

LIKHETER OG FORSKJELLER I DISKRIMINERINGSFORBUDENE I EMK OG WTO

- med særlig vekt på hva som anses som tillatt
forskjellsbehandling

Kandidatnummer: 175732

Leveringsfrist: 01.06.2010

Navn på veileder: Marius Emberland

Antall ord: 14189

Innholdsfortegnelse

| | |
|---|-----------|
| 1. Innledning | 4 |
| 1.1 Problemstilling..... | 4 |
| 1.2 Bakgrunnen for oppgaven | 4 |
| 1.3 Veien videre | 7 |
| | |
| 2 Diskrimineringsforbud og tvisteløsning | 8 |
| 2.1 Innledning..... | 8 |
| 2.2 Diskrimineringsforbudet etter EMK artikkel 14 | 9 |
| 2.3 Diskrimineringsforbudene etter GATT artiklene I og III | 10 |
| 2.3Tvisteløsningsorganene innenfor EMK og WTO..... | 14 |
| 2.3.1 Tvisteløsning..... | 14 |
| 2.3.2 Tolkning og utvikling av diskrimineringsforbudene | 15 |
| | |
| 3 Tillatt forskjellsbehandling i EMK og WTO | 17 |
| 3.1 Hvorfor finnes det regler som begrenser diskrimineringsforbudet?..... | 17 |
| 3.2 Rammene for tillatt forskjellsbehandling | 18 |
| 3.3 Hvilke formål kan gi grunn til legitim forskjellsbehandling? | 20 |
| 3.3.1 Kravet om saklighet i EMK..... | 20 |
| 3.3.2 Formålsangivelsen i GATT artikkel XX a-j..... | 21 |
| 3.3.3 Forskjeller og likheter i formålsbegrensningene | 25 |
| 3.3.2 Kritikk mot formålsbegrensningene..... | 25 |
| 3.4 Krav til måten tiltaket utføres på. | 27 |
| 3.4.1 Kravene i GATT artikkel XX sin chapeau | 27 |
| 3.4.2 Stilles det krav til måten tiltaket utføres på i EMK?..... | 30 |
| 3.5 Proporsjonalitet..... | 30 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 3.5.1 | Krav om proporsjonalitet etter EMK artikkel 14 | 30 |
| 3.5.2 | Stilles det krav om proporsjonalitet etter GATT artikkel XX? | 32 |
| 3.5.3 | Et generelt krav til proporsjonalitet innenfor WTO? | 35 |
| 3.6 | Tvisteløsningsorganenes prøvingsintensitet og statens skjønnsmargin | 37 |
| 3.6.1 | Innledning | 37 |
| 3.6.2 | Statens skjønnsmargin sin betydning for tillatt forskjellsbehandling etter EMK artikkel 14..... | 37 |
| 3.6.3 | Tvisteløsningsorganets prøvingsintensitet sin betydning for tillatt forskjellsbehandling etter GATT artikkel XX..... | 41 |
| 4 | Avslutning..... | 43 |
| | Litteraturliste..... | 45 |
| | Vedlegg..... | 50 |
| | Artikkel I..... | 50 |
| | Artikkel III | 52 |
| | Artikkel XX..... | 55 |

1. Innledning

1.1 Problemstilling

Denne oppgaven tar sikte på å klarlegge likheter og forskjeller mellom diskrimineringsforbudene i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon¹ (EMK) artikkel 14 og innenfor Verdens Handelsorganisasjon (WTO)² gjennom artikkel I og III i General Agreement on Tariffs and Trade³⁴ (GATT). Jeg vil særlig ta for meg hva som etter de to settene av rettsregler ser ut til å være tillatt forskjellsbehandling innenfor de ulike traktatsystemenes områder. Etter EMK vil jeg fokusere på tillatt forskjellsbehandling etter praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Innenfor WTO-retten vil jeg fokusere på tillatt forskjellsbehandling etter GATT artikkel XX. Mulige årsaker til forskjeller og likheter i reguleringen vil også bli behandlet, om enn i noe mindre omfattende grad.

1.2 Bakgrunnen for oppgaven

Staters handlefrihet er begrenset av en rekke folkerettslige forpliktelser. Konvensjoner til vern om menneskerettigheter og konvensjoner for frihandel over landegrenser er eksempler på rettssystemer som har vist seg å få økt betydning i nyere tid. Et fellestrekk mellom menneskerettslige og frihandelsrettslige traktatregimer er det sentrale forbudet mot diskriminering.

I NOU 2009:14 "Et helhetlig diskrimineringsvern" ble det tatt til ordet for en samlet menneskerettslig diskrimineringslov i Norge.⁵ Som en del av lovforarbeidet, gjorde Diskrimineringslovutvalget rede for Norges internasjonale forpliktelser.⁶ I tillegg til det

¹ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) trådte i kraft 3. september 1953, <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>

² Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization 15. april 1994, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf

³ General Agreement on Tariffs and Trade 1994, trådte i kraft 1. januar 1995 http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt.pdf

⁴ General Agreement on Tariffs and Trade 1948 trådte i kraft 1. januar 1948 http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf

⁵ NOU 2009:14 "Et helhetlig diskrimineringsvern". Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK.

⁶ NOU 2009:14 side 44 flg

internasjonale vernet mot menneskerettslig diskriminering, ble det vist til at det også finnes diskrimineringsforbud innenfor internasjonal handel. Handelsrettslige diskrimineringsforbud var ikke tema for Diskrimineringslovutvalget, men det ble lagt til grunn at ”[g]rensene mellom ulike former for diskrimineringsregler i folkeretten kan være vanskelige å trekke.”⁷.

På menneskerettens område følger forbud mot diskriminering av en rekke internasjonale konvensjoner Norge har ratifisert.⁸ Sentralt blant disse er vernet mot diskriminering etter EMK artikkel 14, som vil bli gjennomgått under punkt 2.1. EMK trådte i kraft 3.september i 1953 og den ble gjort til norsk lov gjennom lov om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (menneskerettighetsloven) 21.mai 1999 nr.30 § 2 første ledd nr.1. Konvensjonen har en særlig viktig status for norske og europeiske forhold.

Vernet mot diskriminering kommer også til uttrykk blant annet i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) og FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), for å nevne noen. Oppgaven retter oppmerksomheten mot EMKs diskrimineringsforbud, hva gjelder det menneskerettslige diskrimineringsforbudet, fordi det foreligger en omfattende tolkningspraksis fra EMD om hvordan diskrimineringsforbudet skal forstås. Tolkingspraksis etter andre menneskerettighetskonvensjoner er mindre omfattende og presis, og har dessuten ikke den samme rettslige tyngde som etter EMK.

Som et forsøk på å utvide rekkevidden til diskrimineringsforbudet etter EMK har Europarådet vedtatt tilleggsprotokoll 12, som Norge har vedtatt men ikke ratifisert.⁹ I dennes artikkel 1 gis det et generelt vern mot diskriminering av rettigheter beskyttet i lov. Ratifisering av tilleggsprotokollen gjenstår fremdeles av svært mange land, og vil derfor avplasshensyn ikke behandles. I den grad forarbeider til den vil kaste lys over EMK artikkel 14, vil den likevel kunne bli omtalt nærmere.¹⁰

WTO-systemet er det sentrale folkerettslige regimet for frihandel. Norge sluttet seg til GATT ved starten i 1947 og fulgte med da GATT ble utviklet til et større avtaleverk, WTO, i 1995. WTO omfatter i hovedsak avtaler om handel med produkter, handel i tjenester og

⁷ NOU 2009:14 side 44

⁸ NOU 2009:14 side 44 flg.

⁹ Marius Emberland ”Diskrimineringsforbudet som konvensjonsbeskyttet menneskerettighet” i *Jussens Venner* 2006 side 197 – 234, side 233

¹⁰ NOU 2009:14 blant annet Janneke Gerrards: Protocol No.12 to the European Convention on Human Rights side 372 flg.

handelsrelaterte aspekter av immaterialrett.¹¹ Forbud mot diskriminering er viktig innenfor dette settet av traktater. Oppgaven begrenser seg til en studie av diskrimineringsforbudet for produkter som er uttrykt i GATT artikkel I og III. Traktatbestemmelsene vil bli gjennomgått senere under punkt 2.2. Av plasshensyn vil jeg ikke behandle diskrimineringsforbud etter andre avtaler innenfor WTO. Heller ikke diskrimineringsforbud etter andre frihandelsavtaler, for eksempel innenfor EU, vil behandles, annet enn for å belyse problemstillinger innenfor WTO.

Det er viktig å presisere innledningsvis at selv om diskrimineringsforbud står sentralt både innenfor WTO og EMK, har de forskjellig karakter og skal tjene forskjellige formål. Formålet etter EMK er å beskytte menneskets verdighet, og å sikre europeisk integrering av vernet mot diskriminering.¹² Diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14 er bygget på et prinsipp om likhet og ikke-diskriminering.¹³ Kravet om likebehandling gir uttrykk for demokratiske verdier, og forbudet mot diskriminering skal sikre viktige prinsipper i rettsstaten, som for eksempel å hindre maktmisbruk.¹⁴

WTO-avtalen skal fremme internasjonal handel, og det følger av avtalens formålsparagraf (1994) at

” their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods...”

Diskrimineringsforbudene i WTO må ses i sammenheng med formålene om økonomisk vekst og en utvidet produksjon av og handel med produkter. Diskrimineringsforbudene skal sikre gjensidighet i forpliktelsene som medlemslandene har påtatt seg, gjennom å kontrollere statens bruk av handelshindringer, som nasjonale skatter, avgifter og andre reguleringer.¹⁵ Formålene bak diskrimineringsforbudene i EMK og WTO er dermed tilsynelatende svært forskjellige.

På den annen side er det både i forhold til EMK og WTO tale om internasjonale

¹¹ Ole Kristian Fauchald, *Environmental Taxes and Trade Discrimination* (1998) side 47

¹² Emberland side 202-204

¹³ NOU 2009:14 side 44

¹⁴ Emberland side 203

¹⁵ Fauchald side 47

bestemmelser, som tar sikte på å forby de former for forskjellsbehandling som rettslig sett kan karakteriseres som diskriminering. I NOU 2009:14 ble det presisert på side 44 at ”Store deler av EØS-retten og EU-retten, og Norges forpliktelser etter WTO-regelverket, kan også betraktes som utslag av tanken om likhet og ikke-diskriminering”. Grunntanken om likhet og ikke-diskriminering er dermed den samme som innenfor menneskerettighetene, selv formålene som ønskes oppnådd er forskjellig.

Det har vært nødvendig å avgrense oppgaven, og jeg har valgt å fokusere den komparative analysen på hva som anses som tillatt forskjellsbehandling innenfor EMK og WTO. Det er akseptert innenfor både EMK og WTO at et ubegrenset forbud mot å forskjellsbehandle, i for stor grad ville hindre statene i å oppnå blant annet andre anerkjente samfunnsformål. Innledningsvis kan det nevnes at det er EMD i sin domstolspraksis som har fått ansvaret for å fastslå rammene for tillatt forskjellsbehandling etter EMK artikkel 14. Innenfor WTO-retten, er tema for oppgaven tillatt forskjellsbehandling etter GATT artikkel XX¹⁶. Bestemmelsen utgjør den generelle adgangen til å gjøre unntak fra bestemmelsene i GATT og gir medlemsstatene et forsvar for diskriminering. Det finnes mange eksempler fra tvisteløsningsorganet i WTO på at bestemmelsen har blitt påberop for å forsvare brudd på diskrimineringsforbudene, særlig i forhold til artikkel III.

Det er flere mulige grunnlag som kan gjøre forskjellsbehandling legitim innenfor WTO-retten. Som eksempel nevnes tiltak for å tilrettelegge for utviklingslands deltakelse i internasjonal handel¹⁷, inngåelse av bilaterale frihandelsavtaler etter GATT artikkel XXIV og unntak på grunn av sikkerhetshensyn etter GATT artikkel XXI. I tillegg gjør artikkel I paragraf 2 unntak for historiske handelspreferanser, mens artikkel III paragraf 8 a og b gjør unntak for henholdsvis offentlige anskaffelser og nasjonale subsidiær. Dette er eksempler på saklig avgrensede bestemmelser som kan åpne for å gjøre unntak fra diskrimineringsforbudene. Av plasshensyn vil imidlertid ikke disse behandles i oppgaven.

1.3 Veien videre

Før en analyse av tillatt forskjellsbehandling kan foretas, er det nødvendig å gi en kort

¹⁶ Se vedlegg for GATT artikkel XX i fulltekst

¹⁷ Særlig Enabling Clause avgjørelse 28.november 1979, http://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/enabling_e.pdf og GATT artikkel XVIII

redegjørelse for forbudet mot diskriminering, slik det foreligger etter EMK artikkel 14 og GATT artiklene I og III. Som et ledd i denne utredningen, er det også nødvendig å presentere tvisteløsningsorganene, for å illustrere hvordan diskrimineringsforbudene skal sikres.

I punkt 3, som er oppgavens hoveddel, vil jeg studere hva som anses som tillatt forskjellsbehandling etter EMK artikkel 14 og i forhold til GATT artikkel I og III ved artikkel XX. Først vil jeg se på hvorfor det finnes regler som begrenser diskrimineringsforbudene, og hva som utgjør rammene for tillatt forskjellsbehandling i EMK og WTO. Deretter vil jeg se hva som kreves for at en forskjellsbehandling skal være legitim etter EMK og WTO, og om det er likheter og forskjeller i kravene som stilles. Særlig spørsmål omkring formål, proporsjonalitet og krav til utførelsen av tiltaket vil behandles. Betydningen statens skjønnsmargin og tvisteløsningsorganenes prøvingsintensitet vil også vurderes. Til sist vil jeg i punkt 4 knytte noen avsluttende kommentarer til hva eventuelle forskjeller og likheter kan skyldes.

2 Diskrimineringsforbud og tvisteløsning

2.1 Innledning

Diskriminering blir, i Cappelens ordbok fra 2006, beskrevet som å ”forskjellsbehandle slik at visse grupper el. personer blir fratatt rettmessige goder” eller ”behandle land ulikt mht. toll o.a”. Den språklige forståelsen av diskrimineringsbegrepet gir uttrykk for at det vil foreligge diskriminering dersom det har funnet sted en forskjellsbehandling. Etter diskrimineringsforbudet i rettslig forstand, vil i imidlertid ikke all forskjellsbehandling innebære diskriminering.

Jeg vil nå gi en introduksjon til diskrimineringsbegrepene etter EMK artikkel 14 og GATT artikkel I og III. Formålet er å gi innblikk i omfanget av diskrimineringsforbudet, fordi dette er bakgrunnen for at spørsmålet om tillatt forskjellsbehandling oppstår.

Tvisteløsningsorganene i EMK og WTO skal sikre at diskrimineringsforbudene overholdes og har derfor i praksis en viktig rolle, som gjør en gjennomgang nødvendig.

2.2 Diskrimineringsforbudet etter EMK artikkel 14

Det følger av EMK artikkel 14 at

” The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. ”

EMK artikkel 14 gir private rettssubjekter et minimumsvern mot diskriminering ved tilsikringen av deres øvrige rettigheter etter EMK.¹⁸ EMKs diskrimineringsforbud, slik det nå eksisterer, er derfor ikke et selvstendig forbud, men et forbud som er aksessorisk til de øvrige rettighetene i konvensjonen. Det er ikke nødvendig å fastslå brudd på en annen rettighet etter EMK for at diskrimineringsforbudet skal komme til anvendelse, men saksforholdet må falle innenfor rekkevidden av en annen bestemmelse etter konvensjonen.¹⁹

For at EMK artikkel 14 skal komme til anvendelse, må det normalt dreie seg om faktisk forskjellsbehandling av sammenlignbare tilfeller.²⁰ EMD la til grunn i Waite mot Storbritannia at det måtte ha skjedd en ” difference in treatment between persons in analogous or relevantly similar positions”.²¹ Etter dette må den faktiske forskjellsbehandlingen ha skjedd mellom personer i helt like eller relevant lignende posisjoner. Klageren har bevisbyrden for at slik forskjellsbehandling foreligger.²² Hva som kan regnes som relevant likhet vil bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.²³

Det er resultatet av forskjellsbehandlingen som eventuelt kan betegnes som diskriminering.²⁴ I Thlimmenos-saken mot Hellas²⁵ ble det lagt til grunn at også indirekte diskriminering rammes av bestemmelsen. Saken gjaldt en mann som var straffedømt og dermed ble nektet bevilgning som revisor, i tråd med gresk lovgivning. Mannens straffedom skyldtes at han på grunn av religiøse årsaker hadde nektet å utføre militærplikten. Spørsmålet var om det innebar

¹⁸ Emberland side 230

¹⁹ EMDs dom 28.november 1984 Rasmussen mot Danmark avsnitt 29

²⁰ Aall side 60

²¹ EMDs dom 10.desember 2002 Waite mot Storbritannia avsnitt 79

²² Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter, 2.utgave, (2004) side 60

²³ Emberland side 210

²⁴ Aall side 58

²⁵ EMDs dom 6.april 2000 Thlimmenos mot Hellas

diskriminering at mannen ble likestilt med andre kriminelle og derfor ikke fikk bevilgning. EMD la til grunn at

“unlike other convictions for serious criminal offences, a conviction for refusing on religious or philosophical grounds to wear the military uniform cannot imply any dishonesty or moral turpitude likely to undermine the offender's ability to exercise this profession. Excluding the applicant on the ground that he was an unfit person was not, therefore, justified.”²⁶

Karakteren av lovbruddet gjorde dermed at mannen burde behandles annerledes enn andre straffedømte. Mangelen på forskjellsbehandling mellom ulike tilfeller innebar et brudd på diskrimineringsforbudet. Indirekte forskjellsbehandling, i form av krav om forskjellsbehandling av ulike tilfeller, vil ikke behandles nærmere, da fokus i oppgavens hoveddel er tillatt forskjellsbehandling.

EMK artikkel 14 presiserer ikke hva som er diskriminering, men slår fast at diskriminering ikke kan skje på ”any ground”. At diskriminering ikke skal skje på noe grunnlag, gir uttrykk for et vidt diskrimineringsforbud. Videre listes det opp eksempler på hvilke grunnlag for forskjellsbehandling som vil være forbudt. Dette er i hovedsak basert på personlige egenskaper, egenskaper mennesket ikke kan forandre og gruppetilhørighet.²⁷ Bestemmelsen regnes ikke for å være uttømmende, fordi ”other status” tilsier at forskjellsbehandling på andre grunnlag også kan bryte med diskrimineringsforbudet.²⁸ I utgangspunkt kan man dermed si at EMK artikkel 14 gir uttrykk for et vidtrekkende menneskerettslig diskrimineringsforbud.

2.3 Diskrimineringsforbudene etter GATT artiklene I og III

Hovedbestemmelsene om ikke-diskriminering i GATT finnes i artikkel I²⁹ om beste vilkårsbehandling, og artikkel III³⁰ om nasjonal behandling, som ble videreført fra GATT artikkel 1947 til GATT 1994.³¹ I motsetning til EMK, er diskrimineringsforbudet ikke uttalt direkte,

²⁶ Thlimmenos-saken avsnitt 47

²⁷ Emberland side 213

²⁸ Aall side 61

²⁹ Se GATT artikkel I i sin helhet i vedlegg 1

³⁰ Se GATT artikkel III i sin helhet i vedlegg 2

³¹ John H.Jackson, William J. Davey, og Alan O. Sykes, Legal problems of International Economic Relations – Cases, materials and texts, 5th edition 2008, side 469.

men det spesifiseres i GATT artikkel I og III hvilken type forskjellsbehandling som er forbudt. Det er også statene som må påberope brudd på bestemmelsen, mens diskrimineringsforbudet etter EMK gjelder for private aktører. I praksis vil statene ofte påberope brudd på bestemmelsene på oppfordring fra nasjonale aktører.

Det følger av GATT artikkel I paragraf I at

”any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.”

Ordlyden gir uttrykk for at alle medlemsland innenfor WTO har krav på tilsvarende behandling for sitt produkt, som det landet med best vilkår. Diskrimineringsforbudet skal hindre forskjellsbehandling som gir noen land bedre vilkår på et marked enn de øvrige medlemslandene. Bestemmelsen omfatter i hovedsak tiltak direkte rettet mot import eller eksport av produkter, som tariffen og import og eksport restriksjoner.³² I utgangspunktet har alle medlemsland krav på like tariffen for sine produkter når de entrer markedet til en medlemsstat.³³

Den grunnleggende tanken bak bestemmelsen er at dersom alle medlemslandene overholder prinsippet, vil alle statene på sikt få fordeler av en mer effektiv ressursutnyttelse og det vil være en lavere risiko for at konflikter oppstår.³⁴ Det følger av artikkel I paragraf 1 at bestemmelsen også gjelder med ”respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III”. Dette innebærer at dersom en stat gir bedre vilkår til enkelte land enn de gjør til nasjonalt produserte produkter, vil det innebære diskriminering.³⁵ Det er ikke utenkelig at en slik situasjon oppstår, men normalt vil statene gi nasjonal produksjon best mulig vilkår.

I GATT artikkel III stilles det opp et prinsipp om ikke-diskriminering mellom produkter som er produsert nasjonalt og importerte produkter.³⁶ Det følger av artikkel III paragraf 2 at

”The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party

³² Fauchald side 81

³³ Fauchald side 144

³⁴ Jackson/Davey/Sykes side 467

³⁵ Fauchald side 81-82

³⁶ Jackson/Davey/Sykes side 537

shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products”.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at medlemsstatene har krav på at deres produkter ikke pålegges skatter og avgifter som nasjonale produkter slipper. Etter paragraf 1 presiseres det at skatter og avgifter ”should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production”. Diskrimineringsforbudet skal dermed hindre forskjellsbehandling mellom nasjonale og utenlandske produkter, og sikre at ikke skatter og avgifter benyttes for proteksjonistiske formål. Ved avgjørelsen av om det foreligger diskriminering må det foretas en sammenligning med de avgifter som er pålagt de nasjonale produktene.³⁷

Videre følger det av artikkel III paragraf 4 at

”The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use”.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden taler for at produktene heller ikke skal gis dårligere behandling etter nasjonal lovgivning eller regulering, enn den behandlingen som gis nasjonale produkter. Bestemmelsen gir uttrykk for et krav om nasjonal behandling i forhold til reguleringer som påvirker salg og bruk av produkter generelt.³⁸ Diskrimineringsforbudet gjelder ikke bare i forhold til skatter og avgifter, men skal også hindre proteksjonisme i forhold til hvilke vilkår myndighetene stiller til produktene. Både GATT artikkel I og III forbyr dermed diskriminering på bakgrunn av nasjonal tilhørighet, noe som også kan aktivere diskrimineringsforbudet i EMK.

For å legge til grunn at det foreligger diskriminering må det, på samme måte som etter EMK, eksistere en viss likhet mellom produktene. Både etter artikkel I og artikkel III stilles det krav om at det må foreligge ”like products”. Språklig sett kan ordlyden vise både til produkter som er identiske og som er lignende. Et krav om identiske produkter ville gi GATT artikkel I og

³⁷ Fauchald side 162

³⁸ Jackson/Davey/Sykes side 537

III mer begrensede anvendelsesområder enn etter EMK artikkel 14, hvor kravet er at tilfellene kan sammenlignes.

Spørsmålet om hva som skal regnes for "like products" er ikke uttrykkelig fastslått i GATT, og problemstillingen har vært oppe i praksis. I Asbest-saken mot det europeiske fellesskap³⁹ gjaldt saken franske regler som forbød bruk, salg, import og markedsføring av alle former for asbest. Et viktig spørsmål var om reglene stred mot diskrimineringsforbudet i artikkel III paragraf 4, fordi produkter som inneholdt PCG var tillatt og disse måtte regnes som like som produkter med asbest. Ankeorganet slo fast fire typer karakteristika produktene kunne ha til felles:

" (i) the physical properties of the products; (ii) the extent to which the products are capable of serving the same or similar end-uses; (iii) the extent to which consumers perceive and treat the products as alternative means of performing particular functions in order to satisfy a particular want or demand; and (iv) the international classification of the products for tariff purposes. "⁴⁰

Ankeorganet kom til at denne metoden kunne være et rammeverk for å analysere likheten av produkter, men at resultatet ville bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.⁴¹

Ankeorganet ville dermed ikke fastslå at kriteriene ville være avgjørende i en hver sak. Likevel kan det legges til grunn at det ikke oppstilles et krav om at produktene må være identiske. Det er lagt til grunn at "like products" ikke nødvendigvis skal tolkes likt i forhold til alle bestemmelsene.⁴² Ankeorganets uttalelser illustrerer likevel at fokuset innenfor WTO er på objektivt konstaterbare karakteristika, mens det innenfor EMK fokuseres på en helhetsvurdering av om tilfellene kan sammenlignes.

Diskrimineringsforbudet etter GATT artikkel I og III fremstår, i likhet med diskrimineringsforbudet etter EMK artikkel 14, som omfattende. Spørsmålet om tillatt forskjellsbehandling etter GATT artikkel XX har vist seg mest praktisk i forhold til GATT artikkel III, og derfor vil denne bestemmelsen vil være i fokus for eksemplene i oppgavens punkt 3. Unntakene i GATT artikkel XX gjør seg også gjeldene for artikkel I, men andre regler for å fravike diskrimineringsforbudet har vist seg å være mer praktisk, for eksempel GATT artikkel XXIV om adgangen til å inngå bilaterale frihandels avtaler.

³⁹ WT/DS135/AB/R European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products

⁴⁰ Asbest-saken avsnitt 101

⁴¹ Asbest-saken avsnitt 102

⁴² Jackson/Davey/Sykes side 480

2.3 Tvisteløsningsorganene innenfor EMK og WTO.

2.3.1 Tvisteløsning

Diskrimineringsforbudene innenfor EMK og WTO er avhengig av at brudd på bestemmelsene følges opp. Tvisteløsningsorganenes rolle har dermed stor betydning for effektiviteten av diskrimineringsforbudene. Ofte er det et problem for internasjonale forpliktelser at de, i motsetning til nasjonale lover og regler, mangler et rammeverk som kan sikre oppfyllelse av forpliktelsene. Felles for både EMK og WTO er at begge har tvisteløsningsorganer som må anses for å være effektive i internasjonal sammenheng.

Etter EMK er det nasjonale myndigheter som i første omgang skal behandle påstanden om diskriminering, da EMD har subsidiær kompetanse, jf. EMK artikkel 35. Prinsippet henger sammen med at det etter artikkel 1 er statene som har ansvaret for "å beskytte rettighetene etter konvensjonen, og at borgerne etter artikkel 13 har krav på "effective remedy".⁴³

Bakgrunnen for at rettigheter i utgangspunktet skal beskyttes på nasjonalt nivå, er bygget på en anerkjennelse av at nasjonale myndigheter ofte vil være bedre skikket til å foreta skjønnsmessige vurderinger, som ofte krever nærhet til situasjonen, enn et overnasjonalt organ.⁴⁴ Dette vil spesielt være aktuelt i spørsmål om diskriminering, hvor det ofte vil være vektige hensyn på begge sider av en konflikt.

Innenfor EMK er det også ansett som nødvendig med en kontrollfunksjon for å sikre at statene oppfyller sine plikter etter konvensjonen, og at statenes rettssystem ivaretar borgernes rettigheter. EMD avsier etter artikkel 46 nr.1 bindende avgjørelser, som Minsiterkomitéen kontrollerer at staten følger opp, jf. artikkel 46 nr.2. At det både kan avsies bindende avgjørelser og at det finnes en kontrollfunksjon, gjør at EMD har en praktisk viktig funksjon i forhold til diskrimineringsforbudets effektivitet og for hva som regnes som tillatt forskjellsbehandling.

Innenfor WTO er det valgt en annen modell for tvisteløsningsmekanismen, hvis utførelse reguleres av "Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of

⁴³ Christian Børge Sørensen, "Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen", *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2004) s.134-196 på side 145

⁴⁴ Sørensen side 145

Disputes”⁴⁵ (DSU). Tvisteløsningsordningen ble etablert som et ledd i at GATT 1947 ble til WTO i 1995, og innebar en viktig endring i forhold til tidligere tvisteløsningsmetoder som var svært forhandlingsbasert, og med lite vekt på juridiske prinsipper.⁴⁶ Prosessen⁴⁷ krever at statene først skal bli enig gjennom konsultasjoner.⁴⁸ Dette innebærer at dersom en stat mener at nasjonale produkter er utsatt for diskriminering, må den først foreta konsultasjoner med medlemsstaten som anklages for å stå for diskrimineringen.

Dersom statene ikke blir enige i forhold til diskrimineringsspørsmålet, kan statene kreve at det opprettes et Panel⁴⁹, som etter en vurdering av saken avlegger rapport om hva som bør blir resultatet av tvisten⁵⁰. Finner Panelet at et tiltak innebærer diskriminering i strid med artikkel I eller III, skal staten pålegges å rette tiltaket slik at det blir i overensstemmelse med forpliktelsene.⁵¹ Panelets avgjørelse kan ankes til Ankeorganet (Appellate Body) etter DSU artikkel 17. Tvisteløsningsorganet skal etter DSU artikkel 21 følge med at avgjørelsene implementeres av staten, og har etter artikkel 22 mulighet for å ilegge økonomiske sanksjoner dersom avgjørelsen ikke blir fulgt. Dette gjør at de fleste medlemsstatene relativt kjapt vil rette seg etter avgjørelsene. Tvisteløsningsmekanismen har dermed også stor betydning for effektiviteten av diskrimineringsforbudet innenfor WTO.

2.3.2 Tolkning og utvikling av diskrimineringsforbudene

Både etter EMK og WTO skal tvisteløsningsorganene avgjøre sakene etter tolkning og anvendelse av bestemmelsene. Det følger av EMK artikkel 32.nr.1 at EMDs kompetanse omfatter ”interpretation and application of the convention and protocols thereto”. EMD kan dermed ikke pålegge statene andre forpliktelser enn de som følger av EMK og dens tilleggsprotokoller.⁵² Når EMK artikkel 14 ikke presiserer uttrykkelig hva som regnes som diskriminering, må imidlertid bestemmelsen utfylles med tolkning. Formålsparagrafen til EMK legger til grunn at vernet av menneskerettighetene skal være effektivt, og EMD har som

⁴⁵ Understanding in Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes trådte i kraft da GATT ble til WTO i 1995 http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf

⁴⁶ Matthia Oesch, Standards of Review in WTO Dispute resolution (2003) side 4

⁴⁷ Se utfyllende forklaring av tvisteløsningsprosessen i Jackson/Davey/Sykes side 269 flg

⁴⁸ GATT artikkel XXIII

⁴⁹ DSU artikkel 6.1

⁵⁰ DSU 7.1

⁵¹ DSU 19.1

⁵² Aall side 39

et ledd i effektivitetsprinsippet lagt til grunn et dynamisk tolkningsprinsipp.⁵³ EMD slik en rettsutviklende rolle i forhold til diskrimineringsforbudet, og får dermed stor betydning for hva som til en hver tid regnes som tillatt forskjellsbehandling.

I forhold til WTO følger det av DSU artikkel 3.2 at tvisteløsningsorganet skal tolke bestemmelsene ”in accordance with customary rules of interpretation of public international law”. Dette innebærer at man må se hen til internasjonale sedvanerettslige tolkningsregler. Ankeorganet har lagt til grunn at disse finnes i Wien-konvensjonen artikkel 31 og 32.⁵⁴ Utgangspunktet for tolkning av diskrimineringsforbudene i artikkel I og III er dermed en naturlig språklig forståelse av ordlyden, og etter artikkel 31 skal de også tolkes i lys av bestemmelsenes ”object and purpose”. I Reke-saken ble det lagt til grunn at unntakene i GATT artikkel XX måtte tolkes i lys av samfunnsutviklingen, fordi bestemmelsene ikke har statisk betydning.⁵⁵ Rammene for diskrimineringsforbudene vil dermed ha et visst dynamisk preg, i likhet med etter EMK, som gir tvisteløsningsorganene en viktig rolle for å fastslå hva som regnes som tillatt forskjellsbehandling.

Imidlertid har det innenfor WTO vært stor skepsis til å gi domstolene en for aktiv rolle i løsningen av tvistene.⁵⁶ Tolkningen av bestemmelsene er sterkt påvirket av at de representerer et kompromiss mellom en diplomatisk og en lovregulert metode.⁵⁷ Tolkningen av GATT artikkel XX har vært omtvistet innenfor WTO og særlig forholdet mellom handel og miljøhensyn vært kontroversielt.⁵⁸ Samlet sett kan dette gi uttrykk for at EMD har en noe friere rolle i forhold til utviklingen av diskrimineringsforbudet, enn tvisteløsningsorganene innenfor WTO.

⁵³ Sørensen side 146

⁵⁴ Se Jackson/Davey/Sykes side 307, hvor det blant annet vises til WT/DS26/AB/R European Communities – Classification of frozen boneless chicken cuts

⁵⁵ Se Reke-saken mot USA avsnitt 129-130.

⁵⁶ Hilf, Meinhard og Sebastian Puth, “The Principle of proportionality on its way into WTO/GATT Law” i European Integration and International Co-ordination – Studies in Transnational Economic Law in Honour of Clasu-Dieter Ehlermann, Armin Von Bogdandy, Petros C. Mavroidis og Yves Mény (red.), (2002) side 216-217

⁵⁷ Fauchald side 52

⁵⁸ Jackson/Davey/Sykes side 591

3 Tillatt forskjellsbehandling i EMK og WTO

3.1 Hvorfor finnes det regler som begrenser diskrimineringsforbudet?

For å kunne ta stilling til hva som anses som tillatt forskjellsbehandling, er det nødvendig først å studere hvorfor en stat kan ha behov for å tillate forskjellsbehandling på tross av diskrimineringsforbudene i EMK og ikke-diskrimineringsreglene i WTO.

Etter EMK kan en stat blant annet ha behov for å fravike diskrimineringsforbudet av hensyn til ressursbruk.⁵⁹ Statene har begrensede ressurser, som gjør det nødvendig med prioriteringer i ressursbruken. I tillegg taler hensynet til demokrati og suverenitet for at det menneskerettslige vernet mot diskriminering etter EMK må begrenses.⁶⁰ Statene kan etter en helhetsvurdering ha behov for å prioritere andre viktige samfunnshensyn, eller hva som best gagnar flertallet av befolkningen, fremfor enkeltindividers vern mot diskriminering. Dersom statene opplever at internasjonale forpliktelse i for stor grad legger begrensninger, kan dette føre til misnøye som kan true effektiviteten av forpliktelsene.⁶¹

Det vil ofte være vektige hensyn på begge sider av en konflikt, som gjør statenes prioriteringer utfordrende. Dette kommer klart til uttrykk gjennom EMDs dom i Palau-Martines-saken⁶², som gjaldt barnefordeling etter skilsmisse. Saken ble brakt inn for EMD av mor, som i hadde blitt fratatt den daglige omsorgen for barna sine til fordel for barnas far. En viktig del av den nasjonale domstolens begrunnelse for at hun ikke fikk omsorgsretten tilbake, knyttet seg til at hun var medlem av Jehovas Vitner og dermed ville nekte barna en eventuell blodoverføring. Dette ble ansett for å være en trussel mot barnas helse, som talte for at moren ikke burde ha omsorgsrett for barna. På den annen side stod morens rett til privatliv og frihet til å leve sitt liv som hun ønsket, jf. EMK artikkel 8. I dommen kom EMD til at det innebar diskriminering å legge avgjørende vekt på barnemorens religion, jf. EMK artikkel 14, jf. artikkel 8.

Innenfor WTO vil også statene ha behov for å forskjellsbehandle medlemslandene for å ivareta andre hensyn som staten mener veier tyngre enn å fremme internasjonal frihandel. Jo

⁵⁹ Emberland side 205

⁶⁰ Emberland side 205.

⁶¹ Emberland side 205

⁶² EMDs dom 16.desember 2003 Palau-Martines mot Frankrike avsnitt 42-43

mer internasjonale økonomiske forpliktelser binder statene, jo mindre rom vil statene ha til å prioritere andre politiske mål.⁶³ Et produkt kan på flere måter fremstå som en trussel for interesser som statene ønsker å beskytte, for eksempel på grunn av egenskaper ved selve produktet eller forhold rundt produksjonen. I slike tilfeller vil en stat kunne ha behov for å gjøre unntak fra forbudet mot diskriminering for å hindre at produktet ankommer det nasjonale markedet. Både etter EMK og WTO er det dermed akseptert at et ubegrenset diskrimineringsforbud ville lagt for store begrensninger på statene.

Effektiviteten av diskrimineringsforbudene ville svekkes vesentlig dersom statene hadde hatt helt fritt spillerom i forhold til hvilke hensyn de ønsket å prioritere. Hensynene som taler mot forskjellsbehandling må ses i sammenheng med formålene bak diskrimineringsforbudene. Dette gjør at det har vært nødvendig å oppstille begrensninger for hva som anses som tillatt forskjellsbehandling. Det er dette jeg nå skal se nærmere på.

3.2 Rammene for tillatt forskjellsbehandling

3.2.1 EMK artikkel 14

EMK artikkel 14 gir ikke uttrykk for hva som regnes som tillatt forskjellsbehandling, ettersom bestemmelsen kun viser at forskjellsbehandling på visse grunnlag er forbudt. Det er dermed opp til EMD å fastslå rammene for tillatt forskjellsbehandling i sin domstolspraksis.

Spørsmålet om hvordan EMKs diskrimineringsforbud skulle tolkes var i første gang oppe til behandling for EMD i en tvist som omtales som Den belgiske språksaken.⁶⁴ Det er denne dommen som fremdeles utgjør grunnlaget for forståelsen av diskrimineringsforbudet etter EMK. Spørsmålet var om belgisk lovgivning, angående hvilke språk som skulle brukes under utdanning, var i strid med artikkel 14, jf. artikkel 8.

EMD støttet seg til rettspraksis i mange medlemsland, og slo fast at diskriminering foreligger hvor det har skjedd en forskjellsbehandling som mangler ”objective and reasonable

⁶³ Jackson/Davey/Sykes side 539

⁶⁴ EMDs dom 23.juli 1968, case ”relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” mot Belgia

justification”⁶⁵. Rimelighetskravet ble videre knyttet til et krav om proporsjonalitet.⁶⁶ Tillatt forskjellsbehandling etter EMK artikkel 14 er dermed avhengig av formålmessighet, se under punkt 3.3.1, og proporsjonalitet, se under punkt 3.5.1, for å være legitim. Det er staten som har bevisbyrden for at forskjellsbehandlingen oppfyller disse kravene.⁶⁷

3.2.2 GATT artikkel XX

GATT artikkel XX⁶⁸ gir en generell adgang til å fravike bestemmelsene i GATT, herunder også diskrimineringsforbudene i artikkel I og III. Etter bestemmelsen må det aktuelle tiltaket staten iverksetter ha til hensikt å ivareta bestemte opplistede formål som følger av artikkel XX punkt a- j. I tillegg må tiltaket utføres på en måte som ikke er i strid med bestemmelsens chapeau. Chapeauen er en introduksjonsklausul, som stiller vilkår for anvendelsen av de spesifikke unntakene i artikkel XX.⁶⁹ Fremgangsmåten for å avgjøre om diskriminering kan godtas etter artikkel XX, ble lagt til grunn av WTOs ankeorgan i den sentrale Reke-saken⁷⁰ mot USA, som igjen trakk veksler på Bensin-saken⁷¹, også mot USA:

“The analysis is, in other words, two-tiered: first, provisional justification by reason of characterization of the measure under XX(g); second, further appraisal of the same measure under the introductory clauses of Article XX”⁷²

Ved avgjørelsen av om tiltaket kan forsvares etter artikkel XX, må det først vurderes om tiltaket faller inn under punkt a-j, se punkt 3.3.2, og deretter om utførelsen av tiltaket kan godkjennes etter bestemmelsens chapeau, se punkt 3.4.1. Fremgangsmåten var et resultat av bestemmelsens fundamentale struktur og logiske oppbygning.⁷³

På samme måte som etter EMK, er det staten som påberoper at forskjellsbehandlingen er legitim etter GATT artikkel XX, som generelt har bevisbyrden.⁷⁴ Dersom et tiltak oppfyller vilkårene etter GATT artikkel XX vil det fortsatt karakteriseres som diskriminering, men

⁶⁵ Den belgiske språk-saken side 31 punkt 10

⁶⁶ Den belgiske språk-saken side 31 punkt 10

⁶⁷ Emberland side 214

⁶⁸ Se GATT artikkel XX i sin helhet i vedlegg 3

⁶⁹ Jackson/Davey/Sykes side 614

⁷⁰ WT/DS58/AB/R, United States – Import prohibition of certain shrimp and shrimp products

⁷¹ WT/DS2&4/AB/R, United States-Standard for reformulated and conventional gasoline

⁷² Reke-saken mot USA avsnitt 118

⁷³ Reke-saken mot USA avsnitt 119

⁷⁴ Fauchald side 309

forskjellsbehandlingen vil være tillatt etter GATT artikkel XX. Dette følger av at bestemmelsen er en unntaksbestemmelse, som kan gi forsvar mot brudd på diskrimineringsforbudet. Dette er forskjellig fra EMK, hvor forskjellsbehandlingen ikke omtales som diskriminering dersom kravene til saklighet og proporsjonalitet er oppfylt.

3.3 Hvilke formål kan gi grunn til legitim forskjellsbehandling?

3.3.1 Kravet om saklighet i EMK

I Den belgiske språksaken ble kravet om ”objective” behandling knyttet opp mot at forskjellsbehandlingen måtte ”pursue a legitimate aim”.⁷⁵ Myndighetene må dermed ha en legitim grunn for forskjellsbehandlingen.⁷⁶ Dette innebærer at forskjellsbehandlingen må ha et formål som anses som legitimt etter en objektiv vurdering, for å anses som saklig. Det er ikke mulig å oppstille hvilke formål som til enhver tid vil kunne oppfylle kravet om saklighet. Grovt sett kan det likevel slås fast at forskjellsbehandlingen må være i samfunnets eller i enkeltpersoners interesse.⁷⁷

Et eksempel på et inngrep som innebar saklig forskjellsbehandling, viser Fretté-saken mot Frankrike.⁷⁸ Saken gjaldt en mann som ble nektet å adoptere, i hovedsak på grunn av hans homofile legning. EMD fant at

” there is no doubt that the decisions to reject the applicant's application for authorisation pursued a legitimate aim, namely to protect the health and rights of children who could be involved in an adoption procedure, for which the granting of authorisation was, in principle, a prerequisite”⁷⁹

Når formålet var å beskytte barnets beste måtte forskjellsbehandlingen anses som saklig.

Det er klart at forskjellsbehandling ikke godtas hvor den er basert på usaklige argumenter styrt av for eksempel personlige følelser, eller hvor den bærer preg av vilkårlig maktbruk.⁸⁰ Dette kan tale for at det stilles store krav til statens saklige begrunnelse for handlinger eller

⁷⁵ Den belgiske språksaken side 31 avsnitt 10

⁷⁶ Emberland side 217

⁷⁷ Aall side 125

⁷⁸ EMDs dom 26.februar 2002 Frette mot Frankrike

⁷⁹ Frette-saken avsnitt 38

⁸⁰ Emberland side 216

unnlatelser som innebærer forskjellsbehandling. Det kan også gi uttrykk for at saklighetskravet innebærer en vesentlig begrensning for hva som anses for å være tillatt forskjellsbehandling, fordi det gir statene klare rammer i deres myndighetsutøving.

Imidlertid svekkes denne forståelsen av kravene som i praksis stilles til hvilke formål som kan regnes som legitime. Utviklingen av saklighetskravet i EMD har blitt kritisert fordi de vage retningslinjene gjør at statene normalt vil kunne klare å begrunne et inngrep eller en unnlattelse med noen hensyn som kan fremstå som legitime.⁸¹ Med dette menes at når mange formål kan fremstå som legitime, oppstår det en risiko for at slike formål påberopes for å begrunne forskjellsbehandling, selv om den i realiteten bygger på mindre edle motiver. Dette kan gi uttrykk for at saklighetskravet likevel ikke har særlig stor betydning for hva som anses som tillatt forskjellsbehandling.

3.3.2 Formålsangivelsen i GATT artikkel XX a-j

Som nevnt stilles det, i likhet med EMK, krav til formålet bak forskjellsbehandlingen etter GATT artikkel XX a-j. For at tiltak som i utgangspunktet vil være diskriminering skal godtas, må formålet bak tiltaket objektivt sett falle innenfor et av punktene i artikkel XX a-j. I motsetning til saklighetskravet etter EMK, er formålene som kan gi grunnlag for legitim forskjellsbehandling opplistet i GATT artikkel XX.

Blant formålene som omfattes er blant annet ønsket om å beskytte den offentlige moral i punkt a eller liv og helse i punkt b, oppfyllelse av nasjonale lover og regler som ikke er i strid med avtalen under punkt d og bevaring av uttømmelige naturressurser i punkt g. Noen formål påberopes hyppigere enn andre, og det er i forhold til disse bestemmelsene det finnes mest praksis fra tvisteløsningsorganet. Dette gjelder spesielt punkt b, d og g⁸², som jeg særlig vil se nærmere på.

Etter punkt b kan diskriminering tillates dersom tiltaket skal beskytte "human, animal or plant life or health". Dersom produktet i seg selv, produksjonsmåten eller andre forhold rundt produktet utgjør en trussel mot liv eller helse til mennesker, dyr eller planter, kan punkt b

⁸¹ Oddný Mjöll Arnardóttir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights* (2003) side 45

⁸² Jackson/Davey/Sykes side 591

anvendes som forsvar mot påstander om traktatstridig diskriminering. Dekk-saken mot Brasil⁸³ gjaldt Brasils forbud mot import og markedsføring av dekk behandlet på en spesiell måte. Brudd på reglene kunne føre til bøter. Tiltaket var gjort for å redusere påstått risiko for helse og miljø som følge av oppsamling av dekkene. Forbudet innebar diskriminering etter artikkel III paragraf 4, men det ble lagt til grunn at importforbud av en spesiell type dekk kunne godtas under punkt b for å beskytte "human, animal or plant life or health".⁸⁴

Videre kan diskriminering godtas etter punkt d, hvor tiltaket er gjort for å sikre "compliance with laws and regulations which are not inconsistent with the provisions of the Agreement". Etter ordlyden kan staten påberope seg beskyttelse mot diskrimineringsinnsigelser, dersom de ved tiltaket søker å sikre gjennomføringen av andre lover eller reguleringer som ikke er i strid med bestemmelsene etter avtalen. Dette vil si at hvis en stat vil gjennomføre nasjonal lovgivning, som ellers er i samsvar med GATT, kan forskjellsbehandling i strid med diskrimineringsforbudene tillates.

Et eksempel finnes i Kjøtt-saken mot Korea⁸⁵, som gjaldt koreanske myndigheters krav om at importert kjøtt måtte selges i separate butikker. Dette ble ansett for å være diskriminering etter GATT artikkel III paragraf 4, og var i utgangspunktet ikke tillatt etter avtalen. Imidlertid påberopte Korea seg beskyttelse etter GATT artikkel XX d, fordi tiltaket var satt i gang for å sikre nasjonal lovgivning mot villedende merking av kjøtt. Panelets avgjørelse om at tiltaket til en viss grad oppfylte kravene i punkt d fordi tiltaket, i hvert fall delvis, ble gjort for å sikre gjennomføringen av nasjonal lovgivning, var ikke omtvistet, og ble lagt til grunn av Ankeorganet.⁸⁶

Etter både punkt b og d, i tillegg til punkt a, må tiltaket i tillegg må være "necessary" for å oppnå formålet. I dette ligger et krav om at tiltaket må være nødvendig for å oppfylle hensynet som staten har påberopt for å forsvare brudd på diskrimineringsforbudet. I likhet med EMDs praksis ved tolkningen av artikkel 14, stilles det dermed krav til forholdet mellom behovet for tiltaket og det formålet som søkes oppnådd. I Kjøtt-saken mot Korea var det springende punkt for Ankeorganet nettopp hvorvidt lovgivningen var "necessary" for å hindre villedende merking av kjøtt. Det ble tatt utgangspunkt i ordets vanlige betydning, og ordlyden

⁸³ WT/DS332/AB/R Brazil-Measures affecting imports of retreated tyres

⁸⁴ Dekk-saken mot Brasil avsnitt 183

⁸⁵ WT/DS161 & 169 /AB/ R Korea-Measures affecting imports of fresh, chilled and frozen beef

⁸⁶ Kjøtt-saken mot Korea avsnitt 158

tilsa at tiltaket måtte være et sted mellom å være et bidrag til og å være uunnværlig.⁸⁷ Ankeorganet mente at behovet for tiltaket her måtte være nærmere uunnværlig, blant annet fordi bestemmelsen kunne gi et vidt rom for lover og reguleringer.⁸⁸

Det ble fremhevet at kravet om nødvendighet krever en vurdering av i hvilken grad tiltaket sikrer oppfyllelse av målet, og i hvilken grad tiltaket legger restriksjoner på den internasjonale handelen.⁸⁹ I tillegg støttet Ankeorganet seg til Panelets oppfatning om at et tiltak ikke kan godtas som nødvendig dersom det finnes alternative tiltak i overensstemmelse med GATT artikkel III:4, som med rimelighet kunne ventes å bli anvendt.⁹⁰ Korea kunne ha valgt alternative tiltak som ikke hadde vært i strid med diskrimineringsforbudet, ved bevilgning av mer ressurser til kontroll av at det ikke forekom svindel med merking av kjøttets opphavsland. Dette førte til at tiltaket ikke kunne forsvares under GATT artikkel XX punkt d. Ved avgjørelsen av om et tiltak er nødvendig må det dermed tas stilling til viktigheten av tiltaket og i hvilken grad det påvirker internasjonal handel, i tillegg til om det fantes alternative tiltak som det med rimelighet kunne forventes at ble foretatt. Det er ønskelig at det minst handelsrestriktive tiltak velges.⁹¹

Videre kan diskriminering tillates etter punkt j, dersom tiltaket er ”essential” for å oppnå formålet om oppkjøp og distribusjon av produkter. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at tiltaket må være avgjørende for å sikre formålet. Bestemmelsen stiller dermed krav til et svært sterkt behov for tiltaket og kan gi uttrykk for et større krav til behovet for tiltaket, enn kravet om nødvendighet i punkt a, b og d.

Et annet viktig formål som kan forsvare diskriminering er hvor statens formål er ”conservation of exhaustible natural resources”, jf.punkt g. Hvor grunnlaget for forskjellsbehandling er å bevare oppbrukbare naturressurser, åpnes det for at landet kan forsvare et brudd på diskrimineringsforbudet. Spørsmålet var oppe i Bensin-saken mot USA⁹², som gjaldt krav til innholdet av bensin solgt på det nasjonale markedet. Deler av tiltaket innebar diskriminering etter GATT artikkel III paragraf 4, til fordel for nasjonale

⁸⁷ Kjøtt-saken mot Korea avsnitt 161

⁸⁸ Kjøtt-saken mot Korea avsnitt 161-162

⁸⁹ Kjøtt-saken mot Korea avsnitt 163

⁹⁰ Kjøtt-saken mot Korea avsnitt 165-166

⁹¹ Axel Desmedt, ”Proportionality in WTO Law”, *Journal of International Economic Law*, (2001) side 441-480 side 467-468

⁹² WT/DS2&4/AB/R United States – Standards for reformulated and Conventional Gasoline

oljeprodukter. Formålet med tiltaket var å hindre luftforurensning. Luft ble ansett for å være en uttømmende naturlig ressurs, og fravikelse av diskrimineringsforbudet kunne forsvares etter GATT artikkel XX punkt g.

Etter punkt g stilles det ikke krav om at tiltaket må være nødvendig for å kunne forsvare et brudd på diskrimineringsforbudet. I stedet må tiltaket være "relating to" oppnåelsen av formålet, i likhet med kravene som stilles i punkt c og e. I Bensin- saken var spørsmålet for Ankeorganet om bensinreguleringen var "relating to" forbedring av luftkvaliteten, og dermed kunne forsvares etter GATT artikkel XX punkt g. Det var enighet om at ordlyden gav uttrykk for at tiltaket måtte være "primarily aimed at" bevaringen av naturressursene.⁹³ Dette gir uttrykk for at tiltaket måtte i hovedsak være rettet mot å nå formålet. Ankeorganet la til grunn på side 19 at

"given that substantial relationship, the baseline establishment rules cannot be regarded as merely incidentally or inadvertently aimed at the conservation of clean air in the United States for the purposes of Article XX(g)."

Det ble dermed lagt vekt på at reglene ikke fremsto som tilfeldig eller utilsiktet rettet mot å nå formålet, fordi det var sterkt forhold mellom tiltak og formålet. Dette gir uttrykk for et lavere krav til tiltakets behov enn hvor det er krav om at tiltaket er nødvendig eller avgjørende. Panelet hadde utelukkende fokusert på forholdet mellom formålet og de diskriminerende elementene i reguleringen, og hadde slik kommet til at tiltaket ikke oppfylte kravet til tiltakets behov. Ankeorganet kom til at dette var feil fremgangsmåte. Ved avgjørelsen måtte man se på tiltaket som helhet, og det ble dermed lagt til grunn at behovet for tiltaket i dette tilfellet var oppfylt.

Heller ikke punkt f, h, og i stilles det krav til nødvendighet, men bruker uttrykk som "imposed for", "undertaken in pursuance of" og "involving". Det er klart at det også her må foreligge en forbindelse mellom tiltaket og det formålet som det skal beskytte. Imidlertid kan en naturlig forståelse av ordlyden tale for at det også her stilles et løsere krav til tilknytningen mellom tiltaket og det som ønskes oppnådd enn ved krav om at tiltaket må være avgjørende eller nødvendighet. Dette gir uttrykk for at det er lettere å oppfylle kravet til behovet for et tiltak etter punktene c,e,f,g,h og i.

⁹³ Bensin-saken side 18

3.3.3 Forskjeller og likheter i formålsbegrensningene

Både etter EMK og WTO stilles dette krav til hvilke formål statene kan begrunne et tiltak i, for at forskjellsbehandlingen likevel skal regnes som legitim. Diskrimineringsforbudene hadde blitt vanskelig å opprettholde dersom statene kunne diskriminere fritt etter hvilke formål de selv fant for godt. Slik sett er saklighetskravet et viktig ledd i begrensningene for hva som regnes for tillatt forskjellsbehandling.

Kravet til saklighet fremstår likevel som et større hinder for statenes mulighet til å forskjellsbehandle etter GATT artikkel XX, enn etter EMK artikkel 14. Etter EMK finnes det ingen opplisting av hvilke formål som kan anses legitime, mens det etter GATT artikkel XX er det uttømmende fastslått hvilke formål som kan beskyttes. De opplistede vilkårene er svært spesifikke i sin utforming, og dette gjør at rammene for hvilke formål som kan gi legitim grunn til forskjellsbehandling ikke er særlig vide. Det er dermed større frihet for hvilke formål som kan fremmes ved forskjellsbehandling etter EMK artikkel 14 enn det er etter GATT artikkel XX punkt a-j.

Forskjellene i hvordan saklighetskravet er regulert får dermed betydning for hvilke formål som anses som legitime og forskjellene kan ha sammenheng med formålene bak diskrimineringsforbudene. Gjensidighet er som nevnt sentralt i internasjonal handel, og det kan spekuleres i om dette kan forklare hvorfor formålene for tillatt forskjellsbehandling er mer begrenset etter GATT artikkel XX, enn etter EMK artikkel 14. Et annet forslag er at det er lettere å forutse legitime grunner til forskjellsbehandling innenfor internasjonal handel, men dette blir spekulasjoner.

3.3.2 Kritikk mot formålsbegrensningene

Nettopp rekkevidden for hvilke formål som anses som legitime grunner for forskjellsbehandling har blitt kritisert både i forhold til EMK artikkel 14 og GATT artikkel XX. I EMK artikkel 14 har saklighetskravet blitt kritisert for at det gir statene for stort spillerom og det blitt hevdet at saklighetskravet ikke innebærer et stort faktisk hinder for staten, utover at det hindrer vilkårlig maktbruk.⁹⁴ Statene vil dermed ha stor fleksibilitet i

⁹⁴ Se blant annet Arnardottir side 45

hvilke hensyn de ønsker å prioritere. Foredelen med denne reguleringen er at diskrimineringsforbudet lett kan tilpasses interesser som oppstår som et ledd i samfunnsutviklingen. På den annen side kan det også redusere effektiviteten av det menneskerettslige vernet mot diskriminering.

En tilsvarende fleksibilitet er ikke lagt til grunn etter GATT artikkel XX, som i liten grad gir statene anledning til å velge hvilke hensyn de ønsker å prioritere. Spesielt forholdet til miljøhensyn som forsvar etter GATT artikkel XX har vært kontroversielt⁹⁵. Det har også vært diskutert hvorvidt menneskerettslige forpliktelser som medlemsstatene har påtatt seg, også bør kunne utgjøre et forsvar mot diskriminering etter GATT artikkel XX.⁹⁶

Samfunnsutviklingen har også gjort at teoretikere har sett etter andre holdepunkter i WTO-regelverket enn artikkel XX, for få finne fleksibilitet til å prioritere andre formål. Hudec har tatt til ordet for en endring i hvordan avgjør om produktene er "like", særlig i forhold til diskrimineringsforbudet i GATT artikkel III paragraf 4.⁹⁷ Ved å ta i bruk en formåls- og virkningsbasert test, som alternativ til de tradisjonelle karakteristika, vil opprinnelsesnøytrale tiltak ikke blir stilt overfor like strenge vilkår, dersom formålet ikke er å diskriminere. Bakgrunnen for forslaget er blant annet den begrensede adgangen til å gjøre unntak etter GATT artikkel XX, selv hvor tiltaket ikke har diskrimineringshensikt.⁹⁸

Det må understrekes at diskusjonene for en stor del har skjedd på det teoretiske plan, og at de også har møtt motbør fra Ankeorganet.⁹⁹ Hudec har gitt uttrykk for at den politiske følsomheten rundt problemstillingene kan ha hatt betydning for at Ankeorganet har valgt å holde seg tett opp til de juridiske formuleringer som er akseptert av medlemsstatene.¹⁰⁰ Som nevnt er det skepsis mot å gi tvisteløsningsorganene en stor rolle i utviklingen av retten innenfor WTO. Etter dette er det grunn til å anta at det vil ta lang tid før en eventuell endring skjer. Diskusjonene viser imidlertid at det er debatt om utviklingen av WTO-bestemmelsene, herunder hva som skal anses som tillatt forskjellsbehandling.

⁹⁵ Jackson/Davey/Sykes side 591

⁹⁶ Se om denne diskusjonen hos Gabrielle Marceau, "WTO Dispute Settlement and Human Rights", *European Journal of International Law* 13(4):753-814 (2002)

⁹⁷ Robert Hudec, "GATT/WTO Constraints on National Regulation – Requiem for an Aims and Effect test", tilgjengelig på <http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecrequiem.pdf>

⁹⁸ Hudec side 5

⁹⁹ Se Hudec side 20 følgende, om WT/DS27/AB/R European Communities – Regime for the interpretation, sale and distribution of bananas

¹⁰⁰ Hudec side 22

3.4 Krav til måten tiltaket utføres på.

3.4.1 Kravene i GATT artikkel XX sin chapeau

Selv om tiltaket oppfyller et formål i GATT artikkel XX punkt a-j, kan det være i strid med artikkel XX, dersom ikke kravene i dens chapeau er oppfylt. Formålet med chapeauen er å hindre misbruk av unntakene som bestemmelsen åpner for.¹⁰¹ Bestemmelsen oppstiller som vilkår at statenes anvendelse av tiltaket ikke innebærer en ”arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail” og at tiltaket ikke kan forstås som en ”disguised restriction on international trade”. Det er ikke avklart om bestemmelsen retter seg mot både importerende land og eksporterende land, men tegn fra rettspraksis, herunder blant annet Bensin-saken mot USA, tyder på at dette vil være tilfellet.¹⁰² Begrensningene som følger av GATT artikkel XXs chapeau snevrer inn adgangen til å fravike forbudet mot diskriminering i GATT artikkel III.

En naturlig språklig forståelse av ”arbitrary or unjustifiable discrimination” tilsier at forskjellsbehandlingen ikke må utføres på en måte som fremstår vilkårlig eller uforsvarlig. Det er primært eksplisitt diskriminering som vil falle under dette vilkåret, da det er naturlig at implisitt diskriminering beskyttes av vilkåret om ”disguised restrictions”.¹⁰³ Vilkårene gjelder mellom land hvor samme forhold foreligger, og som dermed i utgangspunktet skal behandles likt. Dette innebærer at statene også kan forsvare seg med at forholdene i statene ikke er like.¹⁰⁴

I Reke-saken mot USA måtte ankeorganet ta stilling til hva som lå i kravene etter GATT artikkel XX sin chapeau. Saken gjaldt USAs forbud mot å importere reker og rekeprodukter fra land som ikke var sertifisert i tråd med amerikansk lovgivning om fangstmetoder. Lovgivningen gjaldt for en stor del hvilke nett som ble brukt under fangsten. For at en stat skulle bli sertifisert måtte den adoptere et program som i hovedsak tilsvarte den amerikanske lovgivningen. Kravene ble stilt med bakgrunn i et ønske om å beskytte skilpadde fra å bli

¹⁰¹ Fauchald side 357

¹⁰² Fauchald side 348

¹⁰³ Fauchald side 351

¹⁰⁴ Fauchald side 350

fanget sammen med rekene, og ble ansett for å oppfylle kravene til GATT artikkel XX punkt g.

I avgjørelsen ble det lagt til grunn at artikkel XX sin chapeau inneholdt krav om balanse mellom et lands rett til å gjøre unntak etter bestemmelsen og de andre medlemslandenes rett etter avtalen.¹⁰⁵ I forhold til spørsmålet om det forelå ”unjustifiable discrimination” ble det lagt vekt på at USA ikke hadde lagt til rette for forhandlinger med alle aktuelle medlemsstater om implementering av programmer som ville tilfredsstillte de amerikanske vilkårene for sertifisering.¹⁰⁶ I tillegg var denne typen formål normalt noe som krevde internasjonalt samarbeid, mens USA kun hadde utarbeidet en regional avtale for å beskytte skilpadder.¹⁰⁷ Avtalene måtte godkjennes etter amerikansk lovgivning, og når USA kun hadde forhandlet seriøst med noen av de eksporterende landene, var dette en diskriminering som ikke kunne forsvares.¹⁰⁸ Selv om tiltaket hadde oppfylt kravene i artikkel XX punkt g, kunne forskjellsbehandlingen ikke tillates etter bestemmelsens chapeau.

Det ble videre lagt til grunn at diskrimineringen var ”arbitrary”. Dette skyldtes at det var svært liten fleksibilitet i fremgangsmåten for sertifisering, og at det fremsto som vilkårlig hvem som ble sertifisert når statene verken fikk uttale seg eller fikk noen forklaring på hvorfor sertifisering ikke ble gitt.¹⁰⁹ Avgjørelsen viser dermed at GATT artikkel XX sin chapeau har stor betydning for hva som regnes for tillatt forskjellsbehandling.

Problemstillingen var også aktuell i Dekk-saken mot Brasil. Det var her godtatt at det brasilianske tiltaket kunne rettferdiggjøres av hensyn til miljø, etter artikkel XX punkt b. Imidlertid var det gjort unntak fra reglene om importforbud og bøter for dekk importert fra Mercosur-land.¹¹⁰ Det oppstod dermed spørsmål om denne gjennomføringen av tiltaket innebar et brudd på GATT artikkel XX sin chapeau. Det ble lagt til grunn at

” discrimination can result from a rational decision or behaviour, and still be “arbitrary or unjustifiable”, because it is explained by a rationale that bears no relationship to the objective of a measure provisionally justified under

¹⁰⁵ Reke-saken mot USA avsnitt 159

¹⁰⁶ Reke-saken mot USA avsnitt 167

¹⁰⁷ Reke-saken mot USA avsnitt 167

¹⁰⁸ Reke-saken mot USA avsnitt 172

¹⁰⁹ Reke-saken mot USA avsnitt 177

¹¹⁰ Mercosur er et frihandelsnettverk mellom Brasil, Argentina, Paraguay og Uruguay.

one of the paragraphs of Article XX, or goes against that objective.”¹¹¹

Ankeorganet kom til at måten tiltaket ble utført på var i strid med GATT artikkel XX sin chapeau, fordi unntaket for Mercosur-landene ikke hadde noen sammenheng med formålet som Brasil ønsket å oppnå.¹¹² Når Mercosur-landene fikk en fordel, som ikke kunne forsvares etter et ønske om å beskytte miljøet, måtte tiltaket anses for å være vilkårlig og uforsvarlig diskriminering.

At traktatpartene har valgt å bruke ”or” i GATT artikkel XX taler for at vilkåret om at tiltaket ikke må innebære en ”disguised restriction on international trade” er alternativt til det første vilkåret om ”arbitrary or unjustifiable discrimination”. Dette neste vilkåret skal hindre tiltak som egentlig er en skjult handelshindring, men som anføres å skulle oppfylle andre formål. Et eksempel på dette vil være hvor tiltaket kan begrunnes i formål som omfattes av punkt a-j, men hvor tiltaket også vil gi egen eller andre lands produksjon en betydelig fordel. Vilkåret åpner dermed for at tvisteløsningsorganene kan vurdere eventuelle skjulte formål ved tiltaket.¹¹³

Problemstillingen var aktuell i Dekk-saken mot Brasil. Det europeiske fellesskap hadde anført at unntaket fra Mercosur-landene ville innebære en skjult hindring mot internasjonal handel, fordi vareflyten ble endret på en måte som innebar en fordel for disse landene.¹¹⁴ Panelet hadde kommet til at tiltaket innebar en skjult hindring for internasjonal handel, dersom import fra disse landene skulle skje i et betydelig antall. Ankeorganet omgjorde avgjørelsen fordi Panelet feilaktig hadde fokusert på importens volum. Vurderingen er dermed ikke avhengig av det faktiske omfanget av tiltaket, men av tiltakets karakter. Hvorvidt tiltaket innebar en skjult hindring for internasjonal handel fikk imidlertid ikke betydning for resultatet, fordi Ankeorganet kunne konstatere brudd på det første vilkåret i GATT artikkel XX sin chapeau.¹¹⁵ Likevel illustrerer avgjørelsen hvordan vilkåret om at tiltaket ikke må innebære en skjult handelshindring kan få betydning for hva som anses som tillatt forskjellsbehandling.

Kravene som stilles til måten tiltaket utføres på i GATT artikkel XX sin chapeau, fremstår

¹¹¹ Dekk-saken mot Brasil avsnitt 232.

¹¹² Dekk-saken mot Brasil avsnitt 233

¹¹³ Fauchald side 356

¹¹⁴ Dekk-saken mot Brasil avsnitt 237

¹¹⁵ Dekk-saken mot Brasil avsnitt 239

som en naturlig del av rammene for hva som regnes som tillatt forskjellsbehandling. Ikke-diskrimineringsbestemmelsene skal som nevnt sikre gjensidighet i forpliktelsene, og gir slik uttrykk for viktige prinsipp innenfor WTO. Det ville ikke harmonere godt med avtalen om et lands unntak fra diskrimineringsbestemmelsene skulle gå på bekostning av bare enkelte medlemsland, eller brukes for proteksjonistiske formål.

3.4.2 Stilles det krav til måten tiltaket utføres på i EMK?

Formelt sett kan man få inntrykk av at det er store forskjeller mellom reguleringen i EMK og WTO, ved at det i GATT artikkel XX sin chapeau stilles krav til måten tiltaket utføres på. Et slikt krav er ikke eksplisitt uttalt i EMK artikkel 14 eller i praksis fra EMD. Dette kan tale for at det ikke finnes en tilsvarende begrensning for hvordan forskjellsbehandlingen faktisk blir utført.

Det kan likevel hevdes at en tilsvarende eller i hvert fall lignende vurdering utgjør en del av den helhetsvurderingen som må foretas i relasjon til spørsmålet om saklighet og proporsjonalitet.¹¹⁶ Det har vist seg vanskelig å finne konkrete eksempler fra EMDs praksis til å støtte for synspunktet. Imidlertid fremstår det som naturlig at når diskriminering kan gjøre ellers lovlige inngrep ulovlig, vil all form for forskjellsbehandling etter bestemmelsen måtte oppfylle krav til saklighet og proporsjonalitet. Dette gjelder også en eventuell forskjellsbehandling av en tredjepart. Et slikt synspunkt tilsier at det også etter EMK stilles krav til måten tiltaket utføres på. At det er valgt forskjellig utforming blir dermed mer en forskjell av formell karakter enn realitetsforskjeller.

3.5 Proporsjonalitet

3.5.1 Krav om proporsjonalitet etter EMK artikkel 14

Det er ikke tvil om at det i relasjon til visse bestemmelser i EMK eksisterer et proporsjonalitetskrav. Blant annet er dette lagt til grunn i vurderingen av muligheten for å gjøre inngrep i rettigheter etter artikkel 8-11, hvor det stilles krav til at inngrepet er

¹¹⁶ Se under punkt 3.5.1

nødvendig.¹¹⁷ Et slikt nødvendighetskrav finnes ikke uttrykt i bestemmelsen i EMK artikkel 14, men i Den belgiske språk-saken slo EMD fast at det her foreligger et krav om proporsjonalitet for at forskjellsbehandlingen skal anses som legitim. Det ble lagt til grunn at kravet om rimelighet innebærer at det må foreligge et ”reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized”.¹¹⁸ Uttalelsen gir uttrykk for at dersom forskjellsbehandlingen skal godtas etter EMK, må det foreligge proporsjonalitet mellom virkemidlene som tas i bruk og det målet som ønskes oppnådd.

Proporsjonalitetsvurderingen har blitt beskrevet som en avveining av den offentlige interesse i målet som ønskes oppnådd, mot hvor hardt forskjellsbehandlingen rammer den som mener seg diskriminert.¹¹⁹ I realiteten vil man under spørsmålet om proporsjonalitet måtte foreta en vurdering av alle hensyn, interesser og behov som gjør seg gjeldende.¹²⁰ EMD gav klart uttrykk for at det må foretas en balansering av motstridende hensyn i Spadea og Scalabrino mot Italia¹²¹. Saken gjaldt diskriminering av retten til egen eiendom etter tilleggsprotokoll I artikkel 1. EMD la uttrykkelig til grunn at

”Consequently, an interference must strike a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights”¹²²

EMD kom i den aktuelle saken til at tiltaket ikke var uproporsjonalt i forhold til målet om å beskytte leietakere med lav inntekt.

Hensyn som gjør seg gjeldende i en sak vil sjelden være identiske med hensynene som gjør seg gjeldende i en annen sak. Dette gjør at balanseringen må skje i forhold til de hensynene som gjør seg gjeldende konkret.¹²³ Proporsjonalitetsvurderingen etter EMK vil dermed variere og det er vanskelig å angi en bestemt standard. Når det skal foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, er EMD i praksis gitt en viktig rolle ved avgjørelsen av hva som er tillatt forskjellsbehandling. Dette gjør at det kan være vanskelig for både staten og den private part å

¹¹⁷ Arnardottir side 46

¹¹⁸ Den belgiske språk-saken side 31

¹¹⁹ Arnardottir side 48, som blant annet viser til Dijk og Hoof

¹²⁰ Emberland side 218

¹²¹ EMDs dom 28 september 1995 Spadea og Scalabrino mot Italia

¹²² Spadeo og Scalibrino-saken avsnitt 33.

¹²³ Emberland side 218

forutberegne hva utfallet av en sak vil bli. På den annen side er dette med på å gjøre bestemmelsen fleksibel, slik at den kan utvikles i tråd med de behov som måtte oppstå.

Etter dette kan man legge til grunn at proporsjonalitetsvurderingen for en stor del vil dreie seg om å balansere motstridende hensyn. Dersom staten kunne gjort inngrep som var mindre tyngende, vil dette være et viktig moment i vurderingen.¹²⁴ Ofte vil kravet om proporsjonalitet mellom mål og middel bli avgjørende for om forskjellsbehandlingen skal tillates.¹²⁵ På grunn av de vide rammene etter saklighetskravet, fremstår proporsjonalitetsprinsippet som den viktigste begrensningen i statenes adgang til å gjøre inngrep i diskrimineringsforbudet.

3.5.2 Stilles det krav om proporsjonalitet etter GATT artikkel XX?

På samme måte som etter EMK artikkel 14, er det ikke uttrykkelig uttalt et krav om proporsjonalitet i GATT artikkel XX for å kunne fravike diskrimineringsforbudene i GATT artikkel I og III.¹²⁶ EMD har imidlertid stilt opp et krav om proporsjonalitet etter en balansering av aktuelle hensyn, for at forskjellsbehandling kan anses som tillatt etter EMK.¹²⁷ Tilsynelatende innebærer dette en viktig forskjell mellom kravene for tillatt forskjellsbehandling etter EMK og WTO. Spørsmålet om proporsjonalitet i forhold til GATT artikkel XX har imidlertid vært gjenstand for debatt, og det er akseptert at GATT artikkel XX ikke er helt fritatt for proporsjonalitetsvurderinger.¹²⁸ Problemstillingen i det følgende er derfor i hvilken grad det kan oppstilles et krav om proporsjonalitet etter GATT artikkel XX.

GATT artikkel XX punkt a-j

Etter GATT artikkel XX punkt a, b og d stilles det som nevnt krav til at tiltaket må være ”necessary” for å oppnå formålet. Tiltaket må kunne relateres til målet og det minst handelsrestriktive tiltaket må være valgt.¹²⁹ I Kjøtt-saken mot Korea ble det lagt til grunn at avgjørelsen av om et tiltak var nødvendig etter punkt d

¹²⁴ Andenæs, Mads og Stefan Zleptnig, “Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative perspective”, *The World Trade Organization and Trade in Services*, Kern Alexander (red.) og Mads Andenæs (red.) (2008) 147-171 på side 149

¹²⁵ Arnardottir side 46

¹²⁶ Hilf/Puth side 199

¹²⁷ Se overfor punkt 3.5.1

¹²⁸ Se både Desmedt og Andenæs/Zleptnig.

¹²⁹ Desmedt side 475

” involves in every case a process of weighing and balancing a series of factors which prominently include the contribution made by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation at issue, the importance of the common interests or values protected by that law or regulation, and the accompanying impact of the law or regulation on imports or exports.”¹³⁰

Dette gir uttrykk for et krav om at det må foretas en balansering av bidraget tiltaket gir, og viktigheten av det, mot effekten tiltaket har på handelen.

En naturlig språklig forståelse av ”essential to” i punkt j, taler for at det her må kreves samme form for tilknytning som for nødvendighetskriteriet.¹³¹ Både ”necessary” og ”essential” peker dermed på at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering med krav om en link mellom formål og tiltak, i tillegg til at det minste handelsrestriktive tiltak må være valgt.¹³² En slik avveining av hensyn har likhetstrekk til kravet om proporsjonalitet mellom mål og middel etter EMK. Hvorvidt statens inngrep kunne vært gjort på en mindre tyngende måte, vil som nevnt også være et viktig moment etter EMK.

Spørsmålet blir videre om det også stilles krav til proporsjonalitet hvor det ikke kreves at tiltaket er ”necessary” eller ”essential”. I Bensin-saken mot USA ble det lagt til grunn på side 18 at det stilles forskjellig krav til forholdet mellom tiltaket og formålet, etter de ulike punktene i GATT artikkel XX. Når de øvrige bestemmelsene ikke stiller krav til at statene foretar det minst handelsrestriktive tiltak, taler dette for at det heller ikke er tale en balansering av formålet og innvirkningen på den internasjonale handelen.¹³³ På den annen side har det blitt hevdet at det er uklart hva som nøyaktig ligger i for eksempel begrepet ”relating to”.¹³⁴ I Reke-saken ble det i avsnitt 141 lag til grunn at

” The means are, in principle, reasonably related to the ends. The means and ends relationship ..., is observably a close and real one, a relationship that is every bit as substantial as that which we found in *United States – Gasoline...* “

På bakgrunn av den rimelige sammenhengen, og det sterke og nære forholdet mellom tiltaket og målet, la Ankeorganet til grunn at tiltaket var ”relating to” oppnåelse av formålet i GATT

¹³⁰ Kjøtt-saken avsnitt 164

¹³¹ Desmedt side 475

¹³² Desmedt side 475

¹³³ Desmedt side 472

¹³⁴ Andenæs/Zlpetnig side 158

artikkel XX g. Dette gir uttrykk for at det stilles krav til en rimelighetstest, som inneholder elementer av proporsjonalitetsvurderinger, selv om den er mindre inngripende enn etter nødvendighetsvurderingen.¹³⁵

GATT artikkel XX sin chapeau

I forhold til GATT artikkel XX sin chapeau har det heller ikke blitt uttrykkelig avklart hvorvidt bestemmelsen åpner for en proporsjonalitetsvurdering.¹³⁶ Et krav om proporsjonalitet har ikke direkte støtte i ordlyden, og det har heller ikke eksplisitt blitt lagt til grunn i praksis.¹³⁷ Et tiltak som anvendes på en uproporsjonal måte vil imidlertid lett kunne anses for å være gjennomført på en måte som innebærer ”arbitrary or unjustifiable discrimination”.¹³⁸

Det har blitt hevdet at når en fundamental oppgave etter GATT artikkel XX sin chapeau er å balansere rettigheter og forpliktelser etter avtalen, er det liten grunn til å ikke anerkjenne proporsjonalitetsprinsippet også i denne sammenheng.¹³⁹ I Reke-saken mot USA la Ankeorganet vekt på at GATT artikkel XX sin chapeau gav uttrykk for et prinsipp om god tro, og at en del av dette prinsippet

”prohibits the abusive exercise of a state's rights and enjoins that whenever the assertion of a right "impinges on the field covered by [a] treaty obligation, it must be exercised bona fide, that is to say, reasonably.”¹⁴⁰

Tiltaket måtte dermed brukes på en måte som var rimelig, som kan gi uttrykk for et krav om at en balanse mellom hensynene som gjør seg gjeldende. Til støtte for et slikt synspunkt har det også blitt lagt vekt på at begrensningene etter GATT artikkel XX sin chapeau er vide, og dermed åpner for ulike tolkninger og verdiavgjørelser.¹⁴¹ At det også ble lagt til grunn at tiltaket rimeligvis kunne vært unngått, kan gi uttrykk for at det i realiteten ble foretatt en balansering av rettigheter og interesser som er beskyttet av GATT.¹⁴² I forhold til EMK presiserte EMD i Den belgiske språksaken at nettopp rimelighetskravet innebar et krav om proporsjonalitet.

¹³⁵ Andenæs/Zlpetnig side 168, under henvisning til Desmedt side 476

¹³⁶ Desmedt side 475

¹³⁷ Desmedt side 475

¹³⁸ Desmedt side 476

¹³⁹ Hilf/Puth side 216

¹⁴⁰ Reke-saken avsnitt 158

¹⁴¹ Hilf/Puth side 216

¹⁴² Andenæs/Zleptnig side 159

Proporsjonalitetsprinsippet er innfortolket som et krav for å gjøre unntak etter EF-traktatens¹⁴³ artikkel 30, som også har blitt anført til støtte for et krav om proporsjonalitet i GATT artikkel XX sin chapeau.¹⁴⁴ Bestemmelsen gir uttrykk for at en stat kan sette i verk handelsrestriktive tiltak for å beskytte nærmere opplistede formål, så lenge dette ikke utgjør ”arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade”. Ordlyden har dermed store likhetstrekk med GATT artikkel XX sin chapeau. EU-landene er også medlem av WTO, og representerer dermed svært mange medlemsland med stor betydning for internasjonal handel. Når bestemmelsene i dette tilfellet er så like, kan dette tale for at man kan åpne for å trekke inn proporsjonalitetsvurderinger også etter GATT artikkel XX sin chapeau.

Etter GATT artikkel XX punkt a-j kan det dermed slås fast at det stilles krav til proporsjonalitet hvor det har støtte i ordlyden, herunder ved krav om nødvendighet.¹⁴⁵ Det er vanskelig å konkludere bestemt på om det foreligger krav om proporsjonalitet i forhold til de øvrige formålene, eller etter GATT artikkel XX sin chapeau. Analyser av praksis fra tvisteløsningsorganets praksis, med støtte i deler av den juridiske teori, tilsier at det finnes elementer av proporsjonalitetsvurderinger også her, særlig i form av balansering av hensyn. Proporsjonalitetsvurderingene blir imidlertid ikke uttrykkelig uttalt, i motsetning til etter EMK og EU-retten. Dette kan skyldes WTOs tvisteløsningsorgan sin tilbakeholdenhet med å vise til rettslige begrep som ikke er vedtatt av statene, og at det heller ikke er vedtatt et generelt krav til proporsjonalitet i WTO.¹⁴⁶

3.5.3 Et generelt krav til proporsjonalitet innenfor WTO?

I motsetning til etter EMK, er proporsjonalitetsprinsippet ikke ansett som et generelt krav for å fravike forpliktelsene under WTO-avtaleverket.¹⁴⁷ Det er imidlertid diskutert hvorvidt proporsjonalitetsprinsippet generelt bør anerkjennes i WTO-retten.¹⁴⁸ I det følgende vil jeg se nærmere på problemstillingen om proporsjonalitet som et generelt krav innenfor WTO.

¹⁴³ Consolidated version of the treaty establishing the European Community, Official Journal of the European Union, 29.12.2006, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2006/ce321/ce32120061229en00010331.pdf>

¹⁴⁴ Hilf/Puth side 203

¹⁴⁵ Desmedt side 475

¹⁴⁶ Bhuiyan side 173

¹⁴⁷ Desmedt side 478

¹⁴⁸ Andenæs/Zlpetnig side 147-148, som viser til Desmedt og Hilfs ulike synspunkt

Hovedargumentet mot anvendelsen av et slikt prinsipp har vært at WTO, som institusjon, ikke er klar for et slikt fundamentalt krav om balansering av verdier og interesser.¹⁴⁹ WTO-avtaleverket er vesentlig yngre enn traktatsystemene opprettet gjennom EMK og innenfor EU-samarbeidet, og har dermed ikke kommet like langt når det gjelder utviklingen av regelverket eller systemet for øvrig. Dette kan tilsi at et eventuelt proporsjonalitetsprinsipp først kan utvikles når tvisteløsningsorganene er klare til å takle utfordringene det vil innebære, og en slik løsning har støtte i medlemslandene.

På den annen side har det vært hevdet at balanseringsprosessen man ofte finner ved tvisteløsning, tilsier at proporsjonalitetsprinsippet faktisk er et grunnleggende prinsipp innenfor internasjonal handel som bør styre tolkning og anvendelse av WTO-retten.¹⁵⁰ Balanseringen av hensyn ville da bli gjort åpenlyst og man kunne få bukt med vagheten og uforutsigbarheten som det har blitt hevdet at finnes i avgjørelser innenfor WTO.¹⁵¹ Når proporsjonalitetsprinsippet er sentralt innenfor internasjonal rett generelt, både etter menneskerettslige og handelsrettslige forpliktelser, kan dette tale for at proporsjonalitet er hensiktsmessig å oppstille som krav også innenfor etter WTO.

Det er oppfordret til varsomhet ved en eventuell utvikling av proporsjonalitetsprinsippet innenfor WTO, hvor komparative blikk mot EMK og EU kan innholde viktig veiledning.¹⁵² Den kunnskap som følger av proporsjonalitetsprinsippet i disse systemene kan bidra til at prosessen i tvisteløsningsorganene i WTO struktureres med hensyn til balansering og avveining av konkurrerende argumenter.¹⁵³ WTO-retten må imidlertid endres ved konsensus, og medlemmer vil alltid være motvillig til å gi tvisteløsningsorganet for mye frihet til å avgjøre tvistene.¹⁵⁴ Et av argumentene mot proporsjonalitetsprinsippet har nettopp vært at det kan gi tvisteløsningsorganene for mye makt til å undersøke og blande seg inn i politiske valg som er under statenes suverenitet.¹⁵⁵ Det er dermed grunn til å tro at en eventuell utvikling av et generelt proporsjonalitetsprinsipp vil skje sakte, og etter bred enighet innenfor WTO.

¹⁴⁹ Andenæs/Zleptnig side 147

¹⁵⁰ Andenæs/Zleptnig side 147-148

¹⁵¹ Andenæs/Zleptnig side 168

¹⁵² Hilf/Puth side 216

¹⁵³ Andenæs/Zleptnig side 168

¹⁵⁴ Hilf/Puth side 216

¹⁵⁵ Andenæs/Zleptnig side 168

3.6 Tvisteløsningsorganenes prøvingsintensitet og statens skjønnsmargin

3.6.1 Innledning

Spørsmålet om proporsjonalitet er tett knyttet til hvilken prøvingsintensitet domstolene skal legge til grunn, både innenfor EMK¹⁵⁶ og innenfor WTO¹⁵⁷. Når en sak om brudd på diskrimineringsforbudet blir brakt inn for tvisteløsningsorganene, oppstår det etter både EMK artikkel 14 og GATT artikkel XX spørsmål om hvor inngripende statenes vurderinger om forskjellsbehandling skal overprøves. I forhold til rammene for tillatt forskjellsbehandling vil prøvingsintensiteten ha betydning fordi det avgjør hvilke krav til begrunnelse statene må oppfylle, og hva statene selv kan avgjøre. Jeg skal nå se nærmere på hvilken rolle tvisteløsningsorganenes prøvingsintensitet og statens skjønnsmargin har for hva som anses som tillatt forskjellsbehandling.

3.6.2 Statens skjønnsmargin sin betydning for tillatt forskjellsbehandling etter EMK artikkel 14

Det finnes ingen bestemmelse som direkte regulerer spørsmålet om statens skjønnsmargin innenfor EMK, men EMD har fastslått at statene har en viss ”margin of appreciation” etter konvensjonen.¹⁵⁸ Med dette menes at staten må ha en viss skjønnsmargin, som tilpasser hvor inngående domstolen undersøker statens vurderinger i en sak.¹⁵⁹ Skjønn vil ofte være en naturlig del av statens prioriteringer, da tolkning av bestemmelsene vil ikke nødvendigvis lede til et klart resultat. Det er ved subsumsjonen at spørsmålet om statens skjønnsmargin er aktuelt.¹⁶⁰ Skjønnsmarginen har bakgrunn i subsidiaritetsprinsippet, og EMD har lagt til grunn at statene ofte vil være i en bedre posisjon til å avgjøre en tvist på grunn av nærheten til forholdene i landet.¹⁶¹ I tillegg har statens skjønnsmargin en funksjon som motvekt til EMDs rettslige aktivisme.¹⁶² Statens skjønnsmargin åpner dermed for å forene behovet for internasjonal kontroll med hensynet til statenes suverenitet.¹⁶³

¹⁵⁶ Sørensen side 143

¹⁵⁷ Andenæs/Zleptnig side 148

¹⁵⁸ Sørensen side 138-139

¹⁵⁹ Arnardottir side 60

¹⁶⁰ Sørensen side 140

¹⁶¹ Arnardottir side 58, hvor det vises til EMDs dom 07.desember 1976, Handyside mot Storbritannia, avsnitt 48

¹⁶² Arnardottir 61

¹⁶³ Sørensen side 144-145

Hvor omfattende statens skjønnsmargin er vil variere, og vil derfor i ulik grad påvirke hvor inngående spørsmålet om diskriminering overprøves av EMD.¹⁶⁴ Jo videre EMK tolker rekkevidden av vernet mot diskriminering i det aktuelle tilfellet, jo mindre skjønn tillegges staten i utøvelsen av sin virksomhet.¹⁶⁵ Hvor staten tilkjennes en vid skjønnsmargin, vil EMD bare slå ned på forskjellsbehandlingen dersom den er klart irrasjonell eller vilkårlig.¹⁶⁶ I praksis vil dermed statens skjønnsmargin ha betydning for hva som regnes som tillatt forskjellsbehandling.

Inngrepets styrke er et element som vil påvirke statens skjønnsmargin etter EMK.¹⁶⁷ Som ved proporsjonalitetsvurderingen vil det ha betydning hvor hardt forskjellsbehandlingen rammer den som mener å være utsatt for diskriminering. Inngrep av personlig art vil ofte tale for en snever skjønnsmargin, og EMD har generelt gitt lite rom for skjønn dersom forskjellsbehandlingen skyldes kjønn, religion, nasjonalitet eller om barn er født i eller utenfor ekteskap.¹⁶⁸ Dersom et inngrep derimot ikke rammer særlig hardt, kan dette tale for at statens tiltak ikke vil bli overprøvd like inngående.

Dette illustreres i saken om Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia¹⁶⁹, hvor hensynet til politikk og økonomi mot et sterkt inngrep i personlige rettigheter. Saken var brakt inn av tre kvinner som hadde fast oppholdstillatelse, men ikke statsborgerskap, hvis ektemenn ble nektet oppholdstillatelse. Kvinnene påberopte diskriminering fordi reglene var annerledes for dem, enn for menns rett til oppholdstillatelse for deres ektefeller. Det forelå dermed forskjellsbehandling mellom menn og kvinner på bakgrunn av opprinnelse. Bakgrunnen for forskjellsbehandlingen var et ønske om å beskytte det nasjonale arbeidsmarkedet, og menn ble ansett for å utgjøre en større trussel her enn kvinner.

EMD kom til at selv om de britiske immigrasjonsreglene ikke innebar brudd på EMK artikkel 8, var de likevel i strid med forbudet mot diskriminering i artikkel 14. Det ble først lagt til grunn at statene hadde en viss skjønnsmargin for til å forskjellsbehandle i lovgivningen.¹⁷⁰ Imidlertid ville skjønnsmarginen variere etter forholdene, og forskjellsbehandlingen kunne

¹⁶⁴ Sørensen side 149

¹⁶⁵ Aall side 129

¹⁶⁶ NOU 2009:14 Jannecke Gerrards: Protocol No.12 to the European Convention on Human Rights side 388

¹⁶⁷ Aall side 130

¹⁶⁸ Sørensen 154-155

¹⁶⁹ EMDs dom 28. Mai 1985 Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia

¹⁷⁰ Abdulaziz, Cabales og Balkandali avsnitt 72.

ikke anses som tillatt i dette tilfellet når

” ... advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe. This means that very weighty reasons would have to be advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention.”¹⁷¹

Når EMD slår fast at det kreves vektige grunner for å forskjellsbehandle på bakgrunn av kjønn, legges det til grunn at statenes skjønnsmargin i disse tilfellene også må innskrenkes tilsvarende. Et slikt utgangspunkt vil få stor betydning for hva som regnes som tillatt forskjellsbehandling, fordi EMD vil foreta en inngående prøving.

Også i Marckx-saken mot Belgia¹⁷² stod spørsmålet om statens skjønnsmargin sentralt. Saken gjaldt rettsstillingen til et barn født utenfor ekteskap. Etter belgisk lovgivning ble det ikke etablert et juridisk forhold mellom mor og barn ved fødselen, men det måtte senere fastslås ved en rettslig prosedyre med anerkjennelse, verge og senere adopsjon. Dette hadde betydning når det gjaldt familieforholdets omfang, men også i forhold til barnets arverettigheter ved både lovbestemt og frivillig arv. Barnemoren reiste sak fordi hun mente lovgivningen var i strid med retten til familieliv etter EMK artikkel 8 og retten til å råde over egen eiendom etter første tilleggsprotokoll artikkel 1. Det ble hevdet at det var diskriminering etter artikkel 14 at lovgivningen skilte mellom ”ekte” og ”uekte” barn.

EMD kom til at den belgiske lovgivningen i seg selv ikke var i strid med EMK, men spørsmålet stilte seg annerledes etter diskrimineringsforbudet i artikkel 14.¹⁷³ Det ble lagt til grunn at man måtte tolke konvensjonen i lys av den rettsutviklingen som generelt hadde skjedd i Europa.¹⁷⁴ EMD kom til at lovgivningen innebar diskriminering etter artikkel 14, både i forhold til artikkel 8 og første tilleggsprotokoll artikkel 1. EMD gikk her relativt langt i å begrense statens skjønnsmargin på bakgrunn av rettsutviklingen generelt i Europa. En av dommerne dissenterte under den oppfatning at dette innebar en for stor begrensning i statenes rett til regulering og at staten i dette tilfellet burde blitt tilkjent en større skjønnsmargin i diskrimineringsspørsmålet.¹⁷⁵ Dissensen viser at det ikke er uproblematisk å fastslå hvilken skjønnsmargin som skal legges til grunn.

¹⁷¹ Abdulaziz, Cabales og Balkandali avsnitt 78

¹⁷² Marckx v. Belgia 13.juni 1979

¹⁷³ Marckx-saken mot Belgia avsnitt 53-54

¹⁷⁴ Marckx-saken mot Belgia avsnitt 41

¹⁷⁵ Marckx-saken mot Belgia avsnitt 29 av dommer Fitzmaurices dissenterende votum.

Statens skjønnsmargin fikk vide rammer i Rasmussen-saken mot Danmark¹⁷⁶, som gjaldt barnebidrag i forhold til dansk farskapslovgivning. Mannen krevde å fritas for barnebidrag for et av de to barnene hans tidligere kone hadde født, fordi han mente at han ikke var barnets far. Dansk lovgivning hindret mannen i å kreve farskapstest og dom. Mannen hevdet at det innebar diskriminering når vilkårene for å kreve farskapstest var forskjellige for menn og kvinner. Hensynet bak den danske lovgivningen hadde vært å prioritere barnets behov for stabilitet i sine familieforhold.

EMD kom til at det ikke forelå diskriminering og at lovgivningen dermed var innenfor rammene av tillatt forskjellsbehandling. Det ble presisert at

”The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States”.¹⁷⁷

Sitatet gir uttrykk for at det ikke kan fastslås en fast standard for statens skjønnsmargin, men at det må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. I saken ble det lagt vekt på at det ikke fantes noen felles standpunkt innad i medlemsstatene, og at det var vanlig å regulere mor og fars rettigheter forskjellig. Danmark ble dermed tilkjent en vid skjønnsmargin for sin lovregulering, på grunn av sterke hensyn og støtte i andre europeiske lands rett. Det er et ønske om at EMK skal bidra til en europeisk rettsenhet, som kan forklare hvorfor det legges vekt på andre europeiske lands rett.¹⁷⁸ Dersom forskjellsbehandlingen bygger på regler som er i samsvar med reglene i flere medlemsstater, er dette et argument for å begrense overprøvingen av statens skjønn.

Et annet moment som kan få betydning for statens skjønnsmargin, er hvilket formål forskjellsbehandlingen skal fremme.¹⁷⁹ I saker som gjelder nasjonal sikkerhet vil statene normalt ha en vid skjønnsmargin.¹⁸⁰ Det samme gjelder normalt i saker som har et sterkt politisk preg.¹⁸¹ Generelt sett kan man si at staten ofte vil være nærmere til å vurdere tilfeller

¹⁷⁶ EMDs dom 26.november 1984, Rasmussen mot Danmark

¹⁷⁷ Rasmussen-saken mot Danmark avsnitt 40.

¹⁷⁸ Sørensen side 148-149

¹⁷⁹ Sørensen side 150

¹⁸⁰ Sørensen side 151.

¹⁸¹ Aall side 130

hvor en beslutning krever inngående kjennskap til forholdene og nærhet til situasjonen.

Det kan dermed legges til grunn at statens skjønnsmargin til å forskjellsbehandle etter EMK vil variere, og vil i ulik grad styre hva som anses som tillatt forskjellsbehandling.

3.6.3 Tvisteløsningsorganets prøvingsintensitet sin betydning for tillatt forskjellsbehandling etter GATT artikkel XX.

Innenfor WTO-retten omtales spørsmålet om tvisteløsningsorganets prøvingsintensitet som ”standard of review”. Som innenfor EMK er dette en viktig mekanisme for maktfordelingen mellom det nasjonale og det internasjonale rettsystem.¹⁸² På samme måte som EMK er det heller ingen bestemmelse innenfor WTO-retten som direkte henviser til spørsmålet om prøvingsintensitet. Tvisteløsningsorganet vil vanligvis henvise til spørsmålet som en tolkning av DSU artikkel 11, for at det ikke skal fremstå som spørsmålet vurderes uten traktatgrunnlag.¹⁸³ Selv om fokuset etter EMK er rettet mot hvilket skjønn som tillegges staten, vil det i hovedsak være tale om den samme problemstillingen, nemlig i hvilken grad tvisteløsningsorganet skal overprøve statenes vurderinger.¹⁸⁴

Tvisteløsningsorganets prøvingsintensitet vil kunne ha betydning for retten til å fravike diskrimineringsforbudene etter GATT artikkel XX, blant annet for hvorvidt et tiltak kan anses for å oppfylle formålskravene i punkt a-j. Problemstillingen oppstod blant annet i Asbest-saken, nevnt ovenfor i punkt 2.2. I avgjørelsen ble det lagt til grunn at

”... it is undisputed that WTO Members have the right to determine the level of protection of health that they consider appropriate in a given situation.”¹⁸⁵

Uttalelsen slår fast at ankeorganet ikke kunne overprøve hvilket beskyttelsesnivå staten ønsket å benytte, da dette var opp til statene å avgjøre selv. Ankeorganet måtte vurdere tiltaket opp mot det sikkerhetsnivået som Frankrike hadde satt, som fikk betydning for blant annet hvilke alternative tiltak som kunne forventes. Når man la til grunn dette sikkerhetsnivået, ble

¹⁸² Sharif Bhuiyan, National Law in WTO Law – Effectiveness and Good Governance in the World Trading System, (2007) side 148

¹⁸³ Bhuiyan side 156

¹⁸⁴ Bhuyian side 164

¹⁸⁵ Asbest-saken avsnitt 168

forbudet mot asbest godkjent som tiltak for å sikre helse etter GATT artikkel XX punkt b. På denne måten fikk prøvingsintensiteten innvirkning på hva som ble regnet for tillatt forskjellsbehandling.

Andre elementer av betydning for prøvingsintensiteten er hvilken type bestemmelse det er tale om, og hvilket område det omtvistede tiltaket gjelder.¹⁸⁶ I Kjøtt-saken mot Korea ble det lagt til grunn at jo viktigere interessen eller verdien som ønskes beskyttet er, jo lettere vil det være å akseptere at tiltaket er nødvendig.¹⁸⁷ Et eksempel på dette er at prøvingsintensiteten vil være sterkere når det dreier seg om proteksjonistiske tiltak enn når det er dreier seg om tiltak for å beskytte menneskets helse.¹⁸⁸ Dette er felles med statens skjønnsmargin etter EMK, som også vil påvirkes av formålet med forskjellsbehandlingen. At formålet har betydning vil si at prøvingsintensiteten kan variere etter hvilke formål i artikkel XX punkt a-j som påberopes for å forsvare forskjellsbehandlingen.

Prøvingsintensiteten kan også variere avhengig av om det er spørsmål om overprøving av fakta eller av lov, og i forhold til hvilke type tiltak som er omtvistet.¹⁸⁹ I tillegg vil prøvingsintensiteten også kunne variere som følge av det underliggende faktum og bevisets natur.¹⁹⁰ I Asbest-saken ble det lagt til grunn at statene har frihet til å stole på vitenskapelige bevis som ikke er i samsvar med majoriteten av den vitenskapelige mening, så lenge det er tale om en kvalifisert og respektert vurdering.¹⁹¹ Når det gjelder økonomiske bevis derimot skulle Panelet skal foreta en grundig kritisk vurdering av fakta, og forklaringen skulle ikke anses som tilstrekkelig dersom andre forklaringer synes plausible.¹⁹² Hvilken prøvingsintensitet som legges til grunn i forhold til beviset får dermed også betydning for hva som regnes som tillatt forskjellsbehandling.

Twisteløsningsorganets prøvingsintensitet vil dermed, som etter EMK, variere, og har betydning for hva som anses som tillatt forskjellsbehandling.

¹⁸⁶ Bhuiyan side 196

¹⁸⁷ Kjøtt-saken mot Korea avsnitt 162

¹⁸⁸ Bhuiyan side 196

¹⁸⁹ Bhuyian side 197

¹⁹⁰ Bhuiyan side 197

¹⁹¹ Asbest-saken avsnitt 178

¹⁹² Bhuyian side 198, hvor det henvises til Lamme-saken mot USA, WT/177&178/AB/R, avsnitt 106

4 Avslutning

Som oppgaven viser finnes det både likheter og forskjeller i hvilke krav som stilles for tillatt forskjellsbehandling etter EMK artikkel 14 og GATT artikkel XX. Med tanke på at de store forskjellene i hvilke formål diskrimineringsforbudene skal tjene, sammenholdt med forskjellene i systemene, fremstår de utstrakte faktiske likhetene som mest overraskende. Avslutningsvis vil jeg knytte noen kommentarer til hva jeg har identifisert som mulige grunner til disse forskjellene og likhetene.

Formålene bak diskrimineringsforbudene etter EMK og WTO, har en viktig rolle for valget av utforming, og hvilken fleksibilitet som tillegges statene. Mennesker og produkter har vesentlig forskjellig karakter, som gjør at det nødvendigvis også må være forskjeller i forbudet mot diskriminering. For å sikre at frihandel skal fungere effektivt er man avhengig av gjensidighet i forpliktelsene, som gir diskrimineringsforbudene en sentral rolle i WTO-systemet. Formålet med frihandel stiller etter sin art krav om et snevert og avgrenset område for å fravike diskrimineringsforbudet. Dette hensynet gjør seg ikke like sterkt gjeldende etter EMK. Likevel må det presiseres at en vid adgang til å forskjellsbehandle også vil kunne være en trussel mot det menneskerettslige vernet mot diskriminering.

Et annet moment av betydning for tillatt forskjellsbehandling, er at EMK og WTO som internasjonale institusjoner har forskjellig historie og tradisjon. Dette kommer mest tydelig frem i forhold til spørsmålet om proporsjonalitet. Det har blitt hevdet at proporsjonalitetsprinsippet kanskje ikke er anerkjent i WTO fordi systemet ikke er nok utviklet til å takle en slik avveining av hensyn. Tvisteløsningsmekanismen etter WTO er vesentlig yngre enn EMD, og har dermed ikke utviklet de samme tradisjoner for tolkning og utvikling av bestemmelsene.

Det er klart at tvisteløsningsorganene etter både EMK og WTO ikke kan påtvinge statene andre forpliktelser enn det som følger av bestemmelsene, men det er likevel en viss forskjell i synet på tvisteløsningsorganenes aktivisme ved utvikling av retten. EMK kan, og har også blitt, endret mange ganger av medlemsstatene. Likevel er det er i akseptert at EMD har en rettsutviklende rolle, på grunn av hensynet til effektivitet. WTO er basert på enighet og forhandling, og dermed også vil utvikle retten ved konsensus. Innenfor WTO er det stor skepsis til å gi tvisteløsningsorganene mer makt, og tvisteløsningsorganene vil være

varsomme med å utvikle retten uten at det er akseptert av medlemsstatene. WTOs tvisteløsningsorgan har en omfattende jurisdiksjon, og vil dermed som regel holde seg til juridiske begreper som er godtatt av statene.

Det er av betydning for likhetene at det i begge tilfeller er tale om regler av internasjonal karakter. Det internasjonale perspektivet gjør at adgangen til å forskjellsbehandle både må tilfredsstillende statsens rett til selvstyre, og i tillegg sørge for at formålet med diskrimineringsbestemmelsene ivaretas. Etter både EMK og WTO er det etablert effektive tvisteløsningsorgan, og spørsmål om hvor inngripende statenes vurderinger skal overprøves får dermed betydning for hva som skal anses som tillatt forskjellsbehandling.

Diskrimineringsforbudene skal fungere i en verden i endring, og det er både innenfor EMK og WTO akseptert, om enn i varierende grad, at bestemmelsene må tolkes dynamisk.

I tillegg får det betydning for likhetene at diskrimineringsforbudene i både EMK og WTO faktisk skal hindre uønsket forskjellsbehandling. Behovet for tillatt forskjellsbehandling gjør at det har vist seg nødvendig å stille opp hva som kan gjøre forskjellsbehandling legitimt. Verken et ubegrenset diskrimineringsforbud eller en fri adgang til forskjellsbehandling ville la seg gjennomføre på en måte som effektivt kunne oppfylle diskrimineringsforbudets formål. Dette har gjort at det har blitt oppstilt krav til hvilke formål som kan rettferdiggjøre diskriminering. Både på menneskerettighetenes område og innenfor internasjonal handel vil motstridende hensyn gjøre seg gjeldende, og begge steder er det ønskelig med løsninger som partene synes er rimelig. Dette fører, om enn i ulik grad, til balanseringer av hensynene som gjør seg gjeldende, og kan forklare hvorfor det oppstår spørsmål om proporsjonalitet.

Det kan dermed slås fast at likhetene og forskjellene i tillatt forskjellsbehandling etter EMK og WTO skyldes flere faktorer. Formål og tradisjon fremstår som de viktigste grunnene til at man har forskjeller, mens det faktiske formålet med diskrimineringsforbudet og forpliktelsenes internasjonale karakter er viktig for likhetene. Spørsmålet om proporsjonalitet viser hvordan komparative analyser av internasjonale forpliktelser på et område, kan påvirke utviklingen av forpliktelser på et annet område. Kunnskap om likheter og forskjeller mellom diskrimineringsforbudene i EMK og WTO, og hva som anses som tillatt forskjellsbehandling, kan gi inspirasjon til den videre utvikling av diskrimineringsforbudene og spørsmålet om hvilken adgang statene skal ha til å forskjellsbehandle.

Litteraturliste

Lover:

Menneskerettsloven

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 1999 nr.30

EMK

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen trådte i kraft 3.september 1953

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>

Forarbeid:

NOU 2009:14

Norges offentlige utredninger 2009:14 ”Et helhetlig diskrimineringsvern”. Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK.

Internasjonale avtaler:

WTO-avtaleverket

GATT 1994

General Agreement on Tariffs and Trade 1994, trådte i kraft 1.januar 1995

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt.pdf

DSU

Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes 1.januar 1995,

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf

WTO- avtalen

Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization 15.april 1994,

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf

| | |
|--|---|
| GATT 1947 | General Agreement on Tariffs and trade 1947, trådte i kraft 1.januar 1948 http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf |
| Enabling clause | Differential and more favourable treatment, reciprocity and fuller participation of developing countries, avgjørelse 28.november 1979 (L/4903) http://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/enabling_e.pdf |
| <i>Andre</i> | |
| EF-Traktaten | Consolidated version of the treaty establishing the European Community, Official Journal of the European Union, 29.12.2006, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2006/ce321/ce32120061229en00010331.pdf |
| <u>Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen:</u> | |
| Språk-saken | EMDs dom 23.juli 1968, case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" mot Belgia |
| Marckx | EMDs dom 13.juni 1979 Marckx mot Belgia |
| Rasmussen | EMDs dom 28.november 1984 Rasmussen mot Danmark |
| Abdulaziz, Cabales og Balkandali | EMDs dom 28.mai 1985 Abdulaziz, Cabales og Balkandalimot Storbritannia |
| Spadea og Scalabrino mot Italia | EMDs dom 28.september 1995 Spadea og Scalabrino |

| | |
|----------------|--|
| Thlimmenos | Spadea og Scalabrino 6.april 2000 Thlimmennos mot Hellas |
| Waite | EMDs dom 10.desember 2002 Waite mot Storbritannia |
| Frette-saken | EMDs dom 26.februar 2002 Frette mot Frankrike |
| Palau-Martinez | EMDs dom 16.desember 2003 Palau-Martinez mot Frankrike |

Avgjørelser fra WTOs tvisteløsningsorgan

| | |
|--------------|--|
| Bensin-saken | WT/DS2&4/AB/R, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline |
| Reke-saken | WT/DS58/AB/R, United States – Import prohibition of certain shrimp and shrimp products |
| Asbest-saken | WT/DS135/AB/R, European Communities-Measures affecting Asbestos and Asbestos- Containing products. |
| Kjøtt-saken | WT/DS161 & 169/AB/R, Korea-Measures affecting imports of fresh, chilled and frozen beef |
| Dekk-saken | WT/DS332/AB/R Brazil-Measures affecting imports of retreated tyres |

Juridisk litteratur:

| | |
|------|--|
| Aall | Aall, Jørgen, Rettsstat og menneskerettigheter, 2.utgave, (2004) |
|------|--|

- Andenæs/Zleptnig Andenæs, Mads og Stefan Zleptnig, “Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative perspective”, *The World Trade Organization and Trade in Services*, Kern Alexander (red.) og Mads Andenæs (red.) (2008)
- Arnardóttir Arnardóttir, Oddný Mjöll, Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights (2003)
- Bhuiyan Bhuiyan, Sharif, National Law in WTO Law – Effectiveness and Good Governance in the World Trading System, (2007)
- Desmedt Desmedt, Axel, ”Proportionality in WTO Law” i *Journal of International Economic Law* (2001) side 441-480
- Emberland Emberland, Marius ”Diskrimineringsforbudet som konvensjonsbeskyttet menneskerettighet ” i *Jussens Venner* (2006) side 197 - 234
- Fauchald Fauchald, Ole Kristian, Environmental Taxes and Trade Discrimination , *International Environmental Law and Policy Series*, Kluwer Law International (1998)
- Hilf/Puth Hilf, Meinhard og Sebastian Puth, “The Principle of proportionality on its way into WTO/GATT Law” i *European Integration and International Co-ordination – Studies in Transnational Economic Law in Honour of Clasus-Dieter Ehlermann, Armin Von Bogdandy, Petros C. Mavroidis og Yves Mény (red.)*, (2002)
- Hudec Hudec, Robert ”GATT/WTO Constraints on National Regulation – Requiem for an ”Aims and Effect test”,

tilgjengelig på

<http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecrequiem.pdf>

- Jackson/Davey/Sykes Jackson, John H., William J. Davey, og Alan O. Sykes, Legal problems of International Economic Relations – Cases, materials and texts, 5th edition (2008)
- Marceau Marceau, Gabrielle ”WTO Dispute Settlement an Human Rights” i European Journal of International Law 13(4):753-814 (2002)
- Oesch Oesch, Matthia: Standards of Review in WTO Dispute resolution (2003)
- Sørensen Sørensen, Christian Børge ”Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen” i Tidsskrift for rettsvitenskap (2004) s.134-196
- Yourow Yourow, Howard Charles, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence (1996)
- Diverse
- Cappelens ordbok Landfald, Aagot og Paulssen Kjell M, Norsk ordbok bokmål, Cappelen (2006)

Vedlegg

Artikkel I

Article I

General Most-Favoured-Nation Treatment

1. With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III,* any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.

2. The provisions of paragraph 1 of this Article shall not require the elimination of any preferences in respect of import duties or charges which do not exceed the levels provided for in paragraph 4 of this Article and which fall within the following descriptions:

(a) Preferences in force exclusively between two or more of the territories listed in Annex A, subject to the conditions set forth therein;

(b) Preferences in force exclusively between two or more territories which on July 1, 1939, were connected by common sovereignty or relations of protection or suzerainty and which are listed in Annexes B, C and D, subject to the conditions set forth therein;

(c) Preferences in force exclusively between the United States of America and the Republic of Cuba;

(d) Preferences in force exclusively between neighbouring countries listed in Annexes E and F.

3. The provisions of paragraph 1 shall not apply to preferences between the countries formerly a part of the Ottoman Empire and detached from it on July 24, 1923, provided such preferences are approved under paragraph 5† of Article XXV, which shall be applied in this respect in the light of paragraph 1 of Article XXIX.

4. The margin of preference* on any product in respect of which a preference is permitted under paragraph 2 of this Article but is not specifically set forth as a maximum margin of preference in the appropriate Schedule annexed to this Agreement shall not exceed:

(a) in respect of duties or charges on any product described in such Schedule, the difference between the most-favoured-nation and preferential rates provided for therein; if no preferential rate is provided for, the preferential rate shall for the purposes of this paragraph be taken to be that in force on April 10, 1947, and, if no most-favoured-nation rate is provided for, the margin shall not exceed the difference between the most-favoured-nation and preferential rates existing on April 10, 1947;

(b) in respect of duties or charges on any product not described in the appropriate Schedule, the difference between the mostfavoured-nation and preferential rates existing on April 10, 1947. In the case of the contracting parties named in Annex G, the date of April 10, 1947, referred to in sub-paragraph (a) and (b) of this paragraph shall be replaced by the respective dates set forth in that Annex.

Artikkel III

Article III

National Treatment on Internal Taxation and Regulation

1. The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production.*

2. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1.*

3. With respect to any existing internal tax which is inconsistent with the provisions of paragraph 2, but which is specifically authorized under a trade agreement, in force on April 10, 1947, in which the import duty on the taxed product is bound against increase, the contracting party imposing the tax shall be free to postpone the application of the provisions of paragraph 2 to such tax until such time as it can obtain release from the obligations of such trade agreement in order to permit the increase of such duty to the extent necessary to compensate for the elimination of the protective element of the tax.

4. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.

5. No contracting party shall establish or maintain any internal quantitative regulation relating to the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions which requires, directly or indirectly, that any specified amount or proportion of any product which is the subject of the regulation must be supplied from domestic sources. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal quantitative regulations in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1.*

6. The provisions of paragraph 5 shall not apply to any internal quantitative regulation in force in the territory of any contracting party on July 1, 1939, April 10, 1947, or March 24, 1948, at the option of that contracting party; *Provided* that any such regulation which is contrary to the provisions of paragraph 5 shall not be modified to the detriment of imports and shall be treated as a customs duty for the purpose of negotiation.

7. No internal quantitative regulation relating to the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions shall be applied in such a manner as to allocate any such amount or proportion among external sources of supply.

8. (a) The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial sale.

(b) The provisions of this Article shall not prevent the payment of subsidies exclusively to domestic producers, including payments to domestic producers derived from the proceeds of internal taxes or charges applied consistently with the provisions of this Article and subsidies effected through governmental purchases of domestic products.

9. The contracting parties recognize that internal maximum price control measures, even though conforming to the other provisions of this Article, can have effects prejudicial to the interests of contracting parties supplying imported products. Accordingly, contracting parties applying such measures shall take account of the interests of exporting contracting parties with a view to avoiding to the fullest practicable extent such prejudicial effects.

10. The provisions of this Article shall not prevent any contracting party from establishing or maintaining internal quantitative regulations relating to exposed cinematograph films and meeting the requirements of Article IV.

Artikel XX

Article XX

General Exceptions

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

(a) necessary to protect public morals;

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

(c) relating to the importations or exportations of gold or silver;

(d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trademarks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;

(e) relating to the products of prison labour;

(f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;

(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;

(h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the CONTRACTING PARTIES and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved;*

(i) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; *Provided* that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;

(j) essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; *Provided* that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures, which are inconsistent with the other provisions of the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist. The CONTRACTING PARTIES shall review the need for this sub-paragraph not later than 30 June 1960.