



U i T

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Grunnleggende rettigheter i EØS-retten

—

Terje Dragøy Mæhre

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, mai 2017



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	EØS-retten	3
1.2	Homogenitetsprinsippet i EØS-retten.....	4
1.3	Suverenitetsprinsippet i EØS-retten	7
2	Menneskerettigheter og grunnleggende rettigheter	8
3	Innholdet i begrepet grunnleggende rettigheter i EØS-retten	12
3.1	Fremveksten av grunnleggende rettigheter i EØS-retten	12
3.2	Anvendelsesområdet for grunnleggende rettigheter i EØS-retten.....	16
3.3	Anvendelse av grunnleggende rettigheter som ikke kan forankres i EMK.....	19
3.3.1	Generell direkte anvendelse av EUs grunnrettighetspakt	19
3.3.2	EUs grunnrettighetspakts indirekte påvirkning på grunnleggende rettigheter i EØS-retten	23
3.3.3	Grunnrettighetspaktens påvirkning på EØS-retten uten videreutvikling av EØS-rettens grunnleggende rettigheter	33
4	Grunnleggende rettigheter i EØS-retten som sensurgrunnlag.....	38
5	Avslutning	43
	Referanseliste	45

1 Innledning

Ved ikrafttredelsen av Lisboa-traktaten i 2009 ble det foretatt en endring i Traktaten om den europeiske union (heretter TEU) artikkel 6 nr. 1 som medførte at Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter (heretter EUs grunnrettighetspakt, pakten eller grunnrettighetspakten) fikk samme formelle rang i EU-retten som TEU og Traktaten om den europeiske unions virkemåte (heretter TEUV). Dette førte til at det i EU-retten oppstod en formalisert katalog over grunnleggende rettigheter som det må tas hensyn til når det nærmere innholdet av EU-retten skal fastlegges. Grunnleggende rettigheter hadde likevel eksistert lenge i EU-retten før grunnrettighetspakten fikk samme status som TEU og TEUV.

Utviklingen av grunnleggende rettigheter i EU-retten har foregått siden slutten av 60-tallet, og grunnrettighetspaktens stilling som formell rettskilde av samme rang som TEU og TEUV er bare siste ledd i denne utviklingen.

Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (heretter EØS-avtalen) bringer EFTA-statene (Norge, Island og Liechtenstein) inn i EUs indre marked. For at dette skal lykkes er det viktig at reglene om det indre marked tolkes likt i EU-retten og i EØS-retten. Dersom et konsept om grunnleggende rettigheter ikke hadde eksistert i EØS-retten, kunne oppnåelsen av lik fortolkning av like regler bli utsatt. EFTA-domstolen har da også utviklet et eget konsept om grunnleggende rettigheter i EØS-retten. EUs grunnrettighetspakt gjelder likevel ikke i EØS-retten. Da er situasjonen at det finnes to forskjellige regelsett med grunnleggende rettigheter.

Denne oppgaven tar sikte på å forklare hva som ligger i begrepet grunnleggende rettigheter i EØS-retten, vurdere hvordan dette kan påvirkes av EUs grunnrettighetspakt, og se på hvilken funksjon grunnleggende rettigheter har som rettskilde i EØS-retten.

Tematisk ligger oppgaven innenfor EØS-retten generelt. Det vil fokuseres på praksis fra EFTA-domstolen. Det vil avgrensnes mot hvordan Den Europeiske Menneskerettsdomstolen (EMD) forholder seg til EU-retten og hvordan dette eventuelt kan overføres til EØS-retten da dette er et spørsmål om hvilken betydning grunnleggende

rettigheter i EU og EØS får i saker for EMD.¹ Det avgrenses også mot hvordan nasjonale domstoler forholder seg til EØS-retten.

Rettskildene som blir brukt i oppgaven vil primært være EØS-avtalen selv, avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (heretter ODA), EUs grunnrettighetspakt, praksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen, relevant litteratur og rettsaker.

I oppgaven vil jeg bruke de norske navnene på rettskildene der de finnes. Jeg vil også forholde meg til norske oversettelser der disse er tilgjengelige. De norske oversettelsene av EU-traktatene er likevel ikke autentiske tekster. Den offisielle norske oversettelsen av Lisboa-traktaten som også omfatter grunnrettighetspakten er tilgjengelig på regjeringens nettsider.² Videre vil henvisninger til dommer avsagt av EU-domstolen etter 1. januar 2012 henvises til med saksnummer, årstall og ECLI-nummer (European Case Law Identifier) da domstolen har begynt å publisere avgjørelser elektronisk uten gjennomløpende nummerering av samlingen.

Det er ikke skrevet mye nyere litteratur om temaet. Artikkene av nyere dato fokuserer på hvordan det i EØS-retten kan oppnås samme tolkningsresultater som i EU-retten til tross for at EUs grunnrettighetspakt har fått status som primærrett i EU. Disse fremstillingene kommer likevel også innom det EØS-rettslige konseptet om grunnleggende rettigheter. Her må særlig nevnes Halvard Haukeland Fredriksens artikkel om betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter i EØS-retten³, samt Nils Wahls artikkel om grunnrettighetspaktens rettslige betydning i EØS-retten.⁴

¹ En fremstilling av dette kan finnes i Davíð Thór Björgvinsson, «Fundamental Rights in EEA Law.» I: *The EEA and the EFTA Court: Decentred Integration*. Ed. EFTA Court. London: Hart Publishing, 2014. s. 263-280

²<https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/lisboa-traktaten/lisboa-traktaten-pa-norsk/id686838/> (sist besøkt 25. april 2017)

³ Halvard Haukeland Fredriksen, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner*, 2013 s. 371-399

⁴ Nils Wahl, «Uncharted Waters: Reflections on the Legal Significance of the Charter under EEA Law and Judicial Cross-Fertilisation in the Field of Fundamental Rights.» I: *The EEA and the EFTA Court: Decentred Integration*. Ed. EFTA Court. London: Hart Publishing, 2014. 281-298

Oppgaven vil først gi en kort fremstilling av EØS-retten. Her vil særlig suverenitetsprinsippet og homogenitetsprinsippet trekkes frem. Etter dette vil det komme en fremstilling av begrepet «grunnleggende rettigheter» i lys av EUs grunnrettighetspakt og begrepet «menneskerettigheter».

1.1 EØS-retten

EØS-avtalen ble signert i 1992 og trådte i kraft i 1994. Det er en folkerettslig avtale mellom på den ene siden EU som organisasjon og alle EUs medlemsland, og på den andre siden Norge, Island og Liechtenstein. Norge, Island og Liechtenstein er sammen med Sveits medlemmer av European Free Trade Association (EFTA), men Sveits deltar ikke i EØS-avtalen. Når begrepet EFTA-statene brukes i oppgaven, sikter dette bare til Norge, Island og Liechtenstein, altså statene som deltar i både EFTA og EØS.

Formålet med EØS-avtalen er ifølge artikkel 1 å integrere EFTA-statene i EUs indre marked. I dette ligger det ikke bare at EØS-avtalen skal tolkes likt i alle land som deltar i EØS, men også at EØS-avtalens regler om det indre marked skal være de samme som reglene om EUs indre marked.

Likevel ønsket ikke EFTA-statene et like tett samarbeid som et medlemskap i EU ville innebære. Valget av EØS-avtalen som samarbeidsform er begrunnet i at avtalen i all hovedsak ikke innebærer noen overføring av statlig suverenitet til overnasjonale organer. Dette innebærer at EFTA-statene ikke kan påtvinges lovgivning fra EU da ett av landene kan nekte i EØS-komiteen slik at de ikke lenger taler samstemt.⁵ Videre er ikke EU-domstolen gitt kompetanse til å avgjøre tolkningen av EØS-avtalen med bindende virkning for domstolene i EFTA-statene.⁶

I stedet forutsetter EØS-avtalen en topilar-struktur. I den ene pilaren er EU med sine institusjoner, herunder EU-domstolen og kommisjonen. I den andre pilaren er EFTA-statene med sine egne institusjoner for håndhevelse av EØS-forpliktelsene, herunder EFTA-domstolen og ESA (EFTAs overvåkningsorgan). EFTA-institusjonene er opprettet gjennom en egen avtale, ODA. Mellom de to pilarene ligger EØS-avtalen som er relevant i begge

⁵ Se EØS-avtalen artikkel 93 nr. 2

⁶ Se imidlertid EØS-avtalen artikkel 107 og EØS-avtalens protokoll 34

systemene. Dette innebærer at både EU-domstolen og EFTA-domstolen er kompetente til å avgjøre saker som angår EØS-avtalen.

Så langt kan en si at EØS-retten er retten som omhandler EØS-landenes rettigheter og plikter overfor hverandre. Sentralt for tolkningen er selvfølgelig EØS-avtalen selv, men også dens vedlegg og protokoller jf. EØS-avtalens artikkel 119. Tolkningen må gjøres med sikte på å oppnå et resultat som innebærer homogenitet ikke bare mellom forståelsen av EØS-avtalen i de to pilarene, men også homogenitet mellom EU-rettens og EØS-avtalens regler om det indre marked.

I tillegg til dette kommer det at tolkningen av EØS-retten må skje i lys av at avtaleformen ble valgt for å unngå formell avståelse av suverenitet til overnasjonale organer. Det må altså utvises forsiktighet når homogenitetsmålsettingen peker på et resultat som til dels beror på rettskilder som ligger utenfor det EFTA-statene har forpliktet seg til.

EUs grunnrettighetspakt er en rettskilde som EFTA-statene ikke har forpliktet seg til. Suverenitetsprinsippet vil altså i utgangspunktet tilsi forsiktighet med anvendelsen av bestemmelser i grunnrettighetspakten. Samtidig kan de grunnleggende rettighetene som er nedfelt i pakten tenkes å være avgjørende for EU-domstolens tolkning av EØS-relevante regler. Homogenitetsmålsettingen taler dermed for at EFTA-domstolen må komme til samme resultat. I en slik situasjon vil suverenitetsprinsippet og homogenitetsprinsippet trekke i ulike retninger.

På grunn av betydningen homogenitetsprinsippet og folkerettens suverenitetsprinsipp har for grunnleggende rettigheter i EØS-retten, vil oppgaven nå gå nærmere inn på hva disse to prinsippene innebærer. Når dette er gjort, vil oppgaven ta for seg hva som ligger i begrepet grunnleggende rettigheter i lys av hvilket innhold begrepet har i EU-retten.

1.2 Homogenitetsprinsippet i EØS-retten

Homogenitetsmålsettingen kommer til uttrykk flere steder i EØS-retten. Artikkel 1 nr. 1 i EØS-avtalen oppstiller som formål for avtalen å oppnå et homogent EØS. Fortalens 4. bemerkning oppgir som formål å oppnå et dynamisk og homogent EØS, og i fortalens 15. bemerkning sies det at målet er å oppnå og vedlikeholde en ensartet fortolkning og gjennomføring av EØS-avtalen og de bestemmelser i EU-retten som i innhold blir reproduisert i EØS-avtalen.

Målsettingen kan også leses ut av EØS-avtalens artikkel 6, som innebærer at tolkning av avtalens bestemmelser som innholdsmessig er identiske med bestemmelser i EU-retten, skal tolkes i lys av relevant praksis fra EU-domstolen som ble avsagt før avtalen ble signert. I ODA artikkel 3 nr. 2 kreves det videre at det skal tas tilbørlig hensyn til avgjørelser fra EU-domstolen som er relevant for EØS-retten. Til tross for denne nyansen har ikke EFTA-domstolen operert med et skille mellom avgjørelser avsagt før og etter EØS-avtalen ble signert.⁷ På grunn av homogenitetsmålsettingens fremtredende stilling i EØS-avtalen og ODA har det i EØS-retten utviklet seg et homogenitetsprinsipp som kommer til anvendelse når EØS-retten skal tolkes.

En saksrekke fra EFTA-domstolen og EU-domstolen som illustrerer homogenitetsprinsippets sentrale stilling i EØS-retten er sakene *Maglite*, *Silhouette* og *L'Oréal*.⁸ Alle sakene omhandlet tolkningen av EUs forrige varemerkedirektiv⁹ artikkel 7 nr. 1. Spørsmålet i alle sakene var om artikkel 7 nr. 1 innebar en fullstendig harmonisering av medlemsstatenes rett. Hvis fullstendig harmonisering var påkrevd, ville det innebære at EØS-landene måtte gjennomføre en regel om EØS-regional konsumpsjon i nasjonal rett. Den alternative forståelsen var at direktivet bare oppstilte EØS-regional konsumpsjon som et minstekrav, slik at medlemsstatene også kunne velge å operere med internasjonal konsumpsjon.¹⁰

Da EFTA-domstolen skulle avgjøre *Maglite*-saken i 1997, var dette spørsmålet enda uavklart av EU-domstolen. Blant annet under henvisning til at EØS-avtalen ikke omfattet noen tollunion, og at EFTA-statene heller ikke deltok i EUs felles handelspolitikk, kom EFTA-

⁷ Halvard Haukeland Fredriksen og Christian N.K. Franklin, «Of pragmatism and principles: the EEA agreement 20 years on», *Common Market Law Review*, Vol. 52, 2015, s. 629-684 på s. 632

⁸ Sak E-2/97, *Mag Instrument Inc. mot California Trading Company Norway*, *Ulsteen*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 127, Sak C-355/96, *Silhouette International Schmied mot Hartlauer Handelsgesellschaft*, Sml. 1998 s. I-4799 og Forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal Norge AS og L'Oreal SA mot Per Aarskog AS, Nille AS og Smart Club AS*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259

⁹ Rådskdirektiv 89/104/EØF, ikke tilgjengelig på norsk, ikke lenger i kraft.

¹⁰ EØS-regional konsumpsjon innebærer at når et produkt er lansert i EØS av rettighetshaveren eller en annen forhandler med dennes samtykke, kan det fritt omsettes innad i EØS uten dennes samtykke. Internasjonal konsumpsjon innebærer at uansett hvor et produkt først er lansert av rettighetshaveren eller av en annen forhandler med dennes samtykke, kan det deretter fritt omsettes andre steder i verden uten dennes samtykke.

domstolen til at direktivet i en EØS-rettslig kontekst ikke innebar en fullstendig harmonisering av nasjonal lovgivning.¹¹

Året etter kom det samme spørsmålet opp for EU-domstolen i *Silhouette*-saken. EU-domstolen la i sin tolking av varemerkedirektivet stor vekt på at det kunne skape handelsbarrierer i det indre marked om nasjonal lovgivning ikke var fullstendig harmonisert.¹² Det ble konkludert med at varemerkedirektivets artikkel 7 nr. 1 måtte forstås slik at den innebar en fullstendig harmonisering av konsumpsjonsreglene i det indre markedet.

I 2008 måtte EFTA-domstolen igjen ta stilling til spørsmålet om varemerkedirektivets artikkel 7 nr. 1 innebar en fullstendig harmonisering av nasjonal rett i *L'Oréal*-saken. Forskjellen fra *Maglite*-saken var at det nå forelå praksis fra EU-domstolen som pekte på en annen løsning. Likevel var argumentene om at EØS-avtalen ikke innebærer noen tollunion eller felles handelspolitikk fortsatt like gyldige.

EFTA-domstolen måtte da ta stilling til om den skulle fravike sin egen praksis til fordel for EU-domstolens praksis. I avsnitt 27 gjennomgår EFTA-domstolen homogenitetsprinsippet i EØS-retten. Etter denne gjennomgangen fremholdes det at homogenitetsprinsippet innebærer en presumpsjon for at bestemmelser som er identiske i EØS-retten og EU-retten også har samme innhold. For å fravike denne presumpsjonen må det foreligge «særlige omstendigheter» slik som forskjeller i formål og virkeområde. I avsnitt 31 oppstiller EFTA-domstolen som vurderingstema om det foreligger «tvingende grunner» til å fravike presumpsjonen om likt innhold i EØS-retten og EU-retten. Domstolen fant ikke noen tvingende grunner til å fravike presumpsjonen. Fraværet av en tollunion og en felles handelspolitikk var ikke tilstrekkelig.

Resultatet i saken ble da, som følge av homogenitetsprinsippet, at EFTA-domstolen fravek sin egen praksis og tok den løsningen som EU-domstolen hadde lagt seg på. Det som er interessant i denne saken med tanke på homogenitetsprinsippet er at EFTA-domstolen oppstilte en presumpsjonsregel som stiller strenge krav for å fravikes.

Som denne saksrekken viser, er EFTA-domstolen forberedt på å strekke seg langt for å oppnå en tolkning av EØS-retten som oppfyller homogenitetsmålsettingen. Likevel må

¹¹ Sak E-2/97, *Maglite*, avsnitt 24 til 27

¹² Sak C-355/96, *Silhouette*, avsnitt 27

homogenitetsprinsippet ikke oppfattes som ufravikelig. Fredriksen og Mathisen formulerer dette godt: «Uansett må det fastholdes at homogenitetsprinsippet ikke er mer enn et prinsipp. Det er ingen absolutt regel, og det er ikke slik at ‘homogenitet’ er noen trylleformel som gjør at man uten videre må legge til grunn samme løsning på et rettsspørsmål i EØS som i EU. [...] det kan meget vel tenkes at andre rettskilder ‘står i veien’ og fremtvinger et brudd med målsetningen om lik tolkning og anvendelse av EU-retten og EØS-retten.»¹³

1.3 Suverenitetsprinsippet i EØS-retten

EØS-avtalen er grunnlaget for EØS-retten. EØS-avtalen er også en folkerettslig avtale inngått mellom uavhengige stater. I folkeretten gjelder det et suverenitetsprinsipp når innholdet i statenes forpliktelser skal tolkes. Dette innebærer at en suveren stat ikke er forpliktet til noe mer enn det den selv har akseptert som bindende. Suverenitetsprinsippet er likevel et prinsipp, slik som homogenitetsprinsippet, og kan ikke praktiseres som en absolutt regel i alle tilfeller der det er relevant. Kjerneområdet for suverenitetsprinsippets anvendelse kan sies å være «[...] at statene bare er underkastet sin egen vilje. Et flertall kan ikke binde et mindretall. [...] I sin ytterste konsekvens innebærer dette at statene bare er bundet av de rettsregler de selv har akseptert.»¹⁴

I EØS-retten har ikke suverenitetsprinsippet vært til hinder for at EFTA-domstolen har utledet forpliktelser for EFTA-statene som ikke ble fremforhandlet og nedtegnet i avtalen. En viktig dom som illustrerer dette er sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*.¹⁵ Her kom EFTA-domstolen til at Islands lovgivning ikke var forenlig med EØS-retten. Det neste spørsmålet ble da om saksøker kunne kreve erstatning fra den islandske staten i det nasjonale rettssystemet for feilaktig gjennomføring av sine EØS-rettslige forpliktelser.

En tilsvarende regel om erstatning hadde tidligere blitt utviklet av EU-domstolen i forente saker C-6 og 9/90, *Francovich*, i 1991.¹⁶ EFTA-domstolen var åpen om at noen slik regel ikke er nedfelt i EØS-avtalen. Den formulerte da spørsmålet om hvorvidt en slik regel kan utledes fra avtalens formål og struktur i dommens avsnitt 47.

¹³ Fredriksen, Halvard Haukeland, Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utgave, 2014 s. 44

¹⁴ Ruud, Morten, Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, 2011 s. 22

¹⁵ Sak E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir mot Island*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95

¹⁶ Forente saker C-6 og 9/90, *Andrea Francovich og Danila Bonifaci m.fl. mot Italia*, Sml. 1991 s. I-5357

Under henvisning til homogenitetsprinsippet, og at en avtale som gir rettigheter til individer og markedsaktører ikke er effektiv med mindre disse rettighetene kan håndheves, kommer EFTA-domstolen i avsnitt 59 til at EØS-avtalen er en unik internasjonal avtale som skaper en egen rettsorden. Den går ikke like langt som EU-samarbeidet, men likevel lenger enn det som er normalt i folkeretten. På denne bakgrunn konkluderte EFTA-domstolen i avsnitt 62 med at det er en uskreven regel om statlig erstatningsansvar i EØS-avtalen selv.

Dommen kan diskuteres i flere perspektiver. Betydningen av homogenitetsprinsippet for rettens konklusjon er en av disse. Men det som er av interesse for denne oppgaven er at EFTA-domstolen kom til at EFTA-statene var forpliktet av en regel de ikke uttrykkelig hadde akseptert, og at dette ble blant annet rettferdiggjort med at EØS-avtalen var noe mer enn en ordinær folkerettslig avtale.¹⁷ Dette i seg selv harmonerer dårlig med suverenitetsprinsippet. Samtidig talte homogenitetsprinsippet for å konkludere slik retten til slutt gjorde. I den sammenheng kan oppdagelsen av en regel om erstatningsansvar i avtalen være et forsøk på å tilfredsstille to prinsipper som taler mot hverandre. Dommen kan leses slik at EFTA-domstolen videreutvikler EØS-avtalen med rettsskapende virksomhet. Alternativt kan den oppfattes som et eksempel på at domstolen avdekket en regel som hele tiden hadde vært der. På den måten vil rettens konklusjon være i en gråsoner hva gjelder suverenitetsprinsippet, mer enn i en situasjon med direkte motstrid.

Oppsummert kan det sies at suverenitetsprinsippet kommer til anvendelse i EØS-retten fordi EØS-avtalen er forankret i folkeretten. Likevel må det anvendes med forbehold om at EØS-retten går lenger enn folkerettslige avtaler vanligvis gjør. Dette har ledet til at EFTA-domstolen har utledet uskrevne regler fra avtalen.

2 Menneskerettigheter og grunnleggende rettigheter

En universell definisjon av begrepet menneskerettigheter er vanskelig å oppstille. Jørgen Aall poengterer at begrepet menneskerettigheter pretenderer å være universelt. Da gir det lite mening å avgrense definisjonen til spesielle kontekster for å bli mer presis. «Som et utgangspunkt er det tilstrekkelig å peke på at det dreier seg om de grunnleggende krav alle

¹⁷ Noe som ifølge Fredriksen og Mathisen (2014) s. 31 ikke kan virke som et «[...] legitimeringsgrunnlag for dynamisk utvikling av EØS-retten. EØS-avtalen er og blir en folkerettslig avtale. Legitimeringsgrunnlaget for dynamisk fortolkning av avtalen er [...] avtalens målsetning om å integrere EFTA-statene i EUs indre marked.»

individer må kunne stille til myndighetene i ethvert rettssystem.»¹⁸ Det er ikke lett å utlede konkrete rettigheter fra dette sitatet, men det vil være relevant for å diskutere hvorvidt enkelte rettigheter bør omtales som menneskerettigheter nedenfor.

Det rettslige innholdet i begrepet menneskerettigheter sikter vanligvis til FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Disse konvensjonene vokste frem i perioden etter andre verdenskrig og tok sikte på å definere rettigheter som er iboende i alle mennesker.

Menneskerettighetene slik de fremkommer i internasjonale konvensjoner gir rettigheter til individer, mens adressaten for konvensjonene er nasjonalstaten. Det er staten som påtar seg å sikre at dens individer faktisk får sine menneskerettigheter ivaretatt. En konsekvens av at det er nasjonalstaten som skal sikre at individene får ivaretatt sine menneskerettigheter, er at menneskerettighetene må innarbeides i det nasjonale rettssystemet.

Menneskerettigheter har lenge eksistert i EU-retten. I fravær av positive rettskilder i EU-retten, så EU-domstolen seg nødt til å utvikle menneskerettigheter på ulovfestet grunnlag. Årsaken til at EU-domstolen utviklet rettsprinsipper som omhandlet menneskerettigheter hang sammen med dens utvikling av prinsippet om EU-rettens forrang over nasjonal rett. Tvil i EUs medlemsstater, særlig i Tyskland, om hvorvidt EU-retten kunne ha forrang over den nasjonale forfatningen, ledet til avgjørelser der det ble hintet til at EU rett som var i strid med fundamentale rettigheter i en forfatning, måtte settes til side av nasjonale domstoler. Løsningen for EU-domstolen var å utvikle slike rettigheter i EU-retten, for å forebygge muligheten for at problemet ble satt på spissen.¹⁹

Inspirasjonskildene for EU-rettens grunnleggende rettigheter var medlemsstatenes felles forfatningsrettslige tradisjoner og internasjonale traktater om beskyttelse av menneskerettigheter som medlemsstatene var bundet av. Dette fremgår blant annet av domstolens uttalelse om grunnleggende rettigheter i EU-retten i sak 4/73, *Nold mot Kommisjonen*: «In safeguarding these rights, the Court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member States, and it cannot therefore uphold

¹⁸ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, 2015

¹⁹ Trevor C. Hartley, *The Foundations of European Union Law*, 8. utgave, 2014 s. 147 og mer generelt i Fredriksen og Mathisen (2014) s. 295

measures which are incompatible with fundamental rights recognized and protected by the Constitutions of those States. Similarly, international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law. »²⁰

Utviklingen av menneskerettigheter i EU-retten fortsatte imidlertid også etter at nasjonale domstoler slo seg til ro med EU-rettens vern av menneskerettighetene. 7. desember 2000 vedtok EU-parlamentet, EUs ministerråd og EU-kommisjonen EUs grunnrettighetspakt. Pakten hadde ikke rettslig bindende kraft på dette tidspunktet. Dette skjedde først ved ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten i 2009, som medførte at grunnrettighetspakten fikk status som primærrett sammen med TEU og TEUV når EU-retten tolkes ifølge TEU artikkel 6 nr.1.

Bruken av grunnrettighetspakten i EU-domstolens praksis har vært økende siden 2009. I kommisjonens årsrapport om anvendelsen av pakten i 2015, fremgår det at det var 43 avgjørelser som henviste til pakten i 2011. I 2014 hadde dette tallet økt til 210. I 2015 sank det noe, til 167.²¹ I lys av den økende bruken av pakten i EU-domstolens rettsavgjørelser er det nærliggende å slutte at den vil spille en viktig rolle i utviklingen av innholdet i EU-rettens grunnleggende rettigheter.

Rettighetene som er nedfelt i EUs grunnrettighetspakt er en blanding av sivile, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter slik som de som er nedfelt i de mer kjente menneskerettighetskonvensjonene, EMK, SP og ØSK. Grunnrettighetspakten går også lenger enn dette, og oppstiller rettigheter som ikke finnes i disse konvensjonene.²² Utover dette gir grunnrettighetspakten prinsippbestemmelser som ikke er generelt relevante, men som bare kommer til anvendelse ved tolkning av rettsaker som søker å gjennomføre disse prinsippene. Dette innebærer at prinsippbestemmelsene ikke gir rettigheter til individer. Hvilke bestemmelser dette gjelder fremgår ikke klart av pakten, men må bero på en tolkning av paktens artikkel 52 nr. 5 og de enkelte bestemmelsene. Det er altså flere trekk ved

²⁰ Sak 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung mot Kommisjonen*, Sml. 1974 s. 491 på s. 507

²¹ 2015 report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights, COM (2016) 265 final på s. 25, rapporten er tilgjengelig på http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/application/index_en.htm sist besøkt 25. april 2017

²² Fredriksen (2013) s. 372

grunnrettighetspakten som gjør det misvisende å omtale den som et rent menneskerettighetsdokument.

Et eksempel er artikkel 38 i pakten: «Unionens politikk skal sikre et høyt nivå for forbrukervern». Bestemmelsen er ikke formulert med sikte på å gi individer en rettighet. I stedet er den adressert til EUs egne institusjoner som en plikt. I tillegg retter den seg mot innholdet i EUs rettsakter, slik at det kan argumenteres for at dette er en prinsippbestemmelse som bare er relevant for tolkning av rettsakter som søker å gjennomføre et høyt nivå av forbrukerbeskyttelse.²³ Det kan diskuteres om et høyt nivå av forbrukervern er et grunnleggende krav som alle individer må kunne stille til ethvert rettssystem. Videre tar ikke bestemmelsen om et høyt nivå av forbrukervern utgangspunkt i individet som innehaver av en rettighet.

Et annet eksempel kan være artikkel 27 og 28 i grunnrettighetspakten. Disse omhandler arbeideres rett til informasjon og konsultasjon innad i foretaket og arbeideres rett til forhandling av tariffavtaler og kollektive tiltak. Det som er interessant i denne forbindelsen er at det ikke er individer som sådan som besitter disse rettighetene. Det er arbeideren. Dette fraviker fra tanken om at menneskerettigheter er de rettigheter som er iboende i alle individer uten videre kvalifiserende vilkår.

Grunnrettighetspaktens adressater fremkommer av artikkel 51 nr. 1. Disse er EUs egne institusjoner, men også EUs medlemsstater i de situasjoner der de implementerer EU-rett i nasjonal rett. Her kan det påpekes en forskjell fra systemet under SP, ØSK og EMK, der nasjonalstatene er ansvarlige for etterlevelsen av menneskerettighetene. Paktens bestemmelser er primært adressert til en overnasjonal organisasjon med et eget rettssystem, og det er denne organisasjonen som først og fremst skal sikre at rettighetene overholdes.

Rettighetene som er nedfelt i EMK finnes også igjen i EUs grunnrettighetspakt. Hvordan disse to rettighetskatalogene forholder seg til hverandre løser pakten i artikkel 52 nr. 3. Her fremkommer det at i den grad grunnrettighetspakten inneholder rettigheter som korresponderer med rettigheter i EMK, så skal disse rettighetene minimum innebære det samme som EMK. Dette utelukker ikke at bestemmelsene i pakten kan strekke seg lengre enn det de gjør i EMK.

²³ Fredriksen (2013) s. 373

Ut i fra det som nå er sagt om forholdet mellom menneskerettigheter og EUs grunnrettighetspakt, mener jeg det er hensiktsmessig å omtale den rettighetskatalogen som ligger i pakten for «grunnleggende rettigheter». Dette er ikke bare et resultat av en oversettelse fra engelsk til norsk. Det er også et valg for å få frem at det som diskuteres er en rettighetskatalog som favner videre enn begrepet menneskerettigheter tilsier, som skiller seg fra menneskerettigheter på andre måter som påpekt ovenfor og som dermed ikke bør forveksles med EMK, SP eller ØSK.

3 Innholdet i begrepet grunnleggende rettigheter i EØS-retten

Først vil det gis en fremstilling av hvordan og hvorfor et konsept om grunnleggende rettigheter har utviklet seg i EØS-retten, og hvilket kjerneinnhold dette konseptet har (punkt 3.1.). Når dette er gjort vil grunnleggende rettigheters anvendelsesområde i EØS-retten tas opp (punkt 3.2.). Etter dette vil det komme en fremstilling av hvordan EUs grunnrettighetspakt kan påvirke innholdet i EØS-rettens grunnleggende rettigheter.

Avslutningsvis vil denne delen ta for seg hvordan pakten kan påvirke EØS-retten uten at det henvises til EØS-rettens grunnleggende rettigheter. (punkt 3.3).

3.1 Fremveksten av grunnleggende rettigheter i EØS-retten

Det er ikke nedfelt noen generell bestemmelse i EØS-avtalen om grunnleggende rettigheter.

Det eneste stedet det i avtalen kan påvises noe grunnlag for at grunnleggende rettigheter er en del av EØS-retten er EØS-avtalens fortale, 1. bemerkning, hvoretter avtalepartene «[...] er overbevist om det bidrag et Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde vil gi til oppbyggingen av et Europa grunnlagt på fred, demokrati og menneskerettigheter,». Dette alene ville neppe vært nok til å innfortolke grunnleggende rettigheter som en del av EØS-avtalen. Derimot var det en annen grunn til å innfortolke grunnleggende rettigheter i EØS-avtalen. Grunnleggende rettigheter var allerede en del av EU-retten da EØS-avtalen ble signert i 1992, og hvis EØS-retten skulle være foruten denne kategorien så kunne det bydd på utfordringer med å oppnå homogenitet mellom like bestemmelser i EU-retten og EØS-retten.²⁴

²⁴ Wahl (2014) s. 284

Begrepet grunnleggende rettigheter ble da først benyttet av EFTA-domstolen i sak E-2/03 *Ásgeirsson*.²⁵ *Ásgeirsson* m.fl. var tiltalt for ulovlig eksport av 800 kg torsk til andre EØS-stater. Et spørsmål i saken for nasjonale domstoler var om bearbeiding av fisk som var importert fra områder utenfor EØS kunne medføre at Island måtte regnes som det bearbejdede produktets opprinnelsesland. På grunn av dette ble det bedt om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen.

Den ene av de tiltalte i straffesaken motsatte seg henvisning til EFTA-domstolen for en rådgivende uttalelse. Dette ble begrunnet med at en slik henvisning ville lede til at dommen i den nasjonale saken ville bli utsatt, og at dette ville være i strid med EMK artikkel 6 om rett til avgjørelse innen rimelig tid. Som svar på denne anførselen uttalte EFTA-domstolen i dommens avsnitt 23 at «[...] it [EFTA-domstolen] has found on earlier occasions that provisions of the EEA Agreement as well as procedural provisions of the Surveillance and Court Agreement [ODA] are to be interpreted in the light of fundamental rights.» Det henvises så til to eldre dommer for å underbygge dette, sak E-8/97 *TV 1000*, og sak E-2/02 *Bellona*.²⁶ Så fortsetter EFTA-domstolen i samme avsnitt: «The provisions of the European Convention of Human Rights and the judgments of the European Court of Human Rights are important sources for determining the scope of these rights.» EFTA-domstolen kom frem til at dens behandling av saken ikke var i strid med retten til en avgjørelse innen rimelig tid. Av EFTA-domstolens uttalelser i denne saken kan det sluttet at det finnes grunnleggende rettigheter i EØS-retten, og at EMK og rettspraksis fra EMD er viktige kilder til kunnskap om disse rettighetene.

Dette var som sagt første gang begrepet grunnleggende rettigheter ble benyttet av EFTA-domstolen. Det ble ikke benyttet i hverken *TV 1000*-saken eller *Bellona*-saken.

I *TV 1000*-saken var spørsmålet hvor langt Norge kunne gå i å beskytte mindreårige mot TV-sendt pornografi. Et spørsmål retten måtte ta stilling til var hvor fritt Norge stod i vurderingen av TV-sendingenes grovhet. EFTA domstolen viser i dommens avsnitt 26 til at beskyttelse av

²⁵ Sak E-2/03, *Påtalemakten mot Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson og Helgi Már Reynisson*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 185

²⁶ Sak E-8/97, *TV 1000 Sverige AB mot Den norske regjering, representert ved Kulturdepartementet*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 68 og sak E-2/02, *Technologie Bau-und Wirtschaftsberatung GmbH og Bellona Foundation mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52

mindreåriges moralske utvikling er en viktig del av beskyttelsen av den offentlige moral. EFTA-domstolen påpeker så at det ikke er mulig å finne en felles europeisk oppfatning av offentlig moral, da moralske oppfatninger varierer i tid og sted. Det vises i denne sammenheng til praksis fra EMD, samt praksis fra EU-domstolen som bygger på dette. I den rådgivende uttalelsen konkluderte EFTA-domstolen med at det er opp til nasjonale myndigheter i mottakerstaten å avgjøre hvilke programmer som kan skade mindreåriges fysiske, psykiske eller moralske utvikling.

I Bellona-saken hadde Technogien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH og Bellona Foundation gått til sak mot ESA på grunn av en beslutning om å avslutte en sak om ulovlig statsstøtte mot Norge. Det er strenge vilkår for søksmålsadgang i ugyldighetssaker mot ESA etter ODA artikkel 36 andre ledd. I den forbindelse anførte saksøkerne i avsnitt 28 at EFTA-domstolen måtte foreta en mer fleksibel vurdering av vilkårene for søksmålsadgang. Det vises blant annet til EMK artiklene 6 og 13, samt grunnrettighetspakten artikkel 47. EFTA-domstolen uttalte i avsnitt 36 under henvisning til EØS-avtalens fortale, 8. bemerkning²⁷, at «Access to justice is an essential element of the EEA legal framework.» Utfallet av saken ble imidlertid at ingen av saksøkerne hadde søksmålsadgang.

Basert på det som sies i TV 1000-saken og Bellona-saken kan det virke som et langt hopp til uttalelsen i Ásgeirsson, men hvis saken leses i lys av homogenitetsmålsettingen så er det ikke så overraskende at EFTA-domstolen lanserte begrepet grunnleggende rettigheter og forankret det i EMK. Ikke bare imøtekommer det avtalepartenes interesse av å oppnå et homogent indre marked, men det imøtekommer også EFTA-statenes interesse i å oppfylle sine forpliktelser etter EMK. Hvis EØS-retten skulle legge seg på et beskyttelsesnivå som ligger under det som til enhver tid følger av EMK, så ville EFTA-statene risikere å bli dømt for brudd på sine forpliktelser etter EMK når de oppfyller sine forpliktelser etter EØS-avtalen.

En annen side av dette er at EFTA-domstolen ved å forankre grunnleggende rettigheters innhold i EMK ikke gir nye forpliktelser til EFTA-statene, men hjelper dem med å oppfylle de forpliktelsene de allerede har påtatt seg. På denne måten styrer innføringen av grunnleggende rettigheter i EØS-retten klar av suverenitetsprinsippet. Samtidig er det ikke til

²⁷ «Som er overbevist om den viktige rolle individene vil spille i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde ved at de utøver de rettigheter som er gitt dem i avtalen, og ved domstolenes forsvar av disse rettigheter,»

å komme utenom at EMK rent formelt ikke er en del av EØS-retten. Dette løses med en rettslig fiksjon, der grunnleggende rettigheter eksisterer som et selvstendig rettslig konsept i EØS-retten, samtidig som det erkjennes at disse rettighetene har samme innhold som rettighetene i EMK.

Avgjørelsen i *Ásgeirsson*-saken har siden blitt fulgt opp i en rekke dommer. Her kan det av nyere praksis nevnes sak E-4/11 *Clauder*, sak E-15/10 *Posten mot ESA*, sak E-12/10 *ESA mot Island*, sak E-14/15 *Holship*, og sak E-28/15 *Yankuba Jabbi*.²⁸

Jabbi-saken er den nyeste saken der EFTA-domstolen har uttalt seg generelt om grunnleggende rettigheter i EØS-retten. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse ble gitt 26. juli 2016. EFTA-domstolen måtte i denne saken uttale seg om tolkningen av Direktiv 2004/38/EF. EFTA-domstolen presiserte spørsmålet i avsnitt 48, der det ble uttalt at spørsmålet i hovedsak var «[...] om en tredjelandsborger, som er familiemedlem til en EØS-borger som etter retur fra en annen EØS-stat oppholder seg i EØS-staten hvor EØS-borgeren er statsborger, etter EØS-retten har en avledet rett til opphold i sistnevnte stat.»

Det kommer mer om denne saken senere under pkt. 3.3.1. Det er tilstrekkelig på dette tidspunktet å påpeke at grunnleggende rettigheter spilte en beskjeden rolle i saken, og at det virker som om EFTA-domstolen hadde fattet sin konklusjon før den i det hele tatt nevnte grunnleggende rettigheter. Saken hadde uansett en side til retten til familieliv. Grunnleggende rettigheter nevnes av EFTA-domstolen i avsnitt 81: «EFTA-domstolen legger til at alle EØS-stater har undertegnet Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, som i artikkel 8 nr. 1 nedfeller retten til respekt for privatliv og familieliv. Ifølge fast rettspraksis skal EØS-avtalens bestemmelser fortolkes på bakgrunn av grunnleggende rettigheter.» Uttalelsen underbygges med en henvisning til *Clauder*-saken, og den praksis som denne saken bygger på.

Uttalelsen om grunnleggende rettigheter i Jabbi-saken er den siste av flere uttalelser siden *Ásgeirsson*-saken. Det er variasjoner i hvordan EFTA-domstolen omtaler grunnleggende rettigheter fra sak til sak, men kjernen synes å ligge fast: Det finnes grunnleggende rettigheter

²⁸ Sak E-4/11, *Arnulf Clauder*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216 i avsnitt 49, sak E-15/10, *Posten Norge AS mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246 i avsnitt 85, sak E-12/10, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117 i avsnitt 60, sak E-14/15, *Holship Norge AS mot Norsk Transportarbeiderforbund* [2016], (ennå ikke i EFTA Ct. Rep.) i avsnitt 123 og sak E-28/15, *Yankuba Jabbi mot Den norske stat v/Utlendingsnemda* [2016], (ennå ikke i EFTA Ct. Rep.) i avsnitt 81

som er en del av EØS-retten, og EMK supplert med rettspraksis fra EMD er viktige kilder til kunnskap om disse rettighetene.

I denne sammenheng er distinksjonen mellom grunnleggende rettigheter og menneskerettigheter av interesse. Som nevnt avslutningsvis i punkt 1.1. er begrepet grunnleggende rettigheter mer vidtrekkende enn begrepet menneskerettigheter. Likevel er det i praksisen fra EFTA-domstolen sammenfall mellom begrepene. Forenklet kan det sies at EØS-avtalen skal tolkes i lys av grunnleggende rettigheter, og kunnskap om grunnleggende rettigheter får vi av menneskerettighetene i EMK. Til tross for dette tilsynelatende sammenfallet mellom grunnleggende rettigheter og menneskerettigheter har EFTA-domstolen likevel valgt å benytte terminologien grunnleggende rettigheter når den omtaler konseptet. En årsak til dette er nok at terminologien da blir liggende tett opp mot EU-rettens ordbruk. En annen konsekvens av begrepsbruken er at selv om grunnleggende rettigheter i EØS-retten tilsynelatende ikke rommer noe mer enn menneskerettigheter nedfelt i EMK, så kan det heller ikke utelukkes at begrepet rekker utover de mer kjente menneskerettighetene. Uansett er kjernen av begrepet klar. Menneskerettigheter nedfelt i EMK, slik de blir fortolket av EMD, står sentralt i EØS-rettens grunnleggende rettigheter.²⁹

3.2 Anvendelsesområdet for grunnleggende rettigheter i EØS-retten

I praksisen fra EFTA-domstolen er det variasjoner i hvordan anvendelsesområdet for grunnleggende rettigheter omtales. Spørsmålet her blir da hvilket anvendelsesområde grunnleggende rettigheter har i EØS-retten. Dette er et spørsmål som reises i lys av at EØS-retten favner videre enn bare EØS-avtalen selv og ODA. Et eksempel på dette er ESAs regelverk om dokumentinnsyn, som også utgjør en del av EØS-retten.³⁰

I Holship-saken måtte EFTA-domstolen i en rådgivende uttalelse ta stilling til om en boikott av Holship ved Drammen havn for å fremtvinge tilslutning til en tariffavtale som Holship ikke hadde vært med på å fremforhandle ville innebære en restriksjon på etableringsfriheten i EØS.

²⁹ Samme konklusjon i Björgvinsson (2014) s. 277

³⁰ Sak E-7/12, *Schenker North AB, Schenker Privpak AB og Schenker Privpak AS mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2013 s. 356 i avsnitt 116

EFTA-domstolen måtte blant annet ta stilling til om en boikott som utgjorde en restriksjon på etableringsfriheten etter EØS-avtalens artikkel 31 kunne rettferdiggjøres. Spørsmålet om rettferdiggjøring hadde en side til EMK artikkel 11 om foreningsfrihet. Den anmodende domstol (Høyesterett) måtte vurdere rettferdiggjøring også i lys av Holships negative rett til foreningsfrihet. I denne forbindelse uttaler EFTA-domstolen i avsnitt 123: «Grunnleggende rettigheter utgjør en del av de uskrevne prinsipper i EØS-retten. EFTA-domstolen har lagt til grunn at bestemmelsene i EMK og dommene avsagt av EMD er viktige kilder når det gjelder å fastslå anvendelsesområdet for disse grunnleggende rettigheter (se sak E-2/03 Ásgeirsson, Sml. 2003 s. 185 (avsnitt 23)). De grunnleggende rettigheter som EØS-retten sikrer, gjelder i alle situasjoner der EØS-retten kommer til anvendelse.»

Formuleringen i Holship-saken fraviker fra de to formuleringene som ble gjengitt over i punkt 3.1 og de øvrige sakene som også ble nevnt der. I Ásgeirsson-saken la EFTA-domstolen til grunn at EØS-avtalen og prosessuelle bestemmelser i ODA skal tolkes i lys av grunnleggende rettigheter. I Jabbi-saken nøyde domstolen seg med å si at EØS-avtalen skal tolkes i lys av grunnleggende rettigheter. I Holship-saken går EFTA-domstolen lengre enn den tidligere har gjort, og omtaler grunnleggende rettigheter som uskrevne prinsipper i EØS-retten. Dette medfører at grunnleggende rettigheter kan anvendes i enhver sak som angår EØS-retten.

Dette er også i tråd med homogenitetsprinsippet da det finnes EØS-rettslige regler utenfor selve EØS-avtalen og ODA som reproducerer bestemmelser fra EU-retten.³¹ Videre opererer ikke EU-retten med noe internt skille mellom de områder der grunnleggende rettigheter er relevante og ikke relevante. Bestemmelsene i EUs grunnrettighetspakt er generelt adressert til EU-rettens aktører i artikkel 51. Også av denne grunn virker det mest i overensstemmelse med homogenitetsmålsettingen å anvende grunnleggende rettigheter i EØS-retten generelt, i stedet for avgrenset bestemmelser i EØS-avtalen og ODA.

Det hadde også vært betenkkelig om grunnleggende rettigheter, hvis formål er å verne om privates rettigheter, ikke skal være av generell relevans slik at de må rettferdiggjøres hvis saken omhandler bestemmelser utenfor EØS-avtalen og ODA. Det virker tilfeldig å trekke en prinsipiell grense der. Grunnleggende rettigheter bør være relevant i den grad saken omhandler bestemmelser som har en side til grunnleggende rettigheter. Til dette må det også tilføyes at en innfallsvinkel der grunnleggende rettigheter er av generell relevans i EØS-retten

³¹ Se for eksempel sak E-15/10, *Posten mot ESA*, avsnitt 110

gir et mye mer konsistent regelverk, i motsetning til en situasjon der relevansen utenfor EØS-avtalen og ODA måtte vurderes fra sak til sak.

Likevel må det bemerkes at den brede formuleringen i Holship-saken ikke var nødvendig for resultatet. I den aktuelle saken var det spørsmål om tolkningen av EØS-avtalens artikkel 33 som foranlediget domstolens generelle utsagn om grunnleggende rettigheter i EØS-retten. Her kunne EFTA-domstolen like godt ha benyttet en smal formulering om at EØS-avtalens bestemmelser skal leses i lys av grunnleggende rettigheter. Videre er den brede formuleringen i Holship-saken ikke fulgt opp i Jabbi-saken som ble avsagt noen måneder senere. Til dette må det igjen poengteres at uttalelsen i Jabbi-saken neppe hadde stor betydning for resultatet, og bærer mer preg av å være en tilleggsbemerkning. Av denne grunn kan det hende at uttalelsene om grunnleggende rettigheter i Jabbi-saken ikke var gjenstand for noen nærmere overveielse.

Det virker generelt som om denne forskjellen ikke har fanget noe særlig interesse. Det virker også som om grunnleggende rettigheter blir relevante innen EØS-retten uavhengig av hvordan EFTA-domstolen uttaler seg generelt om grunnleggende rettigheter. I sak E-15/10, *Posten mot ESA* kom EFTA-domstolen for eksempel til at homogenitetsprinsippet også omfattet tolkningen av dens egne prosedyreregler. Avslutningsvis i avsnittet bemerkes det så at anvendelsen av EFTA-domstolens prosessuelle regler i alle tilfeller må respektere grunnleggende rettigheter. Måten EFTA-domstolen sier dette på indikerer at dette er en selvfølge som er uavhengig av homogenitetsprinsippets relevans i den aktuelle saken.³²

Oppsummert mener jeg at grunnleggende rettigheter er generelt relevante i EØS-retten, særlig da dette i størst grad ivaretar homogenitetsmålsettingen og virker som en mer konsistent løsning. I lys av den praksis som er gjennomgått, virker det som om ordvalget til EFTA-domstolen når den uttaler seg om grunnleggende rettigheter i stor grad bare følger det som tidligere er sagt, med unntak av i Holship-saken. Likevel ser det ut til at den uansett vil bruke grunnleggende rettigheter på bestemmelser utenfor EØS-avtalen og ODA, uten å resonnerer noe særlig rundt dette skillet, slik som i *Posten mot ESA*.

Ut i fra det som nå er behandlet i punkt 3.1 og punkt 3.2. kan det foreløpig konkluderes med at grunnleggende rettigheter i EØS-retten omfatter menneskerettigheter slik de fremkommer

³² sak E-15/10, *Posten mot ESA*, avsnitt 110

av EMK og tolkes av EMD. Videre er grunnleggende rettigheter anvendelig i hele EØS-retten, slik at anvendelse utenfor EØS-avtalen eller ODA ikke krever noen videre rettslig rettferdiggjøring.

3.3 Anvendelse av grunnleggende rettigheter som ikke kan forankres i EMK

Som forklart i del 2 har grunnleggende rettigheter i EU-retten blitt kodifisert i EUs grunnrettighetspakt, og pakten har et innhold som går lenger enn EMK på to forskjellige måter. For det første følger det av paktens artikkel 52 nr. 3 at EMK er minstestandarden hva gjelder rettigheter som korresponderer med EMK-bestemmelser. Dette innebærer at grunnrettighetspakten potensielt kan få et mer vidtrekkende innhold enn bestemmelsene i EMK. For det andre inneholder grunnrettighetspakten bestemmelser som ikke finnes i EMK. Dette innebærer at grunnleggende rettigheter i EU-retten kan ha et innhold som ikke lar seg gjenfinne i EØS-retten. Begge disse konsekvensene av pakten truer EØS-avtalens homogenitetsmålsetting. Hvis ikke EU-rettens standard for grunnleggende rettigheter kan identifiseres i EØS-retten, er forskjellige tolkningsresultater av regler med tiltenkt samme innhold en mulighet. I fortsettelsen skal forholdet mellom EUs grunnleggende rettigheter i grunnrettighetspakten og EØS-rettens grunnleggende rettigheter drøftes.

En innledende bemerkning for denne delen er at hvis man i EØS-retten søker mulige måter å anvende grunnleggende rettigheter utover EMK, så må disse grunnleggende rettighetene ha relevans for EØS-retten. I denne sammenheng har grunnrettighetspakten mange bestemmelser som ikke er relevante for EØS-retten. Niels Wahl fremhever blant annet paktens artikkel 39 om retten til å stemme og å stille til valg i Europaparlamentet og artikkel 43 om retten til å klage til EUs ombudsmann.³³ Det må altså først foretas en konkret vurdering av den aktuelle grunnleggende rettigheten med sikte på å besvare om den i det hele tatt er EØS-relevant.

3.3.1 Generell direkte anvendelse av EUs grunnrettighetspakt

Den enkleste måten å løse utfordringen som EUs grunnrettighetspakt representerer for homogenitetsmålsettingen er å gi den generell direkte relevans. Med dette mener jeg at en henvisning direkte til paktens bestemmelser, uansett sak, uten videre aksepteres som gyldig argumentasjon. Dette er jo utvilsomt den sikreste og enkleste måten å oppfylle homogenitetsmålsettingen på.

³³ Wahl (2014) s. 295

Så enkelt er det likevel ikke. Suverenitetsprinsippet yter mest motstand i dette typetilfellet. Dette fordi det her er snakk om å fastlegge EFTA-statenes rettigheter og plikter i lys av en internasjonal avtale som EFTA-statene ikke har tiltrådt. Hvis bruken av pakten vil innebære at forpliktelsene øker i omfang og gir mindre statlig handlefrihet, vil suverenitetsprinsippet gjøre seg gjeldende med full styrke og hindre bruk av pakten. Dette ble også anført av Norge i sak E-10/14, *Enes Deveci*³⁴ i avsnitt 44. «Ifølge Norges regjering ville imidlertid en automatisk anvendelse av pakten, som ikke er innarbeidet i EØS-avtalen, rokke ved statenes suverenitet og prinsippet om samtykke som grunnlag for internasjonale rettslige forpliktelser. Etter Norges regjering oppfatning gir pakten i visse henseender grunnleggende rettigheter som går lenger enn dem som er felles for EØS-statene.» Det er vanskelig å argumentere mot denne anførselen.

En annen side av dette problemet er i tilfeller der direkte bruk av pakten leder til at EFTA-statene får økt handlefrihet eller mindre vidtrekkende forpliktelser. Hvis dette er tilfelle kan det anføres at suverenitetsprinsippet ikke utgjør et hinder for direkte anvendelse av pakten. Påstanden skyldes at anvendelse i slike tilfeller ikke vil innebære at EFTA-staten pålegges mer vidtrekkende forpliktelser enn de i utgangspunktet har påtatt seg, og hvis dette er tilfelle vil jo heller ikke suverenitetsprinsippet gjøre seg gjeldende. Nedsiden med å akseptere direkte anvendelse av pakten i slike tilfeller er at økt statlig handlefrihet i EØS-retten vil kunne innebære en tilsvarende innskrenking av privates rettigheter.³⁵ Selv om EØS-avtalen er tiltrådt av EU og EØS-medlemsstatene, så er hensikten å tilrettelegge for et indre marked som private individer og markedsaktører kan benytte seg av. Hvis anvendelse av pakten gir et resultat som ellers ikke ville være mulig, og dette resultatet innskrenker privates handlefrihet, kan det innvendes at resultatet ikke er forutberegnelig.³⁶

At EFTA-statene ikke vil ha noe særlig imot å anvende EUs grunnrettighetspakt der dette vil resultere i større statlig handlefrihet, kan for øvrig ikke tas for gitt. Hvis grunnrettighetspakten skulle bli direkte anvendt av EFTA-domstolen for å underbygge et resultat som øker statlig handlefrihet så er det mulig at dette vil benyttes i en senere sak som argument for at pakten har direkte relevans i EØS-retten. Dette innebærer at EFTA-domstolens eventuelle direkte

³⁴ Sak E-10/14, *Enes Deveci m.fl. mot Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden*, EFTA Ct. Rep. 2014 s. 1364

³⁵ Fredriksen (2013) s. 375

³⁶ Fredriksen (2013) s. 375

anvendelse av pakten når den gir økt statlig handlefrihet kan viske ut grensen mellom hva som er en del av EØS-retten og hva som faller utenfor. Dette kan på sikt innebære at pakten anvendes direkte også i saker der pakten bidrar til å innskrenke det statlige handlingsrommet.

At suverenitetsprinsippet ikke er til hinder for bruk av grunnrettighetspakten i tilfeller hvor bruk av pakten gir økt statlig handlefrihet, betyr imidlertid ikke uten videre at pakten kan anvendes, for pakten er jo ikke en del av EØS-retten. For å legitimere bruk av pakten i EØS-retten, må det altså finnes et konkret rettslig grunnlag for dette i EØS-avtalen. Et slikt rettslig grunnlag kan eventuelt være homogenitetsprinsippet. Jeg skal i det følgende diskutere om dette prinsippet går så langt at det legitimerer direkte anvendelse av pakten i EØS-retten.

EFTA-domstolen uttalte i L'Oréal-saken at det kreves «tvingende grunner» for å fravike homogenitetsprinsippet.³⁷ En «tvingende grunn» til å fravike homogenitetsprinsippet er at ulikheter i rettskildebildene til EU-retten og EØS-retten gjør at en tolkning med EU-rettens innhold i EØS-retten ikke lar seg argumentere overbevisende for. Et eksempel på hvor langt homogenitetsmålsettingen rekker når det er ulikheter i rettskildebildet mellom EU-retten og EØS-retten er Jabbi-saken.

I Jabbi-saken ga EFTA-domstolen en rådgivende uttalelse om direktiv 2004/38/EF artikkel 7 nr. 1 bokstav (b) jf. nr. 2. Spørsmålet var om saksøker i den nasjonale prosessen, Yankuba Jabbi, en tredjelandsborger, kunne avlede en rett til opphold i Norge fra sin norske ektefelle. De hadde møttes i Spania og bodd sammen der i en periode. Problemet var at direktivets artikkel 7 sikter på tilfeller der en EØS-borger reiser til et annet EØS-land, og da må kunne fortsette samlivet med sin ektefelle i det landet. Meningen med dette er å bygge ned barrierer i arbeidsmarkedet i EØS.

EU-domstolen hadde tidligere tatt stilling til spørsmålet om tredjelandsborgeres rett til avledet opphold etter direktivet i sak C-456/12, *O. og B.*³⁸ Her ble saken løst med bruk av TEUV artikkel 21 som omhandler unionsborgerskap. EU-domstolen kom til at denne bestemmelsen medførte at direktivets bestemmelser om tredjelandsborgeres avledete rett til opphold måtte få

³⁷ Forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal*, avsnitt 31

³⁸ Sak C-456/12, *O. og B. mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, [2014], ECLI:EU:C:2014:135

analogisk anvendelse på situasjoner der ektefellen som er unionsborger drar til sitt eget hjemland.

Dette var en utfordring for homogenitetsmålsettingen. EFTA-domstolen foretok en drøftelse der det ble lagt særlig vekt på at fri bevegelighet for personer utgjør en del av kjernen i EØS-avtalen.³⁹ Det ble vist til at artikkel 7 nr. 1 bokstav b) innebærer at EØS-landene ikke kan legge hindringer på sine borgeres mulighet til å bosette seg i et annet EØS-land. Da måtte det tas stilling til om en praksis som nekter en tredjelandsborger i å følge sin ektefelle tilbake til sin hjemstat utgjør en hindring på EØS-borgerens mulighet til å bosette seg i et annet EØS-land.⁴⁰ Dette spørsmålet ble besvart bekreftende hva gjelder personer som hadde drevet økonomisk aktivitet i en annen EØS-stat. Resonnementet måtte imidlertid også gjelde for personer som hadde vært økonomisk inaktive i en annen EØS-stat så lenge de oppfylte direktivets krav til selvforsørgelse.⁴¹

Når EFTA-domstolen i saken omtalte hvordan den forholdt seg til at EU-domstolen hadde benyttet TEUV artikkel 21 som en sentral rettskilde i sitt resonnement rundt det samme spørsmålet, uttalte den i avsnitt 68: «I den videre undersøkelse legger EFTA-domstolen særlig vekt på at fri bevegelighet for personer er en del av kjernen i EØS-avtalen. Den foreliggende sak skiller seg fra *O. og B.* i den grad den nevnte dom er basert på unionsborgerskap. Følgelig må det undersøkes om det er mulig å oppnå ensartethet i EØS basert på et rettsgrunnlag hjemlet i EØS-avtalen. En slik undersøkelse må baseres på EØS-avtalen, rettsakter innlemmet i den samt rettspraksis.»

I likhet med reglene i TEUV om unionsborgerskap er ikke EUs grunnrettighetspakt et rettsgrunnlag som er gjort til del av EØS-retten. Når denne saken anvendes på spørsmålet om homogenitetsprinsippet går så langt at det legitimerer direkte anvendelse av rettskilder som ikke er gjort til del av EØS-retten, må svaret bli nei. Hvis rettskildene som benyttes i EU-retten ikke er tilgjengelig i EØS-retten, så må homogenitetsprinsippet innebære at man søker resultatlikhet på EØS-rettens egne premisser. Grunnrettighetspakten er ikke formelt gjort til del av EØS-avtalen, og av den grunn kan den ikke anvendes direkte som en rettskilde i EØS-retten.

³⁹ Sak E-28/15, *Jabbi*, avsnitt 68

⁴⁰ Sak E-28/15, *Jabbi*, avsnitt 75-76

⁴¹ Sak E-28/15, *Jabbi*, avsnitt 78-79

Det kan også argumenteres for at hensynet til privates rettigheter er til hinder for direkte anvendelse av pakten i tilfeller der det ikke kommer i konflikt med suverenitetsprinsippet.⁴² I lys av EFTA-domstolens uttalelser om homogenitetsprinsippets rekkevidde i Jabbi-saken mener jeg at privates rettigheter i denne sammenheng blir et støtteargument. Hvis EFTA-domstolen fortsetter å fremholde at det er et klart skille mellom rettskilder i EU-retten og EØS-retten, så blir det neppe nødvendig å ta stilling til om hensynet til privates rettigheter alene kan utgjøre begrunnelsen for at grunnrettighetspakten ikke kan anvendes direkte i EØS-retten.

Konklusjonen blir da at en direkte anvendelse av grunnrettighetspakten som grunnlag for å gi EØS-rettens grunnleggende rettigheter et innhold tilsvarende EU-rettens grunnleggende rettigheter ikke kan godtas. Dette fordi det er problematisk i lys av folkerettens suverenitetsprinsipp, og fordi homogenitetsprinsippet ikke kan legitimere slik bruk i tilfeller som faller utenfor suverenitetsprinsippet.

3.3.2 EUs grunnrettighetspakts indirekte påvirkning på grunnleggende rettigheter i EØS-retten

Selv om direkte bruk av grunnrettighetspakten ikke kan legitimeres med en henvisning til homogenitetsmålsettingen i EØS-retten, er det fortsatt interessant å undersøke hvordan grunnrettighetspakten kan ha en indirekte virkning på EØS-rettens grunnleggende rettigheter i lys av homogenitetsmålsettingen. En slik undersøkelse gjøres fordi det må antas at grunnrettighetspakten har en eller annen form på påvirkning på EØS-retten, også når dens bestemmelser går lengre enn EMK eller ikke kan gjenfinnes i EMK. En konklusjon om at pakten ikke har direkte virkning i EØS-retten leder ikke nødvendigvis til at enhver indirekte eller avledet virkning også må utelukkes.⁴³ Homogenitetsprinsippet etablerer, som sagt i L'Oréal-saken, en presumpsjon for at EØS-retten har samme materielle innhold som tilsvarende regler i EU-retten. Det følger av dette at hvis grunnrettighetspakten påvirker tolkningsresultater i EU-retten, og det presumeres at EØS-retten samsvarer med disse tolkningsresultatene, så har grunnrettighetspakten påvirket EØS-retten på en avledet eller indirekte måte.

⁴² Fredriksen (2013) s. 375

⁴³ Wahl (2014) s. 282

Når det samme resonnementet som ble benyttet i det EU-rettslige resonnementet likevel ikke kan anvendes fordi hele eller deler av det ikke er en del av EØS-retten, så blir spørsmålet hvordan et lignende resonnement kan bygges på EØS-rettens egne kilder, eller «[...] på et rettsgrunnlag hjemlet i EØS-avtalen.»⁴⁴

EFTA-domstolen bygde sin tolkning av rådsdirektiv 2001/23/EF («direktivet») artikkel 3 i sak E-10/14, *Enes Deveci*, delvis på grunnlag av friheten til å opprette og drive egen virksomhet, en frihet som i EU-retten er nedfelt i grunnrettighetspakten artikkel 16. Dette skjedde forutsetningsvis fordi EU-domstolen i sak C-426/11, *Alemo Herron*⁴⁵ hadde tolket samme direktivs artikkel 3 i lys av grunnrettighetspakten artikkel 16, om friheten til å opprette og drive egen virksomhet.

I fortsettelsen følger en kort fremstilling av Alemo-Herron-saken. Så kommer det en analyse av Enes Deveci-saken, som vil tjene som utgangspunkt for fremstillingen av hvordan grunnrettighetspakten kan få indirekte anvendelse på EØS-rettens grunnleggende rettigheter.

3.3.2.1 Kort om sak C-426/11, Alemo-Herron m.fl. mot Parkwood Leisure Ltd.

I denne saken hadde tidligere offentlige ansatte ved en virksomhetsoverdragelse blitt overført til en tjenesteleverandør i privat sektor. Før overføringen ble enkelte arbeidsvilkår, herunder lønn, regulert av avtaler inngått mellom et kollektivt forhandlingsorgan for de ansatte og distriktet de jobbet i. Disse kollektive avtalene var ikke bindende som sådan, men arbeidskontraktene til de ansatte inneholdt en klausul om at arbeidsvilkårene skulle bestemmes ut i fra den til enhver tid gjeldende kollektive avtalen mellom forhandlingsorganet og distriktet. Da de ansatte ble overført til privat sektor, ble også arbeidsavtalen overført. Etter enda en virksomhetsoverdragelse, denne gangen til Parkwood Leisure Ltd. oppstod det konflikt mellom de ansatte og Parkwood. Den forrige kollektive avtalen var erstattet med en ny avtale. De overførte ansatte mente at siden deres arbeidsavtale inneholdt en klausul som henviste til den til enhver tid gjeldende kollektive avtalen, så måtte denne gjelde overfor Parkwood. Dette ville ikke Parkwood akseptere, da den kollektive avtalen det var snakk om var fremforhandlet i offentlig sektor uten at Parkwood hadde vært involvert i prosessen. Til slutt nådde saken engelsk Høyesterett, som henvendte seg til EU-domstolen for en avgjørelse av hvordan rådsdirektiv 2001/23/EF artikkel 3 skulle tolkes.

⁴⁴ Sak E-28/15, *Jabbi*, avsnitt 68

⁴⁵ Sak C-426/11, *Mark Alemo-Herron m.fl. mot Parkwood Leisure Ltd.*, [2013], ECLI:EU:C:2013:521

Artikkel 3 nr. 3 sier: «Etter overdragelsen skal erververen opprettholde de arbeidsvilkår som er fastsatt i en tariffavtale på samme vilkår som gjaldt for overdrageren i henhold til samme avtale, inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper, eller en annen tariffavtale trer i kraft eller får anvendelse.» EU-domstolen måtte ta stilling til om dette innebar at det ville være i strid med EU-retten om de overdratte ansatte kunne håndheve den nye offentlige lønnsavtalen, inngått etter virksomhetsoverdragelsen, mot Parkwood i det engelske rettssystemet.

Et spørsmål for EU-domstolen i denne sammenhengen var om direktivet bare tok sikte på å beskytte de overførte ansatte, eller om det også søkte å balansere rettighetene mellom overførte ansatte og erververen. Her viste EU-domstolen til at direktivet søker en rimelig balanse mellom partene, og at artikkel 3 også søker å gi erververen muligheten til å foreta nødvendige omstillinger for å fortsette driften. I lys av dette påpekes det at en dynamisk klausul slik som i denne saken innebærer en betydelig innskrenking av erververens muligheter til å foreta de nødvendige endringene i virksomheten. Konsekvensen av dette ville være en underminering av balansen som direktivet søker å oppnå.⁴⁶

Så trekker EU-domstolen grunnrettighetspakten inn i vurderingen. EU-domstolen påpeker at direktivets artikkel 3 må tolkes i samsvar med grunnrettighetspaktens artikkel 16 om friheten til å opprette og drive egen virksomhet. Denne friheten innebærer blant annet friheten til å inngå kontrakter. Dette innebærer at erververen må kunne håndheve sine interesser effektivt i en forhandlingsprosess. I denne saken var erververen del av privat sektor og kunne dermed ikke delta i forhandlingen av kollektive avtaler i det offentlige. Dette ledet til at friheten til å inngå kontrakter var kraftig redusert og dette ville igjen resultere i en sterkt negativ påvirkning av kjernen i friheten til å opprette og drive egen virksomhet i grunnrettighetspakten artikkel 16.⁴⁷

EU-domstolen konkluderte med at artikkel 3 i direktiv 2001/23/EF måtte tolkes slik at den er til hinder for at medlemsstatene kan gi lover som åpner for at dynamiske klausuler i arbeidsavtaler som viser til kollektive avtaler inngått etter datoen for virksomhetsoverdragelsen kan håndheves mot erververen, når erververen ikke har mulighet til å delta i forhandlingsprosessen til den kollektive avtalen.

⁴⁶ Sak C-426/11, *Alemo-Herron*, avsnitt 25-29

⁴⁷ Sak C-426/11, *Alemo-Herron*, avsnitt 30-35

3.3.2.2 Grunnrettighetspaktens påvirkning på EØS-rettens grunnleggende rettigheter i lys av sak E-10/14, Enes Deveci m.fl. mot Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden

Saksforholdet i Deveci-saken var at selskapet Spirit Air Cargo Handling AS («Spirit») ved virksomhetsoverdragelse var blitt gjort til del av selskapet Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden («SAS»). De ansatte i Spirit hadde inngått en særavtale på foretaksnivå om arbeidsvilkår, herunder lønn. I samsvar med norsk lovgivning og artikkel 3 i direktivet hadde denne særavtalen fortsatt å regulere forholdet mellom de ansatte og SAS etter virksomhetsoverdragelsen som fant sted 1. mars 2012. De overførte ansatte mottok 16. mars en underretning fra SAS om at SAS ikke lenger ønsket å være bundet av særavtalen som var inngått med Spirit. SAS informerte de overførte ansatte 30. mars om at de ville bli omfattet av særavtalen som regulerte forholdet mellom øvrige ansatte i SAS og selskapet. Dette ville skje med virkning fra 1. mai 2012. Konsekvensen av at de overførte ansatte ble omfattet av særavtalen til SAS var en gjennomsnittlig lønnsreduksjon på mellom 4 og 8 prosent. Når de ble overført til den nye særavtalen fikk de full godskriving av ansiennitet og kompetanse fra tiden i Spirit.

De overførte ansatte gikk til sak mot SAS i det norske rettssystemet. De motsatte seg å få arbeidsvilkårene regulert av særavtalen som gjaldt i SAS fra tiden før virksomhetsoverdragelsen. SAS ble frifunnet i tingretten. Så ble saken anket til lagmannsretten som ba EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om tolkning av artikkel 3 i direktivet.

Et av spørsmålene EFTA-domstolen måtte ta stilling til var om «[...]det er forenlig med direktivet artikkel 3 nr. 3 at vilkårene i tariffavtalen som gjelder i erververens [SAS] virksomhet anvendes på de ansatte som omfattes av overdragelsen, etter at tariffavtalen som gjaldt i overdragerens [Spirit] foretak er utløpt, selv om dette fører til en lønnsreduksjon.»⁴⁸

EFTA-domstolen viste i denne sammenhengen til at direktivets artikkel 3 nr. 3 ikke krever at en tariffavtale som sådan skal anvendes frem til den løper ut eller blir erstattet på annen gyldig måte. Bestemmelsen innebærer at vilkårene i tariffavtalen skal regulere forholdet mellom de overførte ansatte og erververen fram til en ny avtale er inngått.⁴⁹ Konsekvensen av

⁴⁸ Sak E-10/14, *Enes Deveci*, avsnitt 33

⁴⁹ Sak E-10/14, *Enes Deveci*, avsnitt 61-62

dette er at direktivets artikkel 3 nr. 3 også er relevant for hvor langt nasjonale myndigheter kan gå i å gi regler om ettervirkninger av tariffavtalers vilkår etter at de har utløpt.

EFTA-domstolen viste så til at nasjonale regler kan gi tariffavtaler ettervirkninger for å ivareta interessene til overførte ansatte. EFTA-domstolen påpekte at hvis det er gitt nasjonale regler om tariffavtalers ettervirkninger, så må det foretas en vurdering av om disse reglene er i samsvar med direktivets hovedformål. Det ble så vist til EU-domstolens avgjørelse i *Alemo-Herron*-saken. Det bekreftes at direktivets hovedformål er å sikre en rimelig balanse mellom de ansattes og erververens interesser, og at det i denne sammenheng er i strid med direktivet hvis en nasjonal regel om ettervirkninger ikke er tidsbegrenset, da dette vil medføre at erververen blir bundet til de gamle arbeidsvilkårene på ubestemt tid.⁵⁰

Om betydningen av at *Alemo-Herron*-saken til dels bygget på en tolkning av direktivet i lys av grunnrettighetspakten artikkel 16 uttaler EFTA-domstolen: «EFTA-domstolen ser ingen grunn til å gå inn på spørsmålet om anvendelse av pakten artikkel 16. EØS-avtalen har knyttet EØS/EFTA-statenes markeder til det felles marked i Den europeiske union. Aktørene i et marked er blant annet foretak. Friheten til å opprette og drive egen virksomhet står derfor i kjernen av EØS-avtalen, og må anerkjennes i samsvar med EØS-retten og nasjonal praksis.»⁵¹

EFTA-domstolens konklusjon ble at det ikke var i strid med artikkel 3 nr. 3 om de gamle lønnsvilkårene fra overdrageren ble erstattet med nye lønnsvilkår fra erververen hvis den gamle tariffavtalen hadde utløpt. Hvis det i nasjonal rett var regler om ettervirkninger måtte disse anses som omfattet av artikkel 3 nr. 3.⁵² Konsekvensen av at nasjonale regler om ettervirkninger måtte anses som omfattet av direktivet, var at den nasjonale domstolen måtte tolke disse i lys av direktivets formål.

Den umiddelbare slutningen som kan trekkes fra avsnitt 64 i dommen er at det i EØS-rettens grunnleggende rettigheter finnes en parallell til grunnrettighetspakten artikkel 16. En alternativ måte å lese dette på er at det finnes en frittstående frihet til å opprette og drive egen virksomhet i EØS-retten som ikke har noe med EØS-rettens grunnleggende rettigheter å gjøre, da EFTA-domstolen ikke uttrykkelig grunnleggende rettigheter i avsnitt 64. Siden friheten til å opprette og drive egen virksomhet allerede var forankret i grunnrettighetspaktens

⁵⁰ Sak E-10/14, *Enes Deveci*, avsnitt 63

⁵¹ Sak E-10/14, *Enes Deveci*, avsnitt 64

⁵² Sak E-10/14, *Enes Deveci*, avsnitt 65-66

artikkel 16, vil den alternative måten å lese uttalelsen på ikke i tilstrekkelig grad ta hensyn til rettighetens opphav i EU-retten grunnleggende rettigheter.

Resonnementet for at det finnes en frihet til å opprette og drive egen virksomhet i EØS-retten er at det følger av avtalen selv. Avtalen oppretter et marked, aktørene i et marked er blant annet virksomheter, og derfor er friheten til å opprette og drive egen virksomhet en del av kjernen i EØS-avtalen. Dette resonnementet bringer tankene tilbake til Sveinbjörnsdóttir-saken. Som nevnt i del 1 kom EFTA-domstolen i denne saken frem til at det fulgte av EØS-avtalen selv at det i EØS-retten eksisterte en regel om statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-forpliktelser som medførte tap for privatpersoner eller markedsaktører. Resonnementet fremstiller den aktuelle regelen som om den alltid har vært en del av EØS-avtalen, og at dette var noe partene var enige om da avtalen ble inngått. På denne måten styrer EFTA-domstolens resonnement i Deveci-sakens avsnitt 64 formelt klar av suverenitetsprinsippet, som av Norge ble anført som grunnlag for at grunnrettighetspakten artikkel 16 ikke var relevant.⁵³

Samtidig går EFTA-domstolen langt i å ivareta homogenitetsprinsippet i tråd med sin tidligere praksis. Fra L'Oréal-saken anvendes en presumpsjon for at EØS-retten har samme innhold som EU-retten.⁵⁴ I avsnitt 63 vises det til EU-domstolens avgjørelse i Alemo-Herron-saken og at dette innebærer at erververen må kunne foreta de endringer og justeringer som er nødvendige. Dette er selve presumpsjonen. Avsnitt 64 tjener så til å godtgjøre at presumpsjonen kommer til anvendelse. Dette gjøres i tråd med EFTA-domstolens uttalelse i Jabbi-saken ved å vise til rettsgrunnlag hjemlet i EØS-avtalen da den ikke kan bygge på rettsgrunnlag som er unike for EU-retten.⁵⁵

Fredriksen og Franklin omtaler resonnementet som rettspolitisk velkomment, men også som modig og et bevis på hvor langt EFTA-domstolen er villig til å gå for å oppfylle homogenitetsmålsettingen.⁵⁶ Selv om det kan argumenteres for at det fantes et rettsgrunnlag i EØS-avtalen selv, kan det jo også argumenteres med at domstolen skapte et rettsgrunnlag for å oppnå homogenitet. Det er i så fall rettsskapende virksomhet av en internasjonal domstol som reelt sett innebærer at suverene stater ilegges nye forpliktelser uten samtykke. Dette blir

⁵³ Sak. E-10/14, *Enes Deveci*, avsnitt 44

⁵⁴ Se over, s. 6

⁵⁵ Sak 28/15, *Jabbi*, avsnitt 68

⁵⁶ Fredriksen og Franklin (2015) s. 648

likevel til slutt et spørsmål om hvordan man velger å se på det. Begge standpunkter er legitime, men siden det finnes en suverenitetsinnsigelse mot fremgangsmåten er Fredriksen og Franklins karakteristikkk treffende.

EFTA-domstolen fant en løsning som formelt ikke medførte konflikt med suverenitetsprinsippet, og som oppfylte homogenitetsmålsettingen. Resultatet ble ikke bare ensartethet i Deveci-saken. Dommen vil også kunne tjene som prejudikat for at friheten til å opprette og drive egen virksomhet er relevant i EØS-retten som sådan i fremtidige saker. Men var uttalelsen i avsnitt 64 om friheten til å opprette og drive egen virksomhet nødvendig for å nå det som umiddelbart kreves av homogenitetsmålsettingen, altså ensartethet i den enkelte sak? En reservasjon som må tas ved besvarelsen av dette spørsmålet er at det alltid vil være usikkert om et tolkningsresultat ville blitt det samme dersom en eller flere rettskilder fjernes fra resonnementet. Når det spørres om uttalelsen om frihet til å opprette og drive egen virksomhet var nødvendig i den aktuelle saken, er ikke dette et spørsmål om resultatet faktisk ville blitt det samme hvis avsnitt 64 tenkes bort, men om EFTA-domstolens konklusjon fortsatt ville kunne stå seg på de øvrige rettskildene.

I Alemo-Herron viste EU-domstolen til at direktivet får anvendelse på dynamiske klausuler i arbeidskontrakter, og at håndheving av avtaler inngått etter virksomhetsoverdragelsen overfor erververen ville være i strid med direktivets artikkel 3 nr. 3. Argumentene for dette var direktivets formål om å sikre en rimelig balanse mellom ansatte og erververes interesser og grunnrettighetspakten artikkel 16. Dersom formålet var å sikre rimelige balanse, så er det mulig at dette alene kan bære konklusjonen om at håndhevelse av en klausul som tilsidesetter erververens interesser ikke er forenlig med direktivet. Dette synet må forstås i lys av den viktige rollen formålsbetraktninger spiller i tolkningen av EU-retten.⁵⁷ Likevel var det riktig av EU-domstolen å trekke grunnrettighetspakten inn i vurderingen siden pakten er en del av EUs primærrett og dermed skal tillegges vekt der den er relevant.

Situasjonen var ganske lik i Deveci-saken. EFTA-domstolen viste til at direktivets artikkel 3 nr. 3 i samsvar med bestemmelsens ordlyd⁵⁸ fikk anvendelse på eventuelle nasjonale regler

⁵⁷ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 231

⁵⁸ «Etter overdragelsen skal erververen opprettholde de arbeidsvilkår som er fastsatt i en tariffavtale på samme vilkår som gjaldt for overdrageren i henhold til samme avtale, inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper, eller en annen tariffavtale trer i kraft eller får anvendelse.»

om ettervirkninger av tariffavtaler. Også da ville det følge av direktivets formål, som ikke er unikt for EU-retten, at nasjonale regler om ettervirkninger ikke kan tilsidesette erververens interesser på ubestemt tid. Her er det mulig at EFTA-domstolen kunne ha bygget opp en løsning som oppfylte homogenitetsmålsettingen med en formålsorientert fortolkning alene. En formålsorientert fortolkning taler for at nasjonale regler innenfor direktivets virkeområde ikke kan være i strid med direktivets formål om å finne en balanse mellom arbeidstakere og erverver. Når denne løsningen også tilsies av homogenitetsprinsippet er det mye som taler for å velge den. Da blir spørsmålet om fraværet av en frihet til å opprette og drive egen virksomhet i EØS-retten utgjør en tvingende grunn⁵⁹ til å velge en annen løsning. I lys av hvor strengt dette vilkåret er, og at rettsaktens eget formål støtter den EU-rettslige tolkningen, synes ikke vilkåret om tvingende grunner å være oppfylt. Forskjellene i rettskildebildet er ikke avgjørende nok til å fremtvinge en annen løsning i EØS-retten.

Dersom en slik løsning hadde blitt valgt ville saken ikke medført at friheten til å opprette og drive egen virksomhet ble generelt anerkjent i EØS-retten. EFTA-domstolens valg om å anerkjenne denne friheten var kanskje ikke nødvendig i akkurat denne saken, men valget medførte at homogenitet lettere kan oppnås i fremtidige saker som berører friheten til å opprette og drive egen virksomhet. I lys av dette resonnementet kan det hevdes at EFTA-domstolen er villig til å gripe de muligheter som oppstår for å videreutvikle EØS-rettens grunnleggende rettigheter selv om det ikke er påkrevd i den aktuelle saken.

I dette ligger det også en mulig kritikk av Deveci-saken. Det er ikke en kritikk mot at EFTA-domstolen fant retten til å opprette og drive egen virksomhet i avtalen selv. Det er som sagt ikke første gangen denne innfallsvinkelen ble benyttet.⁶⁰ En slik innfallsvinkel er likevel i en gråsoner og kan kritiseres i lys av folkerettens suverenitetsprinsipp. Når løsningen da benyttes uten at den er strengt nødvendig for å oppnå ensartethet i den enkelte saken er det vanskeligere å forsvare den under henvisning til homogenitetsprinsippet. En mulig kritikk av avgjørelsen kan ligge her, i at løsningen ble benyttet uten at det var nødvendig.

Det viktigste med Deveci-saken i lys av grunnrettighetspakten er uansett at EFTA-domstolen finner en frihet til å opprette og drive egen virksomhet i EØS-avtalen selv. Hvis grunnrettighetspakten tenkes bort, så ville den ikke utgjort en del av resonnementet i Alemo-

⁵⁹ Forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal*, avsnitt 31

⁶⁰ Se sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir* og punkt 1.2 over.

Herron-saken, og EFTA-domstolen ville neppe ha uttalt seg om en generell frihet til å opprette og drive egen virksomhet i EØS-retten. Dette viser at selv om grunnrettighetspakten ikke er gjort til del av EØS-retten, så har den en indirekte påvirkning på EØS-rettens grunnleggende rettigheter. Hvis dette overføres til EFTA-domstolens tidligere uttalelser om EMK som den sentrale inspirasjonskilden for EØS-rettens grunnleggende rettigheter, blir resultatet at selv om EMK er en sentral kilde så er den ikke den eneste. EUs grunnrettighetspakt vil også kunne være en inspirasjonskilde for EØS-rettens grunnleggende rettigheter.

I Deveci-saken var det anledning til å finne en løsning som også er egnet til å løse andre saker som berører grunnrettighetspakten artikkel 16 i fremtiden. Dette betyr likevel ikke at EFTA-domstolens løsning i Deveci-saken, der den finner en grunnleggende rettighet i avtalen selv, vil være en naturlig løsning i andre saker som berører andre bestemmelser i grunnrettighetspakten. Carl Baudenbacher har omtalt uttalelsen i Deveci-sakens avsnitt 64 som en markedsbasert tilnærming.⁶¹ Friheten til å opprette og drive egen virksomhet har svært nær sammenheng med det markedet avtalen søker å opprette. På grunn av dette gikk det an å konkludere med at det fantes en frihet til å opprette og drive egen virksomhet avledet fra markedet som avtalen søker å etablere. Det er likevel begrenset hvor mange bestemmelser i grunnrettighetspakten som kan sies å gå til kjernen av det indre marked, og friheten til å opprette og drive egen virksomhet i artikkel 16 er kanskje den som klarest omhandler markedet.

Avslutningsvis om Deveci-saken er det også verdt å merke seg at dommen kan indikere en motvilje hos EFTA-domstolen til å gi en mer generell uttalelse om grunnrettighetspaktens direkte eller indirekte relevans i EØS-retten. Det ble i saken fremsatt en rekke synspunkter om relevansen som EFTA-domstolen ikke behøvde å ta stilling til når den fant at friheten til å opprette og drive egen virksomhet var iboende i EØS-avtalen. SAS anførte at grunnrettighetspakten artikkel 16 var relevant til tross for at pakten ikke er del av EØS-avtalen. Dette ble begrunnet med at det ikke var noen forskjell mellom EØS-retten og EU-retten om direktivets formål og virkeområde. Da var anvendelse av pakten i tråd med homogenitetsprinsippet. Norge motsatte seg en automatisk anvendelse av pakten, som nevnt

⁶¹ Carl Baudenbacher, «'[M]å fortolkes på bakgrunn av økonomiske betraktninger': Refleksjoner omkring EFTA-domstolens rettspraksis», *Lov og Rett*, Vol. 55, 2016, s. 459-483 på s. 467-468

over i del 3.3.1, under henvisning til statlig suverenitet og prinsippet om samtykke som grunnlag for internasjonale forpliktelser. Norge mente at paktens artikkel 16 gikk lengre enn det som er felles for EØS-statene. Bestemmelsen kunne altså ikke vektlegges under en henvisning til det som er felles for alle EØS-stater slik EFTA-domstolen gjorde med EMK-rettighetene. ESA på sin side anførte at retten til å opprette og drive egen virksomhet var en del av EØS-avtalen. På grunn av dette tilførte ikke pakten noe mer til tolkningen enn det som uansett måtte følge av EØS-retten. Kommisjonen tok ikke stilling til paktens relevans i EØS, men påpekte at EU-domstolen i *Alemo-Herron-saken* hadde kommet til at direktivets artikkel 3 måtte tolkes i lys av pakten.⁶²

Når EFTA-domstolen etter disse anførselene ikke uttalte noe generelt om grunnrettighetspaktens relevans for EØS-retten, mener jeg det er nærliggende å konkludere med at EFTA-domstolen ikke ønsker å gjøre det. Så langt har ikke EUs grunnrettighetspakt ledet til brudd med homogenitetsmålsettingen i EØS-retten⁶³, så kanskje tilstanden akkurat nå egentlig er fordelaktig for EØS-retten. I så måte kan en generell uttalelse om grunnrettighetspaktens relevans lede til en vanskeligere situasjon for homogenitetsmålsettingen, da en generell avklaring enten må avvise pakten, eller komme i konflikt med suverenitetsprinsippet. Så lenge situasjonen gjør det mulig å opprettholde homogenitet fra sak til sak gjør nok EFTA-domstolen klokt i å ikke foreta seg noe drastisk.

En konklusjon hva gjelder grunnrettighetspaktens indirekte påvirkning av grunnleggende rettigheter i EØS-retten er at grunnrettighetspakten har slik påvirkningskraft. Så lenge den påvirker resultatet i EU-retten, vil den indirekte få betydning også for EØS-retten. Når dette skjer, må EFTA-domstolen søke en homogen løsning som bygger på rettsgrunnlag forankret i EØS-retten selv. Av denne grunn vil nok løsningene variere fra sak til sak, og pakten selv vil nok ikke bli omtalt som relevant av EFTA-domstolen da dette kan få medlemsstatene til å reagere negativt. Siden grunnrettighetspakten i *Deveci-saken* likevel hadde en så sterk påvirkningskraft at det fra EØS-avtalen ble utledet en selvstendig frihet til å opprette og drive egen virksomhet, må dette også lede til at EFTA-domstolens henvisning til EMK som sentral inspirasjonskilde for grunnleggende rettigheter i EØS-retten ikke gir en helt dekkende beskrivelse av begrepets materielle innhold. Det er godt mulig at det er grunnleggende

⁶² Sak E-10/14, *Enes Deveci*, avsnitt 40, 44, 52 og 55

⁶³ Fredriksen og Franklin (2015) s. 646

rettigheter utover EMK i EØS-retten. Friheten til å opprette og drive egen virksomhet er et konkret eksempel på at grunnrettighetspakten har tjent som inspirasjon for videreutvikling av EØS-rettens grunnleggende rettigheter.

3.3.3 Grunnrettighetspaktens påvirkning på EØS-retten uten videreutvikling av EØS-rettens grunnleggende rettigheter

I Deveci-saken grep EFTA-domstolen muligheten til å konkludere med at friheten til å opprette og drive egen virksomhet er en del av EØS-avtalen. Det er likevel ikke dermed sagt at denne løsningen er naturlig i andre saker der EUs grunnrettighetspakt har påvirket resultatet i den EU-rettslige tolkningen av en regel som er tiltenkt samme materielle innhold i EØS-retten. Da blir spørsmålet hvordan homogenitet kan oppnås når den aktuelle bestemmelsen i grunnrettighetspakten ikke er omfattet av EMK eller andre grunnleggende rettigheter i EØS-retten. I denne sammenhengen er det særlig to løsninger som utpeker seg. Den første er direkte bruk av EUs grunnrettighetspakt der en rettsakt henviser til grunnrettighetspakten eller enkeltbestemmelser i den. Den andre er tolkning av andre EØS-rettslige prinsipper som innebærer at disse prinsippene rommer det samme materielle innholdet som bestemmelser i grunnrettighetspakten. Disse to løsningene vil bli omtalt i denne delen. Målet om at resultatet i EØS-retten blir det samme som resultatet i EU-retten kan imidlertid lede til unike løsninger i enkeltsaker. Dette er altså på ingen måte en uttømmende oppramsing av løsninger.

I noen tilfeller inneholder rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen henvisninger til grunnrettighetspakten. Dette kan skje gjennom en egen bestemmelse i rettsakten som gir anvisninger på hvordan rettsaktens øvrige bestemmelser skal tolkes. Dette kan også skje med at rettsaktens fortale viser til grunnrettighetspakten eller enkelte bestemmelser i den som relevante for tolkningen av rettsaktens øvrige bestemmelser. Fredriksen viser til at EØS-regelverk som henviser til pakten utgjør en praktisk viktig gruppe av tilfeller der grunnrettighetspakten utgjør en tolkningsfaktor.⁶⁴

Dersom en rettsakt inneholder en bestemmelse som gir føringer for hvordan den selv skal tolkes, er det naturlig å følge disse føringene. Hvis det ikke var meningen at en tolkningsbestemmelse skulle gjelde i sin respektive rettsakt, så burde ikke denne bestemmelsen ha blitt innlemmet i EØS-avtalen i utgangspunktet. Et eksempel på en slik

⁶⁴ Fredriksen (2013) s. 378

bestemmelse er artikkel 1 nr. 7 i direktiv 2006/123/EF: «Dette direktiv berører ikke utøvelsen av grunnleggende rettigheter som er anerkjent i medlemsstatene og i fellesskapsretten.»

Fredriksen har påpekt at der en rettsakt henviser til grunnrettighetspakten i fortalen er det mulig å vektlegge pakten i tolkningen av den aktuelle rettsakten.⁶⁵ Grunnlaget for dette er EØS-avtalen protokoll 1. Denne protokollen gir generelle føringer for hvordan rettsakter som innlemmes i EØS-avtalen skal tolkes. Protokoll 1 artikkel 1 sier: «The preambles of the acts referred to are not adapted for the purposes of the Agreement. They are relevant to the extent necessary for the proper interpretation and application, within the framework of the Agreement, of the provisions contained in such acts.»

Dersom en rettsakt i sin fortale henviser til grunnrettighetspakten, kan den ifølge protokoll 1 artikkel 1 vektlegges når bestemmelser i den aktuelle rettsakten tolkes. Selv om dette fremstår som et legitimt grunnlag for direkte anvendelse av grunnrettighetspakten i saker som vedrører tolkningen av slike rettsakter, så har det enda ikke forekommet at EFTA-domstolen har benyttet seg av dette grunnlaget for å anvende pakten i EØS-retten.

I sak E-4/11 *Clauder* og sak E-28/15 *Jabbi* måtte EFTA-domstolen ta stilling til tolkningen av direktiv 2004/38/EF. *Clauder*-saken omhandlet hvorvidt en EØS-borger kunne avlede en rett til opphold i en annen EØS-stat fra sin ektefelle som hadde oppnådd en rett til permanent opphold i denne staten. *Jabbi*-saken omhandlet hvorvidt en tredjelandsborger kunne avlede en rett til permanent opphold i sin ektefelles hjemstat. Begge sakene berørte retten til familieliv, som er en del av EØS-rettens grunnleggende rettigheter, og som kommer til uttrykk i EMK artikkel 8. Av denne grunn ble det i begge sakene henvist til EMK artikkel 8 og retten til familieliv som en del av EØS-rettens grunnleggende rettigheter.⁶⁶ Det hadde i disse sakene vært mulig å tolke direktivet i lys av retten til familieliv forankret i grunnrettighetspakten artikkel 7 under henvisning til fortalens bemerkning nr. 31: «Dette direktiv er forenlig med de grunnleggende rettigheter og friheter og de prinsipper som er anerkjent særlig i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter.» I *Clauder*-saken viste også EFTA-domstolen til grunnrettighetspakten artikkel 7, men bare som en bemerkning om at retten til familieliv også var vernet av denne.⁶⁷ Wahl påpeker at dette kan skyldes at det var henvist til

⁶⁵ Fredriksen (2013) s. 379

⁶⁶ Sak E-4/11, *Clauder*, avsnitt 49 og sak E-28/15, *Jabbi*, avsnitt 81

⁶⁷ Sak E-4/11, *Clauder*, avsnitt 49

grunnrettighetspakten i direktivets fortale.⁶⁸ Da retten til familieliv uansett var selvstendig forankret i EØS-rettens grunnleggende rettigheter, var det ikke nødvendig å gjøre dette. En slik henvisning til grunnrettighetspakten ble heller ikke fulgt opp i Jabbi-saken.⁶⁹ Sakene var muligheter for EFTA-domstolen til å fremheve at grunnrettighetspakten kan benyttes når en rettsakt henviser til den. At mulighetene ikke ble benyttet kan imidlertid ikke medføre at domstolen distanserte seg fra en slik løsning da den uansett ikke var påkrevd. Det hadde bare tjent som en bekreftelse på at EFTA-domstolen kan anvende pakten direkte når den tolker rettsakter som henviser til den i fortalen.

En annen sak der fortalen henviste til grunnrettighetspakten var sak E-23/13, *Hellenic Capital Market Commission (HCMC)*.⁷⁰ Saken gjaldt tolkningen av direktiv 2003/6/EF om innsidehandel og markedsmanipulering. Hellenic Capital Market Commission (HCMC) hadde bedt det liechtensteinske finansstilsynet om innsyn i en transaksjon begått av en liechtensteinsk bank. Spørsmålet som EFTA-domstolen måtte ta stilling til var om det var forenlig med direktivets artikkel 16 at den myndigheten som begjærer innsyn må oppgi saksforholdet som begrunner mistanken.

I direktivets fortale, bemerkning 44, fremkommer det: «I dette direktiv respekteres de grunnleggende rettigheter og overholdes de prinsipper som er anerkjent særlig i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter [...]» I EFTA-domstolens vurdering vises det til fortalens 44. bemerkning. Denne brukes for å begrunne at en nasjonal regel som åpner for å avvise en begjæring som ikke er tilstrekkelig grunnlagt ikke kan forsvares med en henvisning til grunnleggende rettigheter. Fortalens 44. bemerkning ble tatt til inntekt for at reglene i direktivet balanserer hensynet til grunnleggende rettigheter med direktivets øvrige formål.⁷¹ EFTA-domstolens konklusjon ble at et krav om at den begjærende myndigheten må spesifisere faktum som grunnlag for mistanken ikke er forenlig med direktivet.

Denne saken er et eksempel på at en del av fortalen som henviser til grunnrettighetspakten blir benyttet ved tolkningen av et direktiv. Den gir likevel ikke en endelig bekreftelse på at EFTA-domstolen kan benytte bestemmelser i grunnrettighetspakten direkte når det er henvist

⁶⁸ Wahl (2014) s. 292

⁶⁹ Sak E-28/15, *Jabbi*, avsnitt 81

⁷⁰ Sak E-23/13, *Hellenic Market Capital Commission (HCMC)*, EFTA Ct. Rep. 2014 s. 88

⁷¹ Sak E-23/13, *HCMC*, avsnitt 81

til den i fortalen. I saken ble henvisningen til grunnrettighetspakten i fortalen tatt til inntekt for at grunnleggende rettigheter ikke kunne anvendes med sikte på å rettferdiggjøre en nasjonal regel om krav til informasjon, da fortalen ga uttrykk for at en slik avveining allerede var foretatt.

Til tross for at EFTA-domstolen så langt ikke har foretatt en direkte anvendelse av enkeltbestemmelser i grunnrettighetspakten begrunnet i at en rettsakt henviser til den, kan ikke en slik fremgangsmåte utelukkes. EØS-avtalens protokoll 1 artikkel 1 ser ut til å kunne forsvare en slik fremgangsmåte, og om noe så viser i alle fall HCMC-saken at EFTA-domstolen tar hensyn til det som fremkommer i fortalen når den tolker rettsakter.

Dersom en slik fremgangsmåte benyttes, er resultatet ikke mer vidtrekkende enn at grunnrettighetspakten får anvendelse innenfor den aktuelle rettsakten. Fremgangsmåten kan ikke tas til inntekt for at grunnrettighetspakten har en generell direkte relevans i EØS-retten, noe som også kommer frem av ordlyden i protokoll 1 artikkel 1.⁷² Videre innebærer en løsning som støtter seg direkte på grunnrettighetspakten via en fortale ikke en videreutvikling av EØS-rettens grunnleggende rettigheter.

Den andre løsningen er som nevnt over å tolke grunnrettighetspaktens innhold inn i allerede eksisterende EØS-rettslige prinsipper. Det finnes en rekke slike prinsipper i EØS-retten. De mest aktuelle for denne løsningen er prinsipper som gir private beskyttelse overfor EØS-institusjonene og EFTA-statene når de gjennomfører EØS-retten nasjonalt. Sejersted m.fl. omtaler prinsippene som «[...] prinsipper for materiell kontroll med forvaltningsskjønn, og prosessuelle prinsipper for forsvarlig saksbehandling. Blant de første er prinsippene om forholdsmessighet, rettsikkerhet, likebehandling og beskyttelse av berettiget forventning, og blant de andre prinsipper om utredningsplikt, kontradiksjon (herunder partsinnsyn) og begrunnelsesplikt.»⁷³

Fredriksen viser til at det finnes en rekke uskrevne prinsipper i EØS-retten. I sammenheng med grunnrettighetspaktens relevans i EØS-retten sier han: «Poenget i relasjon til grunnrettighetspakten er at disse uskrevne prinsippene åpner for at EØS-retten i mange tilfeller vil kunne holde tritt med EU-domstolens utvikling av de krav som stilles til

⁷² Fredriksen (2013) s. 380

⁷³ Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole Andreas Rognstad, Olav Kolstad m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave., Oslo 2011 på s. 106

institusjonenes og medlemsstatenes håndtering av EU/EØS-retten i ulike sammenhenger. Det rettslige grunnlaget for de aktuelle forpliktelsene vil formelt sett ikke være grunnrettighetspakten, men derimot uskrevne EØS-rettslige prinsipper som tolkes i lys av pakten.»⁷⁴

Slike EØS-rettslige prinsipper ligger i innhold tett opp mot enkelte bestemmelser i grunnrettighetspakten. I denne sammenhengen er paktens artikkel 41 om retten til god forvaltning og paktens artikkel 47 om retten til effektiv klageadgang og rettferdig rettergang gode eksempler på hvorfor bruk av EØS-rettslige prinsipper for å sikre homogenitet er en praktisk viktig løsning. Det ble vist til disse to bestemmelsene i henholdsvis 17 og 21 prosent av sakene angående grunnrettighetspakten som EU-domstolen behandlet i 2015.⁷⁵ Dette innebærer at artikkel 41 og 47 er de to enkeltbestemmelsene som EU-domstolen oftest henviser til i grunnrettighetspakten. Hvis EFTA-domstolen kan oppnå tolkningsresultater i EØS-retten som samsvarer med EU-domstolens omkring paktens artikkel 41 og 47 under henvisning til EØS-rettslige prinsipper, så vil den samtidig skape ensartethet med en meget stor del av EU-domstolens praksis som bygger på grunnrettighetspakten.

Mot dette kan det for eksempel innvendes at retten til effektiv klageadgang og rettferdig rettergang allerede er beskyttet av EMK artikkel 6 og dermed en del av EØS-rettens grunnleggende rettigheter. Fredriksen viser imidlertid her til at EMK artikkel 6 og praksis fra EMD har havnet i bakgrunnen når EU-domstolen tolker retten til effektiv klageadgang og rettferdig rettergang. Grunnrettighetspakten artikkel 47 har samtidig fått en mer fremtredende rolle. Nå synes EU-domstolen «[...] å være i ferd med å utvikle en egen forståelse av kravet til rettferdig rettergang som ikke nødvendigvis i ett og alt samsvarer med EMDs forståelse av EMK artikkel 6.»⁷⁶

Hvis EU-domstolens tolkning av paktens artikkel 47 skulle få et innhold som ikke kan gjenfinnes i EMK artikkel 6, kan det bli aktuelt å innfortolke denne praksisen i det EØS-rettslige prinsippet om retten til effektiv klageadgang og rettferdig rettergang, som først kom til uttrykk i Bellona-saken som nevnt i punkt 3.1. Fredriksen konkluderer med at da «[...]

⁷⁴ Fredriksen (2013) s. 388

⁷⁵ 2015 report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights, COM (2016) 265 final på s. 27

⁷⁶ Fredriksen (2013) s. 391

retten til effektiv klageadgang og rettferdig rettergang allerede er anerkjent som et uskrevet EØS-rettslig prinsipp, er det imidlertid all mulig grunn til å anta at EFTA-domstolen [...] vil fortolke og utvikle disse rettighetene i samsvar med EU-domstolens praksis.»⁷⁷

Dette får imidlertid ikke konsekvenser for det materielle innholdet i begrepet grunnleggende rettigheter i EØS-retten, snarere tvert imot. En slik utvikling vil innebære at EFTA-domstolen i mindre grad ser til grunnleggende rettigheter i EØS-retten med EMK og EMDs praksis som den sentrale kilden til inspirasjon. I stedet blir dette forlatt til fordel for et uskrevet EØS-rettslig prinsipp om effektiv klageadgang og rettferdig rettergang som står på egne ben og tolkes i samsvar med EU-domstolens praksis under henvisning til homogenitetsprinsippet.

4 Grunnleggende rettigheter i EØS-retten som sensurgrunnlag

I fremstillingen av hvordan grunnleggende rettigheter oppsto i EØS-retten i del 3.1 vises det til at valget av EMK og praksis fra EMD som viktige kilder til kunnskap om grunnleggende rettigheter henger sammen med at EFTA-statene er forpliktet til å respektere menneskerettighetene i EMK. Hvis en tilsvarende beskyttelse av menneskerettighetene ikke eksisterer i EØS-retten, kan det lede til at EØS-retten innebærer forpliktelser for EFTA-statene som, hvis de etterleves, medfører brudd på EMK.

Grunnleggende rettigheter i EØS-retten er mest aktuelle som tolkningsbidrag når andre bestemmelser i EØS-retten skal tolkes. Dette følger naturlig av at EØS-avtalen ikke tar sikte på å etablere en generell menneskerettslig beskyttelsesstandard i EØS, men å etablere et marked. Likevel kan det tenkes et hypotetisk scenario der det innlemmes et direktiv i EØS-retten som helt eller delvis er i strid med EMK-bestemmelser. Siden EMK-bestemmelsene også utgjør en sentral inspirasjonskilde for EØS-rettens grunnleggende rettigheter, blir dette et scenario med motstridende regler i EØS-retten. Da blir spørsmålet hvordan EFTA-domstolen skal forholde seg til en slik situasjon.

Innledningsvis må det påpekes at EFTA-domstolen ikke er gitt kompetanse til å avgjøre gyldigheten av rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen. Den eneste kompetansen EFTA-domstolen har til å avsi avgjørelse om gyldighet følger av ODA artikkel 36. Etter denne

⁷⁷ Fredriksen (2013) s. 392

bestemmelsen kan EFTA-domstolen avgjøre gyldigheten av vedtak gjort av ESA. I saker der EFTA-domstolen gir rådgivende uttalelser er kompetansen begrenset til tolkning av EØS-avtalen, noe som også vil omfatte EØS-avtalens protokoller, vedlegg og rettsakter som vedleggene henviser til.⁷⁸

Dersom en situasjon med motstrid mellom grunnleggende rettigheter og innlemmede rettsakter skulle oppstå, så mangler EFTA-domstolen kompetanse til å avgjøre rettsaktens gyldighet. Den mest naturlige løsningen må da bli at domstolen avviser saken. Et problem av denne typen bør i utgangspunktet løses av EØS-komiteen som etter EØS-avtalen artikkel 98 er gitt kompetanse til å endre vedleggene i avtalen i samsvar med artikkel 102. Av artikkel 102 følger det at EØS-komiteen skal treffe beslutning om endring i vedleggene til EØS-avtalen så nær som mulig i tid etter at det er vedtatt nye regler i EU. Dette skal gjøres for å sikre rettssikkerhet og ensartethet i EØS. Det er en løsning som støtter seg på strukturen i EØS-samarbeidet, og vil nok også oftest ha mest for seg. Hvis EU-domstolen har funnet at den aktuelle rettsakten er ugyldig i EU-retten på grunn av motstrid med EUs grunnleggende rettigheter er dette også en god løsning som omfattes av kompetansen i artikkel 102.⁷⁹ Hvis rettsakten fortsatt er formelt gyldig i EU-retten så gir ikke artikkel 102 EØS-komiteen kompetanse til å fjerne rettsakten fra EØS-avtalen da den umiddelbare konsekvensen av dette er ulike regler i EU og EØS.

Dersom det oppstår en situasjon der en rettsakt er i strid med grunnleggende rettigheter i EØS-retten og EØS-komiteen ikke har endret vedleggene, enten fordi rettsakten fortsatt er gyldig i EU-retten eller fordi komiteen ikke har rukket å endre vedleggene etter en avgjørelse om ugyldighet i EU-domstolen, så er det en lite tilfredsstillende løsning å tvinge EFTA-statene til å velge mellom overholdelse av EØS-avtalen og EMK. Om dette problemet kan det oppstilles to løsninger som EFTA-domstolen kan benytte seg av for å avverge en situasjon der EFTA-statene må velge. Begge løsningene bygger på EFTA-domstolens kompetanse til å gi rådgivende uttalelser tolkningen av EØS-avtalen slik denne kommer til uttrykk i ODA artikkel 34.

⁷⁸ Jf. ODA artikkel 1 bokstav a).

⁷⁹ Se for eksempel EØS-komiteens beslutning nr. 315/2015 av 11. desember 2015, tilgjengelig på <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/eea/other-legal-documents/adopted-joint-committee-decisions/2015%20-%20Norwegian/315-2015n.pdf> sist besøkt 25. april 2017.

Når det internt i et rettssystem er motstrid mellom to eller flere rettskilder kan problemet søkes løst med å tolke den ene innskrenkende til fordel for den andre. Den første løsningen går da ut på å foreta en sterkt innskrenkende tolkning av rettsakten eller de bestemmelser i rettsakten som er i konflikt med grunnleggende rettigheter i EØS-retten. Selv om dette i realiteten er en avgjørelse av gyldighet blir ikke resultatet formelt at rettsakten er ugyldig, men at enkeltbestemmelser eller rettsakten som sådan blir mer eller mindre innholdsløs. En slik løsning kan kritiseres med at det bare er en svært formalistisk fremgangsmåte som i realiteten innebærer at EFTA-domstolen utvider sin egen kompetanse utover det som følger av ODA artikkel 34.⁸⁰ På den andre siden er dette et resultat som EFTA-statene lettere kan forholde seg til. Her er det opp til enhver å gjøre seg opp en mening om hvorvidt en slik fremgangsmåte er akseptabel.

En annen løsning følger av EFTA-domstolens uttalelse om sin egen kompetanse til å tolke EØS-komiteens kompetansegrunnlag i sak E-6/01 *CIBA*.⁸¹ I denne saken ble det av saksøkerne, *CIBA Speciality Chemicals Water Treatment Ltd* med flere, anført at EØS-komiteen ikke hadde kompetanse til å vedta en erklæring som gjorde unntak fra EU-reglene om klassifisering og merking av farlige stoffer.⁸² EFTA-domstolen kom frem til at EØS-komiteen hadde kompetanse til å vedta erklæringen. At EFTA-domstolen manglet kompetanse til å avgjøre gyldigheten av komiteens erklæring var ikke til hinder for å behandle saken. Domstolen viste til at Oslo byrett hadde bedt om en rådgivende uttalelse om EØS-avtalens bestemmelser om EØS-komiteens kompetanse. Dette var ikke et spørsmål om erklæringens gyldighet. Følgelig kunne EFTA-domstolen gi en rådgivende uttalelse om tolkningen av EØS-komiteens kompetansegrunnlag med hjemmel i ODA artikkel 34.⁸³

I dommens avsnitt 32 og 33 foretok EFTA-domstolen en utvidende tolkning av EØS-avtalens artikkel 102 som begrunnet at EØS-komiteen hadde kompetanse til å fatte erklæringen som var omtvistet i saken. Avslutningsvis i dette resonnementet uttalte EFTA-domstolen: «EØS-

⁸⁰ Se imidlertid Fredriksen (2013) s. 386 der dette omtales i sammenheng med tilfellene der EU-domstolen under henvisning til grunnrettighetspakten har funnet en rettsakt ugyldig.

⁸¹ Sak E-6/01, *CIBA Speciality Chemicals Water Treatment Ltd m.fl. mot Den norske stat, representert ved arbeids og- administrasjonsdepartementet*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 281

⁸² Sak E-6/01, *CIBA*, avsnitt 24

⁸³ Sak E-6/01, *CIBA*, avsnitt 21-23

komiteens kompetanse er imidlertid ikke ubegrenset. Den må særlig utøves innenfor EØS-avtalens grenser og med tilbørlig respekt for vesentlige saksbehandlingsregler.»⁸⁴

Uttalelsen fremstår forsvarlig sett i lys av resonnementet om at EØS-komiteens kompetanse følger av EØS-avtalens bestemmelser, og det tilligger EFTA-domstolen å tolke disse bestemmelsene. Samtidig må det antas at en avgjørelse om at EØS-komiteen har overskredet sin kompetanse leder til ugyldighet, selv om dette er en avgjørelse EFTA-domstolen ikke har kompetanse til å konkludere med. Om denne uttalelsen sier Fredriksen og Mathisen: «Det er ikke videre klart hva domstolen sikter til her, men uttalelsen tilsier at EFTA-domstolen anser seg kompetent til å overprøve EØS-komiteens forståelse av dens egen kompetanse. EFTA-domstolen er som alt nevnt ikke tildelt kompetanse til å prøve gyldigheten av EØS-komiteens beslutninger. Rettsvirkningene av at EFTA-domstolen i en rådgivende uttalelse i en foreleggelsessak eventuelt skulle komme til at EØS-komiteen har overskredet sin kompetanse, er høyst uklare.»⁸⁵

Situasjonen er da at EFTA-domstolen har kommet til at den kan tolke EØS-komiteens kompetansegrunnlag. I denne sammenheng har domstolen uttalt at komiteens kompetanse må utøves innenfor EØS-avtalens grenser. Til slutt er det uklart hva resultatet blir hvis domstolen i en framtidig sak kommer til at kompetansen har blitt utøvd utenfor EØS-avtalens grenser. I lys av EFTA-domstolens resonnement kan det diskuteres om en beslutning av EØS-komiteen som innlemmer en rettsakt i strid med grunnleggende rettigheter slik de fremkommer av EMK er en beslutning som ikke ligger innenfor EØS-avtalens grenser. Fra EFTA-domstolens praksis er det klart at grunnleggende rettigheter utgjør en del av EØS-retten, og at EØS-avtalen skal tolkes i lys av grunnleggende rettigheter.⁸⁶ Dette peker på at også EØS-komiteens kompetansegrunnlag skal tolkes i lys av grunnleggende rettigheter, og at det følger av dette at EØS-komiteen ikke har kompetanse til å innlemme rettsakter som er i strid med grunnleggende rettigheter i EØS-retten.

Det mest fremtredende problemet med denne løsningen er at rettsvirkningene som nevnt er uklare. Dersom løsningens anvendelighet skal vurderes, må også dette tas med i vurderingen. Selv om resonnementet om at EFTA-domstolen kan tolke EØS-komiteens

⁸⁴ E-6/01, *CIBA*, avsnitt 33

⁸⁵ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 155

⁸⁶ Se over punkt 3.1

kompetansegrunnlag i lys av EØS-rettens grunnleggende rettigheter kan understøttes med domstolens egen rettspraksis, er det ikke et fornuftig spor å følge hvis man tar konsekvensen av at EFTA-domstolen uansett ikke kan beslutte at innlemmelsesbeslutningen er ugyldig. Da må nødvendigvis resultatet være at EFTA-domstolen finner at EØS-komiteens har handlet utenfor sin egen kompetanse, men at beslutningen likevel er gyldig. Hvis dette er resultatet, så leder ikke en tolkning av EØS-komiteens kompetansegrunnlag i lys av grunnleggende rettigheter til en løsning på problemet. EFTA-statene vil fortsatt være bundet av EØS-regler som er i strid med EMK, og blir fortsatt nødt til å velge hvilket regelsett de vil etterleve og hvilket de vil bryte.

I lys av dette fremtrer den første løsningen, en sterkt innskrenkende tolkning av bestemmelser som bryter med grunnleggende rettigheter, som den beste løsningen, fordi den løser problemet med motstridende forpliktelser med en klar rettsvirkning. Det er også en enklere løsning som ikke kommer så direkte i konflikt med EFTA-domstolens manglende kompetanse til å finne rettsakter ugyldige.

Avslutningsvis må det også nevnes at hvorvidt EFTA-domstolen vil være offensiv og prøve rettsakter i lys av grunnleggende rettigheter også vil bero på en annen viktig faktor. Hvis EU-domstolen allerede har funnet en rettsakt ugyldig i EU-retten fordi den bryter med regler som også er omfattet av EØS-rettens grunnleggende rettigheter, så vil en avgjørelse i EFTA-domstolen som virker til å fjerne de sidene ved rettsakten som er i strid med EØS-reglene være en avgjørelse som også ivaretar homogenitetsmålsettingen. Hvis EU-domstolen derimot ikke har uttalt seg om saken, så vil en slik avgjørelse fra EFTA-domstolen bryte med homogenitetsmålsettingen da det umiddelbare resultatet blir at ulike regler gjelder i EU og EØS. Da bør i så fall de delene av rettsakten som bryter med grunnleggende rettigheter i EØS-retten være så åpenbar at det er trygt å anta at EU-domstolen vil komme til samme konklusjonen. Alt i alt vil nok EFTA-domstolen i et scenario der en rettsakt bryter med grunnleggende rettigheter være mer tilbakeholden hvis rettsakten fortsatt er gyldig i EU-retten.

Oppsummert finnes det muligheter for at EFTA-domstolen kan drive sensur av rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen ved bruk av EØS-rettens grunnleggende rettigheter. Hvorvidt dette faktisk vil skje er likevel usikkert. En like fornuftig løsning kan som nevnt over være å akseptere begrensningene i EFTA-domstolens kompetanse og la problemstillingen ligge.

5 Avslutning

I oppgavens innledning ble det spurt om hva som ligger i begrepet grunnleggende rettigheter i EØS-retten, hvordan begrepets innhold kan påvirkes av EUs grunnrettighetspakt, og hvilken funksjon grunnleggende rettigheter har i EØS-retten som en rettskilde.

Kjerneinnholdet i begrepet grunnleggende rettigheter i EØS-retten er de rettighetene som kommer til uttrykk i EMK, supplert med EMDs tolkning av disse rettighetene. Begrepet favner likevel om mer enn bare menneskerettighetene i EMK. Av den grunn kan ikke henvisningen til EMK som kilde for grunnleggende rettigheter i EØS-retten anses som uttømmende. Selv om pakten ikke kan anvendes direkte, kan den likevel være med på å utvikle innholdet i EØS-rettens grunnleggende rettigheter som en ikke uttalt inspirasjonskilde. Deveci-saken er et eksempel på dette. Der fant EFTA-domstolen at friheten til å opprette og drive egen virksomhet er en del av EØS-avtalen. Dette hadde EFTA-domstolen neppe kommet frem til hvis ikke denne rettigheten allerede hadde vært nedfelt i EUs grunnrettighetspakt og anvendt i EU-domstolens tolkning av rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen.

Det finnes likevel andre løsninger som oppfyller homogenitetsmålsettingen uten å videreutvikle EØS-rettens grunnleggende rettigheter. Eksempler på dette er tilfeller der en rettsakt henviser til EUs grunnrettighetspakt og tilfeller der uskrevne EØS-rettslige prinsipper kan lede til de samme tolkningsresultatene som i EU-retten bygger på grunnrettighetspakten. En videreutvikling av grunnleggende rettigheter i EØS-retten er altså ikke det eneste alternativet for å gi EØS-retten det samme innholdet som EU-retten når innholdet av sistnevnte er påvirket av grunnrettighetspakten.

Siden EØS-avtalen er en folkerettslig avtale som tar sikte på å utvide det indre marked til Norge, Island og Liechtenstein, vil grunnleggende rettigheter i EØS-retten først og fremst fungere som tolkningsbidrag til de øvrige bestemmelsene i EØS-retten. Likevel er det tenkelig at grunnleggende rettigheter kan fungere som sensurgrunnlag for rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen, men som samtidig er i strid med grunnleggende rettigheter i EØS-retten. Problemet har en side til EFTA-statenes deltakelse i EMK. En mulig konsekvens av motstrid mellom grunnleggende rettigheter i EØS-retten og innlemmede rettsakter er motstrid mellom medlemsstatenes internasjonale forpliktelser som følge av EØS-avtalen og EMK. I denne sammenhengen kan EFTA-domstolen velge å avstå fra å avgjøre rettsaktens gyldighet med henvisning til egen kompetanse. Alternativt kan den tolke rettsaktene så innskrenkende at

motstriden løses med en henvisning til grunnleggende rettigheter, eller tolke EØS-komiteens kompetansegrunnlag innskrenkende med henvisning til grunnleggende rettigheter.

Referanseliste

Artikler:

Björgvinsson, Davíð Thór, «Fundamental Rights in EEA Law.» I: *The EEA and the EFTA Court: Decentred Integration*. Ed. EFTA Court. London: Hart Publishing, 2014. s. 263-280

Fredriksen, Halvard Haukeland, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner*, 2013 s. 371-399

Wahl, Nils. «Uncharted Waters: Reflections on the Legal Significance of the Charter under EEA Law and Judicial Cross-Fertilisation in the Field of Fundamental Rights.» I: *The EEA and the EFTA Court: Decentred Integration*. Ed. EFTA Court. London: Hart Publishing, 2014. s. 281-298

Fredriksen, Halvard Haukeland, Christian N.K. Franklin, «Of pragmatism and principles: the EEA agreement 20 years on», *Common Market Law Review*, Vol. 52, 2015, s. 629-684

Baudenbacher, Carl, «'[M]å fortolkes på bakgrunn av økonomiske betraktninger': Refleksjoner omkring EFTA-domstolens rettspraksis», *Lov og Rett*, Vol. 55, 2016, s. 459-483

Bøker:

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole Andreas Rognstad, Olav Kolstad m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave., Oslo 2011.

Fredriksen, Halvard Haukeland, Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utgave, Bergen 2014.

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Bergen 2015.

Hartley, Trevor C., *The Foundations of European Union Law*, 8. utgave, Oxford 2014.

Ruud, Morten, Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Oslo 2011

Traktater

Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter, 12. desember 2007

Traktaten om den europeiske union, 7. februar 1992

Traktaten om den europeiske unions virkemåte, 25. mars 1957

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 2. mai 1992

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

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 4. november 1950

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966

(Utenriksdepartementets norske oversettelse av Lisboa-traktaten som også omfatter den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter er tilgjengelig her:

<https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/lisboa-traktaten/lisboa-traktaten-pa-norsk/id686838/> (sist besøkt 25. april 2017))

Direktiver og forordninger

Rådets første direktiv 89/104/EØF av 21. desember 1988 om indbyrdes tilnærming af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (ikke tilgjengelig på norsk)

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EØF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF

Rådsdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenester i det indre marked

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/6/EF av 28. januar 2003 om innsidehandel og markedsmanipulering (markedsmissbruk)

Avgjørelser fra EFTA-Domstolen

Sak E-2/97, *Mag Instrument Inc. mot California Trading Company Norway, Ulsteen*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 127

Sak E-8/97, *TV 1000 Sverige AB mot Den norske regjering, representert ved Kulturdepartementet*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 68

Sak E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir mot Island*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95

Sak E-6/01, *CIBA Speciality Chemicals Water Treatment Ltd m.fl. mot Den norske stat, representert ved arbeids og- administrasjonsdepartementet*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 281

Sak E-2/02, *Technologien Bau-und Wirtschaftsberatung GmbH og Bellona Foundation mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52

Sak E-2/03, *Påtalemakten mot Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson og Helgi Már Reynisson*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 185

Forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal Norge AS og L'Oreal SA mot Per Aarskog AS, Nille AS og Smart Club AS*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259

Sak E-12/10, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117

Sak E-15/10, *Posten Norge AS mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246

Sak E-4/11, *Arnulf Clauder*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216

Sak E-7/12, *Schenker North AB, Schenker Privpak AB og Schenker Privpak AS mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2013 s. 356

Sak E-23/13, *Hellenic Market Capital Commission (HCMC)*, EFTA Ct. Rep. 2014 s. 88

Sak E-10/14, *Enes Deveci m.fl. mot Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden*, EFTA Ct. Rep. 2014 s. 1364

Sak E-14/15, *Holship Norge AS mot Norsk Transportarbeiderforbund*, [2016], (ennå ikke i EFTA Ct. Rep.)

Sak E-28/15, *Yankuba Jabbi mot Den norske stat v/Utlendingsnemda*, [2016], (ennå ikke i EFTA Ct. Rep.)

Avgjørelser fra EU-Domstolen

Avgjørelser avsagt etter 1. januar 2012 er publisert elektronisk uten gjennomløpende nummering av samlingen. I stedet for en henvisning til Sml. tar jeg med saksnummer, årstall for avgjørelsen og ECLI-nummeret (European Case Law Identifier) som også kan brukes for å søke dem opp.

Sak 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung mot Kommisjonen*, Sml. 1974 s. 491

Sak C-355/96, *Silhouette International Schmied mot Hartlauer Handelsgesellschaft*, Sml. 1998 s. I-4799

Forente saker C-6 og 9/90, *Andrea Francovich og Danila Bonifaci m.fl. mot Italia*, Sml. 1991 s. I-5357

Sak C-426/11, *Mark Alemo-Herron m.fl. mot Parkwood Leisure Ltd.*, [2013],
ECLI:EU:C:2013:521

Sak C-456/12, *O. og B. mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, [2014],
ECLI:EU:C:2014:135

Annet

2015 report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights, COM (2016) 265 final (Tilgjengelig på http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/application/index_en.htm sist besøkt 25. april 2017)

EØS-komiteens beslutning nr. 315/2015 av 11. desember 2015 om endring av EØS-avtalens vedlegg XI (Elektronisk kommunikasjon, audiovisuelle tjenester og informasjonssamfunnstjenester) (tilgjengelig på <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/eea/other-legal-documents/adopted-joint-committee-decisions/2015%20-%20Norwegian/315-2015n.pdf> sist besøkt 25. april 2017)