



U i T

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Hvilken rettslig status og betydning har EUs Charter of Fundamental Rights i norsk rett?

Mats Haugen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Om avhandlingens hovedproblemstilling.....	1
1.2	Fremgangsmåte og metode.....	2
2	EUs Charter of Fundamental Rights.....	4
2.1	Utviklingen av grunnleggende rettigheter i EU-retten.....	4
2.2	Charterets innhold og anvendelsesområde.....	9
3	Charterets status og betydning i EMK-retten.....	11
3.1	Forholdet mellom EU og EMK	11
3.2	Charterets betydning ved tolkningen av EMK.....	16
3.3	Betydningen av EMDs anvendelse av Charteret for norske domstoler	19
4	Charterets status og betydning i EØS-retten	24
4.1	EØS rettens formål og vern om grunnleggende rettigheter.....	25
4.2	Metodiske særtrekk som virkemiddel for Charterets påvirkning av grunnleggende rettigheter i EØS-retten.....	26
4.3	Charterets betydning i EØS-retten i lys av EØS-avtalens artikkel 6 og ODA artikkel 3	31
4.4	EMK som virkemiddel for at Charteret påvirker EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter	34
4.5	EFTA-domstolens anvendelse av Charterets grunnleggende rettigheter.....	37
5	Charterets status og betydning for tolkningen av Grunnloven.....	44
5.1	Kapitlets formål	44
5.2	Charterets betydning som folkerettslig forbilde ved tolkningen av Grunnlovens kapittel E.....	45
6	Avslutning.....	52
	Kildeliste.....	54

1 Innledning

«Det er ikke bare våre egne statsorganer – Stortinget, regjeringen og Høyesterett – som bidrar til rettsutviklingen. Også andre, sterke og komplekst virkende krefter er i sving, til dels på avgjørende måter. Og her står vi uten tvil ovenfor den mest grunnleggende forandringen i norsk rett de siste 20-30 årene: Man sier gjerne at retten, fra å være utpreget nasjonalt, i dag er internasjonal».¹ Med disse ordene rettet Høyesterettsdommer Arnfinn Bårdsen fokus på rettsutviklingens betydning for rettskildebildet i norsk rett, i anledning Høyesteretts 200-års jubileum. Formålet med avhandlingen er å analysere hvilken rettslig status og betydning EUs Charter of Fundamental Rights har i norsk rett, i lys av den beskrevne rettsutviklingen.

1.1 Om avhandlingens hovedproblemstilling

Hovedproblemstillingen er om og eventuelt hvordan EUs Charter påvirker tolkningen av norske rettskilder med hensyn til hva som er gjeldende norsk rett. Både avhandlingens tittel og hovedproblemstilling er valgt på bakgrunn av internasjonaliseringen som norsk rett har vært med på å påvirke. Men som norsk rett både direkte og indirekte har blitt påvirket av i tiden etter 2. verdenskrig.² Spørsmålet er om Charteret har betydning for norsk rett, eller om det har «indirekte betydning» for gjeldende norsk rett. Med «indirekte betydning» siktes det til om Charteret påvirker tolkningen av folkerettslige rettskilder eller andre rettskilder som er relevante i norsk rett.

I dagens samfunn ser man at folkeretten tillegges en stadig større plass i nasjonale rettssystemer som følge av økende grad av samarbeid over landegrensene. EU er et eksempel på et slikt samarbeid. Norge har ikke tiltrådt EU-samarbeidet, men er medlem av EØS-samarbeidet³ og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen⁴. Disse folkerettslige avtalene åpner for at rettsstillingen til både stat og borger blir påvirket av de komplekse

¹ Dr. Juris Arnfinn Bårdsen, *Den internasjonale rettens innflytelse i Norge*, Foredrag på «åpen dag» 1. juli 2015 i anledning Norges Høyesteretts 200-års jubileum.

² Avhandlingens tema og problemstillinger er inspirert av og bygger på Halvard Haukeland Fredriksens artikkel «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten».

³ Se lov av 27 november 1992 nr. 109 om gjennomføring av norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven). Avtalen mellom EFTA-statene og EU ble inngått i 1992, men trådte ikke i kraft før 1994.

⁴ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen ble vedtatt av Europarådet i Roma 4. november 1950, men trådte ikke i kraft før 1953. Den ble ratifisert av Norge i 1951, og inkorporert i norsk rett ved lov av 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling.

kreftene som bidrar til den rettsutviklingen Arnfinn Bårdsen påpekte i sitt foredrag.⁵ EØS-avtalen og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen vil derfor tillegges betydelig plass ved behandlingen av avhandlingens problemstilling. Vurderingstemaet for den folkerettslige delen er om Charteret har betydning for norsk rett ved at det påvirker tolkningen av EMK- og EØS-retten.

Men også nasjonale statsorganer blir påvirket av internasjonaliseringen, og henter inspirasjon utenfor landegrensene i forbindelse med sin nasjonale lovgivning om menneskerettigheter.⁶ Samlet har dette har medført at blant annet menneskerettighetene, som først og fremst har vært nasjonale i sin form og innhold, har blitt internasjonalisert.⁷ Resultatet er at folkerettens og andre lands beskyttelse av menneskerettighetene utøver betydningsfull innflytelse på hva som til enhver tid er gjeldende norsk rett.

1.2 Fremgangsmåte og metode

Avhandlingen er delt opp i fire hoveddeler. Den første delen omhandler EUs vern av grunnleggende rettigheter, mens de tre siste omhandler Charterets status og betydning i norsk rett. I den første delen vil det bli redegjort for EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter i et historisk perspektiv og gis en kort oversikt over Charterets viktigste artikler. Den historiske delen vil lede frem til hvorfor det var nødvendig å utarbeide og vedta en egen rettighetskatalog om grunnleggende rettigheter i EU. I den forbindelse vil det bli lagt særlig vekt på EU-domstolens dynamiske fortolkning av EU-retten som følge av samarbeidets utvikling over tid.

Årsaken til at det vil bli redegjort for EU-rettens utvikling av grunnleggende rettigheter, er todelt. For det første er det viktig å ha kjennskap til både EU-rettens utvikling og EU-

⁵ Både EØS-avtalen og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen er inkorporert og gjort til norsk rett med «semi-konstitusjonell» rang, jf. EØS-loven § 2, jf. 1 og menneskerettsloven § 3, jf. 2. Mens EØS-avtalen har til formål å gi Norge tilgang til EUs indre marked, jf. EØS-avtalens artikkel 1, har tiltredelsen av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen til formål å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett, jf. menneskerettsloven § 1.

⁶ For Norge sin del er ikke dette noe nytt. Grunnloven slik den ble vedtatt 17. mai 1814 ble for eksempel inspirert Den franske menneskerettighetserklæringen og en rekke nasjonale konstitusjoner, herunder Den amerikanske uavhengighetserklæringen. Se også Dokument 16 (2011-2012) Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011.

⁷ Menneskerettighetene er fortsatt nasjonale i form og innhold (dualisme). Men som Jørgen Aall skriver i sin artikkel «Metodiske utfordringer for menneskerettsforskeren» på side 51, er det en dobbelthet som preger menneskerettighetsbildet i dag: Rettighetene er stadig nasjonale, men nå samtidig internasjonale, i form og innhold. Konvensjoner (i noen utstrekninger også uskrevne rett) binder Norge på en rekke områder som alle kan kalle seg menneskerettslige.

domstolens tolkningslære for å kunne forstå den nære sammenhengen mellom EU-retten og EØS-samarbeidet. For det andre er det helt nødvendig å forstå den nære sammenhengen mellom EU-samarbeidet og EØS-samarbeidet for å forstå EFTA-domstolens fortolkning av EØS-avtalen, og fremveksten av grunnleggende rettigheter i EØS-retten.

Den andre delen tar hovedsakelig sikte på å analysere Charterets status og betydning i EMK-retten, mens den tredje gjelder Charterets status og betydning i EØS-retten. Siden både EØS-avtalen og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen er folkerettslige avtaler, er det nødvendig å anvende folkerettslig metode for å kunne analysere Charterets betydning for gjeldende rett. Del fire gjelder Charterets betydning for tolkningen av Grunnlovens kapittel E. Ved denne analysen vil den alminnelige norske juridiske metoden anvendes. Bakgrunnen for at denne avsluttende drøftelsen er inntatt i avhandlingen er grunnlovsrevisjonen som fant sted i 2014.

Samspeilet mellom EU-retten, EØS-retten og EMK på den ene siden, og Grunnloven, EU-retten og EMK på den annen side, gjør det nødvendig at de tre siste delene av og til vil kunne gripe over i hverandre. Dette har sammenheng med EMDs sentrale rolle innenfor utviklingen av menneskerettigheter i Europa.⁸ Utgangspunktet for vurderingstemaet i alle delene vil likevel være om Charteret påvirker gjeldende rett i seg selv, eller indirekte ved at Charteret har betydning for hva en kan slutte fra relevante rettskilder i norsk rett.

Gjeldende rett kan beskrives som den rettsregel en kan utlede av de relevante rettskildefaktorene på bakgrunn av et rettsspørsmål. Hvis en skal følge alminnelig norsk metodelære, er det i følge Eckhoff rettskildeprinsippene som «*gir anvisning på hvilke kilder det er tillatt å hente argumenter fra når man skal løse rettsspørsmål og hvilken vekt argumentene skal ha innbyrdes*».⁹ For å kunne ta standpunkt til hva som er gjeldende rett, må en derfor følge rettskildeprinsippene. De fleste rettskildeprinsippene har ikke sitt grunnlag i skrevne kilder, men er utviklet av den dømmende myndighet. Årsaken er at «*domstolene, og spesielt Høyesterett, har det siste og avgjørende ord i de fleste rettsspørsmål*».¹⁰

⁸ I Innst. O. nr. 51 understreker komiteen på side 2 at «*den europeiske menneskerettskonvensjonen ... er ei demokratisk, moralsk og etisk rettesnor for eit rettferdig samfunn, for utvikling av verda og for eit globalt ansvar for utsette menneske*».

⁹ *Rettskildeelære*, Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, 5. utgave Oslo 2000 på side 19.

¹⁰ *Rettskildeelære*, Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, 5. utgave Oslo 2000 på side 20.

Domstolenes sentrale rolle innenfor utviklingen av rettskildeprinsippene, har også overføringsverdi til de folkerettslige delene av avhandlingen. EU-domstolen, EFTA-domstolen og Den europeiske menneskerettsdomstolen vil som utgangspunkt kunne «*tjene som mønster for andre jurister*» når de løser rettsspørsmål innenfor sin jurisdiksjon.¹¹ Som følge av at det er «*domstolene som i første rekke har vært retningsgivende*» for hvordan en metodisk skal gå frem for å løse et rettsspørsmål, vil avhandlingens problemstillinger konsentreres om avgjørelser fra EMD, EU-domstolen, EFTA-domstolen og Høyesterett.¹² Målet er å drøfte om Charterets bestemmelser har betydning for tolkningen av menneskerettslige spørsmål innenfor rammene av norsk rett.

2 EUs Charter of Fundamental Rights

Formålet med dette kapitlet er todelt. Først og fremst er formålet å redegjøre for EUs Charter of Fundamental Rights og hvordan grunnleggende rettigheter anvendes i tolkningen av EU-retten. For det andre har kapitlet som siktemål å redegjøre for utviklingen av grunnleggende rettigheter i EU-retten, i et historisk perspektiv. Spørsmålet er hvorfor det var nødvendig med grunnleggende rettigheter i EU-retten. For å besvare dette spørsmålet, er det nødvendig å undersøke hvordan EU-retten har utviklet seg over tid fra å være et relativt lite samarbeid, til å bli et omfattende overnasjonalt samarbeid med et mål om å være et selvstendig rettssystem.

2.1 Utviklingen av grunnleggende rettigheter i EU-retten

Med Roma-traktaten¹³ ble det økonomiske fellesskap opprettet. Til tross for at målet bak samarbeidet var å etablere politisk fellesskap mellom landene, omhandlet ingen av traktatens 248 artikler grunnleggende rettigheter. Artikkene tok sikte på å etablere et felles marked, og medlemslandene forpliktet seg derfor til å oppheve tollavgifter, mengdereguleringer og andre hindringer for fri import og eksport av varer seg imellom. De forpliktet seg til å innføre en felles tolltariff og føre en felles handelspolitikk overfor tredjeland, samt fjerne alle hindringer for den frie bevegelse for varer, personer (arbeidskraft), tjenesteytelser og kapital mellom medlemslandene.

¹¹ *Rettskildelære*, Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, 5. utgave Oslo 2000 på side 21.

¹² *Rettskildelære*, Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, 5. utgave Oslo 2000 på side 20.

¹³ Traktat om Det økonomiske fellesskap trådte i kraft 1. januar 1958. Den ble inngått 25. mars 1957 mellom Belgia, Nederland, Luxembourg, Frankrike, Italia og Vest-Tyskland.

Ønsket om å etablere et felles marked for landene som tok del i det politiske felleskapet, gjorde at medlemslandene ikke fant et behov for grunnleggende rettigheter i EU-retten. Dette synspunktet var et resultat av datidens menneskerettighetsarbeid, som var konsentrert om de sivile og politiske rettighetene. Tradisjonelt hadde slike rettigheter vært noe hvert enkelt land selv regulerte. Samarbeidet la derfor til grunn at medlemslandene selv tok ansvar og beskyttet disse på egen hånd, i sine konstitusjoner eller i øvrig lovgivning.¹⁴ I takt med at datidens menneskerettighetsarbeid utviklet seg og EU-samarbeidet utvidet seg, endret dette synspunktet seg. Som et resultat av denne utviklingen, begynte EU-domstolen på slutten av 1960 å etablere en ulovfestet rettighetskatalog i EU-retten.

EU-domstolen innfortolket grunnleggende rettigheter i EU-retten for første gang i saken *Erich Stauder v City of Ulm*.¹⁵ Saken gjaldt Kommisjonens avgjørelse om å tillate at «*certain categories of consumers to buy butter at a reduced price*».¹⁶ Avgjørelsen tok sikte på å «*make butter available at a reduced price to certain categories of consumers who are beneficiaries under a social welfare scheme and whose income does not enable them to buy butter at normal price*».¹⁷ Tyskland krevde at de som benyttet seg av denne muligheten, måtte fremvise en kupong hvor mottakerens navn og adresse var synlig. Stauder, som ønsket å benytte seg av denne muligheten til å kjøpe smør til en billigere pris, hevdet at kravet fra myndighetene krenket hans verdighet.

EU-domstolen konkluderte med at Tysklands anvendelse av avgjørelsen fra Kommisjonen ikke var lovlig, og at det ikke var grunnlag for kupongordningen som krenket Stauders verdighet. Begrunnelsen for EU-domstolens standpunkt, var at tolkningsresultat ikke krenket «*the fundamental human rights enshrined in the general principles of Community law and protected by the Court*».¹⁸ Med dette konstaterte EU-domstolen at grunnleggende rettigheter var en integrert del av EU-retten, og at medlemsstatene måtte overholde disse ved gjennomføringen av EU-retten.¹⁹

¹⁴ NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter, se punkt 4.4 og 4.5.

¹⁵ C-29/69 *Erich stauder v City of Ulm*, Judgment of the Court 12 november 1969.

¹⁶ Decision by the Commission of 12 February 1969, Official Journal 1969 L 52/9. Se C-29/69, *Erich stauder v City of Ulm*, Judgment of the Court 12 november 1969, side 420.

¹⁷ C- 29/69 *Erich stauder v City of Ulm*, Judgment of the Court 12 november 1969, side 420.

¹⁸ C-29/69 *Erich stauder v City of Ulm*, Judgment of the Court 12 november 1969, side 425.

¹⁹ Dette fremgår nå av Charterets artikkel 51.

Det rettskildemessige grunnlaget EU-domstolen hadde for å innfortolke grunnleggende rettigheter i EU-retten, baserte seg på de uskrevne anerkjente rettskildene, herunder grunnleggende prinsipper og alminnelige rettsgrunnsetninger. Begrunnelsen for dette, har sammenheng med at verken Roma-traktaten eller andre anerkjente skrevne rettskilder regulerte EU-rettens forhold til grunnleggende rettigheter. De prinsippene og rettsgrunnsetningene som EU-domstolen benyttet for å oppnå sitt tolkningsresultat og standpunkt, var helt sentrale ved utarbeidelsen av den relativt omfattende praksisen som senere ble etablert om menneskerettigheter i EU-retten.²⁰

Behovet for å beskytte individenes grunnleggende rettigheter på områder der disse rettighetene potensielt kunne stå i en konflikt med EU-rettens økonomiske markedsregulering, var ikke det eneste forholdet som begrunnet behovet for å beskytte grunnleggende rettigheter. Like viktig var harmoniseringshensyn. Medlemslandene ønsket å forhindre konflikt mellom EU-retten og de grunnleggende rettighetene som allerede var nedfelt i medlemslandenes nasjonale konstitusjoner. Begrunnelsen for at medlemsstatene fryktet at konflikten kunne oppstå, har sammenheng med prinsippene om EU-rettens forrang og direkte virkning, som EU-domstolen utviklet på 1960-tallet.²¹ EU-domstolen måtte derfor sørge for at en slik konflikt ikke kunne oppstå.

Løsningen kom i *J.Nold, Kohlen – und Baustoffgrosshandlung v Commission of the European Communities*.²² Som følge av at de nye restriksjonene truet eksistensen til saksøkers foretak, hevdet han at Kommisjonens beslutning om å tillate nye virksomhetsbetingelser krenket EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter. Utgangspunktet for EU-domstolen var EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter. EU-domstolen konstaterte at «*fundamental rights from an integral part of the general principles of law, the observance of which it ensures*».²³ For at disse grunnleggende rettighetene skulle virke effektivt, var det nødvendig for EU-domstolen å

²⁰ Anvendelsen av disse prinsippene og rettsgrunnsetningene var legitimert ved at de var hentet fra medlemslandenes interne rett. Argumentasjonen til EU-domstolen innenfor området for grunnleggende rettigheter var derfor bundet i anerkjente rettskilder i EU-retten, og har siden vært anerkjent av medlemslandene.

²¹ EU-domstolens avgjørelse i C-6/64 *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, Judgment of the Court 15 July 1964 var den første saken hvor EU-rettens forrang ble presentert. Se C-26/62 *van Gend en Loos v Nederlandse administratie der belastingen*, Judgment of the Court 5 February 1963, som var EU-domstolens første avgjørelse om EU-rettens direkte virkning. Om prinsippene, se også *EØS-rett*, Fredrik Sejersted m.fl., 3. utgave, Oslo 2011 på side 77-80.

²² C-4/73 *J.Nold, Kohlen – und Baustoffgrosshandlung v Commission of the European Communities*, Judgment of the Court 14 May 1974.

²³ C-4/73 *J.Nold, Kohlen – und Baustoffgrosshandlung v Commission of the European Communities*, Judgment of the Court 14 May 1974, avsnitt 13.

se til de konstitusjonelle tradisjonene som var felles for medlemslandene. En kunne derfor ikke opprettholde «*measures which are incompatible with fundamental rights recognized and protected by the Constitutions of those States*».²⁴ Som en følge av at grunnleggende rettigheter måtte innfortolkes som en integrert del av retten, mente derfor EU-domstolen at det var nødvendig å se til medlemslandenes konstitusjonelle tradisjoner av to grunner. Den første var - som det følger av avgjørelsen ovenfor - å hindre konflikt mellom EU-retten og medlemsstatenes konstitusjoner. For det andre, var denne fremgangsmåten nødvendig for å kartlegge og fastsette rekkevidden av EU-retten vern om grunnleggende rettigheter.

Men det var ikke utelukkende nasjonale konstitusjoner som var relevante for kartleggingen og rekkevidden for EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter. Også internasjonale traktater som hadde til formål å beskytte slike rettigheter, og som «*the Member states have collaborated or of which they are signatories*» kunne «*supply guidelines which should be followed within the framework of Community law*».²⁵

Den metodiske fremgangsmåten EU-domstolen fulgte ved kartleggingen og rekkevidden av EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter, ble senere fulgt opp i saken *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*.²⁶ Men EU-domstolen tilføyde og fremhevet betydningen av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. I den anledning ble det vist til EU-parlamentet, som etter en gjennomgang av «*case-law of the Court*» påpekte betydningen til nasjonale konstitusjoner og «*on the other hand to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950*» som naturlige utgangspunkter for EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter.²⁷

Utgangspunktet som ble lagt i *Erich Stauder v City of Ulm* ble dermed utviklet og utvidet. Det ble akseptert at internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter var relevante som

²⁴ C-4/73 *J.Nold, Kohlen – und Baustoffgrosshandlung v Commission of the European Communities*, Judgment of the Court 14 May 1974, se avgjørelsens avsnitt 13. Se også C-11/70, *International Handelsgesellschaft*, ECR 1970 1125.

²⁵ C-4/73 *J.Nold, Kohlen – und Baustoffgrosshandlung v Commission of the European Communities*, Judgment of the Court 14 May 1974, se avgjørelsens avsnitt 13.

²⁶ C-44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, Judgment of 13 December 1979, avsnitt 15 med videre henvisninger. Se også C-46/87 og 227/88 *Hoechst AG v. Commission*, Judgment of the Court 21 September 1989 avsnitt 13, samt C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 22 November 2005.

²⁷ Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission of 5 April 1977, Official Journal C 103, 1977, side 1.

inspirasjonskilder, for både utarbeidelsen av grunnleggende prinsipper og rettsgrunnsetninger som eksisterte som en integrert del av EU-retten og rekkevidden av disse.

Legitimiteten som ligger til grunn for utgangspunktet har sammenheng med at de fleste medlemslandene enten hadde samarbeidet om å utarbeide konvensjoner om grunnleggende rettigheter, eller senere frivillig tiltrådt disse.²⁸ Ved at EU-domstolen benyttet denne fremgangsmåten ble ikke medlemsstatene pålagt forpliktelser i større omfang enn hva som allerede fulgte av sine egne konstitusjoner og øvrige folkerettslige forpliktelser. Tatt EU-rettens utvikling i omfang, var dette en nødvendig følge for at samarbeidet skulle opprettholdes og virke effektivt. Følgen av dette var at medlemslandene hadde en felles interesse i at grunnleggende rettigheter ble overholdt, også i EU-retten.

EMK-rettens status og betydning for EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter ble særlig fremhevet i saken *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE v Pliroforissis and Kouvelas*²⁹. EU-domstolens fremholdt at i de tilfeller hvor et medlemsland forsøker å «*derogate from freedom of establishment and freedom to provide services*», må dette skje i tråd med EU-rettens «*general principles*» og «*article 10 of the ECHR*».³⁰ Følgen av at EU-domstolen innfortolket et unntak i EU-retten etter modell fra EMK-retten, var at rettstilstanden mellom disse rettssystemene ble harmonisert.

De avgjørelsene fra EU-domstolen som er nevnt ovenfor, viser at EU-rettens første møte med grunnleggende rettigheter fant sted på ulovfestet grunnlag. Rettighetene har senere blitt utviklet i takt med EU-samarbeidets utvikling i omfang og kompleksitet. En sentral faktor ved utviklingen av EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter, har vært EU-domstolens analyse av hvilke verdier som medlemslandene hadde til felles på den aktuelle tiden. Nasjonale konstitusjoner og internasjonale traktater som medlemsstatene har utarbeidet eller tiltrådt har vært viktige bidragsfaktorer til denne analysen. Ved at EU-domstolen benyttet denne fremgangsmåten, lyktes den med å etablere en ulovfestet rettighetskatalog og en

²⁸ C-4/73 *J.Nold, Kohlen – und Baustoffgrosshandlung v Commission of the European Communities*, Judgment of the Court 14 May 1974, avsnitt 13.

²⁹ C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE v Pliroforissis and Kouvelas*, Judgment of the Court 18 June 1991.

³⁰ C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE v Pliroforissis and Kouvelas*, Judgment of the Court 18 June 1991, avsnitt 45.

omfattende praksis knyttet til denne i tiden før EUs Charter of Fundamental Rights ble vedtatt og trådte i kraft.³¹

2.2 Charterets innhold og anvendelsesområde

EUs Charter of Fundamental Rights er en relativt ung rettighetskatalog. Rettighetskatalogen er hovedsakelig et resultat av hvordan EU-samarbeidet har utviklet seg over tid, og EU-domstolens påfølgende dynamiske fortolkning av EU-retten. Etterhvert som EU-samarbeidet har utviklet seg, har sakene for EU-domstolen vist at det har vært et behov for å beskytte individenes grunnleggende rettigheter i EU-retten, på områder der disse rettighetene står i en potensiell konflikt med EU-rettens økonomiske markedsregulering.³² EU-domstolen har derfor ved sin fortolkning av EU-retten stått i spissen for at grunnleggende rettigheter er kommet frem i lyset.

Rettighetskatalogen ble vedtatt 7. desember 2000, og i alt inneholder Charteret 54 artikler. Rettighetene, som ikke hadde status som bindende primærrett før Lisboa-traktaten trådte i kraft 1. desember 2009, kan i korte trekk beskrives som sosiale, politiske, kulturelle og økonomiske rettigheter. Det følger nå av TEU art. 6 første punkt at «*The union recognise the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7. December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12. December 2007, which shall have the same legal status as the Treaties*».

Selv om Charteret til å begynne med ikke hadde full rettslig status, var rettighetskatalogen likevel ikke uten betydning for EU-retten. Betydningen Charteret hadde før Lisboa-traktaten trådte i kraft, var som en kilde ved tolkningen av EU-lovgivningen.³³ Siden Charteret langt på vei er en kodifisering av ulovfestet rett utviklet av EU-domstolen, må betydningen og påvirkningen til Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen fremheves. EMK og EMDs fortolkning av EMK-retten hadde en sentral rolle ved utarbeidelsen av de grunnleggende rettighetene i EU-retten og ved kartleggingen av rekkevidden av disse, i tiden før Charteret. Men EMK-retten har også spilt en sentral rolle ved fortolkningen av Charterets artikler, selv

³¹ Se særlig C-438/05 *International Transport Workers` Federation v Viking Line ABP*, Judgment of the Court 11 December 2007, avsnitt 43 følgende og C-271/08 *European Commission v Federal Republic of Germany*, Judgment of the Court 15 July 2010, avsnitt 37 følgende.

³² *EØS-rett*, Fredrik Sejersted m.fl., 3. utgave Oslo 2011 på side 72.

³³ Dette innebærer at også avgjørelser fra EU-domstolen før 2009 er relevante for avhandlingens hovedproblemstilling.

om de er selvstendig utformet.³⁴ Dette gjelder særlig i de tilfellene hvor Charterets artikler og artiklene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen korresponderer med hverandre innholdsmessig.

I de tilfellene hvor Charterets artikler og artiklene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen korresponderer med hverandre innholdsmessig, følger det av Charterets artikkel 53 nr. 3 første punktum at rettighetene som følger av Charteret skal tolkes på samme måte som EMD har fortolket EMK-retten. Dette innebærer at EU-domstolen ikke står helt fri i sin fortolkning av Charteret. EU-domstolen kan naturligvis fortolke Charterets artikler på en slik måte at rettighetene får større rekkevidde enn hva som er tilfellet i EMK-retten. Men EU-domstolen er avskåret fra å fortolke rettighetene slik at minstekravene blir lavere enn hva som er tilfellet i EMK-retten.³⁵

Anvendelsesområdet til EUs Charter of Fundamental Rights følger av Charterets artikkel 51. Charteret gjelder både for EU som sådan og for medlemsstatene.³⁶ For sistnevnte gjelder imidlertid Charteret bare når de «*are implementing Union law*».³⁷ Denne avgrensningen har vært tema for «*considerable debate and analysis*».³⁸ Diskusjonen synes å være knyttet til spenningen mellom «*the obligation to "promote" the rights in the Charter and the repeated emphasis on the limits of the EU's powers*».³⁹ Mye taler for at ordlyden er en henvisning til EU-domstolens jurisdiksjon, og at Charteret ikke er relevant ved behandlingen av saker som ikke omhandler EU-rett.⁴⁰ Dette vil i så fall være i overensstemmelse med begrensningen som følger av TEU artikkel 6 nr. 1 annet punkt, hvor det understrekes at «*The provisions of the Charter shall not extend in any way the competence of the Union as defined in the treaties*». Dette følger også av Charterets artikkel 51 nr. 2.

³⁴ Se punkt 3.1 om forholdet mellom EU og EMK.

³⁵ Se Charterets artikkel 52 nr. 3 annet punktum.

³⁶ Se Charterets artikkel 51 nr. 1 første setning.

³⁷ Se Charterets artikkel 51 nr. 1 første setning.

³⁸ Se *EU Law. Text, Cases, and Materials*. Paul Craig and Gráinne de Búrca, Sixth Edition, 2015 på side 397 med videre henvisninger.

³⁹ *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Paul Craig and Gráinne de Búrca, Sixth Edition 2015 på side 397.

⁴⁰ Avgrensningen har betydning for Charterets og EU-rettens rekkevidde. Innenfor de områdene som EU kan regulere, kan Charteret medføre at nasjonale rettsregler kan bli satt til side som følge av EU-rettens forrang fremfor nasjonal lovgivning. Vice versa, på de områder hvor EU ikke har kompetanse til å utøve lovgivningskompetanse, blir medlemsstatene ikke berørt av Charteret. På de områdene hvor både EU og medlemsstatene kan utøve lovgivningskompetanse, har ikke Charteret relevans i den forstand at den kan sette nasjonal lovgivning til side, dersom områdene er dominert av nasjonal lovgivning. På disse områdene kan imidlertid – som avhandlingen vil vise – EMK-retten ha tilsvarende betydning som Charteret har på EU-regulerte områder. Om dette, se NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter, punkt 4.4 og 4.5.

3 Charterets status og betydning i EMK-retten

Formålet med dette kapitlet er vise Charterets betydning for norsk rett ved at det påvirker tolkningsresultatet til EMD i EMK-retten. Formålet søkes oppnådd ved å analysere hvordan EMD metodisk går frem når de løser rettsspørsmål med grunnlag i rettigheter som innholdsmessig også er beskyttet av EUs Charter.

Innledningsvis vil det bli redegjort for forholdet mellom EU-retten og EMK-retten, i lys av at de er formelt uavhengig av hverandre til tross for at medlemsstatene i EU også er medlemmer av EMK. Kapitlets hoveddel omhandler Charterets betydning for EMK-retten. Spørsmålet er om Charteret har betydning for norsk rett i den forstand at det påvirker EMDs tolkningen av de rettskildene som er relevante i EMK-retten. Avslutningsvis vil det bli knyttet noen bemerkninger til hvordan Høyesterett metodisk går frem ved fortolkningen av EMK-retten. Målet er å vise hvordan EMDs avgjørelser legger føringer for hvordan EMK-retten skal fortolkes av Høyesterett, i sin fortolkning av EMK-retten.

3.1 Forholdet mellom EU og EMK

EU som sådan er ikke medlem av EMK.⁴¹ Som følge av at EU ikke har tiltrådt EMK, faller det utenfor EU-domstolens jurisdiksjon å overprøve om medlemslandenes interne lovgivning er i overenstemmelse med EMK-retten. Dette ble lagt til grunn av EU-domstolen i saken *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia v Dimotiki Etairia Pliroforissis*⁴². EU-domstolen konstaterte at den ikke hadde kompetanse til å «*examine the compatibility with the European Convention on Human Rights of national rules which do not fall within the scope of Community law*».⁴³ For det første innebærer uttalelsen at EU-domstolen ikke er en del av domstolshierarkiet som ligger til grunn i EMK-retten.⁴⁴ For det andre, gjør EU-domstolens uttalelse det nødvendig å skille mellom medlemslandenes interne lovgivning og EU-lovgivning. Årsaken til at det er nødvendig å gjøre dette skillet er fordi «*where such rules do fall within the scope of Community law, and reference is made to the Court for a preliminary*

⁴¹ Etter TEU artikkel 6 annet punkt har EU forpliktet seg til å tiltre som medlem av EMK. Se Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave Oslo 2011 om hvilke problemstillinger dette reiser på side 71 og 72.

⁴² C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia v Dimotiki Etairia Pliroforissis*, Judgment of the Court 18 June 1991.

⁴³ C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia v Dimotiki Etairia Pliroforissis*, Judgment of the Court 18 June 1991, avsnitt 42.

⁴⁴ Jf. subsidiaritetsprinsippet. Som et eksempel på hvordan prinsippet fungerer i praksis, se Case of *Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway*, application no. 13258/09, Judgment Strasbourg 16 January 2014 sammenholdt med Rt. 2008 s. 109.

*ruling, it must provide all the criteria of interpretation needed by the national court to determine whether those rules are compatible with the fundamental rights the observance of which the Court ensures and which derive in particular from the European Convention on Human Rights».*⁴⁵ EMD har på sin side – som det vil bli redegjort for nærmere nedenfor – forbeholdt seg retten til å overprøve hvorvidt det kan presumeres at medlemsstatene ved gjennomføringen av EU-retten overholder sine forpliktelser etter konvensjonen.⁴⁶

Siden EU ikke har tiltrådt Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, kommer ikke EMK artikkel 1 til anvendelse.⁴⁷ Mangelen på jurisdiksjon innebærer at EMD verken har domsmyndighet eller tvangsmyndighet ovenfor EU. Dette har betydning på to måter i forhold til medlemslandene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. For det første innebærer dette at EU ikke har noe ansvar for at EMK-retten blir krenket, og kan dermed ikke stevnes inn for EMD. EU behøver på den måten ikke å svare for «*any infringement of the rights and freedoms protected by the Convention committed against individuals placed under their jurisdiction*».⁴⁸ For det andre innebærer dette at EU ikke har noen plikt til å innrette seg etter EMDs avgjørelser etter EMK artikkel 46.

Men selv om EU som sådan ikke er medlem av EMK, må EU-landene overholde sine forpliktelser i henhold til EMK-retten også når de overholder sine forpliktelser etter EU-retten. Dette har sammenheng med at samtlige medlemsland i EU er medlemmer av EMK, og har dermed anerkjent domstolens domsmyndighet og tvangsmyndighet. I saken *Hauer v Land Rheinland-Pfalz*⁴⁹ ble det hevdet at EU-retten var bundet av EMK-retten, i den forstand at EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter måtte harmonere med EMK-rettens vern om menneskerettighetene. Argumentasjonen bak påstanden var todelt. For det første ble det argumentert for at siden samtlige EU-land hadde tiltrådt EMK før de tiltrådte EU-samarbeidet, kunne en ikke legge til grunn at medlemslandene hadde inngått en folkerettslig forpliktelse i etterkant som potensielt kunne komme i konflikt med EMK-retten. For det andre ble det argumentert for at EU-retten alltid måtte ta utgangspunkt i medlemslandenes nasjonale

⁴⁵ C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia v Dimotiki Etairia Pliroforissis*, Judgment of the Court 18 June 1991, avsnitt 42.

⁴⁶ Se Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, særlig avsnitt 152 til 156.

⁴⁷ EMK artikkel 1 forplikter medlemsstatene til å «*sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjonen*».

⁴⁸ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, se avsnitt 136 med videre henvisninger.

⁴⁹ C-44/79, *Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, Judgment of the Court 13 December 1979.

konstitusjoner og EMK-retten, for å garantere den høyeste beskyttelsen av grunnleggende rettigheter. Bakgrunnen for argumentasjonen har sammenheng med at dersom denne fremgangsmåten ikke ble fulgt, kunne etableringen av EU-samarbeidet potensielt svekke beskyttelsen av grunnleggende rettigheter som allerede var etablert i medlemslandenes nasjonale konstitusjoner og EMK.

EU-domstolen har ikke på noen tidspunkt vedkjent at EU som sådan har vært forpliktet til å underlegge seg EMK. Ei heller har EU-domstolen uttalt at EMK er en del av EU eller at EU er en del av EMK på en slik måte at EMK kan pålegge EUs institusjoner plikter. Som en direkte konsekvens av dette, er ikke EU-domstolen forpliktet til å fortolke EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter på samme måte som EMD fortolker EMK-retten. EU-domstolen fulgte derfor ikke argumentasjonen bak påstanden om at EU-retten var bundet av EMK-retten, i den forstand at EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter måtte harmonere med EMK-rettens vern om menneskerettigheter.

Til tross for at EU-retten formelt sett er helt uavhengig fra EMK-retten, er det likevel ingen tvil om at EMK slik den er fortolket av EMD har påvirket EU-domstolens fortolkning av EU-retten helt siden de grunnleggende rettighetene ble innfortolket i EU-retten. Følgen av dette er at EMK-retten spiller en helt sentral rolle både ved utarbeidelsen av EU-lovgivningen og når medlemslandene i EU gjennomfører EU-retten.⁵⁰ Resultatet blir dermed at EU-samarbeidet som helhet, blir sterkt påvirket av forpliktelsene som følger av EMK-retten. Det synlige beviset på dette følger nå av TEU artikkel 6 tredje punkt. Av artikkelens ordlyd fremgår det at grunnleggende rettigheter som følger av «*the European convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law*».⁵¹ Samlet sett, må en derfor kunne legge til grunn at både EU som sådan og medlemslandene har en felles interesse i at både EU-retten og EMK-retten blir overholdt.

Problemstillingene knyttet til forholdet mellom EMK og EU, kom for første gang opp under behandlingen av saken *Matthews v. the United Kingdom*⁵². EMD tok utgangspunkt i at «*The*

⁵⁰ Dette kan være en av hovedårsakene til at EMK-retten – ved å være et uttrykk for medlemslandenes felles verdier og rettslige tradisjon - siden 1960 har vært av vesentlig betydning for vernet om grunnleggende rettigheter i EU-retten.

⁵¹ Se punkt 2.2 om tolkningen av rettighetene som følger av EUs Charter i tilfeller hvor de samme rettighetene innholdsmessig også er beskyttet av EMK.

⁵² Case of *Matthews v. the United Kingdom*, Application no. 24833/94, Judgment Strasbourg 18 February 1999.

*Convention does not exclude the transfer of competence to international organisations».*⁵³

Men selv om konvensjonen ikke er til hinder for slik «*transfer of competence*», innebærer ikke dette at konvensjonsstatene ved å tiltre andre folkerettslige avtaler unngår forpliktelsene som følger ved å være medlem av EMK. De har fortsatt et ansvar for å sørge for at rettighetene som følger av konvensjonen blir overholdt, «*even after such a transfer*».⁵⁴ Hovedregelen er dermed at selv om EMD ikke har jurisdiksjon overfor EU ved at «*The Court observes that acts of the EC as such cannot be challenged before the Court because the EC is not a Contracting Party*», blir ikke medlemsstatene i EU fri fra sitt ansvar etter EMK.⁵⁵

Utgangspunktet som følger av *Matthews v. the United Kingdom*⁵⁶ ble fulgt opp i saken *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*.⁵⁷ Men i denne avgjørelsen uttalte EMD at det også er sikker rett at «*a Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations*».⁵⁸ Uttalelsen ble begrunnet i at EMK artikkel 1 «*makes no distinction as to the type of rule or measure concerned and does not exclude any part of a Contracting Party's jurisdiction from scrutiny under the Convention*».⁵⁹

Standpunktet til EMD om at en stat ikke kan fri seg fra konvensjonens forpliktelser ved å overføre en del av sin suverenitet til et overnasjonalt samarbeid utenfor EMK-rettens jurisdiksjon, er viktig sett fra et EMK-rettslig perspektiv. Dersom EMD hadde fortolket EMK-retten slik at medlemsstatene ville vært fri sine forpliktelser ved tiltredelsen av slike overnasjonale samarbeid, hadde dette åpnet for en valgmulighet. Medlemsstatene kunne da valgt mellom de forpliktelsene de selv ønsket å påta seg, og snu ryggen til de forpliktelsene som en ikke ønsket å påta seg.

⁵³ Case of *Matthews v. the United Kingdom*, Application no. 24833/94, Judgment Strasbourg 18 February 1999, se avsnitt 32.

⁵⁴ Case of *Matthews v. the United Kingdom*, Application no. 24833/94, Judgment Strasbourg 18 February 1999, se avsnitt 32.

⁵⁵ Case of *Matthews v. the United Kingdom*, Application no. 24833/94, Judgment Strasbourg 18 February 1999, se avsnitt 32.

⁵⁶ Case of *Matthews v. the United Kingdom*, Application no. 24833/94, Judgment Strasbourg 18 February 1999.

⁵⁷ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005.

⁵⁸ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, avsnitt 153.

⁵⁹ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, avsnitt 153.

En slik løsning ville klart ha gått på bekostning av konvensjonens effektivitet. Standpunktet til EMD om slike typetilfeller er derfor helt avgjørende av to årsaker. For det første er standpunktet avgjørende for at formålet og begrunnelsen bak konvensjonen skal kunne realisere seg. For det andre er standpunktet avgjørende for at rettighetene og forpliktelsene som følger av konvensjonen ikke skal fremstå som «*theoretical or illusory*», og potensielt sette hele konvensjonen ute av spill.⁶⁰ Disse betraktningene ble også påpekt av EMD i saken *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*⁶¹, hvor EMD uttalte at «*absolving Contracting States completely from their Convention responsibility in the areas covered by such a transfer would be incompatible with the purpose and object of the Convention; the guarantees of the Convention could be limited or excluded at will, thereby depriving it of its peremptory character and undermining the practical and effective nature of its safeguards*».⁶²

EMDs fremgangsmåte ved vurderingen av om et konvensjonsland overholder sine forpliktelser etter EMK når den gjennomfører lovgivning gitt av et overnasjonalt samarbeid utenfor EMK-rettens jurisdiksjon, tar utgangspunkt i om samarbeidets forhold til menneskerettigheter. Forpliktelsene etter EMK er ikke oppfylt bare ved at samarbeidet tar hensyn til menneskerettigheter. De materielle rettighetene og tilsynet med at disse grunnleggende rettighetene blir overholdt må være «*in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides*».⁶³ Dette innebærer likevel ikke at vernet om menneskerettighetene behøver å være identiske med hva som gjelder for EMK-retten. Det er tilstrekkelig at beskyttelsen som gis er «*comparable*».⁶⁴

EMD er derfor nødt til å foreta en inngående prøving for å kunne komme frem til et resultat. Vurderingstemaet vil i slike tilfeller være om det menneskerettslige vernet som følger av det overnasjonale samarbeidet er «*comparable*» med det som følger av EMK-retten, «*in the light*

⁶⁰ Case of *Matthews v. the United Kingdom*, Application no. 24833/94, Judgment Strasbourg 18 February 1999, se avsnitt 34 med videre henvisninger.

⁶¹ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005.

⁶² Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, avsnitt 154.

⁶³ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, avsnitt 155.

⁶⁴ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, avsnitt 155.

of any relevant change in fundamental rights protection». ⁶⁵ Lovgivningen som følger av det overnasjonale samarbeidet vil i den anledning fungere som «*relevant domestic law*». ⁶⁶

3.2 Charterets betydning ved tolkningen av EMK

Det er sikker rett at det er EMD som har ansvaret for å fortolke og utvikle EMK-retten. ⁶⁷ Utgangspunktet for hvordan en skal fortolke konvensjonens artikler, ble lagt til grunn av EMD i saken *Golder v. the United Kingdom* ⁶⁸. Siden EMK er en folkerettslig avtale, uttalte EMD at fortolkningen av konvensjonens artikler skal skje i henhold til reglene om traktattolkning som følger av Wien-konvensjonen ⁶⁹. I den anledning er det særlig Wien-konvensjonens artikkel 31 og 33 tolkningen av EMKs artikler «*should be guided by*». ⁷⁰

Det følger av Wien-konvensjonen artikkel 31 at «*A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose*». Ved flere anledninger har EMD lagt til grunn at ordlyden i konvensjonens artikler skal fortolkes i tråd med konvensjonens formål, som er å garantere for «*rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective*». ⁷¹ Virkemiddelet for å oppnå dette formålet, er å fortolke konvensjonen «*in the light of present day conditions*». ⁷² På den måten blir konvensjonen et «*living instrument*» som gir effektiv beskyttelse av rettighetene den verner om, uavhengig av tid og endringer i samfunnet. ⁷³

Men det er ikke utelukkende formålsbetraktninger som er bestemmende for EMDs fortolkning av artiklens ordlyd i EMK-retten. Også konvensjoner som er eldre enn EMK, og særlig nyere konvensjoner om menneskerettigheter er relevante bidragsfaktorer ved

⁶⁵ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, avsnitt 155.

⁶⁶ Se for eksempel *M.M. v. the United Kingdom*, Application no. 24029/07, Judgment Strasbourg 13 November 2012, avsnitt 144.

⁶⁷ EMDs ansvar for utviklingen og tolkningen av EMK-retten følger implisitt av EMK artikkel 19, lest i sammenheng med EMK artikkel 32.

⁶⁸ Case of *Golder v. the United Kingdom*, Application no. 4451/70, Judgment Strasbourg 21 February 1975.

⁶⁹ Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), Enacted 1969-05-23, In force 1980-01-27. Wien-konvensjonen har status som folkerettslig sedvanerett.

⁷⁰ Case of *Golder v. the United Kingdom*, Application no. 4451/70, Judgment Strasbourg 21 February 1975, avsnitt 29.

⁷¹ Case of *Matthews v. the United Kingdom*, Application no. 24833/94, Judgment Strasbourg 18 February 1999, avsnitt 34.

⁷² Case of *Tyrer v. the United Kingdom*, Application no. 5856/72, Judgment Strasbourg 25 april 1978, se avsnitt 31.

⁷³ Case of *Tyrer v. the United Kingdom*, Application no. 5856/72, Judgment Strasbourg 25 april 1978, se avsnitt 31.

fortolkningen av EMK-retten. I saken *Fogarty v. the United Kingdom*⁷⁴ uttalte EMD at «*The Convention should as far as possible be interpreted with other rules of international law of which it forms part*».⁷⁵ Denne uttalelsen ble fulgt opp i saken *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, men EMD tilføyde at «*The Convention has to be interpreted in the light of any relevant rules and principles of international law applicable in relations between Contracting Parties*».⁷⁶ Dette er i overensstemmelse med Wien-konvensjonen artikkel 31 tredje punkt bokstav c.⁷⁷

Bakgrunnen for EMDs uttalelse i saken *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*⁷⁸, er relatert til konvensjonsstatens begrunnelse for sitt inngrep i en beskyttet EMK-rettighet. EMD fant the «*evident ... that the general interest pursued by the impugned measure was compliance with legal obligations flowing from the Irish State`s membership of the European Community*».⁷⁹ Irlands interesse i å overholde sine forpliktelser etter EU-retten, ble av EMD regnet som en «*legitimate interest of considerable weight*».⁸⁰ Årsaken til EMDs standpunkt, har sammenheng med at EMD «*has ... long recognised the growing importance of international cooperation and of the consequent need to secure the proper functioning of international organisations*».⁸¹ EMDs standpunkt om å vektlegge slike interesser, er helt avgjørende for at overnasjonale samarbeid slik som for eksempel EU skal lykkes. EMD har av den grunn «*accepted that compliance with Community law by a Contracting Party constitutes a legitimate general-interest*».⁸²

⁷⁴ Case of *Fogarty v. the United Kingdom*, Application no. 37112/97, Judgment Strasbourg 21 November 2001. Saken gjaldt spørsmål knyttet til EMK artikkel 6 og artikkel 14.

⁷⁵ Case of *Fogarty v. the United Kingdom*, Application no. 37112/97, Judgment Strasbourg 21 November 2001, se avsnitt 35.

⁷⁶ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, avsnitt 150.

⁷⁷ Se også Case of *Al-adsani v. the United Kingdom*, Application no. 35763/97, Judgment Strasbourg 21 November 2001, avsnitt 55.

⁷⁸ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005.

⁷⁹ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, avsnitt 150.

⁸⁰ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, avsnitt 150.

⁸¹ Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, avsnitt 150.

⁸² Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005, avsnitt 150.

Saken *Sergey Zolotukhin v. Russia*⁸³ er et eksempel på at EUs Charter med tilhørende praksis fra EU-domstolen hadde betydning for EMDs tolkningsresultatet. Saken gjaldt retten til å ikke bli stilt for retten eller straffet to ganger etter EMK protokoll nr. 7 artikkel 4. Zolotukhin hadde ved en anledning tatt med seg sin kjæreste inn på militært område, hvor sivile ikke hadde lovlig tilgang. På dette grunnlag ble han anholdt og kjørt til nærmeste politistasjon av politibetjenter. I avhør ble han konfrontert med at han hadde forstyrret den offentlige orden, og han ble anmodet om å ikke foreta tilsvarende eller andre handlinger som resulterte i at den offentlige orden ble forstyrret. Zolotukhin rettet seg ikke etter politiets pålegg, og oppførte seg både fysisk og verbalt truende overfor betjentene. I tillegg forsøkte han ved flere anledninger å rømme.

Som et resultat av sin oppførsel ble det reist «*administrative proceedings*» mot han.⁸⁴ Han ble dømt skyldig i ha bannet på offentlig sted og ikke respondert på betjentenes oppfordring om å slutte å forstyrre den offentlige ro. Straffen ble 3 dager i «*administrative detention*», som umiddelbart ble avtjent.⁸⁵ Senere ble det også reist straffesak mot Zolotukhin. Spørsmålet for EMD var om han allerede hadde blitt straffet for sine ugjerninger ved å ha sonet i «*administrative detention*».

Spørsmålet om hvilken rettsregel en skal legge til grunn ved vurderingen av om rettigheten som følger av EMK artikkel 4 første punkt i protokoll nr. 7 er krenket, har vært behandlet av EMD flere ganger.⁸⁶ Usikkerheten som var knyttet til vilkåret «*same offence*», var i følge EMD uforenelig med at det var tale om en fundamental rettighet. Rettigheten var – så lenge det var knyttet usikkerhet til innholdet av vilkåret – uforutsigbar for de den var ment å beskytte og statene som hadde ansvar for at rettigheten ikke ble krenket. Disse forholdene var hovedårsaken til at EMD i denne saken bestemte seg for å klargjøre innholdet i regelen.

Ved vurderingen av hva som menes med «*same offence*», analyserer EMD andre internasjonale traktater – i tråd med det som er skrevet ovenfor - som beskytter tilsvarende rettigheter. I den anledning viser EMD til EUs Charter, hvor rettigheten fremgår av artikkel

⁸³ Case of *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application no. 14939/03, Judgment Strasbourg 10 February 2009 (Grand Chamber).

⁸⁴ Case of *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application no. 14939/03, Judgment Strasbourg 10 February 2009 (Grand Chamber), se avsnitt 17.

⁸⁵ Case of *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application no. 14939/03, Judgment Strasbourg 10 February 2009 (Grand Chamber), se avsnitt 19.

⁸⁶ Gjennom EMDs historie har totalt tre fremgangsmåter blitt anvendt. Se Case of *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application no. 14939/03, Judgment Strasbourg 10 February 2009 (Grand Chamber), se avsnitt 70 til 73.

50. EMK-retten og EUs Charter benyttet tilsvarende ordlyd, «*same offence*». EMD la i saken til grunn EU-domstolens begrunnelse for tolkningsresultatet.⁸⁷ EU-domstolen har i forbindelse med sin fortolkning av Charterets artikkel 50 lagt avgjørende vekt på at «*the term «same offence» ... is an important element in favour of adopting the approach based strictly on the identity of the material acts and rejecting the legal classification on such acts as irrelevant*».⁸⁸ En slik fortolkning av vilkåret ville dessuten være til fordel for forbryteren, som da gis muligheten til å innrette seg etter at «*once he had been found guilty and served his sentence or had been acquitted, he need not fear further prosecution for the same act*».⁸⁹ EMD konkluderte derfor med at «*the use of the word «offence» in the text of Article 4 of Protocol No. 7 cannot justify adhering to a more restrictive approach*».⁹⁰

Hvis EMD hadde valgt en mer restriktiv fortolkning og lagt den til grunn for sitt tolkningsresultat, ville det kunne gått på bekostning av konvensjonens formål om å være effektiv og praktisk. Som vist ovenfor, er disse hensynene viktige ved fortolkningen av konvensjonen. Konvensjonens artikler må av den grunn bli «*construed in the light of their object and purpose and also in accordance with the principle of effectiveness*».⁹¹

EMDs avgjørelse i saken *Sergey Zolotukhin v. Russia* viser at EMD legger vekt på EU-domstolens fortolkning av Charterets rettigheter som også er beskyttet av EMK-retten. Charter får dermed betydning for tolkningen av rettskildene i EMK-retten.

3.3 Betydningen av EMDs anvendelse av Charteret for norske domstoler

I dette underkapitlet, er målet å vise hvordan Charteret indirekte får betydning for norske domstolers tolkning av EMK-retten. Årsaken til at Charterets betydning kan betraktes som

⁸⁷ Se sak *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) and Others v. Commission of the European Communities*, Joint Cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P og C-254/99 P, 15 October 2002. *Aalborg Portland A/S and Others v. Commission of the European Communities*, Joined Cases, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, January 2004. *Leopold Henri Van Esbroeck*, C-436/04, 4 March 2006. *Kraaijenbrink*, C-367/05, 18 July 2007.

⁸⁸ Case of *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application no. 14939/03, Judgment Strasbourg 10 February 2009 (Grand Chamber), se avsnitt 80.

⁸⁹ Case of *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application no. 14939/03, Judgment Strasbourg 10 February 2009 (Grand Chamber), se avsnitt 80.

⁹⁰ Case of *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application no. 14939/03, Judgment Strasbourg 10 February 2009 (Grand Chamber), se avsnitt 80.

⁹¹ Case of *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application no. 14939/03, Judgment Strasbourg 10 February 2009 (Grand Chamber), se avsnitt 80.

indirekte, er – som vist ovenfor – at Charteret påvirker EMDs tolkningsresultat ved at det har betydning for tolkningen av EMK-rettens rettskilder. Måten dette vil bli vist på, er ved å analysere EMDs betydning for norske domstolers tolkning av EMK-retten. Poenget er ikke å drøfte hvilken vekt internasjonale avgjørelser generelt har i norsk rett, men å belyse hvordan EUs Charter har betydning for norsk rett ved at norske domstoler i sin tolkning av EMK-retten må anvende EMDs metode.⁹²

Analysen forbeholdes avgjørelser avsagt av Høyesterett. Valget er begrunnet i at Høyesterett etter Grunnloven § 88 dømmer i siste instans. En sier gjerne at Høyesterett er en prejudikatdomstol.⁹³ Ordet «prejudikat» betyr det samme som «presedens», det vil si at avgjørelsen er et mønster som det kan være aktuelt å følge.⁹⁴

Norges folkerettslige forpliktelser etter EMK artikkel 46 om å innrette seg etter og vektlegge EMDs avgjørelser, er et viktig utgangspunkt. Høyesterett har flere ganger lagt EMDs avgjørelser til grunn i saker som direkte gjelder Norge. Et eksempel på en avgjørelse fra Høyesterett er *Rt. 2007 s. 1609*. Saken gjaldt ny behandling av Høyesteretts dom i straffesak etter avgjørelse i Kommisjonen for gjentakelse av straffesaker. Etter at EMD hadde avsagt sin dom om at lagdommer Groth var inhabil og at EMK artikkel 6 var krenket, uttalte Høyesterett at dette måtte legges til grunn.⁹⁵

Standpunktet ble forankret i menneskerettsloven § 3.⁹⁶ Forankringen i menneskerettsloven har sammenheng med Stortingets uttalte ønske både i forkant av og ved inkorporeringen av EMK i norsk rett, om at EMK-retten i større grad skulle påvirke rettsutviklingen i Norge. En skulle høre på, og ha et åpent forhold til EMDs praksis.⁹⁷ Ønsket gjaldt ikke utelukkende saker hvor

⁹² Se *Rt. 2000 s. 996* med videre henvisninger, hvor Høyesterett enstemmig i plenum la til grunn at en ved tolkingen og anvendelsen av EMK i norsk rett skal ta utgangspunkt i de samme tolkningsprinsipper som EMD, herunder konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser, se side 1007 og 1008. Se også *Rt. 2013 s. 374*, *Rt. 2015 s. 1286* og *Rt. 2015 s. 1467*, som er gode eksempler på at Høyesterett foretar en selvstendig konvensjons-tolking basert på konvensjonsrettslig metode.

⁹³ Se også domstolenes konstitusjonelle betydning, jf. Grunnloven § 89.

⁹⁴ *Rettskildelære*, Torstein Eckhoff 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo november 2000, side 159. Om prejudikatlæren, se *Rettskildelære*, Torstein Eckhoff 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo november 2000, side 164.

⁹⁵ *Rt. 2007 s. 1609*, avsnitt 14.

⁹⁶ *Rt. 2007 s. 1609*, avsnitt 14.

⁹⁷ Se Innst. O. nr. 51 (1998-1999), side 6.

Norge var part, men også saker som ikke direkte gjaldt Norge.⁹⁸ På denne måten skulle lovens overordnede formål – å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett – oppnås.⁹⁹

Nasjonale domstoler har i EMK-retten en helt sentral rolle. Subsidiaritetsprinsippet, som kommer til uttrykk i EMK artikkel 1, 13 og 35 nr. 1, legger til grunn at det er i første omgang domstolene i konvensjonslandene som har til ansvar å sørge for at forpliktelsene som følger av konvensjonen blir overholdt. For at de nasjonale domstolene skal kunne utføre denne oppgaven, er de gitt en frihet til å foreta en selvstendig tolkning av EMK-retten.¹⁰⁰ EMDs praksis vil i denne tolkningen ha betydning som prejudikat, som følge av at EMD dømmer i siste instans innenfor EMK-retten.¹⁰¹ Avgjørelser avsagt av EMD har derfor prejudikatverdi innenfor konvensjonen virkeområde, og vil inngå som en relevant rettskilde som nasjonale domstoler må vektlegge i sin fortolkning av EMK-retten.¹⁰²

Norske domstoler har en lang tradisjon for å vektlegge EMDs avgjørelser.¹⁰³ Tradisjonen har ikke blitt til etter at EMK-retten ble gjennomført i norsk rett, men har røtter tilbake til tiden før konvensjonen ble en del av norsk rett.¹⁰⁴ Dette ble bekreftet av Høyesteretts i *Rt. 2000 s. 1811*, hvor det ble påpekt at «Også før Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) ble gjort til en del av norsk rett, ble grunnleggende menneskerettigheter tillagt meget stor vekt ved fortolkningen av norske rettsregler».¹⁰⁵ Dette har til følge at EMD vil kunne

⁹⁸ Se Innst. O. nr. 51 (1998-1999), side 6.

⁹⁹ Se Innst. O. nr. 51 (1998-1999), side 1.

¹⁰⁰ Dette omtales gjerne som konvensjonslandenes skjønnsmargin.

¹⁰¹ Dette har sammenheng med det som står skrevet ovenfor om at EMD har ansvaret for å utvikle EMK-retten. Se også «Hvilken vekt må nasjonale domstoler legge på internasjonale domstolers avgjørelser?», Jon Petter Rui, Rættferd årgang 32 2009 nr. 3/126 side 97.

¹⁰² Med mindre det foreligger «good reason», fraviker EMD sjeldent sine tidligere avgjørelser. Se Case of *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application no. 14939/03, Judgment Strasbourg 10 February 2009 (Grand Chamber), avsnitt 78.

¹⁰³ I Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) på side 68-69 står følgende om hvilken vekt en skal legge på EMDs avgjørelser: «Hvor stor vekt en skal legge på menneskerettighetsdomstolens avgjørelser, avhenger av hvor parallelt saksforholdet er, hvilken sammenheng uttalelsen er fremkommet i, og hvor klart og prinsipielt domstolen har uttalt seg». Se også *Rt. 1999 s. 961* på side 971.

¹⁰⁴ Siden Norge er en dualistisk stat, er den nasjonale retten og folkeretten ansett for å være to adskilte rettssystemer. For at folkeretten skal bli en del av den nasjonale retten, må en særskilt gjennomføringsakt gjennomføres. I de tilfeller hvor Norge ikke har gjennomført, eller gjennomført folkeretten mangelfullt, har domstolene – med Høyesterett i spissen – utviklet presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet går i korte trekk ut på at den nasjonale retten tolkes så langt det er mulig i overensstemmelse med folkeretten. Prinsippet kan av den grunn betraktes som et virkemiddel for å at folkeretten blir overholdt, selv i de tilfeller hvor en særskilt gjennomføringsakt mangler, eller er gjennomført mangelfullt. Om presumsjonsprinsippet, se *Rt. 1984 s. 1175*, *Rt. 1994 s. 1244*, *Rt. 2000 s. 1811*.

¹⁰⁵ Se *Rt. 2000 s. 1811*, på side 1829.

legge merkbare føringer for tolkningsresultatet som Høyesterett oppnår ved sin fortolkning av EMK-retten.

Når det gjelder de konkrete følgene og konsekvensene av at EMDs praksis potensielt kan være avgjørende for Høyesteretts tolkningsresultat, kan dette først og fremst få betydning overfor rettsstillingen til øvrige norske rettsregler. Om forholdet mellom nasjonale rettsregler og EMK-retten gjorde Høyesterett i *Rt. 2000 s. 966* rede for hvordan norske domstoler skal anvende EMK-retten og rettspraksis fra EMD i relasjon til norske rettsregler. Saken gjaldt spørsmål om ileggelse av forhøyd tillegsskatt med 60 prosent for forsettlig skatteunndragelse etter ligningsloven § 10-2 nr. 1, jf. § 10-4 nr. 1 var skjedd i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 og/eller sjuende tilleggsprotokoll artikkel 4 nr. 1.

Høyesterett viste til forarbeidene til menneskerettsloven hvor det fremgår at domstolene selv har frihet til å ha sin egen tolkning av den internasjonale praksisen.¹⁰⁶ I de tilfellene hvor det til slutt viser seg at det er motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, må norsk lovgivning eller praksis bli tilsidesatt som følge av menneskerettsloven § 3 om forrang.¹⁰⁷ Denne slutningen er imidlertid betinget av at ingen av tolkningsprinsippene, herunder blant annet presumsjonsprinsippet, er anvendelig i den grad at en lykkes med å harmonere tolkningsresultatene av de ulike rettsgrunnlagene.¹⁰⁸

Dette innebærer at i de tilfellene hvor EUs Charter har påvirket EMDs tolkningsresultat i EMK-retten, vil dette også kunne få betydning i norsk rett i særlig to typetilfeller. For det første vil Charteret utøve betydningsfull innflytelse i de tilfellene hvor det har vært bestemmende for et tolkningsresultat i EMK-retten som ikke harmonerer med norsk rett for øvrig. For det andre vil Charteret utøve betydningsfull innflytelse i de tilfellene hvor det har vært bestemmende for EMDs praksis som over tid har blitt så konsis at Høyesterett legger betydelig vekt på den som følge av at saken for eksempel reiser tilsvarende rettslig problemstilling eller fordi saksforholdet er likt. Poenget er at siden Charteret påvirker

¹⁰⁶ Innst. O. nr. 51 (1998-1999) s. 6.

¹⁰⁷ Dette gjelder imidlertid ikke lovgivning som har høyere rang, herunder Grunnloven. Charterets betydning ved tolkningen av Grunnloven vil bli behandlet under kapittel 5.

¹⁰⁸ Høyesterett uttalte i *Rt. 2000 s. 996* på side 1007 at «Spørsmålet om det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, slik at konvensjonsbestemmelsen må gå foran, kan ikke løses ved hjelp av et generelt prinsipp, men må bero på en nærmere tolking av de aktuelle rettsregler. Ved harmonisering gjennom tolking kan en tilsynelatende motstrid falle bort».

tolkningsresultatet til EMD, får Charteret betydning for norsk rett ved at Høyesterett legger tolkningsresultatet til grunn i sin fortolkning av EMK-retten.

Spørsmålet som i det følgende vil bli behandlet, er hvordan Høyesterett skal forholde seg til Charteret i de tilfellene hvor det er usikkert hva som er gjeldende rett etter EMK. Det faktum at det kan være tvil om hvordan EMK-retten er å forstå, er verken tvilsomt eller upraktisk. Som Høyesterett uttalte i *Rt. 2000 s. 996*, kan tvilen skyldes at *«flere av bestemmelsene i EMK er vage, og at det ved tolkningen av konvensjonen må foretas en avveining av ulike interesser eller verdier ut fra en felleseuropeisk rettsoppfatning eller praksis. Tvilen kan også skyldes at EMD ikke bare har som siktemål å avklare hva som følger av konvensjonen, men ved mange anledninger har fortolket konvensjonens bestemmelser dynamisk og rettsskapende»*.¹⁰⁹

I de tilfellene hvor det er usikkerhet knyttet til hvordan EMK-retten er å forstå, blir nasjonale domstolars rolle til en viss grad en annen. Dette skyldes at Høyesterett i slike tilfeller ikke har en konkret avgjørelse en kan anvende som prejudikat. De nasjonale domstolene vil fortsatt måtte anvende EMK-rettens metodelære, og foreta en selvstendig tolkning av de relevante rettskildene som er tilgjengelige.¹¹⁰ Men i mangel av relevant praksis fra EMD, blir det en større utfordring å nå frem til de tolkningsresultatene og standpunktene i saken som en kan tenke seg at EMD også ville lagt til grunn.¹¹¹

Selv om det i første omgang vil være konvensjonsteksten og alminnelige formålsbetraktninger som vil være førende for tolkningen av konvensjonens artikler i slike tilfeller, kan en ikke utelukke at Charteret kan påvirke tolkningsresultatet som de nasjonale domstolene kommer frem til. Dette kan for det første skyldes at EU-domstolen har avgjort tilsvarende problemstilling tidligere, men med grunnlag i en av Charterets artikler. Som vist ovenfor, er ikke EMD fremmed for å se hen til avgjørelser fra håndhevingsorganer som ikke inngår som en del av EMK-retten. Dette kan resultere i at nasjonale domstoler må se til for eksempel Charteret med tilhørende praksis fra EU-domstolen for å oppnå et korrekt tolkningsresultat.

Det er likevel ikke særlig tenkelig at Høyesterett i saker hvor det er ingen relevante avgjørelser fra EMD, per dags dato vil se til Charteret og tillegge det betydning ved sin

¹⁰⁹ Se *Rt. 2000 s. 996*, på side 1007.

¹¹⁰ Se *Rt. 2000 s. 996*, på side 1007.

¹¹¹ Se *Rt. 2000 s. 996*, på side 1008.

fortolkning av EMK-retten.¹¹² EMD har ingen utbredt praksis knyttet til Charteret, og så lenge disse to folkerettslige avtalene er adskilt fra hverandre, er det ingen konkrete holdepunkter for at Høyesterett vil anse Charteret som en relevant rettskilde i EMK-retten. Det er imidlertid grunn til å tro at norske domstoler heller vil – innenfor skjønnsmarginens grenser – bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer.¹¹³ Som førstvoterende uttaler i *Rt. 2000 s. 996*, vil «norske domstoler inngå i et samspill med EMD og bidra til å påvirke EMDs praksis», ved å «bygge på verdiprioriteringer som ligger til grunn for vår lovgivning og rettsoppfatning».¹¹⁴ Om resultatet ved denne fremgangsmåten vil føre til at vernet som oppnås har tilsvarende rekkevidde som i EU-retten, kan ikke utelukkes. Uansett vil det ikke være Charteret som har hatt betydning for tolkningsresultatet. Men en kan likevel ikke utelukke at Charteret i et slikt tilfelle vil kunne ha betydning som støtteargument for at en verdiprioritering også er å finne i andre europeiske land, eller som inspirasjonskilde for et bestemt resultat. Denne slutningen harmonerer også med at Høyesterett har forbeholdt seg retten til å ikke fortolke EMK-retten like dynamisk som EMD.¹¹⁵

4 Charterets status og betydning i EØS-retten

Hovedproblemstillingen i dette kapitlet er om EUs Charter påvirker norsk rett ved at det har betydning for EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter. Vurderingstemaet er om de tolkningsprinsippene som ligger til grunn for EØS-avtalen – som innebærer at EU- og EØS-retten knytter tette bånd – gir Charteret anledning til å påvirke EØS-retten. Formålet er med andre ord å undersøke om EØS-rettens metodiske særtrekk gjør at Charteret får betydning for EFTA-domstolens innfortolkning av grunnleggende rettigheter i EØS-retten, eller om EFTA-domstolen har utviklet en ulovfestet rettighetskatalog – tilsvarende det EU-domstolen gjorde på slutten av 1960 – på EØS-rettslig grunnlag uten påvirkning av Charteret. Formålet søkes oppnådd ved å analysere EØS-rettens metodiske særtrekk i lys av hvordan EFTA-domstolen løser rettsspørsmål om grunnleggende rettigheter.

¹¹² Se *HR-2016-2554-P «Holship»*, hvor det i premiss 111 kun presiseres at «Etter at Lisboa-traktaten trådte i kraft 1. desember 2009, følger dette for EU-landene også av Traktaten om Den europeiske union artikkel 6, som blant annet fastsetter at Den europeiske unions pakt om de grunnleggende rettigheter skal være likeverdig med traktatene».

¹¹³ Se *Rt. 2000 s. 966*, på side 1008.

¹¹⁴ *Rt. 2000 s. 996*, side 1008.

¹¹⁵ *Rt. 2000 s. 996*, side 1008.

Innledningsvis vil det kort bli redegjort for EØS-retten formål og dens vern om grunnleggende rettigheter. Etter det vil det bli redegjort for de metodiske særtrekkene som åpner for at EUs Charter kan utøve betydningsfull innflytelse på EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter. Deretter vil det bli vurdert hvilken betydning EØS-avtalens artikkel 6 og ODA artikkel 3 har for Charterets påvirkning. Kapitlet avsluttes med en analyse av avgjørelser hvor hensynet til grunnleggende rettigheter har vært bestemmende for EFTA-domstolens tolkningsresultat bli vurdert i lys av de metodiske særtrekkene.

4.1 EØS rettens formål og vern om grunnleggende rettigheter

Formålet bak opprettelsen av EØS-samarbeidet var at EFTA-statene skulle bli en integrert del av EUs indre marked, uten at de måtte påta seg de videre politiske forpliktelsene og rettighetene som medlemsstatene i EU har påtatt seg.¹¹⁶ EØS-avtalen tillater på den måten at EFTA-statene deltar på store deler av EUs virksomhet, uten at de er gjort til fulle medlemmer i EU-samarbeidet.¹¹⁷

Som følge av rettsutviklingen i EU, har det lenge vært en kjent problemstilling hvilken plass grunnleggende rettigheter har i EØS-retten. Årsaken til at problemstillingen har vært gjenstand for debatt har sammenheng med de store forskjellene i EU- og EØS-samarbeidet. Mens EØS-avtalen bygger på at tilgangen til EUs indre marked er et mål i seg selv, er det indre markedet for EU et middel for å oppnå politisk og sosial integrasjon.¹¹⁸ Følgen er at EØS-samarbeidet i hovedsakelig er avgrenset til EUs indre marked. EU-samarbeidet har på sin side over tid utviklet seg til å bli et omfattende samarbeid med klare overnasjonale trekk.¹¹⁹

Samlet fører de vesentlige forskjellene til et ulikt behov for legitimitet. Siden EU har som ambisjon om å «*være et eget fullverdig rettsystem*», kan en hevde at samarbeidet har et større behov for legitimitet enn hva en folkerettslig handelsavtale som EØS-samarbeidet representerer har.¹²⁰ EUs Charter, kan i den sammenheng fungere som et virkemiddel for å

¹¹⁶ Se EØS-avtalens fortale siste avsnitt og artikkel 1. Se også *EØS-rett*, Fredrik Sejersted m.fl., 3. utgave Oslo 2011 på side 86.

¹¹⁷ EØS-avtalen er imidlertid ikke tenkt å være til hinder for at EFTA-statene skal kunne tiltre EU, jf. EØS-avtalens fortale avsnitt 14.

¹¹⁸ Se *EØS-rett*, Fredrik Sejersted m.fl., 3. utgave Oslo 2011 på side 86.

¹¹⁹ Se EØS-avtalens del 6 om samarbeidet utenfor de fire friheter.

¹²⁰ Se *EØS-rett*, Fredrik Sejersted m.fl., 3. utgave Oslo 2011 på side 107. Se også EØS-avtalens artikkel 1, hvor ordet «*handel*» er valgt.

oppnå den nødvendige legitimiteten som EU behøver for å være et «fullverdig rettssystem». Men selv om EØS-samarbeidet aldri har hatt noen ambisjon om å bli et like omfattende rettssystem som EU, har noen tatt til ordet for at vernet om grunnleggende rettigheter i EØS-retten i prinsippet må være den samme som i EU-retten.¹²¹ Dette kan nok skyldes at EU-domstolen har fortolket EØS-relevant EU-lovgivning på en slik måte at tolkningsresultatet ikke bryter med rettighetene i Charteret. Andre har imidlertid ment at grunnleggende rettigheter i EØS-retten er irrelevant som følge av den beskyttelsen menneskerettighetene allerede er gitt i EFTA-staten, gjennom nasjonale grunnlover og EMK.¹²² Uavhengig av hvilket standpunkt en har til meningsutvekslingen ovenfor, er viser debatten at rettsutviklingen i EØS-retten har resultert i at det har forekommet tilfeller hvor både EU-domstolen og EFTA-domstolen har innfortolket grunnleggende rettigheter i EØS-retten.

4.2 Metodiske særtrekk som virkemiddel for Charterets påvirkning av grunnleggende rettigheter i EØS-retten

Utgangspunktet er at EUs Charter ikke er del av EØS-samarbeidet. Dette skyldes at Charteret ikke er inntatt i EØS-avtalen.¹²³ En kan derfor trygt legge til grunn at Charteret er uten direkte betydning for EØS-retten, da det ikke har status som en relevant rettskildefaktor. Siden Charteret ikke er en relevant rettskildefaktor i EØS-retten, kan Charteret verken fungere som primært rettsgrunnlag, bidragsfaktor eller som støtte for et bestemt tolkningsresultat. Dette innebærer at ingen parter i EFTA kan påberope seg konkrete rettsvirkninger med grunnlag i Charteret.¹²⁴ Dette er i overensstemmelse med den norske regjeringens anførsler i saken *ESA v. Iceland*¹²⁵. Norge argumenterte for at «*the Charter has not been incorporated into the EEA Agreement and consequently that it lacks relevance for the interpretation of the Agreement*».¹²⁶

Men til tross for at Charteret ikke er en del av EØS-avtalen, er det verken helt presist eller korrekt å legge til grunn at Charteret aldri kan ha betydning ved tolkningen av EØS-avtalen.

¹²¹ Se *Menneskerettigheter og EU/EØS*, Falch 1997 på side 451 og på side 461-463. Se også *EØS-rett*, Fredrik Sejersted m.fl., 3. utgave Oslo 2011 på side 107.

¹²² Se *Menneskerettigheter og EU/EØS*, Falch 1997 på side 451 og på side 461-463. Se også *EØS-rett*, Fredrik Sejersted m.fl., 3. utgave Oslo 2011 på side 107.

¹²³ Med EFTA-statene siktes det i denne sammenheng til Norge, Island og Liechtenstein.

¹²⁴ *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Nils Nygaard, 2. utgåve Bergen 25 januar 2004, på side 62.

¹²⁵ E-12/10, *ESA v. Iceland*, EFTA Ct.Rep. 2010 s. 117.

¹²⁶ Se rettsmøterapportens avsnitt 163.

Dette gjelder for eksempel i de tilfellene hvor EØS-retten spesifikt viser til Charteret i sin ordlyd. Det finnes flere eksempler på at dette har forekommet.¹²⁷

Charterets betydning for tolkningen av EØS-retten blir særlig fremhevet i forarbeidene til tjenesteloven¹²⁸. Forarbeidene - som er skrevet i forbindelse med innlemmelsen av tjenstedirektivet - viser til Charteret i relasjon til hva som menes med grunnleggende rettigheter. Selv om utgangspunktet er at Charteret ikke er en del av EØS-avtalen eller tiltrådt av Norge på annen måte, legges det likevel til grunn at «*Det sentrale med tjenstedirektivet artikkel 1 nr. 7 første punktum er å avgrense nedslagsfeltet til direktivet slik at det ikke berører rettighetene som er omtalt. Tilsvarende bør loven avgrenses på samme måte, noe som ikke kan begrenses av at Norge ikke har tiltrådt den omtalte pakten*».¹²⁹ Dette er et eksempel på at rettskildebildet i norsk rett har blitt langt mer sammensatt – fra å være utpreget nasjonalt, til å bli internasjonalt. Konsekvensen er i dette tilfellet at praksis fra EU-domstolen om Charteret og andre relevante rettskildefaktorer i EU-retten kan komme til å legge føringer for hvordan norske rettsanvendere skal tolke og forstå bestemmelsene i tjenesteloven. Dette gjelder særlig dersom ikke tilsvarende tolkningsresultat er mulig å oppnå ved hjelp av andre relevante rettskilder i EØS-retten.

En kan likevel ikke legge til grunn at Charteret har en generell relevans ved tolkningen av EØS-retten. I tilfellet som vist ovenfor, hadde EFTA-statene akseptert Charterets betydning. Betydningen til Charteret ble legitimert ved at forarbeidene kom inn som et bindeledd mellom EU-retten og EØS-retten. I mangel på tilsvarende legitimering, har ikke Charteret en slik status og betydning at det kan legge føringer for EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter. Spørsmålet som vil bli drøftet i det følgende, er om tolkningsprinsippene i EØS-retten kan virke som et bindeledd slik at Charterets betydning blir legitimert på samme måte som eksemplet med forarbeidene ovenfor.

Det er særlig to overordnede prinsipper en må vektlegge ved fortolkningen av EØS-avtalen, prinsippene om homogen og dynamisk tolkning. Disse to tolkningsprinsippene må forstås i lys av EØS-avtalens begrunnelse og formål. EØS-avtalen ble til som følge av at en ønsket å

¹²⁷ Se for eksempel Tjenstedirektivet, 2006/123/EF artikkel 1 nr. 7 første punktum. Se også direktiv 2005/29/EF og forordning 139/2004. Om forskjellen på nasjonale forarbeiders vekt til gjennomføringslovgivning i forhold til vanlig norsk rett, se *EØS-rett*, Fredrik Sejersted m.fl., 3. utgave Oslo 2011 på side 203.

¹²⁸ Lov av 19 juni 2009 nr. 103 om tjenestevirksomhet (tjenesteloven).

¹²⁹ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) Om lov om tjenestevirksomhet (tjenesteloven) side 130 og 131.

integrere EFTA-statene i EUs indre marked. Det følger derfor av EØS-avtalens artikkel 1 at formålet med EØS-avtalen er å «*fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde*». Homogenitetsmålsettingen innebærer med andre ord ikke bare at EØS-avtalen skal tolkes og anvendes likt i EFTA-statene og i EU, men også at EØS-regelverk som er overtatt fra EU-retten skal tolkes og anvendes på samme måte som de originale EU-reglene.¹³⁰ Homogenitetsprinsippet har også en dynamisk side. En kan ikke oppnå formålet bak EØS-avtalen uten at EØS-retten holder følge med tolkningen av den underliggende EU-retten.¹³¹ Av den grunn fremgår det av EØS-avtalens femtende avsnitt at «*avtalepartenes formål ... er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i denne avtale*». EFTA-domstolen har derfor lagt til grunn at det kan være nødvendig å «*make a dynamic interpretation of EEA law*».¹³² EFTA-domstolen har ved flere anledninger understreket at en dynamisk og homogen fortolkning av EØS-avtalen er nødvendige betingelser for at «*EFTA and EU citizens and economic operators enjoy, relying upon EEA law, the same rights in both the EU and EFTA pillars if the EEA*».¹³³

Fordi det ikke er mulig å fortolke EØS-avtalen homogent uten at en samtidig fortolker EØS-avtalen dynamisk, kan en legge til grunn at prinsippene henger tett sammen. Årsaken til at det er helt nødvendig å fortolke EØS-retten dynamisk for å oppnå en homogen tolkning, er at EU-retten også skal fortolkes dynamisk. Dersom en da ikke fortolker EØS-retten dynamisk, vil en risikere at homogenitetsprinsippet mister sin betydning. En vil potensielt kunne risikere at

¹³⁰ Halvard Haukeland Fredriksens artikkel «*Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten*», side 6. Se også Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, Bergen 2012, side 37 flg.

¹³¹ Halvard Haukeland Fredriksens artikkel «*Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten*», side 6.

¹³² Sak E-4/04, *Pedical v. Sosial- og helsedirektoratet (Directorate for Health and Social Affairs)*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 1, Judgment of the Court 25 February 2005 avsnitt 28.

¹³³ Sak E-14/11, *DB Schenker v EFTA Surveillance Authority*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178, Judgment of the Court 21 December 2012, i avsnitt 118. Se også sak 18/11, *Irish Bank Resolution Corporation v Kaupthing Bank*, Judgment of 28 September 2012, avsnitt 122. Sak E-03/12, *The Norwegian State v Stig Arne Jonsson*, Judgment of the Court 20 March 2013, avsnitt 60. Sak E-11/12, *Beatrix Koch, Dipl. Kfm. Lothar Hummel and Stefan Müller v Swiss Life (Liechtenstein) AG*, Judgment of the Court 13 June 2013, avsnitt 116.

¹³³ Se *Menneskerettigheter og EU/EØS*, Falch (1997) s. 451, på s. 461-463 og Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 på side 107.

EU-retten og EØS-retten ikke får likt innhold, innenfor EØS-avtalens saklige virkeområde. Det er dette som begrunner EU-domstolens relevans som rettskildefaktor i EØS-retten.

Siden rettsharmoni er ønskelig, er homogenitetsprinsippet og prinsippet om dynamisk tolkning fremhevet som en av hovedmålsettingene bak EØS-avtalen.¹³⁴ Disse to prinsippene er å betrakte som grunnleggende rettskildeforsikninger, og skal utgjøre tungtveiende hensyn ved tolkningen av EØS-avtalen med hensyn til hva som er gjeldende rett.¹³⁵ Poenget er at ved å ta disse prinsippene i betraktning ved fortolkningen av EØS-avtalen, oppnår EØS-samarbeidet sitt overordnede formål, forblir effektivt og forutberegnelig.¹³⁶

Når det gjelder den konkrete betydningen disse tolkningsprinsippene kan ha for Charterets innflytelse på EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter, viser de seg først og fremst som bindeledd mellom EU- og EØS-retten. Som EFTA-domstolen uttalte i saken *EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland*¹³⁷, skal EØS-avtalens artikler tolket i lys av «*the case law cited*».¹³⁸ Følgen av dette er at EØS-rettens tolkningsprinsipper tilsier at EU-domstolens tolkningsresultat om rettsspørsmål som er relevante for EØS-retten, bør legges til grunn av EFTA-domstolen uavhengig av om rettskilder som ikke er en del av EØS-avtalen har hatt betydning for tolkningsresultatet.¹³⁹ På denne måten kan Charteret påvirke rettsstilstanden i EØS-retten.

Prinsippene om homogen og dynamisk tolkning må imidlertid avveies mot EFTA-statenes suverenitet. Selv om EFTA-statene ved inngåelsen av EØS-avtalen i realiteten overførte mye av sin nasjonale suverenitet til overnasjonale organer, var det særlig viktig for EFTA-statene at EØS-avtalen ikke gjenspeilte de overnasjonale trekkene som EU-samarbeidet

¹³⁴ Se EØS-avtalens artikkel 1 og EØS-avtalens fortale 4. og 15. avsnitt. Se også In Joined cases E-9/07 and E-10/07, *L'Oréal Norge AS* (Case E-9/07 and Case E-10/07); *L'Oréal Norge SA* (Case E-10/07) and *Per Aarskog AS* (Case E-9/07); *Nille AS* (E-9/07); *Smart Club AS* (Case E-10/07). Judgment of the Court 8 July 2008. EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259, hvor EFTA-domstolen i avsnitt 27 uttaler at «*The main objective of the EEA Agreement is to create a homogeneous EEA*».

¹³⁵ *EØS-rett*, Fredrik Sejersted m.fl., 3. utgave Oslo 2011 på side 223.

¹³⁶ Se In Joined cases E-9/07 and E-10/07, *L'Oréal Norge AS* (Case E-9/07 and Case E-10/07); *L'Oréal Norge SA* (Case E-10/07) and *Per Aarskog AS* (Case E-9/07); *Nille AS* (E-9/07); *Smart Club AS* (Case E-10/07). Judgment of the Court 8 July 2008. EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259, hvor EFTA-domstolen uttaler i avsnitt 27 at «*Homogeneous interpretation and application of common rules is essential for the effective functioning of the internal market within the EEA*».

¹³⁷ E-12/10 *EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117, Judgment of the Court 28 June 2011.

¹³⁸ E-12/10 *EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117, Judgment of the Court 28 June 2011, avsnitt 60.

¹³⁹ Om EFTA-domstolens og nasjonale domstolers forhold til EU-domstolens avgjørelser, se punkt 4.3. Nasjonale domstoler har en sentral rolle i EØS-samarbeidet, som følge av subsidiaritetsprinsippet.

representerer.¹⁴⁰ Av den grunn må suverenitetshensyn tillegges vekt ved fortolkningen av EØS-avtalen. Dette er også en av grunnene til at prinsippene om homogen og dynamisk tolkning har sine grenser.

I *L'Oréal Norge AS v. Smart Club AS*¹⁴¹ behandlet EFTA-domstolen homogenitetsprinsippets rekkevidde. Saken gjaldt tolkningen av dagjeldende varemerkedirektiv artikkel 7 nr. 1¹⁴². EFTA-domstolen hadde i en tidligere sak kommet frem til et tolkningsresultat som EU-domstolen i en senere sak mente ikke var riktig.¹⁴³ Spørsmålet i saken var om EFTA-domstolen ville stå ved sitt tidligere tolkningsresultat eller legge EU-domstolens tolkningsresultat til grunn.

EFTA-domstolen tok utgangspunkt i at «*The principle of homogeneity ... leads to a presumption that provisions framed in the same way in the EEA Agreement and EC law are to be construed in the same way*».¹⁴⁴ Men EFTA-domstolen uttalte også at «*differences in scope and purpose may under specific circumstances lead to a difference in interpretation between EEA law and EC law*».¹⁴⁵ EFTA-domstolen kunne ikke finne at slike særlige omstendigheter forelå. Når det heller ikke forelå rettslige eller faktiske omstendigheter i saken som svarte til vilkåret om at det må foreligge «*compelling grounds*» for en «*divergent interpretations of Article 7(1) of the Directive in EEA law and EC law*», la EFTA-domstolen EU-domstolens tolkningsresultat til grunn.¹⁴⁶

Saken viser at terskelen for å bryte med homogenitetsmålsettingen er høy, og at EFTA-domstolen tillegger EU-domstolens tolkningsstandpunkt i EØS-relevante rettsspørsmål

¹⁴⁰ Se St.prp.nr. 100 (1991-1992) side 316.

¹⁴¹ In Joined cases E-9/07 and E-10/07, *L'Oréal Norge AS* (Case E-9/07 and Case E-10/07); *L'Oréal Norge SA* (Case E-10/07) and *Per Aarskog AS* (Case E-9/07); *Nille AS* (E-9/07); *Smart Club AS* (Case E-10/07). Judgment of the Court 8 July 2008. EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259.

¹⁴² First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

¹⁴³ Sak E-2/97, *Mag Instrument Inc. v California Trading Company Norway, Ulsteen*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 127 og sak C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, sml. 1998 s. I-4799.

¹⁴⁴ In Joined cases E-9/07 and E-10/07, *L'Oréal Norge AS* (Case E-9/07 and Case E-10/07); *L'Oréal Norge SA* (Case E-10/07) and *Per Aarskog AS* (Case E-9/07); *Nille AS* (E-9/07); *Smart Club AS* (Case E-10/07). Judgment of the Court 8 July 2008. EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259. Se dommens avsnitt 27.

¹⁴⁵ In Joined cases E-9/07 and E-10/07, *L'Oréal Norge AS* (Case E-9/07 and Case E-10/07); *L'Oréal Norge SA* (Case E-10/07) and *Per Aarskog AS* (Case E-9/07); *Nille AS* (E-9/07); *Smart Club AS* (Case E-10/07). Judgment of the Court 8 July 2008. EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259. Se dommens avsnitt 27.

¹⁴⁶ In Joined cases E-9/07 and E-10/07, *L'Oréal Norge AS* (Case E-9/07 and Case E-10/07); *L'Oréal Norge SA* (Case E-10/07) and *Per Aarskog AS* (Case E-9/07); *Nille AS* (E-9/07); *Smart Club AS* (Case E-10/07). Judgment of the Court 8 July 2008. EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259. Se dommens avsnitt 31.

betydelig vekt.¹⁴⁷ Men saken viser også at til tross for at prinsippet om homogen og dynamisk tolkning er en av hovedmålsettingene med EØS-avtalen, er ikke tolkningsprinsippene absolutte. Prinsippet om homogen og dynamisk tolkning er ingen «trylleformel» som automatisk fører til at EFTA-domstolen og EU-domstolen må komme frem til samme resultat om et rettsspørsmål vedrørende EØS-retten.¹⁴⁸

En kan hevde at rettsregelen EFTA-domstolen oppstilte i *L'Oréal Norge AS v. Smart Club AS*¹⁴⁹ vil kunne gjøre det vanskelig for EFTA-domstolen å komme til et annet tolkningsresultat enn EU-domstolen i saker som gjelder grunnleggende rettigheter. Side EØS-retten også verner om grunnleggende rettigheter, kan det være vanskelig å finne særlige faktiske og rettslige omstendigheter knyttet til ulikhetene mellom EU- og EØS-samarbeidet som kan rettferdiggjøre avvikende fortolkning av EØS-retten. Rettsregelen er av den grunn en faktor som kan ha betydning for Charterets innflytelse i EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter.

4.3 Charterets betydning i EØS-retten i lys av EØS-avtalens artikkel 6 og ODA artikkel 3

EØS-samarbeidet har to overnasjonale håndhevingsorgan, EU- og EFTA-domstolen. Disse domstolene har til oppgave å fortolke EØS-retten. Med en slik struktur, er det ikke til å komme foruten at det løper en konstant risiko for at domstolene kan komme til forskjellig tolkningsresultat. Denne risikoen er, slik EFTA-domstolen beskriver det i saken *L'Oréal Norge AS v. Smart Club AS*, en «*inherent consequence of such a system*».¹⁵⁰

Problemstillingen som i det følgende vil bli behandlet, er hvilken betydning EU-domstolens avgjørelser har som prejudikat for EFTA-domstolen. Spørsmålet er om skjæringstidspunktet avtaleinngåelsen representerer legger begrensninger på hvilken betydning Charteret kan ha for EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter.

¹⁴⁷ In Joined cases E-9/07 and E-10/07, *L'Oréal Norge AS* (Case E-9/07 and Case E-10/07); *L'Oréal Norge SA* (Case E-10/07) and *Per Aarskog AS* (Case E-9/07); *Nille AS* (E-9/07); *Smart Club AS* (Case E-10/07). Judgment of the Court 8 July 2008. EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259. Se dommens avsnitt 28, 29 og 30.

¹⁴⁸ Se *EØS-rett*, Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, 2. utgave 2014 s. 44.

¹⁴⁹ In Joined cases E-9/07 and E-10/07, *L'Oréal Norge AS* (Case E-9/07 and Case E-10/07); *L'Oréal Norge SA* (Case E-10/07) and *Per Aarskog AS* (Case E-9/07); *Nille AS* (E-9/07); *Smart Club AS* (Case E-10/07). Judgment of the Court 8 July 2008. EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259.

¹⁵⁰ In Joined cases E-9/07 and E-10/07, *L'Oréal Norge AS* (Case E-9/07 and Case E-10/07); *L'Oréal Norge SA* (Case E-10/07) and *Per Aarskog AS* (Case E-9/07); *Nille AS* (E-9/07); *Smart Club AS* (Case E-10/07). Judgment of the Court 8 July 2008. EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259. Se dommens avsnitt 28.

Det rettslige grunnlaget for at EFTA-domstolen og de nasjonale domstolene må vektlegge EU-domstolens fortolkning av EØS-relevant EU-lovgivning, er EØS-avtalens artikkel 6 og ODA artikkel 3. Disse artiklene er tiltenkte virkemidler for å minimere risikoen for at EØS-retten blir fortolket ulikt. Men begge artiklene retter seg hovedsakelig mot avgjørelser avsagt av EU-domstolen i tiden før avtalen ble inngått.¹⁵¹ Det følger imidlertid av ODA artikkel 3 nr. 2 at ESA og EFTA-domstolen skal ta «*tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser som Den europeiske fellesskaps domstol har truffet etter undertegningen av EØS-avtalen*».¹⁵²

Artiklene var nødvendige for at EU-lovgivningen som ble inntatt i EØS-avtalen skulle få samme innhold i EØS-retten. Men begrunnelsen for at ordlydene hovedsakelig er avgrenset mot EU-domstolens fremtidige fortolkning, er EFTA-statenes ønske om suverenitet. De ønsket ikke å forplikte seg til EU-domstolens fremtidige tolkning av EØS-relevant EU-lovgivning, i frykt for at avtalens innhold skulle bli en annen enn hva som var tiltenkt på avtaletidspunktet. Dette skyldes sannsynligvis EU-domstolens rykte om å være særlig rettsskapende i sin virksomhet. Artiklenes ordlyd og tiltenkte rekkevidde, kan derfor få betydning for hvordan EØS-rettens tolkningsprinsipper skal anvendes før og etter avtaleinngåelsen. Som følge av skjæringstidspunktet kan det oppstå en spenning som potensielt kan sette EØS-avtalens hovedmålsettinger og effektivitet på spill. For å unngå at denne risikoen realiserer seg, har EFTA-domstolen også etter avtaleinngåelsen ved flere anledninger lagt betydelig vekt på EU-domstolens fortolkning av EØS-relevant EU-lovgivning.

Et eksempel på at EFTA-domstolen har lagt vekt på EU-domstolens avgjørelser etter av EØS-avtalen ble inngått, er saken «*Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*»¹⁵³. Saken gjaldt tolkningen av EØS-avtalens artikkel 11 og 16. EFTA-domstolen la avgjørende vekt på at EØS-avtalen skulle fortolkes dynamisk og homogent med EU-retten, og la derfor EU-domstolens tolkningsresultat til grunn for sitt standpunkt. Saken viser at EFTA-domstolen ikke forholder seg strengt til skjæringstidspunktet som fremgår av EØS-avtalens artikkel 3, og

¹⁵¹ EØS-avtalen ble inngått 2. mai 1992.

¹⁵² Om fortolkningen av ODA artikkel 3, se *Rt. 2000 s. 1811*, på side 1828.

¹⁵³ E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, Judgment of the Court 16 December 1994, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 side 15.

at prinsippene om dynamisk og homogen tolkning tillegges svært tungt vekt av hensyn til avtalens effektivitet.¹⁵⁴

Høyesterett har på samme måte som EFTA-domstolen også lagt til grunn at avgjørelser fra EU-domstolen må tillegges tung vekt ved tolkningen av EØS-avtalen. *Rt. 1997 s. 1954* gjaldt arbeidstakeres rett til å fortsette i sin stilling etter reglene om virksomhetsoverdragelse.

Høyesterett uttalte enstemmig at «også senere avgjørelser vil være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet. I og med at arbeidsmiljøloven kap XII A er utformet med sikte på å implementere direktivet i norsk rett, vil disse rettsavgjørelser få direkte betydning for hva som er norsk rett på området».¹⁵⁵ Enda klarere ble samme standpunkt lagt til grunn i *Rt. 2002 s. 391*. Saken gjaldt om uttrykket «GOD MORGON» kunne kreves registrert som varemerke for appelsinjuice. Etter å ha vist til Høyesteretts uttalelse i *Rt. 1997 s. 1954*, uttalte et samlet Høyesterett at «Relevant praksis fra EF-domstolen er yngre enn 2. mai 1992 og er derfor ikke formelt bindende for Norge i henhold til EØS-avtalen art. 6, men det er på det rene at slik senere praksis uansett skal tillegges stor vekt ved tolkningen av norsk lov».¹⁵⁶

Disse sakene viser at EU-domstolens fortolkning av EØS-relevant EU-lovgivning er en tungtveiende rettskildefaktor, som i mange tilfeller vil være avgjørende for både EFTA-domstolens og nasjonale domstolers forståelse av EØS-retten. EFTA-domstolen og de nasjonale domstolene har selvsagt frihet til å foreta en selvstendig fortolkning av EØS-retten. Men siden tolkningsprinsippenes formål er å nå frem til tilsvarende tolkningsresultat som EU-retten, vil EU-domstolen påvirke tolkningsprosessen uavhengig av tidspunktet praksisen kom til på.¹⁵⁷ På grunn av at Høyesterett er en prejudikatdomstol, vil også dette få følger overfor hvordan underinstansene må forholde seg til EU-domstolens betydning for tolkningen av EØS-avtalen.¹⁵⁸

¹⁵⁴ E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, Judgment of the Court 16 December 1994, EFTA Ct. Rep. 1994-1995, se avsnitt 32-35. For ordens skyld bemerkes det at ODA artikkel 3 også gjelder for praksis fra førsteinstansdomstolen, se E-02/02 *Technologien Bau-und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v. ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 side 52, avsnitt 40 og E-2/94 *Scottish Salmorn Growers Association Limited v. EFTA surveillance Authority*, EFTA Court Report 59 avsnitt 13.

¹⁵⁵ *Rt. 1997 s. 1954*, på side 1960.

¹⁵⁶ *Rt. 2002 s. 391*, på side 395 og 396.

¹⁵⁷ Se også *Rt. 1997 s. 1954*, *Rt. 2002 s. 391* på side 395-396 og «Den internasjonale rettens innflytelse i Norge», Høyesterettsdommer dr. Juris Arnfinn Bårdsen, Foredrag på åpen dag 1. juli 2015 i anledning Norges Høyesteretts 200-års jubileum avsnitt 8 og «Hvilken vekt må nasjonale domstoler legge på internasjonale domstolers avgjørelser?», Jon Petter Rui, *Retfærd* årgang 32 2009 nr. 3/126, Jurist- og Økonomforbundets forlag, side 106-107.

¹⁵⁸ Grunnloven § 88, jf. tvisteloven § 30-4.

Formelt utgjør likevel skjæringstidspunktet en forskjell, men praksisen fra EFTA-domstolen og Høyesterett taler for at skjæringstidspunktet i realiteten ikke vektlegges i særlig stor grad. Dette har nok generelt de beste grunner for seg. Behovet for dynamisk og homogen fortolkning er viktigere for samarbeidets effektivitet sammenlignet med suverenitetsbetraktningene som særlig ligger til grunn for ordlyden i EØS-avtalen artikkel 6, men også for ODA artikkel 3. Dette får også betydning for hvilken innflytelse Charteret kan få på EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter. EU-domstolens anvendelse av Charteret i spørsmål som også er relevante for EØS-retten vil få betydning for tolkningsresultatet til EFTA-domstolen og nasjonale domstoler, med mindre «*compelling grounds*» tilsier et annet standpunkt.¹⁵⁹

4.4 EMK som virkemiddel for at Charteret påvirker EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter

Fremstillingen ovenfor viser at EMD har tillagt EUs Charter betydning ved anvendelsen av EMK-retten. Problemstillingen som i det følgende vil bli behandlet, er om Charteret påvirker EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter ved at EMK-retten har betydning for EFTA-domstolens tolkningsresultat.

Saken *Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson*¹⁶⁰ gjaldt saksbehandlingstid i forbindelse med straffeforfølgning. Påtalemyndigheten hadde bedt EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse i henhold til ODA artikkel 34, og saksbehandlingstiden ble av den grunn forlenget med omlag 5 måneder. Helgi Már Reynisson anførte derfor at hans rett etter EMK artikkel 6 var krenket.

EFTA-domstolen tok utgangspunkt i at EØS-avtalen og ODA-avtalen skal tolkes «*in the light of fundamental rights*».¹⁶¹ Dette utgangspunktet la EFTA-domstolen til grunn, til tross for at EØS-avtalen verken inneholder artikler om grunnleggende rettigheter eller at den skal tolkes i lys av grunnleggende rettigheter. Men det følger imidlertid av fortalens første avsnitt at EØS-

¹⁵⁹ Se punkt 4.2.

¹⁶⁰ E-02/03 *Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 18, Judgment of the Court 12 December 2003.

¹⁶¹ E-02/03 *Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 18, Judgment of the Court 12 December 2003, se avsnitt 23. E-18/11 *Irish Bank Resolution Corporation v Kaupthing Bank*, Judgment of the Court 28 September 2012, avsnitt 63. E-15/10 *Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority*, Judgment of the Court 18 April 2012, avsnitt 84 flg., og E-04/11 *Arnulf Clauder*, EFTA Ct. Rep. 216, Judgment of the Court 26 July 2011, avsnitt 49.

avtalen skal være et bidrag til «oppbyggingen av et Europa grunnlagt på fred, demokrati og menneskerettigheter». Fortaler har en spesiell rettskildemessig betydning i folkeretten. Selv om de sjeldent kan anvendes som primært rettsgrunnlag, kan de legitimere et utgangspunkt eller et bestemt tolkningsresultat fordi fortalen representerer verdier som avtalepartene har til felles. Disse verdiene kan igjen få betydning for tolkningsresultatet. EØS-avtalens fortale kan av den grunn være et virkemiddel for å legitimere EFTA-domstolens rettslige argumentasjon om at EØS-avtalen må fortolkes i lys av grunnleggende rettigheter.¹⁶² Hvis en sammenholder disse forholdene med tolkningsprinsippene som ligger til grunn for EØS-avtalen og innflytelsen EU-rettens utvikling på den måten har på EØS-retten, har EFTA-domstolen flere rettslige holdepunkter for sitt utgangspunkt.

Betydningen av EU-rettens vernet om grunnleggende rettigheter viser seg også når EFTA-domstolen skal avgjøre hvilke rettigheter som er beskyttet av EØS-avtalen, og rekkevidden av disse. EFTA-domstolen anvender tilsvarende fremgangsmåte som EU-domstolen gjorde når den innfortolket grunnleggende rettigheter i EU-retten på slutten av 1960, ved at EMK-rettens artikler og EMDs praksis er «important sources».¹⁶³ Fremgangsmåten viser at fortalen og de tolkningsprinsippene som fremkommer av den er virkemidler for at EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter har innflytelse på EØS-retten.

Men EMK-retten er også et virkemiddel for Charterets betydning for EFTA-domstolens innfortolkning av grunnleggende rettigheter i EØS-retten. Saken *TV 1000 Sverige AB v. The Norwegian Government*¹⁶⁴ gjaldt Statens filmtilsyns vedtak om at kanalens sendinger av filmer med pornografisk innhold var i strid med norsk lovgivning. Begrunnelsen for at Statens filmtilsyn ønsket å nekte TV 1000 Sverige AB å sende slike filmer, var at slike filmer kunne ha en skadelige innvirkning på mindreåriges mentale og/eller moralske utvikling. Da saken

¹⁶² Fortalen har sin viktigste betydning sammen med homogenitetsprinsippet, som et hjelpemiddel for riktig tolkning og anvendelse av EØS-retten. EFTA-domstolen uttalte i E-14/11 *DB Schenker v. EFTA Surveillance Authority*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178, Judgment of the Court 21 December 2012 i avsnitt 115 at «the preamble is relevant to the extent necessary for the proper interpretation and application, within the framework and EEA Agreement, of relevant provisions». Videre fremholdt EFTA-domstolen i samme avsnitt at «a proper interpretation and application must be made in accordance with the principle of homogeneity».

¹⁶³ E-02/03 *Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 18, Judgment of the Court 12 December 2003, se avsnitt 23.

¹⁶⁴ E-08/97 *TV 1000 Sverige AB v. The Norwegian Government*, (1998) EFTA Ct. Rep. 68.

kom opp for Oslo Byrett, ønsket retten en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen på grunn av at direktivets artikkel 22 første setning kunne tolkes på flere måter.¹⁶⁵

EFTA-domstolen legitimerer EMK-rettens betydning for EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter på grunn av at «*Protection of minors is a legitimate goal of each of the Contracting Parties to the EEA Agreement*».¹⁶⁶ Som støtte for sitt tolkningsresultat, viste EFTA-domstolen til EMDs uttalelse i plenumsavgjørelsen *Handyside v. The United Kingdom*.¹⁶⁷ I saken la EMD til grunn at det ikke er mulig å «*determine a uniform European conception*» når det gjelder beskyttelsen av den mentale og moralske utviklingen hos mindreårige, som følge av at «*the requirements of morals vary, depending on time and place*».¹⁶⁸

Saken viser at fortalens betydning som et uttrykk for medlemsstatenes felles verdier legitimerer EMK-rettens innflytelse på EØS-retten. Det var også en forutsetning for inngåelsen av EØS-avtalen at den ikke skulle «*affect rights assured through existing agreements binding one or more EC Member States, on the one hand, and one or more EFTA States, on the other, or two or more EFTA States, such as among others agreements concerning individuals, economic operators, regional cooperation and administrative arrangements, until at least equivalent rights have been achieved under the Agreement*».¹⁶⁹ Siden samtlige EØS-stater er medlemmer av EMK-retten, er den bindende for enhver medlemsstat i EU og EFTA. Den felles interessen samtlige EØS-stater har i at verdiene som følger av EMK blir ivaretatt, taler for at medlemmene av EØS-samarbeidet også har en interesse av at EØS-retten blir fortolket på en EMK-konform måte.¹⁷⁰ Som følge av at EMK-retten har innflytelse på EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter, får Charteret indirekte betydning på EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter. Årsaken til at Charteret får indirekte betydning, er at Charteret har betydning for EMDs fortolkning av

¹⁶⁵ Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities.

¹⁶⁶ E-08/97 *TV 1000 Sverige AB v. The Norwegian Government*, (1998) EFTA Ct. Rep. 68. Avsnitt 26.

¹⁶⁷ Case of *Handyside v. The United Kingdom*, Application no. 5493/72, Judgment Strasbourg 7 December 1976.

¹⁶⁸ E-08/97 *TV 1000 Sverige AB v. The Norwegian Government*, (1998) EFTA Ct. Rep. 68, avsnitt 26.

¹⁶⁹ EEA Agreement final act, Joint declaration on the relation between the EEA Agreement and existing Agreements, side 13.

¹⁷⁰ Se «*Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten*» av Halvard Haukeland Fredriksen, side 11.

EMK-retten. På den måten kan EUs vern om grunnleggende rettigheter få betydning for EFTA-domstolens tolkningsresultat i saker om grunnleggende rettigheter.

4.5 EFTA-domstolens anvendelse av Charterets grunnleggende rettigheter

Problemstillingen som i det følgende vil bli behandlet, gjelder EFTA-domstolens metodiske tilnærming til rettsspørsmål om EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter. Formålet er å undersøke om de metodiske virkemidlene som er behandlet frem til nå, har betydning for EFTA-domstolens anvendelse av EØS-avtalen når den innfortolker grunnleggende rettigheter i EØS-retten. Spørsmålet er om Charteret ved hjelp av EU-domstolen påvirker EFTA-domstolens tolkningsresultat om grunnleggende rettigheter i EØS-retten som følge av homogenitetshensyn. Eller, om EFTA-domstolen innfortolker grunnleggende rettigheter på rent EØS-rettslig grunnlag uten at Charteret og EU-domstolen utøver innflytelse på tolkningsresultatet. Det vil bli tatt utgangspunkt i tre grunnleggende rettigheter som EFTA-domstolen har innfortolket i EØS-avtalen: Retten til familieliv, effektivt rettsmiddel og rettferdig rettergang innen rimelig tid.

Retten til familieliv har eksistert i lang tid innenfor EU-retten. Allerede tilbake i 2001, la EU-domstolen i saken *The queen v. Secretary for the Home Department, ex parte Eleanora Ivanova Kondova*¹⁷¹ til grunn at retten til familieliv var beskyttet av EU-rettens vern om grunnleggende rettigheter. Rettigheten ble den gang begrunnet i både EMK-retten og «*from other international instruments to which that State may have acceded*».¹⁷² I dag fremgår rettigheten av Charterets artikkel 7.

EFTA-domstolen behandlet EØS-rettens vern om retten til familieliv i saken *Clauder v. Liechtenstein*¹⁷³. Saken gjaldt rekkevidden av retten EØS-borgerne og deres familiemedlemmer har til å bevege seg og bosette seg fritt innenfor medlemsstatenes territorium.¹⁷⁴ Faktum i saken var i korte trekk at Clauder hadde en permanent og ubetinget rett til å oppholde seg i en annen EØS-stat enn den han hadde statsborgerskap i.

¹⁷¹ C-235/99 *The queen v. Secretary for the Home Department, ex parte Eleanora Ivanova Kondova*, (2001) ECR-I-6427.

¹⁷² C-235/99 *The queen v. Secretary for the Home Department, ex parte Eleanora Ivanova Kondova*, (2001) ECR-I-6427, avsnitt 90.

¹⁷³ E-4/11 *Clauder v. Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216.

¹⁷⁴ Saken gjaldt tolkningen av artikkel 16 (1) i lys av artikkel 7 (1) i direktiv 2004/38/EC.

Oppholdstillatelsen hadde han fått som følge av at han lenge hadde vært bosatt i Liechtenstein. I forbindelse med at han giftet seg, søkte han om tillatelse fra myndighetene i Liechtenstein om å få sin kone fast boende hos seg. Konen bodde på daværende tidspunkt i Tyskland, og det var ikke sannsynlig at hun ville begynne å arbeide i Liechtenstein. Myndighetene avsto søknaden. Begrunnelsen for avslaget, var i det vesentligste forbundet til hans økonomiske situasjon. De mente han ikke hadde tilstrekkelig med økonomiske midler til å forsørge seg og henne uten å måtte motta trygdeytelser. Spørsmålet for EFTA-domstolen var om en EØS-borger som er pensjonist og mottaker av sosiale velferdsgoder i en vertsstat han har varig oppholdsrett i, har rett til å kreve familiegjenforening selv om også familiemedlemmet vil kreve sosiale velferdsgoder fra vertsstaten.

EFTA-domstolen konkluderte med at direktivet skulle tolkes slik at en EØS-borger med varig oppholdsrett har rett til å kreve familiegjenforening, uavhengig av om han eller hun er pensjonist og mottaker av sosiale velferdsgoder i en vertsstat. Dette gjelder også om familiemedlemmet vil kreve sosiale velferdsgoder av vertsstaten. Årsaken til at EFTA-domstolen la dette tolkningsresultatet til grunn, er at familieliv har en sentral rolle i arbeidet med å eliminere hindringer som kan føre til at konvensjonens mål om fri bevegelighet og opphold ikke oppnås. Tolkningsresultatet var med andre ord begrunnet i EØS-rettens formål og retts tekniske hensyn.

Innledningsvis i avgjørelsen gjør EFTA-domstolen et poeng ut av direktivets fortale. Det fulgte av fortalen til direktivet at formålet bak direktivet var å «*strengthen the right of free movement and residence*» av EØS-borgere.¹⁷⁵ Med støtte i EU-domstolens avgjørelse i *Metock and others*¹⁷⁶ påpekte EFTA-domstolen at som følge av sammenhengen og siktemålet med direktivet, måtte ikke direktivets artikler tolkes på en slik måte at de «*in any event be deprived of their effectiveness*».¹⁷⁷ Denne uttalelsen skal virke som en metodisk rettesnor for hvordan en skal tolke direktivets artikler, i tilfeller hvor en kan komme til flere tolkningsresultat. En må i slike tilfeller legge til grunn den løsningen som «*ensures that the provision retains its effectiveness*».¹⁷⁸ EFTA-domstolen mente med dette at dersom en tolket direktivet slik at en kunne stille krav til EØS-borgernes økonomiske situasjon i spørsmål om

¹⁷⁵ E-4/11 *Clauder v. Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216. Avsnitt 33.

¹⁷⁶ C-127/08 *Metock and others*, 2008 ECR I-6241.

¹⁷⁷ E-4/11 *Clauder v. Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216. Avsnitt 34.

¹⁷⁸ E-4/11 *Clauder v. Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216. Avsnitt 48. Se også Joined Case C-402/07 og C-432/07 *Sturgeon and Others*, 2009 ECR I-10923. Avsnitt 47 med videre henvisninger.

familiegjenforening, så kunne det potensielt gå på bekostning av retten til å flytte og bosette seg fritt innenfor EØS. Hvis potensialet hadde realisert seg, ville det frata direktivets «*effectiveness*».¹⁷⁹ En slik fortolkning kunne derfor ikke legges til grunn, uavhengig av om familiemedlemmet også ville bli avhengig av velferdsgoder i vertsstaten.

EMDs anvendelse av EMK artikkel 8 og EUs Charter artikkel 7 hadde også betydning for EFTA-domstolens tolkningsresultat. EFTA-domstolen behandler ikke disse rettsgrunnlagene inngående, men bemerker at tilsvarende vern om familielivet også eksisterer i EMK- og EU-retten. Måten EFTA-domstolen viser til EUs Charter og EMK-retten, kan indikere at disse rettsgrunnlagene ikke var avgjørende for verken tolkningsresultatet eller begrunnelsen for tolkningsresultatet. Slik EFTA-domstolen resonerer i saken, er rettigheten grunnleggende i EØS-retten som følge av at målet bak EØS-avtalen ikke kan oppnås dersom den ikke anerkjennes og beskyttes. Men en kan ikke av den grunn slå seg til ro med at disse rettsgrunnlagene – som ikke er en del av EØS-avtalen – ikke har innvirket på tolkningsresultatet. De virkemidlene som er nevnt ovenfor, gjør at EFTA-domstolen kan legitimere sin rettslige argumentasjon for at EØS-avtalen verner om familielivet. På den måten kan en si at EUs Charter indirekte, både gjennom EMK og EØS-avtalens tolkningsprinsipper, påvirker EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter.

Retten til et effektivt rettsmiddel og rettferdig rettergang innen rimelig tid er på samme måte som den er beskyttet av EMK, også beskyttet av Charterets artikkel 47. I saken *Unión de Pequeños Agricultores v Council of the European Union*¹⁸⁰ uttalte EU-domstolen at enhver hadde rett til «*effective judicial protection of the rights they derive from the Community legal order, and the right to such protection is one of the general principles of law stemming from the constitutional traditions common to the Member States*».¹⁸¹ Som støtte for sin tolkning av EU-retten, viste EU-domstolen til EMK-retten.¹⁸²

For EFTA-domstolen ble ikke problemstillingen behandlet før i saken *Teknologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v. ESA*¹⁸³. Saken gjaldt hvorvidt ESAs

¹⁷⁹ E-4/11 *Clauder v. Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216. Avsnitt 46.

¹⁸⁰ C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores v Council of the European Union*, 2002 ECR I-6677.

¹⁸¹ C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores v Council of the European Union*, 2002 ECR I-6677, se avsnitt 39-42.

¹⁸² Se C-222/84 *Johnson*, 1986 ECR 1651 avsnitt 18 og C-424/99 *Commission v. Austria*, 2001 ECR I-9285 avsnitt 45 i sammenheng med TEU art. 6 punkt 3 om EU-rettens grunnleggende prinsipper.

¹⁸³ E-02/02 *Teknologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v. ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52.

beslutning om å avslutte en sak om ulovlig statsstøtte mot Norge, var i overensstemmelse med ODA art. 36 punkt 2. Teknologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH og Bellona Foundation anførte som begrunnelse for sin påstand om at EFTA-domstolen måtte realitetsbehandle sakens materielle sider, at EU-domstolens praksis i slike saker ikke var relevant. I tillegg mente de at EMK artikkel 6 og 13 og EUs Charter artikkel 47 talte for at deres påstand ble tatt til følge.

Som utgangspunkt for sakens problemstilling, la EFTA-domstolen til grunn at tilgang til rettsapparatet er en «*essential element of the EEA legal framework*».¹⁸⁴ Men selv om regelen som fremgår av ODA artikkel 36 punkt 2 er avgjørende for å sikre at de hensyn som taler for at domstolens eksistens blir ivaretatt, er retten ikke absolutt.¹⁸⁵ Tilgangen til rettsapparatet er betinget av at de vilkår som følger av EØS-retten er oppfylt. Disse vilkårene mente EFTA-domstolen ikke var oppfylt i saken, til tross for at den var oppmerksom på debatten om «*the issue of the standing natural and legal persons in actions against Community institutions*», og generaladvokat Jacobs refleksjoner omkring dette i saken *Unión de Pequeños Agricultores v Council of the European Union*¹⁸⁶. Generaladvokaten mente EU-domstolens praksis ikke oppfylte EMKs krav etter artikkel 6. Begrunnelsen for hans standpunkt, var at enkeltpersoner i henhold til EU-domstolens praksis ikke hadde noen reell mulighet til å få saker mot EUs institusjoner prøvd for domstolen. Han argumenterte derfor for at EU-domstolen i større grad måtte slippe til enkeltpersoner, bare på den måten kunne EU-retten overholde medlemsstatenes forpliktelser etter EMK-retten.

Men selv om EFTA-domstolen var klar over at debatten var inspirert av «*The idea of human rights*», ble ikke saksøkernes påstand om at vilkårene for domstolsprøving var oppfylt. EFTA-domstolen la seg på samme linje som EU-domstolen, og åpnet dermed ikke opp for at ordlyden skulle tolkes mindre restriktivt.¹⁸⁷

¹⁸⁴ E-02/02 *Teknologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v. ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52. Avsnitt 36.

¹⁸⁵ EØS-avtalen inneholder mekanismer og prosedyrer som har til formål å sikre homogen tolkning og anvendelse av EØS-retten. I fortalens 8. avsnitt fremholdes viktigheten av at domstolene forsvarer rettighetene individene er gitt i avtalen. EFTA-domstolen ble opprettet med sikte på å opprettholde disse rettighetene, ved å overprøve overvåkningsprosedyrer og avgjøre tvister. Dette er også lagt til grunn i E-02/02 *Teknologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v. ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52, avsnitt 36 og E-3/11 *Pálmi Sigmarsson v Seðlabanki Íslands*, Judgment of the Court 14 December 2011, avsnitt 29.

¹⁸⁶ C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores v Council of the European Union*, 2002 ECR I-6677.

¹⁸⁷ E-02/02 *Teknologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v. ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52. Avsnitt 37.

EFTA-domstolens standpunkt bygger på et forsiktighetsprinsipp. I saken var forsiktigheten berettiget på grunn av «*the uncertainties inherent in the current refashioning of fundamental Community law*». ¹⁸⁸ Det kan stilles spørsmål ved at EFTA-domstolen ikke vurderte nærmere hvorvidt praksisen fra EU-domstolen og den tilsvarende praksisen den selv la til grunn oppfylte de vilkår EMK artikkel 6 stiller. Forklaringen på hvorfor EFTA-domstolen sløyfer denne vurderingen, skyldes nok dens konkrete standpunkt om at ODA artikkel 3 ikke innebærer en plikt til å følge EU-domstolens praksis, men er relevant når substansen av vurderingstemaet samsvarer. Dette standpunktet er årsaken til EU-domstolens relevans ved EFTA-domstolens vurdering av rettsspørsmål om «*locus standi*». ¹⁸⁹ Resultatet ble derfor at selv om EFTA-domstolen tok hensyn til den pågående debatten, kunne den ikke «*follow the suggestions that have been made in the present proceedings to grant locus standi to a legal entity that is not an association with a defined membership on the basis of a community of interests*». ¹⁹⁰

Retten til et effektivt rettsmiddel og rettferdig rettergang innen rimelig tid ble også behandlet av EFTA-domstolen i *Dr. Joachim Kottke v Präsidial Anstalt and Sweetyle Stiftung* ¹⁹¹. Saken gjaldt tolkningen av EØS-avtalens artikkel 4 om forbud mot forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet. Saksøkte krevde at retten i Liechtenstein påla saksøker, Dr. Kottke, å stille sikkerhet for saksomkostningene. Denne påstanden var i tråd med den nasjonale lovgivningen som etter sin ordlyd påla saksøkere som ikke hadde fast bosted i staten en slik plikt, med mindre noe annet fulgte av internasjonale traktater. Saksøker hevdet imidlertid på sin side at den nasjonale lovgivningen var i strid med EØS-avtalens artikkel 4.

Også i denne saken tok EFTA-domstolen utgangspunkt i at «*access to justice is an essential element of the EEA legal framework*». ¹⁹² Siden prosesslovgivning ikke inntatt i EØS-avtalen, legger EFTA-domstolen ansvaret over på medlemsstatene. De må sørge for at den prosesslovgivningen som til enhver til er gjeldende rett beskytter de rettighetene som

¹⁸⁸ E-02/02 *Teknologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v. ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52. Avsnitt 37.

¹⁸⁹ E-02/02 *Teknologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v. ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52. Avsnitt 39.

¹⁹⁰ E-02/02 *Teknologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v. ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52. Avsnitt 66.

¹⁹¹ E-5/10 *Dr. Joachim Kottke v Präsidial Anstalt and Sweetyle Stiftung*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 320.

¹⁹² E-5/10 *Dr. Joachim Kottke v Präsidial Anstalt and Sweetyle Stiftung*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 320. Avsnitt 26.

individene er gitt i EØS-avtalen. Uttalelsen fra EFTA-domstolen innebærer at nasjonalstatenes lovgivningsmyndigheter ikke står helt fritt i sitt arbeid. De er underlagt en plikt til å sørge for at prosesslovgivningen ikke tillater den form for diskriminering som EØS-retten tar sikte på å forhindre. Typetilfellet i denne saken gjaldt ikke direkte diskriminering på grunn av nasjonalitet. Men bostedsvilkåret gjorde at dette var et tilfelle av indirekte diskriminering. Standpunktet til EFTA-domstolen ble av den grunn at Liechtenstein hadde brutt med sine forpliktelser, og hadde krenket EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter.

Sakene ovenfor illustrerer godt poenget om at EØS-rettens metodiske særtrekk fungerer som virkemidler for å legitimere EFTA-domstolens anvendelse av ikke-relevante rettskilder ved fortolkningen av EØS-avtalen. «*Access to justice*» fremkommer – til tross for at det er en «*essential element of the EEA legal framework*» - kun av EØS-avtalens fortale. Likevel var fortalen en av to kilder som ble avgjørende for EFTA-domstolens tolkningsresultat. Den andre var EU-domstolens praksis. Samlet fører dette til at EØS-retten blir påvirket av så vel EMK-retten og EUs Charter, og begrunnelsen er homogenitetsbetraktninger. En annen interessant poeng som dommene viser, er at Charteret har hatt innflytelse på EØS-rettens vern om grunnleggende rettigheter også i tiden før det fikk formell rettslig status. Dette skyldes nok at Charteret på den tiden ble anvendt av EU-domstolen som tolkningsfaktor ved anvendelsen av EU-lovgivningen som også var relevant for EØS-retten. Skillet blir dermed ikke så merkbart, all den tid Charteret uansett ikke kan fungere som primært rettsgrunnlag i EØS-retten.

Men en skal likevel ikke gå for langt i å hevde at EFTA-domstolens tolkningsresultater i saker om grunnleggende rettigheter er et resultat av Charterets innflytelse fra EU-retten og EMK. Det er en mulighet for at EFTA-domstolen, på rent EØS-rettslig grunnlag, hadde kommet frem til tilsvarende tolkningsresultat uten innflytelse fra Charteret. I saken *TV 1000 Sverige AB v. The Norwegian Government*¹⁹³ ordla EFTA-domstolen seg på en slik måte at EU-domstolens fortolkning av EØS-relevant EU-lovgivning ikke har vært avgjørende for dens tolkningsresultat. Snarere tvert i mot synes EFTA-domstolen når den uttaler at tolkningsresultatet «has been confirmed by the ECJ» å anvende EU-domstolens tolkningsresultat i saken *Conegate v. HM Customs and Excise*¹⁹⁴ som støtte for sin egen

¹⁹³ E-08/97 *TV 1000 Sverige AB v. The Norwegian Government*, (1998) EFTA Ct. Rep. 68.

¹⁹⁴ C-121/85 *Conegate v. HM Customs and Excise*, 1986 ECR 1007.

fortolkning av EØS-avtalen.¹⁹⁵ I det følgende vil det bli behandlet om EUs Charter har størst betydning når det gjelder hvilke rettigheter som EØS-retten verner om, eller om det er vedrørende rekkevidden av disse Charteret har mest betydning.

*Posten Norge AS v. EFTA Surveillance Authority*¹⁹⁶ gjaldt gyldigheten av et vedtak fattet av ESA i medhold av EØS-avtalens artikkel 54. Posten Norge AS ønsket vedtaket ugyldig, subsidiært at botens størrelse skulle reduseres. Faktum i saken var i korte trekk at Posten Norge AS hadde blitt ilagt en bot som følge av at de hadde misbrukt sin dominerende posisjon i markedet. Spørsmålet var om Posten hadde misbrukt sin dominerende posisjon i det norske markedet, når den gjennomførte eksklusivitetsstrategien da selskapet etablerte sitt Post-i-butikk-nettverk.

Partene var uenige om hvorvidt garantiene som følger av EMK artikkel 6 var relevante på saksforholdet, og eventuelt dersom artikkelen skulle ha relevans hvilken betydning dette skulle ha for den etablerte praksis knyttet til reglene om bevisbyrde. EFTA-domstolen la til grunn at saksbehandlingen i saken «*fall, as a matter of principle, within the criminal sphere of the purpose of Article 6*», og at garantiene som følger av bestemmelsen må få anvendelse i vesentlig grad.¹⁹⁷ Når det gjaldt bevisbyrden, påla EFTA-domstolen ESA «*to adduce evidence capable of proving the existence of such circumstances*» som rettferdiggjør vedtak etter EØS-avtalens artikkel 54.¹⁹⁸ Begrunnelsen for at ESA ble pålagt bevisbyrden, var uskyldspresumsjonen og selvinkrimineringsvernet som gjorde seg gjeldende i slike saker.

Prinsippet om «*effective judicial protection including the right to a fair trial*» er et grunnleggende prinsipp i EØS-retten.¹⁹⁹ Det rettskildemessige grunnlaget EFTA-domstolen anvendte for sitt tolkningsresultat, inneholdt både praksis fra EMK-retten og EU-domstolens praksis knyttet til Charterets artikkel 47. EMK-retten ble brukt for å «*determine the scope of these fundamental rights*».²⁰⁰ Mens EU-domstolens praksis ble anvendt på grunn av at de hadde avsagt flere avgjørelser som kunne sammenlignes med saksforholdet i saken EFTA-

¹⁹⁵ E-08/97 *TV 1000 Sverige AB v. The Norwegian Government*, (1998) EFTA Ct. Rep. 68. Se avsnitt 26.

¹⁹⁶ E-15/10 *Posten Norge AS v. EFTA Surveillance Authority*, Judgment of the Court 18 April 2012.

¹⁹⁷ E-15/10 *Posten Norge AS v. EFTA Surveillance Authority*, Judgment of the Court 18 April 2012. Avsnitt 88 og 90.

¹⁹⁸ E-15/10 *Posten Norge AS v. EFTA Surveillance Authority*, Judgment of the Court 18 April 2012. Avsnitt 93.

¹⁹⁹ E-15/10 *Posten Norge AS v. EFTA Surveillance Authority*, Judgment of the Court 18 April 2012. Avsnitt 86. Prinsippet er også grunnleggende i EU-retten, se C-432/05 *Unibet v. Justitiekonslern*, ECR I-2271. Avsnitt 37.

²⁰⁰ E-15/10 *Posten Norge AS v. EFTA Surveillance Authority*, Judgment of the Court 18 April 2012. Avsnitt 85.

domstolen behandlet.²⁰¹ Det synes imidlertid ikke som at EFTA-domstolen legger særlig mye vekt på den praksisen som EU-domstolen har opparbeidet seg knyttet til Charterets artikkel og EU-domstolens selvstendige tolkning av rettigheten med tanke på dens rekkevidde.

Hovedinntrykket en får av å lese avgjørelsen er snarere tvert i mot at EFTA-domstolen ser til EMK-retten med tilhørende praksis fra EMD når den skal kartlegge rettighetens rekkevidde. Men sakene fra EU-domstolen hadde også det til felles at vurderingstemaet var tolkningen av EØS-relevant EU-lovgivning. Lovgivningen ble vurdert opp i mot vernet som følger av EUs Charter. EU-domstolens tolkningsresultat er derfor relevant for EFTA-domstolens tolkningsresultat om rettighetens materielle sider.

EFTA-domstolens fremgangsmåte kan samlet sett føres tilbake til homogenitetshensyn. På den ene siden oppnår en homogenitet med EU-retten ved å legge til grunn tilsvarende rettsregel materielt sett som EU-domstolen har anlagt som et resultat av sin tolkning av Charteret. På den andre siden oppnår en homogenitet ved å anlegge samme rekkevidde som følger av EMK. Årsaken til at en oppnår homogenitet med EU-retten ved å følge EMK-rettens fortolkning av rettighetens rekkevidde, er Charterets artikkel 52 tredje punkt. Det følger av denne artikkelen at «*the meaning and scope of those rights shall be the same as laid down by the said Convention*». Når EU-domstolen ikke hadde gitt rettigheten et bredere vern enn mistekravene etter EMK, la EFTA-domstolen en homogen tolkning til grunn.

5 Charterets status og betydning for tolkningen av Grunnloven

5.1 Kapitlets formål

Grunnloven fikk i 2014 et nytt kapittel, hvor utvalgte menneskerettigheter ble inntatt i Grunnloven.²⁰² Disse nye grunnlovsbestemmelsene har grunnlovs trinnhøyde og går foran bestemmelser som er gitt ved ordinær lov.²⁰³ Bakgrunnen for Grunnlovsrevisjonen var menneskerettighetenes utvikling i norsk og internasjonal rett. Stortinget mente Grunnloven

²⁰¹ Se C-389/10 P *KME v. Commission*, Judgment of 8 December 2011 og C-386/10 P *Chalkor AE Epexergias Matallon v. European Commission*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 8 December 2011.

²⁰² Se også Grunnlovens verdiparagraf, § 2 annet punktum. Av bestemmelsen fremgår det at «*Denne Grunnlov skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene*».

²⁰³ Jf. Lex-superior prinsippet og *HR-2016-2554-P* avsnitt 66.

var utdatert, og ikke lenger ga «et helhetlig bilde av det menneskerettighetsvernet som faktisk eksisterer i norsk lovgivning».²⁰⁴

«Lønning-utvalget» utredet hvilke rettigheter som burde bli inntatt i Grunnlovens kapittel E.²⁰⁵ Andre lands konstitusjoner, internasjonale traktater og konvensjoner om menneskerettigheter herunder EUs Charter ble brukt som inspirasjonskilder for hvilke rettigheter som skulle få Grunnlovs rang.²⁰⁶ Ordlyden til Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser har av den grunn store likhetstrekk til sine internasjonale forbilder. Formålet med dette kapitlet er å undersøke hvilken rettslig status og betydning EUs Charter har ved fortolkningen av Grunnlovens vern om menneskerettighetene.

5.2 Charterets betydning som folkerettslig forbilde ved tolkningen av Grunnlovens kapittel E

Hvorvidt Stortinget burde vedta en egen tolkningsparagraf i Grunnlovens kapittel E, ble drøftet både av «Lønning-utvalget» og Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité.²⁰⁷ Som følge av at det var enighet om at «noen endelig bestemmelse om hvordan Grunnlovens ulike prinsipper skal tolkes, ikke kan lages», ble det besluttet at Grunnloven kapittel E ikke skulle ha en egen tolkningsparagraf.²⁰⁸ I stedet ble det lagt til grunn at innholdet i Grunnlovens menneskerettighetskapittel skulle bli klarlagt «gjennom tolkning i enkelttilfeller».²⁰⁹

Det er Høyesterett som har siste ordet når det gjelder fortolkningen av Grunnloven.

Utgangspunktet – om at det påhviler Høyesterett å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser – har sitt rettslige grunnlag i Grunnloven § 88, og er lagt til grunn av Høyesterett i flere avgjørelser.²¹⁰ Spørsmålet er om Charteret har betydning for Høyesteretts fortolkning av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser i lys av å være et folkerettslig forbilde.

²⁰⁴ Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011 på side 13.

²⁰⁵ Se også Innst. 186 S (2013-2014) om konstitusjons- og kontrollkomiteens redegjørelse til Stortinget.

²⁰⁶ Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011 på side 14.

²⁰⁷ Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011 side 89-90 og Innst. 186 S (2013-2014) side 20.

²⁰⁸ Innst. 186 S (2013-2014) side 20.

²⁰⁹ Innst. 186 S (2013-2014) side 20.

²¹⁰ Se blant annet Rt. 2015 s. 93 og HR-2016-2554-P.

Høyesteretts avgjørelse inntatt i *Rt. 2014 s. 1105* gjaldt bruk av overskuddsmateriale fra kommunikasjonskontroll som bevis i en straffesak. I forbindelse med flertallets presisering av hvilket hjemmelskrav som gjelder på strafferettens område, ble Grunnloven §§ 113 og 102 fortolket i lys av EMK artikkel 8 og SP artikkel 17.²¹¹ Flertallets tolkningsresultat innebar at det ble innfortolket kumulative tilleggsvilkår for at inngrepet i Grunnloven § 102 kunne rettferdiggjøres. Inngrep i Grunnlovens § 102 kan bare rettferdiggjøres dersom loven også «*ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig*».²¹² Begrunnelsen for dette tolkningsresultatet, har sammenheng med hva som fremgår av forarbeidene til Grunnlovens kapittel E. Forarbeidene fremholder at ethvert inngrep i § 102 må avsluttes når formålet som gjorde inngrepet nødvendig ikke lenger er til stede.²¹³ Flertallet la dette til grunn, men tilføyde samtidig at uttalelsen var en «*konsekvens av den alminnelige forholdsmessighetsbegrensningen som gjelder også for lovhjemlede og saklige begrunnede inngrep i rettighetene og frihetene fastsatt i Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser*».²¹⁴ Tolkningsresultatet som flertallet stilte seg bak, innebar at det ble innfortolket inngrepsbetingelser i Grunnlovens § 102 som samsvarer til de inngrepsvilkårene som fremgår av EMK artikkel 8 og SP artikkel 17. EMDs praksis i relasjon til disse konvensjonsartiklene fikk derfor betydning for Høyesteretts fortolkning av rekkevidden til Grunnloven § 102. Flertallets metodiske fremgangsmåte, gjenspeiler på den måten lovgivers ønske om at Grunnlovens bestemmelser om menneskerettigheter skal fortolkes i lys av de internasjonale inspirasjonskildene.²¹⁵

Høyesteretts metodiske fremgangsmåte ved fortolkningen av Grunnlovens nye menneskerettighetsbestemmelser i *Rt. 2014 s. 1105*, ble senere enstemmig lagt til grunn av Høyesterett i *Rt. 2015 s. 93*.²¹⁶ Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak om å utvise en kenyansk statsborger og et tilknyttet avslag på søknad om familiegjenforening. Den kenyanske statsborgeren hevdet at utvisningsvedtaket krenket hennes rettigheter etter «*Grunnloven § 102 sammenholdt med EMK artikkel 8, Grunnloven § 104 sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og utlendingsloven § 70*».²¹⁷ Om utvisningsvedtakets gyldighet i relasjon til

²¹¹ *Rt. 2014 s. 1105* premiss 23 flg.

²¹² *Rt. 2014 s. 1105* premiss 28.

²¹³ Se Innst. 186 S (2013–2014) side 27.

²¹⁴ *Rt. 2014 s. 1105* avsnitt 28.

²¹⁵ Se *Rt. 2014 s. 1105* premiss 25 til 29 med videre henvisninger.

²¹⁶ Se også *Rt. 2015 s. 155* avsnitt 40 og 44.

²¹⁷ *Rt. 2015 s. 93* avsnitt 55.

menneskerettighetene, fant flertallet det «nødvendig å si noe om disse rettsgrunnlagene og om sammenhengen mellom dem».²¹⁸

Ved fortolkningen av de anførte rettsgrunnlagene, la Høyesterett – på samme måte som i *Rt. 2014 s. 1105* - til grunn at bestemmelsene «skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene» som fremgår av forarbeidene.²¹⁹ Ordlyden i Grunnloven § 102 gir uttrykk for at rettigheten den er ment å verne om, er absolutt. Årsaken er at ordlyden ikke inneholder noen inngrepsvilkår. Høyesterett uttrykte likevel – med grunnlag i tidligere praksis og forarbeidene – at «grunnlovsvernet kan ikke være – og er heller ikke – absolutt».²²⁰ Med grunnlag i de «folkerettslige bestemmelsene som var mønster for denne delen av § 102» innfortolket Høyesterett tre kumulative vilkår som kan rettferdiggjøre inngrep i rettigheten.²²¹ Det vil «være tillatt å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig».²²²

Tolkningsresultatet er i overensstemmelse med *Rt. 2014 s. 1105*, og er et resultat av Høyesteretts fortolkning av relevante internrettslige og folkerettslige rettskilder i norsk rett.

Fortolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter var også et av spørsmålene Høyesterett i *HR-2016-2554-P* måtte ta stilling til. Saken Høyesterett behandlet i plenum gjaldt forhåndsprøving av lovligheten av en varslet boikott fra Norsk Transportarbeiderforbund (NTF). Et av vurderingstemaene for Høyesterett var om den varslede «boikotten var beskyttet av Grunnloven § 101 første ledd».²²³ Førstvoterende la til grunn at det var «naturlig å ta utgangspunkt i retten til organisasjonsfrihet etter EMK artikkel 11» ved fortolkningen av rekkevidden til Grunnloven § 101.²²⁴ Høyesterett påpekte to forhold som støttet et slikt utgangspunkt. For det første viste Høyesterett til forarbeidenes uttalelse om at Grunnlovens bestemmelse er utformet med blant annet «EMK som forbilde».²²⁵ For det andre hadde Høyesterett – som vist ovenfor - allerede fortolket Grunnlovens vern om privatliv etter § 102 med utgangspunkt i EMKs tilsvarende bestemmelse.²²⁶ På bakgrunn av disse forholdene fant

²¹⁸ *Rt. 2015 s. 93* avsnitt 55.

²¹⁹ *Rt. 2015 s. 93*, avsnitt 57.

²²⁰ *Rt. 2015 s. 93* avsnitt 60.

²²¹ *Rt. 2015 s. 93* avsnitt 60.

²²² *Rt. 2015 s. 93* avsnitt 60.

²²³ *HR-2016-2554-P*, avsnitt 79.

²²⁴ *HR-2016-2554-P*, avsnitt 81.

²²⁵ *HR-2016-2554-P*, avsnitt 81 med videre henvisninger.

²²⁶ *HR-2016-2554-P*, avsnitt 81 med videre henvisninger.

førstvoterende «*det klart at det samme må gjelde for retten til organisasjonsfrihet*».²²⁷

Flertallet innfortolket av den grunn inngrepsvilkår i rettigheten som følger av Grunnloven, som svarer til adgangen til å gjøre inngrep i EMK artikkel 11 nr. 2.²²⁸

Disse tre avgjørelsene viser at andre folkerettslige forbilder enn EUs Charter har hatt betydning for Høyesteretts fortolkningen av rekkevidden til Grunnlovens menneskerettigheter. Det er særlig EMK-retten slik den er fortolket av EMD Høyesterett støtter seg til i sin fortolkning av Grunnlovens kapittel E. Til tross for at forarbeidene spesifikt viser til EUs Charter som et av flere folkerettslige forbilder, innebærer dette at Charteret kun har hatt betydning indirekte som følge av sin betydning i EMK-retten.²²⁹

Det kan være flere årsaker til at Charteret frem til nå har hatt en beskjeden rolle som tolkningsfaktor ved tolkningen av Grunnlovens kapittel E. En av årsakene kan skyldes menneskerettighetenes utvikling internasjonalt. Det kan av den grunn være utfordrende for Høyesterett å holde seg oppdatert på alt av relevant materiale.²³⁰ Et annet forhold som gjør at Charteret sjeldent blir anvendt, kan være at norske rettsanvendere har blitt fortrolig med EMK-retten. Norge har vært medlem av EMK lenge, og EMK gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 3. Et tredje forhold kan skyldes at norske rettsanvendere sjeldent påberoper seg Charteret som bidrag eller støtte for et bestemt tolkningsresultat. Endelig kommer en ikke foruten at Charteret som utgangspunkt ikke garanterer for mer enn minstekravet som følger av EMK-retten. Den sentrale rollen EMK-retten har innenfor det europeiske menneskerettighetsarbeidet er derfor et naturlig utgangspunkt, sammen med de andre konvensjonene som «*har hatt stor betydning for hvilke menneskerettigheter som er å anse som «sentrale» i internasjonal kontekst*».²³¹

Men selv om Charteret frem til nå har spilt en beskjeden rolle ved tolkningen av Grunnlovens kapittel E, innebærer ikke det nødvendigvis at Charteret har begrenset verdi som folkerettslig forbilde. Forarbeidene henviser «*spesielt til våre naboland og EUs Charter of Fundamental*

²²⁷ HR-2016-2554-P, avsnitt 81.

²²⁸ Se også HR- 2017-2015-A.

²²⁹ Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011 side 14.

²³⁰ Dr. Juris Arnfinn Bårdsen, *Den internasjonale rettens innflytelse i Norge*, Foredrag på «åpen dag» 1. juli 2015 i anledning Norges Høyesteretts 200-års jubileum. Avsnitt 16.

²³¹ Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011 side 14.

Rights».²³² En kan derfor ikke konkludere med at Charteret er avskåret fra å påvirke fortolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter utover den påvirkningen det allerede har via EMK-retten, i fremtiden.

Hvis en skal analysere hvordan Høyesteretts i disse tre avgjørelsene metodisk gikk frem ved fortolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter generelt, tar Høyesterett utgangspunkt i ordlyden. Utgangspunktet ved tolkningen av Grunnloven er dermed som ved all teksttolkning, den naturlige språklige forståelsen av ordlyden på opprinnelsestiden.²³³ Dette gjelder særlig dersom bestemmelsene er nye, slik som bestemmelsene i Grunnloven kapittel E.²³⁴ Som følge av at Grunnlovens bestemmelser kan være knappe og vage, velger Høyesterett å se til andre rettskildefaktorer. Ved å benytte andre relevante rettskilder som gir bidrag eller støtte for et tolkningsresultat, øker sannsynligheten for å oppnå den rettstilstanden en ønsket på bakgrunn av den valgte ordlyden. Særlig vil forarbeidene kunne gi bidrag og støtte for en bestemt tolkning.²³⁵

Ved tolkningen av Grunnloven har ikke forarbeidene tradisjonelt fylt denne funksjonen på samme måte som ved tolkningen av formell lov. Dette skyldes sannsynligvis at forarbeidene til Grunnloven har vært gamle, og relativt lite opplysende. Det er ikke uvanlig at forarbeidene med tiden taper sin betydning, og at dynamiske rettskilder får tilsvarende større betydning.²³⁶ Forarbeidene til Grunnlovens kapittel E er imidlertid relativt nye og opplysende.²³⁷ Dette kan være ett av flere moment som taler for at de skal tillegges større vekt enn hva som tradisjonelt har vært lagt på Grunnlovens forarbeider. Et annet moment som taler for å tillegge forarbeidene vekt ved fortolkningen av grunnloven, er retts tekniske hensyn. Ved å legge vekt på forarbeidene vil en kunne få en bredere forståelse for hvordan en skal fortolke en konkret bestemmelse i relasjon til andre likelydende eller tilhørende bestemmelser. Som Jørgen Aall uttrykker det, kan det for eksempel «*være uttalelser om hvorvidt det er naturlig å tolke en bestemmelse i lys av EMK eller andre internasjonale regler, eller det motsatte – at man*

²³² Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011 side 14.

²³³ Se *Rettskildelære*, Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, 5. utgave Oslo 2000 på side 39 og *Rettsstat og menneskerettigheter*, Jørgen Aall, 4. utgave Bergen 2015 på side 36.

²³⁴ *Rettsstat og menneskerettigheter*, Jørgen Aall, 4. utgave Bergen 2015 på side 36.

²³⁵ Se *Rettskildelære*, Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, 5. utgave Oslo 2000 på side 68 og *Rettsstat og menneskerettigheter*, Jørgen Aall, 4. utgave Bergen 2015 på side 37.

²³⁶ *Rettsstat og menneskerettigheter*, Jørgen Aall, 4. utgave Bergen 2015 på side 37.

²³⁷ *Rettsstat og menneskerettigheter*, Jørgen Aall, 4. utgave Bergen 2015 på side 37.

*bevisst har valgt en annen løsning».*²³⁸ Disse forholdene taler samlet for at det er gode grunner til å legge vekt på forarbeidene i tolkningsfasen. Ved å følge denne fremgangsmåten vil en synliggjøre bestemmelsenes innhold, tolke de i tråd med sitt formål og bidra til at ordlyden fortolkes i overensstemmelse med lovgivers intensjon.

Høyesterett har aktivt anvendt forarbeidene når den har fortolket bestemmelsene som følger av Grunnlovens kapittel E.²³⁹ Særlig synes forarbeidene å gi viktige bidrag til fortolkningen i relasjon til Norges internasjonale forpliktelser om menneskerettigheter. Siden forarbeidene konkret henviser til Charteret, kan forarbeidene være et virkemiddel for at Charteret kan få betydning for tolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter. Men forarbeidene var også en av grunnene til Høyesterett samlet seg i *HR-2016-2554-P*. Et av spørsmålene Høyesterett besvarte, var hvilken status internasjonale menneskerettigheter har i norsk rett. Ordlyden i Grunnloven § 92 er ikke klar, og siden enkelte uttalelser i forarbeidene²⁴⁰ er motstridende om konvensjonenes status var vurderingstemaet om bestemmelsen skulle forstås slik at den ga *«alle internasjonale menneskerettighetsbestemmelser som Norge var bundet av 13. mai 2014, grunnlovs rang».*²⁴¹

Tolkningsresultatet flertallet la til grunn var at Grunnloven § 92 ikke skulles fortolkes *«som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett».*²⁴² Begrunnelsen for flertallets standpunkt, var at menneskerettsloven ville blitt overflødig dersom Grunnloven § 92 skulle gitt samtlige internasjonale menneskerettsbestemmelser som Norge var bundet av 13. mai 2014 grunnlovs rang.²⁴³ Tolkningsresultatet til Høyesterett i saken må ses i sammenheng med utgangspunktet om hvem som har siste ordet ved tolkningen av Grunnloven. Etter Grunnloven er det Høyesterett, uavhengig av hvilken fortolkning de internasjonale håndhevingsorganene har lagt til grunn innenfor sin jurisdiksjon, som fortolker Grunnloven i siste instans.²⁴⁴ Det er dette utgangspunktet som gjør at Høyesterett ikke kan utelukke *«at Grunnloven § 101 i fremtiden kan bli tolket på en måte som avviker fra EMDs tolkning av EMK artikkel 11 og EU-*

²³⁸ *Rettsstat og menneskerettigheter*, Jørgen Aall, 4. utgave Bergen 2015 på side 37.

²³⁹ Som eksempel vises det til *HR-2016-2554-P*.

²⁴⁰ Se Innst. 186 S (2013-2014), side 22.

²⁴¹ *HR-2016-2554-P* avsnitt 67.

²⁴² *HR-2016-2554-P* avsnitt 70.

²⁴³ *HR-2016-2554-P*, se avsnitt 69.

²⁴⁴ Jf. Grunnloven § 88.

*domstolens og EFTA-domstolens syn på foreningsfriheten som grunnleggende rettighet i EU- og EØS-retten».*²⁴⁵

Høyesteretts uttalelse om at Grunnlovens menneskerettigheter ikke nødvendigvis vil komme til å harmonere med det minstevernet som følger av EMDs praksis knyttet til EMK, er interessant. Dersom dette skulle skje, vil det kunne få betydning for Norges folkerettslige forpliktelser. Men det er en viktig konstitusjonell bemerkning knyttet til den formelle posisjonen internasjonale konvensjonenes har i norsk rett. Det kan også synes som at de folkerettslige forbildene har en svakere stilling som bidragsfaktor i tiden etter vedtakelsen av Grunnlovens menneskerettigheter. I Høyesteretts avgjørelse inntatt i *Rt. 2015 s. 93* la Høyesterett til grunn at «*fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene*».²⁴⁶ Ved å ta et slikt standpunkt, forsikrer Høyesterett at Grunnloven må fortolkes forsvarlig selv om EMDs praksis kan tilsi et vidtrekkende tolkningsresultat. En av bidragsfaktorene bak standpunktet til Høyesterett, er forarbeidene.²⁴⁷ Forarbeidene uttrykker ikke at Grunnloven skal fortolkes i tråd med fremtidig praksis fra de folkerettslige inspirasjonskildene. Det innebærer at Stortinget ikke har bundet grunnlovstolkningen til den fremtidige rettsutviklingen internasjonalt.²⁴⁸

Den potensielle konflikten mellom Grunnlovens menneskerettigheter og den internasjonale utviklingen er likevel ikke særlig egnet til å realisere seg. Årsaken til at det er lite trolig at Høyesterett i fremtiden ikke vil fortolke Grunnloven på EMK-konform måte, skyldes først og fremst Høyesteretts metodiske tilnærming til Grunnlovens kapittel E. Som vist ovenfor, innfortolkes det vilkår i Grunnlovens ordlyd som samsvarer til de folkerettslige forbildene. Høyesterett uttalte i *HR-2016-2554-P* at resultatet av avveiningen av de samsvarende vilkårene ikke bør avhenge av «*hvilket regelsett man tar utgangspunkt i*».²⁴⁹ Det innebærer at selv om ordlydene ikke nødvendigvis er lik, er substansen i innholdet likt. Et annet harmonerende forhold som Høyesterett påpekte i *HR-2016-2554-P*, er at «*Mens rettigheter etter EØS-avtalen kan rettferdiggjøre inngrep i grunnlovfestede eller konvensjonsbaserte*

²⁴⁵ *HR-2016-2554-P*, avsnitt 86.

²⁴⁶ *Rt. 2015 s. 93*, avsnitt 57.

²⁴⁷ Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011 og Innst. 186 S (2013-2014).

²⁴⁸ Høyesterettsdommer dr. Juris Arntfinn Bårdsen, *Høyesterett og dynamisk tolkning av EMK*, Ryssdal-seminaret Oslo 30 november 2017, se avsnitt 25.

²⁴⁹ *HR-2016-2554-P*, avsnitt 86.

*menneskerettigheter, kan grunnlovfestede eller konvensjonsbaserte menneskerettigheter rettfærdiggjøre inngrep i rettigheter etter EØS-avtalen».*²⁵⁰

Et tredje forhold som tilsier at konflikten ikke skal realisere seg er at Høyesterett fortolker Grunnlovens menneskerettigheter dynamisk. At Grunnlovens bestemmelser blir fortolket dynamisk, er ikke noe nytt men snarere tvert i mot en tradisjon som har eksistert i lang tid. I *Rt. 2010 s. 535*, som gjaldt forståelsen av Grunnloven § 106, la Høyesterett til grunn at *«samfunnsutviklingen generelt kan være relevant ved tolkningen av Grunnloven»*.²⁵¹

Høyesterett har også benyttet andre formuleringer som gir uttrykk for samfunnsutviklingens betydning ved tolkningen av Grunnloven. I *Rt. 2011 s. 347*, som gjaldt tolkningen av Grunnloven § 97, uttalte Høyesterett at *«bestemmelsens innhold har vært under utvikling i senere års rettspraksis»*.²⁵² Høyesteretts dynamiske fortolkning av Grunnloven synes også å være en av forutsetningene som fremgår av Grunnlovens forarbeider knyttet til kapittel E. Forarbeidene uttrykker at *«rettighetene bør ha en mest mulig generell utforming, slik at de kan utfylles politisk og rettslig»*.²⁵³ Lovgivers intensjon har med andre ord vært at Grunnlovens menneskerettigheter skal fortolkes slik at de kan utvikle seg over tiden, og være i samsvar med dagens samfunnssyn.

Endelig taler presumsjonsprinsippet for at Grunnlovens menneskerettigheter ikke vil komme i konflikt med den internasjonale utviklingen. Som en generell målsetting, legger forarbeidene til grunn at *«rettighetene ikke gis et dårligere vern etter Grunnloven enn konvensjonen, ved å sørge for at konvensjonens minimumsvern ivaretas ved tolkningen av Grunnloven»*.²⁵⁴ Samlet sett taler dette for at Grunnlovens menneskerettighetskapittel vil bli fortolket i tråd med den internasjonale utviklingen, og at Charteret vil kunne ha betydning for Høyesteretts fremtidige tolkningsresultater.

6 Avslutning

EUs Charter of Fundamental Rights har ikke status som relevant rettskilde i norsk rett. Det innebærer imidlertid ikke at Charteret er avskåret fra å ha betydning for hva som er gjeldende

²⁵⁰ *HR-2016-2554-P*, avsnitt 85.

²⁵¹ *Rt. 2010 s. 535*, avsnitt 128.

²⁵² *Rt. 2011 s. 347*, avsnitt 35.

²⁵³ *Innst. 186 S (2013-2014)*, se side 20.

²⁵⁴ Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011 side 89-90.

rett. Snarere tvert i mot påvirker Charteret tolkningen av norske rettskilder ved hjelp av andre folkerettslige avtaler Norge har inngått, og som folkerettslig forbilde for tolkningen av Grunnlovens kapittel E. Betydningen EUs Charter har for hva en kan slutte fra relevante rettskilder, kan først og fremst betraktes som indirekte. Dette er fordi Charteret har betydning for både EMK-retten og EØS-retten, som igjen har betydning for norsk rett. De folkerettslige avtalene som muliggjør denne påvirkningen, er et resultat av at folkeretten har fått større plass og betydning i norsk rett i tiden etter 2. verdenskrig.

Men selv om Norge ikke har tiltrådt Charteret eller direkte fått anledning til å innvirke på innholdet i rettighetskatalogen, har Norge likevel en viss indirekte betydning for hva som er gjeldende rett etter Charteret. Som det følger av innledningen, har internasjonale samarbeid resultert i et omfattende samspill mellom nasjoners rettssystemer over landegrensene. Dette får betydning på to måter. For det første får det betydning for Charterets påvirkning på norsk rett, ved at EU-domstolen og EMD ser til hverandre i tolkningsfasen. Siden EFTA-domstolen både ser til EU-domstolen og EMD, får det følger for Høyesterett som må anlegge tilsvarende metodiske tilnærming i rettsspørsmål om grunnleggende rettigheter i EØS-retten.

Betydningen norske domstoler kan ha for rettstilstanden i EU, er en følge av Norges medlemskap i EMK. Medlemskapet i EMK gjør at det oppstår et samspill mellom nasjonale domstoler og EMK. Med Høyesterett i spissen kan derfor norske domstoler påvirke rettstilstanden i EMK. Dette kan igjen få følger for EU-retten, ved at EU-domstolen anser EMD som relevant ved fortolkningen av Charteret. Påvirkningen kan av den grunn betraktes som gjensidig.

Kildeliste

Juridisk litteratur:

EEA Agreement final act, Joint declaration on the relation between the EEA Agreement and existing Agreements.

Falch, *Menneskerettigheter og EU/EØS*, 1997.

Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave Oslo 2011.

Halvard Haukeland Fredriksen, «*Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten*». Sist lest 25.04.2018.

Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, Bergen 2012.

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

Høyesterettsdommer dr. Juris Arnfinn Bårdsen, «*Den internasjonale rettens innflytelse i Norge*», foredrag på åpen dag 1. juli 2015 i anledning Norges Høyesteretts 200-års jubileum. Sist lest 20.04.2018.

Høyesterettsdommer dr. Juris Arnfinn Bårdsen, *Høyesterett og dynamisk tolkning av EMK*, Ryssdal-seminaret Oslo 30 november 2017. Sist lest 18.04.2018.

Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission of 5 April 1977, Official Journal C 103, 1977.

Jon Petter Rui, «*Hvilken vekt må nasjonale domstoler legge på internasjonale domstolars avgjørelser?*», Rættferd årgang 32 2009 nr. 3/126, Jurist- og Økonomforbundets forlag. Sist lest 03.03.2018.

Jørgen Aall, «*Metodiske utfordringer for menneskerettsforskeren*». Sist lest 02.03.2018.

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

Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*. Sixth Edition 2015.

Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave Oslo 2000.

Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Bergen 25. januar 2004.

Lover, forarbeider, traktater og konvensjoner:

Kongeriket Norges Grunnlov, gitt i riksforsamling på Eidsvoll den 17. mai 1814.

Lov av 27 november 1992 nr. 109 om gjennomføring av norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

Lov av 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov av 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Lov av 19 juni 2009 nr. 103 om tjenestevirksomhet (tjenesteloven).

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA).

Treaty on European Union (TEU).

Traktat om Det økonomiske fellesskap (EØS).

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (European Convention on Human Rights).

Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), Enacted 1969-05-23, In force 1980-01-27.

Charter of Fundamental Rights of the European Union.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (ICCPR – International Covenant on Civil and Political Rights).

St.prp.nr. 100 (1991-1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992.

NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter.

Innst. O. nr. 51 (1998-1999) om lov om styrking av menneskerettene si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Ot.prp.nr.3 (1998-1999) om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Ot.prp.nr.70 (2008-2009) Om lov om tjenestevirksomhet (tjenesteloven).

Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra
Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011.

Innst. 186 S (2013-2014) om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter.

Direktiver og forordninger:

First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988.

Directive 89/552/EEC of 3 October 1989.

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation).

Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the council of 29 April 2004.

Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005.

Tjenestedirektivet, 2006/123/EF.

Avgjørelser fra Høyesterett:

Rt. 1984 s. 1175.

Rt. 1994 s. 1244.

Rt. 1997 s. 1954.

Rt. 1999 s. 961.

Rt. 2000 s. 996.

Rt. 2000 s. 1811.

Rt. 2002 s. 391.

Rt. 2007 s. 234.

Rt. 2007 s. 1609.

Rt. 2008 s. 109.

Rt. 2010 s. 535.

Rt. 2011 s. 347.

Rt. 2013 s. 374.

Rt. 2014 s. 1105.

Rt. 2015 s. 93.

Rt. 2015 s. 155.

Rt. 2015 s. 1286.

Rt. 2015 s. 1467.

HR-2016-2554-P.

HR- 2017-2015-A.

Avgjørelser fra EMD:

Case of *Golder v. the United Kingdom*, Application no. 4451/70, Judgment Strasbourg 21 February 1975.

Case of *Handyside v. The United Kingdom*, Application no. 5493/72, Judgment Strasbourg 7 December 1976.

Case of *Tyrer v. the United Kingdom*, Application no. 5856/72, Judgment Strasbourg 25 april 1978.

Case of *Matthews v. the United Kingdom*, Application no. 24833/94, Judgment Strasbourg 18 February 1999.

Case of *Fogarty v. the United Kingdom*, Application no. 37112/97, Judgment Strasbourg 21 November 2001.

Case of *Al-adsani v. the United Kingdom*, Application no. 35763/97, Judgment Strasbourg 21 November 2001.

Case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment Strasbourg 30 June 2005.

Case of *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application no. 14939/03, Judgment Strasbourg 10 February 2009 (Grand Chamber).

Case of *M.M. v. the United Kingdom*, Application no. 24029/07, Judgment Strasbourg 13 November 2012.

Case of *Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway*, application no. 13258/09, Judgment Strasbourg 16 January 2014.

Avgjørelser fra EFTA-domstolen:

E-2/94 *Scottish Salmorn Growers Association Limited v. EFTA surveillance Authority*, Judgment of the Court 21 March 1995, EFTA Court Report 59 avsnitt 13.

E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, Judgment of the Court 16 December 1994, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 side 15.

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

E-08/97 *TV 1000 Sverige AB v. The Norwegian Government*, Advisory opinion of the Court 12 June 1998, EFTA Ct. Rep. 68.

E-02/02 *Technologien Bau-und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v. ESA*, Judgment of the Court 19 June 2003, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52.

E-02/03 *Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson*, Judgment of the Court 12 December 2003, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 18.

E-4/04 *Pedicel v. Sosial- og helsedirektoratet (Directorate for Health and Social Affairs)*, Judgment of the Court 25 February 2005. EFTA Ct. Rep. 2005 s. 1.

In Joined cases E-9/07 and E-10/07, *L'Oréal Norge AS* (Case E-9/07 and Case E-10/07); *L'Oréal Norge SA* (Case E-10/07) and *Per Aarskog AS* (Case E-9/07); *Nille AS* (E-9/07);

Smart Club AS (Case E-10/07). Judgment of the Court 8 July 2008. EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259.

E-12/10 *ESA v. Iceland*, Judgment of the Court 28 June 2011, EFTA Ct. Rep. 2010 s. 117.

E-12/10 *EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland*, Judgment of the Court 28 June 2011, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117.

E-15/10 *Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority*, Judgment of the Court 18 April 2012, EFTA Ct. Rep. 246.

E-5/10 *Dr. Joachim Kottke v Präsidial Anstalt and Sweetyle Stiftung*, Judgment of the Court 17 December 2010, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 320.

E-14/11 *DB Schenker v. EFTA Surveillance Authority*, Judgment of the Court 21 December 2012, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178.

E-18/11 *Irish Bank Resolution Corporation v. Kaupthing Bank*, Judgment of the Court 28 September 2012, EFTA Ct. Rep. 592.

E-04/11 *Arnulf Clauder v. Liechtenstein*, Judgment of the Court 26 July 2011, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216.

E-3/11 *Pálmi Sigmarsson v Seðlabanki Íslands*, Judgment of the Court 14 December 2011, EFTA Ct. Rep. 430.

E-03/12 *The Norwegian State v. Stig Arne Jonsson*, Judgment of the Court 20 March 2013, EFTA Ct. Rep. 136.

E-11/12 *Beatrix, Koch, Dipl. Kfm, Lothar Hummel and Stefan Müller v. Swiss Life (Liechtenstein) AG*, Judgment of the Court 13 June 2013, EFTA Ct. Rep. 272.

Avgjørelser fra EU-domstolen:

C-26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der belastingen*, Judgment of 5 February 1963.

C-29/69 *Erich Stauder v. City of Ulm*, Judgment of the Court 12 November 1969. Decision by the Commission of 12 February 1969, Official Journal 1969 L 52/9.

C-6/64 *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Judgment of the Court 15 July 1964.

C-11/70 *International Handelsgesellschaft*, Judgment of the Court of 17 December 1970, ECR 1970 1125.

C-4/73 *J. Nold, Kohlen – und Baustoffgrosshandlung v. Commission of the European Communities*, Judgment of the Court 14 May 1974.

C-44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, Judgment of the Court 13 December 1979.

C-222/84 *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Judgment of the Court of 15 May 1986, ECR 1651.

C-46/87 og 227/88 *Hoechst AG v. Commission*, Judgment of the Court 21 September 1989.

C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE v. Pliroforissis and Kouvelas*, Judgment of the Court 18 June 1991.

C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, Judgment of the Court of 16 July 1998, ECR-I-04799.

Joint Cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99P og C-254/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) and Others v. Commission of the European Communities*. Judgment of the Court of 15 October 2002, ECR-I-08375.

C-235/99 *The queen v. Secretary for the Home Department, ex parte Eleanora Ivanova Kondova*, Judgment of the Court of 27 September 2001. ECR-I-6427.

C-424/99 *Commission v. Austria*, Judgment of the Court of 27 November 2001, ECR I-9285.

Joint Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P *Aalborg Portland A/S and Others v. Commission of the European Communities*. Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 7 January 2004.

C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores v Council of the European Union*, Judgment of the Court of 25 July 2002, ECR I-6677.

C-436/04 *Leopold Henri Van Esbroeck*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 9 March 2006.

C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, Judgment of the Court (Grand Chamber) 22 November 2005.

C-367/05 *Kraaijenbrink*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 18 July 2007.

C-432/05 *Unibet v. Justitiekonselern*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 March 2007, ECR I-2271.

C-438/05 *International Transport Workers` Federation v. Viking Line ABP*, Judgment of the Court 11 December 2007.

C-271/08 *European Commission v. Federal Republic of Germany*, Judgment of the Court 15 July 2010.

Joined Case C-402/07 og C-432/07 *Sturgeon and Others*, Judgment of the Court of 19 November 2009, ECR I-10923.

C-127/08 *Metock and others*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 25 July 2008, ECR I-6241.

C-389/10 P *KME v. Commission*, Judgment of the Court of 8 December 2011.

C-386/10 P *Chalkor AE Epexergasias Matallon v. European Commission*, Judgment of the Court of 8 December 2011.