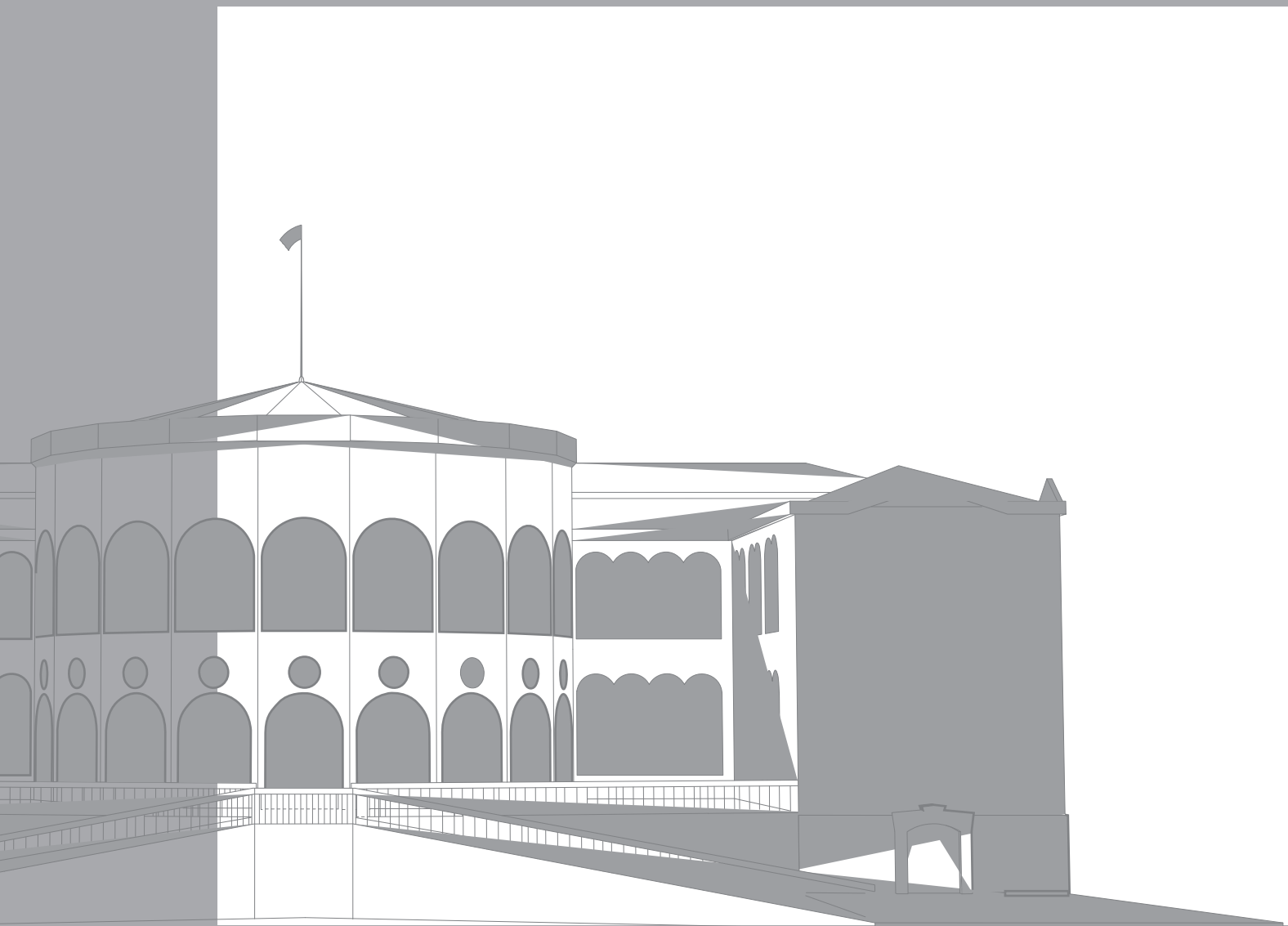


Perspektiv 01/12

Bevissspørsmål ved EU-domstolens prøving av proporsjonalitetsprinsippet

Av Benita Tjørn



Stortingets utredningsseksjon yter faglig bistand til representanter, partigrupper og komiteer i Stortinget basert på spørsmål fra den enkelte oppdragsgiver.

Seksjonen publiserer også egeninitierte notater som gjøres allment tilgjengelig. Enkelte av notatene er utarbeidet av eksterne fagpersoner og forskningsmiljøer på oppdrag fra Stortingets utredningsseksjon.

Siste utgivelser:

- 01/07 *Pasientmobilitet i EØS*
- 02/07 *Hva er Prüm-samarbeidet – og hvordan skiller det seg fra dagens operative politisamarbeid i Europa?*
- 03/07 *Flat skatt - Estland*
- 04/07 *Delelinjen i Barentshavet – Planlagt samarbeid versus uforutsett konflikt?*
- 01/08 *Forbud mot kjøp av sex – Erfaringer fra Sverige og Finland*
- 02/08 *Barnevern og EØS*
- 03/08 *Energipolitikk og klima – plukke vinnere eller sette avgifter?*
- 04/08 *Om lobbying*
- 05/08 *Svalbard-traktaten – ulike oppfatninger om traktatens anvendelsesområde*
- 06/08 *Nasjonale parlamenters kontroll med europapolitikken*
- 07/08 *Golden shares-dommene og deres innvirkning på Norge gjennom EØS-avtalen*
- 01/09 *Høyesterett, internasjonale domstoler og Maktutredningen*
- 02/09 *Eurojust – EUs påtalesamarbeid og norsk deltakelse*
- 01/10 *Norske bruksreguleringer og EØS-retten: hindrer EØS-avtalen det norske forbudet mot bruk av vannscooter?*
- 02/10 *Mistillitsforslag og kabinettsspørsmål – en oversikt*
- 03/10 *Grunnloven § 93 og unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring*
- 01/11 *Anna Rogstad – første kvinne på Stortinget i 1911*
- 02/11 *Norges nordlige og arktiske ressurser*
- 03/11 *Økonomiske og administrative lovgivningshensyn i EØS-retten – nasjonale myndigheters handlefrihet på det indre marked*
- 04/11 *Kravet om et grenseoverskridende element*

<http://www.stortinget.no/Stortingets-utredningsseksjon/Perspektiv>

Forord

Artikkelen i denne utgaven av Perspektiv er basert på min studentavhandling, ”Bevissspørsmål ved EU-domstolens prøving av proporsjonalitetsprinsippet”. Avhandlingen ble levert som helårs masteroppgave ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, i januar 2012. Masteroppgaven skrev jeg som stipendiat ved Stortingets utredningsseksjon. Samtidig var jeg faglig tilknyttet Senter for europarett.

Artikkelen tar for seg bevisrettslige utfordringer knyttet til det EU/EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet. Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at tiltaket medlemsstaten bruker for å nå en gitt målsetting, må være egnet, nødvendig og stå i et rimelig forhold til målsettingen. Bevissspørsmålene som behandles, er *hva* som er gjenstand for bevis (bevistema), *hvem* som skal bevise dette (bevisbyrden), og *hvor mye* som generelt kreves for at bevistemaet anses oppfylt (beviskravet). Artikkelen gjennomgår hovedpunktene i studentavhandlingen. For dem som måtte ønske en grundigere gjennomgang av avhandlingens problemstillinger, anbefales det å lese denne i sin helhet.

Juridiske fremstillinger om proporsjonalitetsprinsippet er omfattende, og det samme gjelder bevisretten generelt. Derimot er proporsjonalitetsprinsippets bevisrettslige sider i liten grad berørt. Forfattere nøyer seg normalt med å konstatere at medlemsstaten har bevisbyrden, men uten å spesifisere om det er en bevisføringsbyrde eller en tvilsrisiko det er tale om, eller hva som kreves for at bevisbyrden er oppfylt. Og fremstillinger som er tro mot terminologien, er det helst denne forfatteren ender opp med å drøfte, og ikke den konkrete bevisvurderingen. Min ambisjon har derfor vært å gi en rettsdogmatisk studie av proporsjonalitetsprinsippets bevisrettslige sider.

Underveis i skriveprosessen har min veileder, Finn Arnesen, og min biveileder, Ketil Bø Moen, gitt konstruktive tilbakemeldinger. Takk til dere. Takk også til Stortingsbiblioteket og til Inger Hamre ved Europarettsbiblioteket for god hjelp med å finne kilder. Ikke mindre ønsker jeg å takke Kirsten Bergene Tjørn for flittig korrekturlesning. En spesiell hilsen går til mine tidligere medarbeidere i Stortingets utredningsseksjon, for god støtte og oppmuntring. Det har vært et hyggelig og lærerikt år!

Oslo, 27. januar 2012

Benita Tjørn



Sammendrag

Proporsjonalitetsprinsippet er av enkelte beskrevet som fellesskapsrettens viktigste rettsprinsipp og innebærer i korthet at det må være et visst samsvar mellom tiltaket medlemsstaten velger, og målet som forsøkes oppnådd. Artikkelen viser at bevisføring er en sentral – og i noen saker helt avgjørende – faktor for proporsjonalitetsvurderingen.

Bevistemaet for artikkelen er proporsjonalitetsprinsippet, og det er medlemsstaten som har bevisbyrden for at dette er oppfylt. Medlemsstaten må følgelig fremlegge bevis for at tiltaket som brukes, er egnet og nødvendig, og at det ikke står i misforhold til målsettingen som er satt (forholdsmessighet i snever forstand). For alle de tre kravene oppstår bevisrettslige utfordringer; utfordringer som EU-domstolen har ulike metoder for å håndtere:

Hva gjelder egnethetskravet, ligger det i kravets natur at det nesten alltid vil dreie seg om en fremtidsrettet vurdering. Man spør om tiltaket *vil kunne nå målet*. Strengt tatt er det ikke riktig å tale om bevis for fremtidige forhold, en må nøye seg med å stille prognoser. Dette har likevel ikke hindret EU-domstolen fra å kreve bevis. På den annen side viser rettspraksis at domstolen på flere måter forsøker å imøtekomme de vanskelighetene dette medfører, enten ved å oppstille et bevistema som er enklere å oppfylle ("ikke uegnet"), eller ved å anvende et lempet beviskrav i noen tilfeller (*prima facie* beviskrav).

I nødvendighetsvurderingen holdes det aktuelle tiltaket opp mot et potensielt tiltak. Dette gir vurderingen et hypotetisk preg, noe som også byr på bevisrettslige implikasjoner. Heller ikke dette har imidlertid hindret EU-domstolen fra å pålegge medlemsstaten bevisbyrden for at tiltaket er nødvendig. Også her benytter likevel domstolen midler for å gjøre arbeidet enklere for medlemsstaten, enten ved å utforme et bevistema som er enklere å imøtekomme ("ikke unødvendig"), ved å oppstille konkrete begrensninger i bevisvurderingen (det kreves ikke at medlemsstaten "positivt skal bevise" et faktum), eller ved å anvende *prima facie* beviskrav.

Det siste kravet i proporsjonalitetsvurderingen – forholdsmessighet i snever forstand – er en rettslig vurdering. Hovedregelen her er at domstolen kjenner jussen (*jura novit curia*), og at rettslig tvil løses ved tolkning, og ikke bevisføring. Med andre ord lar det seg ikke gjøre å bevise det tredje kravet; dette er en vurdering for EU-domstolen.



INNHold

1.	INNLEDNING	4
2.	DET JURIDISKE BEVISBEGREPET OG SNARVEIER TIL BEVIS	5
3.	BEVISTEMA.....	6
3.1	Innledning	6
3.2	Kravet til egnethet	7
3.3	Kravet til nødvendighet	9
3.4	Kravet til forholdsmessighet i snever forstand	11
4.	BEVISBYRDE.....	12
4.1	Utgangspunkt: medlemsstaten har bevisbyrden	12
4.2	Bevisbyrden i foreleggelsessaker	13
4.2.1	Oppstår bevisspørsmål i slike saker?.....	13
4.2.2	Rettspraksis om bevisbyrden i foreleggelsessaker.....	14
4.3	Bevisbyrden i traktatbruddssøksmål	18
4.3.1	Hvilke faktaspørsmål oppstår?	18
4.3.2	Den subjektive bevisbyrden	19
4.3.3	Den objektive bevisbyrden.....	24
4.4	Oppsummering	27
5.	BEVISKRAV	28
5.1	Innledning	28
5.2	EU-domstolens beviskrav.....	29
5.2.1	Beviskravet de lege lata	29
5.2.2	Beviskravet de lege ferenda: grunn til å fravike overvektsprinsippet?	30
5.3	Oppsummering	33
6.	AVSLUTNING.....	34
7.	KILDER.....	35



1. INNLEDNING

Artikkelen vil ta for seg to hovedspørsmål, for det første hvilke bevisrettslige utfordringer som oppstår når EU-domstolen skal vurdere om et nasjonalt tiltak er begrunnet i proporsjonalitetsprinsippet, og for det andre om domstolen håndterer disse bevissspørsmålene forskjellig etter sakstype. Med ”bevissspørsmål” menes hva som skal bevises (bevistema), hvem som skal bevise dette (bevisbyrden), og hva som generelt kreves for at en påstand skal legges til grunn (beviskrav). Sakstypene som er aktuelle, er traktatbruddssøksmål på den ene siden og foreleggelsessaker (også kalt prejudisielle saker, tolkningsavgjørelser eller forhåndsavgjørelser) på den andre siden.

Reglene om de fire friheter; fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital, ligger i kjerneområdet for målet om et felles indre marked. Frihet i denne sammenheng innebærer at det ikke skal være unødvendige restriksjoner på samhandelen. Proporsjonalitetsprinsippet gjør det mulig å *oppretholde restriksjoner* som ivaretar viktige samfunnsmessige hensyn; altså oppstiller prinsippet en unntaksadgang. Proporsjonalitetsprinsippet er derfor av enkelte beskrevet som fellesskapsrettens viktigste rettsprinsipp.¹

At prinsippet står sentralt, underbygges av et mangfold av rettsavgjørelser som nevner og/eller anvender det. Prinsippet innebærer i korthet at det må være et visst samsvar mellom det mål som settes, og det tiltak som brukes for å oppnå dette målet. Den herskende oppfatningen – i alle fall i teorien – er at prinsippet består av tre elementer: Tiltaket som griper inn i bevegelsesfrihetene, må for det første være *egnet*, for det andre må tiltaket være *nødvendig*, og for det tredje må det være *forholdsmessighet* mellom inngrepet og målet (forholdsmessighet i snever forstand, forholdsmessighet *stricto sensu*). Domstolens formulering av proporsjonalitetsprinsippet er noe forskjellig fra sak til sak, og, som vi skal se, er det slik at flertallet av domstolens avgjørelser fokuserer på de to første kravene.²

For en part som vil påberope seg proporsjonalitetsprinsippet, holder det ikke med en ren henvisning til prinsippet; parten må fremlegge bevis for sin påstand. Ofte er det utslagsgivende for proporsjonalitetsvurderingen om parten greier å tilveiebringe tilstrekkelige bevis. I andre saker virker det derimot som om bevissituasjonen ikke har noen innvirkning på domstolens vurdering overheadet. På bakgrunn av dette er formålet med artikkelen å analysere og vurdere hvilken rolle bevis *faktisk* har for proporsjonalitetsvurderingen. Rettsavgjørelser vil, så langt det lar seg gjøre, siteres på prosesspråket.³

På et overordnet plan kan vi grovt sett skissere to sentrale hensyn: For det første har vi hensynet til en materielt riktig avgjørelse, herunder ønsket om adekvate og noenlunde faste bevisregler. For det andre har vi hensynet til et fleksibelt og effektivt vern av fellesskapsretten. Som vi skal se i bl.a. punkt 5.1, opptrer disse noen ganger som motstridende hensyn.

¹ Gündisch (1983) s.108.

² Se generaladvokat (heretter ”GA”) Maduro i sak C-434/04 Ahokainen, premiss (heretter ”p.”) 26. Dette gjelder også EFTA-domstolen og Norges Høyesterett, jf. f.eks. E-4/04 Pedicel, p.56 og Rt 2009 839 Pedicel. Norsk juridisk teori er sprikende, se f.eks. *EØS-rett* (2011) s. 295 (om at det siste kravet ”har vært diskutert”), holdt opp mot s.388 og s.407. Det siste kravet har derfor blitt diskutert, se mer om dette i masteroppgavens punkt 7.5.1.

³ Om begrunnelsen for dette, se masteroppgavens punkt 3.2.



2. DET JURIDISKE BEVISBEGREPET OG SNARVEIER TIL BEVIS

Før vi går inn på de egentlige bevissspørsmålene, er det nødvendig først å si noe om begrepet ”bevis”. Det juridiske bevis stiller krav til en viss sannsynlighet for at et faktum skal kunne legges til grunn, og konklusjonen er normalt at noe ”anses bevist”, ”er i tilstrekkelig grad bevist” eller lignende. I *Chiquita Bananas* uttalte domstolen følgelig at det må være ”adequate legal proof”.⁴ Det som skjer, er at et faktum løftes fra det faktiske planet og til det rettslige, og hvor et faktum regnes for *rettslig sett* bevist (uten at det nødvendigvis er tilstrekkelig bevist matematisk, i etterforskningsøyemed eller i andre sammenhenger).⁵

Med snarveier til bevis menes bevismidler som ikke kvalifiserer som bevis i henhold til det juridiske bevisbegrepet, men som domstolen likevel i noen saker har tillagt slik vekt at noen av de samme virkningene inntre. Indisiebevis og *prima facie* bevis er eksempler på dette. Om slike snarveier tillates av domstolen, avhenger av det enkelte saksforhold og det foreliggende bevismateriale. Noen ganger kan saken ligge slik an at det ikke er bevis å innhente, og at slike bevismidler er det eneste domstolen har å holde seg til. Proporsjonalitetsprinsippet er et krevende bevistema, jf. punkt 3.2 til 3.4, og snarveiene nevnt ovenfor er derfor sentrale.

Forskjellen mellom bevis og indisiebevis er at mens bevis har en direkte forbindelseslinje til de faktiske omstendigheter, har indisier en vagere og mer indirekte tilknytning, ved bare å indikere et bestemt faktisk forhold (et indirekte bevis). Bevis er, ifølge *Aristoteles*,⁶ sikre indikasjoner, og følgelig er indirekte bevis mindre sikre, men har likevel en viss tilknytning til bevis.⁷ I noen saker synes domstolen å akseptere indisiebevis.⁸ At den gjør det, er likevel én ting, noe annet er om indisiebevisene er tilstrekkelige til å overbevise domstolen. Rettspraksis viser at domstolen normalt stiller noe strengere krav til bevisverdien av slike, kvalitativt som kvantitativt.⁹

En annen form for snarvei til bevis har vi med *prima facie* bevis (presumsjoner, formodninger). Med dette menes at en påstand anses tilstrekkelig bevist i sin mangel av motbevis.¹⁰ Hva som berettiger bruken av slike, er, ifølge *Kokott*, at de baserer seg på erfaringer og typiske hendelsesforløp.¹¹ Det som skiller indisiebevis fra presumsjoner, er at mens indisiebevis har en – om enn indirekte – forbindelseslinje til det faktiske forhold, vil presumsjoner kunne mangle dette helt, men likevel legges til grunn. For å besvare spørsmålet om domstolen aksepterer presumsjoner/ *prima facie* bevis, er det nødvendig å skille mellom *prima facie* som bevismiddel og som beviskrav. Utgangspunktet synes å være at domstolen anvender *prima facie* beviskrav i noen tilfeller, men at den ikke aksepterer at partene fremlegger *prima facie* bevis (bevismiddel) for å løfte sin bevisbyrde.¹²

⁴ Sak 27/76 *Chiquita Bananas*, p.267.

⁵ Bailey (2003) s.847.

⁶ *Retorikk* (2005) s.31-32.

⁷ Et direkte bevis er f.eks. en persons vitneprov om at X slo Y, mens et indirekte bevis er et vitneprov om at X gikk inn i leiligheten til Y, og at Y kom ut med et blått øye.

⁸ Se f.eks. sak 51/83 Kommisjonen mot Italia, p.17.

⁹ Kvalitativt: GA Roemer i sak 18/70 X mot Rådet om krav til ”substantial indications” på side 1213. Kvantitativt: Forente saker 154, 205, 206, 226 til 228, 263 og 264/78, 39, 31, 83 og 85/79 *Valsabbia*, p.129 på s.1019 om krav til ”concordant evidence”.

¹⁰ Kazazi (1996) s.377. F.eks. EFTA-domstolen i sak E-16/10 *Philip Morris*, p.84.

¹¹ GA Kokott i sak C-8/08 *T-Mobile*, p.89.

¹² Se f.eks. .sak C-400/08 *Kjøpesenter*, p.58. Se artikkelens punkt 4.3.2.2 og masteroppgavens punkt 6.3.



3. BEVISTEMA

3.1 Innledning

Med bevistema menes hva som skal bevises. Det som skal bevises, er ”faktiske omstendigheter”, altså fakta, jf. Prosessreglementet for EU-domstolen art. 45 nr.1 og 47 nr.1.¹³

Bevistemaet for EU-domstolen er proporsjonalitetsprinsippet. Domstolens formulering av bevistemaet varierer likevel noe fra sak til sak. I noen saker krever den at parten må bevise at tiltaket er proporsjonalt (positivt), mens den i andre tilfeller krever bevis for at tiltaket ikke er uproporsjonalt (negativt).¹⁴ En problemstilling for seg er derfor hva som er det riktige bevistemaet.

Noen vil mene at slike variabler ”tilfører lite eller ingenting [...] [men bare] blæs opp teksten og gjer han tyngre og meir utilgjengeleg”.¹⁵ Å si at begrepene ikke tilfører noe, er etter min mening ikke riktig: Om ordvalget er tilsiktet eller ikke, finner vi først ut etter å ha tolket ordlyden i riktig kontekst. Fra tid til annen kan vi se forfattere bruke dobbelt nektelse (”ikke uproporsjonalt”) i en sammenheng hvor det ville vært like naturlig å uttrykke ordet positivt (”proporsjonalt”), altså at ordvalget fremstår som tilfeldig.¹⁶ I andre sammenhenger leder tolkningen til den konklusjon at forfatteren har valgt formuleringen med omhu, og at uttrykket tilfører setningen en nyanse. Hvis vi tenker oss motpolene ”proporsjonalt” og ”uproporsjonalt”, ligger ”ikke uproporsjonalt” nemlig et sted imellom. Ifølge *Jans* gir slike nyanser uttrykk for varierende grad av prøvingsintensitet hos domstolen, i den forstand at kriteriet ”ikke uproporsjonalt” anvendes der domstolen ønsker å overlate medlemsstaten større grad av skjønnsmargin enn ellers.¹⁷

Som nevnt tidligere, består proporsjonalitetsprinsippet av tre underbevistemaer. Den part som påberoper seg proporsjonalitetsprinsippet, må tilveiebringe faktiske opplysninger til belysning av om et tiltak er egnet, nødvendig og forholdsmessig i snever forstand. I de følgende avsnitt skal jeg gjennomgå disse tre kravene og samtidig presentere ulike bevisrettslige utfordringer som oppstår for hvert enkelt krav. Jeg vil også analysere og vurdere hvordan domstolen håndterer disse utfordringene.

¹³ Se f.eks. sak C-14/02 ATRAL om at ”[e]n sådan påvisning kan kun foretages konkret i forhold til den foreliggende sags faktiske omstendigheder”, p.67.

¹⁴ Sak 44/79 Hauer, p.23, sak C-312/89 Conforama, p.12 og sak C-316/95 Generics, p.33 ”ikke [...] uforholdsmessig” (min klamme), sak C-384/93 Alpine Investments, p.48 ”ikke [...] uegnet” (min klamme) og ”ikke [...] i et urimeligt forhold” (min klamme), p. 55, sak C-124/97 Läärä p.39 og sak C-67/98 Zenatti, p.37 ”ikke [...] uforholdsmessige” (min klamme).

¹⁵ Giertsen (2010) s.59-60 (mine klammer).

¹⁶ *EØS-rett* (2011) s.387 og 388 og Lasok (2004) s.339. Lest i kontekst ser vi at forfatterne bruker ”ikke uforholdsmessig” i samme betydning som ”forholdsmessig”.

¹⁷ Jans (2000) s.261.



3.2 Kravet til egnethet

Proporsjonalitetsprinsippets første underbevistema er kravet til egnethet. Det man spør om, er om den part som har bevisbyrden for at egnethetskravet er oppfylt (typisk medlemsstaten), kan fremskaffe overbevisende faktiske opplysninger som underbygger påstanden om at tiltaket har en *saklig sammenheng* med målsettingen som ønskes oppnådd. Svaret på dette blir enten ja eller nei, altså dreier det seg om det *Strandberg* kaller et ”enten-eller tema”.¹⁸

Som det fremgår, knytter egnethetstesten seg til forholdet mellom tiltaket og dets målsetting. Jeg legger til grunn at dette innebærer to vurderinger; for det første må det være en *sammenheng* mellom tiltaket og målet som ønskes oppnådd (den tradisjonelle egnethetsvurderingen), og for det andre består egnethetsvilkåret av et *saklighetskrav*.

Med et krav til sammenheng menes her at det må være en eller annen forbindelse mellom tiltaket og målet; tiltaket må være ”egnede til at nå det tilsigtede mål”,¹⁹ eller at det må være en grad av ”fornuftig sammenheng”²⁰ mellom tiltaket som velges, og den virkning tiltaket er ment å ha. Dette er den tradisjonelle oppfatningen av egnethetstesten. Hva gjelder det nærmere innholdet, kreves det ikke at tiltaket er påkrevet (nødvendig) for å nå målet, heller ikke at det mest egnede tiltaket må velges.²¹ På den annen side kreves mer enn en rent teoretisk mulighet for at tiltaket er tjenlig.²² Generaladvokat Van Gerven karakteriserer et tiltak som egnet dersom det er ”nyttig (eller relevant)”.²³ Et krav om formålstjenlighet virker tilsynelatende noe mildere enn et krav til egnethet, men praksis synes ikke å skille mellom dem.²⁴ På generelt grunnlag synes ikke domstolen å stille særlig strenge krav til sammenheng, jf. f.eks. at den i *Ahokainen* godtok et tiltak som kun delvis var egnet,²⁵ og at den i *Alpine Investments* uttalte at egnethetskravet var oppfylt ettersom det aktuelle tiltaket ”ikke [kunne] betragtes som uegnet”.²⁶

I senere tid har det blitt normalt å operere med enda et krav, nemlig kravet til saklighet. For at et tiltak skal oppfylle egnethetskravet, holder det ikke at det isolert sett fremstår som egnet; tiltaket må i tillegg ikke motvirkes av andre reguleringer. Sagt på en annen måte: For at et tiltak skal være egnet, kreves at tiltaket skal tilgodese formålet på en ”systematisk måte”.²⁷ Med systematisk menes her konsistent, altså at politikken må være fri for motsetninger.²⁸ I en prejudisiell sak må altså den nasjonale domstol vurdere om medlemsstaten snakker sant, og tilsvarende må EU-domstolen vurdere dette i et traktatbruddssøksmål. Enkelte kaller av denne

¹⁸ Strandberg (2005) s.76, og Jans (2000) s.245: ”[a] measure is either suitable or it is not”.

¹⁹ Sak C-221/09 Tuna, p.79.

²⁰ Sak 132/80 United foods, p.28. Se også sak C-326/07 Kommisjonen mot Italia, p.47.

²¹ GA Sharpston i sak C-400/08 Kjøpesenter, p.89.

²² Sak C-366/04 Schwarz, p.35-36.

²³ GA Van Gerven i sak C-159/90 SPUC mot Grogan, p.27.

²⁴ Se f.eks. sak C-434/04 Ahokainen, p.36 og sak C-124/97 Läära, p.40.

²⁵ Sak C-434/04 Ahokainen, p.39 (reservasjonen ”om end kun delvis”).

²⁶ Sak C-384/93 Alpine Investments, p.49 (min klamme). Om dette, se punkt 3.1. Et eksempel fra juridisk teori har vi med Fenger (2010) s.46: ”retsakten ikke må anses for klart uegnet”.

²⁷ Sak C-137/09 Josemans, p.70. Tilsvarende formuleringer har vi fra EFTA-domstolen, se f.eks. E-3/06 Landbroses, p.53 og E-1/06 Spilleautomat, p.43.

²⁸ Jf. den engelske versjonen av Josemans, ”in a consistent and systematic manner”, p.70.



grunn testen for ”the hypocrisy test”.²⁹ Med mindre det fremkommer eksplisitt, er det den tradisjonelle oppfatningen av egnethetsvilkåret som drøftes i det følgende, nemlig at det må være en sammenheng mellom tiltaket og målet som ønskes oppnådd. Når det vises til ”egnethetskravet” eller lignende formuleringer, er det altså kravet til sammenheng det siktes til.

Når medlemsstaten skal vurdere om et tiltak er egnet til å nå et mål, ligger det i dette at det dreier seg om en fremtidsrettet vurdering. Problemstillingen for medlemsstaten er om tiltaket vil kunne nå målet. Et nærliggende spørsmål er om det overhodet er riktig å tale om bevis for slike forhold, all den tid bevis knytter seg til fortidige hendelser. Strengt tatt er det ikke mulig å bevise fremtiden, man må nøye seg med å stille prognoser. Som *Strandberg* påpeker, er det noen forfattere som bruker begrepet ”bevis” og ”bevisbyrde” kun om det han kaller faktisk-historiske forhold.³⁰ *Kokott* skiller også mellom ”future facts” og ”historic or present facts”,³¹ og argumenterer for at skillet har betydning for beviskravet. Som vi skal se i punkt 4.2.2.2 og 4.3.2.1, synes domstolen til en viss grad å ta høyde for de komplikasjoner som ligger i at det dreier seg om fremtidige forhold.³²

Etter min mening avhenger bevissituasjonen mer av hvilke opplysninger som foreligger, enn av hvorvidt det dreier seg om et fortidig eller et fremtidig forhold. For som vi så i punkt 2, er det juridiske bevis relativt, i den forstand at å si at noe anses bevist (juridisk sett), ikke nødvendigvis innebærer at det er bevist med 100 pst. sannsynlighet (matematisk bevist).³³ Som *Graver* sier, er det ”[p]rinsipielt sett [...] snakk om samme type vurderinger, nemlig hva vi har grunn til å tro ut fra den tilgjengelige kunnskap om konkrete omstendigheter, og ut fra teorier om årsakssammenhenger og motivasjonsstrukturer.”³⁴ Det er ikke gitt at historiske forhold alltid er enklere å konstatere enn fremtidige forhold er å prognostisere. Det som er sagt her, innebærer ikke annet enn at begrepet ”bevis” må tas med en klype salt (slik man for øvrig må gjøre for det juridiske bevisbegrepet). Som *Strandberg* påpeker, blir det kun tale om indirekte bevis (indisiebevis) i slike situasjoner, dvs. bevis som kun indirekte knytter seg til å belyse rettsfakta.³⁵

²⁹ Kallenavnet brukes normalt under henvisning til sak C-243/01 Gambelli, jf. særlig dommens p.69. Se Mathisen (2010) nederst på s.1034 med videre henvisninger og Spapens (2008) s.86 om at den nasjonale domstolen i en foreleggelsessak må foreta ”a policy check, as a hypocrisy test”.

³⁰ *Strandberg* (2005) s.52 om bevis for faktum (bevisbyrde), underbygging av hypoteser (tvilsrisiko) og stipulering av fremtid (tvilsrisiko). Videre viser *Strandberg* til en forfatter som kun taler om prognose, prognosevurderinger, prognosetema og prognosekrav for fremtidige forhold.

³¹ *Kokott* (1998) s.23.

³² Tilvarende resonnerer Høyesterett i Rt 1982 241 Altasaken: ”I og med at det her dreier seg om prognoser som etter sin art vil være forbundet med usikkerhet, må saksbehandlingen være i orden dersom prognosene er forsvarlige på den tid de må foretas”, s.266.

³³ Som *Strandberg* (2005) s.53.

³⁴ *Graver* (2009) s.201 (mine klammer).

³⁵ *Strandberg* (2005) s.52-53.



3.3 Kravet til nødvendighet

Dersom domstolen finner at tiltaket er egnet, må den også ta stilling til om tiltaket er nødvendig. Et tiltak er ikke nødvendig dersom mindre inngripende tiltak ville gjort samme nytten. Graden av inngrep i de fire friheter er altså sentralt for nødvendighetsvurderingen.³⁶ Regelen er begrunnet i hensynene som ligger til grunn for bevegelsesfrihetene; for at det indre marked skal fungere, bør det ikke gjøres større inngrep i de fire friheter enn det som strengt tatt er nødvendig.³⁷ Det følger av rettspraksis at vurderingen skal skje konkret; at en medlemsstat har valgt en ordning for sin måloppnåelse, kan ikke i seg selv begrunne at et mer tyngende tiltak valgt av en annen medlemsstat for å nå samme mål er uproporsjonalt. Noe annet er at det kan være et relevant moment i vurderingen.³⁸

Det er ikke slik at nødvendighetsvurderingen forutsetter at det foreligger alternative sammenlignbare tiltak. Dersom det ikke finnes, er temaet for vurderingen om målet kan nå uavhengig av tiltaket. Denne vurderingen har likhetstrekk med egnethetsvurderingen, ettersom en kun spør om tiltaket er nødvendig. Foreligger alternative tiltak, holder det imidlertid ikke å konstatere at tiltaket har vært nødvendig. For, dersom et alternativt/potensielt tiltak er *like godt eller bedre* egnet, er proporsjonalitetsprinsippet ikke oppfylt.³⁹ Forskjellen mellom den første og den andre testen er altså at man for nødvendighetskravet foretar en viss gradering, på linje med en effektivitetstest.⁴⁰ Ettersom tiltaket er gjenstand for effektivitetsvurdering, og dermed vurderes opp mot alternative tiltak, kalles nødvendighetsvurderingen gjerne for "the less restrictive alternative test".⁴¹ Det som kreves, er tilgjengelige og realistiske alternativer, ikke alternativer som er teoretiske, eller som ikke med rimelighet kan realiseres.⁴²

Det forhold at nødvendighetskravet forutsetter en sammenligning mellom effekten av det aktuelle og ett eller flere potensielle virkemidler, gjør at vurderingen kan bli vanskelig og skjønnspreget. For som vi så ovenfor, holder det nemlig ikke for nødvendighetsvurderingen å bevise at tiltak X er nødvendig, tiltaket må være *like godt eller bedre egnet* enn det mindre inngripende tiltak Y (og/eller Z osv.). Riktignok blir konklusjonen på bevissspørsmålet enten ja eller nei, men graderingen (jf. bedre egnet, effektivitetstesten) gjør at vi står overfor det som *Strandberg* kaller for et omfangstema.⁴³ Slike bevistema kjennetegnes av at rettsanvenderen må velge mellom mange alternative rettsfakta: For å kunne gi et tilfredsstillende svar på om tiltak X er bedre egnet enn tiltak Y, må medlemsstaten nemlig først kartlegge skadevirkninger for tiltak X, deretter det samme for tiltak Y (evt. tiltak Z osv.) og til slutt sammenligne tiltakenes virkninger og konkludere ut fra det. Det at ulike størrelser holdes opp mot hverandre på denne måten, gjør at bevisvurderingen kan bli svært skjønnsmessig, samtidig som den kan bli svært vanskelig. En slik vurdering forutsetter nemlig "tillgang till empiriska fakta (om effekter av

³⁶ Se rettspraksis om dette i punkt 4.3.2.2.

³⁷ Sak 124/81 UHT-melk, p.13.

³⁸ Sak C-141/07 Kommisjonen mot Tyskland, p.51 og sak C-384/93 Alpine Investments, p.51.

³⁹ Jf. f.eks. sak 104/75 Peijper, p.27, hvor domstolen konkluderer med at målet om å ivareta den offentlige sunnhet kunne ivaretas ved mindre restriktive midler, nemlig et samarbeid mellom myndighetene i import- og eksportmedlemsstaten.

⁴⁰ Se sak C-394/97 Heinonen, p.44, Mathisen (2007) s.83 og Jans (2000) s.240 om nødvendighetskravet som et effektivitetskrav.

⁴¹ Se Emiliou (1996) s.250-251, Jans (2000) s.240 og Tridimas (2006) s.209.

⁴² GA Maduro i sak C-434/04 Ahokainen, p.25.

⁴³ Strandberg (2005) s.76.



lagstiftning, om effekter av andre medel etc.) som vi för praktiske syften kan utgå från att ingen har tillgång till.”⁴⁴

Bevistemaet ”nødvendig” byr altså på komplekse problemstillinger, ved at ulike virkninger må kartlegges og holdes opp mot hverandre. Et annet aspekt ved bevistemaet, og som gjør bevisvurderingen ytterligere komplisert, er at den får et hypotetisk preg over seg. Vurderingen fokuserer nemlig på et hendelsesforløp uten rot i virkeligheten, og som er basert på et ”hvis–så” resonnement.⁴⁵ Mens vi under drøftelsen av egnethetskravet spurte om det er riktig å tale om bevis for fremtidige hendelsesforløp, spør vi nå om det samme for hypotetiske hendelsesforløp.⁴⁶ Heller ikke for hypotetiske forhold er det mulig å fremlegge bevis. Det en kan gjøre, er å få underbygget eventuelle hypoteser, hvor en blir nødt til å trekke slutninger fra hvordan situasjonen ville vært under gitte forutsetninger. Dette innebærer at en ikke med like stor grad av sikkerhet kan fastslå de faktiske (fremtidige) forhold, slik man kan for historiske forhold. Som *Nordback* skriver, det ”säger sig självt” at domstolen med uttrykkene ”visa” og ”styrka” ikke kan kreve bevis utover enhver rimelig tvil for at et tiltak er nødvendig, slik den kan kreve for å bevise ”att Liisa slagit Lasse med knuten näven i ansiktet.”⁴⁷ Også her, som for fremtidige forhold, kan det kun bli tale om å kreve indirekte bevis.

At domstolen krever bevis for at et tiltak er nødvendig – på samme måte som den krever bevis for at et tiltak er egnet – innebærer ikke at bevisbyrden *de facto* er umulig å oppfylle, slik at medlemsstaten alltid vil tape saken. En måte å håndtere komplikasjonene på er, som nevnt, å tillate indirekte bevis. En annen mulighet er å justere kravet til innholdet i bevisbyrden, altså at domstolen tar hensyn til dette i bevisvurderingen. Et eksempel på det er domstolens uttalelse om at medlemsstaten ikke ”positivt skal bevise, at ingen anden tænkelig foranstaltning kan gøre det mulig at nå det nævnte formål på de samme vilkår”.⁴⁸ Videre kan domstolen lempe på beviskravet, ved å anvende *prima facie* bevis som beviskravslettelse, jf. punkt 4.2.2.3 og 4.3.2.2.

⁴⁴ Asp (2002) s.172, gjengitt i Nordback (2007) s.436. Bildet kompliseres ytterligere ved at ikke alle virkninger er kommensurable.

⁴⁵ Nordback (2007) s.433. Strandberg (2005) kaller dette kontrafaktisk historie, s.13.

⁴⁶ En innvending mot skillet mellom fremtidige og hypotetiske vurderinger er at også fremtidige vurderinger til en viss grad kan være hypotetiske. Poenget her er at de fremtidige vurderingene forsøkes basert på prognoser av hva som skal eller vil skje, mens hypotetiske vurderinger ikke trenger å ha rot i virkeligheten overhodet.

⁴⁷ Nordback (2007) s.440.

⁴⁸ Sak C-400/08 Kjøpesenter, p.75.



3.4 Kravet til forholdsmessighet i snever forstand

Ved vurderingen av egnethets- og nødvendighetskravet så vi at tiltaket stod sentralt, og spørsmålet var for det første om tiltaket var egnet, og for det andre om det var like bra eller bedre egnet (enn et potensielt tiltak) til å nå en gitt målsetting. Det tredje kravet er av en noe annen karakter. Vi fokuserer her ikke på tiltaket i seg selv, men på hvilke skadevirkninger tiltaket har på de fire friheter, og spør hvorvidt inngrepet står i et urimelig forhold til den målsetting som er satt. Jo større skadevirkningene er, dess større må betydningen av interessen som medlemsstaten støtter seg til, være. Det legges altså opp til en interesseavveining, altså en ”afvejning af den nationale interesse i, at målet realiseres, over for fællesskabsinteressen i at sikre frie varebevægelser.”⁴⁹

Mathiesen kaller testen for en urimelighetssensur av statens beskyttelsesnivå, en karakteristikk som på mange måter er treffende.⁵⁰ Navnet viser både at det er tale om en form for rimelighetsvurdering og interesseavveining, og at testen refererer til det beskyttelsesnivået som medlemsstaten har valgt. Utgangspunktet på ikke-harmoniserte rettsområder, som fremstillingen er avgrenset til, er at medlemsstaten står fritt til å velge hvilket beskyttelsesnivå den vil etterstrebe. Forholdsmessighet i snever forstand innebærer at medlemsstaten kan bli tvunget til å bruke mindre inngripende tiltak, ”*selv om dette ville medføre et lavere niveau for beskyttelse af medlemsstatens berettigede interesser.*”⁵¹ Det er her forskjellen fra egnethets- og nødvendighetstesten kommer frem: Mens vi tidligere drøftet proporsjonaliteten av medlemsstatenes valg av virkemidler (tiltaket må være egnet og nødvendig), er det nå vurderingen av medlemsstatenes valg av beskyttelsesnivå som er gjenstand for prøving.

Vilkårets karakter av å være en interesseavveining har flere konsekvenser for bevissituasjonen. For det første vil vurderingen være skjønnsmessig, og dermed komplisert. For det andre, og viktigere, er at det er normer som veies mot hverandre, og ifølge *Nordback* er normkonflikter ”en rettsfråga som inte kräver bevisning av fakta.”⁵² Det som kan dokumenteres, er tiltakets skadevirkninger for fellesskapet, og på grunnlag av dette kan en argumentere for at skadevirkningene står i et urimelig forhold til målsettingen. Det lar seg derimot ikke gjøre å bevise at utfallet er urimelig; dette er en rettslig vurdering. Dette er *Fenger* enig i, når han skriver at

”om det pågældende hensyn i givet fald må tillægges en større vægt i afvejningen over for hensynet til fri bevægelighed – er ikke et spørgsmål om bevisførelse vedrørende faktum. Det er udelukkende tale om at foretage en retlig afvejning mellem modstridende kriterier efter en vag og elastisk fællesskabsbestemmelse.”⁵³

På bakgrunn av dette, nemlig at det ikke lar seg gjøre å bevise u/forholdsmessighet, og i tillegg at domstolen rent unntaksvis tar stilling til forholdsmessighet i snever forstand, vil jeg heretter konsentrere meg om de to første kravene.

⁴⁹ Sak C-169/91 Stoke-on-Trent, p.15.

⁵⁰ Mathisen (2007) s.88.

⁵¹ GA Maduro i sak C-434/04 Ahokainen, p.26. Om forholdet mellom nødvendighetsvurderingen og beskyttelsesnivå, se *EØS-rett* (2011) s. 408.

⁵² Nordback (2007) s.434.

⁵³ Fenger (2004) s.818.



4. BEVISBYRDE

4.1 Utgangspunkt: medlemsstaten har bevisbyrden

Med bevisbyrde menes *hvem* som skal godtgjøre bevistemålet. Plasseringen av bevisbyrden er ”et meget vanskelig spørsmål som har preget europeisk bevisteori nesten til enhver tid”.⁵⁴

Begrepet har mange navn og kan inndeles i flere grupper og undergrupper. Sentralt står skillet mellom objektiv og subjektiv bevisbyrde.⁵⁵

Den objektive bevisbyrden (argumentasjonsbyrden, overbevisningsbyrden, utredningsbyrden, tvilsrisikoen, den ”falske” bevisbyrden)⁵⁶ hviler kun på én part og gjennom hele prosessen. Parten som har den objektive bevisbyrden, må argumentere og overbevise domstolen om sin sak (her: tiltaket er begrunnet i proporsjonalitetsprinsippet), ellers risikerer han å tape saken (her: traktatbrudd eller prejudisiell sak som slår fast at tiltaket er i strid med fellesskapsretten). På den andre siden har vi den subjektive bevisbyrden (bevisføringsbyrden, den ”ekte” bevisbyrden), som veksler frem og tilbake mellom partene underveis i prosessen. Her må parten bevise et faktum, som ledd i saken (her: f.eks. statistikk som viser at tiltaket har bidratt til å redusere skadevirkningene av alkohol), ellers risikerer parten at anførselen ikke fører frem. Spørsmålet om hvem som har den subjektive bevisbyrden på et gitt tidspunkt, avhenger av de til enhver tid førte bevis.⁵⁷

Ved gjennomlesning av dommer er det ikke alltid lett å se om det er den ene eller den andre varianten av bevisbyrde det siktes til; svaret forutsetter normalt tolkning. Uavhengig av hvilken byrde vi snakker om, er hovedregelen at den som krever eller påstår noe, må bevise at så er tilfelle.⁵⁸ I vår sammenheng innebærer dette at medlemsstaten har både den objektive og den subjektive bevisbyrden for at proporsjonalitetsprinsippet er oppfylt. Dette gjelder både i traktatbruddssaker og i foreleggelsessaker.⁵⁹ På samme måte er det Kommisjonen som har bevisbyrden for at det foreligger en restriksjon.⁶⁰

Selv om utgangspunktet er det samme for begge prosessformene, er det likevel den forskjell mellom dem at det i prinsippet kun kan bli tale om en bevisføringsbyrde i foreleggelsessaker.⁶¹

⁵⁴ Strandberg (2010) s.218

⁵⁵ Skillet stammer fra *common law* landene og deres juryordning, men har også blitt vanlig i *civil law* land – både med og uten juryordning, jf. Kazazi (1996) s.24-30 og Kokott (1998) s.9 flg. I jursakene så man det slik at juryen skulle avgjøre den subjektive bevisbyrden, mens domstolen skulle avgjøre den objektive bevisbyrden. Skillet er ikke like naturlig for saker som behandles uten jury, noe som også kan forklare begrepets opphav til misforståelser.

⁵⁶ Se f.eks. Brealey (1985) s.250-257, Lasok (1994) s.420 og Nordback (2007) s.422 og 436.

⁵⁷ Om uttrykksparene objektiv og subjektiv bevisbyrde, se f.eks. GA Kokott i sak C-8/08 T-Mobile, p.89.

⁵⁸ Se sak C-127/92 Enderby, p.13. Det latinske uttrykket for maksimen er *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, jf. Lasok (1994) s.420.

⁵⁹ Sak C-400/08 Kjøpesenter, p.75 (traktatbruddssøksmål) og sak C-434/04 Ahokainen, p.31 (foreleggelsessak).

⁶⁰ Se f.eks. sak C-400/08 Kjøpesenter, p.58.

⁶¹ Dette kommer av at den objektive bevisbyrden forutsetter at det finnes en part, og at parten kan bevise sin sak for domstolen. I foreleggelsessaker eksisterer det ikke noe formelt partsbegrep: Det er ingen av partene som vinner eller taper saken, det tas bare prejudisielt stilling til spørsmålet, jf. PLEU (2006) s.611. GA Stix-Hackl i sak C-322/01 Deutscher Apothekerverband, taler følgelig om ”[d]arlegungslast” (engelsk ”must show”) i p.155, og at dette er en ”nachweispflicht” (engelsk: ”obligation to present evidence”) i p.156.



At medlemsstaten har bevisbyrden – både den objektive og den subjektive i traktatbruddssaker og den subjektive i prejudisielle saker – er kun angitt som et utgangspunkt. I følgende avsnitt vil jeg vurdere om prosessformene endrer bevisbyrdesituasjonen.

4.2 Bevisbyrden i foreleggelsessaker

4.2.1 Oppstår bevisspørsmål i slike saker?

Som vi har sett, er EU-domstolens kompetanse etter Traktat om den Europæiske Unions Funksjonsmåte (heretter TEUF) art. 267 begrenset til ”fortolkningen af traktaterne”. Dette innebærer at domstolen ikke skal ta stilling til nasjonal rett, sakens faktiske omstendigheter eller anvende fellesskapsretten på disse (subsumere).⁶² På bakgrunn av dette, samt det forhold at bevis angår faktiske spørsmål, har det blitt argumentert for at bevisspørsmål faller utenfor en drøftelse etter art. 267.⁶³ Fullt så svart/hvitt er det imidlertid ikke. Slik jeg ser det, kan bevisspørsmål komme opp i tre situasjoner:

For det første kan domstolen gi generelle retningslinjer om hvordan bevisretten, herunder bevisbyrdereglene, er å forstå; dette er juss.⁶⁴

For det andre kan grensen mellom fakta og juss i mange tilfelle være hårfin; jo mer detaljert tolkningen er, jo mer nærmer det seg subsumsjon. Svaret fra domstolen kan derfor iblant være ”så presist og entydig at det i realiteten løser den underliggende saken”,⁶⁵ eller, som *Jarvis* skriver, ”the national court [...] is very often left with little else to do than to rubber-stamp the judgment.”⁶⁶

For det tredje kan det oppstå faktaspørsmål vedrørende EU-domstolens kompetanse til å behandle foreleggelsen. Dette kan være faktaspørsmål av mer formell karakter (f.eks. tvil om det spørrende organ er kompetent ”ret” i TEUF art. 267 sin forstand),⁶⁷ eller rette seg mer mot sakens materielle innhold (faktaspørsmål som er nødvendige for å kunne gi et korrekt juridisk svar).⁶⁸ Hva gjelder det siste, er det jo nettopp de faktiske omstendigheter som avgjør hvilke rettsregler som skal benyttes. Grensen mellom konkret tolkning og subsumsjon er svært vanskelig å trekke. Generaladvokat Warner har forsøkt å definere grensen slik: ”the Court cannot determine issues of fact that are relevant, not to the ascertainment of that law, but to its application.”⁶⁹

⁶² Sak C-421/01 Traunfellner, p.21 og forente saker C-428/06 og C-434/06 UGT-Rioja, p.77.

⁶³ GA Rozés i sak 345/82 Wunsche Handelsgesellschaft, s.2026 (mine klammer). Tilsvarende GA Reischl i sak 36/79 Denkavit, punkt bb) på side 3463, *EØS-rett* (2011) s.138 og Emiliou (1996) s. 255 om at det ”of course” er den nasjonale domstol som skal avgjøre om bevisbyrden er oppfylt i slike saker.

⁶⁴ F.eks. sak C-262/09 Meilicke, p.45-46.

⁶⁵ *EØS-rett* (2011) s.165. Se også Craig (2006) s.711.

⁶⁶ *Jarvis* (1998) s.437 (min klamme). Et eksempel på det er sak C-315/92 Clinique.

⁶⁷ Ress (1992) s.195-196 og Lasok (1994) s.346-348.

⁶⁸ Ress (1992) s.197 og Lasok (1994) s.348-350.

⁶⁹ GA Warner i sak 51/75 EMI Records, s.854 (mine klammer).



Rent umiddelbart er det ikke lett å se forskjellene mellom disse øvelsene; enklere blir det dersom man – som Warner også gjør – ser setningen i sammenheng med stikkordet relevans: EU-domstolen kan avgjøre hvilke faktiske omstendigheter som er relevante for løsningen av spørsmålet som forelegges. Det kan nemlig ikke være slik at domstolen er bundet til å anvende alle fakta som legges frem.⁷⁰ Og videre: Dersom domstolen finner at det ikke er tilstrekkelige opplysninger, er utgangspunktet at Prosessreglementet art. 45-53 om bevisføring også gjelder i foreleggelsessaker, jf. art. 103.⁷¹ Er partene uenige om hvilke slutninger som kan trekkes fra de ulike bevis, kan dessuten domstolen undersøke bevisene for å få oppklart dette.⁷² Har domstolen først konkludert med at spørsmålet er relevant, tilkommer det imidlertid den nasjonale domstol å foreta den konkrete subsumsjon.

4.2.2. Rettspraksis om bevisbyrden i foreleggelsessaker

4.2.2.1 Innledning

Som vi har sett, oppstår noen faktaspørsmål – og dermed bevisspørsmål – også i prejudisielle saker. Spørsmål om fordelingen av bevisføringsbyrde kan oppstå for både egnethetsvurderingen og nødvendighetsvurderingen. Det er ikke alltid lett å se hvilket av de to elementene domstolen drøfter, og iblant foretas bevisvurderingen samlet. Jeg vil, så godt det lar seg gjøre, forsøke å skille mellom de to drøftelsene.

4.2.2.2 Kravet til egnethet

*Delhaize*⁷³ er et eksempel på at domstolen ikke fant et tiltak for å være egnet. Spørsmålet i den saken var om spanske regler om krav til at vin skulle tappes i et gitt vindistrikt for å kunne benevnes ”denominación de origen calificada”, var i strid med reglene om fri varebevegelse. I dette lå flere vurderinger: For det første måtte den spanske regjeringen påvise en sammenheng mellom tiltaket og formålet med å bevare opprinnelsesnavnets kjennetegn. Til dette sa domstolen at det ”ikke [er] godtgjort, at aftapning af den pågældende vin i dyrkningsområdet er en arbeidsproces, der giver denne vin særlige kendetegn”.⁷⁴ Videre måtte den spanske regjeringen dokumentere at tiltaket var et ledd i en politikk som hadde til formål å bedre vinens kvalitet. Om dette uttalte domstolen at det ”ikke [er] godtgjort, at aftapningsstedets beliggenhed på nogen måde påvirker vinens kvalitet.”⁷⁵ På grunnlag av dette konkluderte domstolen med at de spanske reglene ikke var egnet til å nå det angitte formål.

Derimot kom domstolen til det motsatte resultat da saken kom opp på ny, men som et traktatbruddssøksmål, jf. *Rioja*.⁷⁶ Domstolen mente at det nå hadde kommet ”nye argumenter til godtgørelse af, at de hensyn, der ligger til grund for den omtvistede betingelse, også kan berette denne.”⁷⁷ Argumentene gjaldt dels generelle tendenser i fellesskapets lovgivning, dels

⁷⁰ Lasok (1994) s.350 om skillet mellom fakta som ”relate to the question of Community law”, og fakta som relaterer seg til ”the context in which it [fellesskapsretten] was to be applied”, hvorav domstolen kun kan ta stilling til førstnevnte (min klamme).

⁷¹ GA Warner i sak 51/75 EMI Records, s.854. Motsatt GA Reischl, sak 36/79 Denkvit, pkt. bb) s.3463.

⁷² GA Warner i sak 51/75 EMI Records, s.855.

⁷³ Sak C-47/90 Delhaize.

⁷⁴ *ibid.* p.19.

⁷⁵ *ibid.* p.23 (min klamme).

⁷⁶ Sak C-388/95 Rioja.

⁷⁷ *ibid.* p.52.



argumenter fremført av partene.⁷⁸ Domstolen kom her til at den aktuelle vinen var en ”kvalitetsvin [...] af en særlig beskaffenhed”, ved at den knyttet seg til et bestemt geografisk område, og at den kun kan opprettholde sine egenskaper ved ”stor påpasselighet og innsats.”⁷⁹ På grunnlag av stikk motsatte argumenter av hva domstolen fremmet i *Delhaize*, konkluderte domstolen nå med at tiltaket var både nødvendig og adekvat.⁸⁰ Slik jeg ser det, illustrerer avgjørelsene minst to ting: For det første illustrerer de at et tiltak som på et gitt tidspunkt ikke er egnet, i neste omgang kan vise seg å være det, altså at egnethetsvurderingen må skje konkret. Videre viser avgjørelsene hvor viktig dokumentasjon kan være for sakens utfall, da det nettopp var den nye dokumentasjonen som bidro til å endre domstolens konklusjon.

Det kreves ikke at medlemsstaten beviser at tiltaket *faktisk* har vært formålstjenlig, det er tilstrekkelig å beviser at det var rimelig grunn til å tro at tiltaket var egnet på det tidspunktet det ble vurdert og iverksatt.⁸¹ Dette følger av egnethetskravets natur, all den tid det nesten alltid vil dreie seg om en fremtidsrettet vurdering, jf. punkt 3.2. I enkelte saker kan det nettopp være vanskelig – om ikke umulig – å kartlegge hvilke virkninger et tiltak har eller har hatt.⁸² Det kan være at virkningene er vanskelig å påvise, enten alene eller fordi de er i samvirke med flere faktorer, eller det kan være at virkningene endrer seg over tid, slik at et opprinnelig uegnet tiltak viser seg å være egnet, eller motsatt, jf. f.eks. *Delhaize* og *Rioja*.

4.2.2.3 Kravet til nødvendighet

Som vi skal se, er det nødvendighetskravet som dominerer i rettspraksis, herunder om det har blitt påvist mindre restriktive alternativer. En forutsetning for å løfte bevisførselsbyrden på dette punkt, er at medlemsstaten tilveiebringer tilstrekkelige bevis. Greier den ikke det, eller fremlegges ikke bevis i det hele tatt, vil domstolen følgelig komme til at tiltaket ikke er begrunnet, slik som i *Franzén*.⁸³ Spørsmålet i den saken var om den svenske alkoholoven, der import av alkohol var forbeholdt en begrenset gruppe av næringsdrivende, kunne begrunnes i hensynet til den offentlige sunnhet. Ifølge domstolen holdt det ikke med en ren henvisning til dette hensynet; den svenske regjeringen måtte i tillegg godtgjøre at ordningen var nødvendig, og at den stod i et rimelig forhold til målsettingen, med andre ord at ordningen var proporsjonal.⁸⁴

I *Van der Veldt*⁸⁵ var spørsmålet om hensynet til den offentlige sunnhet kunne begrunne et forbud mot salg av bakverk med et saltinnhold over en viss grenseverdi. Etter å ha gjengitt hovedregelen, nemlig at de nasjonale myndigheter har bevisbyrden, gjennomgår domstolen argumentene til de belgiske myndigheter. Den belgiske helseministeren anførte at grenseverdiene i Nederland (eksportlandet) var for høye, og at et økt inntak av salt ville ha negativ virkning på helsen til gjennomsnittsbefolkningen i Belgia. Videre viste helseministeren til praksis fra EU-domstolen om at risiko for folkehelsen er tilstrekkelig for å oppfylle kravene i TEUF art. 36. Dette var ikke domstolen enig i. For å begrunne et unntak etter art. 36 holder det

⁷⁸ *ibid.* p.53 og bl.a. p.64.

⁷⁹ *ibid.* p.57.

⁸⁰ *ibid.* p.59 og 76.

⁸¹ Sak E-16/10 Philip Morris, p.83, sak C-394/97 Heinonen, p.43 og generaladvokat Tizzano i sak C-262/02 Loi Evin (traktatbruddssak) og C-429/02 Bacardi (foreleggelsessak), p.81 og 98. Se også Mathiesen (2007) s.83.

⁸² Se Rt 2009 839 Pedicel, p.34 flg. og E-16/10 Philip Morris, p.83-84.

⁸³ Sak C-189/95 Franzén.

⁸⁴ *ibid.* p.76. Tilsvarende i sak C-358/95 Morellato, p.14-16.

⁸⁵ Sak C-17/93 Van der Veldt.



ikke å vise til generelle risikobetraktninger. Det som kreves, er ”relevante vitenskapelige undersøgelser”. På dette grunnlag, samt at det fantes mindre inngripende alternativer, konkluderte domstolen med at tiltaket ikke var begrunnet.⁸⁶ Saken illustrerer for så vidt at domstolen oppstiller en bevisføringsbyrde, og ikke en overbevisningsbyrde: Medlemsstaten må fremlegge relevant vitenskapelig dokumentasjon på riktigheten av det påståtte faktum, det holder ikke å argumentere i forsøk på å overbevise domstolen om sin sak.⁸⁷

Dokumentasjonen medlemsstaten fremlegger, må ikke bare være relevant, den må også faktisk underbygge myndighetenes argumenter. I *Debus*⁸⁸ la de italienske myndigheter frem dokumentasjon, utarbeidet av FAO/WHO, på at overdreven bruk av svoveldioksid kan være skadelig, og mente dette kunne begrunne et forbud mot import av øl med et innhold over 20 mg per liter. Riktignok viste rapporten fra FAO/WHO at overdreven bruk kunne være helseskadelig, men den maksimale tolerable dose svoveldioksid var der satt til 40 mg per liter, mens den aktuelle ølsorten hadde et volum på 36,8 mg per liter.⁸⁹ Ifølge rapporten innebar altså ikke konsum av den konkrete ølsorten en mer alvorlig risiko for menneskenes helse enn konsum av annet øl, og det aktuelle forbudet var derfor ikke nødvendig.

Eksemplene ovenfor viser at det hovedsakelig er en bevisføringsbyrde medlemsstaten må oppfylle, og ikke en objektiv bevisbyrde (overbevisningsbyrde). Jeg har bare klart å finne to eksempler i motsatt retning, altså at domstolen ikke har krevet dokumentasjon, men løftet bevisbyrden på grunnlag av overbevisende argumentasjon.⁹⁰

Det er ikke alltid lett å lese av dommene når bevisføringsbyrden er oppfylt, og noen ganger kan en med rette spørre om domstolen i det hele tatt har tatt stilling til det, eller om bevisføringsbyrden er snudd av andre grunner. Interessant i så måte er *Apothekerkammer*,⁹¹ som gjaldt ivaretagelse av den offentlige sunnhet. I stedet for å kreve medlemsstaten for dokumentasjon på tiltakets proporsjonalitet, slik den normalt gjør, gikk domstolen rett på Kommisjonens anførsler. Etter å ha gjennomgått disse uttalte domstolen:

”[a]bgesehen von *allgemeinen Erwägungen* hat die Kommission nichts vorgetragen, woraus sich ergeben könnte, welches *konkrete System* geeignet wäre, ebenso wirksam wie die Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern zu gewährleisten, dass trotz der in der vorstehenden Randnummer des vorliegenden Urteils angeführten Erwägungen in der Praxis nicht gegen die genannten Rechtsvorschriften verstoßen würde.”⁹²

Etter domstolens oppfatning var altså ikke Kommisjonens *alminnelige* betraktninger tilstrekkelig for å godtgjøre at den *konkrete* ordningen var egnet og nødvendig. På dette grunnlag konkluderte domstolen med at mindre inngripende alternativ ikke var bevist – Kommisjonens bevisføringsbyrde var ikke løftet – og at tiltaket var begrunnet i proporsjonalitetsprinsippet.

⁸⁶ *ibid.* p.15-19.

⁸⁷ Tilsvarende i sak C-473/98 Toolex Alpha, se p.41-46. Se Prosessreglementet art. 45 nr. 2 bokstav b.

⁸⁸ De forente saker C-13/91 og C-113/91 *Debus*.

⁸⁹ *ibid.* p.20 og 24.

⁹⁰ Sak C-384/93 *Alpine Investments* og sak 382/87 *Buet*.

⁹¹ Forente saker C-171/07 og C-172/07 *Apothekerkammer*.

⁹² *ibid.* p.55 (min klamme og mine kursiveringer).



Et nærliggende spørsmål etter å ha lest avgjørelsen er hvorfor domstolen drøfter Kommisjonens bevisføringsbyrde, når utgangspunktet jo er at denne påhviler medlemsstaten. Og dersom bevisføringsbyrden ble snudd, er det vanskelig å se hvilken begrunnelse som ligger til grunn for dette. Formodentlig er det dette domstolen viser til med henvisningen ”trotz der in der vorstehenden Randnummer des vorliegenden Urteils angeführten” i det siterte premiss 55. Disse bemerkningene gjaldt medlemsstatens valg av beskyttelsesnivå og virkemiddel for å nå dette nivået for den offentlige sunnhet.⁹³ Det domstolen altså gjør, er å vise til medlemsstatens valg av beskyttelsesnivå og virkemiddel som begrunnelse for at bevisføringsbyrden er oppfylt. Det samme gjorde Høyesterett i *Pedicel*.⁹⁴ Hvilke bevisrettslige grep EU-domstolen og Høyesterett foretar, kommer klarere frem i *Philip Morris*. EFTA-domstolen uttaler der:

”[i] mangel av klare bevis for det motsatte, kan et tiltak av denne type således ses som egnet til å beskytte folkehelsen.”⁹⁵

Med andre ord kan det se ut som at domstolene anvender *prima facie* bevis som beviskravsløstelse for medlemsstatens bevisføringsbyrde, altså at domstolen presumerer at tiltaket er egnet og nødvendig i mangel av holdepunkter for det motsatte. Begrunnelsen for et lempet beviskrav kan være at hensynet til den offentlige sunnhet står øverst blant de goder som traktaten beskytter, og at EU-domstolen og EFTA-domstolen derfor ønsker å være tilbakeholdne med å sette seg ut over de vurderinger medlemsstaten har foretatt.⁹⁶

4.2.2.4 Oppsummering

På grunnlag av rettspraksis som er gjennomgått ovenfor, synes det å være tre måter å løfte bevisføringsbyrden på:

For det første har vi den klassiske situasjonen, hvor medlemsstaten løfter bevisføringsbyrden ved å fremlegge *dokumentasjon*. Unntaksvis skjer det likevel at bevisføringsbyrden løftes på grunnlag av overbevisende *argumentasjon*. Dette ligner mer en argumentasjonsbyrde (objektiv bevisbyrde) enn en bevisføringsbyrde. For det tredje har vi sett at bevisføringsbyrden kan bli løftet i mangel av både dokumentasjon og argumenter, men i medhold av medlemsstatenes skjønnsmargin. I slike situasjoner er det nærliggende å si at domstolen anvender et lempet beviskrav, nemlig *prima facie* bevis.

⁹³ *ibid.* p.19 og 54.

⁹⁴ Rt 2009 839 *Pedicel*, p.53. Tilsvarende *EØS-rett* (2011) s.341-342 om at hvilke konsekvenser det har at medlemsstaten har bevisbyrden, må ses i sammenheng med medlemsstatens frihet til å velge beskyttelsesnivå. Høyesteretts uttalelse er gjentatt i TOSLO-2009-50176, Verftsaken. I motsetning til Høyesterett, som brukte begrepet ”bevisføringsplikt”, brukte tingretten begrepet ”bevisbyrde” i punkt 4.3.2, altså uten å spesifisere hvilken byrde det var tale om. Avgjørelsen bekrefter for så vidt en tendens i bevisretten, nemlig mangel på konsekvent begrepsbruk. Dette kan lede til misforståelser, se punkt 4.3.3.2.

⁹⁵ E-16/10 *Philip Morris*, p.84.

⁹⁶ Forente saker C-171/07 og C-172/07 *Apothekerkammer*, p.19.



4.3 Bevisbyrden i traktatbruddssøksmål

4.3.1 Hvilke faktaspørsmål oppstår?

I motsetning til i foreleggelsessaker tar EU-domstolen stilling til både fakta og juss i traktatbruddssaker. Det er da i prinsippet ingen grenser for hvilke faktaspørsmål, og dermed bevisspørsmål, som kan oppstå. To begrensninger kan likevel skisseres:

For det første kan EU-domstolen bidra til sakens opplysning, enten ved å innhente bevis på eget initiativ eller ved å anmode partene om å gjøre det. Velger domstolen å foreta slike undersøkelser, retter disse seg primært mot faktaspørsmål *utover* dem partene har påberopt i stevningen og tilsvaret, jf. Prosessreglementet art. 38 nr.1 e) og art. 40 nr.1 d), og som partene ikke har sagt seg enig i.⁹⁷ Selv om det er unntaksvis at domstolen benytter denne kompetansen, hender det fra tid til annen.⁹⁸ I slike saker er det da domstolen, og ikke partene, som bestemmer hvordan bevisinnsamlingen skal skje. Den aktive dommerrollen henger sammen med EU-domstolens plikt til å sikre ”overholdelse af lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af traktaterne”, jf. Traktaten om den Europeiske Union (TEU) art.19.

En annen begrensning for hvilke faktaspørsmål det kan bli tale om i slike saker, ligger i selve prosedyren etter TEUF art. 258. Kort fortalt består prosedyren av et administrativt stadium og et juridisk stadium. Formålet med den første fasen er å definere saksforholdet med sikte på en eventuell rettssak (den juridiske fasen). Det følger av domstolens faste praksis at sakens gjenstand avgrenses av den administrative prosedyre, noe som betyr at saksanlegget for domstolen må støttes av samme begrunnelse og grunnlag.⁹⁹ Ifølge Prosessreglementet art. 38 nr.1 litra c er domstolen bundet av søksmålsgjenstanden, slik den er angitt i stevningen.¹⁰⁰

Et eksempel på at faktaspørsmål ble avgrenset i den administrative fasen, og at dette ble utslagsgivende for proporsjonalitetsvurderingen, har vi med *Kommisjonen mot Frankrike*.¹⁰¹ Kommisjonen hadde der basert stevningen og den begrunnede uttalelsen hovedsakelig på juridiske betraktninger, og ikke tatt stilling til relevante faktiske forhold. Dette innebar for det første at Kommisjonen ikke kunne høres med at medlemsstaten ikke hadde oppfylt sin bevisbyrde (delvis fordi Kommisjonen selv hadde forsømt sine forpliktelser etter art. 258, men også fordi bevis relaterer seg til fakta, og ikke juss, som saksanlegget var begrenset til). For det andre innebar dette at domstolen ikke hadde tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om Frankrike hadde overskredet grensene for det nødvendige.¹⁰²

Den administrative prosedyren har ikke bare betydning for å definere sakens ramme, den kan også ha betydning for fordelingen av bevisbyrden (både den subjektive og den objektive) i den juridiske fasen. Et eksempel på dette er *Kommisjonen mot Portugal*,¹⁰³ hvor Portugal ble dømt for traktatbrudd for ikke å ha imøtegått Kommisjonens argumenter under den administrative prosedyren. Jeg vil komme tilbake til denne avgjørelsen i neste punkt.

⁹⁷ GA Gand i sak 8/65 Pugliesi p.12.

⁹⁸ Sak C-375/90 Fryste kyllinger, p.23 er et eksempel på at domstolen ber partene skaffe ytterligere dokumentasjon. Enda sjeldnere er det at domstolen undersøker selv, noe jeg ikke har funnet eksempel på.

⁹⁹ Sak C-52/90 Kommisjonen mot Danmark, p.23.

¹⁰⁰ Innenfor det saksforhold som er gitt, står likevel domstolen fritt til å vurdere alle sider, jf. *PLEU* (2006) s.529.

¹⁰¹ Sak C-159/94 Kommisjonen mot Frankrike.

¹⁰² *ibid.* p.101-107. Tilsvarende i sak C-400/08 Kjøpesenter, p.45-47.

¹⁰³ Sak C-438/08 Kommisjonen mot Portugal, p.49, se nedenfor.



4.3.2 Den subjektive bevisbyrden

4.3.2.1 Kravet til egnethet

All den tid egnethetsvurderingen består i å stille en prognose, jf. punkt 3.2, kreves det heller ikke i traktatbruddssaker at medlemsstaten må bevise at tiltaket *faktisk* har vært egnet. Jeg har ikke funnet rettspraksis fra traktatbruddssøksmål. Derimot har vi eksempler fra en annen form for direkte søksmål, nemlig ugyldighetssøksmål etter TEUF art. 263. Som det vil fremgå, mener jeg at sakene kan bidra til å kaste lys over situasjonen i traktatbruddssøksmål.

Schroeder gjaldt gyldigheten av bl.a. Kommissjonens forordning om å innføre minstepris for import av tomatkonsentrat. Domstolen uttalte at lovligheten av en rettsakt ikke avhenger av etterfølgende betraktninger av dens effektivitet, men at det er

”genügt die Feststellung, daß diese Maßnahmen bei ihrem Erlaß nicht als *offensichtlich ungeeignet* zur Verwirklichung des angestrebten Zieles erscheinen”.¹⁰⁴

Det dreide seg nemlig om en komplisert ordning, med flere usikkerhetsfaktorer, og som ifølge domstolen forutsatte et vidt spillerom. Også *Ferriera Padana* gjaldt et ugyldighetssøksmål, nærmere bestemt gyldigheten av Kommissjonens beslutning om å innføre produksjonskvoter.¹⁰⁵ Domstolen konkluderte med at kvoteordningen ikke var uegnet, selv om den syv uker etter iverksettelsen ikke hadde vist seg å ha noen effekt. Videre skriver generaladvokat Fennelly i sin innstilling til et ugyldighetssøksmål at det avgjørende er om lovgiver ”had reasonable grounds” for å vedta tiltaket.¹⁰⁶ I tråd med avgjørelsene ovenfor er det altså vedtakelsestidspunktet som er det avgjørende tidspunkt for egnethetsvurderingen i ugyldighetssøksmål, og tiltaket underkjennes da kun hvis det på det tidspunktet måtte betraktes som ”*offensichtlich*”, altså åpenbart, uegnet.

Spørsmålet blir så om dette også gjelder ved traktatbruddssøksmål. Når det gjelder åpenbarhetskravet, er det tvilsomt om dette kan overføres til traktatbruddssaker, jf. punkt 5.2.2.1 om domstolens varierende prøvingsintensitet. Hva gjelder spørsmålet om hvor sikker medlemsstaten må være på iverksettelsestidspunktet, gjør langt på vei de sammen hensyn seg gjeldende her: Egnethetsvurderingen dreier seg i all hovedsak om å forutsi virkningene av et tiltak, og som i enkelte saker kan være vanskelig, om ikke umulig, jf. punkt 3.2. Virkningene kan enten være vanskelig å påvise, eller de kan endre seg over tid, slik at et opprinnelig uegnet tiltak viser seg senere å være egnet, eller motsatt.

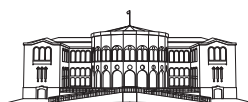
Et eksempel på at medlemsstaten ikke hadde oppfylt sin bevisføringsbyrde for at et tiltak var egnet, har vi med *Kommisjonen mot Italia*.¹⁰⁷ Saken gjaldt rettmessigheten av en lovgivning som ga staten rett til å motsette seg erverv av bestemte aksjeandeler eller inngåelse av aksjonæravtaler mellom aksjonærer med en viss prosentierandel i nærmere angitte selskaper. Domstolen hadde tidligere uttalt at dette kunne være i strid med de frie kapitalbevegelser, og spørsmålet her var om kriteriene som skulle regulere statens kompetanse, var akseptable. Om egnethetskravet uttalte domstolen at medlemsstaten

¹⁰⁴ Sak 40/72 *Schroeder*, p.14 (min kursivering).

¹⁰⁵ Sak 276/80 *Ferriera Padana*.

¹⁰⁶ GA Fennelly i de forente saker C-376/98 og C-74/99 *Imperial Tobacco*, p.159.

¹⁰⁷ Sak C-326/07 *Kommisjonen mot Italia*.



”ikke [har] fremført noget bevis og heller ikke blot et indicium for, at det kan antages, at anvendelsen af de omtvistede kriterier for udøvelsen af indsigelsesrettighederne gør det muligt at nå de opstillede mål.”¹⁰⁸

Da de italienske myndigheter ikke hadde ført noe bevis, kom domstolen ikke uventet til at det ikke var noen sammenheng mellom kriteriene og rettighetene, med andre ord at tiltaket var uegnet.¹⁰⁹ Avgjørelsen illustrerer for så vidt hvor viktig bevisføringsbyrden er for sakens utfall; det nytter ikke å argumentere for at et tiltak er egnet, egnetheten må kunne dokumenteres. Innholdet i bevisføringsbyrden er utførlig beskrevet av domstolen i *Kjøpesenter*, som gjennomgås i neste punkt.

4.3.2.2 Kravet til nødvendighet

Som vi så i punkt 3.3, er ”nødvendig” et bevistema som byr på flere bevisrettslige utfordringer, fordi vurderingen er vanskelig og skjønnspreget, men også fordi den lett kan få et hypotetisk preg over seg. Et stykke på vei synes domstolen å ha tatt høyde for dette, når den har oppstilt en begrensning i innholdet til bevisføringsbyrden (bevisvurderingen). Begrensningen ligger i at det ikke kreves at medlemsstaten ”positivt skal bevise, at ingen anden tænkelig foranstaltning kan gøre det muligt at nå det nævnte formål på de samme vilkår”, jf. *Kjøpesenter*.¹¹⁰

Hva som nærmere ligger i dette, har generaladvokat Sharpston forsøkt å utdype i sitt forslag til avgjørelse i samme sak. Med hensyn til egnethetstesten kreves det ikke, ifølge henne, bevis for at tiltaket er det mest egnede av alle mulige foranstaltninger; kun at det ikke er uegnet for å nå målet. Nødvendighetstesten hevder hun er noe strengere:

”it is necessary to establish that no other measures could have been equally effective but less restrictive of the freedom in question [...] for example by outlining alternative (less restrictive) measures and explaining why they would not satisfactorily attain the objective.”¹¹¹

Hvis dette er riktig, virker det tvilsomt om domstolen overhodet har oppstilt noen begrensning. I tilfelle må det være slik at listen må kunne begrenses til de mest nærliggende, og ikke alle tenkelige, alternativer.

En annen måte å tolke domstolens begrensning på er at den ikke krever *positive* bevis, i betydningen direkte bevis, slik at også indirekte bevis er tilstrekkelig. *Archer Daniels*¹¹² er et eksempel på at indisiebevis ble tillatt av retten. I den saken hadde Kommisjonen bevisføringsbyrden for at det omstridte kartellet hadde betydning for prisutviklingen på det relevante markedet. For å løfte denne bevisføringsbyrden uttalte retten at det var nødvendig å bygge på hypoteser. Vurderingen forutsatte nemlig en sammenligning av situasjonen med og uten kartellet, og vurderingen ”is necessarily based on reasonable probability, which is not precisely quantifiable.”¹¹³ For dette var det tilstrekkelig å “put forward any elements which, together, would constitute a *body of consistent evidence showing with reasonable*

¹⁰⁸ *ibid.* p.49 (min klamme).

¹⁰⁹ *ibid.* p.47.

¹¹⁰ Sak C-400/08 *Kjøpesenter*, p.75.

¹¹¹ GA Sharpston i samme sak, p.89 og 92 (min klamme). Hun skriver “as regards proportionality”, men det fremgår av sammenhengen at hun drøfter nødvendighetstesten.

¹¹² Sak T-59/02 *Archer Daniels*.

¹¹³ *ibid.* p.159.



probability.”¹¹⁴ Rettens uttalelser her har langt på vei overføringsverdi for nødvendighetsvurderingen under proporsjonalitetsprinsippet, da også denne vurderingen må bli noe hypotetisk. Følger vi rettens resonnement her, er indisier tilstrekkelig for å løfte medlemsstatens bevisføringsbyrde. For så vidt tilfører ikke domstolens begrensning i *Kjøpesenter* noe nytt.

Uansett hva en skulle mene om innholdet i begrensningen domstolen har oppstilt, viser *Kjøpesenter* også at bevisføringsbyrdens utstrekning har en side til graden av inngrep som gjøres i den aktuelle frihet. Ett av klagepunktene i saken var om den spanske lovgivningen som begrenset plasseringen av og størrelsen på kjøpesentre utenfor bysonen, kunne begrunnes i miljøhensyn og fysisk planlegging av området.¹¹⁵ Etter å ha vurdert begrensningene under ett kom domstolen til den konklusjon at de ”i væsentlig grad” ville påvirke muligheten til å åpne kjøpesentre i dette området, og at medlemsstaten derfor måtte fremlegge ”en analyse af egnetheden og forholdsmæssigheden” samt ”præcise oplysninger” for å underbygge dens argumentasjon.¹¹⁶ Ved å kreve en analyse, og i tillegg presise opplysninger, legger domstolen en nokså streng bevisføringsbyrde på medlemsstaten, og som vi ser, henger dette sammen med at det dreier seg om en ”væsentlig” begrensning for etableringsfriheten. Vi ser også sammenhengen mellom den subjektive og den objektive bevisbyrden, jf. at bevisene også må ”underbygge dens [medlemsstatens] argumentation” (min klamme).

I *UHT-melk*¹¹⁷ var spørsmålet om Storbritannias lovgivning om krav til importlisens for og særskilt innpakning av UHT-melk (melk behandlet med Ultra Høy Temperatur for å gi lengre holdbarhetstid) var i tråd med TEF art. 30 (nå TEUF art. 36). Storbritannia argumenterte med at kontrollordningen var egnet til å ivareta den offentlige sunnhet, nemlig å kunne identifisere infisert melk og hindre denne i å omsettes. Domstolen fant imidlertid at det ikke var påvist noen skade ved bruk av denne melken, og det forelå da heller ikke behov for noe tiltak.¹¹⁸ I sin begrunnelse uttaler domstolen videre at formålet ville kunne oppnås med alternative og mindre inngripende tiltak (innsamling av nødvendige opplysninger) og uten forhøyede administrative eller økonomiske byrder.¹¹⁹ Videre uttalte domstolen at kravet til importlisens og innpakkingskrav av denne type melk i praksis ”amount to a total prohibition on Imports.”¹²⁰

Nært opp mot et totalforbud ligger en ordning som oppstiller unntak, men hvor unntaksadgangen er underlagt så strenge betingelser at den i praksis ikke blir brukt. I *Kommisjonen mot Tyskland*¹²¹ hadde de tyske myndigheter klassifisert hvitløk kapsler som legemiddel, og ifølge tysk rett krever legemiddelprodukter forutgående tillatelse fra

¹¹⁴ *ibid.* p.201 (min kursivering).

¹¹⁵ Sak C-400/08 *Kjøpesenter*, p.80.

¹¹⁶ *ibid.* p.82-83.

¹¹⁷ Sak 124/81 *UHT-melk*.

¹¹⁸ *ibid.* p.32.

¹¹⁹ *ibid.* p.18. GA Maduro har i sak C-434/04 *Ahokainen* p.25, tolket dette som at en medlemsstat ved det potensielle tiltaket ikke kan pålegges byrder i større utstrekning enn hva det aktuelle tiltaket krever. For ham er spørsmålet altså om medlemsstaten ”ved at anvende en tilsvarende mengde af sine ressourcer på en anden foranstaltning [kan] opnå det samme resultat” (min klamme). Etter min mening er det mer nærliggende å forstå domstolens uttalelse som et tilleggsargument for at det alternative tiltaket er like godt eller bedre egnet, enn at domstolen oppstiller en ny skranke.

¹²⁰ Sak 124/81 *UHT-melk*, p.28.

¹²¹ Sak C-319/05 *Kommisjonen mot Tyskland*



myndighetene for å kunne markedsføres.¹²² I andre land hadde man klassifisert produktet som matvare eller kosttilskudd etter gjeldende direktiv og forordninger, og da uten at produktet måtte gjennomgå samme godkjennelsesprosedyre.¹²³ Spørsmålet for domstolen var om godkjennelsesprosedyren var begrunnet i hensynet til den offentlige sunnhet.

Domstolen tok først utgangspunkt i at medlemsstatenes skjønnsmargin måtte holde seg innenfor rammene av proporsjonalitetsprinsippet, for deretter å drøfte om medlemsstaten hadde klart å godtgjøre dette. Om innholdet i denne bevisbyrden uttalte domstolen at medlemsstaten måtte fremlegge ”en grundig evaluering af den risiko, der påberåbes”.¹²⁴ Ettersom unntaksadgangen var undergitt ”en særlig streng procedure”,¹²⁵ var det ikke tilstrekkelig at evalueringen knyttet seg til risikobetraktninger forbundet med hvitløk generelt eller ved inntak under spesielle omstendigheter; evalueringen måtte relateres konkret til kapslene og deres normale bruksområde. I den forbindelse viste domstolen til generaladvokatens forslag til avgjørelse, og som det der står, er ”den pågældende medlemsstats begrundelsesbyrde så meget desto tungere, desto højere de retlige og faktiske krav er til forhandlingen af produkterne.”¹²⁶ Tatt i betraktning de høye krav til begrunnelse som er pålagt medlemsstaten, fant også generaladvokaten at Tyskland hadde tilsidesatt sine forpliktelser etter TEF art. 28 og art. 30 (nå TEUF art. 34 og art. 36).

En nærliggende slutning etter å ha lest avgjørelsene ovenfor er at medlemsstaten har en tyngre byrde å løfte (både bevisføringsbyrde og overbevisningsbyrde) for absolutte forbud enn der hvor forbudet åpner for en realistisk unntaksadgang. I *Tilhenger*¹²⁷ hadde Italia oppstilt et generelt og absolutt forbud mot bruk av tilhengere bak motorsykler; generelt i den forstand at det gjaldt alle områder i hele Italia, og absolutt i den forstand at det ikke var rom for unntak basert på individuelle vurderinger. Myndighetene mente dette var nødvendig av hensyn til trafikksikkerheten. Et sentralt moment i vurderingen var om det fantes alternative virkemidler med mindre skadevirkninger for den frie bevegelse. Generaladvokaten mente at forbudet kunne begrenses til områder og/eller veistrekninger som måtte betraktes som farlige, og at myndighetene ”før de vedtog en så indgribende foranstaltning som et generelt og absolut forbud, var forpligtede til indgående at undersøge muligheden” for mindre inngripende alternativer. Generaladvokaten fant, basert på at slike undersøkelser ikke ble tatt, og at det derfor manglet ”noget konkret bevis”, at Italia hadde tilsidesatt sine traktatfestede forpliktelser.¹²⁸

EU-domstolen var enig i at det kunne foreligge mindre inngripende alternativer, men konkluderte likevel med at forbudet var begrunnet. Domstolens første begrunnelse var at en medlemsstat må ha mulighet til å vedta ”almene og simple regler, som førerne let kan forstå og anvende, og som de kompetente myndigheter nemt kan forvalte og håndhæve”.¹²⁹ Allerede før

¹²² *ibid.* p.81.

¹²³ *ibid.* p.84.

¹²⁴ *ibid.* p.91.

¹²⁵ *ibid.* p.94 og GA Trstenjak sitt forslag til avgjørelse i samme sak, p.78.

¹²⁶ GA Trstenjak i samme sak, p.75. Hun taler om begrunnelsesbyrde, men uttalelsen gjelder formodentlig også bevisføringsbyrden, ettersom det er dokumentene fremlagt av medlemsstaten hun analyserer.

¹²⁷ Sak C-110/05 *Tilhenger*.

¹²⁸ GA Bot i samme sak, p. 169-171.

¹²⁹ Sak C-110/05 *Tilhenger*, p.67. Gjentatt i sak C-137/09 *Josemans*, p.82.



disse avgjørelsene antydte *Fenger* at myndighetene ikke er forpliktet til å ta individuelle omstendigheter hos de enkelte borgere i betraktning når de skal utstede generelle regler, og videre at "[d]omstolen aksepterer således en vis generalisering for ikke å lamme den fællesskabsrettlige regeldannelse."¹³⁰ Domstolens andre begrunnelse for at tiltaket var nødvendig, var at de alternative tiltakene ikke ville holde trafikksikkerheten på samme beskyttelsesnivå som myndighetene tilstrebet. Og ettersom medlemsstatene er innrømmet skjønnsmargin på dette feltet, måtte ordningen anses for begrunnet.¹³¹ Igjen, slik som i *Apothekerkammer*, ser vi at medlemsstatens skjønnsmargin er nok (eller i alle fall bidrar) til å begrunne at bevisføringsbyrden er oppfylt, og at det blir opp til motparten å føre motbevis. Etter min mening kan domstolens bevisrettslige grep best forstås som at den anvender *prima facie* bevis for å gjøre medlemsstatens bevisføringsbyrde lettere å oppfylle, altså som beviskravsløstelse.

Mens *Tilhenger* er et eksempel på at domstolen aksepterer generelle og absolutte regler, er *Kommisjonen mot Italia*¹³² et eksempel på det motsatte. Fakta i saken er angitt i punkt 4.3.2.1. Domstolen kom der til at selv om lovgivningen som begrenset statens kompetanse til å motsette seg visse aksjeerverv, rettet seg mot allmenne interesser av forskjellig type – slik som forsyninger på energiområdet, forsyning av varer av vesentlig samfunnsmessig betydning, det nasjonale forsvar og lignende – fant domstolen at de var for "generelt og upræcist formulert".¹³³ Etter domstolens oppfatning var kriteriene så skjønnsmessige at det hersket usikkerhet omkring når staten faktisk kunne utøve sin kompetanse. Domstolen kunne nemlig ikke være sikker på at utøvelsen av de statlige beføyelsene alltid ville skje i overensstemmelse med fellesskapsrettens krav, når statens skjønnsmargin var så generell og abstrakt av karakter.

4.3.2.3 Oppsummering

Som vi har sett, varierer det fra sak til sak hvordan domstolen velger å gå frem i vurderingen av om medlemsstaten har løftet sin bevisføringsbyrde. Grovt sett kan vi skissere tre typetilfeller. For det første har vi avgjørelser som *UHT-melk*,¹³⁴ hvor domstolen holder på utgangspunktet om at medlemsstaten har bevisføringsbyrden, og vurderer om denne er oppfylt (den klassiske fordelingen og vurderingen av bevisføringsbyrden).

I andre saker, som *Tilhenger*, synes domstolen fremdeles å holde på dette utgangspunktet, men finner bevisføringsbyrden oppfylt uten noen bevisføring i ordets rette forstand, og uten noen form for argumentasjon. I slike saker later det til at bevisføringsbyrden løftes *i og med* manglende fellesskapsbestemmelser på området, altså under henvisning til medlemsstatenes skjønn ved valg av beskyttelsesnivå. En nærliggende betegnelse på domstolens bevisrettslige grep er at den anvender *prima facie* bevis som beviskravsløstelse, altså at domstolen presumerer at tiltaket er i tråd med fellesskapsretten, uten holdepunkter for det motsatte.

¹³⁰ Fenger (2004) s.639.

¹³¹ Sak C-110/05 *Tilhenger*, p.68.

¹³² Sak C-326/07 *Kommisjonen mot Italia*.

¹³³ *ibid.* p.52.

¹³⁴ Sak 124/81 *UHT-melk*.



I den tredje typekategorien har vi saker hvor det tilsynelatende ser ut til at utgangspunktet er snudd; nemlig at det er opp til Kommissjonen å påvise forholdsmessigheten av et tiltak. Strengt tatt er det likevel ikke tale om å snu bevisføringsbyrden, men at man befinner seg på et annet stadium i prosessen, nemlig i den administrative (formelle) fasen. I den administrative fasen har Kommissjonen bevisbyrden for at det *prima facie* foreligger traktatbrudd. Et eksempel på den tredje typekategori har vi med *Kommissjonen mot Frankrike*.¹³⁵

4.3.3 Den objektive bevisbyrden

4.3.3.1 Forholdet mellom den objektive og den subjektive bevisbyrden

Som nevnt i punkt 4.1 påhviler det medlemsstaten også å løfte den objektive bevisbyrden. Som generaladvokat Slynn så riktig har sagt, følger det av “a principle of law recognized in all Member States, that the *legal burden* of proving the facts essential to an assertion normally lies on the party advancing it”.¹³⁶

For å løfte den objektive bevisbyrden er det nødvendig for domstolen å vurdere bevisene som partene legger frem. Selv om alle tilgjengelige bevis skulle bli fremlagt og medlemsstaten har oppfylt den subjektive bevisbyrden, er dette ingen garanti for at domstolen er overbevist om saken som sådan. Det kan f.eks. være at bevismidlene går i ulik retning, eller at det hefter usikkerhet ved bevisverdien av andre grunner. Det holder altså ikke bare å fremføre tilstrekkelige bevis, det må fremlegges “adequate *legal proof* of the facts and evaluations”.¹³⁷

Det er en nær sammenheng mellom en subjektiv og en objektiv bevisbyrde. I mange saker er det slik at drøftelsene faller sammen, slik at medlemsstaten ved én og samme handling løfter begge byrdene. For å gjøre dette må medlemsstaten “fremlægge præcise oplysninger, der kan underbygge dens argumentation”.¹³⁸ Fremlegger medlemsstaten bevis for et faktum og dette underbygges av en konkret og overbevisende argumentasjon, vil følgelig medlemsstaten vinne frem med at proporsjonalitetsprinsippet er oppfylt (under forutsetning av at Kommissjonen ikke fremlegger motbevis som sår tvil om riktigheten av medlemsstatens påstand). Dersom det ikke finnes slik presis dokumentasjon for medlemsstaten å legge frem, har domstolen i noen saker også akseptert et tiltak på bakgrunn av indisier eller logisk argumentasjon fra medlemsstaten.¹³⁹ I slike tilfeller vil den objektive og den subjektive bevisbyrden lett gli over i hverandre, og det får mindre betydning å skille mellom dem (med mindre Kommissjonen skulle klare å fremlegge tilstrekkelige motbevis). Et eksempel på at den subjektive og den objektive bevisbyrde faller sammen, har vi med *Kommissjonen mot Østerrike*.¹⁴⁰ Domstolen uttalte der at myndighetene

¹³⁵ Sak C-159/94 Kommissjonen mot Frankrike. Et annet eksempel er sak C-375/90 Fryste kyllinger, se nedenfor.

¹³⁶ GA Slynn i forente saker 100 til 103/80 Musique, p.1930 (min kursivering).

¹³⁷ Sak 27/76 Chiquita Bananas, p.267 (min kursivering). Domstolen viser her uttrykkelig at vurderingen knytter seg til den objektive, legale bevisbyrden.

¹³⁸ Sak C-400/08 Kjøpesenter, p.83.

¹³⁹ Se f.eks. sak C-254/05 Kommissjonen mot Belgia, p.36 om at medlemsstatens påstand skal “ledsages af de nødvendige beviser eller af en gennemgang af, hvorvidt den restriktive foranstaltning, som medlemsstaten har truffet, er egnet og forholdsmæssig, samt af præcise oplysninger, der kan underbygge medlemsstatens argumentation” (min kursivering).

¹⁴⁰ Sak C-10/10 Kommissjonen mot Østerrike.



”nichts dafür vorgebracht hat, dass das von ihr auf diesem Gebiet verfolgte Ziel ohne die streitige Bestimmung nicht verwirklicht werden kann, und zwar auch nicht mit Mitteln, die [...] weniger einschränkt”.¹⁴¹

Da de østerrikske myndighetene ikke hadde fremlagt noen dokumentasjon på at tiltaket var nødvendig, konkluderte domstolen ikke overraskende med at den ikke var overbevist. Myndighetene hadde riktignok argumentert for sitt syn, men disse synspunktene var for generelle til at domstolen fant dem overbevisende.

4.3.3.2 Objektiv bevisbyrde v. snudd bevisføringsbyrde

Begrepet ”omvendt bevisbyrde” betyr at den objektive bevisbyrden snus. Situasjonen blir altså det motsatte av hva bevistemaet forutsetter. Dette er noe annet enn at den subjektive bevisbyrden snus, løftes, flyttes eller lignende.¹⁴² Som vi har sett, hender det fra tid til annen at domstolen finner bevisføringsbyrden oppfylt alene under henvisning til medlemsstatens valg av beskyttelsesnivå. Slike saker kan minne om en situasjon for omvendt bevisbyrde, i og med at utgangspunktet for bevisbyrdefordelingen snus uten at det egentlig er ført noe bevis eller noen argumentasjon.¹⁴³ Jeg vil nå gi tre eksempler på dette.

Et første eksempel er *Fryste kyllinger*.¹⁴⁴ I den saken påberopte Hellas TEUF art. 36 for å begrunne forbud mot import av fryste kyllinger fra Frankrike etter at det hadde blitt påvist salmonellabakterier på overflaten av kyllingene. Ettersom fellesskapslovgiver ikke hadde vedtatt harmoniseringsbestemmelser og det ikke med sikkerhet kunne fastslås om salmonella på kyllingskinn innebar at også kjøttet var smittet, tilkom det medlemsstaten å velge hvilket beskyttelsesnivå den ville legge seg på. At Kommisjonen hadde innvendinger mot de virkemidler som ble brukt (metoden for å kontrollere skinn og muskelvev på fjærkre), herunder at det fantes mindre restriktive tiltak (varmebehandling og høyere temperatur), måtte Kommisjonen selv bære konsekvensene av ikke å kunne påvise.¹⁴⁵

Domstolens konklusjon er neppe overraskende, all den tid hensynet til menneskers liv og sunnhet står øverst blant de goder og interesser som traktaten beskytter.¹⁴⁶ I en slik situasjon kan det være at domstolen viker tilbake for å sette sine vurderinger ut over sakkyndige vurderinger. Selv om det er lite å utsette på konklusjonen, kan en med rette sette spørsmålsteget ved domstolens fremgangsmåte. Situasjonen var altså den at det ikke var medlemsstaten som skulle bevise at ordningen var nødvendig, men Kommisjonen som skulle bevise at ordningen var unødvendig. Dette kan virke underlig, i og med at utgangspunktet nettopp er at det er medlemsstaten som har bevisbyrden. Forklaringen på domstolens fremgangsmåte kan finnes i et av to scenarioer: En første forklaring kan være at det domstolen drøfter, er Kommisjonens

¹⁴¹ ibid. p.38. I den danske versjonen står det at myndighetene ”ikke har fremført noget argument som bevis for”, at tiltaket er nødvendig. Det kan virke kunstig å tale om argument som et bevis, da argument er noe normativt, mens bevis er – eller i alle fall er ment å være – deskriptivt. Den tyske (original)versjonen er for så vidt mer treffende.

¹⁴² Tilsvarende GA Kokott i sak C-105/04 P Nederlandse Federatieve Vereniging, p.74, siste setning.

¹⁴³ Se også sak C-110/05 Tilhenger, drøftet ovenfor.

¹⁴⁴ Sak C-375/90 Fryste kyllinger.

¹⁴⁵ ibid. p.19-25.

¹⁴⁶ Se forente saker C-171/07 og C-172/07 Apothekerkammer, p.19.



bevisbyrde under den administrative fasen av art. 258.¹⁴⁷ En annen måte å se dette på – og som etter min mening er den mest naturlige her – er at medlemsstatens bevisføringsbyrde ble snudd, ved at domstolen, i mangel av motforestillinger, presumerte at tiltaket var i tråd med proporsjonalitetsprinsippet. Begrunnelsen for å lempe på *prima facie* beviskravet er jo nettopp at medlemsstaten har skjønnsfrihet på dette området.¹⁴⁸

Et annet eksempel som kan minne om en omvendt bevisbyrdesituasjon, er *Tilhenger*, drøftet i punkt 4.3.2.2. Formodentlig er det på dette grunnlag at *Oliver* kritiserer avgjørelsen når han mener at

”the Court, while paying lip-service to this case law, in fact departed from it and ruled the contested measure to be *justified despite the absence of any cogent evidence* from the defendant Member State. Even though this judgment was delivered by the Grand Chamber, it is hard to believe that the Court intended to *reverse its consistent case law*, which goes hand in hand with the principle that Article 36 is to be treated as an exception to a fundamental rule of Union Law [...] In any case, if the Court were to reverse the principle whereby the burden of proving justification is borne by the Member State, that would be highly regrettable.”¹⁴⁹

For å begynne med det første, nemlig at tiltaket ble ansett begrunnet uten ”cogent evidence”, så er det riktig at domstolen normalt krever klare bevis.¹⁵⁰ Men som fremstillingen har vist, har bevisbyrden i andre saker blitt løftet også i mangel av dette.

Når det gjelder forfatterens andre påstand – at domstolen gjør avvik fra fast rettspraksis om at medlemsstaten har bevisbyrden for å begrunne et unntak – springer dette argumentet etter min mening ut fra en misforståelse om innholdet i begrepet bevisbyrde. Det forfatteren synes å mistenke domstolen for å gjøre, er å oppstille en regel om at det er Kommisjonen som har den objektive bevisbyrden for at et tiltak er proporsjonalt, altså en omvendt bevisbyrde. Er det dette han mener – og for meg er det vanskelig å tolke utsagnet annerledes, all den tid det er et kjent fenomen at bevisføringsbyrden løper frem og tilbake underveis i prosessen – er det heller ikke rart han reagerer, da dette går imot bevisbyrdelærens grunnsetninger. Det som skjedde, var at domstolen fant medlemsstatens *bevisføringsbyrde* (ikke overbevisningsbyrde) oppfylt – uten at noen egentlig bevisføring fant sted – og at byrden ble flyttet over på Kommisjonen. Da Kommisjonen ikke greide å påvise mindre restriktive tiltak som ville gitt samme beskyttelsesnivå som det den italienske regjering ønsket, konkluderte domstolen med at forbudet var begrunnet. Høyesteretts uttalelse i *Pedicel* er noe klarere på dette punkt:

”Etter mitt syn følger det videre allerede av at den enkelte stat bestemmer beskyttelsesnivået, og at et virkemiddel anses egnet, at *bevisføringsplikten* må snus i forhold til alternative virkemidler som ikke kvalitativt, men bare kvantitativt atskiller seg fra det virkemiddel som er tatt i bruk.”¹⁵¹

Som i *Pedicel* synes også EU-domstolen i *Fryste kyllinger* å snu bevisføringsbyrden, da det påståtte alternativ – nemlig å begrense forbudet til farlige veistrekninger – innebar en kvantitativ begrensning som ville influere på beskyttelsesnivået. Som avgjørelsene fra EU-

¹⁴⁷ Domstolen drøfter denne problemstillingen bl.a. i sak C-400/08 *Kjøpesenter*, p.45.

¹⁴⁸ I denne retning, se sak C-375/90 *Fryste kyllinger* p.19-20.

¹⁴⁹ *Oliver* (2010) s.221-222 (mine kursiveringer og min klamme).

¹⁵⁰ F.eks. sak C-161/07 *Kommisjonen mot Østerrike*, p.36 om krav til ”genaue Tatsachen zur Stützung seines Vorbringens” (fritt oversatt: nøyaktige fakta til støtte for sine argumenter) og C-297/05 *Kommisjonen mot Nederland*, p.78 ”konkret [...] påvist” (min klamme).

¹⁵¹ Rt 2009 839 *Pedicel*, p.53 (min kursivering).



domstolen har vist, er det imidlertid ikke alltid at domstolen anvender et slikt lempet beviskrav, altså at bevisføringsbyrden snus alene av den grunn at medlemsstaten nyter skjønnsmargin ved valg av beskyttelsesnivå.

At det hersker misforståelser rundt forholdet mellom omvendt bevisbyrde og snudd bevisføringsbyrde, kan også illustreres med et tredje eksempel, nemlig *Archer Daniels*.¹⁵² Det dreide seg der om en ankesak i konkurranseretten. Det ankende selskap anførte fire ankegrunner for at rettens avgjørelse var uriktig, hvorav dets andre ankegrunn var at retten hadde ”unlawfully reversed the burden of proof”.¹⁵³ Ifølge selskapet var det Kommisjonen som hadde bevisbyrden for at det aktuelle kartellet hadde innvirkning på markedet, herunder prisreguleringen, og ikke selskapet selv. Om dette uttalte domstolen at Kommisjonen, ved å fremlegge en vurdering, hadde løftet sin bevisbyrde, og at det var opp til selskapet å tilbakevise denne vurderingen.¹⁵⁴ Som retten fant domstolen at

”the mere assertion by ADM [...] was not in itself sufficient to demonstrate that [...] the infringement at issue would not have had any impact on that market.”¹⁵⁵

Som generaladvokat Trstenjak er jeg enig i at begrepet bevisbyrde, slik det ble forstått av selskapet Archer Daniels, er ”zu kurz und ist irreführend.”¹⁵⁶ Den riktige forståelsen av bevisbyrden her er, ifølge henne, en prosessuell plikt til å fremlegge bevis og å begrunne forhold. Og et underbygget innlegg fra Kommisjonen kan kun imøtegås ved et minst like velunderbygget innlegg fra selskapet.¹⁵⁷

4.4 Oppsummering

Å ta stilling til bevisspørsmål er aktuelt både i prejudisielle saker og i traktatbruddssaker, og som vi har sett, legger valg av prosessform føringer på hvilken betydning bevisbyrden faktisk har. Slik jeg ser det, ligger den største bevisrettslige forskjellen mellom prosessformene i at domstolen i et traktatbruddssøksmål også må forholde seg til den administrative prosedyren i TEUF art. 258. Dette bidrar til å komplisere leserens – og for så vidt også partenes – forståelse for hvorfor domstolen ”snur” bevisføringsbyrden i slike saker (strengt tatt snur den ikke; Kommisjonen har ikke klart å løfte dens bevisbyrde under den administrative prosedyren).

For begge prosessformene ligger det en – i alle fall begrepsmessig – utfordring i at domstolen iblant finner bevisføringsbyrden oppfylt uten noen egentlig bevisføring i ordets rette mening, men alene under henvisning til medlemsstatens frihet til å bestemme beskyttelsesnivå. Jeg har kalt dette bevisrettslige grepet for å anvende et *prima facie* beviskrav.

Gjennomgangen av avgjørelsene ovenfor viser at bevisføringsbyrden er en viktig – og iblant helt avgjørende – faktor for bedømmelsen av om proporsjonalitetsprinsippet er oppfylt. For å

¹⁵² Sak C-510/06 P Archer Daniels.

¹⁵³ *ibid.* p.93.

¹⁵⁴ *ibid.* p.101-102.

¹⁵⁵ *ibid.* p.97 (mine klammer).

¹⁵⁶ GA Trstenjak i samme sak, p.143.

¹⁵⁷ *ibid.* p.144-145.



imøtekomme et krevende bevistema har vi sett at domstolen kan velge mellom å formulere et bevistema som er enklere å imøtekomme, å oppstille begrensninger i bevisvurderingen,¹⁵⁸ å tillate indisiebevis og/eller logiske argumenter i stedet for direkte bevis, og at domstolen kan anvende et lempet beviskrav (*prima facie* bevis som beviskravslettelse) i noen tilfeller.

5. BEVISKRAV

5.1 Innledning

Problemstillingen her er om det av EU-domstolens rettspraksis kan utledes noen *generell standard for hvor mye som kreves* for at proporsjonalitetsprinsippet anses oppfylt. Dette spørsmålet må holdes atskilt fra spørsmålet om hvordan domstolen konkret vurderer bevisene i den enkelte sak, altså bevisvurderingen. Skillet mellom beviskrav og bevisvurdering er viktig, da domstolen normalt er bundet av beviskravet, mens bevisvurderingen i utgangspunktet er fri.¹⁵⁹ På den annen side er det også en nær sammenheng mellom disse spørsmålene, jf. nedenfor.

Etter min mening er det viktig at domstolen tar stilling til hvilket beviskrav som gjelder på det enkelte rettsområde. Noen land har valgt ikke å operere med beviskrav, men lar spørsmålet fullt ut bero på sakens omstendigheter.¹⁶⁰ En fordel med denne ordningen er naturligvis den fleksibiliteten den gir for domstolen. På den annen side står argumentet om at like tilfeller bør behandles likt. Dette innebærer at utfallet i en sak ikke fullt ut skal bero på den konkrete bevisvurdering, men at den skal støtte seg til visse objektive holdepunkter.¹⁶¹ Med andre ord vil et beviskrav kunne bidra til at partene – så langt det lar seg gjøre – har mulighet til å forutsi sin rettsstilling.¹⁶² Lasok støtter dette synet når han generelt uttaler at "[f]or reasons of legal certainty it would probably be better if the Court identified one standard of proof."¹⁶³

Tradisjonelt inndeles beviskrav i nivå etter hva som kreves. De fleste land opererer med to utgangspunkter; alminnelig sannsynlighetsovervekt ("preponderance of evidence") i sivile saker og utover enhver rimelig tvil ("beyond a reasonable doubt") i straffesaker.¹⁶⁴ I norsk sivilprosess har man i noen tilfeller krevd kvalifisert sannsynlighetsovervekt, som i styrkegrad ligger mellom de to andre beviskravene.¹⁶⁵ Det internasjonale motsvaret har vi med kravet til påtagelig bevis ("clear and convincing evidence"), som det er vanlig å operere med, bl.a. i amerikansk rett.¹⁶⁶ Det laveste beviskravet er *prima facie* bevis som beviskravslettelse, et beviskrav som har blitt mer eller mindre vanlig i internasjonale domstoler. Det er altså et hav av

¹⁵⁸ Slik som at medlemsstaten ikke "positivt skal bevise, at ingen anden tænkelig foranstaltning kan gøre det mulig at nå det nævnte formål på de samme vilkår", jf. sak C-400/08 Kjøpesenter, p.75.

¹⁵⁹ Dette kommer av at beviskrav, i motsetning til den konkrete bevisvurderingen, reguleres av rettsregler. Se GA Kokott i sak C-413/06 P Bertelsmann, p.56 om beviskrav og Lasok (1994) s.420 om fri bevisvurdering.

¹⁶⁰ Slik som Danmark, se Strandberg (2005) s.63 og Gomard (2007) s.567.

¹⁶¹ Craig (2006) s.470. Dette betyr likevel ikke at beviskravet til en viss grad kan være relativt.

¹⁶² Bailey (2003) s.845. Om likhetsargumenter, se Strandberg (2010) s.155-161.

¹⁶³ Lasok (1994) s.431 (min klamme). Kokott (1998) s.27 om situasjonen for EMD.

¹⁶⁴ Strandberg (2005) s.86 og Kokott (1998) s.126-135. Tyskland og Sverige har kun ett normalkrav uavhengig av sakstype, henholdsvis "die Wahrheitsüberzeugung" og "styrkt", jf. Kokott (1998) s.18 og Strandberg (2010) s.67, og 74. Kravene ligger nært opp til det vi i norsk rett kaller kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

¹⁶⁵ F.eks. Rt 2008 1409 Tilleggsskatt, p.42.

¹⁶⁶ Strandberg (2010) s.86 og Kokott (1998) s.20.



alternativer for domstolen å velge mellom, eller, som *Lasok* skrev, det er ”a pot pourri of national standards”.¹⁶⁷ Bildet kompliseres ytterligere av at landene i tillegg opererer med ulike sannsynlighetsgrader innenfor det enkelte beviskrav.¹⁶⁸

5.2 EU-domstolens beviskrav

5.2.1 Beviskravet de lege lata

En vurdering av EU-domstolens valg av beviskrav forutsetter naturligvis en analyse av rettspraksis. Så langt jeg har kunnet se, uttrykker ikke EU-domstolen seg ved å bruke beviskravstandardene ovenfor, men nøyer seg i stedet med å uttale at medlemsstaten må ”godtgøre”, ”påvise” eller ”bevise” at det aktuelle tiltaket er proporsjonalt.¹⁶⁹ Hvilke beviskrav domstolen med dette sikter til, er et tolknings spørsmål.¹⁷⁰ Oppgaven blir å henføre disse begrepene til den kategori av beviskrav som passer. Det sier seg selv at det kun er mulig å trekke hypoteser her; hvilke avveininger den enkelte dommer foretar i sitt stille sinn, er det vanskelig å si noe sikkert om. Heller ikke kan en med sikkerhet si at ordene domstolen har brukt, er veid på gullvekt.¹⁷¹ I teorien synes det likevel å være enighet om at det er ett beviskrav som dukker opp oftere enn andre, nemlig kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt. (overvektsprinsippet).¹⁷²

I tråd med EU-domstolens rettspraksis legger jeg til grunn at ”godtgøre”, ”påvise” og ”bevise” er synonyme begreper.¹⁷³ I norsk rett forstås begrepet ”godtgjøre” som et krav til mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹⁷⁴ Det svenske motsvaret for å godtgjøre, bevise eller påvise er ”visa”/”styrka”,¹⁷⁵ og som nevnt er dette strengere enn sannsynlighetsovervekt. Tilsvarende ligger det tyske normalkravet, die Wahrheitsüberzeugung (overbevisning), et sted over kravet til sannsynlighetsovervekt. I *Tysk flodkreps* synes domstolen å finne overbevisningskravet avgjørende, når den uttalte at myndighetene ”ikke på overbevisende måte [har] godtgjort” at tiltaket var egnet.¹⁷⁶ Om domstolen med dette mener at beviskravet ligger et sted mellom sannsynlighetsovervekt og utover enhver rimelig tvil – slik tysk rett legger i overbevisningskravet – er likevel ikke godt å si. Ifølge *Strandberg* svarer det tyske og det

¹⁶⁷ *Lasok* (1994) s.431.

¹⁶⁸ Sannsynlighetsgrader er, som navnet sier, graderinger innenfor det enkelte beviskrav. *Skoghøy* (2001) s.674 mener vi har fem sannsynlighetsgrader: sikkert (”sikkert”), åpenbart (”uppenbart”), godtgjort (”styrkt”/”visat”), sannsynlig (”sannolikt”) og mulig (”antagligt”).

¹⁶⁹ Se sak C-434/04 *Ahokainen*, p.31 ”godtgøre”, C-14/02 *ATRAL*, p.69 ”påvise” og sak C-110/05 *Tilhenger*, p.66 ”bevise”. Også internasjonale domstoler generelt er lite villige til å la seg ”binde” av beviskravstandarder, jf. *Kazazi* (1996) s.350-352.

¹⁷⁰ Samme tilnærming har Høyesterett, jf. Rt 2008 1409 *Tilleggsskatt* p.80.

¹⁷¹ Hentet fra *Hov* (1994) s.434.

¹⁷² *Kazazi* (1996) s.377 om internasjonale domstoler generelt og *Christoffersen* (2009) s.176 om EMD. *Lasok* (1994) s.431 synes å foretrekke denne som beviskravstandard for EU-domstolen.

¹⁷³ Se f.eks. sak C-434/01 *Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland*, p.21 sml. p.22.

¹⁷⁴ Rt 2000 845, s.848 med videre henvisninger. Som påpekt av *Robberstad* (2009) s.250, forstås ”godtgjør” i tvfl. § 14-14 derimot som alminnelig sannsynlighetsovervekt, se dommens s.848. *Skoghøy* (2001) s.674 mener på sin side at ”godtgjort” betyr kvalifisert sannsynlighetsovervekt, og at det ligger et sted mellom ”sannsynlig” (alminnelig sannsynlighetsovervekt) og ”åpenbart” (tilnærmet sikkert). Begrepets betydning kan altså variere.

¹⁷⁵ F.eks. sak C-434/04 *Ahokainen*, p.31 (”visa”), sak C-110/05 *Tilhenger*, p.66 (”visa”) og C-14/02 *ATRAL*, p.69 (”styrka”).

¹⁷⁶ Sak C-131/93 *Tysk flodkreps*, p.26 (min tilføyelse). Tilsvarende i sak C-315/99 *P Ismeri*, p.19.



svenske beviskravet i hovedsak til det amerikanske beviskravet påtagelig bevis ("clear and convincing evidence").¹⁷⁷ Dette kan danne grunnlag for å hevde at domstolen bruker et strengt beviskrav.

Også Kommisjonen ser ut til å måtte imøtekomme et nokså strengt beviskrav når den skal påvise traktatbrudd i den administrative fasen i TEUF art. 258. Strengt tatt faller det utenfor temaet her å drøfte Kommisjonens bevisbyrde, men etter min mening kan en sammenligning av situasjonene gi nyttige bidrag til kartleggingen av beviskravet her. Det sentrale for den administrative fasen i art. 258 er at Kommisjonen fremlegger tilstrekkelig dokumentasjon på riktigheten av sin påstand om traktatbrudd, slik at domstolen skal fremme saken til realitetsbehandling. På bakgrunn av at det der dreier seg om et *prima facie* beviskrav, skulle en kanskje tro at beviskravet var lempeligere enn hva som kreves i den juridiske fasen.¹⁷⁸ Avgjørelser hvor domstolen krever at Kommisjonen fremlegger "avgjørende bevis",¹⁷⁹ vitner likevel om at det ikke er en enkel sak for Kommisjonen å påvise traktatbrudd, og trekker i retning av at beviskravet også her ligger over overvektsprinsippet. Etter min mening er dette indikasjon på at domstolen i det hele tatt anlegger et nokså strengt beviskrav for vurderingen av om et forhold er i strid med fellesskapsretten.

For å oppsummere: Når vi holder domstolens uttrykksmåte opp mot bevisstandarder og beviskravsformuleringer i andre medlemsstater, kan det se ut til at EU-domstolens beviskrav ved prøvingen av proporsjonalitetsprinsippet ligger et sted over alminnelig sannsynlighetsovervekt, og at det kan ligne kravet til kvalifisert sannsynlighet/kravet til påtagelig bevis. Dersom vi legger til grunn at det *de lege lata* er riktig, at domstolen krever påtagelige bevis for at medlemsstaten skal bevise at tiltaket er begrunnet, kan vi spørre hvordan dette stiller seg *de lege ferenda*.

5.2.2 Beviskravet *de lege ferenda*: grunn til å fravike overvektsprinsippet?

5.2.2.1 Komparativ analyse

Fra mitt ståsted er det hensiktsmessig å begynne med et utgangspunkt om sannsynlighetsovervekt i alle saker for EU-domstolen, men med mulighet for opp- eller nedjustering hvor særlige grunner taler for det.¹⁸⁰ Som nevnt ovenfor er dette også det beviskravet som er antatt å bli brukt oftest av internasjonale domstoler (utenfor straffesaker). Begrunnelsen for overvektsprinsippet er nettopp at det antas å føre til flest materielt riktige avgjørelser.¹⁸¹ For å sette problemstillingen i perspektiv – altså spørsmålet om det bør være slik at EU-domstolen bruker et høyt beviskrav ved prøvingen av proporsjonalitetsprinsippet– vil jeg

¹⁷⁷ Strandberg (2010) s.113.

¹⁷⁸ Slik var det i alle fall i sak 6/54 Nederland mot Den høye myndighet, s.115, hvor domstolen i et ugyldighetssøksmål uttalte at det ikke kreves "full proof in advance", og at det er tilstrekkelig at påstanden er "supported by appropriate evidence". Se Strandberg (2010) s.83 om *prima facie* bevis som beviskravslettelse i tysk rett og Christoffersen (2009) s.176 om bevissituasjonen for EMD.

¹⁷⁹ Sak C-105/08 Kommisjonen mot Portugal, p.30.

¹⁸⁰ Mitt ståsted påvirkes nok av at dette også er det alminnelige beviskravet i norsk sivilprosess, jf. Robberstad (2009) s.248. Lasok (1994) s.431 synes også å foretrekke denne beviskravstandarden.

¹⁸¹ Robberstad (2009) s.11 og 253.



nå ta for meg EU-domstolens beviskrav i andre saker. Utgangspunktet for meg er som nevnt overvektsprinsippet, altså at det mest sannsynlige alternativ legges til grunn.

I *Miller*, for å ta et eksempel fra et ugyldighetssøksmål (jf. TEUF art. 263), la domstolen listen på det høyeste plan, ved å stille krav om ”beyond reasonable doubt”.¹⁸² At domstolen opererer med et høyt beviskrav i slike saker, er ikke så overraskende når vi ser på et annet, men beslektet emne, nemlig hvilken terskel domstolen legger sin prøvingsintensitet på.¹⁸³ Når domstolen skal prøve om et tiltak er nødvendig, som jo er den testen som dominerer i rettspraksis, opererer den normalt med ”the less restrictive alternative test”, jf. punkt 3.3. Testen domstolen opererer med i ugyldighetssøksmål, er derimot ”manifestly inappropriate”¹⁸⁴ eller lignende formuleringer, altså foretar domstolen en mer inngående proporsjonalitetsprøving når den skal vurdere et tiltak truffet av en medlemsstat enn et tiltak truffet av en fellesskapsinstitusjon. Dette innebærer at det er vanskeligere for en part å vinne frem med at en rettsakt er ugyldig, enn det er for en medlemsstat å begrunne at et tiltak er proporsjonalt. På bakgrunn av dette er det heller ikke så overraskende at beviskravet er høyere i ugyldighetssøksmål.

Også for overtredelsesgebyr i konkurransesaker regnes beviskravet å ligge høyt, men akkurat til hvilken grad over sannsynlighetsovervekt er det delte meninger om.¹⁸⁵ Et kjennetegn ved ileggelse av overtredelsesgebyr er, uavhengig av om lovgivning formelt regnes som straff i et land eller ikke, at slike gebyrer vil kunne ha karakter av straff.¹⁸⁶ For sanksjoner som har karakter av straff, inneholder EMK art. 6 krav til bevisets styrke, altså til beviskravet.¹⁸⁷ Hvor høyt dette er, avhenger likevel av den konkrete situasjon. Rettens avgjørelse i *BPB* viser likevel at det ikke gjelder noe krav om bevis utover enhver rimelig tvil:

“It is apparent from that case-law that the Court must reject the applicant’s assertion that the Commission must adduce proof ‘beyond reasonable doubt’ of the existence of the infringement in cases where it imposes heavy fines.”¹⁸⁸

Selv om det strafferettslige beviskravet ikke gjelder i slike saker, viser avsnittene over at det uansett er plausibelt å stille særlige krav til bevis; med andre ord at det er gode grunner til å fravike overvektsprinsippet.¹⁸⁹ Etter dette blir spørsmålet om det er gode grunner for å fravike overvektsprinsippet i saker som angår de fire friheter.¹⁹⁰ Klart nok er proporsjonalitetsvurderingen en helt sentral del av fellesskapsretten:

¹⁸² Sak 19/77 *Miller*, p.14.

¹⁸³ Om forholdet mellom beviskrav og domstolens prøvingsintensitet, se *Craig* (2006) s.464 flg, særlig side 466-467 (punkt B).

¹⁸⁴ Sak C-331/88 *Fedesa*, p.14. *Craig* (2006) s.658 definerer kravet som “clearly or manifestly disproportionate”. *Lilli* (1999) s.523-529 sammenligner EU-domstolens prøvingsintensitet ved prøving av et tiltak fra en fellesskapsinstitusjon med et tiltak fra en medlemsstat.

¹⁸⁵ *Graver* (2004) s.494, hvor han gjennomgår ulike teoretikere sitt syn på beviskravet i slike saker.

¹⁸⁶ Vurderingen av om en sanksjon kan regnes som straff etter EMK art. 6, beror på tre domstolskapte kriterier: nasjonal klassifikasjon, lovbruddets karakter og innholdet og alvoret av den sanksjon som det kan være aktuelt å ilegge, jf. *EMD Engel mot Nederland* (derav navnet ”Engel-kriteriene”).

¹⁸⁷ Rt 2008 1409 *Tilleggsskatt*, p.80. At EMK har betydning i denne sammenheng, se TEU art. 6 jf. EU-charteret art. 49.

¹⁸⁸ Sak T-53/03 *BPB*, p.64. Tilsvarende har *EMD i Jussila mot Finland*, p.43 uttalt: “There are clearly «criminal charges» of differing weight”, og at dette spenner fra de klassiske straffesakene til “cases not strictly belonging to the traditional categories of criminal law, for example [...] competition law” (mine klammer), p.42.

¹⁸⁹ *Graver* (2004) s.489 om situasjonen i norsk rett.



”The four freedoms are central to the very idea of market integration that lies at the economic heart of the EU. [...] It is therefore unsurprising that the ECJ has monitored defences to free movement closely, including in this respect proportionality.”¹⁹¹

En kan følgelig si at domstolen – ved å oppstille et høyt beviskrav – signaliserer markedsfrihetens vitale betydning, og at den anser beviskravet berettiget av den grunn at et uriktig resultat vil ha vesentlig større skadevirkninger for fellesskapet enn det vil ha for den enkelte medlemsstat. Det er ikke vanskelig å si seg enig i bevegelsesfrihetenes vitale betydning, og at det – i alle fall fra et utilitaristisk perspektiv – er bedre at interessene til én medlemsstat går på bekostning av fellesskapets interesser, enn omvendt. Slik jeg ser det, blir dette likevel å ta feil utgangspunkt. Utgangspunktet er jo at medlemsstaten har skjønnsfrihet på ikke-harmoniserte områder, og ikke at det er skjønnsfriheten som skal begrunnes. Dette taler mot å fravike overvektsprinsippet.

På grunnlag av sammenligningen av EU-domstolens ulike sakstyper er det etter min mening ikke grunn til å fravike overvektsprinsippet.

5.2.2.2 Beviskravets forhold til bevistemaet

Et forhold som kan gjøre beviskravet ”påtagelig bevis” ytterligere diskutabelt, er at det kan virke inkonsekvent å oppstille et høyt beviskrav for et bevistema som forutsetter fremtidige og hypotetiske vurderinger, jf. punkt 3.2 og 3.3. I denne retning argumenterer *Kokott*:

”Since judges can only be convinced that their predictions will probably materialize when basing their judgments on future facts, they cannot reasonably attain the same degree of certainty when using future facts as they do when using historic or present facts.”¹⁹²

Slike vurderinger forutsetter nemlig indirekte bevis (indisiebevis) eller *prima facie* bevis som bevismiddel. Dette er ikke i seg selv et argument mot et høyt beviskrav; også slike bevismidler kan tilfredsstille et høyt beviskrav. Poenget her er at det formodentlig kreves mer, kvalitativt som kvantitativt¹⁹³. I tillegg fremstår det for meg som en intrikat – om ikke umulig – øvelse å tillate bevis som ikke direkte har tilknytning til fakta, men samtidig kreve at de ikke er generelle, hypotetiske eller potensielle, slik vi har sett at domstolen har krevet.

Etter dette gir ikke bevistemaet i seg selv grunn til å fravike overvektsprinsippet. Dette spørsmålet har likevel en nær sammenheng med bevisvurderingen, og drøftelsen fortsetter der.

5.2.2.3 Beviskravets forhold til bevisvurderingen

Noen vil kanskje påstå at det ikke er grunn til å overvurdere virkningene av et høyt beviskrav, da virkningene nedtones ved at domstolen i noen tilfeller formulerer et bevistema som er enklere å imøtekomme (jf. punkt 3.1), eller lempet på innholdet i bevisbyrden som medlemsstaten skal løfte, ved å tillate indirekte bevis, finne bevisføringsbyrden oppfylt uten bevisføring eller ved å oppstille konkrete begrensninger gjennom rettspraksis, f.eks. at

¹⁹⁰ I prejudisielle søksmål synes domstolen ikke å skille mellom beviskravet når saken som går for den nasjonale domstol, er en straffesak, jf. sak C-434/04 Ahokainen p.31, eller en sivil sak, jf. sak C-47/90 Delhaize p.19, som begge bruker uttrykket ”godtgøre”.

¹⁹¹ Craig (2006) s.704 (min klamme).

¹⁹² Kokott (1998) s.23. Se også Strandberg (2005) s.52-53.

¹⁹³ Se artikkelens punkt 2.



medlemsstaten ikke ”positivt skal bevise” at ingen alternative tiltak er like godt eller bedre egnet (jf. punkt 4.3.2.2). Sett på denne måten er beviskravet bare én av mange muligheter domstolen har til å påvirke bevissituasjonen.

Til dette kan en innvende at slike justeringer – altså i bevistema og bevisbyrde/bevisvurderingen – er noe som vil kunne variere fra sak til sak, i og med at justeringene er del av domstolens frie bevisvurdering. Som nevnt er beviskravet – i motsetning til bevisvurderingen – noe domstolen normalt er bundet av, og feil her kan føre til opphevelse av avgjørelsen.¹⁹⁴ Argumentet om at like tilfeller bør behandles likt, og hensynet til forutberegnelighet, kan altså tale for at domstolen opererer med et lavt og konstant beviskrav, enn med et høyt beviskrav med opp/nedjusteringer i bevisvurderingen. Det følger av det som er sagt her, at bevisvurderingen ikke kan være helt fri, dersom domstolen har formulert et beviskrav. For at beviskravet skal ha noe for seg, må den etter min mening også til en viss grad styre bevisvurderingen.¹⁹⁵ For å oppsummere: Vi har å gjøre med et høyt beviskrav, og etter min mening må dette – for at det skal ha noe for seg – også legge føringer for domstolens konkrete bevisvurdering. Slik jeg ser det, er det altså et spenningsforhold mellom beviskravet på den ene siden og bevisvurderingen på den andre. Dette taler etter min mening mot å fravike overvektsprinsippet.

Som vist i punkt 4.2.2 og 4.3 kan det se ut til at EU-domstolen anvender *prima facie* beviskrav i noen saker. Det som skjer da, er at domstolen opererer med to beviskrav i én og samme sak. Vi er da over i en annen problemstilling; ikke om forholdet mellom beviskrav og bevisvurdering, men mellom to beviskrav. To beviskrav i én sak kan komme i et problematisk forhold til argumentet om at like tilfeller skal behandles likt, og at partene skal kunne forutsi sin rettsstilling. Skulle domstolen mene at *prima facie* som beviskrav er det eneste beviskravet i slike saker, fremstår det i alle fall for meg noe uklart hvilke saker dette gjelder for.

Alt i alt reiser et høyt beviskrav mange komplikasjoner; komplikasjoner som etter min mening kunne vært unngått ved å holde seg til det beviskravet som er vanligst i internasjonale domstoler, nemlig kravet til alminnelig sannsynlighetsovervekt. Domstolens ønske om fleksibilitet vil da bli ivaretatt ved at beviskravet ikke i samme grad legger føringer på bevisvurderingen,¹⁹⁶ mens hensynet til partene vil bli ivaretatt ved at like tilfeller behandles likt, i alle fall med samme utgangspunkt (og bare ett beviskrav).

5.3 Oppsummering

I punkt 5.2.1 la jeg til grunn at domstolen med uttrykkene ”godtgøre”, ”påvise” og ”bevise” krever påtakelige bevis for at et tiltak er egnet og nødvendig. Dette beviskravet ligger et sted mellom alminnelig og klar sannsynlighetsovervekt, og er dermed høyt. Punkt 5.2.2 tok for seg utfordringer med et høyt beviskrav. En første utfordring besto i at bevistemaet har fremtidige og hypotetiske aspekter ved seg. Videre viser drøftelsen at et høyt beviskrav ikke kan avhjelpes ved en ubetinget nedjustering i bevisvurderingen, da beviskravet legger føringer på hvor fri

¹⁹⁴ For EU-domstolen spiller dette liten eller ingen rolle, ettersom slike saker ikke kan ankes. Derimot spiller det en viktig rolle for retten, hvis avgjørelser kan overprøves av domstolen, jf. Prosessreglementet art. 110-123. Se f.eks. GA Kokott i sak C-413/06 P Bertelsmann, p.226 (konkurranserett).

¹⁹⁵ På samme måte Strandberg (2010) s.246-247.

¹⁹⁶ Strandberg (2010) s.278.



bevisvurderingen egentlig er. Det viste seg heller ikke å være uproblematisk at domstolen i noen saker har valgt å anvende *prima facie* som beviskravslettelse. Etter mitt syn kunne mange av disse utfordringene vært unngått ved at domstolen hadde holdt seg til alminnelig sannsynlighet som beviskrav, og som dominerer i rettspraksis.

6. AVSLUTNING

De to hovedspørsmålene i denne fremstillingen har for det første vært hvordan EU-domstolen håndterer bevisspørsmål i ulike sakstyper, og for det andre hvilken betydning bevisføringen har for sakens utfall. Som vist kan det første spørsmålet besvares med at det faktisk er en forskjell mellom domstolens behandling av bevisspørsmål i traktatbruddssaker og i prejudisielle saker. Forskjellene ligger i at det – i alle fall som utgangspunkt – i mindre grad oppstår bevisspørsmål i prejudisielle saker, og videre at det i slike saker hovedsakelig er tale om en bevisføringsbyrde og ikke en overbevisningsbyrde. En annen forskjell ligger i at domstolen, for spørsmålet om bevisføringsbyrden i traktatbruddssaker, også må ta i betraktning Kommisjonens bevisbyrde (både bevisføringsbyrde og overbevisningsbyrde) i den administrative fasen.

Vi har også sett viktigheten av å fremlegge dokumentasjon og, videre, at bevisene faktisk må underbygge partens påstand. I noen saker har EU-domstolen anvendt et nedjustert beviskrav – *prima facie* bevis som beviskrav – for å imøtekomme de komplikasjoner som ligger i proporsjonalitetsprinsippet som bevistema. I slike saker synes fordelingen av bevisføringsbyrden å være av underordnet betydning for sakens utfall, og at det er andre hensyn som kommer i forgrunnen.

En generell observasjon er hvor viktig det er med konsekvent begrepsbruk i bevisretten, og da særlig rundt bruken av begrepet ”bevisbyrde”. Drøftelsene viser at det er viktig å skille mellom den subjektive og den objektive bevisbyrde, og at det er viktig å gjøre det klart hvilken byrde en taler om. Følgelig har vi sett teoretikere kritisere rettspraksis på feilaktig grunnlag, og at saker har blitt anket fra retten til domstolen, delvis på grunn av at partene har misforstått rettens bevisbyrde terminologi.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Se punkt 4.3.3.2.



7. KILDER

Litteratur

- Asp (2002) Asp, Petter *EU & Straffrätten : Studier rörande den europeiske integrationens betydelse för den svenska straffrätten*. Uppsala, 2002 (Skrifter från Juridiska fakulteten i Uppsala, Bind 91).
- Bailey (2003) Bailey, David *Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective*. I: *Common Market Law Review*. 2003, S.845-888.
- Brealey (1985) Brealey, Mark *The Burden of Proof before the European Court*. I: *European Law Review*. 1985, S.250-262.
- Christoffersen (2009) Christoffersen, Jonas *Fair balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. *International Studies in Human Rights Vol. 99*. Leiden: Nijhoff, 2009.
- Craig (2006) Craig, Paul *EU Administrative Law*. Oxford, 2006.
- Emiliou (1996) Emiliou, Nicholas *The Principle of Proportionality in European Law : A Comparative Study*. Bind: *European monographs 10*. London, 1996.
- EØS-rett (2011) *EØS-rett*. Fredrik Sejersted...[et al.]. 3. utg. Oslo, 2011.
- Fenger (2004) Fenger, Niels. *Forvaltning & fællesskab : Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens*. København, 2004.
- Fenger (2010) Fenger, Niels. *EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret*. København, 2010.
- Giertsen (2010) Giertsen, Johan *Jusstudentar – skriv nynorsk! I: Mål og rett – Juristmållaget 75 år*. Oslo, 2010 (Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo).
- Gomard (2007) Gomard, Bernhard og Michael Kistrup *Civilprocessen*. 6.utg. København, 2007.
- Graver (2004) Graver, Hans Petter *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*. I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. Årg.117 (2004), S.465-498.
- Graver (2009) Graver, Hans Petter *Bevisbedømmelse – uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsvurdering*. I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Årg. 122 (2009), S.191-233.
- Gündisch (1983) Gündisch, Jürgen *Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*. I: Jürgen Schwarze "Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung : Referate und Diskussionsberichte der Tagung des Instituts für Integrationsforschung der Stiftung Europa-Kolleg Hamburg am 3.-4. Dezember 1982". Baden-Baden, 1983, S.97-119.
- Hov (1994) Hov, Jo *Rettergang i sivile saker*. 2.utg. Oslo, 1994.
- Jans (2000) Jans, Jan H. *Proportionality Revisited*. I: *Legal Issues of Economic Integration* 27(3). 2000, S.239-265.
- Jarvis (1998) Jarvis, Malcolm A. *The Application of EC Law by National Courts : The Free Movement of Goods*. Oxford, 1998.



- Kazazi (1996) Kazazi, Mojtaba *Burden of Proof and Related Issues : A Study on Evidence Before International Tribunals*. Studies and materials on the settlement of international disputes vol. 1. Haag, 1996.
- Kokott (1998) Kokott, Juliane *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law : Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems*. Studies and materials on the settlement of international disputes vol. 3. The Hague, 1998.
- Lasok (1994) Lasok, K.P.E. *The European Court of Justice : Practice and Procedure*. 2.utg. London, Butterworths, 1994.
- Lasok (2004) Lasok, K.P.E., Timothy Millett og Anneli Howard *Judicial control in the EU : Procedures and Principles*. London, 2004.
- Lilli (1999) Lilli, Marco *Forholdsmessighetsprinsippet i EU-retten og dets betydning i norsk rett*. I: Lov og Rett. Årg.38 (1999), S.515-536.
- Mathiesen (2007) Mathisen, Gjermund *Om proporsjonalitetsprinsippet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter*. I: Jussens Venner. Vol. 42 (2007), S.80-92.
- Mathiesen (2010) Mathisen, Gjermund *Consistency and Coherence as a Condition for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement*. I: Common Market Law Review. 2010, S.1021-1048.
- Nordback (2007) Nordback, Kenneth *"Bevisbörda" i mål om undantag från gemenskapsreglerna om fri rörlighet*. I: Svensk Juristtidning. 2007, S.421-443.
- Oliver (2010) Oliver, Peter *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*. 5.utg. Oxford, 2010.
- PLEU (2006) *Procedural Law of the European Union*. Redigert av Robert Bray...[et al.]. 2. utg. London, 2006.
- Ress (1992) Ress, Georg *Fact-finding at the European Court of Justice*. I: Fact-finding before international tribunals : eleventh sokol colloquium. Redigert av Richard B. Lillich. Virginia, 1992, S.177-203.
- Retorikk (2005) *Retorikk*. Aristoteles. Oversatt av Tormod Eide. Oslo, 2006.
- Robberstad (2009) Robberstad, Anne *Sivilprosess*. Oslo, 2009
- Skoghøy (2001) Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. 2.utg. Oslo, 2001.
- Spapens (2008) Spapens, Toine, Alan Littler og Cyrille Fijnaut *Crime, addiction and the regulation of gambling*. Leiden, 2008.
- Strandberg (2005) Strandberg, Magne *Skadelidtes hypotetiske inntekt : om erstatningsutmåling og bevis*. Bergen, 2005.
- Strandberg (2010) Strandberg, Magne *Beviskrav i sivile saker: en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*. Bergen, 2010 (avhandling PhD /Universitetet i Bergen).
- Tridimas (2006) Tridimas, Takis *The General Principles of EU Law*. Bind: Oxford EC law library. 2.utg. Oxford, 2006.



Regelverk

EFT	Traktat om opprettelse af det Europæiske Fællesskab.
TEU	Traktat om den Europæiske Union.
TEUF	Traktat om den Europæiske Unions Funksjonsmåde.
Prosessreglementet	Prosessreglement af 19.juni 1991 for De Europæiske Fællesskabers Domstol.
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon.
EU-charteret	Den Europæiske Unions charter om grunnleggende rettigheter
Tvfbll.	Lov 26. juni 1992 nr.86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven).

Avgjørelser fra norske domstoler

Rt 1982 241	Altasaken
Rt 2000 845	
Rt 2008 1409	Tilleggsskatt
Rt 2009 839	Pedichel
TOSLO-2009-50176	Verftsaken, Oslo tingretts dom av 29. januar 2010

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Sak E-4/04	Pedichel AS mot Sosial- og Helsedirektoratet (Pedichel).
Sak E-1/06	ESA mot Norge (Spilleautomat).
Sak E-3/06	Landbrokes Ltd. mot staten ved Kultur- og kirke departementet og staten ved Landbruks- og matdepartementet (Landsbrokes).
Sak E-16/10	Philip Morris Norway AS mot staten ved Helse- og omsorgsdepartementet (Philip Morris).

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD)

EMD Engel mot Nederland	Publications of the European Court of Human Rights, Series A Vol 22. Case of Engel and others v. the Netherlands, 8 th of June 1976. Application no. 5100/71.
EMD Irland mot Storbritannia	Publications of the European Court of Human Rights, Series A Vol. 25. Case of Ireland v. the United Kingdom, 18 th of January 1978. Application no. 5310/71.
EMD Jussila mot Finland	Publications of the European Court of Human Rights. Case of Jussila v. Finland, 23 th of November 2006. Application no 73053/01.



Avgjørelser fra EU-domstolen i kronologisk rekkefølge

- Sak 6/54 Nederland mot Den høye myndighet for Det europeiske kull- og stålfellesskap. ECR engelsk spesialutgave s.103.
- Sak 40/72 Schroeder KG mot Tyskland. Saml. 1973 s.125 (Schroeder).
- Sak 104/75 Adriaan de Peijper, direktør for selskapet Centrafarm BV. Saml. 1976 s.613 (Peijper).
- Sak 27/76 United Brands Company og United Brands Continentaal BV mot Kommisjonen. Saml. 1978 s.207 (Chiquita Bananas).
- Sak 19/77 Miller International Schallplatten GmbH mot Kommissionen. Saml. 1978 s.131 (Miller).
- Sak 44/79 Liselotte Hauer, Bad Dürkheim mot Land Rheinland-Pfalz. Saml. 1979 s.3727 (Hauer).
- Forente saker 154, 205, 206, 226 til 228, 263 og 264/78, 39, 31, 83 og 85/79 SpA Ferriera Valsabbia m.fl. mot Kommisjonen. Saml. 1980 s.907.
- Sak 132/80 NV United Foods og PVBA Aug. Van den Abeele mot Belgia. Saml. 1981 s.995 (United foods).
- Sak 276/80 Ferriera Padana SpA mot Kommisjonen. Saml. 1982 s.517.
- Sak 124/81 Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland. Saml. 1983 s.203 (UHT-melk).
- Sak 51/83 Kommisjonen mot Italia. Saml. 1984 s.2793.
- Sak 382/87 R. Buet og SARL Educational Business Services mot Anklagemyndigheden. Saml. 1989 s.1235 (Buet).
- Sak C-331/88 The Queen mot The Minister of Agriculture, Fisheries and Food and The Secretary of State for Health. Saml. 1990 I-04023 (Fedesa).
- Sak C-312/89 Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne mot SIDEF Conforama m.fl.. Saml. 1991 I-00997 (Conforama).
- Sak C-47/90 Éts. Delhaize frères & Cie. Le Lion SA mot Promalvin SA og AGE Bodegas Unidas SA. Saml. 1992 I-03669 (Delhaize).
- Sak C-52/90 Kommisjonen mot Danmark. Saml. 1992 I-02187.
- Sak C-375/90 Kommisjonen mot Hellas. Saml. 1993 I-02055 (Fryste kyllinger).
- Forente saker C-13/91 og C-113/91 Straffesak mot Michel Debus. Saml. 1992 I-03617 (Debus).
- Sak C-169/91 Council of the City of Stoke-on-Trent og Norwich City Council mot B & O plc. Saml. 1992 I-06635 (Stoke-on-Trent).
- Sak C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority og Secretary of State for Health. Saml. 1993 I-05535 (Enderby).
- Sak C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb eV mot Clinique Laboratoires SNC og Estée Lauder Cosmetics GmbH. Saml. 1994 I-00317 (Clinique).
- Sak C-17/93 Straffesak mot J.J.J. Van der Veldt. Saml. 1994 I-03537 (Van der Veldt).
- Sak C-131/93 Kommisjonen mot Tyskland. Saml. 1994 I-03303 (Tysk flodkreps).



Sak C-384/93	Alpine Investements BV mot Minister van Financiën. Saml. 1995 I-01141 (Alpine Investments).
Sak C-159/94	Kommisjonen mot Frankrike. Saml. 1997 I-05815.
Sak C-189/95	Straffesak mot Harry Franzén. Saml. 1997 I-05909 (Franzén).
Sak C-316/95	Generics BV mot Smith Kline & French Laboratories Ltd. Saml. 1997 I-03929 (Generics).
Sak C-358/95	Tommaso Morellato mot Unità sanitaria locale n. 11 di Pordenone. Saml. 1997 I-01431 (Morellato).
Sak C-388/95	Belgia mot Spania. Saml. 2000 I-03123 (Rioja).
Sak C-124/97	Markku Juhani Läärä m.fl. mot Kihlakunnansyöttäjä og Suomen valtio. Saml. 1999 I-6067 (Läärä).
Sak C-394/97	Straffesak mot Sami Heinonen. Saml. 1999 I-03599 (Heinonen).
Sak C-67/98	Questore di Verona mot Diego Zenatti. Saml. 1999 I-07289 (Zenatti).
Sak C-473/98	Kemikalieinspektionen mot Toolex Alpha AB. Saml. 2000 I-05681 (Toolex Alpha).
Sak C-315/99 P	Ismeri Europa Srl mot Revisjonsretten. Saml. 2001 I-05281 (Ismeri).
Sak C-243/01	Straffesak mot Piergiorgio Gambelli m.fl. Saml. 2003 I-13031(Gambelli).
Sak C-421/01	Traunfellner GmbH mot Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag). Saml. 2003 I-11941 (Traunfellner).
Sak C-434/01	Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland. Saml. 2003 I-13239.
Sak C-14/02	ATRAL SA mot Belgia. Saml. 2003 I-04431 (ATRAL).
Sak T-59/02	Archer Daniels Midland Co. mot Kommisjonen. Saml. 2006 II-03627 (Archer Daniels).
Sak T-53/03	BPB plc. mot Kommisjonen. Saml. 2008 II-01333.
Sak C-434/04	Straffesak mot Jan-Erik Anders Ahokainen og Mati Leppik. Saml. 2006 I-09171(Ahokainen)
Sak C-366/04	Georg Schwarz mot Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg. Saml. 2005 I-10139 (Schwarz).
Sak C-110/05	Kommisjonen mot Italia. Saml. 2009 I-00519 (Tilhenger).
Sak C-254/05	Kommisjonen mot Belgia. Saml. 2007 I-04269.
Sak C-297/05	Kommisjonen mot Nederland. Saml. 2007 I-07467.
Sak C-319/05	Kommisjonen mot Tyskland. Saml. 2007 I-09811.
Forente saker	C-428/06 og C-434/06 Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-Rioja) m.fl. mot Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya m.fl.. Saml. 2008 I-06747 (UGT-Rioja).
Sak C-510/06 P	Archer Daniels Midland Co. mot Kommisjonen. Saml. 2009 I-01843 (Archer Daniels).
Sak C-141/07	Kommisjonen mot Tyskland. Saml. 2008 I-06935.
Sak C-161/07	Kommisjonen mot Østerrike. Saml. 2008 I-10671.



Forente saker	C-171/07 og C-172/07 Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (C-171/07) og Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) mot Saarland og Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales. Saml. 2009 I-04171 (Apothekerkammer).
Sak C-326/07	Kommisjonen mot Italia. Saml. 2009 I-02291.
Sak C-105/08	Kommissionen mot Portugal. Saml. 2010 I-05331.
Sak C-400/08	Kommisjonen mot Spania. Saml. 2011 I-00000 (Kjøpesenter).
Sak C-438/08	Kommisjonen mot Portugal. Saml. 2009-I-10219.
Sak C-137/09	Marc Michel Josemans mot Burgemeester van Maastricht. Saml. 2010 I-0000 (Josemans).
Sak C-221/09	AJD Tuna Ltd mot Direttur tal-Agrikoltura u s-Sajd. Saml. 2011 I-00000 (Tuna).
Sak C-262/09	Wienand Meilicke m.fl. mot Finanzamt Bonn-Innenstadt. Saml. 2011 I-00000 (Meilicke).
Sak C-10/10	Kommisjonen mot Østerrike. Saml. 2011 I-00000.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i kronologisk rekkefølge

GA Gand	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Gand, fremsatt den 9. desember 1965 i sak 8/65 Acciaierie e Ferriere Pugliesi mot Den høye myndighet for Det europeiske kull- og stålfellesskap. ECR engelsk spesialutgave s.00001(Pugliesi).
GA Roemer	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Roemer, fremsatt den 31. oktober 1972 i sak 18/70 X mot Rådet. Saml. 1971 s.01205.
GA Warner	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Warner, fremsatt den 31. mars 1976 i sak 51/75 EMI Records Limited mot CBS United Kingdom Limited. Saml. 1976 s.00811 (EMI Records).
GA Reischl	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Reischl, fremsatt den 23. oktober 1979 i sak 36/79 Denkavit Futtermittel GmbH mot Finanzamt Warendorf. Saml. 1979 s.03439 (Denkavit).
GA Slynn	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Slynn, fremsatt den 8. februar 1983 i forente saker 100 til 103/80 SA Musique Diffusion française m.fl. mot Kommisjonen. Saml. 1983 s.01825 (Musique).
GA Rozés	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Rozés, fremsatt den 24. november 1983 i sak 345/82 Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. mot Tyskland. Saml. 1984 s.01995 (Wünsche Handelsgesellschaft).
GA Van Gerven	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Van Gerven, fremsatt den 11. juni 1991 i sak C-159/90 The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd mot Stephen Grogan m.fl. Saml. 1991 I-04685 (SPUC mot Grogan).
GA Fennelly	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Fennelly, fremsatt den 15. juni 2000 i sakene C-376/98 Tyskland mot Europaparlamentet og Rådet og



- C-74/99 The Queen mot Secretary of State for Health m.fl. ex parte Imperial Tobacco Ltd m.fl.. Saml. 2000 I-08419 (Imperial Tobacco).
- GA Stix-Hackl Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Stix-Hackl, fremsatt den 11. mars 2003, i sak C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV mot 0800 DocMorris NV og Jacques Waterval. Saml. 2003 I-14887 (Deutscher Apothekerverband).
- GA Tizzano Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Tizzano, fremsatt den 11. mars 2004 i sak C-262/02 Kommisjonen mot Frankrike (Loi Evin) og C-429/02 Bacardi France SAS, tidligere Bacardi-Martini SAS mot Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA og GiroSport SARL (Bacardi). Saml. 2004 I-06569.
- GA Kokott Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott, fremsatt den 8. desember 2005 i sak C-105/04 P Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot Kommisjonen. Saml. 2006 I-08725 (Nederlandse Federatieve Vereniging).
- GA Maduro Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Maduro, fremsatt den 13. juli 2006 i sak C-434/04 Straffesak mot Jan-Erik Ahokainen og Mati Leppik. Saml. 2006 I-09171 (Ahokainen).
- GA Bot Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Bot, fremsatt den 8. juli 2008 i sak C-110/05 Kommisjonen mot Italia (Tilhenger). Saml. 2009 I-00519.
- GA Trstenjak Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Trstenjak, fremsatt den 21. juni 2007 i sak C-319/05 Kommisjonen mot Tyskland. Saml. 2007 I-09811.
- GA Kokott Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott, fremsatt den 13. desember 2007 i sak C-413/06 P Bertelsmann AG og Sony Corporation of America mot Independent Music Publishers and Labels Association (Impala). Saml. 2008 I-04951 (Bertelsmann).
- GA Trstenjak Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Trstenjak, fremsatt den 18. mai 2008 i sak C-510/06 P Archer Daniels Midland Co. mot Kommisjonen. Saml. 2009 I-01843 (Archer Daniels).
- GA Kokott Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott, fremsatt den 19. februar 2009 i sak C-8/08 T-Mobile Netherlands BV m.fl. mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Saml. 2009 I-04529 (T-Mobile).
- GA Sharpston Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Sharpston, fremsatt 7. oktober 2010 i sak C-400/08 Kommisjonen mot Spania (Kjøpesenter). Saml. 2011 I-0000.



ISBN 978-82-8196-056-5

ISSN 1890-2537