



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

EFTA-domstolens behandling av EMK og EUs pakt om grunnleggende rettigheter

Hannah Louise Bekkelund

Liten masteroppgave i rettsvitenskap våren 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og hovedproblemstillinger	1
1.2	Innledende om EØS-avtalens grunntrekk	3
1.3	Begrepsavklaring.....	4
1.4	Metodevalg.....	5
2	EFTA-domstolens rolle og metode	6
2.1	Kort om EFTA-domstolens rolle.....	6
2.2	EFTA-domstolens metode.....	6
2.2.1	Overordnet om den EØS-rettslige metode	6
2.2.2	Betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser.....	7
2.2.3	Særlig om homogenitetsprinsippet.....	9
3	Menneskerettighetsvernets utvikling.....	10
3.1	Utviklingen i EMK.....	10
3.2	Utviklingen i EU-retten	11
3.3	Utviklingen i EØS-retten.....	12
4	EFTA-domstolens behandling av EMK.....	13
4.1	Overordnet.....	13
4.2	EFTA-domstolens fremgangsmåte: fire kategorier	14
4.3	<i>Kerim</i> som et eksempel på første kategori	16
4.4	<i>Den norske stat mot L</i> som et eksempel på andre kategori	17
4.5	<i>Adpublisher</i> som et eksempel på tredje kategori.....	19
4.6	<i>Telenor og Posten Norge</i> som eksempler på fjerde kategori	20
4.7	Oppsummering	22
5	EFTA-domstolens behandling av grunnrettighetspakten.....	22
5.1	Overordnet om problemstillingen	22
5.2	Rettigheter i pakten med en parallell i EMK.....	24

5.2.1	Overordnet.....	24
5.2.2	Bestemmelser i pakten som sammenfaller helt med EMK	25
5.2.3	Bestemmelser i pakten med et større virkeområde enn EMK.....	25
5.3	Rettigheter i pakten uten en parallell i EMK.....	28
5.3.1	Innledning og generelle betraktninger.....	28
5.3.2	Pakten som primært rettsgrunnlag.....	29
5.3.3	Når rettsaktene henviser til pakten	33
5.3.4	Når rettsakter kjennes ugyldige på grunnlag av pakten	35
5.4	Oppsummering	37
6	Trekantforholdet mellom EMK-, EU- og EØS-retten.....	38
6.1	Overordnet om motstrid mellom EMK- og EU-retten	38
6.2	EU-domstolens overprøving av EFTA-domstolen.....	40
6.3	EMDs overprøving av EFTA-domstolen	41
6.3.1	Generelt	41
6.3.2	Nærmere om Bosphorus-doktrinen	42
6.3.3	Bosphorus-doktrinens overføringsverdi til EØS-retten.....	43
6.4	Oppsummering	52
7	Avsluttende betraktninger	52
	Referanseliste	53
	Vedlegg 1	61
	Vedlegg 2	67

1 Innledning

1.1 Tema og hovedproblemstillinger

Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) skal bidra til oppbyggingen av et «Europa grunnlagt på fred, demokrati og menneskerettigheter». Dette står først i EØS-avtalens fortale. Det bør derfor ikke være kontroversielt at EFTA-domstolen har innfortolket ulovfestede «grunnleggende rettigheter» i EØS-retten.¹ Drøye 30 år etter inngåelsen av EØS-avtalen er det likevel vanskelig å definere klart og uttømmende hvilke grunnleggende rettigheter som gjelder innenfor EØS-avtalens rammer.

Temaet for denne avhandlingen er hvordan EFTA-domstolen² behandler «grunnleggende rettigheter», med et fokus på betydningen av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) og den Europeiske Union (EU) sin pakt om grunnleggende rettigheter (grunnrettighetspakten).³ Andre menneskerettighetstraktater enn disse kan også tenkes å være en kilde til grunnleggende rettigheter i EØS-retten. Det vil imidlertid bli for omfattende å behandle alle menneskerettighetstraktater innenfor rammene av denne avhandlingen. EMK og EUs grunnrettighetspakt er i praksis de viktigste kildene for EFTA-domstolens behandling av EØS-rettens grunnleggende rettigheter, og vil derfor være i fokus for min analyse.

For å analysere EFTA-domstolens behandling av EMK og EUs grunnrettighetspakt reises tre hovedproblemstillinger.

EFTA-domstolen henviser primært til EMK for å konkretisere innholdet i de grunnleggende rettighetene i EØS-retten. Avhandlingens første hovedproblemstilling er derfor hvordan EFTA-domstolen behandler EMK-rettighetene når den tolker og anvender EØS-retten. For å svare på dette vil jeg foreta en grundig analyse av hvordan EFTA-domstolen har henvist til EMK i ulike avgjørelser. Se avhandlingens punkt 4.

¹ Se for eksempel EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-14/15 *Holship*, avsnitt 123.

² EFTA-domstolen er den domstolen som har kompetanse til å tolke EØS-avtalen i saker som gjelder de tre EFTA-statene Norge, Island og Liechtenstein. Domstolens rolle og virkemåte omtales nedenfor i punkt 2.

³ Det offisielle engelske navnet på grunnrettighetspakten er «Charter of Fundamental Rights of the European Union». Dokumentet kalles ofte for «Charteret» også på norsk. Det offisielle norske navnet, som fremgår av Utenriksdepartementets oversettelse av Lisboa-traktaten, er imidlertid «Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter». I denne avhandlingen vil jeg bruke det norske navnet.

EFTA-statene⁴ har ikke sluttet seg til EUs grunnrettighetspakt, og det finnes heller ikke et tilsvarende EØS-rettslig instrument. EU-domstolen bruker imidlertid grunnrettighetspakten aktivt ved tolkningen av EU-retten, og pakten kan dermed også være relevant ved tolkning EØS-retten. Avhandlingens andre hovedproblemstilling vil derfor være hvordan EFTA-domstolen behandler EUs grunnrettighetspakt. I denne delen vil jeg analysere EFTA-domstolens uttalelser i sakene der grunnrettighetspakten har blitt satt på spissen. EFTA-domstolens praksis på dette området er imidlertid begrenset, og vurderingene i denne delen vil derfor også være av en mer prinsipiell karakter. Se avhandlingens punkt 5.

Det er også et samspill mellom EU-retten og EMK på menneskerettighetenes område. EMK har spilt, og spiller fremdeles, en viktig rolle for utviklingen og tolkningen av deler av grunnrettighetspakten. I motsatt retning anvendes grunnrettighetspakten som tolkningsfaktor av Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) ved vurderingen av EMKs rekkevidde. EFTA-domstolen henviser til både EMK og grunnrettighetspakten, i tillegg til praksis fra både EU-domstolen og EMD. Det eksisterer dermed et slags trekantforhold mellom EØS-retten, EU-retten og EMK. Avhandlingens tredje og siste hovedproblemstilling vil være hvordan EFTA-domstolen stiller i dette trekantforholdet, og jeg vil se nærmere på enkelte av spørsmålene som oppstår i lys av dette. Det vil være et særlig fokus på betydningen av Bosphorus-doktrinen oppstilt av EMD. Se avhandlingens punkt 6.

Før det tas fatt på hovedproblemstillingene vil jeg gi en kort redegjørelse for den historiske utviklingen av menneskerettighetene i henholdsvis EMK, EU-retten og EØS-retten. Dette vil gi den nødvendige konteksten for å drøfte forholdet mellom disse tre aktørene på menneskerettighetenes område slik det er i dag. Se avhandlingens punkt 3.

I innledningen vil jeg redegjøre kort for EØS-avtalens grunntrekk, se punkt 1.2, avklare innholdet i begrepene «menneskerettigheter» og «grunnleggende rettigheter», se punkt 1.3, og foreta noen metodiske presiseringer, se punkt 1.4 og videre i punkt 2.

⁴ I denne avhandlingen brukes betegnelsen «EFTA-statene» om Norge, Island og Liechtenstein. Sveits er også med i samarbeidet European Free Trade Association (EFTA), men ikke del av EØS-avtalen.

1.2 Innledende om EØS-avtalens grunntrekk

EØS-avtalen er en folkerettslig avtale mellom medlemsstatene i EU og de tre EFTA-statene Norge, Island og Liechtenstein. Avtalen ble inngått i 1992 og trådte i kraft 1. januar 1994. EØS-samarbeidet var ment som et løsere alternativ til det Europeiske Fellesskap, som i dag er den Europeiske Union (EU). EØS-avtalen er derfor begrenset i omfang til det indre marked, og gjelder heller ikke den felles landbruks- og fiskeripolitikken, den felles handels- og tollpolitikken utad eller harmoniseringen på skatte- og avgiftsrettens område.⁵

EØS-retten har ikke direkte virkning nasjonalt. Dersom EØS-retten ikke gjennomføres korrekt på nasjonalt nivå kan imidlertid EFTA-statene ha et erstatningsansvar overfor private parter som lider tap på grunn av dette.⁶ Når EØS-retten gjennomføres nasjonalt skal den dessuten i tilfelle motstrid ha forrang for annen formell lovgivning, med mindre lovgiver uttrykkelig har fraveket EØS-retten i det konkrete tilfellet.⁷

Det at EØS-avtalen er folkerettslig innebærer at EFTA-statene ikke har avstått lovgiverkompetanse eller påtatt seg andre overnasjonale forpliktelser.⁸ EFTA-statene har likevel på mange måter forpliktet seg til å følge utviklingen i EU-retten, og dette gjør at EØS-avtalen i praksis har en del overnasjonale trekk.⁹

EØS-avtalens hoveddel har ikke blitt oppdatert siden avtalen ble inngått, og EØS-retten dekker en stadig mindre del av EU-retten. EFTA-domstolen har omtalt dette som et *widening gap*.¹⁰ En del av årsaken er nok at størrelsesforskjellen mellom EU- og EFTA-pilarene i EØS-samarbeidet har økt betraktelig etter 1992. Mange av de opprinnelige EFTA-statene har senere gått inn i EU, og flere stater utenfor det opprinnelige EØS har sluttet seg til EU. I

⁵ For en grundigere gjennomgang av EØS-avtalens historie, se Norberg og Johansson, «The History of the EEA Agreement and the First Twenty Years of Its Existence», 2016.

⁶ Prinsippet om statens erstatningsansvar for mangelfull gjennomføring av EØS-retten ble oppstilt av EFTA-domstolen i E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*.

⁷ Dette følger av EØS-avtalens protokoll 35, og er gjennomført i norsk rett ved Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 2. Se nærmere om dette i Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave 2022, s. 430-439.

⁸ Et unntak fra dette er at EFTA-institusjonene har myndighet til å pålegge private parter i EFTA-statene bøter for overtredelse av konkurransereglene, jf. EØS-avtalen artikkel 110.

⁹ Sejersted m.fl. skriver at EØS-avtalen i realiteten innebærer en «massiv overføring av suverenitet». Se *EØS-rett*, 3. utgave 2011, s. 88.

¹⁰ Se E-28/15 *Jabbi*, avsnitt 62: «The Court notes that a gap between the two EEA pillars has emerged since the signing of the EEA Agreement in 1992. This gap has widened over the years.»

tillegg har EU gått lengre i retning av å være et allsidig politisk fellesskap, noe som blant annet kan illustreres av et økt fokus på vern av menneskerettigheter.¹¹

Avstanden mellom EU- og EFTA-pilarene kan i mange tilfeller avhjelpes ved en dynamisk fortolkning av EØS-avtalen. Dette vil være i tråd med EØS-avtalens hovedmålsetting om å sørge for en *dynamisk og ensartet* EØS-rett.¹² I «dynamisk» ligger det at avtalen skal videreutvikles, og i «ensartet» ligger det at videreutviklingen skal skje i takt med EU-retten.¹³ Målsettingen om en dynamisk og ensartet EØS-rett er grunnlaget for det sentrale prinsippet om homogen tolkning, som omtales nedenfor i punkt 2.2.3.

1.3 Begrepsavklaring

Begrepene «menneskerettigheter» og «grunnleggende rettigheter» er ikke helt enkle å skille fra hverandre. Jeg vil derfor redegjøre kort for hva som legges i begrepene når de benyttes i denne avhandlingen.

«Menneskerettigheter» er et begrep som vanskelig lar seg definere. En enkel definisjon kan være at menneskerettighetene er «de grunnleggende krav alle individer må kunne stille til myndighetene under ethvert rettssystem».¹⁴ Mens menneskerettighetene tradisjonelt har vært et nasjonalt, konstitusjonelt anliggende, har det siden andre halvdel av 1900-tallet i stadig større grad også blitt et internasjonalt fenomen.¹⁵

Både EU-domstolen og EFTA-domstolen bruker konsekvent betegnelsen «grunnleggende rettigheter» når det er snakk om menneskerettighetene. Det er ingen tvil om at de grunnleggende rettighetene i hvert fall omfatter de tradisjonelle menneskerettighetene som blant annet fremgår av EMK og medlemsstatenes konstitusjoner.¹⁶ Jeg vil derfor i hovedsak benytte begrepene «menneskerettigheter» og «grunnleggende rettigheter» som synonymer. Likevel omfatter begrepet «grunnleggende rettigheter» i EU- og EØS-retten også noe mer enn de tradisjonelle menneskerettighetene, for eksempel flere økonomiske friheter. I hvilken grad

¹¹ Se nærmere under punkt 3.2 nedenfor.

¹² Se EØS-avtalen artikkel 1 og 6, og fortalens premiss 4 og 15.

¹³ Se Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave 2011, s. 87.

¹⁴ Se Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave 2018, s. 22.

¹⁵ I stor grad utløst av vedtakelsen av FN-pakten av 1945 og FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 1948. Se nærmere Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave 2018, s. 24-25.

¹⁶ Se nærmere om dette under punkt 3 i avhandlingen.

EU- og EØS-rettsens grunnleggende rettigheter sammenfaller vil være temaet i avhandlingens del 5.

1.4 Metodevalg

Avhandlingen er i hovedsak et rettsdogmatisk arbeid. Den rettsdogmatiske metode går ut på å fremstille innholdet i gjeldende rett,¹⁷ gjennom både en formidling av den kunnskap som finnes fra før og egne analyser av rettsområdet.¹⁸ Problemstillingene er i hovedsak av en rettssystematisk karakter, uten at det reiser noen spesielle metodiske utfordringer. Det vises derfor til juridisk teori for en grundigere behandling av den rettsdogmatiske metode.¹⁹

Rettskildematerialet er hovedsakelig internasjonalt, ettersom jeg vil behandle både EMK-rettslige og EU- og EØS-rettslige kilder. En generell redegjørelse for de særlige metodespørsmål innen EMK-retten og EU-retten vil falle utenfor rammene av denne avhandlingen. Det henvises derfor til juridisk teori der den rettslige metoden i EMK-retten og EU-retten er grundig behandlet.²⁰ Når det gjelder den EØS-rettslige metode er det derimot nødvendig å gi noen presiseringer.

Den EØS-rettslige metode vil fremstilles med utgangspunkt i EFTA-domstolens metodebruk, og jeg vil ikke gå inn på eventuelle forskjeller mellom EFTA-domstolens og norske domstolers tilnærming ved tolkningen og anvendelsen av EØS-retten. Likevel er det nok i de fleste tilfeller naturlig å snakke om en felles EØS-rettslig metode, ettersom norske domstoler i all hovedsak anvender de samme tolkningsprinsipper som EU-domstolen og EFTA-domstolen ved tolkning og anvendelse av EØS-retten.²¹

EFTA-domstolens metode behandles nærmere nedenfor i punkt 2.

¹⁷ Se Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 2018, s. 25.

¹⁸ Se Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», 2008, s. 158.

¹⁹ Se for eksempel Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 2018 og Høgberg og Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, 2019.

²⁰ De særlige metodespørsmålene i EMK-retten er grundig behandlet av Solheim i «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettsens område», 2019; De særlige EU-rettslige metodespørsmål er grundig behandlet av Fredriksen og Mathisen i «EU-rett som norsk rettskilde», 2019.

²¹ Se Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave 2022, s. 375.

2 EFTA-domstolens rolle og metode

2.1 Kort om EFTA-domstolens rolle

EFTA-domstolen er en overnasjonal domstol, og en av to domstoler med kompetanse til å tolke EØS-retten med normerende virkning.²² Saker om EØS-retten som oppstår i en EFTA-stat behandles av EFTA-domstolen, og saker om EØS-retten som oppstår i en EU-stat behandles av EU-domstolen.

EFTA-domstolens jurisdiksjon følger av Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA) artikkel 31 til 41.²³ Domstolen kan i visse sakstyper avsi fellende dom som må etterleves.²⁴ Dette er søksmål om traktatbrudd anlagt av EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) mot en EFTA-stat,²⁵ saker anlagt mot ESA over gyldigheten av ESAs vedtak²⁶ eller rettsstridig unnlattelse av å treffe vedtak,²⁷ og erstatningssøksmål mot ESA.²⁸ EFTA-domstolen har dessuten full domsmyndighet når det gjelder å overprøve ESAs sanksjoner.²⁹ Videre kan EFTA-domstolen gi rådgivende uttalelser om tolkningen av EØS-retten etter anmodning fra en EFTA-stat, og disse er ikke rettslig bindende.³⁰ Den reelle betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser omtales nærmere i punkt 2.2.2.

2.2 EFTA-domstolens metode

2.2.1 Overordnet om den EØS-rettslige metode

Siden EØS-avtalen er en folkerettslig avtale er den formelt sett underlagt folkerettens sedvanerett om traktattolkning, som er kodifisert i Wien-konvensjonen om traktatretten. Det er imidlertid ingen tradisjon for å henvise til Wien-konvensjonen ved tolkningen av EØS-avtalen.³¹ Det tales heller om en egen EØS-rettslig metode.³²

²² For en grundigere redegjørelse for EFTA-domstolens rolle og virkemåte, se Baudenbacher, «The EFTA Court: Structure and Tasks», 2016.

²³ EFTA-domstolens jurisdiksjon er også forutsatt i EØS-avtalen artikkel 108 (2).

²⁴ ODA artikkel 33.

²⁵ ODA artikkel 31.

²⁶ ODA artikkel 36.

²⁷ ODA artikkel 37.

²⁸ ODA artikkel 39.

²⁹ ODA artikkel 35.

³⁰ ODA artikkel 34.

³¹ Se Baudenbacher, «The EFTA Court: Structure and Tasks», 2016, s. 172-173.

³² Se Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave 2022, s. 323.

Etter ODA artikkel 3 (2) skal EFTA-domstolen ta «tilbørlig hensyn til de prinsipper» som er fastlagt av EU-domstolen. Tolkningen av EØS-avtalen vil derfor i mange tilfeller skje etter samme rettslige metode som EU-domstolen. Dette er også i tråd med homogenitetsprinsippet. EFTA-domstolen forholder seg derfor svært lojal overfor EU-domstolen, og det kan som hovedregel tales om en felles EU- og EØS-rettslig metode.³³

EFTA-domstolen følger ikke bare samme tolkningsprinsipper som EU-domstolen, men har også en lang tradisjon for å følge EU-domstolens praksis lojalt, særlig der ingen tungtveiende argumenter taler for en særegen løsning i EØS-retten.³⁴ Det finnes eksempler på at EFTA-domstolen har tatt uttrykkelig avstand fra EU-domstolens praksis,³⁵ men dette hører likevel til sjeldenhetene.

EFTA-domstolen er ifølge EØS-avtalen artikkel 108 (2) kompetent til å avgjøre tvister og tolknings spørsmål «med hensyn til anvendelsen av denne avtale». Dette innebærer at enhver beslutning må kunne forankres i EØS-retten, og at EFTA-domstolen ikke kan bygge direkte på andre internasjonale rettskilder.³⁶ Andre internasjonale rettskilder kan likevel være tolkningsbidrag eller komme indirekte til anvendelse.

I motsetning til mange andre internasjonale domstoler, for eksempel Den internasjonale straffedomstolen (ICC) og Den internasjonale domstolen (ICJ), mangler EFTA-domstolen et rettslig instrument som regulerer betydningen av andre internasjonale rettskilder.³⁷ Avklaring av betydningen av internasjonale rettskilder som EMK og grunnrettighetspakten er dermed overlatt til EFTA-domstolens praksis. EFTA-domstolens praksis vil derfor være den sentrale rettskilden i mine analyser i avhandlingens del 4 og 5.

2.2.2 Betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser

EFTA-domstolen skriver om sin egen rolle at forholdet mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstolene er «more partner-like» enn i EU-pilaren.³⁸ Mens EU-domstolen er overordnet EU-statene og binder dem ved sine tolkningsuttalelser, er EFTA-domstolen og

³³ Se Baudenbacher, «The EFTA Court: Structure and Tasks», 2016, s. 173.

³⁴ Se Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave 2022, s. 367.

³⁵ Se for eksempel EFTA-domstolens avgjørelse i E-12/20 *Telenor*, nærmere omtalt i punkt 4.6 nedenfor.

³⁶ Se Helmersen, «The EFTA Court and International Law», 2021, s. 30.

³⁷ Se Helmersen, «The EFTA Court and International Law», 2021, s. 31.

³⁸ Se EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken E-18/11 *Irish Bank*, avsnitt 57.

EFTA-statene mer likestilte. Formelt velger EFTA-statene selv både om de vil henwise tolknings spørsmål til EFTA-domstolen, og om de retter seg etter EFTA-domstolens tolkning.

Likevel blir EFTA-domstolens uttalelser som regel tillagt stor vekt. Det faktum at nasjonale domstoler faktisk anmoder EFTA-domstolen om rådgivende uttalelser tilsier i seg selv at uttalelsene vil tillegges vekt; hvis ikke ville det ha vært liten grunn for domstolene til å benytte seg av denne muligheten. Tidligere har det kommet inn relativt få henvendelser fra norske domstoler, men etter 2015 har både norske, islandske og liechtensteinske domstoler brukt ODA artikkel 34 hyppigere.³⁹ Dette kan tyde på at EFTA-domstolen går i retning av å gi en mer effektiv kontroll av EØS-retten.

Norges Høyesterett har lagt til grunn at EFTA-domstolens rådgivende uttalelser skal tillegges «stor vekt», og at det skal «gode og tungtveiende grunner» til for å fravike en tolkningsuttalelse.⁴⁰ Høyesterett har begrunnet dette i målet om å «nå frem til og å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen», og i EFTA-domstolens «særlige kunnskap» om rettskildebruken i EØS-retten.⁴¹

EFTA-domstolens rådgivende uttalelser tillegges også stor vekt i Island og Liechtenstein. Islands høyesterett har i mange viktige saker føyet seg etter EFTA-domstolens rådgivende uttalelser.⁴² I flere av sakene der Islands høyesterett ikke har tatt EFTA-domstolens rådgivende uttalelse til følge, med den begrunnelse at tolkningen ikke kunne forenes med den nasjonale lovgivning, har dessuten Islands høyesterett ansett dette som et grunnlag for en erstatningsplikt for manglende gjennomføring av EØS-retten.⁴³ I Liechtenstein er det også en etablert praksis for at domstolene henviser saker til EFTA-domstolen, og Liechtensteins høyesterett har basert flere av sine avgjørelser på EFTA-domstolens rådgivende uttalelser.⁴⁴

³⁹ Se Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave 2022, s. 301. Fredriksen og Mathisen skriver imidlertid at antallet henvisninger fra Island er noe lavere enn fra Norge og Liechtenstein.

⁴⁰ Se HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 77.

⁴¹ Se Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) på s. 1820.

⁴² Se Petursson og Runarsson, «Consistent interpretation in the case-law of the Icelandic Supreme Court 1994-2016», 2018, s. 409-410.

⁴³ Se Petursson og Runarsson, «Consistent interpretation in the case-law of the Icelandic Supreme Court 1994-2016», 2018, s. 409-410.

⁴⁴ Se Ungerank, «Liechtenstein Courts», 2016, s. 304.

Derfor er det liten tvil om at EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i stor grad respekteres av de nasjonale domstolene i EFTA-statene, og at det skal en del til for at de nasjonale domstolene vil se bort fra EFTA-domstolens rådgivende uttalelser.⁴⁵

2.2.3 Særlig om homogenitetsprinsippet

Homogenitetsprinsippet er et EØS-rettslig tolkningsprinsipp som går ut på at EU-lovgivning som er gjort til en del av EØS-avtalen tolkes og anvendes likt i EØS-retten som i EU-retten.⁴⁶ EFTA-domstolen har lagt til grunn at private aktører skal «enjoy, relying upon EEA law, the same rights in both the EU and EFTA pillars of the EEA», for på den måten å sikre et «dynamic and homogeneous European Economic Area».⁴⁷ Homogenitetsprinsippet henger altså tett sammen med prinsippet om en dynamisk tolkning av EØS-retten, og EFTA-domstolen kan fortolke og videreutvikle innholdet i EØS-retten for å sikre homogenitet med EU-retten.

Homogenitetsprinsippet har tidvis blitt strukket langt, og i teorien er det tatt til orde for at EFTA-domstolen i praksis sikrer en enda større homogenitet med EU enn det som kan anses påkrevd gjennom EØS-avtalen og ODA.⁴⁸ Dette er nok ikke helt ukontroversielt. EFTA-domstolens vidtrekkende dynamiske fortolkning av EØS-retten for å oppnå homogenitet har av enkelte i teorien blitt omtalt som en rettslig aktivisme som går ut over EØS-rettens virkeområde, mens andre har tatt til orde for at dette er nødvendig for å sikre EØS-rettens levedyktighet over tid.⁴⁹

Prinsippet kanskje tydeligste gjennomslag hittil finnes i saken *Sveinbjörnsdóttir*, der EFTA-domstolen oppstilte et prinsipp om erstatning for manglende gjennomføring av EØS-retten i nasjonal lovgivning.⁵⁰ En tilsvarende plikt fantes allerede i EU-retten, og hadde blitt utviklet av EU-domstolen.⁵¹ EFTA-domstolen begrunnet den EØS-rettslige erstatningsplikten i at EØS-avtalens «proper functioning» er avhengig av at private aktører kan stole på rettighetene

⁴⁵ Høyesterett har likevel unntaksvis fraveket EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Rt. 2013 s. 258 (STX) er et kjent eksempel.

⁴⁶ Se Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave 2022, s. 70.

⁴⁷ EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken E-14/11 *Schenker I*, avsnitt 118.

⁴⁸ Se Hreinsson, «General Principles», 2016, s. 353.

⁴⁹ Se nærmere Pål Wennerås sin kommentar til EØS-avtalen artikkel 6 i Arnesen m.fl. (red.), *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, 2018, s. 210-211.

⁵⁰ EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken E-9/97 *Erla María Sveinbjörnsdóttir mot Island*.

⁵¹ EU-statenes erstatningsplikt ble først lagt til grunn av EU-domstolen i forente saker C-6/90 og C-9/90 *Andrea Francovich og Danila Bonifaci m.fl. mot Italia*.

som følger av avtalen.⁵² Fordi homogenitetsprinsippet er «so strongly expressed» i EØS-avtalen måtte EFTA-statene ha et erstatningsansvar for uriktig gjennomføring av sine EØS-rettslige forpliktelser.⁵³ EFTA-domstolen gikk dermed langt for å sikre homogenitet mellom EU- og EØS-retten.

Selv om EFTA-domstolen har vist en vilje til å strekke homogenitetsprinsippet langt, er dette kun ett av flere tolkningsprinsipper i EØS-retten. Homogenitetsmålsettingen vil i mange tilfeller måtte veies mot hensynet til EFTA-statenes suverenitet eller hensynet til privates interesser og rettigheter. Dette omtales nærmere i punkt 5.1 nedenfor.

3 Menneskerettighetsvernets utvikling

3.1 Utviklingen i EMK

EMK ble vedtatt av Europarådets medlemsstater i kjølvannet av andre verdenskrig.⁵⁴ Da konvensjonen trådte i kraft i 1953 var den revolusjonerende, fordi suverene stater for første gang godtok å bli underlagt en internasjonal domstol med kompetanse til å avsi bindende dommer.⁵⁵ EMK og EMDs praksis har hatt en stor innvirkning på nasjonal rett i konvensjonsstatene, og i Norge har EMK en semikonstitusjonell rang.⁵⁶

EMK fokuserer først og fremst på sivile og politiske rettigheter. Samtidig har konvensjonen vært sentral i utviklingen av generelle prinsipper for anvendelsen av internasjonale menneskerettigheter, slik som prinsippene om forholdsmessighet og formålsbasert tolkning.⁵⁷

Konvensjonen regnes for å ha langt mer effektive håndhevingsmekanismer enn de fleste andre internasjonale menneskerettighetstraktater.⁵⁸ EMK tolkes og håndheves av Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD), og domstolens avgjørelser er rettslig bindende for medlemsstatene. EMD tolker EMK på en dynamisk måte, og sikrer dermed at konvensjonens

⁵² E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 58.

⁵³ E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*, avsnitt 60.

⁵⁴ I dag har Europarådet 46 medlemsstater, inkludert alle EU- og EFTA-statene. Antallet ble redusert fra 47 til 46 i 2022, da Russland ble ekskludert fra Europarådet.

⁵⁵ Se Harris, O'Boyle og Warwick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave 2018, s. 35.

⁵⁶ Det følger av den norske menneskerettsloven at EMK ved motstrid går foran andre bestemmelser i formell lov. Se Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 3.

⁵⁷ Se Harris, O'Boyle og Warwick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave 2018, s. 36.

⁵⁸ Se Harris, O'Boyle og Warwick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave 2018, s. 5.

innhold følger tidens utvikling.⁵⁹ I senere år har imidlertid EMD blitt kritisert for å gå for langt i den dynamiske fortolkningen av EMK, og det fremstår som at EMD i enkelte saker har lagt til grunn en noe videre skjønnsmargin for konvensjonsstatene, forutsatt at staten i den konkrete saken hadde tatt menneskerettighetene i betraktning.⁶⁰

3.2 Utviklingen i EU-retten

Forholdet til menneskerettighetene i EU har utviklet seg fra å lenge ha hatt et «noe defensivt preg» til å ha en «offensiv tilnærming».⁶¹ EU har primært vært et økonomisk samarbeid, uten noe fokus på menneskerettigheter. EU-domstolen begynte likevel å henvise til ulovfestede «grunnleggende rettigheter» på slutten av 1960-tallet, inspirert av EMK og medlemsstatenes konstitusjoner.⁶²

Den offensive tilnærmingen til menneskerettighetene begynte på 1990-tallet, da slike rettigheter for første gang ble formalisert i EU-lovverket. Det ble nedfelt i Maastricht-traktaten av 1992 at EU skal respektere grunnleggende rettigheter, som fremgår av EMK, som «general principles of Community law».⁶³ Dette er nå nedfelt i Traktaten om den Europeiske Union (TEU) artikkel 6 (3).

EUs pakt om grunnleggende rettigheter ble vedtatt i 2000, og pakten ble bindende for medlemsstatene ved Lisboa-traktaten av 2009.⁶⁴ Etter dette har EU-domstolen i stor grad henvist til grunnrettighetspakten, og mindre til EMK.⁶⁵ En betydelig del av grunnrettighetspaktens bestemmelser er inspirerte av EMK, men pakten dekker også områder som ikke omfattes av EMK, blant annet flere sosiale og økonomiske rettigheter.

EU vedtok også ved Lisboa-traktaten at unionen som sådan skal tre inn i EMK.⁶⁶ Denne forpliktelsen fremgår nå av TEU artikkel 6 (2). Et forsøk på tiltredelse ble imidlertid stoppet

⁵⁹ Se for eksempel EMDs avgjørelse i *Austin m.fl. mot Storbritannia*, saksnr. 39692/09, 40713/09, og 41008/09 avsnitt 53: «[...] the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and of the ideas prevailing in democratic States today [...]».

⁶⁰ Se Solheim, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område», 2019, s. 381.

⁶¹ Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave 2011, s. 72.

⁶² For første gang i sak 29/69 *Stauder* avsagt 12. november 1969, der EU-domstolen viste til «fundamental human rights enshrined in the general principles of Community law and protected by the Court». Se avsnitt 7.

⁶³ Traktaten om den Europeiske Union av 1992, artikkel F (2).

⁶⁴ Lisboa-traktaten om Endring av Traktaten om den Europeiske Union og Traktaten om Opprettelse av det Europeiske Fellesskap (Lisboa-traktaten) artikkel 1 (8).

⁶⁵ Fredriksen og Mathisen skriver at praksis viser at EU-domstolen i dag er «nokså selektiv i sine henvisninger til EMD-praksis og opptatt av å sette sitt eget preg på utviklingen av menneskerettighetene i Europa». Se *EØS-rett*, 4. utgave 2022, s. 38.

⁶⁶ Lisboa-traktaten artikkel 1 (8).

av EU-domstolen, fordi EU-domstolen vurderte at suverenitetsavståelsen var i strid med TEU.⁶⁷ Så lenge det bare er EUs medlemsstater og ikke EU selv som er part til EMK, vil ikke EUs institusjoner formelt være forpliktet til å etterleve og håndheve EMKs bestemmelser. EU-statene er dermed forpliktet overfor Europarådet til å overholde EMK, men samtidig underlagt overnasjonale EU-organer som ikke har den samme forpliktelsen. Dette omtales i teorien som en svakhet ved det overordnede europeiske vernet av menneskerettigheter.⁶⁸ Dersom EU tiltrer EMK vil det nok føre til større rettsenhet på menneskerettighetsområdet.

Menneskerettighetene har altså blitt et eget rettsområde i EU-retten. Det samme kan ikke nødvendigvis sies om menneskerettighetenes stilling i EØS-retten, som i hovedsak er begrenset til det indre marked.

3.3 Utviklingen i EØS-retten

Da EØS-avtalen ble signert i 1992 fantes det allerede langvarig rettspraksis om menneskerettigheter fra EU-domstolen. Avtalen ble likevel inngått før formaliseringen av menneskerettighetene i EU-retten. Det kan derfor antas at menneskerettighetene ikke var tiltenkt en stor rolle i EØS-retten.

Likevel har EFTA-domstolen i likhet med EU-domstolen henvist til grunnleggende rettigheter med inspirasjon fra EMK. Det første eksempelet finnes i *TV 1000* fra 1998, der EFTA-domstolen henviste til en avgjørelse fra EMD.⁶⁹ I *Bellona* fra 2003 ble både EMK artikkel 6 og 13, og grunnrettighetspakten artikkel 47 (som på dette tidspunkt heller ikke var bindende for EU-statene) påberopt.⁷⁰ EFTA-domstolen viste til «human rights», men brukte verken EMK eller grunnrettighetspakten uttrykkelig.⁷¹ EFTA-domstolens første uttrykkelige henvisning til EMK finnes i saken *Ásgeirsson* fra 2003.⁷²

Antallet henvisninger til EMK og grunnleggende rettigheter har etter dette økt betraktelig. EFTA-domstolen henviste til EMK én gang i perioden 1994-2003,⁷³ fem ganger i perioden

⁶⁷ Se EU-domstolens uttalelse 2/13 datert 18. desember 2014.

⁶⁸ Se Harris, O'Boyle og Warwick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave 2018, s. 34-35.

⁶⁹ Se EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken E-8/97 *TV 1000*, avsnitt 26.

⁷⁰ Se EFTA-domstolens avgjørelse i saken E-2/02 *Bellona*, avsnitt 28.

⁷¹ E-2/02 *Bellona*, avsnitt 37.

⁷² Se EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken E-2/03 *Ásgeirsson*, avsnitt 23.

⁷³ Se E-2/03 *Ásgeirsson*.

2004-2013,⁷⁴ og ti ganger i perioden 2014-2023.⁷⁵ Dette er ikke medregnet avgjørelser der det kun ble vist til EMD-praksis, som i *TV 1000*, og dommer der EMK ble påberopt av partene, men ikke behandlet av EFTA-domstolen, slik som i *Bellona*. Det finnes også flere eksempler på at EFTA-domstolen har omtalt «grunnleggende rettigheter» uten noen forankring i EMK.⁷⁶

Blant dommene der EFTA-domstolen uttrykkelig har henvist til EMK, er det stor variasjon i både hvilke bestemmelser i EMK som behandles, og hvorvidt EMK kommer opp i forbindelse med materielle eller prosessuelle krav. Likevel går EMK artikkel 6 og 8 ofte igjen. EMK artikkel 6 om retten til en rettferdig rettergang har typisk blitt påberopt som en skranke for saksbehandlingen i EFTA-domstolen, ESA eller nasjonale domstoler.⁷⁷ EMK artikkel 8 om retten til respekt for familie- og privatliv har i de fleste tilfeller blitt anvendt som tolkningsfaktor i utlendingssaker.⁷⁸

EUs grunnrettighetspakt er ikke en del av EØS-avtalen, og har dermed ikke direkte relevans i EØS-retten. Det betyr imidlertid ikke at grunnrettighetspakten er uten betydning.

Grunnrettighetspakten gjennomsyrrer stadig større deler av EUs lovgivning og EU-domstolens praksis, og ved tolkningen og anvendelsen av EØS-avtalen kan derfor grunnrettighetspakten være relevant. Den usikre stillingen til grunnrettighetspakten bidrar til å komplisere spørsmålet om hva som utgjør de ulovfestede grunnleggende rettighetene i EØS-avtalen.

4 EFTA-domstolens behandling av EMK

4.1 Overordnet

EFTA-domstolen har gjentatte ganger uttalt at EMK og EMDs praksis er «viktige kilder» for å fastslå anvendelsesområdet for de grunnleggende rettighetene i EØS-retten.⁷⁹ Formelt sett kan imidlertid ikke EFTA-domstolen bygge direkte på EMK, og det finnes heller ingen rettslige instrumenter som sier noe om betydningen av internasjonale rettskilder ved

⁷⁴ Se E-12/10 *ESA mot Island*, E-15/10 *Posten Norge*, E-4/11 *Arnulf Clauder*, E-14/11 *Schenker I* og E-18/11 *Irish Bank*.

⁷⁵ Se E-3/13 og 20/13 *Fred. Olsen*, E-14/15 *Holship*, E-28/15 *Jabbi*, E-3/16 *Ski Taxi*, E-1/17 *Konkurrenten.no*, E-10/17 *Nye Kystlink*, E-11/19 og 12/19 *Adpublisher*, E-1/20 *Kerim*, E-2/20 *Den norske stat mot L* og E-12/20 *Telenor*.

⁷⁶ Se for eksempel E-10/14 *Deveci*.

⁷⁷ Se E-12/20 *Telenor*, E-15/10 *Posten Norge*, E-1/17 *Konkurrenten.no*, E-3/16 *Ski Taxi*, E-18/11 *Irish Bank* og E-2/03 *Ásgeirsson*.

⁷⁸ Se E-2/20 *Den norske stat mot L*, E-1/20 *Kerim*, E-28/15 *Jabbi* og E-4/11 *Arnulf Clauder*.

⁷⁹ Se for eksempel E-14/15 *Holship* avsnitt 123 og E-12/20 *Telenor* avsnitt 75.

tolkningen av EØS-avtalen.⁸⁰ Det kreves derfor en nærmere analyse av EFTA-domstolens praksis for å avdekke hvilken betydning EMK har når den anvendes av EFTA-domstolen.

EFTA-domstolens praksis viser at domstolen er langt mer mottakelig for argumenter som bygger på EMK enn argumenter med grunnlag i andre internasjonale rettskilder.⁸¹ Derfor må det være noe spesielt med denne konvensjonen som gir den en så fremtredende stilling i EØS-retten sammenliknet med andre internasjonale kilder.

Det er flere grunner til at EMK kan anses som en særlig relevant rettskilde ved tolkningen av EØS-avtalen. EFTA-domstolen begrunner EMKs relevans i at samtlige EØS-stater er parter i EMK, og dermed uansett forpliktet til å respektere konvensjonen.⁸² I teorien er det i tillegg tatt til orde for at normene i EMK gjenspeiler en felles standard og fellesnevner for et minimumsnivå for beskyttelse av grunnleggende rettigheter i Europa, og derfor kan utgjøre uskrevne prinsipper i EØS-retten.⁸³ Dessuten har EU-domstolen lang tradisjon for å henvise til EMK,⁸⁴ og det å henvise til EMK er dermed i mange tilfeller en måte for EFTA-domstolen å oppnå homogenitet med EU-domstolen. På bakgrunn av dette er det nok lite kontroversielt at EFTA-domstolen henviser til EMK.

4.2 EFTA-domstolens fremgangsmåte: fire kategorier

EFTA-domstolen benytter gjennomgående samme metode når den henviser til EMK.

Domstolen tolker EØS-retten *i lys av* «grunnleggende rettigheter», og ved fastsettelsen av innholdet i de grunnleggende rettighetene er EMK en viktig kilde.⁸⁵ Formelt er det altså EØS-retten, og ikke EMK, som danner det rettslige grunnlaget for de grunnleggende rettighetene. EMK tillegges imidlertid betydelig vekt når rettighetenes innhold skal avklares.

I artikkelen «The EFTA Court and International Law» utgitt i 2021 har Sondre Torp Helmersen gitt en systematisk oversikt over EFTA-domstolens behandling av EMK. Han har

⁸⁰ Som omtalt i punkt 2.2.1 overfor.

⁸¹ Helmersen skriver at det er en «striking contrast» mellom hvordan EFTA-domstolen henviser til EMK og hvordan den henviser til andre traktater. Se «The EFTA Court and International Law», 2021, s. 39.

⁸² Se for eksempel E-4/11 *Arnulf Clauder* avsnitt 49 og E-28/15 *Jabbi* avsnitt 81.

⁸³ Se Björgvinsson, «Fundamental Rights in EEA Law», 2014, s. 278.

⁸⁴ Som omtalt i punkt 3.2.

⁸⁵ Se for eksempel E-15/10 *Posten Norge* avsnitt 85, E-14/15 *Holship* avsnitt 123, E-1/20 *Kerim* avsnitt 43 og E-2/20 *Den norske stat mot L* avsnitt 50.

delt EFTA-domstolens praksis inn i fire kategorier basert på hvordan EMK ble brukt i den enkelte sak. Jeg vil her bygge videre på Helmersens systematisering.

Etter at Helmersens artikkel ble utgitt har EFTA-domstolen henvist til EMK i fire nyere saker. Disse avgjørelsene kan etter mitt syn plasseres i hver sin kategori, men med en nyansering av den fjerde kategorien.

I den første kategorien har EFTA-domstolen kun brukt EMK som et tolkningsbidrag for å fastsette rekkevidden av EØS-retten.⁸⁶ Fellesnevneren for disse sakene er at det gis et inntrykk av at EMK bare har vært et støtteargument, og at det ikke er tydelig om EMK hadde noen reell betydning for utfallet.

I den andre kategorien har EFTA-domstolen anvendt EMK som en skranke («limit») for EØS-retten.⁸⁷ EFTA-domstolen har i disse avgjørelsene lagt til grunn at EØS-retten bare kan anvendes innenfor de grensene som følger av rettighetene i EMK.

I den tredje kategorien har EFTA-domstolen pekt på en mulig motstrid med de grunnleggende rettighetene i lys av EMK, men overlatt til den nasjonale domstolen å vurdere om EMK var respektert i den konkrete saken.⁸⁸

I Helmersens fjerde og siste kategori hadde EFTA-domstolen konkludert med at det forelå en krenkelse av en EMK-rettighet, og på grunnlag av dette redusert en bot ilagt av ESA. *Posten Norge* var den eneste avgjørelsen som falt inn under denne kategorien.⁸⁹ Den nyere avgjørelsen *Telenor* har imidlertid mange likhetstrekk.⁹⁰ I *Telenor* vurderte EFTA-domstolen om det var grunnlag for å redusere ESAs bot på grunn av en krenkelse av EMK, men etter en konkret vurdering ble det ikke funnet grunnlag for noen reduksjon. Det er naturlig å plassere *Posten Norge* og *Telenor* i samme kategori, fordi disse avgjørelsene er de eneste eksemplene på at EFTA-domstolen uttrykkelig har vurdert om det forelå en krenkelse av EMK og hvilke konsekvenser en krenkelse ville føre med seg. Det gjøres derfor en nyansering av den fjerde

⁸⁶ Helmersen viser til E-4/11 *Arnulf Clauder*, E-28/15 *Jabbi*, E-3/16 *Ski Taxi* og E-12/10 *ESA mot Island*. En nyere avgjørelse, E-1/20 *Kerim*, plasseres også i denne kategorien.

⁸⁷ Her viser Helmersen til avgjørelsene E-4/11 *Ásgeirsson*, E-1/17 *Konkurrenten.no*, E-10/17 *Nye Kystlink*, E-14/11 *Schenker I* og E-3/13 og 20-13 *Fred. Olsen*. Den nyere avgjørelsen E-2/20 *Den norske stat mot L* plasseres også i denne kategorien.

⁸⁸ Helmersen viser til E-14/15 *Holship* og E-18/11 *Irish Bank*. Den nyere avgjørelsen E-11/19 og 12/19 *Adpublisher* plasseres også i denne kategorien.

⁸⁹ E-15/10 *Posten Norge*.

⁹⁰ E-12/20 *Telenor*.

kategorien. Kategori fire vil omfatte avgjørelsene der EFTA-domstolen uttrykkelig har vurdert om det forelå en krenkelse av EMK, i den kontekst at en krenkelse vil medføre konkrete rettsvirkninger for private rettighetshavere.

En mulig innvending mot denne kategoriseringen er at den kan virke noe kunstig. Det vil ikke nødvendigvis være noen store forskjeller i hvilken betydning EMK har hatt i EFTA-domstolens øyne selv om fremgangsmåtene har vært ulike. Ofte er det avhengig av de konkrete omstendighetene i en sak om EMK får en større eller mindre betydning for konklusjonen, og dette kan smitte over på hvordan EFTA-domstolen har ordlagt seg. Dette vil også illustreres fortløpende i analysene nedenfor. Helmersens inndeling benyttes likevel som et hjelpemiddel for å fremstille og analysere EFTA-domstolens praksis på en oversiktlig måte.

4.3 Kerim som et eksempel på første kategori

Saken *Kerim*⁹¹ gjaldt tolkningen av hva som utgjør et «omgåelsesekteskap» i henhold til Unionsborgerdirektivet artikkel 35.⁹² Den afghanske statsborgeren Kerim hadde giftet seg med en rumensk borger i Romania, og ekteparet flyttet sammen til Norge. Kerim fikk avslag på sin søknad om oppholdstillatelse i Norge som familiemedlem av en EØS-borger, fordi UNE la til grunn at det var snakk om et omgåelsesekteskap. Kerim gikk til søksmål mot staten ved UNE over gyldigheten av avslaget, og saken gikk til Høyesterett. Høyesterett anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om hvorvidt det *eneste* formålet med ekteskapet måtte være å tilegne seg oppholdsrett i en EØS-stat, eller om det er tilstrekkelig at slik oppholdsrett var hovedformålet med ekteskapsinngåelsen.

EFTA-domstolen uttalte at nasjonale domstoler må «sikre at tolkningen og anvendelsen av rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen, ikke kommer i konflikt med grunnleggende rettigheter som er beskyttet etter EØS-retten».⁹³ Videre måtte det «sees hen til retten til respekt for privatliv og familieliv etter EMK artikkel 8» for å kunne skille et reelt ekteskap fra et omgåelsesekteskap.⁹⁴ Disse formuleringene kan gi et inntrykk av at EMK artikkel 8 ville komme inn som en materiell skranke for tolkningen av Unionsborgerdirektivet artikkel 35.

⁹¹ EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken E-1/20 *Kerim mot Den norske stat*.

⁹² Direktiv 2004/38/EF om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium.

⁹³ E-1/20 *Kerim*, avsnitt 43.

⁹⁴ E-1/20 *Kerim*, avsnitt 45.

EFTA-domstolen utledet av EMDs praksis at retten til familieliv forutsetter *eksistensen av en familie*, slik som for eksempel det forhold som springer ut av et «genuine marriage».⁹⁵ Altså er også EMK artikkel 8 begrenset til å verne reelle ekteskap. For å avklare hva som faktisk utgjør et reelt ekteskap viste imidlertid EFTA-domstolen kun til EU-domstolens praksis og EU-kommisjonens retningslinjer.⁹⁶ Det ser altså ikke ut til at EMD hadde gitt noen relevante uttalelser for tolkningen av hva som utgjør et omgåelsesekteskap i henhold til Unionsborgerdirektivet artikkel 35. EMK ble dermed kun anvendt som en tolkningsfaktor med liten betydning for utfallet – ikke som en skranke for nasjonale domstolers adgang til å nekte oppholdstillatelse på grunnlag av at ekteskapet er proforma.

Høyesteretts oppfølging av EFTA-domstolens uttalelse i saken gir også et inntrykk av at EMK hadde begrenset betydning for utfallet, se Høyesteretts dom HR-2021-1435-A. Høyesterett sluttet seg til EFTA-domstolens betraktninger om EMKs generelle relevans, men la til grunn at EMK normalt ikke vil være noe «sentralt tema» når det er snakk om omgåelsesekteskap.⁹⁷ Videre anså Høyesterett det som klart sannsynliggjort at det forelå et omgåelsesekteskap, og UNEs vedtak var derfor ikke i strid med EØS-retten.⁹⁸

Selv om EMK artikkel 8 kun kom inn som et tolkningsbidrag med liten betydning for utfallet i saken, betyr ikke det at EFTA-domstolens uttalelse i *Kerim* svekker den generelle relevansen av EMK. Tvert imot kan det at EFTA-domstolen henviste til EMK selv i en sak der dette nærmest kunne anses som overflødig tale for at EMK uansett må tas i betraktning, og at EMK *kan* komme inn som en skranke for tolkningen og anvendelsen av EØS-retten.

4.4 Den norske stat mot L som et eksempel på andre kategori

Saken *Den norske stat mot L*⁹⁹ gjaldt også tolkningen av Unionsborgerdirektivet. L var en finsk statsborger som hadde bodd i Norge siden 1998 og hadde samboer og tre barn i Norge. Mens L sonet en lang fengselsstraff for narkotikahandel ble han i 2016 utvist fra Norge og pålagt varig innreiseforbud. L gikk til søksmål over gyldigheten av utvisningsvedtaket mot staten ved UNE, og saken gikk til Borgarting lagmannsrett. Borgarting anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om tolkningen av reglene om utvisning med varig

⁹⁵ E-1/20 *Kerim* avsnitt 44, med henvisning til EMDs dom *E.B. mot Frankrike*, avsnitt 41.

⁹⁶ Se E-1/20 *Kerim* avsnitt 47-49.

⁹⁷ HR-2021-1435-A avsnitt 75.

⁹⁸ HR-2021-1435-A avsnitt 88-89. *Kerim* omtales her som «A».

⁹⁹ EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken E-2/20 *Den norske stat mot L*.

innreiseforbud etter Unionsborgerdirektivet artikkel 27, 28 og 32, og særlig om betydningen av personens familie og barn i denne vurderingen.

EFTA-domstolen tok nok en gang utgangspunkt i at grunnleggende rettigheter, inkludert retten til respekt for familieliv jf. EMK artikkel 8, er «en del av EØS-rettens generelle prinsipper».¹⁰⁰ Videre løftet EFTA-domstolen frem en rekke momenter som måtte tas med i vurderingen av utvisningsvedtaket, blant annet «hva slags familieliv paret har, om det er barn i forholdet, stebarn, eller andre forsørgede, og hvor gamle disse er».¹⁰¹ EFTA-domstolen poengterte også, med henvisning til en dom fra EMD, at det ikke kan fattes vedtak om utvisning dersom «vilkårene for det inngripende tiltak samlet sett vil medføre et utilbørlig inngrep i retten til familieliv».¹⁰² Unionsborgerdirektivet åpner altså ikke for at det kan gis utvisningsvedtak som går lengre enn det som vil være i tråd med EMK artikkel 8.

Retten til respekt for familieliv i EMK artikkel 8 kom dermed inn som en materiell skranke for vurderingen av om et utvisningsvedtak med varig innreiseforbud er innenfor EØS-rettens rammer. Ikke bare gir EFTA-domstolen et inntrykk av at EMK står sentralt; ved at EMK settes opp som en materiell skranke, legges det også opp til at EMK måtte bli avgjørende i saken dersom den nasjonale domstolen vurderte at hensynet til familielivet ikke var tilstrekkelig ivaretatt.

Saken ble aldri behandlet av lagmannsretten, ettersom UNE omgjorde vedtaket på grunnlag av nye opplysninger i saken.¹⁰³ I hevingskjennelsen fremgår det at UNE mente anmodningen til EFTA-domstolen var unødvendig for sakens oppklaring.¹⁰⁴ Det må antas at UNE hadde tatt EMK artikkel 8 i betraktning da de fattet vedtaket i utgangspunktet, og at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse derfor neppe ville ha stilt saken i et helt nytt lys. Likevel er det fullt mulig at Borgarting ville ha vurdert forholdsmessighetsspørsmålet annerledes enn UNE, og at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse kunne ha virket inn på lagmannsrettens vurdering.

¹⁰⁰ E-2/20 *Den norske stat mot L*, avsnitt 50.

¹⁰¹ E-2/20 *Den norske stat mot L*, avsnitt 51.

¹⁰² E-2/20 *Den norske stat mot L*, avsnitt 53, med videre henvisning til EMDs dom i *Üner mot Nederland*, saksnr. 46410/99.

¹⁰³ Se Borgarting lagmannsretts kjennelse avsagt 01.12.2021 (vedlegg 1).

¹⁰⁴ Se Borgarting lagmannsretts kjennelse avsagt 01.12.2021 (vedlegg 1), s. 2.

4.5 *Adpublisher* som et eksempel på tredje kategori

Bakgrunnen for *Adpublisher*¹⁰⁵ var at det liechtensteinske firmaet *Adpublisher AG* hadde fått to klager mot seg for overtredelser av flere bestemmelser i EUs personvernforordning (GDPR).¹⁰⁶ Personverntilsynet i Liechtenstein fattet vedtak om at *Adpublisher* hadde brutt reglene i GDPR i begge sakene. *Adpublisher* fikk ikke oppgitt identiteten til klagerne, som ønsket å være anonyme. Selskapet gikk derfor til søksmål mot Personverntilsynet over gyldigheten av vedtakene. Ankeinstansen anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om hvorvidt det var adgang til å behandle en klage over reglene i GDPR uten å utlevere klagerens identiteter.

EFTA-domstolen tok utgangspunkt i at identitetene i seg selv måtte anses som personopplysninger, og dermed bare kunne utleveres i samsvar med reglene i GDPR.¹⁰⁷ Det måtte derfor vurderes om det var nødvendig å oppgi identitetene ut fra en avveining av klagerens rett til personvern etter GDPR og *Adpublishers* grunnleggende rett til en rettfærdig rettergang, i lys av EMK artikkel 6.

EFTA-domstolen la til grunn at det ofte er nødvendig for den som får en klage rettet mot seg å vite hvem klageren er, slik at vedkommende kan forsvare seg og eventuelt avslutte den ulovlige behandlingen av personopplysninger.¹⁰⁸ Hvis det er snakk om «standardised and equal data processing for an unspecified number of data subjects, or where the investigation and decision is based on several similar complaints», vil det derimot kunne argumenteres for at anonymisering ikke vil stå i veien for et effektivt forsvar.¹⁰⁹ Domstolen pekte altså på en mulig motstrid med EMK artikkel 6, og konkretiserte hva vurderingen gikk ut på. Likevel unnlot EFTA-domstolen å ta stilling til om identitetene til de to klagerne måtte oppgis i den konkrete saken.¹¹⁰ Denne vurderingen ble overlatt til den nasjonale domstolen.¹¹¹

Det kan stilles spørsmål ved om det egentlig er noen forskjell mellom fremgangsmåten til EFTA-domstolen i kategori to og kategori tre. I kategori tre gjør EFTA-domstolen det enda

¹⁰⁵ EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i forente saker E-11/19 og 12/19 *Adpublisher AG mot J og K*.

¹⁰⁶ Forordning 2016/679 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF.

¹⁰⁷ Forente saker E-11/19 og 12/19 *Adpublisher*, avsnitt 47.

¹⁰⁸ Forente saker E-11/19 og 12/19 *Adpublisher*, avsnitt 51.

¹⁰⁹ Forente saker E-11/19 og 12/19 *Adpublisher*, avsnitt 52.

¹¹⁰ Forente saker E-11/19 og 12/19 *Adpublisher*, avsnitt 54.

¹¹¹ Den endelige avgjørelsen av den nasjonale domstolen i Liechtenstein ikke har blitt funnet, og det er derfor ikke kjent hvilket utfall saken fikk.

tydeligere at det er snakk om en *tolkningsuttalelse* og at EFTA-domstolen ikke vurderer de konkrete omstendighetene i saken. Likevel legger EFTA-domstolen i begge kategoriene til grunn at den nasjonale domstolen ikke kan treffe en beslutning i strid med EMK, og EMK blir dermed en materiell skranke for anvendelsen av EØS-retten.

4.6 Telenor og Posten Norge som eksempler på fjerde kategori

Telenor bygger i vesentlig grad på det som ble lagt til grunn i *Posten Norge*, og det må derfor redegjøres for den sistnevnte avgjørelsen før det kan gjøres en analyse av *Telenor*.

Bakgrunnen for *Posten Norge* var at ESA ga Posten Norge en bot på 12.89 millioner euro for å ha misbrukt sin dominerende stilling, jf. EØS-avtalen artikkel 54.¹¹² Posten Norge gikk til søksmål for EFTA-domstolen over gyldigheten av ESAs vedtak, jf. ODA artikkel 36, og anførte subsidiært at boten måtte annulleres eller reduseres, jf. ODA artikkel 35.

Bøter ilagt av ESA er administrative vedtak, ikke straff, og derfor tok EFTA-domstolen innledningsvis stilling til i hvilken grad rettssikkerhetsgarantiene i EMK artikkel 6 kom til anvendelse. EFTA-domstolen uttalte at det avgjørende er tiltalens «weight»,¹¹³ og at botens størrelse og stigmaet knyttet til å bli holdt ansvarlig for å ha misbrukt sin markedsposisjon gjorde at tiltalen i denne saken ikke var av «minor weight».¹¹⁴ Derfor kom skrankene i EMK artikkel 6 til anvendelse med full styrke.

Videre la EFTA-domstolen til grunn at varigheten av ESAs etterforskning av Posten Norge over syv år og to måneder hadde vært urimelig.¹¹⁵ Dette utgjorde en krenkelse av Posten Norges rett til å få avklart saken innen rimelig tid, jf. EMK artikkel 6, hvilket utløste retten til effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13. EFTA-domstolen slo fast at retten til et effektivt rettsmiddel forutsetter en «substantial» reduksjon, og konkluderte med at det var rimelig å redusere den opprinnelige boten med 20 prosent.¹¹⁶ Krenkelsen av EMK artikkel 6 førte dermed direkte til sanksjoner mot ESAs vedtak.

¹¹² EFTA-domstolens avgjørelse i saken E-15/10 *Posten Norge AS mot ESA*.

¹¹³ E-15/10 *Posten Norge*, avsnitt 89.

¹¹⁴ E-15/10 *Posten Norge*, avsnitt 90.

¹¹⁵ E-15/10 *Posten Norge*, avsnitt 282.

¹¹⁶ E-15/10 *Posten Norge*, avsnitt 286.

*Telenor*¹¹⁷ har mange likhetstrekk med *Posten Norge*, da saken også reiste et spørsmål om reduksjon av ESAs bot på grunnlag av en krenkelse av retten til en avklaring innen rimelig tid jf. EMK artikkel 6. Bakgrunnen for saken var at teleselskapet Telenor Norge ble ilagt bøter av ESA på til sammen 111 951 000 euro for å i flere perioder ha misbrukt sin dominerende stilling, jf. EØS-avtalen artikkel 54. Telenor gikk til søksmål mot ESA og anførte prinsipalt at vedtaket var ugyldig, jf. ODA artikkel 36, og subsidiært at bøtene måtte annulleres eller reduseres, jf. ODA artikkel 35.

Innledningsvis slo EFTA-domstolen fast at det var snakk om en så betydelig tiltale at EMK artikkel 6 kom til anvendelse med full styrke, med henvisning til *Posten Norge*.¹¹⁸ Videre vurderte EFTA-domstolen om ESAs etterforskning over seks år og tre måneder hadde vart urimelig lenge, og om dette i så fall ga grunnlag for en reduksjon av ESAs bot. Etter en konkret vurdering la EFTA-domstolen til grunn at det ikke hadde gått urimelig lang tid.¹¹⁹ Det forelå dermed ingen krenkelse av EMK artikkel 6, og boten ble ikke redusert.¹²⁰

Det ble likevel gjort et poeng ut av at retten til effektivt rettsmiddel, jf. EMK artikkel 13, utløser en plikt til reparasjon av en eventuell krenkelse. ESA hadde påberopt en nyere avgjørelse fra EU-domstolen, som sa at det *ikke* er et krav om å lempe på en bot selv om etterforskningen har vart urimelig lenge.¹²¹ EFTA-domstolen svarte til dette at det er opp til domstolen selv å vurdere relevansen av en dom fra EU-domstolen, og at EFTA-domstolen ikke er forpliktet til å følge EU-domstolens praksis.¹²² EFTA-domstolen opprettholdt standpunktet i *Posten Norge*, og la til grunn at det i EØS-retten vil være påkrevd å redusere boten såfremt det kan konstateres en krenkelse av EMK artikkel 6.¹²³ Saken *Telenor* gir dermed et sjeldent eksempel på at EFTA-domstolen uttrykkelig fraviker EU-domstolens praksis, ved å tolke en grunnleggende rettighet (EMK artikkel 13) videre enn EU-domstolen. Det kan nok antas at det ville ha sittet lengre inne for EFTA-domstolen å fravike EU-domstolens praksis dersom det ville føre til en innsnevring av de grunnleggende rettighetene.

¹¹⁷ EFTA-domstolens avgjørelse i saken E-12/20 *Telenor ASA og Telenor Norge AS mot ESA*.

¹¹⁸ E-12/20 *Telenor*, avsnitt 75-85.

¹¹⁹ E-12/20 *Telenor*, avsnitt 368-372.

¹²⁰ E-12/20 *Telenor*, avsnitt 373.

¹²¹ E-12/20 *Telenor*, avsnitt 356, med videre henvisning til EU-domstolens dom i sak C-608/13 *CEPSA mot Kommissjonen*.

¹²² E-12/20 *Telenor*, avsnitt 357.

¹²³ E-12/20 *Telenor*, avsnitt 358.

4.7 Oppsummering

EFTA-domstolens behandling av EMK i sakene overfor bekrefter at EMK og EMDs praksis er «viktige kilder» for å fastslå anvendelsesområdet for grunnleggende rettigheter i EØS-retten. Selv om det formelle utgangspunktet for EFTA-domstolen er de uskrevne prinsippene i EØS-retten, er EMK en tungtveiende rettskilde som i praksis kan bli avgjørende for utfallet i saker for EFTA-domstolen.

I lys av dette kan det stilles spørsmål ved om EFTA-domstolen i praksis gir EMK forrang for EØS-retten.¹²⁴ Så lenge EFTA-domstolen tar utgangspunkt i at de grunnleggende rettighetene er en del av den uskrevne EØS-retten, og at EMK anvendes som en kilde for å fastsette innholdet i disse rettighetene, vil imidlertid domstolen formelt sett fortsatt tolke og anvende EØS-avtalen, jf. EØS-avtalen artikkel 108.

5 EFTA-domstolens behandling av grunnrettighetspakten

5.1 Overordnet om problemstillingen

Et naturlig utgangspunkt for å drøfte grunnrettighetspaktens betydning i EØS-retten er homogenitetsmålsettingen. EFTA-domstolen har uttalt at EØS-avtalen skal gi et tilsvarende nivå av rettigheter som i EU innenfor EØS-rettens virkeområde.¹²⁵ Dette taler for at grunnrettighetspakten er en relevant rettskilde også i EØS-retten.

På den andre siden er det to sentrale hensyn som taler mot grunnrettighetspaktens relevans. I mange tilfeller vil det være betenkelig i lys av statssuverenitetsprinsippet at EFTA-domstolen anvender et rettighetsdokument som EFTA-statene ikke har sluttet seg til. Dersom myndighetene ønsker å påberope grunnrettighetspakten for å øke sitt eget handlingsrom, vil det derimot være hensynet til privates rettigheter og interesser som taler mot å gi grunnrettighetspakten gjennomslag.¹²⁶

Norge og Island ser ut til å ha ulike syn på grunnrettighetspaktens relevans. Statenes innlegg i saken *ESA mot Island* illustrerer dette.¹²⁷ Island hadde ved lov innført krav om betaling av

¹²⁴ Se i samme retning Helmersen, «The EFTA Court and International Law», 2021, s. 43.

¹²⁵ Se EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken E-14/11 *Schenker I*, avsnitt 118.

¹²⁶ Dette påpekes også av Fredriksen i «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», 2013, s. 375.

¹²⁷ Se EFTA-domstolens avgjørelse i saken E-12/10 *ESA mot Island*.

sykepenger for utenlandske foretak, og ESA mente loven gikk ut over det Island hadde adgang til å regulere i lys av Utsendingsdirektivet.¹²⁸ Direktivet skal verne om utenlandske foretak sin rett til å yte tjenester i en annen EØS-stat, en rettighet som nyter et sterkt vern som en av de fire friheter i EU- og EØS-retten. ESA gikk derfor til traktatbruddssøksmål mot Island, jf. ODA artikkel 31.

Island påberopte grunnrettighetspakten artikkel 31 (rettferdige arbeidsvilkår) som et grunnlag for å vedta strengere krav til arbeidsgivere enn det direktivet åpnet for.¹²⁹ Island anførte altså at en bestemmelse i grunnrettighetspakten, som ikke har en parallell i EMK, kunne rettferdiggjøre en restriksjon på den fundamentale retten til å tilby tjenester i en annen EØS-stat. Dermed er *ESA mot Island* et eksempel på hvordan EFTA-statene kan være tjent med å påberope grunnrettighetspakten på bekostning av privates rettigheter.

I Norges innlegg ble det i hovedsak gitt støtte til Island, men det ble tatt et tydelig forbehold mot anførselene om grunnrettighetspakten. Grunnrettighetspakten manglet etter Norges syn «direct relevance for the interpretation of the Agreement» fordi den ikke har blitt inkorporert i EØS-avtalen.¹³⁰ Norge ga altså uttrykk for et ganske ulikt prinsipielt syn enn Island på grunnrettighetspaktens betydning i EØS-retten.

Forskjellen mellom Norges og Islands syn på grunnrettighetspaktens relevans reiser mange interessante spørsmål. Ett spørsmål er om Island, ved å ta til orde for å anvende grunnrettighetspakten i EØS-retten, også for fremtiden har bundet seg til dette synspunktet. Det kan nok være vanskelig for Island å ta det motsatte standpunkt i en senere sak uten å måtte gå tilbake på det de anførte i denne saken.

Videre kan det stilles spørsmål om hvilken betydning Norges forbehold har hatt for EFTA-domstolens behandling av grunnrettighetspakten i både *ESA mot Island* og i etterfølgende saker. Hvis Norge hadde gitt støtte til Island på alle punkt kunne EFTA-domstolen muligens ha tolket dette som et «grønt lys» for å anvende grunnrettighetspakten som tolkningsfaktor. Det kan i hvert fall tenkes at Norges forbehold har hatt motsatt effekt. I de senere sakene *Schenker I* og *Deveci* (nærmere omtalt under punkt 5.3.2) gis det et inntrykk av at EFTA-domstolen er tilbakeholden med å behandle grunnrettighetspakten uttrykkelig. Det er derfor

¹²⁸ Direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting.

¹²⁹ Se høringsrapporten til sak E-12/10 *ESA mot Island*, avsnitt 92 og 125.

¹³⁰ Se høringsrapporten til sak E-12/10 *ESA mot Island*, avsnitt 163.

mulig at Norges forbehold i *ESA mot Island* hadde en signaleffekt, og påvirket EFTA-domstolens behandling av grunnrettighetspakten i etterfølgende saker.

Island fikk ikke medhold av EFTA-domstolen i saken, og til tross for at betydningen av grunnrettighetspakten ble kommentert av både ESA, Island og Norge under forberedelsene, nevnte ikke EFTA-domstolen grunnrettighetspakten i avgjørelsen. Det kan nok ha vært et bevisst valg i lys av de klart motstridende anførselene fra Island og Norge i saken.

Generelt har EFTA-domstolen anvendt grunnrettighetspakten langt sjeldnere enn den har anvendt EMK. *ESA mot Island* er heller ikke det eneste eksempelet på at grunnrettighetspakten har blitt påberopt av partene, men likevel ikke kommentert av EFTA-domstolen.¹³¹ I det følgende vil det likevel gjøres et forsøk på å analysere hvordan EFTA-domstolen har behandlet grunnrettighetspakten, og å avklare hvilken betydning grunnrettighetspakten har i EØS-retten.

5.2 Rettigheter i pakten med en parallell i EMK

5.2.1 Overordnet

Det er naturlig å skille mellom de bestemmelsene i grunnrettighetspakten som er inspirerte av EMK og de som ikke har en parallell i EMK.¹³² Det er mindre betenkelig å henvise til bestemmelser i grunnrettighetspakten som er inspirerte av EMK, ettersom alle EØS-statene uansett er forpliktet etter konvensjonen.

Noen av rettighetene sammenfaller med EMK i både innhold og virkeområde, mens andre har et videre virkeområde enn EMK.¹³³ Både innholdet og virkeområdet til rettighetene kan imidlertid endre seg gjennom praksis fra både EU-domstolen og EMD. Det kan derfor være vanskelig å avgjøre om bestemmelsene til enhver tid sammenfaller i både innhold og omfang. Når bestemmelsene i grunnrettighetspakten overlapper helt med EMK vil EFTA-statene uansett være forpliktet av en tilsvarende rettighet, og det vil nok være uproblematisk å se til EU-domstolens avgjørelser for å tolke innholdet i rettighetene. Går grunnrettighetspakten

¹³¹ Et annet eksempel finnes i saken E-14/11 *Schenker I*, som omtales under punkt 5.3.2 nedenfor.

¹³² Dette skillet gjøres også i teorien, se for eksempel Wahl, «Uncharted Waters: Reflections on the Legal Significance of the Charter under EEA Law and Judicial Cross-Fertilisation in the Field of Fundamental Rights», 2014, s. 294 flg.

¹³³ Med *innhold* siktes det til det materielle vernet, mens *virkeområdet* sier noe om i hvilke tilfeller rettigheten kommer til anvendelse. Dette skillet er gjort i de offisielle forklaringene til grunnrettighetspakten, se Explanations relating to the Charter of Fundamental rights, Journal C 303, s. 33.

lengre vil det derimot kunne føre til en utvidende tolkning av EØS-avtalen dersom EFTA-domstolen ser til EU-domstolens praksis. Det vil være mer betenkelig sett i lys av statssuverenitetsprinsippet, eller eventuelt hensynet til privates rettigheter.

5.2.2 Bestemmelser i pakten som sammenfaller helt med EMK

Et eksempel på sammenfallende bestemmelser er grunnrettighetspakten artikkel 7 og EMK artikkel 8, som gjelder retten til respekt for privat- og familieliv. EFTA-domstolen har trukket en parallell mellom grunnrettighetspakten artikkel 7 og EMK artikkel 8 i saken *Arnulf Clauder*.¹³⁴ I grunnrettighetspaktens offisielle forklaringer gis det dessuten en veiledende liste om hvilke bestemmelser i pakten som sammenfaller med EMK i både innhold og virkeområde, og det fremgår der at grunnrettighetspakten artikkel 7 og EMK artikkel 8 sammenfaller helt.¹³⁵

Et annet eksempel er grunnrettighetspakten artikkel 48 og EMK artikkel 6 (3) og (3), som gjelder uskyldspresumsjonen og retten til forsvar. Forklaringene til grunnrettighetspakten legger til grunn at disse bestemmelsene sammenfaller i både innhold og virkeområde.¹³⁶

Som et utgangspunkt kan det dermed antas at grunnrettighetspakten artikkel 7 og 48 er blant de bestemmelsene i pakten som er relevante ved tolkning og anvendelse av EØS-avtalen. Verken de offisielle forklaringene eller EFTA-domstolens tolkningsuttalelser er imidlertid bindende, og i prinsippet kan EU-domstolen tolke bestemmelsene i en annen retning enn EMD. Derfor må det alltid vurderes konkret om grunnrettighetspakten er relevant.

5.2.3 Bestemmelser i pakten med et større virkeområde enn EMK

5.2.3.1 Generelt

Når EUs vern av grunnleggende rettigheter går lengre enn EMK er det noe mer betenkelig å følge EU-domstolens tolkning, sett i lys av statssuverenitetsprinsippet og hensynet til privates rettigheter og interesser. Likevel er det nok mest nærliggende for EFTA-domstolen å følge EU-domstolens linje. Det er flere grunner til dette.

For det første taler homogenitetsprinsippet for at EFTA-domstolen bør legge seg på EUs nivå ved vernet av grunnleggende rettigheter. EFTA-domstolen har gitt uttrykk for at private

¹³⁴ E-4/11 *Arnulf Clauder*, avsnitt 49.

¹³⁵ Explanations relating to the Charter of Fundamental rights, Journal C 303, s. 33.

¹³⁶ Explanations relating to the Charter of Fundamental rights, Journal C 303, s. 34.

aktører skal «enjoy, relying upon EEA law, the same rights in both the EU and EFTA pillars of the EEA».¹³⁷ Dersom EFTA-pilaren skulle forbli på et lavere beskyttelsesnivå samsvarende med EMK, mens EU-pilaren anvender et høyere beskyttelsesnivå samsvarende med grunnrettighetspakten, kan det oppstå en skjevhet mellom de to pilarene.

For det andre ser EMD regelmessig til grunnrettighetspakten som en tolkningsfaktor for å avgjøre hvilke krav til beskyttelse det moderne samfunnet til enhver tid stiller.¹³⁸ I teorien omtales dette som en «cross-fertilisation» mellom EMK-systemet og EU-systemet på menneskerettighetenes område.¹³⁹ Dersom EU-domstolen utvikler beskyttelsesnivået lengre enn EMD, er det nærliggende at EMD i en del tilfeller vil kunne følge etter.

For det tredje oppstiller EMK kun et minimumsvern, og det er dermed ingenting i veien for at konvensjonsstatene gir et strengere vern enn det som følger av konvensjonen. Når EU-domstolen tolker rettighetene lengre enn EMD kan altså EFTA-domstolen følge etter uten at dette blir et spørsmål om motstrid med EMK. Går EU-domstolen kortere i tolkningen enn EMD blir det imidlertid langt mer komplisert, siden EFTA-domstolen i så fall må ta stilling til motstridende tolkninger. Denne problemstillingen omtales nærmere i avhandlingens del 6.

For det fjerde er det i praksis ganske enkelt for EFTA-domstolen å finne en rettslig forankring i EØS-retten for å tolke de grunnleggende rettighetene lengre enn EMK. EFTA-domstolen bygger på uskrevne prinsipper i EØS-retten, og det er i utgangspunktet EØS-avtalen – ikke EMK – som blir tolket. Fredriksen skriver at denne bruken av ulovfestede prinsipper er en måte for EFTA-domstolen å kunne «holde tritt med EU-domstolens utvikling av de krav som stilles til institusjonenes og medlemsstatenes håndtering av EU/EØS-retten i ulike sammenhenger».¹⁴⁰ Så lenge EFTA-domstolen tar utgangspunkt i de grunnleggende prinsippene i EØS-retten, vil det antakelig ikke være noe i veien for at EFTA-domstolen tolker rettighetene lengre enn EMD.

¹³⁷ E-14/11 *Schenker I*, avsnitt 118.

¹³⁸ Se for eksempel EMDs dom *Tarakhel mot Sveits*, saksnr. 29217/12, avsnitt 103.

¹³⁹ Se Wahl, «Uncharted Waters: Reflections on the Legal Significance of the Charter under EEA Law and Judicial Cross-Fertilisation in the Field of Fundamental Rights», 2014, s. 295.

¹⁴⁰ Fredriksen, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», 2013, s. 388.

5.2.3.2 Retten til rettfærdig rettergang som et eksempel

Retten til rettfærdig rettergang, som følger av grunnrettighetspakten artikkel 47 (2) og (3) og EMK artikkel 6 (1), er et eksempel på en rettighet som kan se ut til å gå lengre i grunnrettighetspakten enn i EMK.

I *Posten Norge* henviste EFTA-domstolen til både EMK artikkel 6 og grunnrettighetspakten artikkel 47.¹⁴¹ EFTA-domstolen la til grunn at retten til rettfærdig rettergang som er nedfelt i EMK artikkel 6 er et grunnleggende prinsipp i EØS-retten, og at det «may be noted that expression to the principle of effective judicial protection is now also given by Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union [...]».¹⁴² Videre viste EFTA-domstolen til praksis fra EU-domstolen, i tillegg til praksis fra EMD og EFTA-domstolen selv, for å klargjøre hvilke rettssikkerhetsgarantier som gjorde seg gjeldende i saken.

Det at EFTA-domstolen kun *noterte* at retten til rettfærdig rettergang også fremgår av grunnrettighetspakten gir et inntrykk av henvisningen nærmest er en slengbemærkning, og ikke tilførte noe til vernet som allerede følger av EMK artikkel 6. I lys av at grunnrettighetspaktens betydning er et kontroversielt tema i EØS-retten, som illustrert av Island og Norges motsatte tilnærminger i *ESA mot Island*, er det imidlertid vanskelig å se for seg at EFTA-domstolen vil henvise til pakten uten at det er en tanke bak dette. Wahl kommenterer at det kan se ut til at EFTA-domstolen med vilje fremstiller det som at grunnrettighetspakten er uten «any real ‘bite’», men at EFTA-domstolens etterfølgende henvisninger til praksis fra EU-domstolen gir et inntrykk av at grunnrettighetspakten likevel hadde en selvstendig betydning for utfallet i saken.¹⁴³ Det at EFTA-domstolen henviste til grunnrettighetspakten artikkel 47 tyder derfor på at bestemmelsen kan gå lengre enn EMK artikkel 6, og at EFTA-domstolen nok vil følge EU-domstolens videreutvikling av retten til rettfærdig rettergang.

Det at grunnrettighetspakten artikkel 47 kan gå lengre enn EMK artikkel 6 finner også støtte flere andre steder. Det fremgår av de offisielle forklaringene til grunnrettighetspakten at innholdet i bestemmelsene er det samme, men at virkeområdet er større i grunnrettighetspakten enn i EMK fordi paktens artikkel 47 ikke er begrenset til å gjelde når en

¹⁴¹ E-15/10 *Posten Norge*. Avgjørelsen er nærmere omtalt i punkt 4.6 overfor.

¹⁴² E-15/10 *Posten Norge*, avsnitt 86.

¹⁴³ Se Wahl, «Uncharted Waters: Reflections on the Legal Significance of the Charter under EEA Law and Judicial Cross-Fertilisation in the Field of Fundamental Rights», s. 293.

får avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg.¹⁴⁴ Også i teorien tas det til orde for at EFTA-domstolen og EU-domstolen ser ut til å utvikle et høyere nivå av beskyttelse for retten til rettferdig rettergang enn hva EMD gjør.¹⁴⁵

I lys av at private aktører skal nyte samme rettigheter i EFTA- og EU-pilarene innenfor EØS-rettens rammer, er det all grunn til å tro at EFTA-domstolen i de fleste tilfeller vil legge til grunn samme vern av retten til rettferdig rettergang som EU-domstolen, selv om dette skulle gå lengre enn etter EMK artikkel 6.

5.3 Rettigheter i pakten uten en parallell i EMK

5.3.1 Innledning og generelle betraktninger

Innledningsvis er det noen av bestemmelsene i grunnrettighetspakten uten en parallell i EMK som kan ryddes av veien. For det første knytter noen av bestemmelsene seg spesifikt til EUs institusjoner, og mangler dermed åpenbart overføringsverdi til EØS-retten.¹⁴⁶ Et eksempel på dette er retten til å stemme og stille til valg ved Europaparlamentet (artikkel 39). For det andre er nok noen av grunnrettighetspaktens bestemmelser åpenbart relevante i EØS-retten, fordi disse er sentrale i lys av EØS-samarbeidets hovedformål om markedsintegrasjon. Et eksempel er bevegelsesfriheten på tvers av landegrensene i EU (artikkel 45). Bevegelsesfriheten er ifølge EFTA-domstolen en «del av kjernen i EØS-avtalen»,¹⁴⁷ og det vil derfor neppe være kontroversielt å se hen til tolkningen av grunnrettighetspakten artikkel 45.¹⁴⁸

Det finnes imidlertid en rekke andre bestemmelser i grunnrettighetspakten med en stilling som ikke er like innlysende, og som dermed befinner seg i en gråsoner i EØS-retten. Noen eksempler er personvern (artikkel 8), retten til å opprette og drive egen virksomhet (artikkel 16), miljøvern (artikkel 37), forbrukervern (artikkel 38) og dokumentinnsyn (artikkel 42). Temaet i det følgende er hvilken relevans disse gråsonebestemmelsene har i EØS-retten.

EFTA-domstolen har behandlet grunnrettighetspakten i enkelte saker, men har ikke uttalt seg generelt om grunnrettighetspaktens relevans. I *Deveci*, som omtales nærmere nedenfor i punkt

¹⁴⁴ Explanations relating to the Charter of Fundamental rights, Journal C 303, s. 34.

¹⁴⁵ Se Fredriksen, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», 2013, s. 391.

¹⁴⁶ Se Wahl, «Uncharted Waters: Reflections on the Legal Significance of the Charter under EEA Law and Judicial Cross-Fertilisation in the Field of Fundamental Rights», 2014, s. 295.

¹⁴⁷ Se EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i E-28/15 *Jabbi*, avsnitt 68.

¹⁴⁸ Som også lagt til grunn av Wahl, se «Uncharted Waters: Reflections on the Legal Significance of the Charter under EEA Law and Judicial Cross-Fertilisation in the Field of Fundamental Rights», 2014, s. 295.

5.3.2, unnlot dessuten EFTA-domstolen eksplisitt å kommentere betydningen av grunnrettighetspakten.¹⁴⁹ Det kan dermed se ut til at EFTA-domstolen bevisst ikke har svart på dette spørsmålet.

I teorien finnes det ulike prinsipielle syn på betydningen av rettighetene i grunnrettighetspakten som ikke har noen parallell i EMK. Fredriksen skriver at «hensynet til beskyttelse av privates rettigheter og/eller hensynet til EFTA-statenes suverenitet må trumfe homogenitetsmålsettingen i tilfeller hvor det ikke er mulig å tolke EØS-retten i samsvar med EU-retten uten å legge vekt på EU-regler som ikke er gjort til en del av EØS-avtalen [kursiv fjernet]». ¹⁵⁰ Wahl tar derimot det mer liberale standpunktet at det vil være naturlig å se til grunnrettighetspakten og praksis knyttet til denne som en «important source for determining the scope of the fundamental rights protected under EEA law [kursiv fjernet]». ¹⁵¹ Disse synspunktene er uansett kun et utgangspunkt, og det kan ikke sies mye om betydningen av grunnrettighetspakten uten en kontekst.

I det følgende omtales tre ulike situasjoner der grunnrettighetspakten kan få betydning. For det første stilles spørsmålet om grunnrettighetspakten kan tjene som primært rettsgrunnlag. For det andre drøftes betydningen av henvisninger til grunnrettighetspakten i EØS-relevante EU-rettsakter. For det tredje drøftes situasjonen der EU-domstolen kjenner EØS-relevante rettsakter ugyldige på grunnlag av grunnrettighetspakten.

5.3.2 Pakten som primært rettsgrunnlag

Det finnes hittil ingen eksempler på at EFTA-domstolen har anvendt grunnrettighetspakten som primært rettsgrunnlag. Med primært rettsgrunnlag siktes det til den rettskilden som gir vilkårene for den aktuelle rettsvirkningen, og dermed det grunnlaget som domstolen bygger direkte på. ¹⁵² Formelt kan ikke EFTA-domstolen bygge direkte på grunnrettighetspakten, siden denne ikke er en del av EØS-avtalen. ¹⁵³ Det korte svaret på om EFTA-domstolen kan anvende grunnrettighetspakten som primært rettsgrunnlag, er derfor nei.

¹⁴⁹ E-10/14 *Deveci*, avsnitt 64.

¹⁵⁰ Fredriksen, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», 2013, s. 378.

¹⁵¹ Wahl, «Uncharted Waters: Reflections on the Legal Significance of the Charter under EEA Law and Judicial Cross-Fertilisation in the Field of Fundamental Rights», 2014, s. 297.

¹⁵² Se nærmere om denne terminologien i Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave 2004, s. 101.

¹⁵³ Jf. EØS-avtalen artikkel 108, som sier at EFTA-domstolen har kompetanse til å avgjøre tvister og tolkningsspørsmål med hensyn til «anvendelsen av denne avtale».

EFTA-domstolen kan imidlertid oppstille et EØS-rettslig prinsipp som mer eller mindre svarer til den aktuelle bestemmelsen i grunnrettighetspakten, for på den måten å oppnå materiell homogenitet med EU uten å måtte vise en generell aksept for grunnrettighetspakten.

Når en rettighet oppstilles som et ulovfestet prinsipp vil et sentralt spørsmål være om rettigheten har grunnlag i EØS-retten. Mæhre skriver i sin masteravhandling at når «rettskildene som benyttes i EU-retten ikke er tilgjengelig i EØS-retten, så må homogenitetsprinsippet innebære at man søker resultatlikhet på EØS-rettens egne premisser».¹⁵⁴ Skal det kunne oppstilles et ulovfestet prinsipp i EØS-retten som svarer til grunnrettighetspakten må altså den aktuelle rettigheten falle innenfor rammene av EØS-avtalen.

EFTA-domstolen har resonnerert på denne måten i sakene *Schenker I* og *Deveci*. Sakene gjaldt henholdsvis retten til dokumentinnsyn og retten til å opprette og drive egen virksomhet. Begge disse rettighetene er nedfelt i EUs grunnrettighetspakt, og har ingen parallell i EMK.

Bakgrunnen for *Schenker I*¹⁵⁵ var at firmaet DB Schenker begjærte innsyn hos ESA i saksdokumentene knyttet til etterforskningen mot Posten Norge i saken *Posten Norge*.¹⁵⁶ DB Schenker mente de hadde lidt et økonomisk tap som følge av Posten Norges brudd på konkurransereglene, og ønsket innsyn i dokumentene for å bruke disse i et erstatningssøksmål. ESA ga imidlertid bare selskapet delvis innsyn i saksdokumentene, og DB Schenker gikk derfor til søksmål mot ESA jf. ODA artikkel 36. DB Schenker anførte blant annet at retten til dokumentinnsyn som er nedfelt i grunnrettighetspaktens artikkel 42 måtte anses som en grunnleggende rettighet i EØS-retten.¹⁵⁷

EFTA-domstolen uttalte at regler om dokumentinnsyn er «an embodiment of the principles of transparency and good administration common to, and fostered by, the democratic traditions of the EEA/EFTA States».¹⁵⁸ Videre ble det understreket at homogenitetsmålsettingen kun kan oppnås dersom alle borgere og operatører i EU- og EFTA-statene nyter samme vern av

¹⁵⁴ Mæhre, «Grunnleggende rettigheter i EØS-retten», 2017, s. 22.

¹⁵⁵ EFTA-domstolens avgjørelse i saken E-14/11 *Schenker North AB, Schenker Privpak AB og Schenker Privpak AS mot ESA (Schenker I)*.

¹⁵⁶ Sak E-15/10 *Posten Norge*, som ble omtalt under punkt 4.6.

¹⁵⁷ Denne anførselen ble reist i forbindelse med E-8/12 *Schenker II*, se Report for the Hearing til sak 8/12 avsnitt 110-111. Spørsmålet om retten til dokumentinnsyn i ble likevel behandlet av EFTA-domstolen i *Schenker I*.

¹⁵⁸ E-14/11 *Schenker I*, avsnitt 118.

rettigheter.¹⁵⁹ Det er verdt å merke seg at EFTA-domstolen ikke nevnte grunnrettighetspakten i uttalelsen, og kun forankret prinsippet i EFTA-statenes grunnleggende rettstradisjoner. Likevel er det nærliggende å legge til grunn at det ulovfestede EØS-rettslige prinsippet om retten til dokumentinnsyn er mer eller mindre tilsvarende grunnrettighetspakten artikkel 42.

Resultatet ble dermed at EFTA-domstolen sørget for homogenitet mellom EØS-retten og grunnrettighetspakten artikkel 42 uten å benytte grunnrettighetspakten som primært rettsgrunnlag. EFTA-domstolen strakk homogenitetsprinsippet langt, og i teorien omtales fremgangsmåten som «quite bold».¹⁶⁰ EFTA-domstolens fremgangsmåte tydeliggjøres ytterligere i den etterfølgende saken i *Deveci*.

Deveci gjaldt retten til å opprette og drive egen virksomhet – en rettighet som er nedfelt i grunnrettighetspakten artikkel 16, og ikke har noen parallell i EMK.¹⁶¹ Saken var dermed, som Robert Spano har omtalt det, en invitasjon til EFTA-domstolen om å ta stilling til den normative betydningen av EUs grunnrettighetspakt i EØS-retten.¹⁶²

Bakgrunnen for saken var en konflikt om lønnsnivåene til de overførte ansatte etter en overdragelse av virksomheten i Spirit Air Cargo Handling Norway AS til morselskapet SAS. Etter utløpet av de ansattes tariffavtale ville SAS innordne de overførte ansatte i sin egen lønnsordning, og dette ville føre til en nedgang i lønn for de overførte ansatte. Flere av de overførte ansatte, deriblant *Deveci*, tok ut søksmål mot SAS og krevde at lønnsnivået deres måtte opprettholdes. SAS påberopte Virksomhetsoverdragelsesdirektivet artikkel 3 (3), som slår fast at virksomhetsserververen må opprettholde de overførte ansattes arbeidsvilkår «inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper, eller en annen tariffavtale trer i kraft eller får anvendelse».¹⁶³ Det var omstridt om tariffavtalen kunne byttes ut med en ny avtale som innebar en lønnsreduksjon. Saken gikk til Eidsivating lagmannsrett, og lagmannsretten anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse.

¹⁵⁹ E-14/11 *Schenker I*, avsnitt 118.

¹⁶⁰ Se Fredriksen og Franklin, «Of pragmatism and principles: The EEA agreement 20 years on», 2015, s. 648.

¹⁶¹ EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-10/14 *Enes Deveci m.fl. mot Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden*.

¹⁶² Spano, «The EFTA Court and Fundamental Rights», 2017, s. 480.

¹⁶³ Direktiv 2001/23/EF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter.

Et av spørsmålene som kom opp under EFTA-domstolens behandling av saken var om direktivet måtte tolkes i lys av grunnrettighetspakten artikkel 16 om friheten til å opprette og drive egen virksomhet. Dette ville være i tråd med EU-domstolens tolkning av direktivet.

Norge anførte at grunnrettighetspakten ikke kan få automatisk anvendelse fordi dette vil «rokke ved statenes suverenitet og prinsippet om samtykke som grunnlag for internasjonale rettslige forpliktelser».¹⁶⁴ Norge opprettholdt altså sitt prinsipielle standpunkt fra saken *ESA mot Island*. Videre anførte Norge at artikkel 16 i pakten ikke «gjenspeiles [...] i andre internasjonale rettsakter som EØS-statene er bundet av», og følgelig ikke «uten videre [kan] likestilles med grunnleggende rettigheter som er felles for EØS-statene».¹⁶⁵ Norges standpunkt var altså at det ikke var grunnlag for å oppstille et ulovfestet prinsipp tilsvarende grunnrettighetspakten artikkel 16 innenfor rammene av EØS-avtalen.

EFTA-domstolen uttalte at den ikke ville ta stilling til betydningen av grunnrettighetspakten artikkel 16, selv om grunnrettighetspakten hadde blitt problematisert under forhandlingene.¹⁶⁶ I teorien har dette blitt omtalt som en noe forsiktig løsning av EFTA-domstolen.¹⁶⁷

Domstolen uttalte likevel at friheten til å opprette og drive egen virksomhet står «i kjernen av EØS-avtalen».¹⁶⁸ I lys av retten til å opprette og drive egen virksomhet måtte nasjonale regler som forlenget arbeidstakernes tariffavtaler ha begrenset varighet, slik at den ervervende virksomhet ikke ble bundet på ubestemt tid.¹⁶⁹ EFTA-domstolen la dermed til grunn at det finnes en grunnleggende rett til å opprette og drive egen virksomhet i EØS-retten, tilsynelatende med samme innhold som grunnrettighetspakten artikkel 16.

Domstolens knappe begrunnelse om at rettigheten er i EØS-rettens kjerne skaper et inntrykk av at det er ukontroversielt at denne rettigheten eksisterer innenfor rammene av EØS-avtalen. Norges anførsler viser imidlertid at dette var langt fra ukontroversielt. Mangelen på en nærmere begrunnelse for eksistensen av dette prinsippet i EØS-retten gjør at EFTA-

¹⁶⁴ E-10/14 *Deveci*, avsnitt 44.

¹⁶⁵ E-10/14 *Deveci*, avsnitt 44.

¹⁶⁶ I E-10/14 *Deveci* avsnitt 64 skrev EFTA-domstolen at den «ser ingen grunn til å gå inn på spørsmålet om anvendelse av pakten artikkel 16».

¹⁶⁷ Robert Spano skriver at «the EFTA Court in *Enes Deveci*, perhaps prudently, found a way to evade addressing the issue of the normative impact of the EU Charter for EEA fundamental rights». Se «The EFTA Court and Fundamental Rights», 2017, s. 481.

¹⁶⁸ E-10/14 *Deveci*, avsnitt 64.

¹⁶⁹ E-10/14 *Deveci*, avsnitt 63.

domstolens tolkning i *Deveci* fremstår som en dårlig skjult anvendelse av grunnrettighetspakten artikkel 16. I lys av Norges tydelige signaler om at staten ikke er villig til å strekke homogenitetsprinsippet så langt, er det etter mitt syn betenkelig at EFTA-domstolen likevel oppstiller et slikt prinsipp uten en bedre begrunnelse.

De norske domstolene tok aldri stilling til betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Deveci*, fordi partene inngikk et forlik før lagmannsretten fikk behandlet saken videre.¹⁷⁰ EFTA-domstolens uttalelse om at retten til å opprette og drive egen virksomhet gjelder som en ulovfestet grunnleggende rettighet i «kjernen» av EØS-retten har dermed verken blitt fulgt opp eller tatt avstand fra. Dette gjør muligens at det vil være vanskelig å påberope denne uttalelsen i andre saker der retten til å opprette og drive egen virksomhet i en EØS-rettslig sammenheng blir satt på spissen.

Likevel gir EFTA-domstolens uttalelse en indikasjon på hvordan domstolen selv tilnærmer seg spørsmålet, både om denne konkrete rettigheten og muligens også om andre rettigheter i grunnrettighetspakten uten en parallell i EMK. Uttalelsen i *Deveci* gjør det tydelig at EFTA-domstolen er bevisst på kontroversen som knytter seg til anvendelsen av grunnrettighetspakten, og gir dessuten et inntrykk av at domstolen helst ikke vil ta endelig stilling til dette spørsmålet. Likevel ser EFTA-domstolen ut til å være åpen for å kunne tolke noen av grunnrettighetspaktens bestemmelser inn som en del av de ulovfestede prinsippene i EØS-avtalen.

Det blir nok å strekke det for langt å si at EFTA-domstolen reelt sett har benyttet grunnrettighetspakten som det reelle primære rettsgrunnlaget i *Schenker I* og *Deveci*. De materielle rettighetene i grunnrettighetspakten har likevel blitt speilet i EØS-retten uten at dette har hatt noe grunnlag i EMK eller andre konkrete kilder. EFTA-domstolen ser derfor ut til å ha blitt tydelig inspirert av grunnrettighetspakten.

5.3.3 Når rettsaktene henviser til pakten

EUs direktiver og forordninger henviser ofte til grunnrettighetspakten i enten fortalen eller lovteksten. Etersom grunnrettighetspakten ikke kommer til anvendelse i EØS-retten er disse henvisningene i utgangspunktet ikke overførbare. Dersom EFTA-domstolen kategorisk hadde sett bort fra henvisninger til grunnrettighetspakten ville det imidlertid enkelt kunne føre til

¹⁷⁰ Se Eidsivating lagmannsretts kjennelse avsagt 16.11.2015 (vedlegg 2).

ulike tolkninger av innholdet i rettsaktene, noe som vil være problematisk i lys av homogenitetsprinsippet. Henvisninger til grunnrettighetspakten kan derfor likevel tenkes å ha en overføringsverdi.

Når det er henvist til grunnrettighetspakten i fortalen til en EU-rettsakt, må henvisningen tolkes i lys av EØS-avtalens protokoll 1 artikkel 1.¹⁷¹ Det fremgår der at «[i]nnledningen til de omhandlede rettsakter er ikke tilpasset for denne avtales formål», og derfor er fortalene kun relevante «i den utstrekning de er nødvendige for en riktig fortolkning og anvendelse av rettsaktenes bestemmelser innenfor avtalens ramme». Det må altså ses hen til fortalen for å tolke innholdet i lovgivningen så lenge fortalen ikke strekker lovens innhold ut over EØS-rettens rammer. En henvisning til grunnrettighetspakten *kan* derfor være relevant.¹⁷²

Dersom det er vist til grunnrettighetspakten i selve lovteksten, kan EØS-komiteen luke ut henvisningen før direktivet eller forordningen blir en del av EØS-retten. Dette åpner for at EFTA-domstolen kan komme til et annet resultat enn EU-domstolen dersom grunnrettighetspaktens betydning settes på spissen. Likevel er det nok ikke vanskelig for EFTA-domstolen å finne en begrunnelse for å tolke direktivet eller forordningen likt som EU-domstolen.

Et eksempel på dette finnes i saken *Adpublisher*, som ble omtalt i punkt 4.5 overfor.¹⁷³ Saken gjaldt tolkningen av GDPR, og det følger av GDPR artikkel 58 (4) at datatilsynenes myndighet skal utføres med «appropriate safeguards, including effective judicial remedy and due process, set out in Union and Member State law in accordance with the Charter». Ifølge EØS-komiteens beslutning om å innlemme GDPR i EØS-avtalen, skal imidlertid ikke ordene «in accordance with the Charter» gjelde overfor EFTA-statene.¹⁷⁴ Til dette skrev EFTA-domstolen at grunnleggende rettigheter uansett utgjør en del av EØS-rettens grunnprinsipper, og retten til en rettfærdig rettergang, som også fremgår av EMK artikkel 6, gjorde seg derfor uansett gjeldende.¹⁷⁵

¹⁷¹ EØS-avtalen – Protokoll 1 om gjennomgående tilpasning.

¹⁷² Av Fredriksen forklares dette som at protokoll 1 artikkel 1 gir «klar støtte for den oppfatning at når de aktuelle reglene skal tolkes og anvendes så har grunnrettighetspakten *samme betydning* som tolkningsfaktor i EØS som i EU». Se «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», 2013, s. 380.

¹⁷³ EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i forente saker E-11/19 og 12/19 *Adpublisher AG mot J og K*.

¹⁷⁴ Se EØS-komiteens beslutning nr. 154/2018 av 6. juli 2018, artikkel 1 (i).

¹⁷⁵ Forente saker E-11/19 og 12/19 *Adpublisher*, avsnitt 50.

Det vil kanskje ikke være like enkelt å komme unna problemstillingen når det er snakk om en rettighet som ikke er inspirert av EMK. Sakene *Schenker I* og *Deveci* omtalt overfor viser imidlertid at flere av rettighetene i grunnrettighetspakten uten en parallell i EMK kan innfortolkes som grunnleggende rettigheter i EØS-retten uten at dette forankres direkte i grunnrettighetspakten. Det kan derfor antas at EFTA-domstolen som utgangspunkt vil tolke EU-lovgivning med henvisning til grunnrettighetspakten homogent med EU-domstolen, så lenge rettigheten kan forankres selvstendig i EØS-retten.

5.3.4 Når rettsakter kjennes ugyldige på grunnlag av pakten

Et litt mer utfordrende spørsmål er hva som kan skje dersom EU-domstolen kjenner en EØS-relevant rettsakt ugyldig på grunnlag av en bestemmelse i grunnrettighetspakten som ikke har noen parallell i EMK. Ugyldighetsgrunnen vil i så fall ikke omfattes av EØS-avtalen, og det vil ikke være noen automatikk i at direktivet eller forordningen blir ugyldig i EØS-retten. I lys av homogenitetsprinsippet kan det likevel neppe være slik at en rettsakt som er ugyldig i EU-retten ikke også blir ugyldig i EØS-retten.

Noen sak om gyldigheten av en rettsakt som har blitt kjent ugyldig av EU-domstolen har foreløpig ikke kommet opp for EFTA-domstolen. Problemstillingen har imidlertid nylig dukket opp i kjølvannet av EU-domstolens avgjørelse i saken *WM og Sovim*.¹⁷⁶ Saken gjaldt EUs femte hvitvaskingsdirektiv,¹⁷⁷ som har blitt besluttet inkorporert i EØS-avtalen.¹⁷⁸ Direktivet innebærer flere endringer i EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv,¹⁷⁹ blant annet i reglene om innsyn i offentlige eierskapsregistre.

Etter den tidligere regelen måtte de som ønsket innsyn i eierskapsregisteret kunne godtgjøre en legitim interesse for dette. Det femte hvitvaskingsdirektivet artikkel 1 (15) medførte at eierskapsregistrene skulle være tilgjengelige for alle, uten betingelser. Endringen ble imidlertid kjent ugyldig av EU-domstolen fordi direktivet var i strid med grunnrettighetspakten artikkel 7 (retten til privatliv) og artikkel 8 (retten til personvern). EU-domstolen vurderte at direktivets artikkel 1 (15) hadde et legitimt formål ved å sikre større

¹⁷⁶ Forente saker C-37/20 og C-601/20 *WM og Sovim SA mot Luxembourg Business Registers*.

¹⁷⁷ Direktiv 2018/843 om endring av direktiv (EU) 2015/849 om tiltak for å hindre at finanssystemet brukes til hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme mv.

¹⁷⁸ Se EØS-komiteens beslutning nr. 63/2020 av 30. april 2020.

¹⁷⁹ Direktiv 2015/849 om tiltak for å hindre at finanssystemet brukes til hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme mv.

åpenhet for blant annet å forebygge hvitvasking,¹⁸⁰ men at bestemmelsen gikk lengre enn nødvendig for å sikre åpenhet, og dermed var uforholdsmessig.¹⁸¹

Ettersom EU-domstolens avgjørelse bygger på grunnrettighetspakten er det ingen automatikk i at direktivets artikkel 1 (15) også vil være ugyldig overfor EFTA-statene. Finansminister Vedum har uttalt at det for den norske regjeringen er «et klart mål at registeret skal etableres med mest mulig åpenhet», og at «[i] lys av den nye dommen i EU må vi nå se på hvordan vi kan etablere registeret i tråd med hensikten».¹⁸² Uttalelsene fra finansministeren gir et inntrykk av at dommen oppleves som bindende, i hvert fall til en viss grad. Samtidig gis det et inntrykk av at åpenhet er et ønsket mål for regjeringen, og at regjeringen ikke vil gå lengre enn nødvendig i å begrense innsynet i eierskapsregisteret. Hva som vil være nødvendig, beror nok like mye på politiske som på rettslige vurderinger.

Rettslig sett kan kanskje ugyldigheten i EU være en «bristende forutsetning» for innlemmelsen i EØS-avtalen.¹⁸³ EØS-samarbeidet innebærer at EU vedtar alle rettsakter, og at disse inntas som de er – eventuelt med noen forbehold – i EØS-avtalen. Det strider mot dette forholdets natur at en EU-rettsakt eller deler av denne lever videre i EØS-avtalen etter at den har blitt kjent ugyldig av EU-domstolen.

Samtidig er det ikke helt enkelt å begrunne at en rettsakt er ugyldig når ugyldighetsgrunnen faller utenfor EØS-avtalens rammer. Som Fredriksen påpeker, er det i hvert fall ikke noe «særlig solid rettskildemessig grunnlag» for å kjenne rettsakten ugyldig dersom dette ville være «til ulempe for private som har innrettet seg i tillit til den aktuelle regelen».¹⁸⁴ Det kan derfor i prinsippet tenkes at EFTA-domstolen eller en EFTA-stat kan utfordre overføringsverdien av en ugyldighetsdom fra EU-domstolen dersom denne bygger på en bestemmelse som ikke utgjør en del av EØS-retten.

I EØS-retten må det kanskje skilles mellom to elementer i dommen *WM og Sovim*. For det første har EU-domstolen kjent det femte hvitvaskingsdirektivets artikkel 1 (15) ugyldig. Det ville være oppsiktsvekkende dersom EFTA-pilaren opprettholder et direktiv som ikke gjelder

¹⁸⁰ C-37/20 og C-601/20 *WM og Sovim*, avsnitt 58-59.

¹⁸¹ C-37/20 og C-601/20 *WM og Sovim*, avsnitt 76.

¹⁸² Finansdepartementets pressemelding 20.12.2022 «EU-domstolens avgjørelse om register over reelle rettighetshavere».

¹⁸³ Som også påpekt av Fredriksen i «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», 2013, s. 387.

¹⁸⁴ Fredriksen, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», 2013, s. 387.

i EU. Ugyldigheten av bestemmelsen i direktivet er derfor neppe noe som kommer til å utfordres. For det andre uttaler EU-domstolen seg om betydningen av privatliv- og personvern hensyn for hvor langt EU-statene kan gå i å tilrettelegge for innsyn i offentlige eierskapsregistre. Vernet av privatlivets fred etter grunnrettighetspakten artikkel 7 svarer til EMK artikkel 8 og gjelder uansett overfor EFTA-statene. Personvernbestemmelsen i grunnrettighetspakten artikkel 8 har derimot ingen klar EMK-parallell, og dermed i utgangspunktet ingen grunnlag i EØS-retten.

Innsynet i eierskapsregisteret ville nok også ha blitt ansett som et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8. EMK artikkel 8 verner ikke bare om privatlivet i snever forstand, men gir også et vern av personopplysninger.¹⁸⁵ EU-domstolens avgjørelse i *WM og Sovim* viser imidlertid at EU-domstolen strekker personvernshensynet forholdsvis langt. I lys av statenes skjønnsmargin i EMK-retten er det grunn til å tro at EMD ikke ville ha slått ned på inngrepet så lenge det var tilstrekkelig begrunnet i åpenhetshensynet. Etter mitt syn kan derfor EFTA-statene argumentere for at EU-domstolens avveining mellom åpenhet og personvern ikke er bindende for dem.

Dersom spørsmålet går til EFTA-domstolen, er det ikke gitt at EFTA-domstolen vil foreta den samme avveiningen mellom åpenhet og personvern som EU-domstolen har gjort. Om EFTA-domstolen følger samme mønster som i *Schenker I* og *Deveci*, er det nærliggende at domstolen anser retten til personvern som en ulovfestet grunnleggende rettighet i EØS-retten. I lys av Norges gjentatte standpunkt om at grunnrettighetspakten ikke har direkte relevans i EØS-avtalen, er det imidlertid grunn til å tro at det ikke vil være ukontroversielt.

5.4 Oppsummering

På bakgrunn av EFTA-domstolens praksis omtalt overfor, og særlig i lys av *Deveci*, kan det se ut til at EFTA-domstolen helst vil unngå å ta stilling til betydningen av grunnrettighetspakten på prinsipielt grunnlag. Som drøftelsen her har vist finnes det heller ikke et enkelt svar. EFTA-statene ser dessuten ut til å være uenige seg imellom om adgangen til å anvende grunnrettighetspakten som en rettskilde ved tolkning og anvendelse av EØS-avtalen.

¹⁸⁵ EMD tolker generelt begrepet «privatliv» bredt, og har også lagt til grunn at behandling av personopplysninger vil anses som et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8. Se for eksempel EMDs dom *Rotaru mot Romania*, saksnr. 28341/95, avsnitt 43.

Likevel har EFTA-domstolen gått langt i å oppstille tilsvarende rettigheter som i grunnrettighetspakten på ulovfestet grunnlag. For de bestemmelsene som har en parallell i EMK er dette mer eller mindre uproblematisk. For bestemmelsene uten en EMK-parallell er det imidlertid ganske betenkelig i lys av statssuverenitetsprinsippet og hensynet til privates rettigheter.

6 Trekantforholdet mellom EMK-, EU- og EØS-retten

6.1 Overordnet om motstrid mellom EMK- og EU-retten

Rettighetene i EMK utgjør generelle prinsipper i EU-retten, og skal derfor i utgangspunktet tolkes likt av EU-domstolen og EMD. Likevel er nok motstridende tolkninger i praksis uunngåelig. EU og Europarådet er to uavhengige systemer som ikke er bundet av hverandres avgjørelser.¹⁸⁶ Mens EMK er et rent menneskerettighetsdokument ble EU-systemet opprettet for å regulere det indre marked, og menneskerettighetene er kun en av mange deler av EU-retten. EU-domstolen ser ut til å vektlegge hensynet til den indre markedsreguleringen og de fire friheter tyngre i møte med menneskerettighetene enn EMD ville ha gjort.

Den potensielle motstriden mellom menneskerettighetene og de fire friheter kan illustreres gjennom EU-domstolens avgjørelser i sakene *Laval*¹⁸⁷ og *Viking Line*.¹⁸⁸ EU-domstolen tok i disse sakene stilling til rangforholdet mellom de grunnleggende foreningsrettighetene, som følger av EMK artikkel 11, og de fire friheter.¹⁸⁹ EU-domstolen la til grunn i begge dommene at retten til kollektive forhandlinger, som tar sikte på beskyttelse av arbeidstakere, i prinsippet kan rettferdiggjøre restriksjoner på de fundamentale frihetene i EU-retten.¹⁹⁰ Videre uttalte EU-domstolen at EU-retten ikke bare skal opprette et indre marked, men også ha en sosial politikk, og at de økonomiske frihetene derfor må bli «balanced against the objectives pursued by social policy».¹⁹¹ Lest isolert kan disse uttalelsene tolkes slik at de økonomiske friheter og

¹⁸⁶ Dersom EU gjennomfører forpliktelsen om å bli part til EMK vil nok denne dynamikken endre seg vesentlig. Det er imidlertid lite som tyder på at det vil skje med det første.

¹⁸⁷ EU-domstolens dom i sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, og Svenska Elektrikerförbundet*.

¹⁸⁸ EU-domstolens dom i sak C-438/05 *International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti*.

¹⁸⁹ De «fire friheter» er betegnelsen for reglene om fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital, som utgjør en grunnleggende del av den indre markedsreguleringen i EU- og EØS-retten. Den frie bevegelse av personer omfatter også etableringsfriheten til juridiske personer. Se nærmere i Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave 2022, s. 93-94.

¹⁹⁰ Se C-341/05 *Laval* avsnitt 103 og C-438/05 *Viking Line* avsnitt 77.

¹⁹¹ C-341/05 *Laval* avsnitt 104-105 og C-438/05 *Viking Line* avsnitt 78-79.

de sosiale menneskerettighetene står på lik fot. Dette er nok i seg selv kontroversielt fra et EMK-perspektiv, der EMK vil være utgangspunktet og andre normer vil måtte vurderes i lys av EMK-rettighetene.¹⁹²

EU-domstolen gikk likevel lengre. I både *Laval* og *Viking Line* tok domstolen utgangspunkt i at boikotten utgjorde en restriksjon på de økonomiske frihetene, og spørsmålet var om restriksjonen var rettferdiggjort. I en sentral uttalelse i *Viking Line* la EU-domstolen til grunn at det *ikke* er «inherent in the very exercise of trade union rights and the right to take collective action that those fundamental freedoms will be prejudiced to a certain degree».¹⁹³ Streike- og boikottretten kunne altså ikke i seg selv rettferdiggjøre en restriksjon på de fire friheter. Denne fremgangsmåten antyder at de fundamentale frihetene i EU-retten prinsipielt sett har forrang foran foreningsrettighetene etter EMK artikkel 11.¹⁹⁴ Denne rangeringen kan vanskelig samsvare med ideen om at konvensjonen skal gi en minimumsbeskyttelse for visse grunnleggende rettigheter, og at EMK-rettighetene utgjør grunnleggende prinsipper i EU-retten.¹⁹⁵ *Laval* og *Viking Line* illustrerer dermed at EUs markedsrettede politikk fører til at EU kan havne på kant med EMK.

Når det oppstår motstrid mellom EU-retten og EMK er det langt fra åpenbart hvilken «side» EFTA-domstolen kan og vil ta. EFTA-domstolen er ikke formelt bundet av verken EU-domstolens eller EMDs praksis, men er likevel utsatt for et betydelig press fra begge sider.

I likhet med EU-statene er alle EFTA-statene pliktsubjekter etter EMK, og dette medfører at EFTA-domstolen indirekte blir bundet av konvensjonen. Som omtalt i avhandlingens del 4, utgjør derfor rettighetene i EMK grunnleggende prinsipper i EØS-retten. Formelt sett kan det derfor være riktig av EFTA-domstolen å følge EMDs praksis, selv når dette vil innebære å fravike EU-domstolens praksis.

På den andre siden tilsier homogenitetsprinsippet at EFTA-statene bør legge seg på samme nivå som EU ved vern av grunnleggende rettigheter. Videre kan EØS-retten av flere grunner anses nærmere knyttet til EU-systemet enn EMK-systemet. Den materielle EØS-retten dannes

¹⁹² EMDs kritikk i *Holship* illustrerer dette, se nærmere under punkt 6.3.3.3 nedenfor.

¹⁹³ C-438/05 *Viking Line*, avsnitt 52.

¹⁹⁴ Graver skriver at den reelle effekten av avgjørelsene i *Laval* og *Viking Line* var «to subordinate labour rights under the economic freedoms of the EU treaty». Se «The *Holship* ruling of the ECHR and the protection of fundamental rights in Europe», 2022, s. 4.

¹⁹⁵ Som også EMDs avgjørelse i *Holship*-saken tydeliggjør. Se punkt 6.3.3.3 nedenfor.

av EU-rettsakter og har i likhet med EU-retten et overordnet formål om markedsintegrering. I tillegg følger EFTA-domstolen i stor grad EU-domstolens praksis og tolkningsprinsipper. Derfor er det mer sannsynlig, og kanskje mer naturlig, at EFTA-domstolen legger seg på samme linje som EU. EFTA-domstolen gjorde i hvert fall det i Holship-saken, som gjaldt samme prinsipielle problemstilling som i *Laval og Viking Line* – der den hittil tydeligste motstriden mellom EU og EMK har oppstått. Holship-saken analyseres nærmere nedenfor, se punkt 6.3.3.3.

Et tredje alternativ er at EFTA-domstolen inntar en mellomposisjon. Fredriksen og Johansen tar til orde for at det er det mest sannsynlige scenarioet, og begrunner dette i et «qualified guess».¹⁹⁶ Når det først oppstår motstrid mellom EU-retten og EMK er det imidlertid vanskelig å se for seg at EFTA-domstolen kan innta en mellomposisjon som tilfredsstillter begge krav. Det vil i hvert fall ikke være mulig i alle saker. Som Holship-saken tydeliggjør, vil det oppstå situasjoner der EFTA-domstolen implisitt må «velge» en side.

I punkt 6.2 vil det redegjøres for hvordan en uenighet mellom EFTA-domstolen og EU-domstolen om tolkningen av grunnleggende rettigheter kan løses. Hovedtyngden i dette kapitlet ligger imidlertid i punkt 6.3, som knytter seg til hvordan EMD forholder seg til at EFTA-domstolen tolker EØS-avtalen i strid med EMK.

6.2 EU-domstolens overprøving av EFTA-domstolen

Twister mellom EU- og EFTA-pilarene om tolkningen eller anvendelsen av EØS-retten løses etter EØS-avtalen artikkel 111. Det er EØS-komiteen, som er et politisk organ, som har kompetanse til å avgjøre tvisten, jf. artikkel 111 (2). Det finnes altså ingen felles EØS-domstol, og heller ingen rettslig prosedyre for å avgjøre tolkningen av EØS-avtalen der det foreligger motstridende rettspraksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen.

EØS-komiteen *kan* henvise en sak om uenighet om tolkningen eller anvendelsen av EØS-avtalen til EU-domstolen, jf. EØS-avtalen artikkel 111 (3). Henvising til EU-domstolen krever imidlertid samtykke fra alle EFTA-statene, og henvisningsmuligheten har – kanskje av den grunn – aldri blitt brukt.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Fredriksen og Johansen, «The EEA Agreement as a Jack-in-the-box in the relationship between the CJEU and the European Court of Human Rights?» 2020, s. 721. Artikkelen ble skrevet før EMDs avgjørelse i Holship-saken, men etter at EFTA-domstolen og Høyesterett hadde gitt sine bidrag til saken.

¹⁹⁷ Se Tobler, «Dispute Resolution Under the EEA Agreement», 2016, s. 199.

Gjennom å tolke og anvende EU-retten kan likevel EU-domstolen sende signaler til både EFTA-domstolen og EFTA-statene. Det skrives i teorien at EU-domstolen ofte vil kunne få rollen som «stedfortredende tvisteløser» når det oppstår uenighet mellom EFTA- og EU-pilaren om tolkningen av EØS-retten.¹⁹⁸ EFTA-pilarens lojalitet til EU-pilaren vil altså som regel føre til at EFTA-domstolen føyer seg etter EU-domstolens tolkning.

6.3 EMDs overprøving av EFTA-domstolen

6.3.1 Generelt

EFTA-domstolens avgjørelser overprøves i utgangspunktet ikke av EMD, men EMD kan likevel føre en indirekte kontroll over EFTA-domstolen på flere måter.

For det første kan EMD påvirke innholdet i EØS-retten gjennom sine avgjørelser, siden EFTA-domstolen har lang tradisjon for å tolke innholdet i EØS-retten i lys av EMK. Det er dermed vanskelig for EFTA-domstolen å legge til grunn en forståelse av EØS-retten som er i strid med EMDs praksis.

For det andre kan EMD overprøve den nasjonale gjennomføringen av EØS-retten, ettersom alle EØS-statene er konvensjonsstater. Private parter som mener at en EU- eller EFTA-stat nasjonalt har krenket deres rettigheter ved gjennomføringen av EU- eller EØS-retten, kan klage staten inn for EMD. Det er imidlertid et åpent spørsmål om, og eventuelt når, EMD vil overprøve EFTA-statenes tolkning og anvendelse av EØS-avtalen. EU-statenes gjennomføring av EU-retten blir som hovedregel unntatt fra EMDs overprøving, med mindre det er tydelige tegn til at EMK-rettighetene har blitt krenket i en konkret sak. Begrunnelsen er at EMD presumerer at EU-retten gir et tilsvarende vern av menneskerettighetene som EMK. Denne presumsjonsregelen omtales som «Bosphorus-doktrinen». Om Bosphorus-doktrinen også gjelder overfor EFTA-statene, er imidlertid noe EMD ikke har tatt endelig stilling til.

Spørsmålet om Bosphorus-doktrinens betydning i EØS-retten kan ha stor betydning for både EFTA-statene, EFTA-domstolen og EU. For EFTA-statene handler det om hvorvidt de ved å etterleve sine forpliktelser etter EØS-avtalen risikerer å bli holdt ansvarlige for om EØS-retten samsvarer med EMK. For EFTA-domstolen og EU-domstolen handler det om å kunne bli utsatt for en indirekte kontroll av EMD. Har den nasjonale domstolen i en EFTA-stat

¹⁹⁸ Se Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave 2022, s. 319.

innhentet og opprettholdt en rådgitende uttalelse fra EFTA-domstolen, vil EFTA-domstolens standpunkt også bli en del av den nasjonale avgjørelsen som EMD overprøver. Dersom den EØS-rettslige regelen er i tråd med EU-domstolens praksis vil også EU-domstolens standpunkt overprøves. Slik kan EMD føre en indirekte kontroll over både EFTA-domstolens og EU-domstolens praksis.¹⁹⁹

I det følgende vil det først gis en nærmere redegjørelse for Bosphorus-doktrinen, se punkt 6.3.2, og deretter vurderes om Bosphorus-doktrinen kan gjøres gjeldende i EØS-retten, se punkt 6.3.3.

6.3.2 Nærmere om Bosphorus-doktrinen

Bakgrunnen for *Bosphorus* var at irske myndigheter tok beslag i et jugoslavisk fly som befant seg i Irland for vedlikehold.²⁰⁰ Flyet var utleid til det tyrkiske selskapet Bosphorus Airways. Bosphorus Airways mente at beslaget krenket deres eiendomsrett etter EMKs tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (EMK P1-1), og klaget derfor Irland inn for EMD.

Irske myndigheter var imidlertid forpliktet til å ta beslag i flyet etter forordning 990/93/EØF som innførte sanksjoner mot daværende stat Jugoslavia.²⁰¹ Irland anførte at de som stat ikke hadde noe handlingsrom ved gjennomføringen av forordningen, og derfor ikke kunne holdes ansvarlig for om beslaget innebar en krenkelse av EMK. EMD svarte til dette at EU-rettslige forpliktelser ikke kan frita en konvensjonsstat fra ansvaret etter EMK,²⁰² men at overholdelse av EU-retten likevel er en allmenn interesse av «considerable weight» som kan begrunne unntak i samsvar med EMK P1-1 (2).²⁰³

Videre formulerte EMD en generell presumsjonsregel. Handlinger av en konvensjonsstat som er *pålagt* av statens medlemskap i en «international organisation to which it has transferred part of its sovereignty»,²⁰⁴ vil anses rettferdiggjort dersom denne organisasjonen «protect[s] fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms

¹⁹⁹ Fredriksen og Johansen skriver at EMDs kontroll av implementeringen av EØS-retten i EFTA-statene «will come very close to full (albeit indirect) review of CJEU case-law». Se «The EEA Agreement as a Jack-in-the-box in the relationship between the CJEU and the European Court of Human Rights?», 2020, s. 743.

²⁰⁰ EMDs avgjørelse i *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi mot Irland*, saksnr. 45036/98.

²⁰¹ Forordning 990/93 om handel mellom Det Europeiske Økonomiske Fellesskap og Den Føderale Republikken Jugoslavia (Serbia og Montenegro).

²⁰² EMDs avgjørelse i *Bosphorus* avsnitt 154.

²⁰³ EMDs avgjørelse i *Bosphorus* avsnitt 150.

²⁰⁴ EMDs avgjørelse i *Bosphorus* avsnitt 154.

controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides».²⁰⁵ Presumsjonsregelen kommer altså til anvendelse når det er snakk om forpliktelser en stat har etter en suverenitetsavståelse til en internasjonal organisasjon, forutsatt at organisasjonen gir både et materielt og et prosessuelt vern av menneskerettighetene som er minst like sterkt som i EMK-retten.

Presumsjonsregelen er ikke absolutt. Dersom etterlevelsen av EMK ser ut til å ha vært «manifestly deficient» i den konkrete saken, vil EMD likevel overprøve gjennomføringen av de internasjonale forpliktelsene.²⁰⁶ Bosphorus-doktrinen inneholder altså en sikkerhetsventil som gjør at EMD kan overprøve etterlevelsen av EMK dersom det er klare holdepunkter for at rettighetene har blitt krenket.

EMD gikk videre til å anvende presumsjonsregelen på saksforholdet i *Bosphorus*. EMD la til grunn at menneskerettighetsvernet i EU var «equivalent» til EMK.²⁰⁷ *Bosphorus* er dermed et prejudikat for at EMD som hovedregel ikke overprøver EU-statene når de gjennomfører forpliktelser etter EU-retten som ikke gir statene noe nasjonalt handlingsrom. I teorien omtales presumsjonen som en «erkjennelse av at rangforholdet mellom EMK- og EU-retten er et så vanskelig spørsmål at pragmatisme er eneste utvei».²⁰⁸ Bosphorus-doktrinen gjør det mye enklere for Europarådets medlemsstater å delta i internasjonale samarbeid som EU, og det er tydelig at EMD ønsker å legge til rette for slikt samarbeid.²⁰⁹ Samtidig er det betenkelig at EU-statene ikke overprøves av EMD, når heller ikke EU-organene (eller EFTA-organene) selv kan holdes ansvarlig etter EMK. EMDs tilbakeholdenhet med å overprøve EU-retten legger nok til rette for at det enklere kan oppstå tilfeller av motstridende tolkning av menneskerettighetene i EU- og EMK-retten.

6.3.3 Bosphorus-doktrinens overføringsverdi til EØS-retten

6.3.3.1 Innledning

EMD har uttalt seg om Bosphorus-doktrinens overføringsverdi til EØS-retten to ganger: i *Konkurrenten.no* og *Holship*. I begge avgjørelsene løftet EMD frem særtrekk ved EØS-avtalen som gjør at det i prinsippet ikke er grunnlag for å anvende Bosphorus-doktrinen

²⁰⁵ EMDs avgjørelse i *Bosphorus* avsnitt 155.

²⁰⁶ EMDs avgjørelse i *Bosphorus* avsnitt 156.

²⁰⁷ EMDs avgjørelse i *Bosphorus* avsnitt 165.

²⁰⁸ Bekkedal, «EMDs avgjørelse i *Holship* – kampen om det rettslige hegemoniet i Europa», 2021, s. 392.

²⁰⁹ Hensynet til internasjonalt samarbeid vektlegges eksplisitt av EMD, se *Bosphorus* avsnitt 150.

overfor EFTA-statene. Likevel har domstolen holdt døren åpen for at Bosphorus-doktrinen kan komme til anvendelse.

6.3.3.2 EMD i *Konkurrenten.no*

Bakgrunnen for *Konkurrenten.no* var at ESA hadde etterforsket og frikjent bussoperatøren Sporveien Oslo AS for å ha mottatt ulovlig statsstøtte, og det konkurrerende busselskapet Konkurrenten.no reiste deretter sak for EFTA-domstolen over gyldigheten av ESAs vedtak.²¹⁰ EFTA-domstolen avviste søksmålet på grunnlag av at Konkurrenten.no ikke hadde tilstrekkelig rettslig interesse i saken. Konkurrenten.no mente avvisningen krenket deres rett til «access to a court», jf. EMK artikkel 6, særlig fordi det ikke fantes noen måte etter verken nasjonal norsk rett eller EØS-retten å overprøve EFTA-domstolens avvisningskjennelse på. Konkurrenten.no klaget derfor Norge inn for EMD.

I avsnitt 43 uttalte EMD at grunnlaget for å anvende Bosphorus-doktrinen er «in principle lacking» ved overprøving av EFTA-statenes gjennomføring av EØS-retten. Dette ble begrunnet i to av EØS-avtalens særtrekk.

For det første inneholder EØS-avtalen «no direct effect and no supremacy».²¹¹ Det at EØS-retten ikke får direkte nasjonal virkning, og ikke har forrang i EFTA-statene, taler altså for at vernet av menneskerettighetene ikke er «equivalent» i EØS-retten. Det må være det *prosessuelle* vernet av menneskerettighetene som EMD siktet til her. EMD problematiserte ikke at EØS-retten reelt sett etterlevs i svært stor grad, og i utgangspunktet har forrang for formell lov.²¹² Begrunnelsen er altså i stor grad prinsipiell. Hvorvidt det prosessuelle vernet i realiteten kan anses som tilstrekkelig, vil drøftes nærmere i punkt 6.3.3.4.

For det andre viste EMD til at «the EEA Agreement does not include the EU Charter of Fundamental Rights, or any reference whatsoever to other legal instruments having the same effect, such as the Convention».²¹³ EMD mente altså at mangelen på et eget menneskerettighetsdokument talte for at det *materielle* vernet av menneskerettighetene i EØS-retten ikke var «equivalent». Det ble ikke problematisert at EFTA-domstolen gjentatte ganger

²¹⁰ EMDs avgjørelse i *Konkurrenten.no AS mot Norge*, saksnr. 47341/15.

²¹¹ EMDs avgjørelse i *Konkurrenten.no*, avsnitt 43.

²¹² Jf. EØS-avtalens protokoll 35, som er gjennomført i EØS-loven § 2.

²¹³ EMDs avgjørelse i *Konkurrenten.no*, avsnitt 43.

hadde uttalt at EØS-retten må tolkes i lys av EMK. EMD ga dermed uttrykk for at Bosphorus-doktrinen på prinsipielt grunnlag ikke kan gjelde overfor EFTA-statene.

Spørsmålet i *Konkurrenten.no* var imidlertid om Norge var ansvarlig for lovligheten av en avvisningskjennelse fra EFTA-domstolen, og ikke om Norge kunne holdes ansvarlige etter EMK for gjennomføring av EØS-retten. Uttalelsene om Bosphorus-doktrinen var dermed ikke av direkte betydning for å avgjøre saken, og må forstås som en tilleggsbemerkning – et obiter dictum.²¹⁴ Uttalelsene kan nok ikke tillegges samme vekt som de andre rettssetningene i avgjørelsen, i hvert fall ikke dersom andre rettskilder taler for et annet resultat. Dette underbygges av at EMD valgte å nyansere standpunktet sitt i *Holship*.

Konkurrenten.no anførte at Norge hadde avstått kompetanse til et organ (EFTA-domstolen) med «manifestly deficient» prosessuelle garantier, og derfor var ansvarlig for organets avgjørelser.²¹⁵ Det sentrale spørsmålet i *Konkurrenten.no* var dermed om EFTA-domstolens virkemåte tilsier at «the procedural regime is manifestly deficient».²¹⁶ EMD tok utgangspunkt i at EFTA-domstolens virkemåte på mange måter tilsvarer EU-domstolen.²¹⁷ Det at en sak ble avvist på grunn av manglende rettslig interesse var ikke i seg selv et inngrep i EMK artikkel 6, forutsatt at det hadde blitt foretatt en «genuine examination» av spørsmålet.²¹⁸ Under saksbehandlingen for EFTA-domstolen hadde Konkurrenten.no vært fullt involvert og hatt gode muligheter for å argumentere for at saken skulle tillates fremmet. Konkurrenten.no hadde også fått en detaljert begrunnelse av EFTA-domstolen for at saken ble avvist. Det forelå derfor ingen grunnlag for at EFTA-domstolens virkemåte gir et «manifestly deficient» vern av menneskerettighetene, og Norge kunne ikke holdes ansvarlig for utfallet av EFTA-domstolens avgjørelse.²¹⁹ Saken ble derfor avvist som «inadmissible».²²⁰

6.3.3.3 EMD i *Holship*

Holship-saken gjaldt lovligheten av en varslet boikott av det danskeide selskapet Holship Norge AS (Holship).²²¹ Boikotten ble varslet av Norsk Transporteierforbund (NTF), og

²¹⁴ Uttalelsene omtales også som et obiter dictum i teorien, se for eksempel Graver, «The Holship ruling of the ECHR and the protection of fundamental rights in Europe», 2022, s. 10.

²¹⁵ EMDs avgjørelse i *Konkurrenten.no* avsnitt 44.

²¹⁶ EMDs avgjørelse i *Konkurrenten.no*, avsnitt 44.

²¹⁷ EMDs avgjørelse i *Konkurrenten.no*, avsnitt 45.

²¹⁸ EMDs avgjørelse i *Konkurrenten.no*, avsnitt 46.

²¹⁹ EMDs avgjørelse i *Konkurrenten.no*, avsnitt 48.

²²⁰ EMDs avgjørelse i *Konkurrenten.no*, avsnitt 49.

²²¹ EMDs avgjørelse i *LO og NTF mot Norge*, saksnr. 45487/17.

formålet var å fremtvinge en tariffavtale som ga fast ansatte ved Drammen havn fortrinnsrett til lasting og lossing. Holship mente boikotten var en ulovlig restriksjon på selskapets etableringsfrihet etter EØS-avtalen artikkel 31, fordi tariffavtalen ville hindre selskapet fra å beholde sine egne ansatte til lasting og lossing. NTF påberopte den grunnleggende streike- og boikottretten etter EMK artikkel 11.

Saken gikk til Høyesterett, som anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. EFTA-domstolen la til grunn at restriksjoner på etableringsretten bare kan anses rettferdiggjort dersom det er forankret i tvingende allmenne hensyn, og at streike- og boikottretten etter omstendighetene *kan* anses som et slikt hensyn.²²² EFTA-domstolen tok dermed langt på vei samme standpunkt som EU-domstolen i *Laval* og *Viking Line*, ved å antyde at etableringsretten var overordnet streike- og boikottretten.

Høyesterett la noe mer nyansert til grunn at foreningsfriheten og etableringsretten «som ledd i proporsjonalitetsvurderingen [må] avveies mot hverandre».²²³ Høyesterett vurderte det altså slik at de fire friheter er grunnleggende rettigheter med samme hierarkiske verdi som de grunnleggende rettighetene som følger av EMK. I likhet med EFTA-domstolen tok likevel også Høyesterett utgangspunkt i etableringsfriheten, og reiste problemstillingen om hvorvidt retten til kollektive forhandlinger etter omstendighetene kunne rettferdiggjøre en restriksjon på EØS-avtalen artikkel 31.²²⁴

Høyesterett avgjorde at den varslede boikotten ikke var lovlig. Førstvoterende la til grunn at fortrinnsretten ikke var «tilstrekkelig tungtveiende begrunnet», og heller ikke tilfredsstilte «kravet til rimelig balanse mellom etableringsretten og en eventuell grunnleggende rett til boikott».²²⁵ Å tillate boikotten ville derfor være en uforholdsmessig restriksjon på Holships rett til å etablere seg i en annen EØS-stat.

Fagforeningen klaget Norge inn for EMD, og anførte at måten Norge anvendte EØS-avtalen artikkel 31 på krenket deres rettigheter etter EMK artikkel 11. EMD fikk dermed en anledning til å vurdere om Bosphorus-doktrinen kom til anvendelse overfor en EFTA-stat. EMD viste til

²²² Se EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i E-14/15 *Holship*, avsnitt 121-122.

²²³ Se HR-2016-2554-P (*Holship*) avsnitt 85.

²²⁴ Se HR-2016-2554-P (*Holship*) avsnitt 96 flg.

²²⁵ HR-2016-2554-P (*Holship*) avsnitt 119.

uttalelsene i *Konkurrenten.no*, men knyttet noen nye bemerkninger til både det materielle og det prosessuelle vernet av menneskerettighetene.

For det første nyanserte EMD synet på EØS-rettens materielle vern av menneskerettighetene. EMD uttalte at:

«...the Court observes, however, as clearly stated by the EFTA court in the *Holship* case, that fundamental rights form part of the unwritten principles of EEA law [...]. Since this reflects the position which previously pertained under EU law, prior to successive EU Treaty amendments, according to which fundamental rights were first recognised as general principles of EU law, the Court considers that the fact that the EEA agreement does not include the EU Charter is not determinative of the question whether the *Bosphorus* presumption could apply when it comes to the implementation of EEA law, or certain parts thereof».²²⁶

EMD la dermed til grunn at menneskerettighetsvernet i EØS-retten tilsvare det som var i EU-retten før grunnrettighetspakten ble bindende for EU-statene i 2007, altså det nivået EU-retten hadde da *Bosphorus* ble avsagt i 2005. Mangelen på et EØS-rettslig menneskerettighetsdokument kunne ikke i seg selv være bestemmende for om det materielle vernet er tilstrekkelig. Det avgjørende var EFTA-domstolens langvarige praksis med å henvise til ulovfestede grunnleggende rettigheter. Uttalelsen i *Holship* er dermed en eksplisitt innvending til obiter dictumet i *Konkurrenten.no*, og gir grunnlag for å si at det materielle vernet av menneskerettighetene i EØS-retten er «equivalent» til EMK.

For det andre returnerte EMD til de prosessuelle forholdene som ble kommentert i *Konkurrenten.no*. EMD viste igjen til EØS-rettens manglende «supremacy and direct effect», og tilføyde «the absence of the binding legal effect of advisory opinions from the EFTA Court».²²⁷ Om betydningen av dette uttalte EMD at:

«...given that the existence of procedural mechanisms for ensuring the protection of substantive fundamental rights guarantees is one of the two conditions for the application of the *Bosphorus* presumption, the Court leaves it to another case, where questions in relation to the procedural mechanisms under EEA law may arise, to review this issue».²²⁸

²²⁶ EMDs avgjørelse i *LO og NTF mot Norge*, avsnitt 107.

²²⁷ EMDs avgjørelse i *LO og NTF mot Norge*, avsnitt 108.

²²⁸ EMDs avgjørelse i *LO og NTF mot Norge*, avsnitt 108.

EMD tok altså ikke endelig stilling til om det prosessuelle vernet av menneskerettighetene er «equivalent», og overlot dette spørsmålet til en senere anledning. Likevel løftet domstolen frem tre faktorer som taler *mot* at vernet er «equivalent», uten å vise til noen argumenter *for* et «equivalent» prosessuelt vern.

Selv om EMD holdt muligheten åpen for å anvende Bosphorus-doktrinen overfor EFTA-statene ved en senere anledning, valgte EMD å ta inn *Holship*-saken til realitetsprøving. EMD la enkelt til grunn at «for the purposes of this case the *Bosphorus* presumption does not apply to EEA law». ²²⁹ Fordi streike- og boikottretten knytter seg til sensitive politiske og sosiale forhold der konvensjonsstatene har en vid skjønnsmargin ble Norge frifunnet av EMD. ²³⁰

Likevel valgte EMD å benytte anledningen til å rette kritikk mot Høyesteretts avveieing mellom menneskerettighetene og de økonomiske frihetene. EMD uttalte at det ikke er «appropriate» å balansere en EØS-rettighet mot en EMK-rettighet, i motsetning til der det er to motstridende rettigheter i EMK. ²³¹ Etter EMDs syn kan ikke etableringsretten likestilles med retten til kollektive forhandlinger etter EMK artikkel 11, men er heller et (viktig) element i vurderingen av om et inngrep i artikkel 11 er forholdsmessig. ²³²

EMD rettet dermed indirekte kritikk mot både EFTA-domstolens uttalelse i *Holship* og EU-domstolens uttalelser i *Laval* og *Viking Line*. I lys av hvor kontroversielle *Laval* og *Viking Line* har vært i et EMK-perspektiv, er det vanskelig å tolke *Holship* på en annen måte enn at EMD ønsket å sende et tydelig signal også til EU-domstolen. ²³³ *Holship*-saken illustrerer dermed det trekantforholdet som eksisterer mellom EU, EØS og EMK.

6.3.3.4 En prinsipiell vurdering av Bosphorus-doktrinen rekkevidde

Siden rekkevidden av Bosphorus-doktrinen enda ikke er avklart, er det nok bare et spørsmål om tid før dette kommer opp for EMD igjen. Skulle EMD i en senere dom legge til grunn at Bosphorus-doktrinen på prinsipielt grunnlag kommer til anvendelse overfor EFTA-statene, ville imidlertid det innebære at *Holship*-saken egentlig ikke skulle ha blitt vurdert. Det at *Holship*-saken ble tatt inn til realitetsprøving kan derfor i seg selv tale for at det er

²²⁹ EMDs avgjørelse i *LO og NTF mot Norge*, avsnitt 108.

²³⁰ EMDs avgjørelse i *LO og NTF mot Norge*, avsnitt 114 og 119.

²³¹ EMDs avgjørelse i *LO og NTF mot Norge*, avsnitt 118.

²³² EMDs avgjørelse i *LO og NTF mot Norge*, avsnitt 118.

²³³ Graver skriver at det er vanskelig å tolke domstolen på en annen måte enn at «the unanimous Fifth Section of the ECtHR wanted to send a message to the EFTA Court and even the CJEU». Se «The *Holship* ruling of the ECHR and the protection of fundamental rights in Europe», 2022, s. 12.

usannsynlig at EMD vil anvende Bosphorus-doktrinen i sin rene form overfor EFTA-statene. Likevel har EMD holdt det åpent, og det kan derfor vurderes nærmere om betingelsene i Bosphorus-doktrinen kan anses oppfylt i EØS-retten.

Det kan trekkes ut tre vesentlige elementer av Bosphorus-doktrinen: om det er et «equivalent» *materielt* menneskerettighetsvern, om det er et «equivalent» *prosessuelt* menneskerettighetsvern og om konvensjonsstaten har *avstått suverenitet* til den aktuelle organisasjonen.

Hvorvidt EFTA-statene har avstått suverenitet i forbindelse med EØS-avtalen er ikke uttrykkelig problematisert av EMD i verken *Konkurrenten.no* eller *Holship*.²³⁴ I *Bosphorus* fremstår det derimot som at det var sentralt for EMD at konvensjonsstaten hadde overført jurisdiksjon til en organisasjon, og i den konkrete saken ikke hadde gjort noe annet enn å gjennomføre forpliktelser som fulgte av medlemskapet i denne organisasjonen. Spørsmålene om direkte virkning, forrang og betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser kan imidlertid også knyttes til vurderingen av om det har skjedd en reell suverenitetsavståelse. Det kan derfor tenkes at den rettssystematiske vurderingen av om det har skjedd en suverenitetsavståelse og vurderingen av om det eksisterer et tilstrekkelig prosessuelt vern av menneskerettighetene kan gå inn i hverandre.

Det *materielle vernet* av menneskerettighetene ser ikke ut til å være særlig kontroversielt etter EMDs uttalelser om dette i *Holship*. Som redegjort for i avhandlingens del 4 viser dessuten EFTA-domstolens praksis at EMK i realiteten tillegges stor vekt når EFTA-domstolen tolker og anvender EØS-retten. Det kan til og med argumenteres for at EFTA-domstolen i dag er mer EMK-sentrert enn EU-domstolen, ettersom EU-domstolen i stadig større grad vender oppmerksomheten mot grunnrettighetspakten.²³⁵ Det legges derfor til grunn at EØS-avtalen gir et «equivalent» materielt vern av menneskerettighetene som EMK.

Det *prosessuelle vernet* av menneskerettighetene er mer problematisk. I både *Holship* og *Konkurrenten.no* viste EMD til flere særtrekk ved EØS-avtalen som gjør at det i hvert fall i

²³⁴ Fredriksen og Johansen skriver at dette spørsmålet ble «overlooked» av EMD i *Konkurrenten.no*, mens det etter deres oppfatning er i kjernen av spørsmålet om Bosphorus-doktrinen kan anvendes overfor EFTA-statene. Se «The EEA Agreement as a Jack-in- the-box in the relationship between the CJEU and the European Court of Human Rights?», 2020, s. 735.

²³⁵ Fredriksen og Johansen argumenterer i de samme linjer, se «The EEA Agreement as a Jack-in- the-box in the relationship between the CJEU and the European Court of Human Rights?», 2020, s. 721.

prinsippet er vanskelig å anvende Bosphorus-doktrinen overfor EFTA-statene: mangelen av henholdsvis direkte virkning, forrang og bindende tolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen.

I realiteten utgjør likevel ikke disse særtrekkene noen stor trussel mot de prosessuelle garantiene i EØS-retten. EFTA-domstolens rådgivende uttalelser tillegges generelt stor vekt.²³⁶ Mangelen på direkte virkning avhjelpes av statenes erstatningsansvar for mangelfull gjennomføring av EØS-retten.²³⁷ EØS-retten har riktignok ingen absolutt forrang for nasjonal lovgivning, men vil likevel gå foran nasjonal rett i de fleste motstridstilfeller.²³⁸ Det er kun dersom det foreligger motstrid med Grunnloven, eller med annen formell lov der EØS-retten eksplisitt er fraveket, at EØS-retten må vike.²³⁹

Bosphorus-doktrinen er uansett ikke absolutt. Skulle den nasjonale etterlevelsen av EØS-rettens grunnleggende rettigheter være svekket i en konkret sak, for eksempel fordi nasjonale domstoler har vedtatt en motstridende lov som uttrykkelig skal gå foran EØS-retten, vil nok «manifestly deficient»-unntaket enkelt kunne påberopes. I tillegg er det svært usannsynlig at en EFTA-stat vil sørge for et svakere vern enn det som følger av både EØS-retten og EMK, siden EFTA-statene uansett er pliktsubjekter etter EMK.

I *Konkurrenten.no* tok dessuten EMD stilling til om EFTA-domstolens virkemåte gir et «manifestly deficient» prosessuelt vern i lys av EMK, og EMD svarte avkreftende på dette. Det faktum at EFTA-domstolens virkemåte ikke har noen vesentlige prosessuelle mangler er nok ikke i seg selv tilstrekkelig til å underbygge at det overordnede prosessuelle vernet av menneskerettighetene i EØS-retten tilsvarer det i EMK. Likevel er det klart at EFTA-domstolen i hvert fall sikrer et visst nivå av prosessuelle rettigheter.

Praktisk sett er det nok derfor ikke så betenkelig å la Bosphorus-doktrinen komme til anvendelse også overfor EFTA-statene. *Prinsipielt sett* er likevel det å forlenge Bosphorus-doktrinen til EØS-retten, som Fredriksen og Johansen skriver, «undoubtedly quite a stretch».²⁴⁰

²³⁶ Se nærmere punkt 2.2.2 overfor.

²³⁷ Se nærmere punkt 1.2 overfor.

²³⁸ Jf. EØS-avtalens protokoll 35, som er gjennomført i EØS-loven § 2.

²³⁹ Se Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave 2011, s. 268.

²⁴⁰ Fredriksen og Johansen, «The EEA Agreement as a Jack-in-the-box in the relationship between the CJEU and the European Court of Human Rights?», 2020, s. 734.

Spørsmålet om det er et tilstrekkelig prosessuelt vern kan, som påpekt overfor, ha en sammenheng med det mer rettssystematiske spørsmålet om EFTA-statene ved å inngå EØS-avtalen har *avstått suverenitet til en internasjonal organisasjon*. I utgangspunktet må enhver gjennomføring av nye EU-rettsakter i EØS-avtalen anses som en formell og frivillig traktatendring.²⁴¹ Det kan likevel argumenteres for at EFTA-statene ikke har full kontroll over EØS-rettens utvikling, i og med at store deler av EØS-retten kan fortolkes og videreutvikles av EFTA-domstolen og ESA. EFTA-statene kan dermed sies å ha avstått suverenitet på en slik måte at det kan være naturlig å la Bosphorus-doktrinen komme til anvendelse. Fredriksen og Johansen tar, om enn noe implisitt, til orde for dette.²⁴²

EØS-avtalen er likevel i sin kjerne et løsere og mindre forpliktende alternativ til EU, og mangelen på en suverenitetsavståelse er mer enn bare en formalitet. Det er vanskelig å tale for at Bosphorus-doktrinen bør anvendes overfor EFTA-statene og samtidig anerkjenne de prosessuelle og systematiske særtrekkene ved EØS-avtalen som gjør at EFTA-statene står i en friere posisjon enn EU-statene.

Enn så lenge holder EMD det åpent om Bosphorus-doktrinen kan anvendes overfor EFTA-statene. I og med at EMD gikk ganske langt i å snu mellom *Konkurrenten.no* og *Holship*, er det ikke utenkelig at EMD vil snu helt i en senere sak, og anvende Bosphorus-doktrinen overfor EFTA-statene. Ettersom Bosphorus-doktrinen ikke er absolutt, vil det nok heller ikke være veldig problematisk for EMD å la presumsjonen komme til anvendelse.

Prinsipielt sett er det likevel mange særtrekk ved EØS-avtalen som gjør at menneskerettighetsvernet *kan* være mangelfullt. Dessuten har ikke EFTA-pilaren den samme maktposisjonen som EU-pilaren har overfor Europarådet og EMD, og derfor vil kanskje ikke EMD se det samme behovet for en pragmatisk løsning overfor EFTA-statene. Det er derfor også tenkelig at EMD vil fortsette å overprøve EFTA-statenes gjennomføring av EØS-retten fullt ut, eller eventuelt oppstille en egen og nyansert presumsjonsregel overfor EFTA-statene. Etter mitt syn er dette mest sannsynlig, fordi de prosessuelle særtrekkene ved

²⁴¹ Se Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 4. utgave 2011, s. 186.

²⁴² Fredriksen og Johansen drøftet i artikkelen «The EEA Agreement as a Jack-in-the-box in the relationship between the CJEU and the European Court of Human Rights?» om EMDs avgjørelse i *Matthews mot Storbritannia* har overføringsverdi til EØS-retten. I *Matthews mot Storbritannia* la EMD til grunn at EU-statene er underlagt full kontroll av EMD ved gjennomføringen av EU-rettslige forpliktelser som er «freely entered into». Fredriksen og Johansen argumenterte for at Matthews-doktrinen *ikke* burde anvendes av EMD i den da forestående *Holship*-saken, fordi store deler av EØS-retten fortolkes og videreutvikles av EFTA-domstolen på en slik måte at det blir kunstig å anse forpliktelsene som «freely entered into» til enhver tid. Se s. 742.

EØS-avtalen og den manglende formelle suverenitetsavståelsen sett i sammenheng gjør at det ikke er naturlig å anvende Bosphorus-doktrinen overfor EFTA-statene, i hvert fall ikke med den samme prinsipielle begrunnelse som overfor EU-statene.

6.4 Oppsummering

Trekantforholdet mellom EMK-, EU- og EØS-retten fører til at EFTA-domstolen står i en vanskelig posisjon når det oppstår motstridstilfeller mellom EU- og EMK-retten. Selv om EFTA-domstolen ikke blir utsatt for direkte overprøving av verken EU-domstolen eller EMD, kan de begge utøve en indirekte kontroll. EFTA-domstolen opplever nok derfor et sterkt press om å være lojal overfor begge domstolene. Sakene *Konkurrenten.no* og *Holship* har gitt et inntrykk av at EFTA-domstolen neppe slipper unna EMDs rampelys dersom EØS-retten tolkes og anvendes i strid med EMK. Det er derfor grunn til å tro at EFTA-domstolen ikke kan gå like langt som EU-domstolen har gjort i å utvikle de grunnleggende rettighetene i en annen retning enn EMD.

7 Avsluttende betraktninger

Feil og misforståelser ved gjennomføringen av EØS-avtalen på nasjonalt plan kan få både store og uforutsette konsekvenser. Det kan derfor ikke være noen tvil om at det er et behov for en klargjøring av hvilke forpliktelser Norge og de øvrige EFTA-statene har i kraft av EØS-avtalen – både generelt og, som denne avhandlingen viser, spesielt på menneskerettighetenes område. I den sammenheng er det mange viktige spørsmål som kan og bør stilles, og som det ikke har vært plass til innenfor rammene av denne masteravhandlingen.

Ett av mange viktige spørsmål videre vil være hvilke av rettighetene i EUs grunnrettighetspakt – uten en parallell i EMK – som kan anses for å være ulovfestede prinsipper også i EØS-retten. EFTA-domstolen har lagt til grunn at retten til dokumentinnsyn og retten til å opprette og drive egen virksomhet er grunnleggende rettigheter i kjernen av EØS-retten. Kan det samme sies om for eksempel retten til personvern, miljøvern og forbrukervern? Selv om disse rettighetene kan finnes i den nasjonale lovgivningen i EFTA-statene, og derfor neppe er særlig kontroversielle, betyr ikke det nødvendigvis at EFTA-statene vil la utviklingen av disse rettsområdene styres av EU-domstolens tolkning av grunnrettighetspakten.

Referanseliste

Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov, Lov 17. mai 1814

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

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

EØS-rettsakter

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)

EØS-avtalen – Protokoll 1 om gjennomgående tilpasning

EØS-avtalen – Protokoll 35 om gjennomføringen av EØS-regler

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

Vedtak fra EØS-komiteen

EØS-komiteens beslutning nr. 154/2018 av 6. juli 2018 om endring av EØS-avtalens vedlegg XI (Elektronisk kommunikasjon, audiovisuelle tjenester og informasjonssamfunnstjenester) og protokoll 37 om listen omhandlet i artikkel 101

EØS-komiteens beslutning nr. 63/2020 av 30. april 2020 om endring av EØS-avtalens vedlegg IX (Finansielle tjenester)

EU-rettsakter

Traktat om Den Europeiske Union (Maastricht-traktaten)

Traktat om Den Europeiske Union, konsolidert versjon (TEU)

Lisboatraktaten om Endring av Traktaten om den Europeiske Union og Traktaten om Opprettelse av det Europeiske Fellesskap (Lisboatraktaten)

EUs pakt om grunnleggende rettigheter (Grunnrettighetspakten)

Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (Utsendingsdirektivet)

Rådsforordning 990/93 av 26. april 1993 om handel mellom Det Europeiske Økonomiske Fellesskap og Den Føderale Republikken Jugoslavia (Serbia og Montenegro)

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

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium (Unionsborgerdirektivet)

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/849 av 20. mai 2015 om tiltak for å hindre at finanssystemet brukes til hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme, om endring av europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 648/2012 og om oppheving av europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/60/EF og kommisjonsdirektiv 2006/70/EF (EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv)

Europaparlaments- og rådsforordning 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (GDPR)

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2018/843 av 30. mai 2018 om endring av direktiv (EU) 2015/849 om tiltak for å hindre at finanssystemet brukes til hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme, og om endring av direktiv 2009/138/EF og 2013/36/EU (EUs femte hvitvaskingsdirektiv)

Andre offisielle EU-rettslige dokumenter

EU-domstolens uttalelse 2/13 datert 18. desember 2014

De offisielle forklaringene til EUs grunnrettighetspakt, Journal C 303

Folkerettslige konvensjoner og traktater

De forente nasjoners pakt av 26. juni 1945 (FN-pakten)

Verdenserklæringen om menneskerettigheter av 10. desember 1948 (FNs menneskerettighetserklæring)

Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)

Protokoll til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 (EMK P1-1)

Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen)

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rt. 2013 s. 258 (STX)

HR-2016-2554-P (Holship)

HR-2021-1435-A

Norsk underrettspraksis

Borgarting lagmannsretts kjennelse avsagt 01.12.2021, saksnummer 19-189484ASD-BORG/03 (Vedlegg 1)

Eidsivating lagmannsretts kjennelse avsagt 16.11.2015, saksnummer 14-021639ASD-ELAG/ og 14-027721ASD-ELAG/ (Vedlegg 2)

Høringsrapporter fra saker for EFTA-domstolen

Høringsrapport til EFTA-domstolens sak E-12/10 *ESA mot Island*

Høringsrapport til EFTA-domstolens sak E-8/12 *Schenker II*

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Adpublisher

Rådgivende uttalelse i forente saker E-11/19 og 12/19

Adpublisher AG mot J og K

<i>Arnulf Clauder</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-4/11 Arnulf Clauder mot Liechtenstein
<i>Ásgeirsson</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-2/03 Ákærivaldið mot Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson og Helgi Már Reynisson
<i>Bellona</i>	Avgjørelse i sak E-2/02 Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH og Bellona Foundation mot ESA
<i>Den norske stat mot L</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-2/20 Den norske stat mot L
<i>Deveci</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-10/14 Enes Deveci m.fl. mot Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden
<i>ESA mot Island</i>	Avgjørelse i sak E-10/12 ESA mot Island
<i>Fred. Olsen</i>	Rådgivende uttalelse i forente saker E-3/13 og 20/13 Fred. Olsen m.fl. mot Den norske stat
<i>Holship</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-14/15 Holship Norge AS mot Norsk Transportarbeiderforbund
<i>Irish Bank</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-18/11 Irish Bank Resolution Corporation Ltd mot Kaupthing Bank hf.
<i>Jabbi</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-28/15 Yankuba Jabbi mot Den norske stat v/Utlendingsnemnda
<i>Kerim</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-1/20 Kerim mot Den norske stat
<i>Konkurrenten.no</i>	Avgjørelse i sak E-1/17 Konkurrenten.no AS v EFTA Surveillance Authority
<i>Nye Kystlink</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-10/17 Nye Kystlink AS mot Color Group AS og Color Line AS
<i>Posten Norge</i>	Avgjørelse i sak E-15/10 Posten Norge AS mot ESA
<i>Schenker I</i>	Avgjørelse i sak E-14/11 Schenker North AB, Schenker Privpak AB og Schenker Privpak AS mot ESA

<i>Schenker II</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-8/12 DB Schenker mot ESA
<i>Ski Taxi</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-3/16 Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot Staten v/Konkurransetilsynet
<i>Sveinbjörnsdóttir</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir mot Island
<i>Telenor</i>	Avgjørelse i sak E-12/20 Telenor ASA og Telenor Norge AS mot ESA
<i>TV 1000</i>	Rådgivende uttalelse i sak E-8/97 TV 1000 Sverige AB mot Den norske stat v/Kulturdepartementet

Avgjørelser fra EU-domstolen

<i>CEPSA mot Kommisjonen</i>	Dom i sak C-608/13 CEPSA mot Kommisjonen
<i>Francovich</i>	Dom i forente saker C-6/90 og C-9/90 Andrea Francovich og Danila Bonifaci m.fl. mot Italia
<i>Laval</i>	Dom i sak C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, og Svenska Elektrikerförbundet
<i>Stauder</i>	Dom i sak 29/69 Erich Stauder mot City of Ulm - Sozialamt.
<i>Viking Line</i>	Dom i sak C-438/05 International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti
<i>WM og Sovim</i>	Dom i forente saker C-37/20 og C-601/20 WM og Sovim SA mot Luxembourg Business Registers

Avgjørelser fra EMD

Austin m.fl. mot Storbritannia, saksnr. 39692/09, 40713/09 og 41008/09

Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi mot Irland, saksnr. 45036/98

E.B. mot Frankrike, saksnr. 43546/02

LO og NTF mot Norge, saksnr. 45487/17

Konkurrenten.no AS mot Norge, saksnr. 47341/15

Matthews mot Storbritannia, saksnr. 24833/94

Rotaru mot Romania, saksnr. 28341/95

Tarakhel mot Sveits, saksnr. 29217/12

Üner mot Nederland, saksnr. 46410/99

Juridisk litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Fagbokforlaget, 5. utgave 2018

Baudenbacher, Carl, «The EFTA Court: Structure and Tasks» i Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, side 139-178

Bekkedal, Tarjei, «EMDs avgjørelse i Holship – kampen om det rettslige hegemoniet i Europa», Gjesteleder i *Lov og Rett*, vol. 60, 2021, side 391–392

Björgvinsson, Davíð Thór, «Fundamental Rights in EEA Law», *The EEA and the EFTA Court: Decentred Integration* side 263–280, Hart Publishing, London 2014

Fredriksen, Halvard Haukeland, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner* vol. 48, 2013, side 371-399

Fredriksen, Halvard Haukeland og Christian N.K. Franklin, «Of pragmatism and principles: The EEA agreement 20 years on», *Common Market Law Review* 52 side 629–684, 2015

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, «EU-rett som norsk rettskilde» i Alf Petter Høgberg (red.) og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019 side 386-419

Fredriksen, Halvard Haukeland og Stian Øby Johansen, «The EEA Agreement as a Jack-in-the-box in the relationship between the CJEU and the European Court of Human Rights?», *European Papers Vol. 5*, 2020 No. 2, side 707-743

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, Fagbokforlaget, 4. utgave 2022

Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» i *Tidsskriv for Rettsvitenskap*, vol. 121, 2/2008, side 149–178

Graver, Hans Petter, «The *Holship* ruling of the ECHR and the protection of fundamental rights in Europe», ERA Forum, Springer, 2022

Harris, David, Michael O'Boyle og Collin Warwick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 4. utgave 2018

Helmersen, Sondre Torp, «The EFTA Court and International Law», *Oslo Law Review Volume 8*, No.1-2021, side 30-46

Hreinsson, Páll, «General Principles» i Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, side 349-389

Mæhre, Terje D., «Grunnleggende rettigheter i EØS-retten», masteravhandling ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø, 2017

Norberg, Sven og Martin Johansson, «The History of the EEA Agreement and the First Twenty Years of Its Existence» i Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, side 3-42

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Universitetsforlaget, 2. utgave 2004

Petursson, Gunnar Thor og Omar Berg Runarsson, «Consistent interpretation in the case-law of the Icelandic Supreme Court 1994-2016» i Christian N.K. Franklin (red.), *The Effectiveness and Application of EU and EEA Law in National Courts*, Intersentia Studies on Courts and Judges, side 363-410

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett*, Universitetsforlaget, 3. utgave 2011

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018

Spano, Robert, «The EFTA Court and Fundamental Rights», *The Constitutional Law Review* 13, 2017, side 475-492

Solheim, Stig H., «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område», i Alf Petter Høgberg (red.) og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019, side 360-385

Tobler, Christa, «Dispute Resolution Under the EEA Agreement» i Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, side 195-207

Ungerank, Wilhelm, «Liechtenstein Courts» i Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, side 293-306

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

Wennerås, Pål, «Article 6 [Homogeneity]» i Finn Arnesen (red.), Halvard Haukeland Fredriksen (red.), Hans Petter Graver (red.), Ola Mestad (red.) og Christoph Vedder (red.), *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Universitetsforlaget 2018

Andre kilder

Finansdepartementets pressemelding 20.12.2022 «EU-domstolens avgjørelse om register over reelle rettighetshavere»

Vedlegg 1



BORGARTING LAGMANNSRETT

KJENNELSE

Avsagt: 01.12.2021
Sak nr.: 19-189484ASD-BORG/03
Dommer: Lagdommer Fredrik Charlo Borchsenius

Ankende part	Staten v/utlendingsnemnda	Advokat Kristin Hallsjø Aarvik
Ankematpart	John Henrik Rosing	Advokat Bent Endresen

Ingen begrensninger i adgangen til offentlig gjengivelse

Kjennelsen gjelder heving av sak.

Saken gjelder gyldigheten av vedtak i Utlendingsnemnda 12. juli 2017 om utvisning av John Henrik Rosing.

Oslo tingrett avsa den 7. november 2019 dom med slik domsslutning:

1. Utlendingsnemndas vedtak av 12. juli 2017 er ugyldig.
2. Staten ved Utlendingsnemnda betaler sakskostnader til John Henrik Rosing med 252 075,50 – tohundreogfemtittusenogsyttifem – kroner og – femti - øre innen 14 – fjorten – dager fra forkynning skjer.

Tingretten var satt med to meddommere fra det alminnelige utvalget. Dommen var avsagt under dissens, idet fagdommeren stemte for at vedtaket var gyldig.

Staten anket dommen til Borgarting lagmannsrett.

Etter initiativ fra ankemotparten sendte lagmannsretten den 3.april 2020 et spørsmål til EFTA-domstolen. Dom fra EFTA-domstolen er av 21. april 2021. Ankeforhandling var berammet til 25. november 2021.

Den 15. november 2021 traff UNE vedtak der utvisningsvedtaket ble omgjort. Ankeforhandlingen ble avlyst. Staten kom med prosesskrift 18. november 2021. Staten til grunn at den rettslige interessen var bortfalt og la ned påstand om at saken skal heves.

Ankemotpartens prosessfullmektig, advokat Endresen, kom med omkostningsoppgave for lagmannsretten. Den var på 78,5 timer, til sammen 273 750 kroner inkludert mva.

Staten kom med prosesskrift 26. november 2021. Det ble der anført at samlede omkostninger var for høye og at de burde reduseres noe. Det ble særlig pekt på at det ikke var nødvendig med spørsmål til EFTA-domstolen og at saken ble omgjort etter at ankemotparten kom med nye opplysninger til UNE.

Lagmannsretten ser slik på saken:

Saken avgjøres av forberedende dommer alene, jf. tvisteloven § 19-2 annet ledd.

I og med det nye vedtaket i UNE er den rettslige interessen falt bort, og saken skal heves; se Rt-2013-1101. Dette gjelder også tingrettens avgjørelse.

Staten har tapt saken for lagmannsretten, og Rosing skal tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd jf. annet ledd. Etter tvisteloven § 20-5 er det nødvendige omkostninger som skal erstattes. Det er levert omkostningsoppgave på 78,5 timer, til sammen 273 750 kroner. Staten har protestert på dette og har særlig vist til at spørsmålet til EFTA-domstolen ikke hadde utsikt til å føre frem. Lagmannsretten har forståelse for at saken har krevet en del arbeid for lagmannsretten. Timetallet synes imidlertid noe høyt. Det må også ses på bakgrunn av at det for tingretten ble krevet 252 075 kroner for 74,5 timer. Tingretten bemerket at salærkravet og timebruken var i øvre sjikt av det som var rimelig. Det fremgår av tingrettens dom at anførlene om EØS også var fremmet for tingretten. Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at 78,5 timer og 273 750 kroner i ikke representerer nødvendige utgifter fullt ut. For lagmannsretten settes omkostningene som dekkes til 200 000 kroner, inkludert mva.

Anken gjaldt også tingrettens avgjørelse av saksomkostningene, og lagmannsrettens skal også ta stilling til disse, jf. tvisteloven § 20-9 første ledd. Der var det krevet 252 075 kroner. Lagmannsretten finner under noe tvil at det var nødvendig, og det tilkjennes.

SLUTNING

1. Saken heves
2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler staten v/Utlendingsnemnda 200 000 tohundertusen – kroner til Johan Henrik Rosing.
3. I saksomkostninger for tingretten betaler staten v/Utlendingsnemnda 252 075,50 – tohundreogfemtittusenogsyttifem50/00– kroner til Johan Henrik Rosing.

Fredrik Charlo Borchsenius

Dokument i samsvar med original
Torun Trydal

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.

Vedlegg 2



EIDSIVATING LAGMANNSRETT

KJENNELSE

Avsagt: 16.11.2015 i Eidsivating lagmannsrett,

Saknr.: 14-021639ASD-ELAG/
14-027721ASD-ELAG/

Dommer: Lagdommer Bjørn Eirik Hansen

Saken gjelder: Hevingskjennelse ved forlik

I Anke		
Ankende part	Enes Deveci	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Gjørn Kristiansen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Vidar Varland	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Bjørn Ove Brynestad	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Andre Yang Hella	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Geir Olav Finstad	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Terje Sundberg	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Jan Egil Remme	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Jan-Olav Ruud	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Ottar Vik	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Juha-Pekka Mäenpää	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Øyvind Kittelsbye	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Kjell Sigvart Åse	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Roger Hansen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Kristian Walberg Olstad	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Thieu Cong Danh	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Lasse Hansen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Thor Henning Bugseth	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Ståle Linde Frestad	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Håvard Svihus	Advokat Nina Kroken

Ankende part	Runar Dahle-Hansen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Pål Egil Bekvik	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Roar Aspelund	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Strand Tore	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Roar Fredriksen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Njål Rydell	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Ole Johan Sesseng	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Ketil Høines	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Stein Erik Birkhaug	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Roy Arnfinn Aasheim	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Christian Myhrer	Advokat Nina Kroken
	Dyngeland	
Ankende part	Stein Idar Aasen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Diego Gomez	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Steven Fredrick Donald	Advokat Nina Kroken
	Macdonald	
Ankende part	Jan Christian Keller	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Franck Martin Hansen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Roar Engh	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Thor Havnes	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Erik Johan Rafen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Rune Nilsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Monica Sivertsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Hoang Thanh Dang	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Ståle Leirset	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Arne Inge Nilsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Tom Ruud	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Arne-Peder Flesvik	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Ann-Kristin Brubråten	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Cato Sørle	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Steinar Haugland	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Sindre Hage Utz	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Dag Løken	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Jonny Ryberg Pedersen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Thomas Wang	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Terje Gillebo	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Geir Åge Bergan	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Sakthiivelan Tharmalingam	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Hans-Otto Bergan	Advokat Nina Kroken
	Mortensen	
Ankende part	Jan-Vegard Aas	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Tor Olav Melan	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Torgrim Grythe	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Hamza Kosoni	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Erik Robin Olsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Bjørn Wangen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Fredrik Eriksson	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Daniel Linnerud	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Gunn Marit Nannestad	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Heewa Barzan	Advokat Nina Kroken

Ankende part	Jan Åge Ruud	Advokat Nina Kroken
Ankende part	John Harald Vestby	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Christoffer Westlund	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Ole Magnus Ruud	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Jarle Johnsrud	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Frank Strand	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Fred Enok Haugen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Christian Lockert-Hansen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Kristian Schramm	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Baard Johannessen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Arve Frøytlø	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Rune Hellerud	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Glenn Vinjor	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Mattias Strååth	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Tom Jostein Bråthen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Tom Reidar Bråthen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Robin Flobak-Nilsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Hein-Inge Graaberget	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Freddy Stian Leite	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Anita Antonsen Pedersen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Roger Nilsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Jan Wagenius	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Per Håkon Nordbek	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Kirsten Jorunn Leren	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Per Gunnar Ognedal	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Anne Gry Carlsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Kjetil Barkvoll Rui	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Leif Bjørn Sivertsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Ivar Andre Luytkis	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Anne Barth	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Henning Slora	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Bjørn Ole Berge	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Hans Olav Olsbakk	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Rolf Kristian Johansen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Staffan Svensson	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Runar Kolbjørnsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Anne Kristin Grimstad	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Daniel Alexander Olsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Roy Hollund Olsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Eli Wiik	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Kai Erik Nilsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Roger Ege	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Hans Petter Tolpinrud	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Jon Olav Hagen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Gøran Oguz Pettersen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Knut Haugland	Advokat Nina Kroken
	Landfastøyen	
Ankende part	Bengt Tangen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Kai Johnny Lystad	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Thor-Erik Dramstad	Advokat Nina Kroken

Ankende part	Hans Albert Aasheim	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Espen Østvang	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Ivan Eriksen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Jonas Botilsrud	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Bjørn Erik Olsen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Sjur Marius Brunborg	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Jaques David	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Jim Andersen	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Christer West	Advokat Nina Kroken
Ankende part	Gunnar Holm	Advokat Nina Kroken
Ankemotpart	Scandinavian Airlines System	Advokat Frode Martin Toftevåg
II Anke		
Ankende part	Henry Gundersen	Advokat Christen Horn Johannessen
Ankende part	Morten Johansen	Advokat Christen Horn Johannessen
Ankende part	Rune Kristoffer Gjedtjernet	Advokat Christen Horn Johannessen
Ankemotpart	Scandinavian Airlines System	Advokat Frode Martin Toftevåg

Ved felles prosesskriv 10. november 2015 har partenes prosessfullmektiger begjært sakene hevet som forlikt. Det går fram av prosesskrivet at forliket også omfatter sakskostnadene.

Retten tar begjæringen til følge.

SLUTNING

Sak nr. 14-021639ASD-ELAG/ og sak nr. 14-027721ASD-ELAG/ heves.

Retten hevet

Bjørn Eirik Hansen

Partene har frafalt forkynning. En kopi av kjennelsen sendes prosessfullmektigene til orientering.

