

Veileder om foreleggelse for EFTA-domstolen

For dommere i norske domstoler



Utarbeidet av en arbeidsgruppe nedsatt av Domstoladministrasjonen

INNHOOLD

1. OM VEILEDEREN.....	3
2. OM FORELEGGELSESDAGANGEN	3
3. HVEM KAN FORELEGGE?.....	4
4. INITIATIVET TIL FORELEGGELSE	4
5. VURDERINGEN AV OM ET SPØRSMÅL SKAL FORELEGGES	4
5.1. OVERSIKT.....	4
5.2. SPØRSMÅLET MÅ GJELDE TOLKNING AV EØS-RETT	5
5.3. SPØRSMÅLET MÅ IKKE GJELDE BEVISBEDØMMELSEN	6
5.4. DET MÅ VÆRE EN VISS TVIL OM FORSTÅElsen AV EØS-RETTE.....	7
5.5. SPØRSMÅLET MÅ VÆRE RELEVANT FOR LØSNINGEN AV SAKEN.....	8
5.6. ET HENSIKTSMESSIGHETSSKJØNN.....	8
6. NÅR PARTENE ER UENIGE OM FAKTUM OG NORSK RETT.....	9
7. PÅ HVILKET TIDSPUNKT I SAKEN BØR FORELEGGELSE SKJE?.....	9
8. DEN NORSKE DOMSTOLENS ANSVAR FOR PROSESSEN.....	10
9. BESLUTNINGEN OM FORELEGGELSE	11
10. FORELEGGELSESSKRIVET	11
10.1. INNLEDNING	11
10.2. GENERELT OM BETYDNINGEN AV FORELEGGELSESSKRIVET	12
10.3. HVEM LAGER UTKAST TIL FORELEGGELSESSKRIV?.....	13
10.4. DE KONKRETE TOLKNINGSSPØRSMÅLENE	13
10.5. BESKRIVELSE AV BEHOVET FOR FORELEGGELSE	14
10.6. BESKRIVELSE AV RELEVANT FAKTUM	14
10.7. BESKRIVELSE AV NASJONAL RETT	15
10.8. BESKRIVELSE AV EØS-RETTE	15
10.9. PARTENES EØS-RETTLIGE HOVEDANFØRSLER	15
11. NÆRMERE OM UTFORMINGEN AV TOLKNINGSSPØRSMÅLENE	16
11.1. SPØRSMÅLENE MÅ GJELDE TOLKNING AV EØS-RETTE.....	16
11.2. SPØRSMÅLENE MÅ KNYTTES TIL DEN AKTUELLE SAKEN.....	16
11.3. SPØRSMÅLENE BØR STÅ PÅ EGNE BEN	17
11.4. UENIGHET MELLOM PARTENE.....	17
11.5. EFTA-DOMSTOLEN ER IKKE BUNDET AV SPØRSMÅLSUTFORMINGEN	17
11.6. EKSEMPLER PÅ TOLKNINGSSPØRSMÅL	17
12. OM PROSESSEN FOR EFTA-DOMSTOLEN.....	19
12.1. OVERSIKT.....	19
12.2. EFTA-DOMSTOLENS SAKSBEHANDLINGSTID.....	20
13. PRAKTISKE OPPLYSNINGER.....	21
13.1. OVERSENDELSEN TIL EFTA-DOMSTOLEN	21
13.2. ALLMENNHEITENS INNSYNSRETT I FORELEGGELSESSKRIVET	21
13.3. YTTERLIGERE VEILEDNING.....	21
14. EKSEMPLER PÅ FORELEGGELSESSKRIV	22

1. Om veilederen

Det følger av domstoloven § 51 a at dersom en norsk domstol i en sak må ta stilling til tolkningen av en EØS-rettslig bestemmelse, kan den forelegge tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen. Bestemmelsens første ledd lyder:

Når en norsk domstol i en sak må ta stilling til tolkningen av Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde med protokoller, vedlegg og de rettsakter vedleggene omhandler, kan den i samsvar med Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol artikkel 34 forelegge tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen. Rettens beslutning om at et tolkningsspørsmål skal eller ikke skal forelegges for EFTA-domstolen, kan ikke angripes ved anke.

Det er forberedende dommer som treffer beslutning om foreleggelse og bestemmer utformingen av tolkningsspørsmålene og foreleggelsesskrivet for øvrig.

Denne veilederen skal være til hjelp for forberedende dommer i saker der foreleggelse er aktuelt. Det gis råd om saksbehandlingen og veiledning for vurderingen av:

- om tolkningsspørsmål bør forelegges for EFTA-domstolen,
- hvordan tolkningsspørsmål eventuelt bør utformes, og
- hvordan øvrige deler av foreleggelsesskrivet bør utformes.

Et overordnet mål med veilederen er å bidra til en effektiv og god saksstyring.¹

Veilederen er utarbeidet av en arbeidsgruppe bestående av lagdommer Eyvin Sivertsen (leder), tingrettsdommer Katinka Mahieu, advokat Ketil Bøe Moen, advokat Thomas Nordby og rådgiver Kari Hinrichsen Gjervold (sekretær). Høyesterettsdommer Henrik Bull har bistått som ressursperson. Veilederen er ferdigstilt i mars 2018

2. Om foreleggelsesadgangen

Det sentrale formålet med EØS-avtalen er å etablere et økonomisk samarbeidsområde basert på de samme reglene og like konkurransevilkår.

En grunnleggende forutsetning for at EØS-avtalen skal fungere etter sitt formål, er at like regler tolkes og anvendes likt av alle EØS-statene (per i dag 28 EU-stater og tre EFTA-stater).

Adgangen til foreleggelse for EFTA-domstolen skal bidra til dette. Ordningen bygger på et prinsipp om samarbeid der EFTA-domstolen bistår den nasjonale domstolen med å tolke EØS-retten, mens det er overlatt til den nasjonale domstolen alene å ta stilling til faktum (bevisbedømmelsen) og innholdet i nasjonal rett. Som utgangspunkt vil det dermed også være overlatt til den nasjonale domstolen å anvende EØS-retten på det konkrete saksforholdet (subsumsjonen).

¹ Jf. tvisteloven § 9-4.

I sak E-6/96 (Wilhelmsen) avsnitt 40 uttalte EFTA-domstolen om dette:

[D]en rådgivende uttalelsen er et spesielt etablert middel for samarbeid mellom Domstolen og de nasjonale domstoler med det formål å forsyne de nasjonale domstoler med nødvendige EØS-rettslige elementer for at de skal kunne avgjøre saker som verserer for dem.

EFTA-domstolens tolkningsuttalelse er kun rådgivende. Men Høyesterett har understreket at domstolens tolkninger av EØS-retten skal tillegges "stor vekt" og bare kan fravikes hvis det foreligger "tungtveiende grunner".²

3. Hvem kan forelegge?

Alle "domstoler" kan forelegge spørsmål for EFTA-domstolen. Det betyr at både tingrettene, lagmannsrettene og Høyesterett har adgang til foreleggelse. Det samme gjelder særdomstoler som Arbeidsretten. EFTA-domstolen har også godtatt foreleggelse fra enkelte domstollignende organer og klagenemnder.³

Forliksrådene har ikke rett til foreleggelse.

4. Initiativet til foreleggelse

EFTA-domstolen uttaler seg bare etter forespørsel fra den nasjonale domstolen som har saken til behandling. Partene kan ikke selv bringe spørsmål inn for EFTA-domstolen og har heller ikke krav på at den nasjonale domstolen bruker adgangen til foreleggelse. Den nasjonale domstolen bestemmer både om det skal forelegges, hvilke spørsmål som skal forelegges, og hvordan foreleggelsesskrivet skal utformes.

Foreleggelse skjer normalt etter initiativ fra en av partene i saken, eventuelt fra partene i fellesskap.

Domstolen som har saken til behandling, kan også beslutte foreleggelse av eget tiltak. Det gjelder i prinsippet selv om begge parter er imot foreleggelse. Domstolen bør imidlertid vise varsomhet med å forelegge mot begge parters vilje, blant annet fordi en foreleggelse både er kostnads- og ressurskrevende.

5. Vurderingen av om et spørsmål skal forelegges

5.1. Oversikt

Domstolloven § 51 a gir som nevnt en rett, men ikke plikt til foreleggelse. Det er derfor i utgangspunktet opp til den enkelte domstol selv å avgjøre om det skal innhentes en tolkningsuttalelse.

² Se HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 77.

³ Se oppsummeringen i EFTA-domstolens sak E-5/16 (Oslo kommune) avsnitt 35-43.

Bestemmelsen bygger på overvåkings- og domstolsavtalen (ODA) artikkel 34, som sier at EFTA-domstolen kan anmodes om en uttalelse hvis det er "nødvendig" for å ta stilling til den konkrete tvisten. Uttrykket tolkes ikke strengt. EFTA-domstolen er i praksis tilbakeholden med å overprøve den nasjonale domstolens skjønnsmessige vurdering av behovet for foreleggelse, [se punkt 10.5 nedenfor](#).

ODA artikkel 34, slik bestemmelsen er tolket i rettspraksis, innebærer likevel begrensninger for hvilke spørsmål som kan forelegges EFTA-domstolen:

- For det første må spørsmålet gjelde tolkning av EØS-rett. Spørsmålet kan ikke gjelde forståelsen av nasjonal rett eller bevisbedømmelsen.
- For det andre må det knytte seg en viss tvil til det EØS-rettslige tolkningsspørsmålet.
- For det tredje må det EØS-rettslige tolkningsspørsmålet være relevant for løsningen av den konkrete tvisten.

Kjernen er altså at det må foreligge et uavklart EØS-rettslig tolkningsspørsmål av betydning for avgjørelsen av saken. Utover dette beror spørsmålet om foreleggelse på et hensiktsmessighetsskjønn.

Det er en flytende grense mellom begrensninger i foreleggesadgangen og skjønnsmomenter. For eksempel vil graden av tvil om tolkningsspørsmålet også utgjøre et sentralt moment i den skjønnsmessige vurderingen av om foreleggelse bør skje.

Det er likevel hensiktsmessig med en egen fremstilling om de grunnleggende forutsetningene for foreleggelse. Disse utdypes i punkt 5.2 til 5.5 nedenfor. Det samlede hensiktsmessighetsskjønnet kommenteres i punkt 5.6.

5.2. Spørsmålet må gjelde tolkning av EØS-rett

EFTA-domstolens oppgave er å tolke EØS-retten. Den kan ikke tolke nasjonal rett eller – i forlengelsen av dette – ta direkte stilling til om en nasjonal bestemmelse er i strid med EØS-retten. I kunngjøring 1/99 fra EFTA-domstolen heter det om dette:⁴

Anmodningen om en rådgivende uttalelse må være begrenset til å gjelde fortolkning av en bestemmelse i EØS-retten, ettersom EFTA-domstolen ikke har myndighet til å fortolke nasjonal lovgivning. Domstolen som framsetter anmodningen, må selv anvende den aktuelle EØS-regel i den konkrete saken som den har til behandling.

Før foreleggelse besluttet må det derfor være avklart at saken gjelder et EØS-rettslig tolkningsspørsmål.

En grunnleggende forutsetning er at tvisten omfattes av EØS-avtalens virkeområde.⁵ Det beror på en tolkning av de aktuelle EØS-bestemmelsene. For at bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel skal få anvendelse, er det for eksempel et vilkår at saken berører handel mellom EØS-

⁴ www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/Note_for_Guidance_on_Requests/Notice_1-99_Norwegian.pdf

⁵ En generell redegjørelse for EØS-avtalens virkeområde er gitt i Arnesen m.fl. (red.): "Agreement on the European Economic Area: a Commentary" (Beck C. H., 2018), se kommentarene til EØS-avtalen artikkel 1.

statene, jf. EØS-avtalen artikkel 1.⁶ Det må med andre ord foreligge et såkalt "grenseoverskridende element" i saken.⁷ Dette er annerledes for deler av sekundærlovgivningen (direktiver og forordninger), som også kan få anvendelse på rent interne saksforhold i Norge.

Foreleggelsen kan gjelde alle typer EØS-rettslige bestemmelser. Det kan dreie seg om en bestemmelse i EØS-avtalens hoveddel, en bestemmelse i et direktiv eller forordning som er innlemmet i EØS-avtalen, eller om innholdet i en ulovfestet EØS-rettslig regel.

Foreleggelse kan skje i alle typer saker for domstolene, både i sivile saker og straffesaker. Det kan også forelegges i saker om midlertidig forføyning, men det vil i praksis sjelden være aktuelt på grunn av tidsfaktoren.

Det EØS-rettslige tolkningsspørsmålet som forelegges, vil som oftest gjelde den materielle tvisten mellom partene. Men også spørsmål av prosessuell karakter kan forelegges.

5.3. Spørsmålet må ikke gjelde bevisbedømmelsen

Det er kun selve tolkningen av EØS-retten som kan forelegges. EFTA-domstolen kan ikke uttale seg om bevisbedømmelsen. I EFTA-domstolens forente saker E-3/13 og E-20/13 (Fred. Olsen m.fl.) avsnitt 202 heter det:

I saker i medhold av ODA artikkel 34 hører enhver vurdering av de faktiske forhold i saken og av hvordan nasjonal lovgivning anvendes, under den nasjonale domstol.

I forlengelsen av dette er det heller ikke EFTA-domstolens oppgave å anvende EØS-regelen på det konkrete saksforholdet (subsumsjonen). I EU-domstolens retningslinjer om foreleggelse for EU-domstolen er det uttalt:⁸

11. [I]n order to deliver its decision, the Court necessarily takes into account the legal and factual context of the dispute in the main proceedings, as defined by the referring court or tribunal in its request for a preliminary ruling, it does not itself apply EU law to that dispute. When ruling on the interpretation [...] of EU law, the Court makes every effort to give a reply which will be of assistance in resolving the dispute in the main proceedings, but it is for the referring court or tribunal to draw case-specific conclusions, [...].

Det samme gjelder ved foreleggelse for EFTA-domstolen.

Grensen mellom tolkning og subsumsjon er nokså flytende, men det prinsipielle skillet er klart: Hvis innholdet i den EØS-rettslige bestemmelsen er på det rene, slik at tvisten bare gjelder selve subsumsjonen, er det ikke grunn til foreleggelse.⁹

⁶ EØS-avtalens hoveddel er inkorporert i norsk rett ved EØS-loven 27. november 1992 nr. 109 § 1.

⁷ Saken i Rt-2005-607 er et eksempel på at grenseoverskridende element ikke forelå.

⁸ "Recommendations to national courts and tribunals, in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings", <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:439:FULL>

⁹ Se for eksempel HR-2005-1630-U.

EFTA-domstolen godtar spørsmål som er knyttet nært til sakens faktum, og domstolen går av og til langt i å utbrodere tolkningen av EØS-retten, slik at det i praksis blir lite igjen til den konkrete subsumsjonen. I HR-2016-2554-P uttalte Høyesterett om dette (avsnitt 78):

Det EFTA-domstolen skal uttale seg om i rådgivende tolkingsuttalelser, er tolkningen av EØS-retten, se ODA artikkel 34 første ledd. Bevisbedømmelsen hører under de nasjonale domstolene. Det samme gjelder i utgangspunktet den konkrete subsumsjon, men her går det ikke noe skarpt skille. Hvor langt EFTA-domstolen vil gå i å utpense EØS-retten i detalj i en tolkingsuttalelse, beror blant annet på de spørsmål som den nasjonale domstol har stilt, og hvor detaljert faktum er angitt i spørsmålsskriftet.

Det er vanskelig å si noe generelt om hvor nært tolkningsspørsmålene bør knyttes til sakens faktum. Det beror på de konkrete saksforholdene og omtales nærmere i punkt 11 nedenfor, [se særlig punkt 11.2](#) og [11.6](#).

Mange EØS-rettslige regler er etter sin art skjønnsmessige eller har karakter av generelle prinsipper. Det gjelder for eksempel det EØS-rettslige forholdsmessighetsprinsippet. Andre eksempler er det prosessuelle effektivitetsprinsippet (om at nasjonale prosessregler ikke må gjøre det "umulig eller uforholdsmessig vanskelig" å håndheve rettigheter etter EØS-avtalen) og grunnvilkåret for EØS-rettslig erstatningsansvar om "kvalifisert forsømmelse" fra statens side. Den nasjonale domstolen vil da kunne be EFTA-domstolen om å gi presiserende retningslinjer for anvendelsen av den skjønnsmessige regelen, for eksempel ved å angi momenter som skal vektlegges i vurderingen, [se punkt 11.2](#) og [11.6](#).

Siden EFTA-domstolen ikke selv tar stilling til faktum i saken, vil den normalt ikke ta stilling til anvendelsen av den skjønnsmessige bestemmelsen på det konkrete saksforholdet. I saker om EØS-rettslig erstatning har EFTA-domstolen flere ganger uttalt:¹⁰

Det tilligger i prinsippet den nasjonale domstolen å bedømme faktum i saken og avgjøre om vilkårene for statens erstatningsansvar for brudd på EØS-retten er oppfylt. EFTA-domstolen kan dog gi anvisning på visse omstendigheter og hensyn som den nasjonale domstolen må ta i betraktning i sin vurdering.

5.4. Det må være en viss tvil om forståelsen av EØS-retten

For å forelegge for EFTA-domstolen må det knytte seg en viss tvil til tolkningen av EØS-retten. Det må med andre ord være et behov for rettslig avklaring.

Det er ikke grunn til foreleggelse hvis løsningen av tolkningsspørsmålet følger av eksisterende rettspraksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen – enten av enkeltavgjørelser eller av flere avgjørelser sett i sammenheng. Det samme gjelder hvis Høyesterett har tatt standpunkt til spørsmålet, med mindre nye kilder skaper tvil om standpunkt kan opprettholdes.¹¹

Det betyr at gjeldende EØS-rett på området må undersøkes før det besluttet foreleggelse. Er det aktuelle tolkningsspørsmålet allerede løst i eksisterende praksis? Erfaringsmessig er partene ofte uenige om dette.

¹⁰ Se for eksempel sak E-8/07 (Nguyen) avsnitt 31 med videre henvisninger.

¹¹ Se for eksempel Rt-2005-1365 (Finanger II) avsnitt 68 og Rt-2012-1793 (Personskadeforbundet LTN) avsnitt 46-48.

Forberedende dommer må derfor skaffe seg en viss oversikt over det EØS-rettslige kildematerialet for å kunne gjøre seg opp en oppfatning om behovet for foreleggelse. Domstolen har – på EØS-området som ellers – et selvstendig ansvar for rettsanvendelsen, jf. tvisteloven § 11-3.

5.5. Spørsmålet må være relevant for løsningen av saken

Det EØS-rettslige tolkningsspørsmålet må være relevant for løsningen av den konkrete tvisten for den norske domstolen. Det kan ikke stilles hypotetiske eller generelle tolkningsspørsmål uten betydning for avgjørelsen av den konkrete saken. I EFTA-domstolens kunngjøring 1/99 er dette omtalt slik:

Spørsmålene som reises, bør også være av faktisk betydning for saken som er til behandling. Hypotetiske spørsmål bør ikke forelegges.

Den faktiske og rettslige konteksten for spørsmålet bør beskrives i foreleggelsesskrivet, slik at det fremgår at spørsmålet er relevant for saken, se punkt 10.5 nedenfor.

Relevansen kan også være indirekte. Et eksempel er at saken gjelder en bestemmelse i aksjeloven som er inntatt også i allmennaksjeloven, men der bare sistnevnte lov bygger på et EØS-direktiv. Det må da kunne stilles spørsmål om forståelsen av en uklar direktivbestemmelse, selv om den konkrete saken gjelder aksjeloven.

5.6. Et hensiktsmessighetsskjønn

Om et tolkningsspørsmål som *kan* forelegges for EFTA-domstolen, *bør* forelegges, beror på et samlet hensiktsmessighetsskjønn, jf. formuleringen "kan [...] forelegge" i domstolloven § 51 a.

Det sentrale momentet i dette hensiktsmessighetsskjønnet er graden av tolkningsstvil om det EØS-rettslige tolkningsspørsmålet som saken reiser. Det er som nevnt ikke grunn til å forelegge tolkningsspørsmål som i all hovedsak er avklart i tidligere rettspraksis. Også andre momenter kan trekkes inn i vurderingen:

- Om ressursbruken vil være uforholdsmessig ut fra sakens betydning for partene.¹²
- Om den EØS-rettslige problemstillingen er omfattende og komplisert, noe som i tilfelle kan tale for foreleggelse.
- Om den EØS-rettslige problemstillingen er sentral for saken, eller om den er lite sentral fordi den gjelder et spørsmål av underordnet betydning eller er knyttet til en anførsel av rent subsidiær karakter.
- I forlengelsen av forrige punkt: Hvor sannsynlig det er at det blir nødvendig å ta stilling til den EØS-rettslige problemstillingen.
- Om problemstillingen også har betydning utover den aktuelle saken.

¹² Se tvisteloven § 1-1.

Det er videre relevant om partene er enige om behovet for foreleggelse, men erfaring viser at det ofte ikke er tilfellet.

6. Når partene er uenige om faktum og norsk rett

Det viser seg ofte at partene ikke bare er uenige om innholdet i EØS-retten, men også om faktum i saken og tolkningen av norsk rett.

Ofte vil uenigheten ikke ha betydning for foreleggelsen, for eksempel fordi den gjelder et subsumsjonsspørsmål som EFTA-domstolen uansett ikke vil bli bedt om å ta stilling til, [se punkt 5.3](#) ovenfor.

I enkelte tilfeller er uenigheten om faktum eller norsk rett avgjørende for om det oppstår EØS-rettslige tolkningsspørsmål, eller for hvilke tolkningsspørsmål saken reiser. Ettersom foreleggelsesskrivet skal beskrive den faktiske og rettslige konteksten for tolkningsspørsmålene som EFTA-domstolen skal uttale seg om, kan uenigheten i slike tilfeller skape utfordringer ved foreleggelsen.

Forberedende dommer bør så langt det er mulig forsøke å avklare den rettslige og faktiske uenigheten før foreleggelsen, eller å utforme tolkningsspørsmålene til EFTA-domstolen slik at uenigheten ikke kommer på spissen. Erfaring viser at det som oftest er mulig.

Det vil likevel kunne gjenstå rettslig og faktisk uenighet av betydning for de EØS-rettslige tolkningsspørsmålene som bare kan avklares ved dom etter avholdt hovedforhandling.

I en slik situasjon er det mulig å be EFTA-domstolen om å uttale seg under *ulike rettslige eller faktiske forutsetninger*. Dette kan gjøres ved å stille alternative spørsmål, for eksempel basert på to ulike utfall av bevisbedømmelsen. En annen løsning – som ofte er bedre – er å stille tilleggsspørsmål, for eksempel slik: "Hvilken betydning har det for løsningen av spørsmål X om det legges til grunn at det i nasjonal rett er et vilkår om Y?"

Det hender at det EØS-rettslige tolkningsspørsmålet bare oppstår hvis *den ene partens anførsler* om faktum og norsk rett legges til grunn. EFTA-domstolen vil da kunne stilles spørsmål med utgangspunkt i en beskrivelse av denne partens anførsler. Det bør i så fall fremgå tydelig av foreleggelsesskrivet at spørsmålene bygger på omtvistede rettslige eller faktiske forutsetninger som den norske domstolen ikke har tatt stilling til.

I saker der partene er uenige om faktiske eller internrettslige forhold av sentral betydning for de EØS-rettslige problemstillingene, kan det være hensiktsmessig å vente med foreleggelse til en eventuell ankebehandling. Dette utdypes i neste punkt.

7. På hvilket tidspunkt i saken bør foreleggelse skje?

Av hensyn til fremdriften i saken vil det være gunstig om avgjørelsen om foreleggelse treffes i en tidlig fase av saksforberedelsen, og ofte allerede i tingretten. Kanskje fører uttalelsen fra EFTA-domstolen til at saken løses, og søksmålet faller bort.

Det bør imidlertid unngås at foreleggelse besluttet før de EØS-rettslige problemstillingene er tilstrekkelig klarlagt, og før behovet for foreleggelse er avklart. I EFTA-domstolens kunngjøring 1/99 heter det om dette:

Det [...] må understrekes at EFTA-domstolen ikke kan avgjøre spørsmål om faktiske forhold eller løse tvister om fortolkningen av nasjonale rettsregler. Det er derfor ønskelig at beslutningen om å anmode om en rådgivende uttalelse ikke treffes før den nasjonale rettergangen er på et stadium der den nasjonale domstolen klart kan avgrense den faktiske og juridiske bakgrunnen for spørsmålet.

Av og til er det hensiktsmessig å vente med foreleggelse til en eventuell ankebehandling for lagmannsretten eller Høyesterett. Det kan for eksempel være tilfellet:

- hvis faktum er komplisert og uoversiktlig, slik at det er vanskelig å identifisere de EØS-rettslige spørsmålene,
- hvis det er uenighet om sentrale faktiske forhold eller om innholdet i norsk rett, eller
- hvis det kun er en subsidiær anførsel som reiser EØS-rettslige tolkningsspørsmål, slik at det uklart om det blir nødvendig å ta stilling til spørsmålet.

Det kan med andre ord være nødvendig å "rydde" saken ved behandling i en rettsinstans før foreleggelse. Ellers kan prosessen med foreleggelse bli uforholdsmessig ressurskrevende og komplisert, og det oppstår risiko for at EFTA-domstolens uttalelse ikke blir til nytte i saken fordi det viser seg at den bygger på feil rettslige eller faktiske forutsetninger. På den annen side kan det at saken ikke ble forelagt i tingretten, i seg selv motivere til anke – og ved dette påføre partene unødvendige kostnader.

8. Den norske domstolens ansvar for prosessen

Forberedende dommer må ta et selvstendig ansvar for å avklare behovet for foreleggelse, og ikke forelegge alene fordi en av partene ber om det, eller unnlate å forelegge fordi den andre parten motsetter seg det. Det må bringes på det rene hva uenigheten mellom partene reelt består i, om uenigheten gjelder EØS-rettslige spørsmål, og om tolkningen av EØS-retten byr på tvil i lys av eksisterende rettskildemateriale.

Avklaring av behovet for foreleggelse kan i enkelte tilfeller være krevende og føre til flere runder med prosesskriv. Det er viktig at forberedende dommer holder regi på prosessen, for eksempel ved å angi konkret hva det ønskes synspunkter fra partene på, og ikke overlater til partene å styre prosessen. Det vil ofte føre til en unødig omfattende og tidkrevende prosess.

Det kan være hensiktsmessig å innkalle til et eget planmøte eller saksforberedende rettsmøte for å drøfte om det skal forelegges og hvilke spørsmål som eventuelt skal forelegges.

9. Beslutningen om foreleggelse

Når forberedende dommer har kommet til at saken reiser EØS-rettslige spørsmål, og at det er slik tvil om tolkningen av EØS-retten at foreleggelse er hensiktsmessig, må det treffes avgjørelse om foreleggelse.

Før denne avgjørelsen treffes, bør de konkrete EØS-rettslige tolkningsspørsmålene som domstolen finner det nødvendig å forelegge, eller i hvert fall hovedtrekkene i disse spørsmålene, være avklart. Det vil da være enklere å ta stilling til om det er grunnlag for foreleggelse. Videre vil arbeidet med utformingen av foreleggelsesskrivet – beskrivelsen av relevant faktum, nasjonal rett, partenes anførsler osv. – måtte tilpasses de konkrete spørsmålene som blir stilt, se punkt 10 nedenfor. Det er ikke "saken" som sådan som forelegges, men de EØS-rettslige tvilsspørsmålene som saken reiser.

Avgjørelse om foreleggelse treffes ved ordinær beslutning, jf. tvisteloven § 19-1 tredje ledd bokstav a. Beslutningen treffes av den domstolen som har saken til behandling. Under saksforberedelsen hører beslutningen under forberedende dommer, jf. tvisteloven § 19-2 andre ledd.

Foreleggelse kan i prinsippet besluttet under hoved- eller ankeforhandlingen, men det kan av åpenbare grunner være uheldig å utsette beslutningen til dette tidspunktet.

Beslutningen trenger ikke å begrunnes. Det gjelder også når foreleggelse nektes.¹³ Av hensyn til partene vil det likevel som oftest være naturlig å gi en begrunnelse.¹⁴

En beslutning om foreleggelse kan omgjøres, jf. tvisteloven § 19-10 første ledd. Det kan være aktuelt for eksempel hvis den delen av tvisten som reiser EØS-rettslige problemstillinger, blir forlikt. Omgjøring kan også være aktuelt hvis det under arbeidet med foreleggelsesskrivet viser seg at den EØS-rettslige problemstillingen allerede er avklart i rettspraksis, eller ikke lar seg formulere på en hensiktsmessig måte på dette stadium av saken.

Beslutningen om å forelegge, eller å unnlate dette, kan ikke ankes.¹⁵

10. Foreleggelsesskrivet

10.1. Innledning

Når beslutning om foreleggelse er truffet, må det utformes et foreleggelsesskriv. Dette skrives på norsk og oversettes til engelsk av EFTA-domstolen, [se punkt 12](#) nedenfor.

¹³ Se for eksempel HR-2007-1855-U.

¹⁴ Slik også Bøhn, Domstolloven, elektronisk versjon, kommentarutgaver.no, note 6 til § 51 a. Begrunnelsen kan eventuelt gjøres kort, se for eksempel HR-2005-1630-U.

¹⁵ Se domstolloven § 51 a første ledd andre punktum og Ot.prp. nr. 77 (1992-93) side 38, se også Bøhn, Domstolloven, elektronisk versjon, kommentarutgaver.no, note 8 til § 51 a.

EFTA-domstolen har i kunngjøring 1/99 gitt retningslinjer for utformingen av foreleggelsesskriv¹⁶. EU-domstolen har gitt mer detaljerte retningslinjer som i stor grad også er relevante for saker for EFTA-domstolen.¹⁷ I tillegg har det utviklet seg en viss praksis for hvordan foreleggelsesskriv for EFTA-domstolen ofte utformes. Følgende elementer bør normalt være med:

- En beskrivelse av behovet for foreleggelse og EØS-rettens relevans for saken, [se punkt 10.5](#) nedenfor.
- En beskrivelse av relevant faktum i saken, [se punkt 10.6](#).
- En beskrivelse av nasjonal rett, [se punkt 10.7](#).
- En beskrivelse av relevant EØS-rett, [se punkt 10.8](#).
- Partenes EØS-rettslige hovedanførsler, [se punkt 10.9](#).
- Selve spørsmålsstillingen, [se punkt 10.4](#) og [11](#).

EFTA-domstolen kommuniserer direkte med partene i saken, uten å gå veien om den nasjonale domstolen. Foreleggelsesskrivet bør derfor angi partene og kontaklinformasjon for prosessfullmektigene.

Foreleggelsesskrivet bør være utformet slik at det står på egne ben og ikke må suppleres med informasjon fra andre kilder. Det innebærer blant annet at foreleggelsesskriv normalt ikke skal ha vedlegg.¹⁸ Det kan ikke påregnes at EFTA-domstolen vil oversette og videresende eventuelle vedlegg.

Foreleggelsesskriv er ofte på rundt 8-10 sider. I kompliserte saker kan et mer omfattende skriv være nødvendig.

10.2. Generelt om betydningen av foreleggelsesskrivet

Foreleggelsesskrivet er et sentralt dokument i saken for EFTA-domstolen. Det er ikke bare grunnlaget for EFTA-domstolens arbeid, men skal også gi andre aktører (EFTAs overvåkingsorgan (ESA), EU-kommisjonen og EØS-statene) grunnlag for å vurdere *om* de skal gi innlegg i saken, og *hva* et eventuelt innlegg skal gå ut på. Det vises til omtalen av prosessen for EFTA-domstolen i punkt 12 nedenfor.

Foreleggelsesskrivet bør derfor så langt det er mulig gi en klar og dekkende beskrivelse av relevante forhold, ikke minst den faktiske og rettslige konteksten for spørsmålene som EFTA-domstolen skal uttale seg om. Et godt og gjennomarbeidet foreleggelsesskriv med presise tolkningsspørsmål øker sannsynligheten for at EFTA-domstolens svar blir til god nytte i saken.

Det må samtidig understrekes at foreleggelsesskrivet ikke bør være mer omfattende enn det som er nødvendig for at EFTA-domstolen og øvrige aktører skal kunne identifisere og besvare de

¹⁶ www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/Note_for_Guidance_on_Requests/Notice_1-99_Norwegian.pdf

¹⁷ "Recommendations to national courts and tribunals, in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings", <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:439:FULL>

¹⁸ Se EFTA-domstolens kunngjøring 1/99.

EØS-rettslige spørsmålene som saken reiser. Det heter om dette i EFTA-domstolens kunngjøring 1/99:

Anmodningen om en rådgivende uttalelse bør omfatte en kortfattet begrunnelse som samtidig er fullstendig nok til å gi Domstolen og de parter som skal underrettes [...] en klar forståelse av hovedsakens faktiske og juridiske bakgrunn.

10.3. Hvem lager utkast til foreleggelsesskriv?

Det kan ofte være hensiktsmessig å be partene samarbeide om et utkast til foreleggelsesskriv, eller om deler av skrevet. Partene har ofte bedre oversikt over saksforholdet enn forberedende dommer, i hvert fall når saken står for tingretten. Det kan særlig være aktuelt at hver av partene selv skriver utkast til egne EØS-rettslige hovedanførsler.

I saker med omfattende uenighet om faktiske og rettslige forhold kan det være lite realistisk at partene vil komme til enighet om et utkast. En bedre løsning kan da være at forberedende dommer selv lager et utkast til foreleggelsesskriv – eller til deler av skrevet – som sendes til partene for merknader.

Det samme gjelder i oversiktlige saker, der faktiske og rettslige forhold er klarlagt for eksempel i en dom fra lavere instans. Det kan også da være hensiktsmessig at forberedende dommer selv lager utkast til foreleggelsesskriv.

Hvis det overlates til partene å lage et utkast, bør forberedende dommer lage en klar "bestilling" der det gis føringer for innholdet i de enkelte punktene og for omfanget av utkastet.

Forberedende dommer må uansett holde styring på prosessen og ikke overlate ansvaret for nødvendige avklaringer av rettslige og faktiske forhold til partene. Uten aktiv styring viser erfaring at saksforberedelsen kan bli unødig tid- og ressurskrevende.

I avsnittene nedenfor omtales de enkelte elementene som bør med i foreleggelsesskrivet.

10.4. De konkrete tolkningsspørsmålene

Det er viktig å legge arbeid i utformingen av de EØS-rettslige tolkningsspørsmålene fordi disse legger rammen for hele prosessen for EFTA-domstolen.

Spørsmålsutformingen – eller i hvert fall hovedtrekkene ved spørsmålene – bør avklares før beslutningen om foreleggelse treffes, [se punkt 9](#) ovenfor.

Det er ofte naturlig å be partene komme med forslag til spørsmål, men forberedende dommer må uansett ta en aktiv rolle i utformingen og bestemme ved uenighet.

Spørsmålene bør plasseres i et eget punkt i foreleggelsesskrivet, normalt som siste punkt.

Nærmere veiledning om spørsmålsutformingen gis i [punkt 11](#) nedenfor.

10.5. Beskrivelse av behovet for foreleggelse

Det er nødvendig å beskrive kort hvorfor domstolen har besluttet foreleggelse. Dette kan ofte gjøres som ledd i et innledende punkt, eventuelt i et senere punkt med oversikt over EØS-retten. Et innledende punkt kan eksempelvis inneholde en kort omtale av:

- hva tvisten for den nasjonale domstolen gjelder,
- hvorfor EØS-retten får anvendelse på tvisten, og
- hvorfor domstolen ser behov for foreleggelse, for eksempel ved å peke på at tvisten reiser et EØS-rettslig tolkningsspørsmål som ikke løses av de aktuelle EØS-bestemmelsene med tilhørende praksis fra EFTA-domstolen eller EU-domstolen.

EFTA-domstolen opererer med en presumsjon om at spørsmål som stilles fra en nasjonal domstol, er relevante for løsningen av tvisten.¹⁹ Det følger likevel av rettspraksis fra både EFTA-domstolen og EU-domstolen at spørsmål kan avvises dersom de fremstår som hypotetiske eller for generelle og ikke har betydning for løsningen av den konkrete saken. EU-domstolen har i den forbindelse understreket:²⁰

[I]t is essential for national courts to explain, when the reasons are not clear beyond doubt from the file, why they consider that a reply to their questions is necessary to enable them to give judgment [...].

Hvis det stilles flere EØS-spørsmål, må alle være relevante for løsningen av den nasjonale tvisten. Det bør derfor kort beskrives hvorfor det er behov for foreleggelse av det enkelte spørsmål.

10.6. Beskrivelse av relevant faktum

Foreleggelsesskrivet bør inneholde en kort, men samtidig dekkende beskrivelse av relevant faktum i saken. En omtale av den faktiske konteksten er viktig fordi EFTA-domstolen ikke selv tar stilling til faktiske forhold i en foreleggelsessak.

Det heter i EFTA-domstolens kunngjøring 1/99 at det skal "redegjøres for alle faktiske forhold som er viktige for en fullgod forståelse" av bakgrunnen for de EØS-rettslige tolkningsspørsmålene. I EU-domstolens retningslinjer punkt 15 er dette formulert slik at den foreleggende domstolen skal beskrive "[...] the relevant findings of facts as determined by the referring court [...] or, at the very least, an account of the facts on which the questions referred are based".²¹

Om faktumbeskrivelsen:

- Faktumbeskrivelsen innledes ofte med en kort beskrivelse av den nasjonale tvisten.
- Deretter omtales faktiske forhold som danner bakgrunnen for de EØS-rettslige spørsmålene.

¹⁹ Sak E-17/11 (Aresbank S.A.) avsnitt 43-44.

²⁰ Sak C-448/01 (Wienstrom) avsnitt 78.

²¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:439:FULL>

- Ved uenighet mellom partene må forberedende dommer ta stilling til hvilket faktum som skal legges til grunn, eller – hvis dette ikke har latt seg gjøre – stille spørsmål under ulike faktiske forutsetninger, [se punkt 6](#) ovenfor.

10.7. Beskrivelse av nasjonal rett

Foreleggesskrivet bør gi en kort oversikt over nasjonal rett. På samme måte som faktumbeskrivelsen er denne omtalen viktig fordi den danner rammene for de EØS-rettslige problemstillingene, samtidig som EFTA-domstolen ikke selv kan ta stilling til innholdet i nasjonal rett.

Omtalen av nasjonal rett kan omfatte relevante lov- og forskriftsbestemmelser, rettspraksis og uttalelser i forarbeider mv. Det bør legges vekt på å gjøre fremstillingen enkel. Det vil ofte være tilstrekkelig å få frem hvordan nasjonal rett tolkes og anvendes i den aktuelle sammenhengen (tolkningsresultatet), med en kort angivelse av de mest sentrale kildene. Det bør normalt ikke redegjøres detaljert for hvilke rettskilder tolkningen bygger på. Det har sammenheng med at EFTA-domstolen ikke overprøver tolkningen av nasjonal rett.

I saker der formålet med den nasjonale regelen står sentralt, må også dette beskrives.²²

- Et førsteutkast til beskrivelse av nasjonal rett kan enten utarbeides av partene eller av domstolen.
- Ved uenighet mellom partene må domstolen bestemme hvilken forståelse av nasjonal rett som skal legges til grunn.
- Det er adgang til å stille alternative spørsmål basert på partenes ulike forståelser av nasjonal rett hvis en avklaring ikke har vært mulig, [se punkt 6](#) ovenfor.

10.8. Beskrivelse av EØS-retten

Det vil normalt være naturlig at den norske domstolen gir en kort beskrivelse av relevant EØS-rett, som inkluderer de sentrale bestemmelsene og eventuelt hovedtrekkene i rettspraksis. Dette kan få frem hvorfor den norske domstolen mener at det er behov for foreleggelse.

10.9. Partenes EØS-rettslige hovedanførsler

I EFTA-domstolens kunngjøring 1/99 heter det at foreleggesskrivet "eventuelt" kan inneholde et sammendrag av partenes anførsler om EØS-retten. Et slikt punkt tas normalt med i skrevet. Det kan bidra til at EFTA-domstolen, og ikke minst EFTAs overvåkingsorgan (ESA) og andre som vil uttale seg for EFTA-domstolen, bedre forstår hvilke EØS-rettslige problemstillinger saken reiser.

- Det er vanlig at hver av partene utformer sine hovedanførsler, og at domstolen ikke går nærmere inn i vurderingen av disse. Forberedende dommer bør da fastsette en sidebegrensning, ettersom mange parter erfaringsmessig ønsker å formulere unødige

²² Et eksempel på en sak der formålet med den nasjonale ordningen sto sentralt, er EFTA-domstolens sak E-3/06 (Ladbrokes) om den norske monopolordningen for pengespill.

omfattende anførsler. Partene kan utdype anførslene i sine egne innlegg til EFTA-domstolen.

- I de fleste saker vil et sammendrag av anførslene på inntil én side for hver part være tilstrekkelig, men det kan være aktuelt med noe mer hvis saken reiser mange eller komplekse spørsmål.
- Forberedende dommer bør sørge for at anførslene i hvert fall til en viss grad "passer til hverandre" i oppbygging og innhold, slik at de viser hva partene reelt er uenige om.

11. Nærmere om utformingen av tolkningsspørsmålene

Utformingen av de EØS-rettslige tolkningsspørsmålene må vurderes konkret ut fra saksforholdene. Nedenfor gis enkelte generelle råd før det i [punkt 11.6](#) gis konkrete eksempler på tolkningsspørsmål.

11.1. Spørsmålene må gjelde tolkning av EØS-retten

Spørsmålene må formuleres slik at de gjelder tolkning av EØS-rett. Spørsmålene kan ikke gjelde bevisbedømmelsen eller innholdet i nasjonal rett, [se punkt 5.2](#) og [5.3](#) ovenfor.

11.2. Spørsmålene må knyttes til den aktuelle saken

Spørsmålene bør normalt være konkrete og relatert til den aktuelle saken. Dette øker muligheten for at svaret blir til god nytte.

Det kan likevel være uheldig å knytte spørsmålene for nært til sakens mer detaljerte faktum, særlig dersom faktum på tidspunktet for foreleggelsen fortsatt er omstridt eller uklart på annen måte. EFTA-domstolen kan som nevnt verken foreta bevisbedømmelse eller tolke nasjonal rett. Hvis spørsmålene knyttes direkte til et detaljert saksforhold som senere viser seg ikke å være riktig beskrevet, kan det være at EFTA-domstolens svar ikke gir den nødvendige veiledning i saken.

I tilfeller der saksforholdet er komplisert og omtvistet, kan det være nødvendig å gi spørsmålene en relativt bred og generell utforming. Det er ikke noe i veien for dette så lenge beskrivelsen av den rettslige og faktiske konteksten gjør det mulig for EFTA-domstolen å identifisere de EØS-rettslige problemstillingene. EFTA-domstolen vil da selv kunne velge hvordan spørsmålene best kan besvares.

Det kan av og til være utfordrende å finne en balanse mellom "for konkret" og "for generell" spørsmålsstilling. Forberedende dommer bør ikke bekymre seg unødig for dette. EFTA-domstolen er ikke bundet av spørsmålsutformingen og vil selv forsøke å gi svaret en mest mulig hensiktsmessig utforming innenfor rammen av den rettslige og faktiske konteksten som er presentert i foreleggelsesskrivet, [se punkt 11.5](#).

11.3. Spørsmålene bør stå på egne ben

Spørsmålene bør helst formuleres så klart og presist at de kan forstås uten å lese hele foreleggesskrivet.²³

Noen ganger fører dette til at spørsmålene blir så kompliserte at det er bedre å bruke formuleringen "under de forutsetninger som er beskrevet over" eller liknende.

11.4. Uenighet mellom partene

Hvis partene er uenige om spørsmålsutformingen, må forberedende dommer ta stilling til hvordan spørsmålet skal formuleres. Det kan ikke forelegges flere alternative utforminger av det samme spørsmålet.

Når partene er uenige om faktum eller nasjonal rett, må det avklares under hvilke forutsetninger spørsmålene stilles. Dette bør fremgå av beskrivelsen av den rettslige og faktiske bakgrunnen for spørsmålene, [se punkt 6](#) ovenfor.

11.5. EFTA-domstolen er ikke bundet av spørsmålsutformingen

Selv om spørsmålene fra den nasjonale domstolen setter rammen for hva EFTA-domstolen kan uttale seg om, er EFTA-domstolen ikke bundet av den tekniske utformingen av spørsmålene.

Hvis spørsmålene er uhensiktsmessig utformet, for eksempel ved at de bygger på en upresis forståelse av EØS-retten, vil EFTA-domstolen kunne reformulere spørsmålene ut fra sin forståelse av hvilke EØS-rettslige problemstillinger foreleggelsen reiser.

EFTA-domstolens utforming av svaret vil bero på flere faktorer – ikke bare selve spørsmålet, men også hvor mye informasjon som gis i foreleggesskrivet ellers, i aktørenes innlegg osv. I saker der svaret beror på en kompleks avveining av faktiske forhold, vil EFTA-domstolen typisk nøye seg med å gi retningslinjer for den EØS-rettslige vurderingen, for deretter å overlate den nærmere vurderingen til den nasjonale domstolen.

11.6. Eksempler på tolkningsspørsmål

Den konkrete utformingen av spørsmålene varierer i praksis mye. Nedenfor gis eksempler som kan være veiledende ved spørsmålsutformingen.

Siden EFTA-domstolen ikke kan ta stilling til faktum i saken, og det i praksis ikke foregår bevisførsel for EFTA-domstolen, er det ikke hensiktsmessig å stille spørsmål som direkte gjelder selve subsumsjonen, for eksempel "om part A's handlemåte er i strid med EØS-bestemmelse X". Det vises til sitatet fra EU-domstolens retningslinjer i [punkt 5.3](#) ovenfor.

Det kan være mulig å knytte spørsmålsstillingen nokså nært til saken ved å angi hovedtrekkene ved saksforholdet i spørsmålet. Et eksempel er EFTA-domstolens sak E-28/15 (Jabbi) om forståelsen av en bestemmelse i direktiv 2004/38/EF. Spørsmålet fra Oslo tingrett lød:

²³ Se EU-domstolens retningslinjer punkt 18.

Gir Direktiv 2004/38/EF artikkel 7 (1) (b) jf. (2) avledede rettigheter til opphold for en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger som, etter retur fra en annen EØS-stat, oppholder seg i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger?

Utgangspunktet er det samme hvis saken gjelder spørsmål om en norsk lov- eller forskriftsbestemmelse er forenlig med EØS-retten. EFTA-domstolen kan ikke tolke nasjonal rett. Det bør derfor ikke stilles direkte spørsmål til EFTA-domstolen "om nasjonal bestemmelse X er forenlig med EØS-bestemmelse Y". Det er derimot mulig å stille spørsmål som fremhever de overordnede kjennetegnene ved den nasjonale bestemmelsen, for eksempel slik: "Er en nasjonal regel, kjennetegnet ved X og Y, forenlig med EØS-avtalen artikkel Z?"

Det må uansett vurderes nærmere om det er hensiktsmessig å stille så konkrete spørsmål. Det er ikke EFTA-domstolens rolle å bedømme faktum eller foreta komplekse avveininger av faktiske forhold. Spørsmål som ligger nær opp til subsumsjon, bør derfor bare brukes der det relevante faktum er oversiktlig og i liten grad omtvistet.

Et eksempel på en konkret spørsmålsutforming er Oslo tingretts spørsmål til EFTA-domstolen i sak E-16/10 (Philip Morris) om det norske forbudet mot synlig oppstilling av tobakksvarer. Spørsmålet om det forelå en restriksjon som rammes av EØS-avtalen artikkel 11, ble formulert slik:

1. Skal EØS-avtalen artikkel 11 forstås slik at et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriksjon på den frie bevegelse av varer?

I saker med sammensatte og skjønnsmessige rettslige vurderingstemaer, eller der saksforholdene er komplekse og omstridte, bør det fremgå klarere av spørsmålsutformingen at den nasjonale domstolen ber om råd om den generelle tolkningen, og ikke om avgjørelsen av den konkrete tvisten. Det kan da være aktuelt å be EFTA-domstolen uttale seg om hva som er det EØS-rettslige vurderingstemaet som den nasjonale domstolen skal bruke ved avgjørelsen av saken. Det første spørsmålet fra Høyesterett i EFTA-domstolens sak E-3/16 (Ski Taxi) er et eksempel på dette:

1. Hva er det rettslige vurderingstemaet ved vurderingen av om en avtale mellom foretak har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53?

Det kan også være aktuelt å be EFTA-domstolen angi momenter som skal vektlegges i den EØS-rettslige vurderingen, for eksempel "hvilke momenter som vil være særlig viktige for om en nasjonal ordning av type X er forenlig med EØS-bestemmelse Y". Denne utformingen knytter spørsmålet konkret til den aktuelle saken, samtidig som det fremgår at EFTA-domstolen ikke forventes å ta direkte stilling til selve subsumsjonen.

Et eksempel på en slik utforming er det andre spørsmålet til EFTA-domstolen i Philip Morris-saken, som gjaldt den EØS-rettslige forholdsmessighetsvurderingen av oppstillingsforbudet. Denne vurderingen var avhengig av en rekke faktiske forhold som partene var uenige om, blant annet effekten av ulike tobakksreducerende tiltak. Spørsmålet fra Oslo tingrett ble da formulert slik:

2. Forutsatt at det foreligger en restriksjon, hvilke kriterier vil være avgjørende for å fastslå om et oppstillingsforbud begrunnet i målet om redusert tobakksbruk i befolkningen generelt og blant unge spesielt, vil være egnet og nødvendig av hensyn til folkehelsen?

Av og til reiser saken spørsmål om hvilke hensyn som det innenfor rammen av EØS-retten er adgang til å vektlegge ved anvendelsen av den norske bestemmelsen. Sak E-3/06 (Ladbrokes) om lovligheten av det norske pengespillmonopolet kan her være et eksempel:

4. Er det etter EØS-retten legitimt for nasjonal lovgiver å legge vekt på at overskuddet fra pengespill bør gå til humanitære og samfunnsnyttige formål (inkludert idrett og kultur), og ikke være en kilde til privat profitt?

Det er mulig å formulere et generelt hovedspørsmål som presiseres i ett eller flere underspørsmål. Også her kan Høyesteretts spørsmål til EFTA-domstolens i sak E-3/16 (Ski Taxi) tjene som eksempel:

1. Hva er det rettslige vurderingstemaet ved vurderingen av om en avtale mellom foretak har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53?

a) Er det i denne forbindelse tilstrekkelig for å kategorisere en adferd som en formålsovertredelse etter EØS-avtalen artikkel 53, at samarbeidet er egnet til å være konkurransebegrensende?

2. Hvilken rettslig betydning har det for vurderingen av om en adferd er en formålsovertredelse at samarbeidet ble gjort åpent for den anskaffende myndighet?

3. Hvilke rettslige kriterier skal særlig tillegges vekt ved vurderingen av om et samarbeid, som skjer ved at to konkurrerende selskaper innleverer et felles tilbud gjennom et felleseiet foretak, og hvor de to foretakene skal være underleverandører til det felleseide foretaket, skal anses som en formålsovertredelse?

12. Om prosessen for EFTA-domstolen

12.1. Oversikt

Proessen for EFTA-domstolen kan kort oppsummeres slik:

- Prosessen innledes med at den nasjonale domstolen sender foreleggelsesskrivet til EFTA-domstolen. Dette skrives etter fast praksis på norsk.²⁴
- Foreleggelsesskrivet oversettes til engelsk av EFTA-domstolen.
- EFTA-domstolen sender foreleggelsesskrivet, i norsk og engelsk versjon, til partene i den nasjonale prosessen, til EFTAs overvåkningsorgan (ESA), til EU-kommisjonen og til alle EØS-statene.
- Alle mottakerne får samme absolutte frist – to måneder fra utsendelsen av foreleggelsesskrivet – for å gi skriftlig innlegg i saken.
- Innlegg gis i praksis nesten alltid av partene, EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og EU-kommisjonen og i varierende grad av de enkelte EØS-statene.

²⁴ Se EFTA-domstolens rettergangsordning (Rules of Procedure) artikkel 27 nr. 1.

- Det er ikke mulig å gi ytterligere skriftlige innlegg til EFTA-domstolen.
- Noen måneder etter at fristen for skriftlige innlegg er utløpt, holdes en kort muntlig høring for EFTA-domstolen der partene i saken normalt får 30 minutter hver til sine innlegg, mens andre aktører normalt får 15 minutter.
- Før den muntlige høringen utarbeider EFTA-domstolen en rettsmøterapport. Rapporten gir et sammendrag av sakens rettslige og faktiske sider og av de skriftlige innleggene for EFTA-domstolen.
- Partene i saken for den norske domstolen velger som oftest å gi sine skriftlige og muntlige innlegg til EFTA-domstolen på engelsk, men det er også adgang til å bruke norsk. EFTA-domstolen vil i så fall sørge for oversettelse og bære kostnadene ved dette, så langt oversettelse anses nødvendig. Dersom det muntlige innlegget skal holdes på norsk, må EFTA-domstolen varsles i god tid slik at det kan bestilles tolk.²⁵
- EFTA-domstolens rådgivende uttalelse sendes til den foreleggende domstolen, partene og de øvrige aktørene som har involvert seg.
- EFTA-domstolens rådgivende uttalelse avgis på engelsk og på språket til den foreleggende domstolen. Begge språkversjonene er offisielle.²⁶
- EFTA-domstolen tilkjenner ikke sakskostnader i foreleggelsessaker. Kostnadene tas med i sakskostnadskravet for den nasjonale domstolen.²⁷

Proessen for EFTA-domstolen er altså i det vesentlige skriftlig, med det særtrekket at det ikke er anledning til skriftlige merknader til andre aktørers innlegg (skriftlig replikk og duplikk).

Den nasjonale domstolen har ikke noen rolle i prosessen for EFTA-domstolen etter oversendelse av foreleggelsesskrivet. EFTA-domstolen har riktignok adgang til å be om tilleggsinformasjon eller presiseringer fra den nasjonale domstolen, men dette skjer i praksis svært sjelden.

EFTA-domstolen skal holde den nasjonale domstolen orientert om utviklingen ved oversendelse av mottatte innlegg mv.

12.2. EFTA-domstolens saksbehandlingstid

Det varierer noe hvor lang tid prosessen for EFTA-domstolen tar. Erfaringsmessig tar det normalt 8-12 måneder fra den nasjonale domstolen sender foreleggelsesskrivet til en rådgivende uttalelse foreligger. I tillegg kommer tiden det tar å utarbeide foreleggelsesskrivet.

Den nasjonale domstolen kan be om at saken behandles etter en "hasteprosedyre" hvis det er påkrevd med rask avgjørelse.²⁸ Denne prosedyren er først og fremst aktuell i forføyningssaker og i straffesaker, men kan i prinsippet også brukes i ordinære sivile saker.

²⁵ Se rettergangsordningen artikkel 27 nr. 2 og 4.

²⁶ Se rettergangsordningen artikkel 27 nr. 5.

²⁷ Se rettergangsordningen artikkel 96 nr. 5.

²⁸ Hasteprosedyren har kun vært benyttet én gang. Det var i sak E-18/14, som gjaldt fordeling av tider for flyavganger og -landinger ved en lufthavn i Island.

13. Praktiske opplysninger

13.1. Oversendelsen til EFTA-domstolen

Foreleggelsesskrivet sendes til EFTA-domstolen ved brev fra den nasjonale domstolen til:

EFTA Court
1 Rue du Fort Thüengen
1499 Luxembourg

Brevet skal være undertegnet av ansvarlig dommer og sendes i ett eksemplar med kopi til prosessfullmektigene. EFTA-domstolen begynner ikke behandlingen av saken før brev med original underskrift er mottatt.

EFTA-domstolen ønsker i tillegg å få tilsendt brevet elektronisk, helst i Word-format. Ved oversendelse i PDF-format bør filen være OCR-behandlet.

Annen praktisk informasjon finnes på EFTA-domstolens hjemmeside, www.eftacourt.int/.

13.2. Allmennhetens innsynsrett i foreleggelsesskrivet

Den norske domstolens foreleggelsesskriv regnes som en rettsavgjørelse som allmennheten (journalister og andre) har rett til innsyn i, jf. tvisteloven § 14-2 og HR-2017-110-U.

13.3. Ytterligere veiledning

En grundig fremstilling om foreleggelse for EU-domstolen er gitt i Broberg/Fenger: "Preliminary References to The European Court of Justice" (Oxford University Press, 2010). Boken har interesse også for foreleggelse for EFTA-domstolen.

Foreleggelse for EFTA-domstolen er behandlet i Henrik Bulls artikkel om Høyesteretts bruk av EU- og EØS-rett, inntatt i "Lov Sannhet Rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år", side 358-392 (se særlig side 380 flg.).²⁹

EFTA-domstolens kunngjøring 1/99 om foreleggelse for EFTA-domstolen er tilgjengelig her:

[www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/Note_for_Guidance_on_Requests/Notice 1-99 Norwegian.pdf](http://www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/Note_for_Guidance_on_Requests/Notice_1-99_Norwegian.pdf)

EFTA-domstolens rettergangsordning (Rules of Procedure) er tilgjengelig her:

[http://www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/RulesofProcedure/RoP amendments 2010 draft EN.pdf](http://www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/RulesofProcedure/RoP_amendments_2010_draft_EN.pdf)

EU-domstolens retningslinjer for foreleggelse for EU-domstolen er tilgjengelig her:

²⁹ En elektronisk versjon av artikkelen er tilgjengelig i Lovdata.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:439:FULL>

14. Eksempler på foreleggelsesskriv

Vedlagt følger eksempler på foreleggelsesskriv fra norske domstoler.



NORGES HØYESTERETT

Sak 2015/1026, sivil sak, anke over dom:

Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot staten v/Konkurransetilsynet

Anmodning om rådgivende tolkningsuttalelse i Norges Høyesteretts sak nr. 2015/1026 mellom Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot staten v/Konkurransetilsynet:

1. INNLEDNING

- (1) Norges Høyesterett anmoder med dette om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak nr. 2015/1026 Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS (de ankende parter for Høyesterett) mot staten v/Konkurransetilsynet (ankemotpart for Høyesterett). Anmodningen fremsettes i medhold av den norske domstoloven § 51 a, jf. ODA artikkel 34.
- (2) Saken gjelder gyldigheten av Konkurransetilsynets vedtak av 4. juli 2011 om overtredelsesgebyr for Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS for overtredelse av lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (heretter: konkurranseloven) § 10. Konkurranseloven § 10 er basert på EØS-avtalen artikkel 53. Vedtaket er opprettholdt i Borgarting lagmannsretts dom 17. mars 2015. Konkurransetilsynet og lagmannsretten bygget på at et felles tilbud fra Ski Taxi SA og Follo Taxi SA, gjennom fellesforetaket Ski Follo Taxidrift AS i to anbudskonkurranser høsten 2010 utgjorde en formålsrestriksjon.
- (3) Anmodningen om tolkningsuttalelse retter seg mot hva som utgjør det korrekte rettslige vurderingstemaet og hvilke kriterier som er rettslig relevante, ved vurderingen av om et felles tilbud inngitt av to konkurrenter utgjør en formålsovertredelse. Et særlig spørsmål er hvilken rettslig betydning det har at samarbeidet er åpent og kjent for anbudsinnyder.

2. SAKENS FAKTISKE HOVEDTREKK

2.1 Kort om sakens parter

- (4) Follo Taxi SA (Follo Taxi) og Ski Taxi SA (Ski Taxi) er begge relativt små taxiselskaper som hovedsakelig driver ordinær drosjevirkksomhet, det vil si passasjertransport med liten bil i Follo. Taxiselskapene er konkurrenter i dette området. Follo-regionen består av kommunene Nesodden, Frogn, Vestby, Ås, Enebakk, Ski og Oppegård. Follo Taxi og Ski Taxi har gjennom det felleseide driftsselskapet Ski Follo Taxidrift AS (SFD) blant annet inngitt felles anbud i anbudskonkurranser.
- (5) Follo Taxi har 34 andelseiere og ble dannet av flere små taxisentraler i Follo for om lag 25 år siden. Foretaket leverer primært tjenester i kommunene Nesodden, Frogn, Vestby, Ås og Enebakk. Follo Taxi har også noe virksomhet i Ski og Oppegård. Høsten 2010 var 46 drosjeløyver tilknyttet Follo Taxi. Selskapet hadde i 2009 en omsetning på ca. 5,1 millioner norske kroner. Løyvehaverne tilknyttet sentralen hadde en samlet omsetning på ca. 49 millioner norske kroner.
- (6) Ski Taxi har 20 andelseiere. Ski Taxi leverer samme type tjenester som Follo Taxi, primært i kommunene Ski, Ås og Oppegård, men har også en viss aktivitet i de øvrige Follo-kommunene. Høsten 2010 var ca. 24 drosjeløyver knyttet til sentralen. Selskapet hadde i 2009 en omsetning på ca. 3,1 millioner norske kroner. Løyvehaverne tilknyttet sentralen hadde en samlet omsetning på ca. 26 millioner norske kroner.
- (7) Follo Taxi og Ski Taxi stiftet i 2001 SFD som et felleseid driftsselskap, der foretakene eier 50 % av aksjene hver. Driftsselskapet er opprettet for å ivareta administrative fellesfunksjoner for de to taxisentralenes ordinære drosjevirkksomhet, som drift av bestillingssystem og sentralbord, kommunikasjon og IT-infrastruktur, fakturering, regnskapsføring og kursing av nye sjåfører. Drosjeløyvene ligger i hver av de to drosjesentralene, men driftsselskapet ivaretar administrasjonen av løyvene, fordi sentralene ikke har ansatte.
- (8) SFD har også inngitt tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi i flere anbudskonkurranser. Driftsselskapet står som avtalepart i disse anbudskontraktene og mottar oppgjør, mens løyvehaverne tilknyttet Follo Taxi og Ski Taxi står som underleverandører til SFD.
- (9) Lagmannsretten har vist til et strategidokument for 2009–2010 og en aksjonæravtale datert 3. mai 2007 punkt 4 for å belyse formålet med partenes samarbeid:

"3. Fundamentet for SFD

...

- å sikre og vinne tilbake større anbud ...

...

- å møte konkurransen med tiltak i form av fellesprosjekter eller markedstiltak.

...

4. Markedssituasjonen

Vårt markedsområde består av de 7 Follo-kommunene og utgjør geografisk sett et stort område. I dette markedet opererer Ski Taxi og Follo Taxi som to konkurrerende sentraler, men samarbeider om flere administrative oppgaver, fordi dette er kostnadseffektivt. I tillegg til dette har de to sentralene etablert SFD for å styrke markedsposisjonen gjennom å tilby transporttjenester til større anbudskunder."

- (10) Av aksjonæravtalen:

"Partenes posisjon relatert til de funksjoner som tillegges selskapet, tilsier at det dem imellom blir mindre konkurranse i markedet enn tidligere. Dette gjelder både prispolitikk på anbud og andre strategiske tiltak overfor markedet. I fall denne endrede situasjonen trenger offentlige tillatelser, blir disse å innhente."

2.2 Beskrivelse av de to anbudskonkurransene som vedtaket retter seg mot

- (11) Vedtaket om overtredelsesgebyr gjelder to anbudskonkurranser om rammeavtale for pasientreiser for Helse Sør-Øst RHF, utlyst av Oslo Universitetssykehus HF i 2010; anbudskonkurranse nr. 2010/16213 ("anbudskonkurranse 1") med tilbudsfrist 30. august 2010, og anbudskonkurranse nr. 2010/22755 ("anbudskonkurranse 2") med tilbudsfrist 5. november 2010.
- (12) Lagmannsretten fant bevist at Follo Taxi og Ski Taxi hver for seg kunne ha inngitt tilbud i begge anbudskonkurransene, og at partene dermed var konkurrenter. Denne delen av lagmannsrettens dom er ikke påanket, og kan legges til grunn for tolkningsuttalelsen.
- (13) I anbudskonkurranse 1 ble tilbydere invitert til å konkurrere om inngåelse av rammeavtaler om kjøp av pasientreiser med utgangspunkt i ni ulike anbudsområder i Oslo og Akershus. Formålet var å inngå en eller flere rammeavtaler med varighet på to år med opsjon på forlengelse i inntil 1 + 1 år. To av de ni anbudsområdene gjaldt pasienttransport fra henholdsvis Søndre Follo (Nesodden, Ås, Frogn og Vestby) og Nordre Follo (Ski, Enebakk og Oppegård) til Oslo Universitetssykehus HF. Konkurranses grunnlaget opplyste at transportoppdragene i Søndre og Nordre Follo omfattet ca. 40 100 turer i 2009. Turene fordelte seg over hele døgnet. Flere parallelle rammeavtaler, men maksimalt tre, kunne inngås for hvert enkelt anbudsområde. I henhold til tildelingskriteriene ble pris vektet med 50 % og kvalitet 50 %. Kvalitet knyttet seg til fire likeverdige parametere; opplæring og kompetanse (12,5 %), kapasitet (antall dedikerte biler) (12,5 %), vognmaterialets tilstand og utstyr (12,5 %), og mottaksapparat (12,5 %).
- (14) I anbudskonkurranse 1 innga SFD på vegne av Follo Taxi og Ski Taxi ett felles tilbud for begge anbudsområder – Søndre og Nordre Follo. Det fremkom av tilbudet at det var gitt av SFD på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi. Det var derfor klart for den anskaffende myndighet at tilbudet var inngitt av SFD på vegne av begge foretakene i fellesskap.
- (15) Siden SFD var eneste tilbyder for Søndre og Nordre Follo, avlyste sykehuset anbudskonkurransen for disse områdene. For de øvrige områdene ble anbudskonkurranse 1 gjennomført.
- (16) Anbudskonkurranse 2 ble utlyst av Oslo Universitetssykehus HF den 21. september 2010. Anbudskonkurranse 2 var sammenfallende med den avlyste delen av anbudskonkurranse 1, med unntak av at de geografiske områdene det kunne inngis tilbud på, var endret og delt opp i fem mindre områder: Oppegård, Ås, Nesodden, Frogn og Vestby. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at transportoppdragene i de fem områdene omfattet ca. 33 900 turer i 2009, som var fordelt over hele døgnet.
- (17) SFD innga tilbud på vegne av Follo Taxi og Ski Taxi for samtlige anbudsområder, og det innkom også tilbud fra to andre aktører for alle de fem områdene (Oslo Taxi og Konsentra).

Også i dette tilfellet var det klart for den anskaffende myndighet at tilbudet var inngitt av SFD på vegne av begge foretakene i fellesskap.

- (18) Den laveste prisen var tilbudt av Konsentra i samtlige anbudsområder, mens kvaliteten på tilbudene varierte. Oslo Universitetssykehus HF valgte å inngå rammeavtaler med alle de tre aktørene for alle de fem anbudsområdene. SFD ble tildelt 2. prioritet i alle områdene, mens Oslo Taxi og Konsentra vekselvis fikk 1. og 3. prioritet i ulike områder.

3. KONKURRANSETILSYNETS VEDTAK OG SAKENS BEHANDLING FOR DOMSTOLENE

- (19) Konkurransetilsynet fattet den 4. juli 2011 vedtak om overtredelsesgebyr og opphør av tilsvarende samarbeid.
- (20) Konkurransetilsynets vedtak bygget på at Follo Taxi og Ski Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg i de to ovennevnte anbudskonkurransene, og at inngivelse av felles tilbud gjennom SFD utgjorde et samarbeid med konkurransebegrensende formål i strid med konkurranseloven § 10. Konkurransetilsynets vurdering oppsummeres slik i avsnitt 106 i vedtaket:

"SFDs inngivelse av felles tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi var således et anbudssamarbeid mellom faktiske og potensielle konkurrenter. De to taxisentralene samarbeidet om pris, kvalitet og kapasitet. Samarbeidet medførte at Ski Taxi og Follo Taxi ikke konkurrerte om å inngi separate tilbud i Anbudskonkurranse 1 og Anbudskonkurranse 2. Konkurransetilsynet har derfor kommet til at det aktuelle anbudssamarbeidet må anses å ha et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd. Det er derfor ikke nødvendig å påvise en konkurransebegrensende virkning."

- (21) Foretakene angrep vedtaket for domstolene i henhold til konkurranseloven § 29 tredje ledd. Foretakene hevdet at samarbeidet var et lovlig prosjektsamarbeid fordi foretakene ikke kunne ha gjennomført prosjektet hver for seg, og at samarbeidet uansett ikke kunne anses som en formålsrestriksjon.
- (22) Follo tingrett avsa 8. februar 2013 dom der Konkurransetilsynets vedtak ble kjent ugyldig. Tingretten vurderte sakens faktum annerledes enn Konkurransetilsynet, og kom til at partene ikke var potensielle konkurrenter i anbudskonkurranse 1 og kun delvis i anbudskonkurranse 2. Tingretten fant at det aktuelle samarbeidet ikke utgjorde en formålsrestriksjon. Samarbeidet i anbudskonkurranse 2 ble ansett å ha konkurransebegrensende virkning, men tingretten kom til at konkurransen ikke ble merkbart påvirket.
- (23) Borgarting lagmannsrett kom i dom 17. mars 2015 til at vedtaket var gyldig, og foretakene ble ilagt overtredelsesgebyr. Lagmannsretten bygget som nevnt på at taxisentralene var konkurrenter i anbudskonkurransene, og at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål i strid med konkurranseloven § 10.
- (24) SFD, Ski Taxi og Follo Taxi anket lagmannsrettens dom til Høyesterett hva gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse.
- (25) Høyesterett tillot anken fremmet i beslutning 24. juli 2015. Forhandlingene i Høyesterett er

blitt begrenset, det skal foreløpig bare forhandles om spørsmålet om samarbeidet skal anses som en formålsovertredelse.

4. RELEVANT NORSK LOVGIVNING

- (26) Vedtaket om overtredelsesgebyr for Ski Taxi, Follo Taxi og SFD er truffet i medhold av konkurranseloven § 29, jf. § 10, og det tilhørende pålegget om opphør av tilsvarende samarbeid er ilagt med bakgrunn i konkurranseloven § 12, jf. § 10.
- (27) Konkurranseloven § 10 forbyr enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Foretak som overtrer forbudet i § 10 kan bli pålagt å bringe overtredelsen til opphør i henhold til konkurranseloven § 12, og foretakene kan også bli ilagt overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.
- (28) Spørsmålet i saken for Høyesterett er, som nevnt, avgrenset til å gjelde om avtalen/samarbeidet mellom Ski Taxi og Follo Taxi i de to nevnte anbudskonkurransene var en formålsovertredelse av konkurranseloven § 10 første ledd. Spørsmålet om de andre vilkårene i konkurranseloven § 10 første og tredje ledd er oppfylt, er foreløpig ikke en del av saken.
- (29) Konkurranseloven § 10 svarer, med nasjonale tilpasninger, til EØS-avtalen artikkel 53. EFTA-domstolens syn på tolkningen av EØS-avtalens artikkel 53 vil derfor kunne ha betydning for saken og tolkningen av den norske lovbestemmelsen. Dette gjelder uavhengig av om vilkåret som følger av EØS-retten om påvirkning på samhandelen, er oppfylt i saken.

5. KORT OM BAKGRUNNEN FOR ANMODNINGEN OM RÅDGIVENDE UTTALELSE

- (30) Saken reiser spørsmål om tolkningen og anvendelsen av formålsalternativet i konkurranseloven § 10 ved samarbeid mellom konkurrenter i anbudskonkurranser. Saken reiser videre spørsmål om og hvordan en del konkrete faktorer kan påvirke vurderingen av om samarbeidet skal kategoriseres som en formålsrestriksjon etter konkurranseloven § 10.
- (31) Det fremkommer av tidligere instansers avgjørelser at det er begrenset praksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen som gir direkte veiledning for anvendelsen av formålsalternativet i et tilfelle som det foreliggende. Særlig synes dette å gjelde spørsmålet om hvilken betydning det har for om formålsalternativet kommer til anvendelse at det felles tilbudet var åpent, og kjent for oppdragsgiver ved vurderingen av tilbudet.
- (32) Hensynet til lik praktisering av konkurransereglene innenfor EØS-området tilsier da at det er nødvendig å be om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen.

6. PARTENES ANFØRSLER OM EØS-RETTE

6.1 Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS

- (33) **Første anførsel:** Lagmannsretten anvender feil rettslig standard under formålsbegrepet, når

den legger til grunn som tilstrekkelig at et samarbeid er "egnet til å være konkurransebegrensende", jf. dommen side 20 tredje hele avsnitt, jf. også side 22 andre og fjerde avsnitt, samt lagmannsrettens konklusjon på side 24 ("samarbeidet var egnet til å skade konkurransen"). Lagmannsretten har særlig vist til Høyesteretts dom i Rt. 2012 side 1556 avsnitt 64-65, som igjen viser til sak C-8/08, *T-Mobile*, premiss 31 (side 20 tredje hele avsnitt og side 22 fjerde avsnitt).

- (34) At dette er feil standard, fremgår blant annet av EU-domstolens avgjørelse i sak C-67/13 P, *Cartes Bancaires* ("CB") av 11. september 2014, ref. særlig premiss 58 (jf. også premiss 49 og 50):
- "[...] The concept of restriction of competition 'by object' can be applied only to certain types of coordination between undertakings which reveal a sufficient degree of harm to competition that it may be found that there is no need to examine their effects, otherwise the Commission would be exempted from the obligation to prove the actual effects on the market of agreements which are in no way established to be, by their very nature, harmful to the proper functioning of normal competition. [...]" (uthevet her)
- (35) Om de typer koordinering som anses som formålsrestriksjoner, er det påpekt at "[e]xperience shows that such behaviour leads to falls in production and price increases, resulting in poor allocation of resources to the detriment, in particular, of consumers" (CB premiss 51).
- (36) Se lignende formuleringer i Kommisjonens "Guidance on restrictions of competition 'by object'..." av juni 2014, på side 3 annet avsnitt. Det forutsettes således at det må være tale om en kvalifisert konkurransebegrensning ("sufficient degree of harm", "high potential for negative effects"), og at det formodede skadepotensialet må være erfaringsbasert.
- (37) At det ikke holder at et samarbeid er "egnet til å være konkurransebegrensende", fremgår også av tidligere praksis, jf. f.eks. sak 56-65, *LTM*, som EU-domstolen viser til i CB premiss 49.
- (38) Imidlertid bidro avgjørelsen i sak C-8/08 (*T-Mobile*) fra 2009 til en viss usikkerhet om den rettslige standarden. I premiss 31 uttalte EU-domstolen blant annet. at "*for a concerted practice to be regarded as having an anti-competitive object, it [...] must simply be capable in an individual case... of resulting in the... restriction... of competition*". CB-dommen avviser den lavere standarden i *T-Mobile* (se tilsvarende tolkning i Killick & Jourdan, "*Cartes Bancaires A Revolution Or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten?*" (2014), side 3 andre avsnitt og side 6). Det er ikke nok at en adferd er "egnet til å skade konkurransen".
- (39) **Andre anførsel:** Foreliggende typetilfelle faller utenfor de samordningsformer som i praksis er ansett som formålsrestriksjoner. Ved horisontale samarbeid er dette i hovedsak såkalte "hardcore"-restriksjoner, som "price fixing", "output restrictions", "market sharing" og "bid-rigging", samt informasjonsutveksling om fremtidige priser og kvantum.
- (40) Et felles tilbud som det foreliggende utgjør ingen av nevnte "hardcore"-restriksjoner. Selv om et felles tilbud innebærer at det er fastsatt en gitt pris (og eventuelt kapasitet) i relasjon til det aktuelle anbudsprosjektet, inngår dette i et bredere legitimt samarbeid mellom partene, slik at den felles prisen i tilbudet ikke kan sees isolert. Et felles tilbud er med andre ord ikke primært en koordinering av partenes markedsadferd, men et samarbeid om å levere en felles tjeneste (her pasientkjøring) og den "pooling" av ressurser som inngår i dette (drosjebiler og drosjeløyver).

- (41) **Tredje anførsel:** For å vurdere om et felles tilbud som det foreliggende er tilstrekkelig skadelig under formålsbegrepet, "*regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part*" (CB premiss 53). Vedrørende samarbeidets innhold og formål, kan man ikke nøye seg med å vise til at tilbudet omfatter en felles pris (og eventuelt kapasitet) overfor oppdragsgiver i prosjektet; man må vurdere betydningen av at tilbudet omfatter et samarbeid om å levere en felles tjeneste og den "*pooling*" av ressurser som inngår i dette. Under den kontekstuelle analysen, må det videre ses hen til "*the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question*" (CB premiss 53).
- (42) **Fjerde anførsel:** Det er ikke grunnlag for å anta at et felles tilbud etter sin art er tilstrekkelig skadelig til å fastslå at en virkningsanalyse er overflødig, selv om begge parter er i stand til å inngi tilbud alene. Basert på erfaring kan det ikke oppstilles en presumsjon eller sannsynlighet for konkurranseskadelig virkning av slike samarbeid.
- (43) For det første kan man ikke anta at et felles tilbud eliminerer konkurransen *mellom partene* i anbudskonkurransen. Dette er bare tilfellet hvis partene er forhindret fra å inngi individuelle bud, noe som ikke er lagt til grunn i saken. Videre kan det ikke antas at et felles tilbud sannsynligvis vil begrense konkurransen *vis-a-vis øvrige markedsaktører*. Dette vil blant annet bero på partenes markedsandeler og -styrke og konkurransepresset fra øvrige aktører, noe lagmannsretten ikke adresserer. Begge deler underbygger at et felles tilbud som det foreliggende, ikke utgjør en formålsrestriksjon.
- (44) Lagmannsrettens utdrag fra aksjonæravtale og strategidokument er ikke egnet til å underbygge en formålsrestriksjon. Lagmannsrettens dom bygger på at partene med det felles tilbudet ikke hadde som hensikt eller forsett å begrense konkurransen.
- (45) At felles tilbud som det foreliggende *ikke* utgjør en formålsrestriksjon, underbygges av fraværet av EU/EØS-praksis der dette er fastslått. Juridisk teori trekker i samme retning. Vi viser til *Bellamy & Child: European Community Law of Competition* (2013), side 330 flg. om "*Submission of joint bids*"; Hjelmeng/Gabrielsen, "*Prosjektsamarbeid*" (betenkning laget på oppdrag fra Konkurransetilsynet i november 2011) på side 15; samt Simen Klevstrand, "*Joint bid labelled 'by object' infringement*" (artikkel publisert på Nordic Competition Blog 30. mars 2015). Også reelle hensyn taler mot formålsklassifisering, da dette eventuelt vil ekskludere mange samfunnsmessig gunstige – og dermed ønskelige – kontrakter.

6.2 Staten v/Konkurransetilsynet

- (46) Ved spørsmål 1 og 3, som kan besvares samlet, spør retten om kriteriene som skal anvendes ved vurderingen av om et samarbeid mellom konkurrenter i anbudskonkurranser, slik som i foreliggende sak, har et konkurransebegrensende "*formål*" i henhold til artikkel 53(1) EØS. Bakgrunnen for spørsmålet er at Follo Taxi og Ski Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg og dermed var konkurrenter, men istedenfor innga felles tilbud gjennom et felleseid foretak (SFD), jf. avsnitt 12 ovenfor. Det reduserte antall tilbydere, eliminerte konkurransen mellom Follo Taxi og Ski Taxi, og medførte felles fastsettelse av pris og kvalitet (herunder kapasitet), jf. konkurranseparameterne som er angitt i avsnitt 13 og 16 ovenfor. Aksjonæravtalen og strategidokumentet viser at formålet med taxisentralenes anbudssamarbeid gjennom SFD var "*å styrke markedsposisjonen*", noe som "*tilsier at det dem imellom blir mindre konkurranse i markedet enn tidligere*" og "*[d]ette gjelder både prispolitikk på anbud og andre strategiske tiltak overfor markedet*", jf. avsnitt 9 og 10 ovenfor (sammenlign forenede saker 40/73 Suiker

Unie avsnitt 579). Det fremgår av brev fra SFD til Konkurransetilsynet at *"fra oppstarten i midten av juni 2001 har det vært enighet om at SFD i anbudskonkurranser skal inngi tilbud på vegne av begge sentralene"*.

- (47) Staten tilbakeviser innledningsvis taxisentralenes anførsler om at dommen i sak C-67/13 P *CB* har endret og marginalisert formålsalternativets innhold. Tvert imot, kriteriene følger av langvarig og konsistent rettspraksis som er oppsummert i EU-domstolens seneste dom i sak C-373/14 P *Toshiba* avsnitt 24-27, se også Generaladvokatens uttalelse i *Toshiba* avsnitt 40-91. Essensen er: *"[i]n order to determine whether an agreement between undertakings reveals a sufficient degree of harm that it may be considered a 'restriction of competition by object'... regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms part"* (*Toshiba* avsnitt 27). Med hensyn til spørsmål 1a tilføyes at EU-domstolen har presisert at formålsalternativet ikke krever at virkning påvises: *"it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition..."* (sak C-32/11 *Allianz* avsnitt 38, se også Generaladvokatens uttalelse i *Toshiba* avsnitt 48 og 68).
- (48) Med hensyn til om et samarbeid mellom foretak kan anses, *"by their very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition"* (*Toshiba* avsnitt 26 og *CB* avsnitt 50), er det grunn til å minne om konkurranserettens grunnleggende krav om at *"each economic operator must determine independently the policy which it intends to adopt on the common market"* (sak C-74/14 *Eturas* m.fl. avsnitt 27). For eksempel er informasjonsutveksling som *"reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market in question"* forbudt (sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 35 og sak C-286/13 P *Dole* avsnitt 121). Artikkel 53(1) EØS er således *"intended to prohibit any form of coordination which deliberately substitutes practical cooperation between undertakings for the risks of competition"* (sak C-209/07 *BIDS* avsnitt 34). Disse prinsippene gjelder tilsvarende for anbudskonkurranser (sak T-29/92 *VSPOB* avsnitt 119, 121, 123 og 183). Det er således etter sin art konkurransebegrensende samarbeid i et tilfelle som i foreliggende sak, hvor to foretak som kunne ha inngitt tilbud hver for seg i en anbudskonkurranse *"substitutes practical cooperation between [these] undertakings for the risk of competition"* (*BIDS* avsnitt 34 og *VSPOB* avsnitt 123) ved å inngi et felles tilbud gjennom et felleseid foretak og dermed sikre full koordinasjon av alle konkurranseparametere i anbudskonkurransen (pris og kvalitet).
- (49) Prisfastsettelse mellom konkurrenter er også uttrykkelig forbudt i artikkel 53(1)(a) EØS. EU-domstolen har således fastslått at *"agreements on prices, clearly form part of the category of the most serious restrictions of competition"* (sak C-172/14 *ING Pensii* avsnitt 32), og at slike *"restrictions may be weighed against their claimed pro-competitive effects only in the context of Article 81(3) EC"* (T-461/07 *Visa* avsnitt 67, se også *VSPOB* avsnitt 140). Det skyldes at fri prisfastsettelse erfaringsmessig holder priser nede og fremmer effektivitet (sak 48/69 *ICI* avsnitt 115). Derfor er for eksempel horisontalt salgssamarbeid normalt en formålsovertredelse (Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av artikkel 101 TFEU på horisontale samarbeidsavtaler avsnitt 234 jf. 253). Det følger videre av rettspraksis at formålsalternativet også omfatter informasjonsutveksling mellom konkurrenter om ett konkurranseparameter som *indirekte* kan påvirke prisen og endog *uavhengig* av om prisen påvirkes (*T-Mobile* avsnitt 36-38 og *Dole* avsnitt 123-125, se også *VSPOB* avsnitt 145-146). Det er derfor klart at formålsalternativet omfatter avtaler som *"directly... fix... selling prices"*, jf. artikkel 53(1)(a) EØS, ved at konkurrenter inngir felles tilbud i en anbudskonkurranse.
- (50) I relasjon til slike avtaler er det derfor en tilstrekkelig analyse av avtalens økonomiske og

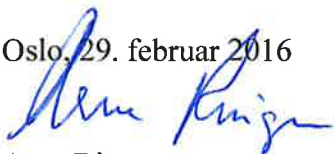
rettslige kontekst at den nasjonale domstolen, som i foreliggende sak, har funnet det bevist at foretakene (Follo Taxi og Ski Taxi) hver for seg kunne ha inngitt tilbud i anbudskonkurransene og at de dermed var konkurrenter, jf. avsnitt 12 ovenfor (tilsvarende *Toshiba* avsnitt 29-34 jf. Generaladvokatens uttalelse avsnitt 72-74).

- (51) Til spørsmål 2 bemerkes at det ikke er avgjørende om et anbudssamarbeid mellom konkurrenter, som i foreliggende sak, holdes skjult eller ikke. De konkurranseskadelige konsekvensene, det vil si reduksjon av antall tilbydere, eliminasjon av innbyrdes konkurranse og felles fastsettelse av pris og øvrige konkurranseparametere, gjelder uavhengig av om samarbeidet er åpent eller skjult. EU-domstolen har således klassifisert åpne samarbeid (som endog ble fremskyndet av nasjonale myndigheter) for å ha konkurransebegrensende formål og uten at retten har vektlagt at samarbeidet ikke ble forsøkt skjult (for eksempel *BIDS* og *VSPOB*, se også forutsetningsvis Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 22). Det tilføyes at eventuelle legitime målsetninger er irrelevant under formålsalternativet og må eventuelt vurderes under artikkel 53(3) EØS (*BIDS* avsnitt 21 og *VSPOB* avsnitt 140).

SPØRSMÅL:

1. Hva er det rettslige vurderingstemaet ved vurderingen av om en avtale mellom foretak har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53?
 - a. Er det i denne forbindelse tilstrekkelig for å kategorisere en adferd som en formålsovertredelse etter EØS-avtalen artikkel 53, at samarbeidet er egnet til å være konkurransebegrensende?
2. Hvilken rettslig betydning har det for vurderingen av om en adferd er en formålsovertredelse at samarbeidet ble gjort åpent for den anskaffende myndighet?
3. Hvilke rettslige kriterier skal særlig tillegges vekt ved vurderingen av om et samarbeid, som skjer ved at to konkurrerende selskaper innleverer et felles tilbud gjennom et felleseiet foretak, og hvor de to foretakene skal være underleverandører til det felleseide foretaket, skal anses som en formålsovertredelse?

Oslo, 29. februar 2016



Arne Ringnes
høyesterettsdommer

ORIGINAL



Registered at the EFTA Court under N° E-19/16-2
19 day of January 2017

NORGES HØYESTERETT

ANMODNING

OM

RÅDGIVENDE UTTALELSE

**Norges Høyesteretts sak nr. 2016/928, sivil sak, anke over dom:
Torbjørn Selstad Thue og Politiets Fellesforbund mot staten v/Justis- og
beredskapsdepartementet**

1 INNLEDNING

- (1) I medhold av Lov om domstolene § 51a, jf. artikkel 34 i avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol, anmoder Norges Høyesterett herved om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen til bruk i Høyesteretts sak nr. 2016/928.
- (2) Saken som Høyesterett skal behandle, gjelder søksmål fra en arbeidstaker mot en arbeidsgiver om hvordan arbeidstiden skal beregnes, hvordan arbeidstakeren skal godtgjøres for tid medgått til reise utenfor alminnelig arbeidstid og hvor reisen skjer til et annet arbeidssted enn der arbeidstaker vanligvis har oppmøte.
- (3) Saken reiser spørsmål om når arbeidstiden begynte og når den sluttet og således tolkningen av grensen mellom "arbeidstid" og "arbeidsfri" i Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern av 17. juni 2015 nr. 62 (arbeidsmiljøloven) § 10-1.
- (4) Direktiv 2003/88/EF om visse aspekter ved organisering av arbeidstid er innlemmet i EØS-avtalen. Arbeidsmiljøloven gjennomfører direktivet i norsk rett. Saken aktualiserer derfor tolkningen av begrepet "arbeidstid" i direktivets artikkel 2.
- (5) EFTA-domstolen anmodes på denne bakgrunn om å uttale seg om tolkningen av den aktuelle bestemmelsen i direktivet.

2 SAKENS PARTER OG ANDRE INVOLVERTE

- (6) De involverte parter i saken for Høyesterett er:

Ankende part: *Torbjørn Selstad Thue*

Prosessfullmektig: advokat Merete Furesund,
Kvale Advokatfirma DA
Postboks 1752 Vika
0122 Oslo

Ankemotpart: *staten v/Justis- og beredskapsdepartementet*

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten
v/ advokat Siri K. Kristiansen
Postboks 8012 Dep
0030 Oslo

- (7) I tillegg har *Politiets Fellesforbund*, som er fagforening for 12 500 ansatte i politi- og lensmannsetaten, i medhold av lov om rettergangsmåten i sivile tvister (tvisteloven) § 15-7, erklært partshjelp til støtte for Torbjørn Selstad Thue. Partshjelperen er også representert av advokat Furesund.
- (8) Det gjøres også oppmerksom på at *Unio*, som er en hovedsammenslutning for fagforeninger med 340 000 medlemmer, i medhold av tvisteloven § 15-8 har inngitt skriftlig innlegg til belysning av allmenne interesser (*amicus curiae*-skriv). *Politiets Fellesforbund* er tilsluttet Unio.

3 SAKENS FAKTISKE BAKGRUNN

- (9) Thorbjørn Selstad Thues anke til Høyesterett gjelder anke over Borgarting lagmannsretts dom 18. februar 2016. Lagmannsretten avgjorde ved denne dommen Thues anke over Oslo tingretts dom 11. desember 2014. Både tingretten og lagmannsretten har frifunnet arbeidsgiver for arbeidstakers krav. Ved beslutning 20. juni 2016 tillot Høyesteretts ankeutvalg anken over lagmannsrettens dom fremmet til behandling i Høyesterett.
- (10) Partene er i det vesentlige enige i lagmannsrettens fremstilling av sakens faktum. For å gi en oversikt over bakgrunnen for saken, gjengis derfor følgende fra lagmannsrettens dom:

"Torbjørn Selstad Thue, som er født i 1964, har fra 1995 vært ansatt som lensmannsbetjent - senere politibetjent - ved Gaular lensmannskontor i Sogn og Fjordane. Han er i dag politiførstebetjent samme sted.

Fra 2005 og ut 2014 var Thue tilknyttet Sogn og Fjordane politidistriktets såkalte utrykningsenhet (UEH). Hvert politidistrikt skal ha et slikt UEH-lag, av spesielt kvalifiserte tjenestemenn. UEH-lagene forestår blant annet væpnede aksjoner, samt eskorteoppdrag for statsråder m.v. som besøker distriktet. UEH-laget i Sogn og Fjordane besto etter det opplyste av ca. 10 personer.

Saken knytter seg til tre UEH-oppdrag, to eskorteoppdrag og en væpnet aksjon, høsten 2013. Oppdrag nr. 1 var et eskorteoppdrag i forbindelse med daværende helseminister

Jonas Gahr Støres besøk i Nordfjord mandag 7. oktober 2013. Oppdrag nr. 2 var en væpnet narkotikaaksjon i Sogndal og omegn dagen etter, tirsdag 8. oktober 2013. Oppdrag nr. 3 var et nytt eskorteoppdrag, nå for statsminister Erna Solberg, som lørdag 16. november 2013 skulle besøke Årdal.

Ved *oppdrag nr. 1* skulle Støre hentes mandag morgen 7. oktober 2013 på flyplassen i Volda, flere timers kjøring unna. Thue dro søndag 6. oktober 2013 ca. kl. 17.00 hjemmefra og bort til Gaular lensmannskontor, som ligger rett ved hans bopel. Her pakket han tjenestebilen med nødvendig utstyr, herunder skuddsikker vest, ammunisjon og sambandsutstyr. Han meldte så fra til politidistriktets operasjonssentral - heretter kalt Operasjonssentralen - at han startet på turen til Volda. På veien kjørte Thue innom Førde lensmannskontor, ca. 25 minutter unna, og hentet et tjenestevåpen (hans eget var på service). Han kjørte deretter til Gloppen lensmannskontor, der han møtte politibetjent Dvergsdal - som skulle være med på oppdraget. Thue og Dvergsdal skulle under Støres besøk være sjåfører i hver sin bil. Fra Gloppen til Volda, der de overnattet, trente de - i hver sin bil - på eskortekjøring, i tillegg til at de rekognoserte. I denne forbindelse har arbeidsgiver godtatt tiden fra kl. 18.30 som arbeidstid, og med overtidstillegg. Den omtvistete perioden her gjelder intervallet fra kl. 17 til kl. 18.30, dvs. forut for eskortetreningen m.v. Thue har bare fått dette godkjent som reisetid, ikke som arbeidstid.

Dagen etter, mandag 7. oktober 2013, ble Støre hentet som planlagt, og kjørt fra Volda til Nordfjord - og senere tilbake til flyplassen i Volda. Deretter, fra kl. 16.20, kjørte Thue og Dvergsdal hjemover igjen, Thue helt til Gaular. Han var tilbake ca. kl. 19.30. Denne returreisen har Thue bare fått godkjent som reisetid, ikke som arbeidstid.

Oppdrag nr. 2 var en væpnet narkotikaaksjon i Sogndal og omegn allerede neste dag, tirsdag 8. oktober 2013. Thue var ca. kl. 06.30 på Gaular lensmannskontor, der han pakket tjenestebilen med utstyr, herunder våpen - samt meldte fra til Operasjonssentralen. Han kjørte deretter til Førde lensmannskontor og møtte de øvrige i UEH-laget, før de kjørte videre til Sogndal, der de ankom rundt kl. 08.00. Aksjonen - som etter det opplyste innebar flere pågripelser - varte frem til kl. 21.53, da Thue og de øvrige kjørte fra Sogndal igjen. Thue var tilbake i Gaular kl. 23.35.

Returreisen fra Sogndal har Thue bare fått godkjent som reisetid, ikke som arbeidstid. Reisen *til* Sogndal er godkjent som arbeidstid (og med overtidstillegg), men staten har opplyst at dette har skjedd ved en feil. Uansett er reisen *til* Sogndal ikke tema for retten.

Oppdrag nr. 3 var et eskorteoppdrag for statsminister Erna Solberg en måneds tid senere, lørdag 16. november 2013, da Thue i utgangspunktet hadde fri. Denne dagen kjørte han fra Gaular ca. kl. 08.00 - etter å ha pakket tjenestebilen med utstyr, herunder våpen. Han meldte også fra til Operasjonssentralen. Deretter kjørte han til Førde lensmannskontor, hvor han hentet politibetjent Malterud - som han skulle utføre oppdraget sammen med. De kjørte deretter i samme bil til Årdal, der Malterud skulle over i en annen bil. Underveis var det uomstridt en del telefoner for å planlegge oppdraget, idet det blant annet skjedde endringer i dette på grunn av vanskelige værforhold. De var fremme i Årdal ca. kl. 11.00. Etter at oppdraget var utført her kjørte Thue, kl. 16.40, tilbake til Gaular. Han var tilbake kl. 19.40.

Returreisen fra Årdal har Thue bare fått godkjent som reisetid, ikke som arbeidstid. Det samme gjaldt opprinnelig reisen *til* Årdal. Under ankeforberedelsen for lagmannsretten har imidlertid staten godtatt denne reisen som arbeidstid (og med overtidstillegg) [...]

Under ankeforberedelsen har staten godtatt at Thue på reisen *til* Årdal lørdag 16. november 2013 (oppdrag nr. 3, eskorte for Erna Solberg) hadde så mange planleggingsoppgaver at

dette må anses som arbeidstid, jf. foran. Thue har således - nå - fått dette godkjent som arbeidstid, med overtidstillegg. Etter dette gjelder den gjenværende tvisten fire tidsperioder, intervallet fra kl. 17 til kl. 18.30 på reisen *til* Volda (oppdrag nr. 1), samt returreisene på alle de tre oppdragene."

- (11) Partene er i saken for Høyesterett uenige om Thue i sin arbeidsavtale har fått avtalefestet, eller har rettskrav på, Gaular lensmannskontor som fast oppmøtested, eller om arbeidsgiver i kraft av arbeidsgivers styringsrett kan fastsette oppmøtestedet. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet anser at oppmøtestedet var der oppdragene skulle utføres, det vil si i henholdsvis Volda, Sogndal og Årdal.
- (12) Partene er også uenige om i hvilken grad Thue hadde plikt til å utføre oppgaver på reisene, og om han var arbeidsberedt og til disposisjon for arbeidsgiver for andre politioppgaver. Uenigheten består i om oppgavene som ble utført hadde grunnlag i pålegg eller avtale, om oppgavene ble utført på eget initiativ og/eller kun var utslag av arbeidstakers alminnelige lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver. Det er også uenighet om Thue utførte noe utover rent kortvarige og reiserelaterte oppgaver.
- (13) Staten v/Justis og beredskapsdepartementet anser for eksempel kontroll og klargjøring av bilen, pakking av utstyr mv. som oppgaver som etter sin art og sitt omfang ikke går utover det Thue pliktet å utføre i kraft av sin alminnelige lojalitetsplikt på reise. Thue hadde etter statens syn heller ikke plikt til å være arbeidsberedt for faglige oppgaver på reisene utover det enhver polititjenestemann har på sin fritid. Staten har også vist til at det tale om et begrenset antall oppdrag i politidistriktet per år, og at det derfor sjelden er nødvendig å fastsette et annet oppmøtested enn det faste eller sedvanlige oppmøtestedet.
- (14) Partene er også uenige om Thue hadde plikt til å melde seg til operasjonssentralen og betydningen at han faktisk meldte seg. Videre om hans mulighet til å velge en alternativ reiserute, muligheten for valg av transportmiddel, betydningen av at det ble brukt sivil polititjenestebil og om hvilken begrensning i Thues fritid det innebar at han hadde med tjenestevåpen på reisen. Det er også uenighet om Thues mulighet til å velge avreisetidspunkt og muligheten til å disponere tiden på reisen til private gjøremål. For eksempel muligheten for å ta pauser og til å besøke familie og venner etc.

4 SAKENS RETTSLIGE BAKGRUNN

- (15) I arbeidsmiljøloven § 10-1 er det lovfestet følgende definisjoner:
 - "(1) Med arbeidstid menes den tid arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver.
 - (2) Med arbeidsfri menes den tid arbeidstaker ikke står til disposisjon for arbeidsgiver."
- (16) Arbeidsmiljøloven tilsvarer således de fellesskapsrettslige definisjoner i arbeidstidsdirektivet artikkel 2. Definisjonen av arbeidstid har betydning for en rekke bestemmelser i arbeidsmiljøloven. Etter lovens § 1-9 kan loven ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt.

- (17) Thue er medlem av Politiets Fellesforbund og gjennom dette medlem av Unio. Unio har sammen med andre hovedsammenslutninger av fagforeninger inngått tariffavtale med staten som arbeidsgiver. Tariffavtalene i Norge bygger gjennomgående på lovens definisjoner av arbeidstid og arbeidsfri. Den tariffavtalen som har betydning i saken som Høyesterett skal behandle, er Hovedtariffavtalen for staten gjeldende for perioden 1. mai 2012–30. april 2014 ("Hovedtariffavtalen").
- (18) I tillegg til denne tariffavtalen, reguleres lønns- og kompensasjonsspørsmålet i saken av Avtale om arbeidstidsbestemmelser for politi- og lensmannsetaten gjeldende for perioden 1. april 2014 til 31. desember 2015 ("Arbeidstidsbestemmelsene").
- (19) I lagmannsrettens dom – som er sitert ovenfor – benyttes også begrepet *reisetid*. Bakgrunnen for dette er reguleringen i Hovedtariffavtalen § 8. Bestemmelsen er en godtgjøringsbestemmelse. Reisetid er den tid som medgår på reise mellom arbeidssted/bosted og forretningsstedet. Reisetid i den alminnelige arbeidstid regnes fullt ut som arbeidstid. Avtalen regulerer hvordan reisetid utenom den alminnelige arbeidstid skal kompenseres.
- (20) Thue tok, ved stevning 31. mars 2014 for Oslo tingrett, ut søksmål mot staten som arbeidsgiver. Søksmålet er basert på at alle de aktuelle tidsperiodene skal anses som arbeidstid, og at han har krav på lønn som vanlig arbeidstid og skal godtgjøres med overtidstillegg. Han begrunner dette med at han stod til disposisjon for arbeidsgiver fra han *ankom* lensmannskontoret til han *forlot* lensmannskontoret etter endt oppdrag. Hvis ikke tiden på reise anses som arbeidstid, har Thue subsidiært anført at han har krav på overtidsbetaling hjemlet på tariffrettslig grunnlag, nærmere bestemt etter regler i Arbeidstidsbestemmelsene.
- (21) Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet anfører på sin side at disse periodene ikke er å anse som arbeidstid. Standpunktet bygger på at Thue ikke stod til disposisjon for arbeidsgiver i de aktuelle periodene, og at tiden han brukte på reise derfor ikke er å anse som arbeidstid etter arbeidsmiljøloven og direktivet. Thue har heller ikke krav på overtidsgodtgjøring på tariffrettslig grunnlag. Thue skal slik staten ser det, godtgjøres etter Hovedtariffavtalens bestemmelser om reisetid. Han har mottatt godtgjørelse i form av pengeutbetaling etter disse bestemmelsene og har ikke krav på ytterligere godtgjørelse.
- (22) Partene er enige om at tid brukt på reise utenom alminnelig arbeidstid, til og fra fast eller sedvanlig oppmøtested, normalt ikke er å anse som arbeidstid. Tid brukt på reise i alminnelige arbeidstid er normalt å anse som arbeidstid. Tvisten gjelder bare tid brukt på reise til og fra et annet oppmøtested enn det som er arbeidstakerens faste eller sedvanlige oppmøtested og når reiser skjer utenom alminnelig arbeidstid.
- (23) Det foreligger relevant rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen om tolkningen av arbeidstidsbegrepet, men hvor problemstillingen er noe annerledes enn den typesituasjon som vi står overfor i denne saken. Partene er uenige om den foreliggende rettspraksis gir veiledning for tid brukt på en pålagt reise utenfor regulær arbeidstid. Ankende part og partshjelperen har bedt Høyesterett innhente en rådgivende uttalelse. For Høyesterett har ankende part og partshjelper blant annet anført at lagmannsrettens avgjørelse bygger på et *resonnement* som er uforenlig med direktivet. Ankemotparten er uenig i dette, men har ikke motsatt seg at saken forelegges EFTA-domstolen. Det synes å være enighet mellom partene

om at spørsmålet om forståelsen av direktivet har prinsipiell interesse utover saken her.

- (24) For Høyesterett har det, ved vurderingen av om saken bør forelegges EFTA-domstolen, vært sentralt at fastleggingen av arbeidstidsbegrepets innhold potensielt kan ha betydning for svært mange arbeidsforhold. Tid brukt på reise, for en arbeidstaker med en kombinasjon av fast og varierende oppmøtested, fremstår også som en praktisk problemstilling for arbeidslivet. Hensynet til lik praktisering i EØS-området tilsier da at det er nødvendig å be om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen før Høyesterett behandler ankesaken.

5 PARTENES ANFØRSLER OM EØS-RETTE

5.1 Thorbjørn Selstad Thue og Politiets Fellesforbund

- (25) Nedenfor gjengis de bemerkninger som de ankende parter har inngitt:
- (26) "Arbeidstaker har i alle de omtvistede tilfellene stilt sin arbeidskraft til disposisjon på det kontraktsfestede oppmøtested fastlagt i hans arbeidsavtale, jf. Europarådets direktiv 91/533/EØF. Her utførte han ordinære oppgaver etter arbeidsavtalen før han reiste videre til det bestemmelsessted arbeidsgiveren hadde fastsatt. Lagmannsretten har funnet det bevist at arbeidstaker også under reisene utførte ordinære arbeidsoppgaver. For ordens skyld opplyses at arbeidstaker gjennomfører tilsvarende reiser som ledd i sin ordinære arbeidsutførelse. Ankende part anfører at de omtvistede tidsrommene er arbeidstid slik begrepet er definert i artikkel 2 i Europarådets direktiv 2003/88/EF (Arbeidstidsdirektivet), fortolket i tråd med praksis fra EU-domstolen.
- (27) Det er etter EU-retten uten betydning for beregning av arbeidstiden at arbeidsgiver i kraft av arbeidsgivers styringsrett kan pålegge arbeidstaker å møte på et annet bestemmelsessted enn hans faste oppmøtested. I motsatt fall vil arbeidsgiver sette vernet arbeidstidsreglene er ment å gi ut av spill, jf. Tyco C-266/14. I vår sak er det uansett slik at arbeidsreisen var en nødvendig og integrert del av oppdragsutførelsen og at arbeidstaker i alle de tre tilfellene startet og sluttet arbeidsdagen på det kontraktsfestede oppmøtestedet.
- (28) Etter Arbeidstidsdirektivet er det heller ikke rom for noen nærmere vurdering av intensiteten i det arbeid som faktisk blir utført. Det vises til premiss 69 i Jäger-saken, C-151/02. Tilsvarende syn er gjentatt i en rekke senere avgjørelser fra EU-domstolen, ref. Dellas C-14/04, Vorel-saken, C-437 /05, Grigore C-258/10 og Tyco C-266/14. Felles for disse avgjørelsene er en formålsorientert tolkning. Reglene skal sikre både muligheten til nødvendig hvile og nødvendig tid til åndelig og sosial livsutfoldelse, jf. avsnitt 92-94 i Jäger-saken. I avsnitt 94 uttales det:
- "...for at opfylde direktivets formål som angivet i nærværende doms præmis 92 skal være kendetegnet ved, at arbeidstageren i løbet af disse perioder ikke har nogen forpligtelse over for arbejdsgiveren, der kan forhindre ham i frit og uafbrudt at hellige sig sine egne interesser med henblik på at neutralisere de virkninger, som arbejdet har for hans sikkerhed og sundhed."**
- (29) Ved disse avgjørelsene er terskelen for når arbeidstaker er i arbeid blitt klargjort, og det er ikke noe krav om at arbeidstaker faktisk utfører arbeid for at han kan sies å stå til arbeidsgivers disposisjon. EU-domstolen har slått fast at definisjonene av arbeidstid og

arbeidsfri i direktivets artikkel 2 er fellesskapsrettslige regler som må defineres av objektive kriterier i tråd med direktivets formål og system, se f.eks. Jäger-saken, C-151/02 premiss 58. Det er følgelig ikke rom for at det i nasjonal rett innfortolkes vilkår som innskrenker rekkevidden av begrepene.

- (30) Oppsummeringsvis anføres at lagmannsrettens forståelse av arbeidsmiljøloven § 10-1 er feil og i strid med Arbeidsdirektivet når arbeidstaker pålegges å utføre ordinære arbeidsoppgaver før arbeidsdagen starter og videre når arbeidsintensiteten hensyntas ved tolkningen av bestemmelsen. Arbeidstidsdirektivets formål ivaretas kun ved å anerkjenne at arbeidstiden startet da Arbeidstaker stilte seg til disposisjon på lensmannskontoret – og tilsvarende stoppet da han forlot lensmannskontoret etter endt arbeidsdag."

5.2 Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet

- (31) Nedenfor gjengis de bemerkninger som ankemotparten har inngitt:
- (32) "Til spørsmål I: Direktivet oppstiller 3 kumulative vilkår for at det skal foreligge arbeidstid. Arbeidstakeren må være 1) på arbeidet, 2) stå til arbeidsgiverens disposisjon og 3) utføre sine arbeidsoppgaver. Direktivets generelle kriterier for hva som skal til, er godt utpenslet gjennom EU-domstolens praksis. Disse kriteriene er ikke oppfylt alene ved at arbeidstakeren bruker tid på reise til/fra et oppmøtested som ikke er arbeidstakerens faste eller sedvanlige oppmøtested, utenom alminnelig arbeidstid. Transporttid til og fra arbeid er slik i utgangspunktet arbeidsgiver uvedkommende. I den grad det utføres aktivt arbeid på reise som går utover det arbeidstaker plikter å utføre i kraft av sin alminnelige lojalitetsplikt, vil imidlertid tid brukt på dette, måtte anses om arbeidstid i direktivets forstand. All tid brukt på reisen blir likevel ikke derved arbeidstid etter direktivet - bare tiden som faktisk er brukt på det aktive arbeidet, jf sak C-303/98 Simap avsn 50.
- (33) Sak C-266/14 Tyco kan ikke tas til inntekt for at tid brukt på denne type reise som sådan utgjør arbeidstid i direktivets forstand. Dommen gjaldt en spesiell type arbeidstakere som overhodet ikke hadde fast oppmøtested, men hver dag fikk pålegg om et nytt oppmøtested. Dette er understreket gjentatte ganger i rettens begrunnelse. Dette sammen med en rekke andre forhold, skiller saken vesentlig fra vår sak. Hensynet til arbeidstakerens innrettelser og privatliv slår i liten grad til når arbeidstakeren har et fast arbeidssted, se også spørsmål III.
- (34) Til spørsmål II: Som det framgår ovenfor, mener staten at tid brukt på aktivt arbeid på denne type reise i utgangspunktet må anses om arbeidstid i direktivets forstand. Det kan ikke utelukkes helt at også perioder hvor det ikke utføres aktivt arbeid etter omstendighetene må anses som arbeidstid, jf C-161/02 Jaeger, hvor retten fant at tid hvor en lege hvilte på vakt på sykehuset, måtte ansees som arbeidstid. Det avgjørende må være om arbeidstakeren er rettslig forpliktet til straks å utføre arbeidsoppgaver etter arbeidsgivers instruksjoner samt forpliktet til fysisk å oppholde seg på sted anvist av arbeidsgiver, jf Simap avsn 48-50, Jaeger avsn 63, Tyco avsn 35-36. For at fritid/reisetid skal bli å betrakte som arbeidstid må arbeidstaker etter staten syn ha en slik plikt til å være arbeidsberedt til å utføre alminnelige oppgaver etter arbeidsavtalen i større grad enn på fritiden ellers (i denne saken utføre alminnelige politioppgaver som etterforskning, trafikk kontroll etc.). I tillegg må det ses hen til om forpliktelser og begrensninger i arbeidstakers frihet til livsutfoldelse og mulighet for å bruke tiden i egen interesse er av et slikt omfang at det er naturlig å betrakte ham for å stå til disposisjon for arbeidsgiver, jf. eksempelvis sak C-303/98 Simap, avsn. 50, og sak C-151/02 Jäger, avsn. 65 og Tyco avsn 37.

- (35) Normalt vil reisetid uten aktivt arbeid ikke anses som arbeidstid etter disse vilkårene. Mer konkrete momenter som underbygger at det ikke foreligger arbeidstid, er eksempelvis om arbeidsgiver som i vår sak, lar det være opp til arbeidstaker når han vil reise bare han er på oppmøtestedet til fastsatt tid, og om arbeidstaker selv kan velge transportmiddel, reisevei og eventuelle pauser og aktiviteter underveis, herunder legge inn besøk til venner og familie. At arbeidstaker har med seg utstyr på reisen, kan ikke være avgjørende, heller ikke at dette inkluderer våpen - i alle fall ikke når våpenet som her lett og raskt kan demonteres, f.eks. ved at tjenestemannen har sluttstykket i lommen og resten av våpenet i bilen/på hotellrommet, slik at han ikke på noe tidspunkt vil være bevæpnet eller ha et funksjonelt våpen liggende i bilen/på hotellrommet. Hans frihet vil da i liten til ingen grad være begrenset.
- (36) Til spørsmål III: Det kan ikke være aktuelt å anse tid brukt på denne type reise som arbeidstid etter direktivet dersom arbeidsgiver bare unntaksvis fastsetter et annet oppmøtested enn det som er arbeidstakerens faste eller sedvanlige. At arbeidstaker unntaksvis må reise til annet oppmøtested enn sitt sedvanlige, vil ikke – eller i alle fall bare i begrenset grad – gå ut over mulighet til å tilpasse sitt privatliv og sin bolig til avstanden til arbeidsplassen. Dette var helt annerledes i Tycodommen der arbeidstakerne ikke hadde noe fast oppmøtested overhodet, men hver dag fikk pålegg om nytt oppmøtested."

6 SPØRSMÅL TIL EFTA-DOMSTOLEN

På bakgrunn av de ovennevnte faktiske og rettslige forutsetninger i denne saken, og under hensyntaken til at EFTA-domstolen ikke avgjør spørsmål om faktiske forhold eller løser tvister om fortolkning eller anvendelse av nasjonale rettsregler, og sett hen til at selve lønns- og kompensasjonsspørsmålet ligger innenfor partens avtalefrihet som følge av at direktivet ikke regulerer dette, ber Høyesterett om EFTA-domstolens svar på følgende spørsmål:

- I Er den tiden som medgår til en reise pålagt av arbeidsgiver, til og/eller fra et annet oppmøtested enn arbeidstakerens faste eller sedvanlige oppmøtested, når reisen skjer utenfor alminnelig arbeidstid, å anse som arbeidstid etter artikkel 2 i direktiv 2003/88/EF?
- II I den grad en reise som beskrevet i spørsmål I ikke i seg selv er tilstrekkelig til klassifisering som arbeidstid, hva er det rettslige vurderingstemaet og de relevante momentene for vurderingen av om reisetiden likevel blir arbeidstid? Det bes herunder omtalt om det skal foretas en intensivitetsvurdering av innslaget av arbeid på reise.
- III Har det betydning for vurderingene under spørsmål I og II hvor ofte arbeidsgiver fastsetter et annet oppmøtested enn det som er arbeidstakerens faste eller sedvanlige oppmøtested?

* * *

Oslo, 14. desember 2016



Kristin Normann
dommer



BORGARTING LAGMANNSRETT

Dok 25

EFTA Court
1 rue du Fort Thüngen
L-1499 Luxembourg

ORIGINAL

Deres referanse

Vår referanse

16-038684ASD-BORG/01

Dato

27.09.2016

Anmodning om rådgivende uttalelse i sak nr. 16-038684ASD-BORG/01 mellom Yara International ASA - Staten ved Finansdepartementet

1. Innledning

I medhold av domstoloven § 51a og avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingorgan og en Domstol (ODA) artikkel 34, anmoder Borgarting lagmannsrett med dette om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak nr. 16-038684ASD-BORG/01 mellom Yara International ASA (ankende part for Borgarting lagmannsrett) og staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter (ankemotparten for Borgarting lagmannsrett).

Partsforholdet i ankesaken for lagmannsretten er følgende:

Ankende part: Yara International ASA
Drammensveien 131
0277 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Øyvind Hovland
Ernst & Young TAX Advokatfirma AS
Postboks 20, 0051 Oslo

Ankemotpart: Staten v/Sentralskattekontoret for Storbedrifter
Postboks 1073 Valaskjold
1705 Sarpsborg

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten
v/advokat Pål Wennerås
Postboks 8012 Dep
0030 Oslo

Saken gjelder gyldigheten av skatteklagenemndas vedtak 29. november 2013. Ved vedtaket ble Yara International ASA nektet skattemessig fradrag for konsernbidrag selskapet hadde ytt til sitt litauiske datterselskap UAB Yara Lietuva. I henhold til reglene i den norske

skatteloven om konsernbidrag er det ikke anledning til skattefradrag for konsernbidrag som ytes fra et selskap som er skattepliktig i Norge til et selskap som ikke er skattepliktig i riket. Sakens sentrale spørsmål er om de norske konsernbidragsreglens krav om skatteplikt i riket er forenlige med EØS avtalen artikkel 31 jf. artikkel 34.

2. Nærmere om sakens faktiske bakgrunn

Yara International ASA er et selskap inkorporert og registrert i Norge, med organisasjonsnummer 986 228 608. Selskapet er skattemessig hjemmehørende i Norge.

Yara International ASA er morselskap i et konsern med en rekke datterselskaper både i Norge og utlandet.

I 2007 ervervet Yara-konsernet selskapet UAB Lietuva. Ervervet skjedde gjennom at Yara International ASAs finske datterselskap Yara Suomi Oy kjøpte selskapet Kemira GrowHow Oy (som var eier av UAB Lietuva). UAB Lietuva var skattemessig hjemmehørende i Litauen. Etter at selskapet ble en del av Yara-konsernet endret det navn til UAB Yara Lietuva.

Den 28. april 2009 inngikk UAB Yara Lietuva og AB Lifosa, avtale om salg/kjøp av hele virksomheten i UAB Yara Lietuva for et nominelt beløp på 1 litauisk litas. UAB Yara Lietuva hadde pr. 31. desember 2009 et fremførbart skattemessig underskudd på om lag NOK 177 000 000.

Den 14. desember 2009 kjøpte Yara International ASA alle aksjene i UAB Yara Lietuva fra det heleide datterselskapet Yara Suomi Oy. UAB Yara Lietuva ble med dette et direkte eid datterselskap av Yara International ASA.

Den 16. desember 2009 ble det inngått avtale mellom Yara International ASA og UAB Yara Lietuva om at Yara International ASA skulle yte et konsernbidrag til UAB Yara Lietuva på EUR 16 000 000 (tilsvarende NOK 132 758 144) med virkning for inntektsåret 2009. Konsernbidraget ble betalt kontant 10. januar 2010. Det er opplyst fra ankende part at deler av konsernbidraget ble benyttet til å innfri gjeld, mens den resterende del av det mottatte konsernbidraget på ca. MEUR 6,4 ble plassert på konsernkonto i Yara-konsernet.

UAB Yara Lietuva ble besluttet likvidert 29. januar 2010. Det ble oppnevnt en person med rollen som likvidator av selskapet. I tillegg beholdt UAB Yara Lietuva to ansatte som i en periode bistod likvidatoren i likvidasjonsprosessen. Ankende part har opplyst at beslutningen om likvidasjon ble registrert i det lokale selskapsregisteret 17. februar 2010. Selskapet ble slettet 12. april 2012.

I selvangivelsen for inntektsåret 2009 krevde Yara International ASA skattemessig fradrag for konsernbidraget til UAB Yara Lietuva med NOK 132 758 144, tilsvarende EUR 16 000 000.

Ved likningen for 2009 ble Yara International ASA under henvisning til skatteloven § 10-2 til § 10-4 nektet fradrag for konsernbidraget ytt til UAB Yara Lietuva. Etter reglene i skatteloven om konsernbidrag er det ikke anledning til å yte konsernbidrag med skattemessig effekt fra et selskap som er skattepliktig i Norge til et datterselskap som ikke er skattepliktig i riket, jf. skatteloven § 10-4.

Ved brev av 9. november 2010 påklagde Yara International ASA likningen til Sentralskattekontoret for storbedrifter. Selskapet gjorde gjeldende at de norske konsernbidragsreglene er i strid med etableringsfriheten i EØS-avtalen, og at Norge etter

EØS-avtalen således er forpliktet til å innrømme selskapet fradragsrett for konsernbidraget gitt til UAB Yara Lietuva som datterselskap hjemmehørende innenfor EØS.

Ved vedtak av 20. juni 2011 fastholdt Sentralskattekontoret for storbedrifter likningen for 2009.

Yara International ASA påklaget 5. juli 2011 vedtaket fra Sentralskattekontoret for storbedrifter til skatteklagenemnda.

Ved vedtak av 29. november 2013 fastholdt skatteklagenemnda vedtaket av 20. juni 2011 fra Sentralskattekontoret for storbedrifter.

Den 27. mai 2014 tok Yara International ASA ut stevning for Oslo tingrett med påstand om at selskapet ble tilkjent fradrag for avgitt konsernbidrag til UAB Yara Lietuva med NOK 132 758 144. Det ble også krevd tilbakebetaling korresponderende redusert skatt på inntekt for inntektsåret 2009, total NOK 37 172 280 med tillegg av forsinkelsesrente. Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter tok til motmæle i tilsvaret av 27. juni 2014, med påstand om frifinnelse.

Oslo tingrett avsa dom i saken 17. desember 2015 med slik domsslutning:

1. Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter frifinnes.
2. Yara International ASA dømmes til å betale sakskostnader til Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter med kr. 119 200 – etthundreogtrentusentohundrekroner – innen 14 – fjorten – dager fra dommens forkynnelse.

Oslo tingrett kom til at reglene i skatteloven §§ 10-2, jf. 10-4 er forenlige med EØS-avtalen artikkel 31, jf. artikkel 34, og at Yara International ASA følgelig ikke hadde rett til fradrag for konsernbidraget avgitt til UAB Yara Lietuva. Tingretten anså at lovligheten av konsernbidragsreglene fulgte av premissene i EU-domstolens avgjørelse i sak C-231/05 Oy AA. Skatteklagenemndas vedtak av 29. november 2013 ble derfor ansett som gyldig og staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter ble frifunnet.

Yara International ASA anket 28. januar 2016 tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett. Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter tok til motmæle i anketilsvaret 25. februar 2016.

Under saksforberedelsen i ankesaken har lagmannsretten besluttet å innhente rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen om det EØS-rettslige spørsmål som saken reiser.

3. Relevant norsk lovgivning

Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14 (skatteloven) §§ 10-2 til 10-4 gir på nærmere vilkår et foretak rett til å kreve fradrag ved inntektslikningen for bidrag som overføres til et annet foretak i konsernet (konsernbidrag). Bestemmelsene lyder som følger:

§ 10-2. Fradrag for konsernbidrag

(1) Aksjeselskap og allmennaksjeselskap kan kreve fradrag ved inntektslikningen for konsernbidrag så langt dette ligger innenfor den ellers skattepliktige alminnelige inntekt, og for

så vidt konsernbidraget ellers er lovlig i forhold til aksjelovens og allmennaksjelovens regler. Likestilt selskap og sammenslutning kan kreve fradrag for konsernbidrag i den utstrekning aksjeselskap og allmennaksjeselskap kan gjøre det. Bestemmelsen i § 10-4 første ledd annet punktum gjelder likevel ikke når et samvirkeforetak yter konsernbidrag til et foretak som inngår i samme føderative samvirke, jf. samvirkeoven § 32.

(2) Det kan ikke kreves fradrag i inntekt som skattlegges etter reglene i petroleumsskatteloven. Det kan ikke kreves fradrag for konsernbidrag til dekning av underskudd i virksomhet som nevnt i petroleumsskatteloven §§ 3 og 5. Det kan ikke kreves fradrag for konsernbidrag til dekning av underskudd som etter § 14-6 femte ledd ikke kan fremføres til fradrag i senere år.

§ 10-3. Skatteplikt for mottatt konsernbidrag

(1) Konsernbidrag regnes som skattepliktig inntekt for mottakeren i samme inntektsår som det er fradragsberettiget for giveren. Den del av konsernbidraget som giveren ikke får fradrag for på grunn av reglene i § 10-2 annet ledd eller fordi det overstiger den ellers skattepliktige alminnelige inntekt, er ikke skattepliktig for mottakeren.

(2) Konsernbidrag regnes ikke som utbytte i forhold til reglene i §§ 10-10 til 10-13.

§ 10-4. Vilkår for rett til å yte og motta konsernbidrag

(1) Giver og mottaker må være norske selskaper eller sammenslutninger. Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper må tilhøre samme konsern, jf. aksjeloven § 1-3 og allmennaksjeloven § 1-3, og morselskapet må eie mer enn ni tideler av aksjene i datterselskapet samt ha en tilsvarende del av stemmene som kan avgis på generalforsamlingen, jf. aksjeloven § 4-26 og allmennaksjeloven § 4-25. Kravene må være oppfylt ved utgangen av inntektsåret. Det kan ytes konsernbidrag mellom selskaper hjemmehørende i Norge selv om morselskapet er hjemmehørende i en annen stat, dersom selskapene ellers tilfredsstiller kravene.

(2) Utenlandsk selskap hjemmehørende i land innenfor EØS anses likestilt med norsk selskap hvis:

- a. det utenlandske selskapet tilsvarende et norsk selskap eller sammenslutning som nevnt i § 10-2 første ledd,
- b. selskapet er skattepliktig etter § 2-3 første ledd b eller petroleumsskatteloven § 2, jf. § 1, og
- c. det mottatte konsernbidrag er skattepliktig inntekt i Norge for mottakeren.

(3) Giver og mottaker må levere oppgaver etter ligningsloven § 4-4 nr. 5.

Bestemmelsene om konsernbidrag i skatteloven § 10-2 til § 10-4 etablerer en ordning som sikrer skattemessig nøytralitet innenfor et skattekonsern. Giver kan kreve fradrag ved inntektslikningen for konsernbidrag så lenge bidraget ligger innenfor foretakets skattepliktige alminnelige inntekt, jf. skatteloven § 10-2. På den annen side blir konsernbidraget skattepliktig inntekt på mottakers hånd, jf. skatteloven § 10-3. Systemet bygger altså på skattemessig symmetri. Et grunnleggende vilkår er at både giver og mottaker er skattepliktig i riket, jf. skatteloven § 10-4.

Konsernbidragsreglene ivaretar to formål, jf. Ot.prp.nr. 16 (1979-80) side 6 flg. og Ot.prp.nr. 1 (1999-2000) side 25 flg. For det første skal reglene tilrettelegge for nettobeskatning innad i konsern ved at overskudd kan overføres til selskap med skattemessig underskudd. Ved slike overføringer vil således i realiteten skattemessig underskudd i et konsernselskap redusere skattemessig overskudd i et annet konsernselskap, såkalt skatteutjevning innenfor konsern. For det andre er konsernbidragsreglene begrunnet i at det også utover behovet for skatteutjevning kan foreligge behov for å overføre midler mellom konsernselskaper, det vil si rene verdioverføringer innenfor konsern. På denne måten gis det mulighet for å bygge opp reserver i det eller de selskaper i et konsern hvor det til enhver tid er hensiktsmessig utfra utbyggingsplaner og finansieringsbehov. Når det gis konsernbidrag mellom to konsernselskaper som begge har overskudd, vil giver få fradrag for konsernbidraget, mens mottaker vil bli beskattet for konsernbidraget.

Som følge av at konsernbidragsreglenes formål omfatter å legge til rette for verdioverføringer innad i konsern, gjelder altså fradragsretten for konsernbidrag uavhengig av om mottaker har skattemessig underskudd eller ikke, jf. skatteloven § 10-2.

Den selskapsrettslige utdelingen av konsernbidrag er regulert i lov om allmenaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 45 (allmennaksjeloven) og lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44 (aksjeloven) §§ 8-5:

§ 8-5. Konsernbidrag

(1) Selskapet kan utdele konsernbidrag til annet konsernselskap, jf. skatteloven §§ 10-2 til 10-4. Som konsernselskap regnes også foretak som inngår i et konsern etter samvirkeloven § 5.

(2) Bestemmelsene i §§ 8-1 til 8-4 gjelder tilsvarende for utdeling av konsernbidrag. Summen av utbytte og konsernbidrag kan i et enkelt år ikke overstige grensen etter § 8-1.

Første ledd gir selskapsrettslig hjemmel for at et selskap kan utdele konsernbidrag, mens annet ledd oppstiller nærmere vilkår for slik utdeling. Konsernbidrag kan gis mellom alle selskaper som inngår i konsernet, forutsatt at kravet til eierinteresse er oppfylt, jf. skatteloven § 10-4 første ledd.

Fradrag kan kreves ved ligningen for det år beslutningen gjelder, selv om beslutningen først er truffet året etter i forbindelse med årsoppgjøret. Konsernbidrag besluttes normalt med effekt for forutgående år. Forholdet til selskapets årsregnskap er regulert særskilt ved aksjelovene § 8-5 annet ledd. Fradragsrett ved inntektsskatteligningen er etter skatteloven § 10-2 første ledd betinget også av at bidraget er lovlig etter aksjelovene § 8-5 annet ledd. Bestemmelsen i annet ledd første punktum innebærer at både de materielle og de formelle regler om utbytte generelt gjelder tilsvarende for konsernbidrag, jf. § 8-1 og § 8-4.

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) er gjort til norsk lov ved lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde mv av 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven) § 1. Gjennom EØS-loven § 2, er EØS-avtalen gitt trinnhøyde over alminnelig norsk lov. Ved motstrid mellom reglene i skatteloven og EØS-avtalen, har således EØS-avtalen forrang.

4. Begrunnelse for anmodning om rådgivende uttalelse

Sakens sentrale spørsmål er om vilkåret i skatteloven § 10-4, om at både giver og mottaker av et konsernbidrag må være skattepliktige i Norge for at giver skal ha skattemessig fradragsrett, er forenlig med reglene om etableringsfrihet i EØS-avtalen artikkel 31, jf. artikkel 34.

Partene er enige om at vilkåret i skatteloven § 10-4 utgjør en restriksjon etter etableringsreglene i EØS-avtalen 31, jf. artikkel 34. Videre er partene enige om at vilkåret om skatteplikt i riket kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn til å sikre en balansert fordeling av beskatningskompetansen mellom EØS-statene og å forhindre skatteomgåelse, og at kravet er egnet til å ivareta disse hensynene. Partene er imidlertid uenige om i hvilken utstrekning vilkåret er nødvendig for å ivareta hensynene. Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter er av den oppfatning at kravet i skatteloven § 10-4 er forenlig med EØS-avtalen fordi det er nødvendig for å ivareta de tvingende allmenne hensynene. Yara International ASA gjør på sin side gjeldende at de norske konsernbidragsreglene går lenger enn nødvendig, og at det må gjøres unntak for de situasjoner hvor mottaker av konsernbidraget er skattepliktig i en annen EØS-stat og har lidd "endelig tap".

Etter det lagmannsretten er kjent med er det særlig to avgjørelser fra EU-domstolen som er sentrale ved den aktuelle fortolkning av EØS-retten. Dette er sak C-446/03 ("Marks & Spencer-dommen") og sak C-231/05 ("Oy AA-dommen"). Partene er uenige om hva som kan utledes av disse avgjørelsene med hensyn til det sentrale tolkningsspørsmål i saken.

Marks & Spencer-dommen gjaldt spørsmål om "group relief" (underskuddsdekning) fra et britisk morselskap til datterselskaper med skattemessig tilhørighet i Belgia, Tyskland og Frankrike. De britiske regler for "group relief" oppstilte som vilkår for underskuddsoverføring innen konsern at begge foretak var skattepliktige i Storbritannia. EU-domstolen konstaterte at dette var en restriksjon på etableringsfriheten som var begrunnet i tre tvingende allmenne hensyn: a) hensynet til å sikre balansert fordeling av beskatningskompetanse, (b) hensynet til å unngå dobbelt bruk (fradrag) av underskudd og c) hensynet til å unngå skatteomgåelse. Restriksjonen ble funnet egnet og nødvendig til å fremme disse hensynene, men gikk lenger enn nødvendig i de tilfeller underskuddet hos mottaker var "endelig" og den eneste muligheten for skattemessig utnyttelse var å overføre det til et annet konsernforetak. Dette er senere omtalt som Marks & Spencer unntaket eller "final loss" (endelig tap) unntaket.

Oy AA-dommen gjaldt konsernbidrag fra et finsk datterselskap til et britisk morselskap, og omhandlet konsernbidragsreglene i Finland. De finske konsernbidragsreglene oppstilte, som de norske, krav om at både giver og mottaker av konsernbidraget skulle være skattepliktige i riket. EU-domstolen konstaterte at tilhørighetskravet innebar en restriksjon på etableringsfriheten, men at det var rettferdiggjort i tvingende allmenne hensyn. Det var særlig hensynet til å sikre en balansert fordeling av beskatningskompetansen og hensynet til å unngå skatteomgåelse som ble vektlagt. Restriksjonen ble funnet egnet og nødvendig for å fremme disse hensynene.

Partene er enige om at de finske og norske konsernbidragsreglene generelt sett er identiske.

Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter er av den oppfatning at det følger av Oy AA-dommen avsnitt 63-65 at det er nødvendig for å ivareta en balansert fordeling av beskatningskompetansen og hensynet til skatteomgåelse at fradrag for konsernbidrag er betinget av at selskapene er skattepliktige i riket, og at EU-domstolen avviste at medlemsstatene måtte åpne for unntak fra et slikt vilkår. Bestemmelsen i den norske

skatteloven § 10-4 er derfor forenlig med EØS-avtalen artikkel 31, jf. artikkel 34. Det påpekes at Marks & Spencer-dommen gjaldt et skattesystem basert på underskuddsoverføring ("group relief"), og ikke et system basert på konsernbidrag som gir giver fradragsrett uavhengig av underskudd hos mottaker. Det anføres at den etterfølgende Oy AA-dommen viser at Marks & Spencer unntaket ikke er relevant og ikke får anvendelse for et slikt konsernbidragssystem.

Yara International ASA gjør gjeldende at det i Oy AA-dommen verken forelå noen faktisk eller rettslig foranledning til å vurdere Marks & Spencer unntaket, da det i denne saken var på det rene at det ikke forelå noen "endelig tap" situasjon. Det anføres derfor at EU-domstolen i OY AA-dommen ikke tok stilling til om det for konsernbidragsregler som de finske og norske, må gjøres unntak for situasjoner hvor mottaker av konsernbidraget er skattepliktig i en annen EØS-stat og har lidd "endelig tap". Med støtte i Marks & Spencer-dommen anføres at unntak for "endelig tap" situasjoner også må gjelde i forhold til konsernbidragsregler som de norske.

Lagmannsretten har ikke funnet tolkningsspørsmålet opplagt, og har derfor besluttet å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse.

5. Partenes anførsler om EØS-retten

5.1 Yara International ASA har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Det anføres at de restriktive konsernbidragsreglene er uforholdsmessige fordi Yara International ASA ikke gis inntektsfradrag for avgitt konsernbidrag til sitt heleide datterselskap, UAB Yara Lietuva, med endelig skattemessig underskudd. Forutsetningen for at spørsmålet som forelegges EFTA-domstolen aktualiseres, er at UAB Yara Lietuvas skattemessige underskudd kvalifiseres som «endelig underskudd» iht. premissene 55 og 56 i Marks & Spencer dommen (Marks & Spencer-unntaket).

Det er sikker EØS-rett at reglene om etableringsfriheten ikke gir en generell rett til grenseoverskridende skatteutjevning innenfor konsern. Men det er også sikker EØS-rett at etableringsfriheten i unntakstilfeller gir rett til slik skatteutjevning hvor vilkårene i Marks & Spencer-unntaket er oppfylt. Marks & Spencer-unntaket gir rett til grenseoverskridende skatteutjevning i situasjoner hvor det mottakende datterselskap med underskudd har opphørt med sin virksomhet og iverksetter likvidasjon, og dermed ikke lenger har noen faktisk mulighet til å kunne utnytte underskuddet, med den konsekvens at underskuddet endrer karakter til endelig underskudd.

Marks & Spencer omhandler de britiske group relief- reglene og spørsmålet om skatteutjevning mellom et britisk morselskap med overskudd og datterdatterselskaper med underskudd i Frankrike, Tyskland og Belgia. Saksøker mener at EU-domstolens resonnementsmønster under forholdsmessighetsvurderingen i Marks & Spencer, som ledet frem til Marks & Spencer-unntaket, må gis tilsvarende anvendelse hvor skatteutjevning mellom morselskap med overskudd og datterselskap med underskudd teknisk gjennomføres gjennom bruk av konsernbidrag. EU-domstolens resonnementsmønster i Marks & Spencer er av prinsipiell karakter og dermed anvendelig uavhengig av hvilken teknisk metode som anvendes for å oppnå skatteutjevning innenfor konsern.

De norske konsernbidragsreglene bygger på prinsippet om overføring av konsernbidrag mellom konsernselskap tilsvarende verdien av underskuddet hos mottakerselskapet. De britiske reglene er på dette punkt mer fleksible, og britiske konsern har en valgtrett mht om

konsernselskapet med overskudd skal betale vederlag, herunder hvor stort vederlag, for retten til å anvende andre konsernselskapers underskudd. For en fremstilling av de britiske group-relief reglene vises det til generaladvokatens betenkning i sak C-80/12 (Felix Stowe).

Formålet bak de norske konsernbidragsreglene og de britiske group relief-reglene er å åpne for skatteutjevning innenfor konsern. Det er forskjell i beregningsmetodikk og gjennomføringsvilkår, men begge ordninger medfører forskjellsbehandling ved å skille mellom innlendinger og utlendinger. Likheten mellom ordningene kan bl.a. illustreres ved EU Kommisjonens Communication av 19. desember 2006 "Tax Treatment of Losses in Cross-Border Situations" (COM(2006) 824), hvor det fremheves at det reelt sett ikke er noen forskjell mellom de britiske group relief reglene og konsernbidragsregler;

"The term "intra-group loss transfer" covers both "group relief" and the "intra-group contribution". Both these types of system allow a definitive transfer of income between companies in order to relieve losses against profits within a group. Under a "group relief" system a loss from one group member can be transferred (or "surrendered") to a profitable group member. Under an "intra-group contribution" system the profits from one group member can be transferred to a loss-making group member. To the extent that the "intra-group contribution" system is used to eliminate losses, it therefore has the same economic effect as a system of "intra-group loss transfer."

EU-domstolens praksis tilsier også at tekniske forskjeller i utforming av statenes nasjonale regler ikke tillegges avgjørende betydning når lovligheten av slike regler skal testes opp mot etableringsfriheten, se premissene 50-51 i sak C-303-/07 (Aberdeen).

Yara International ASA er uenig i at Oy AA-dommen må tolkes slik at etableringsfriheten ikke gir grunnlag for anvendelse av Marks & Spencer-unntaket i situasjoner hvor skatteutjevning mellom morselskap med overskudd og datterselskap med underskudd teknisk gjennomføres ved bruk av konsernbidrag. Ved tolkningen av Oy AA er det viktig å holde fast ved at EU-domstolen omtaler det spørsmål som er relevant for saken. Forespørselen fra den finske nasjonale domstolen var generell uten hensyn til retningen og formålet med konsernbidraget (se premiss 16 i Oy AA), men EU-domstolen omformulerte og begrenset den prinsipielle virkning av dommen ved å begrense problemstillingen til en konkret situasjon som kun omhandler oppstrøms konsernbidrag fra datterselskap til morselskap, se premissene 16 og 17 i Oy AA. Videre fremgår det av premissene 12-13 i Oy AA, jfr premiss 65, at formålet med å avgi konsernbidraget var å sikre det britiske morselskapets økonomiske stilling («secure its financial position»), siden virksomheten til det britiske morselskapet også var viktig for det finske datterselskapet. Det fremgår at det britiske morselskapet hadde underskudd det året det forventet å motta konsernbidrag og forventet å gå med underskudd også de to påfølgende årene. Formålet med å avgi konsernbidraget var således ikke å samordne overskudd i det finske datterselskapet mot underskudd i det britiske morselskapet.

Utgangspunktet er at EU-domstolen bare kan ta stilling til spørsmål som er relevante for løsningen av saken som står for den nasjonale domstolen, se sak C-18/93 premiss 14. På denne bakgrunn kan det anføres at domstolen i Oy AA heller ikke hadde kompetanse til å besvare om nektelse av fradrag for nedstrøms konsernbidrag fra morselskap med overskudd til datterselskap med underskudd for skatteutjevningsformål var forenlig med EU-retten (utover et obiter dictum, hvilket ikke ble gjort).

Ved å sammenholde premiss 16 i Oy AA, og premiss 26 i Marks & Spencer I, fremstår det klart at Oy AA var en sak om grenseoverskridende verdioverføring i form av konsernbidrag mens Marks & Spencer var en sak om grenseoverskridende skatteutjevning. Dette fremgår også av premiss 57 i Oy AA og premissene 70-71 i generaladvokatens betenkning i Oy AA.

Det er en avgjørende prinsipiell forskjell mellom nedstrøms konsernbidrag som gis for skatteutjevningsformål og oppstrøms konsernbidrag som gis for verdioverføringsformål. Videre vil morselskap med underskudd med nødvendighet videreføres i et konsern som består, mens datterselskap med underskudd kan avvikles med endelig virkning slik at den faktiske muligheten til å utnytte underskudd ikke vil finnes for fremtiden. Rent konkret var det i Oy AA saken ikke aktuelt å avvikle virksomheten til morselskapet eller morselskapet som sådan. Videreføringen av morselskapet medførte at vilkårene for fradrag basert på Marks & Spencer-unntaket under enhver omstendighet var utelukket. Situasjonen er diametralt motsatt i foreliggende sak, hvor formålet med konsernbidraget er skatteutjevning mellom morselskap med overskudd og datterselskap med underskudd som likvideres.

Högsta förvaltningsdomstolen i Sverige avsa også dom den 11. mars 2009(RÅ, 2009 ref 13) hvor den konkluderte med at etableringsfriheten åpner for grenseoverskridende konsernbidrag i situasjoner hvor svenske morselskap med overskudd gir konsernbidrag til EU datterselskap med endelig underskudd. Regjeringsrätten konkluderte med at Marks & Spencer var overførbar til slike situasjoner hvor skatteutjevning gjennomføres ved bruk av nedstrøms konsernbidrag og at Oy AA omhandlet en annen situasjon og således ikke kunne tolkes slik at EU-domstolen i Oy AA hadde fraveket Marks & Spencer.

De norske konsernbidragsreglene kan også benyttes til å overføre verdier mellom konsernselskaper. Dette er regulert i aksjelovene § 8-5. Slike konsernbidrag kan gis med eller uten skattemessig effekt. Disse aspektene ved de norske konsernbidragsreglene er ikke relevante i vår sak fordi formålet med konsernbidraget er skatteutjevning mellom Yara International ASA og UAB Yara Lietuva.

Saksøker vil anmode EFTA-domstolen om å reformulere spørsmålet fra den nasjonale domstolen til kun å omfatte situasjonen i vår sak hvor norsk morselskap med overskudd for skatteutjevningsformål gir konsernbidrag til EØS datterselskap med endelig underskudd.

5.2 Staten ved Sentralskattekontoret for storbedrifter har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Med sitt spørsmål ønsker den foreleggende rett opplyst om EØS-avtalen artikkel 31 og 34 (artikkel 49 og 54 TFEU) er til hinder for et konsernbidragssystem, hvor skattefradrag for konsernbidrag er betinget av at giver og mottaker er skattepliktige i riket. Dette spørsmålet er omtrent likelydende med spørsmålet som ble forelagt i sak C-231/05 Oy AA. EU-domstolen avgjorde i stor avdeling at tilsvarende finske konsernbidragsregler var proporsjonale, vurdert som helhet, jf. avsnitt 62-63:

“(62) It should be noted at the outset that the objectives of safeguarding the balanced allocation of the power to impose taxes between Member States and the prevention of tax avoidance are linked. Conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory is such as to undermine the right of the Member States to exercise their tax jurisdiction in

relation to those activities and jeopardise a balanced allocation between Member States of the power to impose taxes

*(63) Even if the legislation at issue in the main proceedings is not specifically designed to exclude from the tax advantage it confers purely artificial arrangements, devoid of economic reality, created with the aim of escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory, **such legislation may nevertheless be regarded as proportionate to the objectives pursued, taken as a whole.***” (statens uthevelse)

EU-domstolen avviste også uttrykkelig at slike konsernbidragsregler måtte åpne for unntak i visse grenseoverskridende situasjoner, herunder ved tap hos mottaker, jf. avsnitt 64-65:

*“(64) **In a situation in which the advantage in question consists in the possibility of making a transfer of income, thereby excluding such income from the taxable income of the transferor and including it in the taxable income of the transferee, any extension of that advantage to cross-border situations** would, as indicated in paragraph 56 of this judgment, have the effect of allowing groups of companies to choose freely the Member State in which their profits will be taxed, to the detriment of the right of the Member State of the subsidiary to tax profits generated by activities carried out on its territory.*

*(65) **That detriment cannot be prevented by imposing conditions** concerning the treatment of the income arising from the intra-group financial transfer in the Member State of the transferee, or **concerning the existence of losses made by the transferee.** To allow deduction of the intra-group financial transfer where it constitutes taxable income of the transferee company, **or where the opportunities for the transferee company to transfer its losses to another company are limited**, or to allow deduction of an intra-group financial transfer in favour of a company whose establishment is in a Member State applying a lower rate of tax than that applied by the Member State of the transferor only where that intra-group financial transfer is specifically justified by the economic situation of the transferee, as Oy AA has proposed, would nevertheless mean that, in the final analysis, the choice of the Member State of taxation would be a matter for the group of companies, which would have a wide discretion in that regard.”* (statens uthevelse)

Nødvendighetsvurdering av de finske konsernbidragsreglene i Oy AA skilte seg fra vurderingen av britiske regler om underskuddsoverføring (“group relief”) i sak C-446/03 Marks & Spencer. EU-domstolen vektla i denne forbindelse at konsernbidragsregler gjelder «*the possibility of making a transfer of income, thereby excluding such income from the taxable income of the transferor and including it in the taxable income of the transferee*» (Oy AA avsnitt 64). Konsernbidragsregler gjelder altså inntektsoverføring og EU-domstolen understreket derfor tidligere i avgjørelsen at et slikt system «*does not concern deductibility of losses*» (Oy AA avsnitt 57). EU-domstolen fremhevet videre at faren for skatteomgåelse «*is reinforced by the fact that the Finnish system on intra-group financial transfers does not require the transferee to have suffered losses*» (avsnitt 58). EU-domstolen baserte således nødvendighetsvurderingen på de karakteristiske trekkene ved konsernbidragsregler, som verken gjelder fradrag for tap eller som er betinget av tap, og som derfor er vesensforskjellig fra mer begrensede skattesystem som gjelder “*deductibility of losses*.” Det er bakgrunnen for at EU-domstolen vurderte nødvendigheten av de finske konsernbidragsreglene annerledes i Oy AA enn «group relief»-reglene i Marks & Spencer.

Yara International ASA forsøker likevel å tolke Oy AA innskrenkende og anfører at domstolens uttalelser er begrenset til sakens faktiske kontekst og gjelder ikke generelt. Selskapet hevder, under henvisning til generaladvokatens uttalelse, at EU-domstolen ikke hadde noen foranledning til å drøfte unntak, herunder unntaksvilkårene i Marks & Spencer.

Staten bemerker at ved tolkningen av rettspraksis, og særlig ved en avgjørelse fra EU-domstolen i stor avdeling, står ordlyden helt sentralt. Ankende parts anførsler må derfor avvises siden, som EU-domstolen har påpekt ved tilsvarende forsøk på å tolke en avgjørelse innskrenkende, *“there is nothing, however, in the wording of the judgment... which gives grounds for concluding that the statements made by the Court... are applicable only in a factual context such as that and cannot have general application”* (se f. eks. sak C-324/08 Makro Zelfbedieningsgroothandel, avsnitt 27)

Det fremgår av premissene i Oy AA at EU-domstolen tok stilling til nødvendigheten av konsernbidragsreglens vilkår på generelt grunnlag og uttrykkelig konkluderte (i) at *«such legislation... [is] proportionate... taken as a whole»* (avsnitt 63). Rekkevidden av denne konklusjonen blir enda klarere av at EU-domstolen, i motsetning til generaladvokaten, i påfølgende avsnitt også avviste (ii) *«any extension of that advantage to cross-border situations...»* (avsnitt 64). Videre fastslo EU-domstolen (iii) at faren for å undergrave en balansert fordeling av beskatningskompetanse *«cannot be prevented by imposing conditions...»*, herunder *«the existence of losses made by the transferee»* (avsnitt 65). Oy AA gir altså et klart svar på spørsmålet som er forelagt og det fremgår endog tre steder i avsnitt 63-65. Avgjørelsen i Oy AA fastslår både positivt (i) at betingelsen om skatteplikt i riket for skattefradrag for konsernbidrag er nødvendig, og avviser uttrykkelig (ii) at et konsernbidragssystem må åpne for fradrag i grenseoverskridende situasjoner, heller (iii) ikke på visse unntaksvilkår. Finlands Høyesterett har derfor i Oy AA og etterfølgende avgjørelser opprettholdt de finske konsernbidragsreglene. Staten fastholder etter dette at det forelagte spørsmålet må besvares i samsvar med Oy AA avsnitt 63-65 og foreslår følgende svar:

EØS-avtalen artikkel 31 er ikke til hinder for en lovgivning i en EØS-stat, slik som den hovedsaken gjelder, hvor et konsernselskap som er hjemmehørende i denne EØS-staten kun har rett til å fradra et konsernbidrag fra sin skattepliktige inntekt dersom det mottakende konsernselskap er skattepliktig i samme EØS-stat.

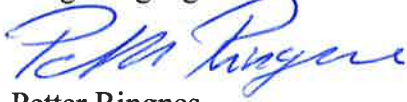
6. Spørsmål

Er det forenlig med EØS-avtalen artikkel 31 og 34 at nasjonale konsernbidragsregler, slik som reglene i den norske skatteloven, hvor bidraget reduserer giverens skattemessige inntekt og inkluderes i mottakerens skattemessige inntekt uavhengig av om mottakeren har skattemessig underskudd eller overskudd, stiller som vilkår at både giveren og mottakeren er skattepliktige i den aktuelle EØS-staten eller skal EØS-reglene fortolkes slik at det på visse vilkår må innrømmes unntak fra kravet om skatteplikt i riket?

* * *

Dersom det er ønskelig med ytterligere opplysninger, vennligst ta kontakt med lagmannsretten.

Borgarting lagmannsrett



Petter Ringnes
Lagdommer

Kopi: Gjenpart er sendt sakens prosessfullmektiger.



OSLO TINGRETT

ORIGINAL

EFTA Court
-Domstolens kontor-
1 rue du Fort Thüngen
L-1499 Luxembourg
Luxembourg

Deres referanse

Vår referanse

15-052864TVI-OTIR/08

Dato

09.11.2015

Anmodning om rådgivende uttalelse

I henhold til domstolovens § 51 a og artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) anmoder Oslo tingrett om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak 15-052864TVI-OTIR/08. Partene i saken er:

Saksøker: Yankuba Jabbi
Collettsgate 53, 0456 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Vera Kristine Vikki
Humlen & Rieber-Mohn Advokater
Lille Grensen 7, 0159 Oslo

Saksøkt: Staten v/Utlendingsnemnda
Postboks 8165 Dep, 0034 Oslo

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten
v/advokat Pål Erik Wennerås
Postboks 8012 Dep, 0030 Oslo

1 Innledning

1. Saken gjelder om en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger har avledet rett til opphold i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger, dvs. Norge i foreliggende sak.
2. Saksøker har anført at han har en slik rett i medhold av Europaparlaments og rådsdirektiv 2004/38/EF om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium (direktivet) og utlendingsloven kapittel 13. Staten bestrider dette.
3. Oslo tingrett har på denne bakgrunn funnet grunn til å forelegge spørsmål til EFTA-domstolen vedrørende tolkningen av direktiv 2004/38/EF artikkel 7(1)(b) jf. (2). Retten kommer nærmere tilbake til dette under punkt 3 og 5.

2 Kort om sakens faktiske sider

4. Saken for tingretten gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak av 13. mai 2014 om avslag på søknad om opphold i riket og bortvisning, og etterfølgende beslutninger av 8. juli 2014 og 15. januar 2015 om ikke å omgjøre vedtaket.
5. Saksøker, Yankuba Jabbi (heretter «saksøker» eller «J.»), er gambisk statsborger. Den 1. februar 2012 giftet han seg med Inger Johanne Martinsen Amoh (heretter «referansepersonen J.») i Spania. Det er opplyst at referanseperson J. oppholdt seg sammen med ham i Spania fra september 2011 til oktober 2012, dvs. ca. 1 år. Referanseperson J. drev ikke med økonomisk aktivitet under oppholdet i Spania, men J. har vist til at hun hadde egne midler til opphold. Hun mottok statlige ytelser i form av arbeidsavklaringspenger frem til 30. mars 2012 og deretter uførepensjon. Det er omtvistet om referanseperson J. oppfylte vilkårene for å motta arbeidsavklaringspenger under oppholdet i Spania, men enighet om at hun hadde rett til å motta uførepensjonen der.
6. Partene har ellers noe ulike syn på den fremlagte dokumentasjonen vedrørende oppholdet i Spania og hennes tilknytning til Norge under oppholdet. Det er en del av bevisbedømmelsen under hovedforhandlingen og retten går derfor ikke nærmere inn på disse faktiske forholdene her.
7. Den 20. november 2012 søkte J. om opphold i Norge som ektefelle til EØS-borger, dvs. referanseperson J.
8. J. ble ikke ansett for å oppfylle vilkårene for opphold i Norge, jf. utlendingsloven kapittel 13, og ble bortvist ved Utlendingsdirektoratets vedtak av 19. februar 2014. Vedtaket ble påklaget og opprettholdt ved Utlendingsnemndas vedtak av 13. mai 2014. J. anmodet deretter om omgjøring av vedtaket, noe som ble avslått ved Utlendingsnemndas beslutninger av 8. juli 2014 og 15. januar 2015.

3 Nærmere om tvisten og bakgrunnen for anmodningen om rådgivende uttalelse

9. Utlendingsloven kapittel 13 gir særlige regler for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen. Det fremgår av forarbeidene at kapitlet skal implementere EØS-rettslige forpliktelser, herunder direktiv 2004/38/EF. Direktivet artikkel 7(1)(b) regulerer reise til og opphold i annen EØS-stat for EØS-borgere som ikke er økonomisk aktive, mens artikkel 7(2) gir på samme vilkår avledete rettigheter til EØS-borgerens familiemedlemmer.
10. Saksøker anfører at han har en avledet rett til opphold i Norge som følge av referanseperson Js opphold i Spania og senere retur til Norge. Han anser at denne rettigheten følger av direktivet artikkel 7(1)(b) jf. (2) og utlendingsloven kapittel 13.
11. Staten anfører at direktivet artikkel 7(1)(b) jf. (2) gjelder vilkår for EØS-borgeres og deres familiemedlemmers rett til å reise og oppholde seg i en annen EØS-stat. Bestemmelsene gir ikke familiemedlemmer avledete rettigheter ved opphold i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-456/12 O & B avsnitt 37-44. Innenfor EU kan avledete rettigheter i et slikt tilfelle baseres på konseptet om unionsborgerskap, jf. artikkel 21 TFEU (Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte), men tilsvarende bestemmelser finnes ikke i EØS-avtalen.
12. Saksøker bestrider statens anførsel, herunder tolkningen og betydningen av dommen i sak C-456/12 O & B. Saksøker viser også til en grunngitt uttalelse fra EFTAs overvåkingsorgan (ESA) av 8. juli 2015, som gir uttrykk for at tredjelandsborgere som er familiemedlemmer til en EØS-borger kan påberope seg avledet rett til opphold ved EØS-borgerens retur fra en EØS-stat til EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger. Det vises til at ikke-økonomisk aktive EØS-borgere og deres familiemedlemmer kan påberope seg rettigheter under direktivet artikkel 7(1)(b) og (2).
13. Staten fastholder anførselen gjengitt ovenfor og anser at ESAs foreløpige tolkning av direktivet artikkel 7(1)(b) jf. (2) er uforenlig med EU-domstolens dom i sak C-456/12 O & B avsnitt 37-44 sammenholdt med EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-26/13 Gunnarsson avsnitt 80.
14. Oslo tingrett viser til partenes nærmere anførsler under punkt 4. Det fremgår at saksøker og staten er uenige om tolkningen av direktivet artikkel 7(1)(b) jf. (2). På denne bakgrunn anser retten at det er grunn til å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen, jf. punkt 5. Tingretten tilføyer at ingen av partene har hatt innvendinger til dette.

4 Nærmere om partenes EØS-rettslige anførsler

15. *Yankuba Jabbi* har i korte trekk anført:
16. En tredjelandsborger som er familiemedlem til en unionsborger som returnerer fra en annen EU-stat (vertsland) til EU-staten hvor unionsborgeren er statsborger, har avledet rett til oppholdstillatelse også i hjemlandet til unionsborgeren, dvs. samme avledede

rettigheter som familiemedlemmet hadde i vertslandet. Dette følger av EU-domstolens sak C-456/12 O & B, som gjaldt direktiv 2004/38 art. 7(1)(b). Det anføres at slike avledede rettigheter også må gjelde for familiemedlemmer til EØS-borgere.

17. Det er ikke avgjørende at EU-domstolens avgjørelse formelt kun gjelder "unionsborgere". At domstolen benytter denne terminologien vil være tilfelle i alle EU-domstolens avgjørelser, uten at dette nødvendigvis påvirker betydningen for dommens relevans for EØS-borgere.
18. Selv om betegnelsen "unionsborgerskap" ikke har en ekvivalent i EØS-retten, påvirker ikke dette EØS-relevansen av EU-domstolens rettspraksis for direktiv 2004/38/EF, jf. herunder felleserklæring fra avtalepartene ved implementeringen av direktivet (vedlegg til EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007). Direktivet introduserer ikke rettigheter på bakgrunn av "konseptet" unionsborgerskap, men regulerer derimot retten til fri bevegelse – felles kjerneverdi i både EU-retten og EØS-retten. I sak C-456/12 O & B mener domstolen at en effektiv tolkning av retten til fri bevegelse forutsetter at et familiemedlem beholder sine avledede rettigheter til opphold ved referansepersonens retur fra vertslandet til hjemlandet (avsnitt 54). I lys av det ovenstående, må dette også gjelde for EØS-borgere.
19. *Staten v/Utlendingsnemnda* har i korte trekk anført:
20. EU-traktatens konsept om Unionsborgerskap, jf. artikkel 20 og 21 TFEU, finnes ikke i EØS-avtalen. Konsekvensene av dette ble fastslått av EFTA-domstolen i sak E-26/13 Gunnarsson avsnitt 80: «Therefore, the incorporation of Directive 2004/38 cannot introduce rights into the EEA Agreement based on the concept of Union Citizenship». EØS-borgere og deres familiemedlemmer kan bare påberope rettigheter som følger av direktivet selv, jf. Gunnarsson avsnitt 80.
21. EU-domstolens storkammer har i sak C-456/12 O & B avsnitt 37-44 fastslått at direktivet artikkel 7(1)(b) jf. (2) ikke gir avledede rettigheter i en situasjon som denne saken gjelder: «It follows from a literal, systematic and teleological interpretation of Directive 2004/38 that it does not establish a derived right of residence for third-country nationals who are family members of a Union citizen in the Member State of which that citizen is a national.» (avsnitt 37). Avledete rettigheter for tredjelandborgere som er familiemedlemmer til EU-borgere som ikke er økonomisk aktive må baseres direkte på artikkel 21(1) TFEU, jf. dommen avsnitt 44-49. Direktivet kan bare brukes analogisk for å fastlegge vilkårene for rettighetene som er basert på artikkel 21(1) TFEU, jf. dommen avsnitt 50-56.
22. EØS-avtalen gir derfor ikke tredjelandborgere avledet rett til opphold i Norge i situasjoner som foreliggende sak. Direktiv artikkel 7(1)(b) jf. (2) gir ikke slike rettigheter, og EØS-avtalen gir ikke grunnlag for rettigheter basert på EU-traktatens konsept om Unionsborgerskap, kf. artikkel 21 TFEU. EU-domstolens storkammeravgjørelse i sak C-456/12 O & B har således avklart rettstilstanden vedrørende spørsmålet som er forelagt.

5 Spørsmål

23. Oslo tingrett har som beskrevet ovenfor vurdert partenes EØS-rettslige anførsler og besluttet å forelegge følgende spørsmål til EFTA-domstolen:

Gir Direktiv 2004/38/EF artikkel 7(1)(b) jf. (2) avledede rettigheter til opphold for en tredjelandsborger som er familiemedlem til en EØS-borger som, etter retur fra en annen EØS-stat, oppholder seg i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger?

Med vennlig hilsen

Oslo tingrett



Åsfrid Vågslid Haga
dommerfullmektig



OSLO TINGRETT

Registered at the EFTA Court under N^o *E- M/16-1*
.....*7*..... day of *September* 20*16*

ORIGINAL

Dok 32

EFTA Court

- Domstolens kontor -

1, rue du Fort Thüngen

L-1499 Luxembourg

Luxembourg

- REKOMMANDERT -

Deres referanse

Vår referanse

14-089009TVI-OTIR/05

Dato

31.08.2016

Anmodning om rådgivende uttalelse

I medhold av Domstollovens § 51 a, jf. avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA) artikkel 34, anmoder Oslo tingrett om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak. 14-089009TVI-OTIR/05.

Saksøker: Mobil Betriebskrankenkasse
Hünerposten 2
20097 Hamburg, Tyskland

Prosessfullmektig: Avocado Advokater AS
Adv. Patrick Lundevall-Unger
Kristian Augusts gate 3
0164 Oslo
Epost: patrick.lundevall-unger@avocado.no
Mobil: +47 930 46 769

Saksøkt: Tryg Forsikring
Postboks 7070
5020 Bergen, Norge

Partshjelper: Trafikksforsikringsforeningen
Postboks 2551 Solli
0202 Oslo, Norge

Prosessfullmektig: Advokat Terje Marthinsen
Advokatfirma MNA Kogstad Lunde & Co DA
Postboks 1360 Vika
0113 Oslo, Norge
Epost: terje.marthinsen@klco.no
Mobil: +47 909 73 474

Postadresse
Postboks 8023 Dep., 0030 Oslo

Sentralbord
22 03 52 00

Saksbehandler
Ailin Askeland

Bankgiro

Organisasjonsnummer
974714647

Kontoradresse
Oslo Tinghus, C. J. Hambrospl. 4

Telefaks
22 03 53 53

Telefon

Ekspedisjonstid
0845-1545 (1500)

Internett/E-post
<http://domstol.no/oslo-tingrett>
oslo-tingrett.eksp@domstol.no

Innledning

Saken for Oslo tingrett gjelder et regressoppgjør mellom et tysk forsikringsselskap og et norsk forsikringsselskap etter at en tysk privatperson ble skadet i en bilulykke i Norge. Partene er uenige om tolkningen av en EØS-rettsakt, nemlig Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger ("**Koordineringsforordningen**") artikkel 85 nr 1. Partene er enige om at tolkningsspørsmålet bør forelegges EFTA-domstolen. Forberedende dommer i Oslo tingrett antar at en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen er nødvendig for å avsi dom, jf ODA-avtalen artikkel 34.

Nærmere om sakens bakgrunn og tvistepunkter

Jens Wille, født 17. februar 1964, bosatt i Wunstorf, Tyskland, ble den 6. mai 2011 skadet i en trafikkulykke mens han var på ferie i Søgne, Norge. Wille kjørte sin tyskregistrerte bil. Den ansvarlige bilen var norskregistrert og var ansvarsforsikret i det norske forsikringsselskapet Tryg Forsikring ("**Tryg**").

Wille ble umiddelbart etter ulykken fraktet til Sørlandet sykehus HF i Kristiansand, der han var innlagt i perioden 6. mai til 11. mai 2011 og fikk akuttbehandling for en rekke ortopediske og indremedisinske skader. Han ble tilbudt operasjon av en armskade og en kneskade ved Sørlandet Sykehus, men ønsket heller å bli overflyttet til sitt hjemmesykehus i Tyskland for å få utført operasjonene der.

Det oppsto komplikasjoner i tilknytning til operasjonen i Tyskland, og sykehusoppholdet der ble derfor noe lengre enn planlagt.

Partene er enige om at de ortopediske og indremedisinske skadene tilhelet i løpet av de første 6 månedene etter ulykken. Wille utviklet imidlertid betydelige psykiske lidelser som medførte at han ble 100 % ervervsmessig ufør. Han hadde også hatt slike plager forut for ulykken, og partene er enige om at de psykiske lidelsene med tilhørende arbeidsuførhet ikke er en følge av trafikkulykken i Norge.

Tryg erkjente ansvar etter den norske bilansvarslovens¹ § 8 for de plager og tap som Wille ble påført som følge av trafikkulykken. Erstatningsutmålingen skjedde etter skadeserstatningslovens² regler, kombinert med ulovfestet norsk erstatningsrett. Partene er enige om at Tryg har utbetalt full erstatning for Willes erstatningsmessige tap, herunder de utgifter og det inntektstapet han selv har hatt som følge av trafikkulykken.

Jens Wille var dekket under en tysk, lovpålagt forsikring hos Mobil Betriebskrankenkasse ("**Mobil**").

¹ LOV-1961-02-03 om ansvar for skade som motorvognør gjer (bilansvarslova).

² LOV-1969-06-13-26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).

Mobil foretok en rekke utbetalinger under denne forsikringen og krevde deretter regress mot Tryg.

Tryg aksepterte flere av regresskravene fra Mobil og dekket disse med til sammen EUR 21 400, men avviste samtidig ansvar for flere av kravpostene. Begrunnelsen for avslagene var at de resterende utgiftene ikke var erstatningsmessige på den direkte skadelidtes hånd etter norsk rett. Det var dels tap som ikke sto i faktisk årsakssammenheng med den aktuelle trafikkulykken, dels var det tap som ikke rammet den direkte skadelidte og dels var det tap som gjaldt erstatningsposter som ikke har erstatningsrettslig vern etter norsk rett.

Følgende krav utgjør tvistens gjenstand:

1. Utgifter til behandling på sykehus i Norge. Ordningen med europeisk helsekort medfører at Wille ikke selv var ansvarlig for utgiftene. Det avviste kravet under denne posten utgjør EUR 11 310. Mobil er forpliktet til å betale dette som følge av tysk rett.
2. Utgifter til sykehusoppholdet i Tyskland, samt syketransportutgifter i denne forbindelse. Begrunnelsen var at Willes tapsbegrensningsplikt medførte at han skulle tatt i mot tilbudet om å få operasjonene utført ved Sørlandet Sykehus. Det avviste kravet under denne posten utgjør EUR 55 210,45.
3. Utgifter til behandling som ikke anses erstatningsmessig etter norsk rett, herunder lymfedrenasje og generell massasje. Det avviste kravet under denne posten utgjør EUR 5 873,16.

Twisten gjelder begrensede beløp, isolert sett. Det er imidlertid partenes syn at den reiser prinsipielle spørsmål som det er viktig å få avklart av hensyn til senere saker. Dette er også bakgrunnen for at Trafikkforsikringsforeningen har erklært partshjelp.

Den aktuelle EØS-rettsakten

Koordineringsforordningen ble inkorporert i EØS-avtalen ved beslutning nr 76/2011 i EØS-komiteen den 1. juli 2011. I samme beslutning ble også Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 987/2009 av 16. september 2009 ("**Gjennomføringsforordningen**") inkorporert i EØS-avtalen. Partene er uenige om forståelsen av Koordineringsforordningen artikkel 85 nr 1. Bestemmelsen lyder:

1. Dersom en person mottar ytelser etter en medlemsstats lovgivning for en skade som skyldes forhold inntruffet i en annen medlemsstat, skal følgende regler gjelde for eventuelle krav fra institusjonen som har ansvar for å gi ytelser, overfor en erstatningsansvarlig tredjepart:
 - a) når institusjonen som har ansvar for å gi ytelser, inntreffer, i samsvar med lovgivningen den anvender, i ytelsesmottakerens krav overfor tredjepart, skal hver medlemsstat anerkjenne denne inntreden,

b) når institusjonen som har ansvar for å gi ytelser, har et selvstendig krav overfor tredjepart, skal hver medlemsstat anerkjenne dette krav.»

Uenigheten går ut på om plikten til å respektere regress-/subrogasjonsadgang medfører at kravet eller kravenes omfang etter kravstillers nasjonale rett også må aksepteres, selv om skadestedets rett gir en mer snever dekning. I denne saken blir spørsmålet om Tryg er forpliktet til å betale erstatning til Mobil utmålt etter tysk rett, fordi tysk rett påla Mobil å dekke de aktuelle kostnadene uavhengig av om de var erstatningsmessige etter norsk rett.

Sammendrag av partenes argumenter

Saksøker – Mobil:

Den rettslige pålagte ytelsesplikten er hjemlet i §§ 2,5, 20 ff SGB V (femte bok, tysk sosialrettsbok). Etter § 116 SGB X (tiende bok, tysk sosialrettsbok) går erstatningskravet resulterende fra Willes ulykke i Norge over til Mobil så lenge Mobil på grunn av ulykken, årsaksvurdert ut fra tysk rett, er forpliktet til å yte sosiale tjenester etter den omtalte tyske sosialrettbok.

Mobil anfører at regelen i artikkel 85 nr 1 i Koordineringsforordningen medfører at Tryg må betale erstatning for alle kostnader Mobil har hatt til Wille som følge av forsikringsavtalen.

Artikkel 85 nr 1 i Koordineringsforordningen, sammenholdt med tysk rett, innebærer at kravets overgang må aksepteres i Norge, selv om Wille selv ikke kunne krevet disse dekket fordi erstatningsutmålingen er regulert av norsk rett.

Koordineringsforordningens artikkel 85 Nr 1 regulerer anerkjennelsen av subrogasjonen fra medlemslandene, i dette tilfelle anerkjennelse av § 116 SGB X, §§ 20 ff SGB V (tysk sosialrettbok) i Norge. Dette medfører etter Mobils mening at tyske sosiale institusjoner (som Mobil) har et eget skadeerstatningskrav resulterende fra ulykken i Norge.

De ytelsene som Mobil er forpliktet til å betale resulterende fra ulykken i Norge blir behandlet som om ulykken hadde skjedd i Tyskland. Mobil er av den oppfatningen at selve ulykkesstedet ikke har noe som helst innflytelse for skadelidte når det gjelder omfanget av ytelsene skadelidte kan kreve – i dette tilfelle fra Mobil.

Mobil mener at Koordineringsforordningens artikkel 85 nr 1 beskytter forsikringstakeren som reiser til utlandet ved at vedkommende ikke må risikere et ytelsestap i tilfelle en ulykke inntreffer. Bakgrunnen for omtalte artikkel er at man etablerer ideen om et enhetlig Europa, inkludert reisefriheten. Etter tysk rett gjennomføres selve subrogasjonen etter § 116 SGB X i det juridiske sekundet ulykken inntreffer, som fører til at forsikringstakeren kan etablere erstatningskrav.

Mobil mener at subrogasjonen etter § 116 SGB X må anerkjennes i Norge, og at dette følger av Koordineringsforordningen artikkel 85 nr 1. Dette medfører samtidig at det ikke er av

betydning hvilke medisinske behandlinger skadelidte ville ha fått i Norge. Det er dermed fra Mobils side irrelevant hvor høy kostnaden ville ha vært for skadelidte ved et sykeopphold i Norge. Avgjørende er at sykehusoppholdet er kausal til ulykken og er nødvendig grunnet skadelidtes skader.

Mobil mener videre at dette også gjelder for samtlige andre ytelser. Erstatte Norge for eksempel ikke en nødvendig behandling, har dette ikke noe relasjon til selve kravet, dette fordi det kun er tysk rett – her omtalte tysk sosialrettbok SGB – som er relevant. Mobil mener at det er norsk rett (lex delicti) som regulerer ansvarsspørsmålet og hvilke skader og tapstyper skadelidte har krav på erstatning for. Spørsmålet om hvilke konkrete behandlingstiltak og -metoder skadelidte kan ta i bruk, det vil si hvilke medikamenter, rehabiliteringstiltak med videre, beror imidlertid på skadelidtes sosialrett, i dette tilfelle tysk rett.

Når det gjelder skadelidtes tapsbegrensningsplikt mener Mobil at dette kun gjelder skadelidtes plikt til å sørge for at de lidte kausale skadene ikke forverres, men ikke at skadelidte må ta i betraktning hvilken behandling er den mest gunstige. Etter tysk rett har skadelidte krav på samtlige ytelser som bidrar til en helsemessig forbedring, dersom behandlingen er regulert i tyske loven. Mobil mener etter at sykehuset i Norge samtykket i at skadelidte kunne transporteres til sitt hjemland Tyskland foreligger det ikke lenger en tapsbegrensningsplikt. Økonomiske problemstillinger er ikke skadelidtes forpliktelse men oppgaven til det tyske sosiale regelverket, noe samtlige medlemsland må anerkjenne etter Koordineringsforordningens artikkel 85 nr 1.

Oppsummering: Koordineringsforordningens artikkel 85 nr 1 regulerer EØS-landenes anerkjennelse av subrogasjonen, i dette tilfelle anerkjennelse av § 116 SGB X, §§ 20 ff SGB V i Norge. Dette medfører at tyske sosiale institusjoner (som Mobil) har et eget skadeserstatningskrav resulterende fra ulykken i Norge.

Saksøkte – Tryg:

Tryg bestrider saksøkers forståelse av Koordineringsforordningens artikkel 85 nr 1. Det anføres at artikkel 85 ikke påvirker lovvalget og utmålingen. Det kan etter a) bare kreves regress i den utstrekning de aktuelle tapspostene har et erstatningsmessig vern på den direkte skadelidtes hånd etter skadestedets rett. Regelen medfører ikke rett til regress i større omfang enn det skadevolder kan holdes ansvarlig for etter lovgivningen i landet som regulerer ansvarsspørsmålet og utmålingen. Subrogasjon medfører dermed ikke at Mobile i relasjon til Tryg får en bedre rettslig posisjon enn det Wille hadde. Når Wille ikke kunne kreve de aktuelle utgiftene erstattet, kan heller ikke Mobile kreve dem erstattet.

Når det gjelder utgiftene til sykehusoppholdet i Norge, og kostnadene til sykehusoppholdet i Tyskland som skyldtes manglende oppfyllelse av Willes tapsbegrensningsplikt, anfører Tryg følgende:

Der tapet ikke har oppstått hos den direkte skadelidte, men hos en tredjepart, anføres det at denne tredjeparten må akseptere de skranker som skadestedets erstatningsrett oppstiller. Artikkel 85 nr 1 b) må forstås med denne forutsetningen. Vurderingen av faktisk og rettslig årsakssammenheng må skje etter skadestedets rett. De rammene som skadestedets rett setter for skadevolders ansvar blir ikke utvidet som følge av at forsikringsretten eller sosialretten i et annet land gir skadelidte rettigheter ut over det som er erstatningsmessig på skadestedet. Oppgjøret mellom medlemsstater for ytte helsetjenester er regulert i Koordineringsforordningen artikkel 35 og Gjennomføringsforordningen artikkel 62 til 69.

Når helsevesenet i ett medlemsland har ytt behandling til en person som er bosatt i et annet, kan helsevesenet kreve at personens hjemlands helsevesen betaler kostnadene ved behandlingen. Faktiske kostnader skal dekkes.

I denne saken oppsto tapet først på det norske helsevesenets hånd. Wille hadde rett til gratis behandling som det norske helsevesenet pliktet å gi ham. Det norske helsevesenet fikk da ikke noe erstatningskrav mot Tryg. Årsaken er at dette tapet etter norsk rett er et tredjemannstap som ikke har erstatningsrettslig vern. Når det tyske helsevesenet ved Mobil refunderte utgiftene som det norske helsevesenet hadde hatt, skjedde det en subrogasjon. Mobil kom imidlertid, heller ikke her, i en bedre posisjon overfor Tryg enn hva det norske helsevesenet hadde, og det er dermed ikke rettslig grunnlag for å holde Tryg ansvarlig for utgiftene.

Tolkningsspørsmålene

Partene er i hovedsak enige om innholdet i de tyske rettsregler som fører til at Mobil måtte dekke de omtvistede behandlingsutgiftene som Wille har pådratt seg i Tyskland. Herunder er partene enige om at Mobil etter tysk rett var forpliktet til å dekke de tre omtvistede behandlingsutgiftene som i regressomgangen er omtvistet mellom partene i søksmålet her. Partene er enige om at Mobil er en "institusjon" som "har ansvar for å gi ytelser" slik disse begrepene er brukt i Koordineringsforordningen artikkel 85 nr 1. Videre er partene enige om at Mobil etter tysk rett – § 116 SGB X – på nærmere vilkår inntre i Jens Willes krav mot en erstatningsansvarlig tredjepart.

Partene er også enige om at Mobils regressadgang overfor Tryg ikke omfatter de omtvistede postene hvis kravet vurderes etter norsk intern rett. Skadestedets rett gir en snevrere dekning enn skadelidtes hjemlands rett.

Partene mener at løsningen av tvisten i stor grad avhenger av fortolkningen av Koordineringsforordningens artikkel 85 nr 1. Bestemmelsen handler om situasjonen der en skadelidt mottar ytelser etter hjemlandets lovgivning for en skade som skyldes forhold inntruffet i en annen medlemsstat (et annet EØS-land), i vårt tilfelle Norge. Bestemmelsens bokstav a og b "gjelde[r] for eventuelle krav fra institusjonen som har ansvar for å gi ytelser, overfor en erstatningsansvarlig tredjepart". Tolkningsspørsmålene som retten ønsker besvart, er:

Spørsmål 1, om tolkningen av Koordineringsforordningen artikkel 85 nr 1 bokstav a:

Når en institusjon i skadelidtes hjemland som har ansvar for å gi ytelser, etter hjemlandets rett "inntreffer" i denne skadelidtes krav mot "tredjemann", skal andre EØS-land anerkjenne institusjonens inntreden i kravet. Betyr dette

- at andre EØS-land må anerkjenne at kravet er overført fra den skadelidte til institusjonen og at kravets eksistens og omfang beror på hjemlandets rett;
- at andre EØS-land må anerkjenne at kravet er overført fra den skadelidte til institusjonen og at kravets eksistens og omfang beror på retten i det landet skaden skjedde; *eller*
- at andre EØS-land må anerkjenne at kravet er overført fra den skadelidte til institusjonen, men uten at Koordineringsforordningen har betydning for lovvalg når det gjelder kravets eksistens og omfang?

Spørsmål 2, om tolkningen av Koordineringsforordningen artikkel 85 nr 1 bokstav b:

Når institusjonen som har ansvar for å gi ytelser har et selvstendig krav overfor en tredjepart, skal andre EØS-land anerkjenne dette kravet. Betyr dette

- at andre EØS-land må anerkjenne dette kravet fullt ut, herunder at dets eksistens og omfang beror på hjemlandets rett; *eller*
- at andre EØS-land må anerkjenne kravet, med de begrensninger som måtte følge av rettsreglene i det landet skaden skjedde?


Oslo tingrett
Frode Støle
tingrettsdommer

Kopi: Partenes prosessfullmektiger

Postadresse:

Domstoladministrasjonen
Postboks 5678 Torgarden
7485 Trondheim
Telefon: +47 73 56 70 00
Faks: +47 73 56 70 01

E-post: postmottak@domstoladministrasjonen.no
www.domstol.no