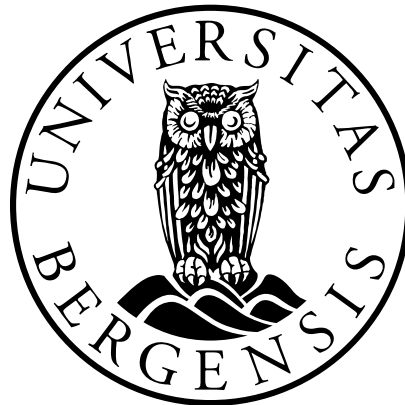


De rettslige konsekvensene av at en rettsakt innlemmet i EØS-avtalen erklæres ugyldig av EU-domstolen

En redegjørelse for og drøftelse av konsekvensene på EØS-rettslig og nasjonalt plan.

Kandidatnummer: 74

Antall ord: 14 671



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.23

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	5
1.1 De tre EØS-rettsakts trinnene: EU – EØS – Nasjonalt	5
1.2 Sentrale definisjoner og metodiske utgangspunkt.....	7
1.2.1 Innledende	7
1.2.2 Sentrale definisjoner.....	7
1.2.3 Metodisk utgangspunkt	8
1.2.4 EØS-rettslig tolkningslære	9
1.3 Målsetting og avgrensning	11
2 Tema, kontekst og problemstillinger.....	13
2.1 Innledende	13
2.2 Trinn I – Dom i EU	13
2.3 Trinn II – Mulige konsekvenser i EØS-retten.....	14
2.3.1 Presentasjon og rettslig utgangspunkt.....	14
2.3.2 Endring ved politisk enighet	14
2.3.3 Blir EØS-rettsakten angripelig for EFTA-pilarens domstoler?.....	15
2.3.4 Blir EØS-rettsakten nullitet?	19
2.4 Trinn III – Mulige konsekvenser i nasjonalretten	19
2.4.1 Innledende	19
2.4.2 Lovendring	20
2.4.3 Blir lovgivningen som gjennomfører EØS-rettsakten nullitet?.....	20
2.4.4 Angripelig i domstols systemet?	21
3 Trinn II: De EØS-rettslige konsekvensene.....	22
3.1 Innledende	22
3.2 Er en rettsakts gyldighet i EU en forutsetning for inkorporasjon i EØS?	23
3.2.1 En noe upraktisk problemstilling?.....	23
3.2.2 Vilkårene for å inkorporere en rettsakt	23
3.2.3 Konklusjon	25
3.3 Plikt til å handle.....	25
3.4 Blir EØS-rettsakten nullitet ved EU-rettslig ugyldighet?	28
3.4.1 En drøftelse av nullitet	28

3.4.2	Krav for innlemmelse i EØS-avtalen	28
3.4.3	Rettsenhet og homogenitet	29
3.4.4	Suverenitetsprinsippet	30
3.4.5	EØS-komiteéns praksis	31
3.4.6	En folkerettslig avtale.....	32
3.4.7	Gjensidighetsprinsippet.....	34
3.4.8	Ugyldighetsgrunnens betydning.....	35
3.4.9	Betydning av EØS-komiteéns modifikasjons kompetanse	36
3.4.10	Sammenfatning.....	36
3.5	Konklusjon trinn II: Den EØS-rettslige konsekvensen	37
4	Trinn III: De nasjonale – norske – rettslige konsekvensene	38
4.1	Innledende	38
4.2	Unntak fra utgangspunktet om dualisme?	39
4.2.1	Innledende	39
4.2.2	Særegenheter for EØS-retten?.....	39
4.2.3	Unntak – sektormonisme.....	39
4.3	Er gjennomføringslovgivningen angripelig for norske domstoler?	40
4.3.1	Generelt	40
4.3.2	Presumsjonsprinsippet.....	40
4.3.3	Forrang etter lov	42
4.3.4	Angripelighet i norsk rett	43
4.4	Avhjelpende tiltak – Statlig erstatningsansvar	44
4.5	Konklusjon trinn III: De nasjonale konsekvensene.....	45
5	Avsluttende bemerkninger – De tre trinn	47
5.1	Tre trinn – De rettslige følger.....	47
5.2	Trinn I – EU	47
5.3	Trinn II – EØS.....	47
5.4	Trinn III – Nasjonalt.....	48
	Litteraturliste	50
	Lover og traktater	50
	Domstolpraksis.....	51
	Statspraksis.....	53
	Juridisk teori.....	54

Nettsider 56

1 Innledning

1.1 De tre EØS-rettsakts trinnene: EU – EØS – Nasjonalt

Det er tre trinn enhver rettsakt må igjennom for å bli innlemmet i EØS-avtalen og i nasjonal rett: (I) Vedtakelse i den Europeiske Union (EU),¹ (II) beslutning om innlemmelse i Avtalen om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet (EØS-avtalen) etter enighet i EØS-komiteén² og (III) tilslutning fra nasjonal lovgiver om gjennomføring i nasjonal rett.³ Etter at de tre trinnene er oppfylt, er rettsenhet oppnådd og alle forpliktelser etter EØS-avtalen overholdt. Hvert trinn forutsetter selvbestemmelse og samtykke. Det er i utgangspunktet ingen automatikk i denne prosessen.

Endringer i eksisterende og allerede innlemmede rettsakter følger de samme tre trinnene nevnt over. Endringen oppstår i EU, den må innlemmes i EØS-avtalen og gjennomføres i nasjonal rett. Der dette skjer frivillig og i tidsmessig nærhet til endringen i EU, er de tre trinnene og kravene til samtykke uproblematisk. EØS-komiteén har kompetanse til å endre avtalen på bakgrunn av endring i EU-retten.⁴ Nasjonale lovgivere står enda friere innen egen jurisdiksjon. Der det oppstår usikkerhet er når endringen ikke er «vedtatt» iht. EØS-avtalen art. 102 jfr. art. 98, og hvis det ikke skulle oppnås enighet i EØS-komiteén.

EØS-avtalens grunnleggende formål er å integrere EFTA-statene – Island, Liechtenstein og Norge⁵ – i EUs indre marked.⁶ For å nå målet om å oppnå et koherent indre marked med like konkurransevilkår og like regler, hjemler EØS-avtalens art. 98 jfr. 93 (2) og 102 (1) - (3) en adgang til å innlemme rettsakter fra EU i avtalens vedlegg.⁷ EØS er likevel institusjonelt et polysentrisk rettssystem bestående av to pilarer, EU-pilaren og EFTA-pilaren.⁸ Retten vedtas formelt av et organ, EØS-komiteén, men håndheves og anvendes av ulike nasjonale og overnasjonale organer som formelt ikke er under- eller overordnet hverandre.⁹ Selv om

¹ Om den legislative myndighet til EU se Schütze 2021 s. 227-245; EØS-avtalen art. 102 (1) jfr. 98

² EØS-avtalen art. 98 jfr. 93 (2)

³ Krav om gjennomføring i EØS-avtalens art. 7; Dualisme i Island og Norge. Monisme med krav om godkjenning av parlament der lov må endres i Liechtenstein.

⁴ EØS-avtalen art. 98 jfr. art. 102

⁵ Heretter vil Island, Liechtenstein og Norge omtales som EFTA-statene i tråd med definisjonen i EØS-avtalen art. 2 b).

⁶ EØS-avtalens fortale avsnitt 4 og 15, art. 1 (1) og art. 6 (1); Franklin og Fredriksen 2015 s. 631

⁷ Vedlegg som utgjør en «integrerende del av avtalen» iht. EØS-avtalens art. 119.

⁸ Baur i Baudenbacher (red.) 2016 s. 47-48; Fredriksen og Mathisen 2022 s. 169-172

⁹ Se EØS-avtalens art. 6, 106 og 108; EU-domstolens Redegjørelse 1/91 avsnitt 35 og 36

utgangspunktet er lik regulering og praktisering, er muligheten for ulikheter til stede. EØS-komiteén er i utgangspunktet ikke forpliktet å komme til enighet om en endring.¹⁰

Der endringen skyldes at EU-domstolen kjenner den *underliggende EU-rettsakten* ugyldig iht. the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) art. 263, står endringen også i en noe annen stilling enn der den er vedtatt av EUs lovgivende organer. Rettsakten er da normalt alt innlemmet i EØS-avtalen og nasjonal rett. Innlemmelsen ble gjort under den forutsetning at den er gyldig i EU. Er det da en direkte rettslig kobling mellom EU- og EØS-rettsakten som medfører ugyldighet også i EØS?

På bakgrunn av denne usikkerheten oppstår følgende spørsmålet om hvilke rettslige konsekvenser det har om en rettsakt innlemmet i EØS-avtalen erklæres ugyldig av EU-domstolen og det ikke er rom for politiske løsninger. Hva er trinn II og III der trinn I er ugyldighet? Både sak C-362/14 *Safe harbour* og Sak C-236/09 *Test-Achats* eksemplifiserer og problematiserer dette spørsmålet.

I sak C-362/14 *Safe Harbour* ble kommisjonsavgjørelsen som kodifiserte avtalen mellom EU og USA om lagring av personopplysninger og -data kjent ugyldig. På det tidspunkt var kommisjonsavgjørelsen blitt en del av EØS-avtalen. Utfallet av denne saken i EØS-pilaren var at komiteén noen måneder senere besluttet å ta kommisjonsavgjørelsen ut av EØS-avtalen.¹¹

Sak C-236/09 *Test-Achats* gjaldt et unntak i en forsikringsregel som åpnet for forskjellsbehandling på pris for forsikring mellom kvinner og menn som ble kjent ugyldig, da det var i strid med EUs menneskerettighets charter. I denne saken motsatte imidlertid Liechtenstein seg endringen som ble foreslått i komiteén. Tross ugyldigheten i EU fastholdt de at unntaket var gyldig i EØS-retten og derfor kunne benyttes i Liechtenstein.

Hva som var rettstilstanden i månedene før kommisjonsavgjørelsen som kodifiserte «Safe harbour»-avtalen ble fjernet er ikke avklart. Det er heller ikke enighet om Liechtenstein per i dag handler i strid med sine EØS-rettslige forpliktelser eller ikke. Enn så lenge praktiserer

¹⁰ Følger bl.a. implisitt av EØS-avtalen art. 102 (3)-(6)

¹¹ EØS-komiteéns beslutning nr. 315/2015

Liechtenstein det aktuelle unntaket.¹² Den rettslige konsekvensen av koblingen mellom en EU-rettsakt og dens EØS-rettslig motstykke er derfor ikke åpenbar.

1.2 Sentrale definisjoner og metodiske utgangspunkt

1.2.1 Innledende

Oppgavens tema og underproblemstillinger redegjøres nærmere for i kapittel 2. Før det skal sentrale definisjoner, det metodisk utgangspunkt og den EØS-rettslige tolkningslære gjennomgå. I første rekke sentrale definisjoner. Flere uttrykk vil gå igjen, og for å unngå uklarheter vil uttrykkenes innhold i oppgaven defineres i pkt. 1.2.2. Deretter vil oppgavens metodiske utgangspunkt redegjøres for i pkt. 1.2.3 og den EØS-rettslige metodelære redegjøres for i pkt. 1.3.4.

1.2.2 Sentrale definisjoner

‘EØS-rett’ benyttes ofte om rett tilknyttet EØS-avtalen, uavhengig av om retten er på det folkerettslige eller det nasjonale plan. I denne oppgaven vil ‘EØS-rett’ i det videre, kun benyttes om de rent folkerettslige aspektene og reglene slik de følger av EØS-avtalen. Det som i dagligtalen omtales som EØS-rett og som er del av nasjonal rett, vil omtales som nettopp ‘nasjonal rett’. Utrykkene ‘EØS-rettslig’ og ‘på EØS-rettens område’ er mer generelle og vil benyttes både om EØS-avtalen og dens regler samt EØS-relevante nasjonale regler.

‘Ugyldig’ eller ‘ugyldighet’ er uttrykk som gir anvisning om det samme. Med ‘ugyldig’ menes at en rettsakt eller annen lovgivning, enten det er i EU, EØS eller i nasjonal rett, ikke er bindende eller på annen måte rettskraftig. At en rettsakt settes til side eller overprøves vil tilsvarende referere til ugyldighet. I EU benyttes uttrykket «null and void» om ugyldige rettsakter.¹³ Tilsvarende er ugyldig ment forstått i denne oppgaven.

Utrykk nummer tre er ‘angripelighet’. At en rettsakt er angripelig for domstolen, menes i denne oppgaven at den aktuelle domstolen har anledning til å prøve rettsaktens prosessuelle og materielle gyldighet, med den konsekvens at rettsakten kan kjennes ugyldig.

¹² Se bl.a. Fredriksen og Mathisen 2022 s. 242 og 243

¹³ Schütze 2021 s. 360-361

‘Nullitet’ er det siste viktige uttrykket som går igjen i oppgaven. At lovgivning blir nullitet innebærer at den automatisk faller bort uten at det kreves dom eller annen stadfestelse. Selv om en opprydning hvor avtalens teksts oppdateres som regel er påkrevd av rettssikkerhetshensyn, er det ikke nødvendig. Forskjellen mellom angripelighet og nullitet ligger at domstolen ved angripelighet må prøve rettsakten og konstatere den ugyldig. Det er ingen automatikk mellom prosessuelle eller materielle feil og at man kan innrette seg etter at rettsakten er ugyldig slik som ved nullitet.

1.2.3 Metodisk utgangspunkt

Oppgaven forutsetter at en endring av eller i en rettsakt har skjedd i EU ved at det foreligger ugyldighet, trinn I. Oppgaven rettes dermed mot EØS-retten og EFTA-statenes nasjonale rett, trinn II og trinn III. For å forenkle oppgaven tar oppgavens nasjonale del utgangspunkt i norsk rett. Dette medfører at oppgavens metodiske utgangspunkt vil måtte tas i EØS-retten for det EØS-rettslige og i norsk rett der det nasjonale drøftes.

Tolkning av norsk rett tar naturlig nok utgangspunkt i norsk rettskildelære.¹⁴ Siden disse reglene forutsettes kjent, er det ikke behov for å en inngående redegjørelse her. Flere av de norske rettskildeprinsippene og metodiske reglene vil likevel bli gjennomgått der det er aktuelt. Blant annet i kapittel 4.

For den EØS-relevante metoden er det metodiske utgangspunktet noe mer komplisert. EØS-avtalen er folkerettslig. Utgangspunktet etter de alminnelige folkerettslige reglene for traktatolkning, er at alminnelig folkerettslig metode slik den er uttrykt i Wien-konvensjonen om traktatretten (Wien-konvensjonen) art. 31 og 32 skal benyttes. Verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen benytter imidlertid de folkerettslige reglene. EØS-avtalen kan i forlengelsen av homogenitetsprinsippet også tas til inntekt for at det er en egen EØS-rettslig tolkningslære.¹⁵ Homogenitetsprinsippet innebærer at EØS-avtalen der den speiler EU-retten, skal tolkes og anvendes tilsvarende som i EU. Med andre ord samsvarer den EØS-rettslige metoden med prinsippene for tolkning utarbeidet av EU-domstolen.¹⁶

¹⁴ Se utfyllende i Nygaard 2004

¹⁵ C-26/62 *Van Gend en Loos*; E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* avsnitt 59; Fredriksen og Mathisen 2022 s. 323

¹⁶ Arnesen mfl. 2022 s. 50

Denne særegne metoden er også i overensstemmelse med alminnelig folkerett. All den tid den EØS-rettslige metoden følger av avtalens formål om homogenitet, innebærer det at metoden følger av EØS-avtalens «object and purpose» iht. Wien-konvensjonen art. 31 (1).¹⁷ Dermed gir avtalen uttrykk for egne metodiske prinsipper. Det er også et sentralt poeng at samtlige av avtalens parter virker å ha innrettet seg etter et slikt metodisk utgangspunkt, slik at det har blitt etablert en forståelse av avtalen og dens tolkning i tråd med Wien-konvensjonen art. 31 (3) b).

Oppgavens metodiske utgangspunkt er derfor den EU-rettslige metodelæren slik den er tatt over i EØS-retten. Det eksisterer visse særegenheter mellom EU- og EØS-retten, men de metodiske prinsippene for å avklare forskjellene vil være de samme i begge pilarer. Det er også et viktig poeng at EØS-avtalen er en folkerettslig avtale. Selv med særegne metodiske prinsipper, vil avtalens folkerettslige karakter og de underliggende folkerettslige prinsippene være av betydning.

1.2.4 EØS-rettslig tolkningslære

1.2.4.1 Innledende

EØS-rettslig metode er som nevnt EU-rettslig metode. Tolkningslæren som her gjøres rede for er derfor EØS-rettslig, men tar utgangspunkt i de prinsipper og regler som er utformet av EU-domstolen. Det er ikke tjenlig her å gjennomgå tolkningslæren i sin helet. I stedet vil de helt grunnleggende tolkningsreglene redegjøres for.

1.2.4.2 Tolkningsmetode

EU-domstolen, og dermed EØS-rettslig tolkningslære, bygger på fire sentrale tolkningsmetoder: historisk forståelse, bokstavelig forståelse, systemforståelse og formålsoverordnet tolkning.¹⁸ Offisielt eksisterer det ikke et internt styrkeforhold mellom de metodiske utgangspunktene, men praksis har vist at den historiske forståelsen anvendes klart minst. Ettersom den historiske forståelsen tar utgangspunkt i en søken etter opprinnelig mening og intensjon, blir tolkningene ofte utdaterte. EU-domstolen ser heller til «the spirit,

¹⁷ Fredriksen og Mathisen 2022 s. 324

¹⁸ Schütze 2021 s. 135

the general scheme and the wording of» den aktuelle lovgivningen.¹⁹ Utgangspunktet for den EØS-rettslige metoden og for oppgaven er derfor en bokstavelig-, systemrettet- og formålsorientert tolkning.

Av de tre metodiske utgangspunktene har en formålsorientert- og systemrettetforståelse av avtalen ofte trumfet klar ordlyd.²⁰ Med flere likeverdige offisielle språkversjoner, vil en alminnelig og naturlig forståelse av ordlyden til både EU-traktatene og EØS-avtalen ikke alltid avklare spørsmålet og kan skape flertydige tolkninger. En formåls- og systemrettettolkning vil derimot kunne gi uttrykk for lovgivers eller traktatpartenes intensjoner og lovens målsetning. En bokstaveligforståelse med utgangspunkt i alminnelig ordlydsforståelse vil likevel alltid være utgangspunktet.

1.2.4.3 Rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen

Et siste metodisk poeng er betydningen av domstolpraksis, både fra EU-domstolen og EFTA-domstolen. EØS-avtalens to-pilarstruktur og mangel av felles overnasjonal og autorativ domstol innebærer visse særegenheter i den EØS-rettslige rettskildelæren selv om grunnprinsippene er like.

Skillet mellom de to pilarene, skyldes at EU-domstolen og EFTA-domstolen kun har jurisdiksjon i sin egen pilar og mangelen av en overnasjonal felles domstol. I EU-pilaren er praksis fra EU-domstolen av betydning for tolkning av EØS-avtalen. Selv om EU-domstolen ikke har en prejudikatslære, er avgjørelsene domstolen avsier bindende for EUs medlems land og utgjør en tungtveiende rettskilde.²¹ I EFTA-pilaren er i utgangspunktet EFTA-domstolen den autorative fortolker, men domstolen avsier, som vi skal komme tilbake til i pkt. 2.3.3, i utgangspunktet ikke bindende avgjørelser. Likevel er EFTA-domstolens dommer en tungtveiende kilde ved tolkning av EØS-rett i EFTA-pilaren ettersom de er en overnasjonal domstol med høy EØS-rettslig kompetanse.²²

Selv om EU-domstolen formelt ikke har jurisdiksjon i EFTA-pilaren, har domstolens praksis fått stor betydning også der. Så stor betydning at noen hevder at EU-domstolen de facto er

¹⁹ C-26/62 *Van Gend en Loos* avsnitt 12

²⁰ Schütze 2021 s. 136

²¹ Fredriksen og Mathisen 2022 s. 347

²² EFTA-domstolpraksis som rettskilde: Rt. 2000 s. 1811 *Finnanger I* s. 1820; Rt. 2013 s. 258 *STX* avsnitt 93 og 94

EØS-avtalens autoritative fortolker.²³ Dette skyldes EØS-avtalen, dens formål og dens system samt avtalen om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA) art. 3 (2).

EØS-avtalens art. 6 (1) gir bindende virkning for rettspraksis fra EU-domstolen som er avsagt før EØS-avtalen. Artikkelen forbehold for «den fremtidige utviklingen av rettspraksis» er forstått til å åpne for å vektlegge fremtidig rettspraksis fra EU-domstolen.²⁴ En forståelse som har støtte i EØS-avtalens formål om rettsenhet. Avtalens hoveddel og vedlegg skal tolkes og anvendes likt av alle avtalens parter, splid skal unngås. Når systemet for tvisteløsning etter EØS-avtalen art. 105 jfr. art. 111 på den måten gir EU-domstolpraksis forrang ved at EØS-komiteéns tvisteløsningskompetanse iht. EØS-avtalens Protokoll 48 ikke kan overprøve EU-domstolens rettspraksis, fremstår EU-domstolens praksis som svært tungtveiende.²⁵ Særlig i lys av ODA art. 3 (2) hvor det skal tas «tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser» truffet av EU-domstolen.

I E-9 og 10/07 *L'Oréal* utalte EFTA-domstolen at EØS-rett skal tolkes «in line with new case law of the ECJ regardless of whether the EFTA Court has previously ruled on the question».²⁶ Det plasserer EU-domstolens rettskildeværdi ved tolkning av EØS-avtalen, uavhengig om det gjelder avtalens hoveddel eller dens vedlegg, over EFTA-domstolen. Dermed vil både EU-domstolpraksis og EFTA-domstolpraksis i det følgende ha stor vekt ved tolkning av EØS-avtalen.²⁷

1.3 Målsetting og avgrensning

Oppgavens målsetting er å gjøre rede for og drøfte de rettslige konsekvensene av at en *underliggende EU-rettsakt* erklæres ugyldig, etter at den har blitt innlemmet i EØS-avtalen. Problemstillingen og spørsmålene som oppstår i den sammenheng redegjøres det nærmere for i kapittel 2. Det avgrenses imidlertid mot de rettslige konsekvensene på matvare- og veterinærfeltet. Etter de forenklede prosedyrene som her gjør seg gjeldende for Norge og Island, blir EU-rettsakter til rettskraftige EØS-rettsakter overfor Norge og Island automatisk.²⁸

²³ Se Fredriksen 2010; Noe mer tilbakeholden Rognstad 2011

²⁴ Arnesen mfl. 2022 s. 41-42

²⁵ I Redegjørelse 1/92 avsnitt 25 og avsnitt 28-30 gjorde EU-domstolen det klart at dette var avgjørende for EUs kompetanse til å inngå EØS-avtalen

²⁶ E-9 og 10/07 *L'Oréal* avsnitt 29, mer utfyllende avsnitt 27 til 29.

²⁷ Fredriksen og Mathisen 2022 s. 366 flg.

²⁸ EØS-avtalens vedlegg I kap. I. punkt 3 b), 7, 8 og 13

Tilsvarende vil en ugyldiggjøring av EU-rettsakten få direkte virkning.²⁹ De rettslige konsekvensene er derfor ikke problematiske.

Utover det er oppgaven etter sin problemstilling avgrenset fra EØS-avtalens *politiske* konsekvenser. Disse frivillige endringsadgangene foreligger til enhver tid og er ikke usikre eller på annen måte rettslig problematiske. Endringsmuligheter som er til stede uavhengig av ugyldighet, vil heller ikke redegjøres for uten å ha en tilknytning til en aktuell rettslig konsekvens. Der det er nødvendig for å forstå eller avklare en mulig rettslig konsekvens, vil mulige politiske konsekvenser redegjøres for på lik linje med de rettslige. De politiske og alminnelige endringsmulighetene omfatter blant annet endringsadgangen etter EØS-avtalen art. 98, angripelighet på bakgrunn av trinnhøydeforskjell mellom EØS-avtalens hoveddel og vedlegg eller på bakgrunn av felles folkerettslige forpliktelser.³⁰

Avtalens mer politiske *aspekter*, som problemet med «the widening gap», rekkevidden og konsekvensen av tilleggsavtalene mellom EU og EØS eller avtalepartenes mer pragmatiske holdninger til avtalen, er også av mindre betydning. Der det er relevant vil disse aspektene redegjøres for og kunne benyttes som momenter i en større drøftelse, men på generelt grunnlag vil de ikke bli adressert.

²⁹ Se eksempelvis EØS-komiteéns Beslutning nr. 80/2012 om kommisjonsavgjørelsen 2010/169/EU

³⁰ Om trinnhøydeforskjell: Arnesen mfl. 2022 s. 59; Baudenbacher 2010 s. 50; Fredriksen og Mathisen 2022 s. 55-56. Om betydningen av andre felles forpliktelser: Fredriksen og Mathisen 2022 s. 53

2 Tema, kontekst og problemstillinger

2.1 Innledende

Den overordnede problemstillingen, er som nevnt, hvilke rettslige konsekvenser det har om en rettsakt innlemmet i EØS-avtalen erklæres ugyldig av EU-domstolen. Forutsetningen for oppgavens problemstilling er dermed at trinn I er at EU-domstolen erklærer en rettsakt, eller deler av en rettsakt, ugyldig. Oppgaven retter seg mot konsekvensene i både trinn II og trinn III i modellen skissert innledningsvis, med hovedfokus på trinn II – EØS-avtalen. For å besvare hvilke rettslige konsekvenser det har om en rettsakt innlemmet i EØS-avtalen erklæres ugyldig av EU-domstolen, vil de mulige konsekvensene, både de rettslige og de politiske, redegjøres for. Dette gjelder for både trinn II og trinn III. De politiske konsekvensene er, som nevnt, ikke relevant isolert, men har betydning i relasjon til spørsmålene om mulige rettslige konsekvenser.

Kapittel 2 vil være en helhetlig gjennomgang av temaet og problemstillingen. Først vil endringen og ugyldigheten i EU kjapt redegjøres for (Trinn I, pkt. 2.2). Før de mulige konsekvensene i EØS-retten bli gjort rede for (Trinn II, pkt. 2.3). Der vil også angripelighet for domstolene i EFTA-pilaren på det EØS-rettslige plan drøftes. Til slutt vil de mulige følgene i EFTA-statenes nasjonale rettssystem bli gjort rede for (Trinn III, pkt. 2.4). Det tas utgangspunkt i Norge når spørsmålet om nasjonale konsekvenser adresseres.

2.2 Trinn I – Dom i EU

Forutsetningen er at en rettsakt er vedtatt i EU, innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i nasjonal rett. I EU er det, for både private og stater, mulig å bringe rettsakten inn for EU-domstolen og å utfordre dens gyldighet på bakgrunn av antatt formelle eller materielle feil iht. TFEU art. 263. Hvis EU-domstolen erklærer rettsakten eller en bestemmelse i rettsakten ugyldig på bakgrunn av de påberopte feilene, vil rettsakten i de tilfellene opphøre å være rettskraftig og bindende i EU.

2.3 Trinn II – Mulige konsekvenser i EØS-retten

2.3.1 Presentasjon og rettslig utgangspunkt

Konsekvensene for en rettsakt i EØS-avtalen der en *underliggende EU-rettsakt* kjennes ugyldig i EU er ikke eksplisitt regulert i EØS-avtalen. Avtalen og dens bestemmelser gir likevel holdepunkter for mulige konsekvenser. Avtalen skisserer i hovedsak tre mulige følger:

1. EØS-avtalen kan endres i tråd med ugyldigheten i EU
2. Rettsakten blir angripelig i domstolsystemet
3. Rettsakten i EØS blir nullitet

Muligheten for at avtalen endres i tråd med ugyldigheten i EU redegjøres for nærmere i pkt.

2.3.2. Selv om endring ved enighet i utgangspunktet faller utenfor oppgaven, oppstår det spørsmål om det foreligger *endringsplikt*. Den andre mulige følgen, spørsmålet om betydningen av domstolpraksis og angripelighet, redegjøres for og drøftes under pkt. 2.3.3. Til slutt, i pkt. 2.3.4, redegjøres det for grunnlaget til og spørsmålet om eksistensen av en nullitetsregel.

2.3.2 Endring ved politisk enighet

Den første mulige konsekvensen for en rettsakt hvor den *underliggende EU-rettsakten* er kjent ugyldig, er at EØS-avtalen endres for å samsvare med ugyldigheten og den underliggende EU-retten. Det må da foreligge en politisk vilje til å opprettholde rettsenhet i samarbeidsområdet. En slik endring kan skje på to måter, enten ved at avtalen i sin helhet endres eller ved endring av protokoller og vedlegg i EØS-komitéen.

Den første måten å endre avtalen på ved politisk enighet er at avtalen enten reforhandles iht. Wien-konvensjonen art. 40, eller at det inngås en ny avtale som erstatter eller supplerer den gamle iht. Wien-konvensjonen art. 59.³¹ En reforhandling er imidlertid lite sannsynlig. I tillegg til å være politisk krevende vil det være en omfattende, upraktisk prosess og innebære

³¹ Verdt å merke seg at prosessen oppstilt i EØS-avtalen art. 18 for å utvide avtalens anvendelsesområde etter sin ordlyd også kan benyttes til å forberede eventuelle større endringer eller nye avtaler selv om dette neppe var intensjonen. Se her bl.a. Fredriksen og Mathisen 2022 s. 216

en unødvendig bruk av resurser. Realiteten er også at det ikke er en endrings- eller forhandlingsvilje hos et tilstrekkelig antall av avtalens prater.³²

Den andre måten å endre avtalen på ved politisk enighet er at EØS-komiteén i tråd med art. 98 jfr. art. 93 (2) og art. 102 i EØS-avtalen, vedtar å endre det vedlegget som innlemmer den aktuelle EU-rettsakten i EØS-avtalen. De nærmere vilkårene for denne metoden gjøres rede for i tilknytning til spørsmålet om nullitet i pkt. 3.4. Endring ved beslutning i EØS-komiteén er den mest praktiske og relevante metoden for å oppdatere EØS-avtalen. Denne metoden vil som regel løse de fleste konflikter og ulikheter mellom EU-rett og EØS-rett. Metoden ble blant annet benyttet i «Safe Harbour»-saken.

Som nevnt i pkt. 1.3, er oppgaven avgrenset i forhold til endring av avtalen som følge av politisk enighet. Metodene, skissert over, vil ikke adresseres ytterligere. I forlengelse av homogenitetsprinsippet og lojalitetsplikten oppstår det imidlertid et spørsmål om det ved ugyldighet i den *underliggende EU-rettsakten*, foreligger en plikt for EØS-komiteén til å endre EØS-avtalen i overensstemmelse med den underliggende EU-retten. Denne problemstillingen vil derfor adresseres i tilknytning til de EØS-rettslige følgene av ugyldighet i EU i pkt. 3.3.

2.3.3 Blir EØS-rettsakten angripelig for EFTA-pilarens domstoler?

2.3.3.1 Innledende

Den andre mulige konsekvensen er at EØS-rettsakten blir angripelig for domstolene i EFTA-pilaren, EFTA-domstolen og de nasjonale domstolene. At en EØS-rettsakt blir angripelig der den *underliggende EU-rettsakten* kjennes ugyldig, forutsetter i første rekke at den *underliggende EU-rettsakten* er av rettslig betydning for EØS-rettsakten. For det andre må den aktuelle domstolen ha kompetanse til å overprøve rettsakten.

En tilstrekkelig rettslig betydning foreligger der EU-rettsakten er en forutsetning for eller krav knyttet til EØS-rettsakten, eller der EØS-rettsakten eller dens tolkning påvirkes av endringen i

³² Tidligere forsøk på reforhandling fra EFTA-statenes side har gjennomgående blitt avslått av EU. Se eksempelvis forsøkene på tidlig 2000-tall – St.meld. nr. 27 (2001-2002) s. 11.

EU-retten. Om det foreligger tilstrekkelig rettslig betydning der EU-rettsakten er en forutsetning for eller krav vil bli adressert i pkt. 3.2 og 3.4.

Avgjørelser fra EU-domstolen om at en *underliggende EU-rettsakt* er ugyldig er en tungtveiende og nærmest autorativ kilde ved tolkning av EØS-rettsakten (se pkt. 1.2.3). Dette innebærer at den *underliggende EU-rettsakten* er av tilstrekkelig betydning for EØS-rettsakten. Spørsmålet er dermed om det eksisterer domstoler i EFTA-pilaren med kompetanse til å overprøve EØS-rettsakter. En slik kompetanse beror på at den aktuelle domstolen kan avsi dommer med bindende virkning, og at de har kompetanse til å overprøve rettsakter.

EFTA-domstolens kompetanse gjøres rede for (pkt. 2.3.3.2), deretter vil kompetansen til de nasjonale domstolene drøftes (pkt. 2.3.3.3). Etersom det vil være forskjeller fra land til land, og det er ikke tjenlig å gjennomgå alle de ulike nasjonale kompetansene, vil fokuset være på Norge og Norges domstoler. Avslutningsvis vil knyttes noen bemerkninger til E-6/01 *CIBA II* (pkt. 2.3.3.4).

2.3.3.2 Angripelighet for EFTA-domstolen

EFTA-domstolen er den eneste overnasjonale domstolen i EFTA-pilaren, og er et naturlig utgangspunkt for å vurdere angripelighet. Domstolen avsier imidlertid ikke bindende avgjørelser, og oppfyller dermed ikke det første kravet for overprøvningskompetanse. I henhold til ODA art. 34 er EFTA-domstolen kun kompetent til å avsi rådgivende uttalelser om tolkning av EØS-avtalen. Unntakene er traktatbruddsøksmål iht. ODA art. 32 og saker om avgjørelser fattet av EFTA Surveillance Authority (ESA) iht. ODA art. 36. Selv om uttalelsene er tungtveiende kilder i EFTA-pilaren kan de formelt sett avvikes.³³

Det kan argumenteres for at EFTA-domstolen kan angripe EØS-rettsakter for EFTA-domstolen via traktatbruddsøksmål iht. ODA art. 32. Det vil imidlertid kreve en uenighet imellom to EFTA-stater og at en av statene reiser sak for EFTA-domstolen. Av politiske årsaker er dette usannsynlig, blant annet eksemplifisert av at adgangen til traktatbruddsøksmål aldri har blitt benyttet. I tillegg vil en eventuell overprøving være indirekte ettersom den kun vil konstatere at fortsatt praktisering vil innebære et traktatbrudd. EFTA-domstolen kan ikke angripe EØS-rettsakten, kun statenes gjennomføring av den. I

³³ Rt. 2000 s. 1811 *Finnanger I* s. 1821; Rt. 2013 s. 258 *STX* avsnitt 93-94

realiteten vil konsekvensen kunne være det samme, men i mangel av et effektivt håndhevingssystem er selv det usikkert. EFTA-domstolen kan følgelig ikke direkte overprøve en EØS-rettsakt som i EU er kjent ugyldig og det er ikke nødvendig å vurdere videre om de har en slik kompetanse.

2.3.3.3 Angripelighet for nasjonale domstoler

Ettersom en EØS-rettsakt ikke er angripelig for EFTA-domstolen, blir spørsmålet om EØS-rettsakten likevel er angripelig for de nasjonale domstolene. EØS-avtalen likestiller EFTA-statenes domstoler i siste instans med EU- og EFTA-domstolen. I tillegg er det i praksis lagt til grunn at nasjonale domstoler fungerer som EØS-domstoler.³⁴ Norges domstoler skal dermed i utgangspunktet ha kompetanse til å tolke og anvende EØS-avtalen på lik linje med EU-domstolen og EFTA-domstolen, men avgrenset til egen jurisdiksjon. Siden avgjørelser fra norske domstoler er bindende, er spørsmålet om norske domstoler har kompetanse til å overprøve EØS-rettsakter.

For å sette til side eller overprøve en rettsakt, må det eksistere en relevant hjemmel eller kompetanse i avtalen eller dennes prinsipper. Ingen slik hjemmel foreligger eksplisitt i EØS-avtalen. Det er heller ikke, som vil bli drøftet videre i kapittel 3, en eksplisitt regulering av vilkårene for at en rettsakt i EU er gyldig. Det må derfor ses til reglene som innlemmer EØS-rettsakter i EØS-avtalen. Ettersom det i EØS er en beslutning fra EØS-komiteén som innlemmer en EU-rettsakt i EØS-avtalen og gir den legitimitet iht. EØS-avtalen art. 98, må en domstol ha kompetanse til å overprøve EØS-komiteéns beslutninger for å kunne angripe en rettsakt. Spørsmålet blir dermed om Norske domstoler kan overprøve EØS-komiteéns beslutninger.

EØS-avtalen gir ingen anvisning på adgang til rettslig overprøving av de beslutningene EØS-komiteén fatter. Det er ingen EØS-domstol, som en sak kan bringes inn for, som har kompetanse til å binde begge pilarer og ingen av pilarene gir sine respektive overnasjonale domstoler adgang for å overprøve EØS-komiteén.³⁵ EFTA-domstolen har selv antydnet denne manglende kompetansen i E-6/01 *CIBA II* i avsnitt 21 og 22 hvor de understreket at saken

³⁴ Se E-15/12 *Wahl* avsnitt 54 mvh.; Rt. 2000 s. 1811 *Finnanger I* s. 1827; NOU 2012:2 s. 205-212

³⁵ Frankling og Fredriksen 2015 s. 681; Fredriksen og Mathisen 2022 s. 228-229; Sejersted mfl. 2011 s. 189-190; NOU 2012:2 s. 93

som ble behandlet gjaldt grensene for EØS-komiteéns kompetanse, ikke gyldigheten av deres vedtak.

I utgangspunktet oppstiller ikke EØS-avtalen noen mulighet til å overprøve EØS-komiteéns beslutninger og dermed ingen kompetanse til å angripe EØS-rettsakter, verken for norske domstoler eller for EFTA-domstolen hvis den kunne avsagt bindende dommer. Norges domstoler og andre nasjonale domstoler har følgelig ikke kompetanse etter EØS-avtalen til å overprøve en EØS-rettsakt.

Norske domstoler har imidlertid kompetanse til å avgjøre hvilke folkerettslige forpliktelser Norge er bundet av. En kompetanse som, blant annet, følger implisitt av Grunnloven (Grl.) § 88 siden Høyesterett dømmer i siste instans og tolkningen av Svalbardtraktaten i HR-2023-491-P avsnitt 100 flg. Denne kompetansen gjør seg særlig gjeldende for EØS-avtalen ettersom den også er gjort til norsk lov iht. Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) (heretter EØS-loven) § 1. Norges domstoler kan dermed vurdere i hvilken grad Norge er bundet til å følge en EØS-komiteébeslutning, og hva en slik beslutning innebærer. Denne vurderingen må imidlertid ta utgangspunkt i EØS-avtalen og vil ikke ha en isolert betydning der det ikke er konkrete holdepunkter for ugyldighet i avtalens hoveddel.

2.3.3.4 En praktisk og reell rettslig konsekvens?

Selv om regelen virker å være at en rettsakt verken er angripelig for EFTA-domstolen eller de nasjonaledomstolene på bakgrunn av en ugyldiggjøring i EU alene, er det verdt å knytte noen ytterligere bemerkninger til *CIBA II* avsnitt 21 og 22. Uttalelsen der kan virke å åpne for en viss overprøving av EØS-komiteén. Dommen understreker at ingen slik eksplisitt kompetanse foreligger, men skillet mellom å prøve grensene for EØS-komiteéns kompetanse, som domstolen åpner for, og ren overprøving, er glidende i beste fall. Om dommen rent faktisk åpner for å overprøve EØS-komiteén og om dette har støtte i avtalen er usikkert og fremstår usannsynlig. Problemstillingen er imidlertid for stor til å besvares i denne oppgaven, ettersom konsekvensene av at en domstol skulle finne at EØS-komiteén har handlet utenfor sin kompetanse er svært usikre.³⁶ Det er imidlertid verdt å merke seg at hvis det skulle ha den

³⁶ Se nærmere om problemstillingen i Fredriksen og Mathisen 2022 s. 229-231

følgen å innebære angripelighet, vil angripelighet kunne utgjøre en mulig konsekvens for at en rettsakt kjennes ugyldig i EU.

Siden utgangspunktet er at EØS-komiteéns avgjørelser ikke kan overprøves, legges det for oppgaven til grunn at EØS-rettsakt ikke blir angripelig dersom deres parallell i EU kjennes ugyldig, hverken i EFTA-domstolen eller de nasjonale instansene. EØS-rettslig angripelighet vil etter dette ikke adresseres nærmere uten der det skjer i tilknytning til andre mulige konsekvenser.

2.3.4 Blir EØS-rettsakten nullitet?

Den tredje mulige konsekvensen er at EØS-rettsakten blir nullitet som en følge av at den *underliggende EU-rettsakten* kjennes ugyldig. I tilknytning til EØS-avtalen og den underliggende EU-retten, vil nullitet foreligge hvis en EØS-rettsakt automatisk er ugyldig som en konsekvens av at *den underliggende EU-rettsakten* er kjent ugyldig. Nullitet krever ingen konstatering, slik at det aldri vil være en overprøving. EU-domstolens avgjørelse vil dermed eventuelt få rettslig effekt i EØS når den får effekt i EU. Gyldighet i den *underliggende EU-rettsakten* vil med andre ord måtte være en forutsetning for at rettsakter i EØS er gyldige.

Spørsmålet er dermed om en gyldig og rettskraftig *underliggende EU-rettsakt* er en forutsetning for at EØS-rettsakter er gyldige etter EØS-avtalen. Spørsmålet drøftes videre i pkt. 3.2 og 3.4.

2.4 Trinn III – Mulige konsekvenser i nasjonalretten

2.4.1 Innledende

Trinn III forutsetter at endringen, i dette tilfellet ugyldigheten, har fått effekt i trinn II – EØS-avtalen. Det er først da det oppstår plikter for EFTA-statene og man kan snakke om rettslige konsekvenser. Endringer i nasjonal rett før en endring i EØS-retten vil være en politisk endring.

Konsekvensene av at en rettsakt i EØS er nullitet eller endret, reguleres av nasjonale regler. EØS-avtalen har krav til gjennomføring og effektivitet, men selve reglene for virkningen av

endringer i avtalen i nasjonal rett følger av de nasjonale rettsreglene, i dette tilfelle norsk rett. Igjen kan man snakke om tre mulige følger:

1. Norsk lov kan endres i tråd med ugyldigheten i EU og endringen i EØS
2. Lovgivningen som gjennomfører EØS-rettsakten blir nullitet
3. Lovgivningen som gjennomfører EØS-rettsakten blir angripelig for Norges domstoler

Endring ved lov redegjøres for i pkt. 2.4.2. Nullitetsspørsmålet og betydningen av dualisme vil videre redegjøres for i pkt. 2.4.3. Til slutt vil grunnlaget for og spørsmålet om muligheten for angripelighet for de nasjonale domstolene introduseres i pkt. 2.4.4.

2.4.2 Lovendring

Den første mulige konsekvensen i nasjonal rett er at lovgiver endrer loven i samsvar med endringen i EØS-avtalen og med ugyldigheten i EU. Som vi skal komme tilbake til i pkt. 2.4.3, er hovedregelen i norsk rett om overføring av rett fra folkerettslig plan til norsk rett, dualisme. Det innebærer at Stortinget står fritt i tråd med Grl. § 75 a) til å vedta endringer i, eller oppheve lover som gjennomfører EØS-rettsakter i Norge. Tilsvarende gjelder der Stortinget, som lovgiver, har delegert lovgivningsmyndighet i form av kompetanse til å vedta forskrifter. Dette er en frivillig og politisk konsekvens og vil dermed ikke adresseres i det nærmere utover der det er i tilknytning til rettslige konsekvenser.

2.4.3 Blir lovgivningen som gjennomfører EØS-rettsakten nullitet?

Den andre mulige følgen er at lovgivningen som gjennomfører EØS-rettsakten blir nullitet. For at nullitet skal være konsekvensen i norsk rett på grunn av at en rettsakt i EØS er nullitet, må den norske lovgivningens opphør eller ugyldighet være en automatisk følge av nulliteten i EØS. I utgangspunktet er dette ikke mulig i norsk rett. I Norge praktiseres dualisme i relasjon til folkeretten. Nasjonalrett og folkerett er to forskjellige rettssystemer hvor normer må overføres ved lov fra folkeretten inn i nasjonal rett for å ha virkning i det norske systemet.³⁷ I fraværet av en slik gjennomføring har norsk rett forrang, enten den er taus eller uttrykkelig.³⁸ Det er splid i litteraturen om forståelsen og rekkevidden av den norske dualismen, men det er

³⁷ Ruud og Ulfstein 2018 s. 59; Arnesen mfl. 2022 s. 632-633; Fredriksen og Mathisen 2022 s. 390

³⁸ Ruud og Ulfstein 2018 s. 59; Rt. 2000 s. 1811 *Finnanger I* s. 1830-1831

enighet om de sentrale prinsippene, blant annet kravet om gjennomføring og prinsippet om forrang.³⁹

Folkeretten må følgelig gjennomføres i norsk rett, enten ved transformasjon, inkorporasjon eller konstatering av rettsharmoni. I utgangspunktet er det ingen automatikk i dette, enten det etableres en forpliktelse for staten eller en forpliktelse fjernes, og dermed ikke nullitet. Det finnes imidlertid unntak. Spørsmålet om det finnes særlige regler eller unntak fra utgangspunktet om dualisme for EØS og EØS-rettsakter drøftes i pkt. 4.2.

2.4.4 Angripelig i domstols systemet?

Den siste mulige følgen er at lovgivningen som gjennomfører EØS-rettsakten blir angripelig for de nasjonale domstolene, her Norges domstoler med Høyesterett i siste instans. Når utgangspunktet fremdeles er dualisme, vil ikke EØS-rettsaktens nullitet kunne fungere som et selvstendig rettsgrunnlag for å tilsidesette norsk rett. Det er i utgangspunktet ingen automatikk i at folkerett overføres til norsk rett, enten ved at det etableres en forpliktelse for staten eller at en forpliktelse fjernes. Spørsmålet om en rettsakt blir angripelig vil dermed måtte bero på nasjonale hjemler, konkrete nasjonale tolkningsregler og nasjonal rettskildelære. Muligheten for at en rettsakt kan bli angripelig i norsk rett vil bli drøftet i pkt. 4.3.

³⁹ Ruud og Ulfstein 2018 s. 58 og 59

3 Trinn II: De EØS-rettslige konsekvensene

3.1 Innledende

Kapittel 3 retter seg mot EØS-avtalens folkerettslige side. Med andre ord EØS-avtalen selv og forpliktelsene den pålegger statene.

Den første problemstillingen som adresseres, er om man kan forstå EØS-avtalen dithen at komiteen har en plikt til å endre en EØS-rettsakt som gjennomfører en EU-ugyldig rettsakt. Eksistensen av en slik plikt vil kunne oppstå i relasjon til en eventuell opprydning i avtalen i kjølvannet av eventuell nullitet, eller som en selvstendig konsekvens av EU-rettslig ugyldighet. En plikt til, eller oppfordring om opprydning etter nullitet kan som nevnt utledes av rettsikkerhetbetraktninger. Opprydning er imidlertid, som en forlengelse av regelen om nullitet, ikke avgjørende. Det sentrale er derfor spørsmålet om det der den *underliggende EU-rettsakten* kjennes ugyldig, oppstår en plikt for EØS-komiteén til å endre avtalen uavhengig av eventuell nullitet. For å avgjøre om det eksisterer en plikt for EØS-komiteén til å endre avtalen må det, som for spørsmålet om angripelighet, ses hen til reglene som regulerer beslutning i EØS-komiteén og inkorporering av rettsakter i EØS-avtalen iht. EØS-avtalen art. 98 jfr. 102 (1) og 93 (2).

Den andre problemstillingen som oppstår, retter seg mot eksistensen av en regel om nullitet. Etersom nullitet avhenger av at EØS-rettsakten opphører automatisk, beror spørsmålet på om det i kravene til at en EØS-rettsakt er gyldig er en forutsetning om at *den underliggende EU-rettsakten* er gyldig. En slik konkret regulering foreligger imidlertid ikke. Spørsmålet beror, som i avsnittet over og for spørsmålet om angripelighet, på vilkårene for beslutning i EØS-komiteén og grensene for komitéens kompetanse iht. EØS-avtalen art. 98 jfr. 102 (1) og 93 (2).

Både den første og den andre problemstillingen beror imidlertid på et felles spørsmål om en gyldig EU rettsakt er et krav for at EØS-komiteén kan vedta å innta en rettsakt i EØS-avtalen (pkt. 3.2). Deretter vil spørsmålet om EØS-komiteéns eventuelle endringsplikt adresseres (pkt. 3.3), før spørsmålet om nullitet tas opp (pkt. 3.4). Spørsmålet om nullitet beror på om

gyldighet i den *underliggende EU-rettsakten* er en vedvarende forutsetning for at EØS-komiteéns beslutning å innta en rettsakt, er gyldig.

3.2 Er en rettsakts gyldighet i EU en forutsetning for inkorporasjon i EØS?

3.2.1 En noe upraktisk problemstilling?

Spørsmålet om det er et krav at rettsakten som skal inkorporeres i EØS-avtalen er gyldige i EU, vil lite trolig noen gang bli prøvd for retten. Ikke bare har EU en av stemmene i EØS-komiteén, men EFTA-statene har neppe et behov eller ønske om å vedta en rettsakt som motpartene i EU ikke vil følge.⁴⁰ Noe annet ville mest sannsynlig vært svært politisk kontroversielt avtalepartene imellom. Kravene som stilles i en rettsakt som skal inkorporeres, er imidlertid interessant i relasjon til spørsmålene om en endringsplikt i komiteén og vedvarende forutsetning om gyldighet i EU kan oppstilles. En slik endringsplikt eller forutsetning om vedvarende gyldighet kan nemlig vanskeligere aksepteres der det ikke foreligger et krav om gyldighet før inkorporasjon. Eksistensen av et slik krav før inkorporasjon vil dermed på mange måter være en forutsetning for den videre drøftelsen og et viktig moment i spørsmålet om eksistensen av en regel om nullitet. Den sentrale betydningen dette spørsmålet har som et utgangspunkt for den videre drøftelsen, gjør at den adresseres først.

3.2.2 Vilåårene for å inkorporere en rettsakt

EØS-komiteén er gitt kompetanse til å endre avtalens vedlegg med tilhørende protokoller i EØS-avtalens art. 98. I avtalens art. 102 jfr. art. 98 detaljeres reglene for selve prosessen og for kravene til å fatte en beslutning om inkorporasjon. Etter art. 102 (1) 1.pkt. skal beslutning om endring av et vedlegg eller en protokoll fattes «så nær som mulig i tid etter at Fellesskapet har vedtatt tilsvarende nytt regelverk». Bestemmelsen oppstiller etter sin ordlyd i første rekke et krav til nærhet i tid mellom EUs vedtakelse av en aktuell rettsakt og EØS-komiteéns beslutning om inkorporasjon. Den gir imidlertid også implisitt uttrykk for hva som kreves for at en regulering kan inntas i EØS-avtalen.

⁴⁰ Om deltagelse i komiteén: EØS-avtalen art. 98 jfr. art. 93 (2)

For det første må det foreligge et «tilsvarende nytt regelverk» eller på engelsk «corresponding new Community legislation». Ordlyden «tilsvarende» sikter tilbake til vedlegget det gjøres endring i og oppstiller etter en naturlig forståelse, særlig lest i sammenheng med bestemmelsens andre ledd, krav om at regelverket må være EØS-relevant.

Det andre vilkåret, og det som her er aktuelt, krever at beslutningen i EØS-komiteén skjer «etter» at det tilsvarende «regelverket» er «vedtatt» av EU. Et krav om at en endring i EØS-avtalens vedlegg tar utgangspunkt i en EU-rettsakt. En bokstavelig forståelse av ordlyden innebærer at så lenge et regelverk er «vedtatt» av EU, uavhengig av om det i ettertid har blitt kjent ugyldig, kan det inntas i EØS-avtalen. Det er imidlertid en svært stringent forståelse. Forstås avtalens ordlyd i lys av avtalens formål om integrering i EUs indremarked, er det naturlig å forstå den som et krav om at det foreligger et vedtatt og rettskraftig regelverk. Med andre ord et regelverk som ikke er kjent ugyldig.

En rettsakt som er kjent ugyldig vil ikke lenger være, og var som regel aldri, bindende eller rettskraftig.⁴¹ Der ugyldiggjøring skjer før beslutningstidspunktet til komiteén, vil rettsakten normalt ikke være rettskraftig.⁴² At den på et tidspunkt ble vedtatt fremstår uviktig i denne sammenheng. Det kan også bemerkes at hvis en stringent bokstavelig tolkning legges til grunn, vil også regelverk som EU har fjernet eller endret av egen vilje, kunne inntas i EØS-avtalen. En ordning som virker å ligge klart utenfor partenes intensjoner med avtalen.

Et krav om at rettsakten må være gyldig underbygges, som nevnt, også av avtalens formål om homogenitet og målsetningen om rettsenhet. I EØS-avtalens fortale avsnitt 4 presiseres det at formålet er å opprette et «ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, som er grunnlagt på felles regler og like konkurransevilkår». Hvis avtalen tillater inkorporasjon av ugyldige rettsakter fra EU, vil det skape ulike regler og konkurransevilkår innad i det indre markedet og splid i anvendelse og forståelse av avtalen. Det kan åpne for forumshopping; at juridiske personer, ettersom det er overlappende rettsregler, velger det land og det regelsett som personen er best tjent med. For EØS kan det medføre at statene konkurrerer om å ha best mulig regler for større økonomiske interesser, kanskje på bekostning av andre land og egen

⁴¹ Iht. art. 264 jfr. art. 263 TFEU; oppsummert i 'Annulment of legal acts' (20.01.2021) <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/annulment-of-legal-acts-by-the-court-of-justice.html>, 3. april 2023

⁴² I art. 264 (2) TFEU er det en adgang til å opprettholde aktens bindende virkning, tross at den er ugyldig, der det er nødvendig.

befolkning. Det kan vanskelig aksepteres en slik forståelse av avtalen, som går mot det grunnleggende formålet uten sterke holdepunkter for noe annet.

Når en slik forståelse heller ikke går på bekostning av EFTA-statenes suverenitet ettersom de har valgt å slutte seg til en avtale hvor målsetningen er integrasjon i et fremmed marked, og de fortsatt har medbestemmelsesretten i behold iht. EØS-avtalen art. 98 jfr. art. 93 (2), virker saken klar. Selv om ordlyden i art. 102 (1) forstått bokstavelig er vag nok til både å innebære og ikke innebære et krav til gyldighet, må avtalens formål og helhet være avgjørende. Art. 102 (1) kan vanskelig forstås som å forutsette noe annet enn en gyldig rettsakt vedtatt av EU.

I E-6/01 *CIBA II* uttaler EFTA-domstolen i avsnitt 33 at «the competence of the EEA Joint Committee cannot be restricted to adopting the relevant Community acts into the EEA legal order». Det presiseres også at «the competence of the EEA Joint Committee must not be overly restricted». Isolert kan uttalelsene tas til inntekt for at EØS-komiteén kompetanse til å endre EØS-avtalens vedlegg, ikke er begrenset til tilfeller der det foreligger relevante EU-rettsakter.

Domstolen understreker imidlertid i samme avsnitt at «the competence of the EEA Joint Committee is not unlimited» og må «be exercised within the boundaries of the EEA Agreement and with due respect for essential procedural requirements». Når ordlyden lest i lys av avtalens formål er så tydelig som den her er funnet å være, kan ikke EØS-komiteén handle i strid med den. Det er også verdt å merke seg at dommen gjaldt hvor nært EØS-komiteén må holde seg til *den underliggende EU-rettsakten*.⁴³ Dommen er dermed avsagt under den forutsetning at det foreligger en EU-rettsakt før beslutningen i komitéén ble fattet.

3.2.3 Konklusjon

Vilkårene for at en rettsakt fra EU inkorporeres er at den er EØS-rettslig relevant og at den er vedtatt og fortsatt rettskraftig i EU. Med andre ord er det et krav for at en rettsakt kan vedtas inkorporert i EØS-avtalen ved beslutning fra EØS-komiteén at den er gyldig i EU. En rettsakt kjent ugyldig kan ikke inkorporeres i EØS-avtalen.

3.3 Plikt til å handle

⁴³ E-6/01 *CIBA II* avsnitt 24

Ettersom det er et krav om gyldig underliggende EU-rettsakt for å innlemme en rettsakt i EØS oppstår spørsmålet om det er en plikt for EØS-komitéen til å endre EØS-avtalen dersom den *underliggende EU-rettsakt* erklæres ugyldig etter innlemmelse. En slik plikt forutsetter to forhold: At EØS-komitéen har kompetanse til å endre et vedlegg på bakgrunn av en kjennelse fra EU-domstolen og at EØS-komitéen kan ilegges en plikt til å endre avtalen.

Som nevnt i pkt. 3.2 og som vi kommer tilbake til i pkt. 3.4, er det grenser for EØS-komitéens kompetanse til å inkorporere rettsakter. Ordlyden i EØS-avtalen art. 102, oppstiller et vilkår om at endring skal skje på bakgrunn av en vedtatt regulering i EU. En naturlig forståelse av avtalen ekskluderer derfor endringer på bakgrunn av EU-domstolens praksis. Det oppstår dermed et spørsmål om art. 102 kan anvende analogisk på endring av EUs reguleringer som følge av EU-domstolens praksis.

I begge tilfeller, både der endringen skyldes en vedtatt regulering eller en kjennelse fra EU-domstolen, er det snakk om en endring av den underliggende rettsakten. Det er med andre ord ikke spørsmål om å benytte art. 102 (1) til å inkorporere EU-domstolens tolkning av en regulering. Begge tilfeller beror på markante endringer i konkrete deler av den underliggende og relevante EU-retten.

En analogisk anvendelse av bestemmelsen, vil heller ikke stride med bestemmelsens eller avtalens overordnede formål. Å endre EØS-avtalens vedlegg så de står i overenstemmelse med den underliggende EU-retten, vil bidra til å sikre «rettssikkerhet og ensartethet innen EØS» iht. EØS-avtalen art. 102 (1). Suverenitetsprinsippet yter heller ingen motstand. Partene har samtykkekompetansen i behold og en eventuell endring bygger på en allerede innlemmet rettsakt. Dette vil kunne stille seg annerledes der det er snakk om å innta EU-domstolens praksis på mer generelt grunnlag, særlig der det pålegger nye plikter, men det er ikke tilfellet som diskuteres her.⁴⁴

Analogisk anvendelse av folkerettslige regler er i alminnelighet betenkelig ettersom man skal legge stor vekt på de begrensningene avtalens ordlyd gir uttrykk for. Leses imidlertid art. 102 ut fra sitt og avtalens formål, fremstår en analogisk anvendelse likefullt som det riktige. Som EFTA-domstolen uttrykte i *CIBA II* så er EØS-komitéen «designed to function as an institution working in the pursuit of the common interest of the Community side and the

⁴⁴ Baudenbacher tar i Baudenbacher 2010 på s. 5 til orde for at EØS-komitéen ikke har en slik kompetanse.

EFTA side» og ettersom beslutningene deres utgjør en «simplified form of an international agreement» kan ikke deres kompetanse «be restricted to adopting the relevant Community acts into the EEA legal order».⁴⁵ En uttalelse som Fredriksen og Mathisen mener primært er myntet på «tilfeller der beslutninger i EØS-komiteén, utover den rutinemessige overtagelsen av EØS-relevant EU-regelverk, er påkrevd for å opprettholde et ensartet EØS».⁴⁶

EØS-komiteén har kompetanse til å endre et vedlegg på bakgrunn av en kjennelse fra EU-domstolen. Avgjørende blir dermed om EØS-komiteén kan ilegges en plikt til å endre avtalen.

Av ordlyden i art. 102 (1) fremgår det at EØS-komiteén «skal» treffe en beslutning etter vedtakelsen av en rettsakt. Bestemmelsen må imidlertid lese i sin helhet ut fra avtalens formål og system samt «in good faith». Rettsakten skal vedtas så «nær som mulig i tid etter at Fellesskapet har vedtatt tilsvarende nytt regelverk» for å sikre samme ikrafttredelsestidspunkt. Det er med andre ord ikke et krav om beslutning, men et krav om hurtighet.

I tillegg må det 98 jfr. art. 93 (2) foreligge enighet mellom partene for å fatte en beslutning. At det må oppnås en enighet for at en beslutning skal fattes, tilsier at det er mulig at en slik enighet ikke nås. Tilsvarende følger av reglene i art. 102 tredje til sjette ledd som regulerer tilfeller der enighet ikke nås. Det impliserer at det er mulig at enighet aldri nås og beslutning aldri vil være en plikt.

En slik plikt til å handle vil også stride mot EFTA-statenes suverenitet. EØS-komiteéns kompetanse og kravet om enighet er et direkte uttrykk for at EØS-avtalen ikke overfører lovgivningsmyndighet til EØS eller EU. Hvis EFTA-statene på noen måte plikter å oppnå enighet, så vil konsekvensen være at selvbestemmelsesretten uttrykt i EØS-avtalens art. 93 (2) forsvinner uavhengig av begrunnelsen for endringen.

I realiteten vil en plikt til å endre avtalen ved ugyldighet i den underliggende EU-retten, ikke være vesensforskjellig fra situasjoner der EØS-avtalen etter art. 102 oppstiller en regel om nullitet. Forskjellen ligger i prinsipielle betraktninger knyttet til formålet med EØS-komiteén og innlemmelsen av rettsakter. EØS-avtalen åpner på ingen måte for at EØS-komiteén må fatte en beslutning, selv der dette i realiteten vil være rettslig uproblematisk. En annen forståelse vil medføre at partene ikke lenger kan velge. Der komiteén fatter en beslutning

⁴⁵ E-6/01 *CIBA II* avsnitt 33

⁴⁶ Fredriksen og Mathisen 2022 s. 229

gjøres dette imidlertid på visse vilkår, vilkår avtalens parter har akseptert og anerkjenner på nytt ved beslutningen. Selv om nullitet vil skje automatisk ligger valget formelt fortsatt hos avtalens parter.

EØS-komiteén er etter EØS-avtalen ikke forpliktet til å komme til enighet og dermed heller ikke forpliktet til å fatte beslutninger. Selv om de har anledning til å endre avtalen etter en kjennelse om ugyldighet fra EU-domstolen i tråd med art. 102, er de ikke forpliktet til det. Der en underliggende EU-rettsakt kjennes ugyldig oppstår det ikke en plikt for EØS-komiteén til å endre avtalen.

3.4 Blir EØS-rettsakten nullitet ved EU-rettslig ugyldighet?

3.4.1 En drøftelse av nullitet

Utgangspunktet er at den *underliggende EU-rettsakten* må være gyldig for at den skal kunne innlemmes i EØS-avtalen og at EØS-komiteén ikke kan ilegges en endringsplikt. Spørsmålet som drøftes i pkt. 3.4 er hvilken betydning den *underliggende EU-rettsaktens* vedvarende gyldighet har for EØS-komiteébeslutninger. Som nevnt innledningsvis i pkt. 3.1, er dette spørsmålet det avgjørende for om en EØS-rettsakt bli nullitet der den *underliggende EU-rettsakten* kjennes ugyldig i EU. Har den *underliggende EU-rettsakten* ingen vedvarende betydning for EØS-rettsakten eller er det ingen vedvarende forutsetning om at den *underliggende EU-rettsakten* må være gyldig, er det ingen regel om nullitet.

3.4.2 Krav for innlemmelse i EØS-avtalen

Utgangspunktet er at den *underliggende EU-rettsakten* må være gyldig for at den skal kunne innlemmes i EØS-avtalen. Dette innebærer imidlertid ikke automatisk at det er en vedvarende forutsetning for EØS-komiteébeslutningens gyldighet, at den *underliggende EU-rettsakten* fortsetter å være gyldig. Artikkel 102 stiller krav til komitébeslutninger og hva en beslutning kan tas på bakgrunn av, men retter seg etter sin ordlyd mot beslutningstidspunktet. Avtalen kan fremstå taus med tanke på hvilke krav som stilles til beslutningen etter at den er vedtatt og rettsakten innlemmet i EØS-avtalen.

At EØS-avtalen art. 102 oppstiller krav til EØS-komiteéns beslutninger og avgrensner komitéens myndighet, må likefullt tas til inntekt for at den *underliggende EU-rettsakten* er en vedvarende forutsetning for beslutningenes gyldighet. Artikkelen oppstiller en uttrykkelig kobling mellom EU-rettsakten og EØS-komiteéns beslutninger. I tillegg vil grensene for komitéens kompetanse som oppstilt av artikkelen, ha begrenset betydning dersom de forstås så tidsspesifikt. At det er et krav om at det foreligger en *underliggende EU-rettsakt* som er gyldig og ordlyden kan tas til inntekt for en slik vedvarende forutsetning, taler for at EØS-komiteéns beslutninger er betinget av den *underliggende EU-rettsaktens* gyldighet.

3.4.3 Rettsenhet og homogenitet

EØS-avtalens ordlyd må også fortsatt ses i lys av avtalens formål om rettsenhet og homogenitet, også kjent som homogenitetsprinsippet. Som uttrykt i fortalens art. 4 og understreket i avtalens art. 1 (1) er avtalens formål å opprette et samarbeidsområde med «like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler».⁴⁷ For å nå målsetningen om å innlemme EFTA-statene i EUs indremarked, er rettsenhet og lik regulering en forutsetning. Hvis EØS-avtalen tillater en komitébeslutning som ikke gjennomfører en fortsatt gyldig EU-rettsakt, vil det medføre ulike regler og splittelse mellom de to pilarene – akkurat som hvis de hadde kunne beslutte å inkorporere en ugyldig rettsakt. Det vil ikke lenger være rettsenhet, og det åpnes for et kappløp mot bunnen hvor statene, EU og EØS igjen konkurrerer mot hverandre på bekostning av statlig inntekt og rettsikkerhet, det homogenitetsprinsippet var ment å hindre.⁴⁸

Homogenitetsprinsippet står helt sentralt i EØS-avtalen. Som nevnt er det en forutsetning for å nå avtalens overordnede mål. Avtalepartene og domstolene har i tillegg vist at de er villige til å strekke seg langt for å overholde prinsippet. Her kan det blant annet vises til EFTA-domstolens forståelse av prinsippet i E-8/00 *LO* avsnitt 38-44 og E-3/11 *Sigmarsson* avsnitt 30 og det som virker som EFTA-statenes aksept av EFTA-domstolens forståelse. At den *underliggende EU-rettsakten* er gyldig, er avgjørende for å ivareta formålet om rettsenhet. Avtalens ordlyd forstått i lys av homogenitetsprinsippet, er et tungtveiende argument for

⁴⁷ EØS-avtalen art. 1 (1); Tilsvarende formulering i EØS-avtalens fortale avsnitt 4 (se pkt. 3.2.2)

⁴⁸ Barnard i EFTA-court (red.) 2014 s. 153

eksistensen av en vedvarende forutsetning om en gyldig EU-rettsakt for EØS-komitébeslutningers gyldighet.

Samlet taler kravet om at den *underliggende EU-rettsakten* må være gyldig for å innlemmes og homogenitetsprinsippet, for at beslutningen om innlemmelse er tatt under en forutsetning om at den *underliggende EU-rettsakten* er, og vedvarer å være, gyldig i EU. Etter Wien-konvensjonen art. 26 om *pacta sunt servanda* kan det argumenteres for at den forventningen binder avtalens parter.⁴⁹ I EØS-avtalen har imidlertid slike forutsetninger begrenset vekt. I E-2/06 *Hjemfall* avsnitt 56 og E-5/06 *ESA mot Liechtenstein* avsnitt 47, 63 og 70, avviste EFTA-domstolen at tilsvarende forutsetninger var bindende. Dette trolig fordi EØS-avtalen, i tillegg til å binde stater, gir private rettigheter.⁵⁰ Det må dermed stilles høye krav for at en forutsetning skal kunne være styrende for tolkning av en avtale. Det får med andre ord begrenset betydning alene. Sammen med homogenitetsprinsippet, avtalens begrensninger på komitéens kompetanse og kravet for å inkorporere tas det likevel til inntekt for at det er en vedvarende forutsetning om at den *underliggende EU-rettsakten* er gyldig for komitébeslutninger.

3.4.4 Suverenitetsprinsippet

En sentral forskjell fra spørsmålet om eksistensen av et krav om gyldighet i den *underliggende EU-rettsakten* før innlemmelse, er betydningen av EØS-avtalens ivaretagelse av partenes suverenitet og lovgivningsmyndighet. Dette formålet, også kjent som suverenitetsprinsippet, er begrunnelsen for at samtlige EFTA-stater valgte å ikke gå inn i EU.⁵¹ For å ivareta prinsippet er, som nevnt, EØS-komiteen sentral. At rettsakter må vedtas ved komitébeslutning i henhold til art. 98 jfr. art. 93 (2) er EFTA-statenes hånd på rattet. Det er der de sikrer sin formelle suverenitet, og er en kompetanse som må ses direkte i forlengelse av EØS-avtalens folkerettslige karakter. EFTA-domstolen har understreket dette og pekt på at komitébeslutninger må anses å «constitute a simplified form of an international agreement between the Community and its Member States on the one hand, and the EFTA States party to the EEA Agreement on the other».⁵² Etter at partenes samtykke foreligger og beslutningen er et faktum får både beslutningen og rettsakten den inkorporerer en folkerettslig legitimitet som

⁴⁹ Særlig i lys av EØS-komiteens særlige folkerettslige karakter i tråd med CIBA II avsnitt 33

⁵⁰ Fredriksen og Mathisen 2022 s. 361-62

⁵¹ Bekkedal 2008 s. 137

⁵² Sak E-6/01 *CIBA II* avsnitt 33

ikke var til stede tidligere. En legitimitet som bygger på avtalens kjerne og suverenitetsprinsippet.

Den enkleste måten å eksemplifisere betydningen av suverenitetsprinsippet på, er å forutsette at endringen i EU ikke skyldes ugyldighet, men en vedtatt fjerning av rettsakten av EUs lovgivende myndighet. Situasjonen er ikke helt den samme, men konsekvensene vil i realiteten være det. Legges en vedvarende forutsetning om en gyldig rettsakt i EU til grunn, vil rettsakten i EU tilsvarende bli nullitet der lovgiver fjerner den. Med andre ord kan EFTA-statene kun gi samtykke ved inkorporasjon og vil deretter være bundet til EUs avgjørelser. En situasjon som faller farlig nært å være en overføring av lovgivningsmyndighet til EØS. Beslutning i EØS-komiteén er ment å ivareta EFTA-statenes selvbestemmelsesrett, og det taler – med styrke tilsvarende, men i motsatt retning av, formålet om rettsenhet – for at en komitébeslutning ikke er avhengig av den underliggende rettsakten.⁵³ Heller må det kreves en ny EØS-komiteébeslutning for å endre den gamle.

3.4.5 EØS-komiteéns praksis

At det for komitébeslutningers gyldighet ikke er et krav at den *underliggende EU-rettsakten* er gyldig har støtte i EØS-komiteéns egen praksis.

Et første eksempel er «Safe Harbour»-saken. Der tok EØS-komiteén handling og endret EØS-avtalen ved beslutning. Prosessen frem til endringsbeslutningen ble tatt og avtalepartenes meninger er ikke kjent, men at avtalen ble endret innebærer at komitéén og partene så det nødvendig å fatte en beslutning for å endre den. Om dette var for å gjennomføre en frivillig opprydning etter nullitet, eller om det skjedde under den oppfatning at det var eneste måten ugyldigheten ville få virkning i EØS er usikkert. Reaksjonstiden på et par måneder og at partene ventet på komitééns beslutning før de innrettet seg taler for at komitéén, og i den forlengelse avtalens parter, anser endring ved beslutning nødvendig for å gi den *underliggende EU-rettsaktens* ugyldighet virkning i EØS. Med andre ord, en oppfatning om at den *underliggende EU-rettsaktens* gyldighet ikke er en vedvarende forutsetning for gyldigheten til EØS-komiteéns beslutning som innlemmer rettsakten i EØS.

⁵³ Den eneste endringsadgangen som foreligger i EØS-avtalen i relasjon til vedlegg og sekundærrett er lagt til EØS-komiteén i art. 98 jfr. art. 93 (2).

Et annet eksempel som gir uttrykk for det samme, men er tydeligere er «Test-Achats»-saken. EØS-komiteén nådde på grunn av Liechtenstein aldri enighet og fattet aldri en beslutning om endring. Unntaket benyttes fremdeles i Liechtenstein. Ikke bare anså avtalens parter det nødvendig å fatte en beslutning, men etter at det var klart at enighet ikke ville nås benyttet ikke EU muligheten i EØS-avtalen art. 102 (5) til å suspendere den relevante delen av avtalen. Avtalens parter virker å ha akseptert Liechtensteins bruk av unntaket, noe som vanskelig kan forstås på annen måte enn at de mener gyldighet i EU ikke er en forutsetning for at en komitébeslutning er gyldig.

Den forståelsen av koblingen mellom den *underliggende EU-rettsakten* og EØS-komiteéns beslutninger har også støtte i ESA sin reaksjon på Liechtensteins bruk av unntaket i «Test-Achats»-saken. ESA anser unntaksbestemmelsen ugyldig, men ikke på bakgrunn av at beslutningen som inkorporerte den er ugyldig. ESAs standpunkt er at EØS-avtalen har et tilsvarende likebehandlingsprinsipp som det som fremgår av EUs menneskeretts charter.⁵⁴ Her må det imidlertid bemerkes at dette også kan være en følge av at ESA anser det lettere å argumentere for et likebehandlingsprinsipp enn nullitet.

Som et støttemoment til suverenitetsprinsippet kan EØS-komiteéns og statenes praksis tas til inntekt for en festnet oppfatning av EØS-avtalen. Det er likevel verdt å merke seg at komitéens praksis ikke er uttrykkelig og at den må forstås i lys av at EØS-komiteéns kompetanse i siste rekke er politisk.⁵⁵ Der det er rettslige usikkerheter, og i fravær av en felles overnasjonal domstol, vil det fra begge sider stå på den politiske viljen å kontrollere eller presse motparten til å overholde avtalen. Grensene for EØS-komiteéns kompetanse må likefult anerkjennes og opprettholdes slik det fremgår av avtalen. Som det understrekes av EFTA-domstolen i E-6/01 *CIBA II* i avsnitt 33 er «the competence of the EEA Joint Committee (...) not unlimited». Den må «be exercised within the boundaries of the EEA Agreement and with due respect for essential procedural requirements».

3.4.6 En folkerettslig avtale

⁵⁴ Letter of formal notice 6. juli 2016; Reasoned Opinion 26. april 2017

⁵⁵ Sejersted mfl. 2011 s. 239

Suverenitetsprinsippet gir imidlertid kanskje ikke den tungtveiende støtte som det i første omgang kan se ut som. Ser man EØS-avtalen i lys av sin folkerettslige karakter står formålet noe annerledes i relasjon til problemstillingen.

At EØS-avtalen er folkerettslig innebærer at den, selv om den gir private rettigheter og plikter, er bindende for statene, ikke befolkningen og de private direkte. Det samme gjelder EØS-komiteéns beslutninger. De binder statene til å gjennomføre rettsakten i nasjonal rett i henhold til avtalens art. 7. Selv i monistiske stater står dette utgangspunktet. Valget av monisme er et uttrykk for en stats suverenitet og derfor noe de alt har akseptert.⁵⁶

Her kan det bemerkes at Liechtenstein, den eneste monistiske EFTA-staten, har en ordning som i realiteten medfører at det ikke er vesensforskjell mellom Norges og Liechtensteins gjennomføring av EØS-rett. Liechtensteins grunnlov krever at parlamentet stemmer over all folkerett som krever lovendring – med andre ord de fleste EU-rettsaktene.⁵⁷

Ettersom innlemmelse av en rettsakt i EØS-avtalens vedlegg innebærer en forpliktelse for statene, vil en ugyldiggjøring av beslutningen som innlemmet den innebære at forpliktelsen opphører. Det er vesensforskjell mellom det å bli pålagt en folkerettslig forpliktelse, og at en slik forpliktelse fjernes. Ser man art. 98 jfr. 93 (2) i lys av EØS-avtalens folkerettslige karakter, er det naturlig at en endring i avtalens vedlegg som pålegger avtalens parter plikter krever samtykke. At disse pliktene fjernes uten deres samtykke er langt mindre betenkelig ettersom partens stilling i de fleste tilfeller styrker seg.

Unntaket er der en rettsakts ugyldighet i EU, og en påfølgende ugyldighet av EØS-komiteéns beslutning medfører at en gammel regel trer i kraft eller at en hovedregel tar over for et unntak, slik som i «Test-Acahts»-saken. Da oppstår en ny plikt. Flere av betraktningene over står seg likevel. Det er mindre betenkelig at en stat blir ilagt en plikt enn en privat, selv om det strider med suverenitetsprinsippet. Ettersom statene i dette tilfellet har mulighet til og har akseptert både den eldre regelen, hovedregelen og unntaket med de konsekvenser dette har, er deres selvbestemmelsesrett ivaretatt selv om den står noe svakere.

Det er verdt å bemerke at en slik reduksjon av partenes plikter, ordinært også i folkeretten, vil anses problematisk. Det har sine røtter i gjensidighetsprinsippet slik det gjør seg gjeldende i

⁵⁶ Ruud og Ulfstein 2018 s. 55

⁵⁷ Baur 'Liechtenstein and the EEA' (09.12.2021) <https://blog-iac1-aidc.org/2021-posts/2021/12/9/liechtenstein-and-the-eea-eea-law-as-supplementary-constitutional-law>, 17. april 2023

folkeretten.⁵⁸ Det er et likhetsprinsipp som krever at en reduksjon av pliktene til en part reflekteres i en reduksjon av pliktene hos motparten der annet ikke følger av den aktuelle avtalen. For EØS-avtalen gir avtalens formål og system uttrykk for et annet utgangspunkt. Avtalen er ment å være en ensidig inkorporasjon av EFTA-statene i EUs indremarked. Dens utgangspunkt er dermed at EFTA-statene skal tilpasse seg markedet og EU. Dette reflekteres i vilkåret om at det må foreligge en endring i EUs regelverk før en beslutning i EØS-komiteén fattes iht. EØS-avtalen art. 102.

Suverenitetsprinsippet gjør seg dermed ikke gjeldende med den styrke det i utgangspunktet kan virke som. Følgen av at EU og dets medlemmer er bundet til å ikke benytte eller påberope rettsaktene overfor EFTA-statene, er at gjensidighetsprinsippet taler for at EFTA-statene har de samme pliktene som EU-statene for å sikre at balansen mellom partene er ivaretatt. Følgen av dette er også at EØS-komiteéns praksis fremstår som uttrykk for en politisk oppfatning ikke rettslig realitet.

3.4.7 Gjensidighetsprinsippet

Gjensidighetsprinsippet har, både slik det forstås i folkeretten og i EØS-retten, i tillegg betydning uavhengig av suverenitetsprinsippet. EØS-rettslig må prinsippet ses i forlengelsen av homogenitetsprinsippet og innebærer at EU-borgere skal ha de samme rettigheter i EFTA-statene som EFTA-borgere, og motsatt.⁵⁹

Der EU-domstolen har kjent en rettsakt ugyldig, vil EUs medlemsstater i utgangspunktet ikke kunne gjøre den rettsakten gjeldende overfor EFTA-statene.⁶⁰ I EU praktiseres prinsippet om EU-rettens forrang for medlemsstatenes nasjonalrett og internasjonale forpliktelser.⁶¹ «The whole of [European] law prevails over the whole of national law».⁶² Et unntak gjelder etter Art. 351 TFEU for internasjonale avtaler inngått før januar 1958, eller før medlemslandets tilslutning til EU. Ettersom alle EUs medlemsland slutter seg til EØS-avtalen etter tilslutning til EU iht. EØS-avtalen 128, vil EU-retten imidlertid alltid ha forrang. Der en rettsakt er ugyldig er den funnet å stride med EU-rett av høyere rang jfr. art. 263 TFEU. Det å benytte

⁵⁸ Mégret i Moeckli mfl. (red) 2022 s. 91-92

⁵⁹ Fredriksen og Mathisen 2022 s. 79

⁶⁰ Baudenbacher 1997 s. 184

⁶¹ Et prinsipp lagt til grunn i Sak C-6/64 *Costa v. ENEL* og Sak C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*

⁶² Kovar I EC Commission (red.) s. 112-113

den, enten nasjonalt eller overfor EFTA-statene, vil dermed stride med EU-retten.⁶³

Gjensidighetsprinsippet yter derfor også isolert motstand mot en forståelse av at ugyldighet i den *underliggende EU-rettsakten* ikke speiles i at komitébeslutningen som innlemmer den i EØS-avtalen er ugyldig.

3.4.8 Ugyldighetsgrunnens betydning

Rettsakter som skal inntas i EØS-avtalen må være EØS-relevante, noe EØS-komiteén skal vurdere iht. EØS-avtalen art. 102 (1) 1.pkt. jfr. (2) og implisitt art. 99 (1). I den sammenheng oppstår spørsmålet om det er et tilsvarende krav i relasjon til den *underliggende EU-rettsaktens* ugyldighetsgrunn. Forstått med et slikt forbehold, vil forutsetningen om en gyldig *underliggende EU-rettsakt* være sterkt begrenset og i stor grad ubetydelig ettersom ugyldighetsgrunnen kan overføres til EØS. Det vil likevel forekomme og et godt eksempel er «Test-Achats»-saken. Ugyldighetsgrunnen var EUs menneskerettscharter, en del av EU-retten som ikke er reflektert i EØS-avtalen, og der usikkert om likestillingsregelen i den Europeiske Menneskeretts Konvensjonen (EMK) har samme rekkevidde.⁶⁴ Har ugyldighetsgrunnen betydning vil forutsetningen trolig ikke kunne gjøres gjeldende i «Test-Achats»-saken.

Ettersom den *underliggende EU-rettsakten* alt er funnet å være EØS-relevant, gjør formålet om rettsenhet og homogenitetsprinsippet seg gjeldende uavhengig av EØS-relevansen til ugyldighetsgrunnen. Det samme gjelder forståelsen av art. 102 og kravet om gyldig rettsakt før innlemmelse, ettersom art. 102 ikke gir holdepunkter for en slik differensiering. Spørsmålet beror dermed på om suverenitetsprinsippet står i en annen stilling der ugyldighetsgrunnens EØS-relevans er usikker eller ikke-eksisterende.

Det kan fremstå betenkelig at normer EFTA-statene ikke er bundet av eller har sluttet seg til, kan være styrende for hvilke plikter de skulle ha. Ugyldighetsgrunnen endrer imidlertid ikke betraktningen knyttet til EØS-avtalen som en folkerettslig avtale. Det er kun snakk om en reduksjon i antall plikter, og gjensidighetsprinsippet yter liten motstand. De private rettsikkerhet eller forutberegnelighet påvirkes heller ikke ettersom dette må sikres nasjonalt. I tillegg spiller EFTA-statenes foreliggende aksept inn. Avtalens formål er å innlemme EFTA-statene i EUs indremarked. Et marked de vet er, og viste at var, et fremmed og autonomt

⁶³ Sak C-378/17 *Garda Síochána* avsnitt 38-39

⁶⁴ Fredriksen og Mathisen 2022 s. 243; Om samspillet mellom EØS-retten og EMK: Björgvinsson i EFTA-Court (red.) 2014 273-279; Nærmere om forbudet mot diskriminering: EMK i Aall 2018 s. 72-78

rettssystem med grunnleggende regler og normer EFTA-statene ikke var bundet av. Normer som vil diktere og påvirke rettskapelsen og utøvelsen i EU. Selv om EFTA-landene ikke har akseptert alle disse enkeltgrunnlagene, innebærer EØS-avtalen på mange måter en aksept av fremmed påvirkning utover kun det de uttrykkelig har akseptert i EØS-avtalen. En aksept de bekrefter hver gang EØS-komiteén innlemmer en ny rettsakt i avtalens vedlegg.

Suverenitetsprinsippet tyngde i argumentasjonen er dermed uendret. Den *underliggende EU-rettsaktens* ugyldighetsgrunn påvirker ikke betydningen den har som en forutsetning for EØS-komiteébeslutningens gyldighet.

3.4.9 Betydning av EØS-komiteéns modifikasjons kompetanse

Avslutningsvis må det knyttes noen bemerkninger til betydningen av EØS-komiteéns kompetanse til å modifisere en EU-rettsakt når den gjennomføres i EØS. En kompetanse som følger av at EØS-komiteéns beslutninger ikke kun må innlemme en EU-rettsakt, men gjelder endring av avtalens vedlegg, jfr. EØS-avtalen art. 98 jfr. 102.⁶⁵ Det medfører at det kan oppstå forskjeller mellom EU-rettsakten og EØS-rettsakten, selv om dette tilhører sjeldenhetene.⁶⁶

Selv om denne endringsadgangen foreligger, kommer man ikke unna at en rettsakt i EU må ligge til grunn for endringen. Der hele den *underliggende EU-rettsakten* kjennes ugyldig vil det lite trolig påvirke konsekvensene for EØS-komiteéns beslutning. I tilfeller hvor kun deler av en EU-rettsakt kjennes ugyldig, må modifikasjonene tolkes for å avgjøre om EØS-rettsakten fortsatt gjennomfører de delene som er kjent ugyldig. Der modifikasjonene ikke gjennomfører det som er ugyldig, er ikke forutsetningen om at den *underliggende EU-rettsakten* må være gyldig brutt. Den modifiserte EU-rettsakten vil da ikke nødvendigvis være ugyldig.

3.4.10 Sammenfatning

Med utgangspunkt i ordlyden, kravet den stiller for å innlemme og begrensningene den legger på EØS-komiteéns kompetanse, er gyldigheten til den *underliggende EU-rettsakten* klart av betydning for EØS-komiteéns beslutning. I lys av formålet om rettsenhet og homogenitet, gjensidighetsprinsippet og det at en slik kobling ikke går på bekostning av

⁶⁵ Se også E-6/01 *CIBA II*

⁶⁶ Fredriksen og Mathisen 2022 s. 123-224

suverenitetsprinsippet, innebærer denne koblingen at gyldighet i den *underliggende EU-rettsakten* er en vedvarende forutsetning for at en komitébeslutning skal være gyldig. Med andre ord er en EØS-rettsakt automatisk ugyldig dersom den *underliggende EU-rettsakten* kjennes ugyldig av EU-domstolen. EØS-rettsakten blir ved ugyldighet i den *underliggende EU-rettsakten* nullitet.

3.5 Konklusjon trinn II: Den EØS-rettslige konsekvensen

EØS-avtalen gir holdepunkt for tre mulige rettslige konsekvenser dersom en rettsakt innlemmet i EØS-avtalen erklæres ugyldig av EU-domstolen. Av disse er kun én en reell rettslig konsekvens. Muligheten for at en rettsakt blir angripelig for EFTA-domstolen eller for de nasjonale domstolene er høyst usikker og kontroversiell. Og EØS-komiteén har ingen plikt til å endre EØS-avtalen, verken dersom den *underliggende EU-rettsakten* kjennes ugyldig, eller dersom en EU-rettsakt av andre grunner skulle opphøre eller endres. Igjen står dermed nullitet.

Det at lovgivning blir nullitet innebærer at den automatisk faller bort uten at det kreves dom eller annen stadfestelse. I tilknytning til EØS-avtalen og den underliggende EU-retten vil nullitet, som nevnt, kun foreligge hvis en EØS-rettsakt automatisk bli ugyldig som en konsekvens av at *den underliggende EU-rettsakten* er kjent ugyldig. Ettersom gyldighet i *den underliggende EU-rettsakten* er en forutsetning for at rettsakter i EØS er gyldige, er konsekvensen av EU-rettsaktens ugyldighet at EØS-rettsakten automatisk blir ugyldig. Dette følger av at en rettsakt kun kan inntas i EØS-avtalen ved en beslutning i EØS-komiteén når den er vedtatt og gyldig i EU, samt at beslutningens vedvarende gyldighet er avhengig av at *den underliggende EU-rettsakten* er gyldig. Er EU-rettsakten ugyldig, er komitébeslutningen ikke rettskraftig og rettsakten er ikke innlemmet i EØS-avtalen. EØS-avtalens parter er med andre ord ikke bundet av rettsakten.

Hvis en rettsakt i EU kjennes ugyldig av EU-domstolen iht. TFEU art. 263 vil den automatisk følge være at den parallelle rettsakten i EU ikke er rettskraftig eller lenger gyldig. De EØS-rettslige konsekvensene av at en rettsakt innlemmet i EØS-avtalen erklæres ugyldig av EU-domstolen – trinn II – er nullitet.

4 Trinn III: De nasjonale – norske – rettslige konsekvensene

4.1 Innledende

Kapittel 4 retter seg mot EØS-avtalens nasjonale side. Gjennomføringen av EØS-avtalen og dens vedlegg i nasjonal rett, samt de forpliktelsene statene har i den sammenheng. Som tidligere vil det tas utgangspunkt i norsk rett. På grunn av nasjonal retts tilknytning til juridiske personer vil mer omkringliggende spørsmål og konsekvenser bli diskutert, ikke bare de rent umiddelbare rettslige konsekvensene av ugyldighet i *den underliggende EU-rettsakten* og nullitet i EØS.

I dette kapittelet avgrenses det mot å gå nærmere inn på spørsmålet om en eventuell plikt for lovgiver til å endre loven. Som det vil fremkomme ved gjennomgangen av spørsmålet om unntak fra dualisme og angripelighet for norske domstoler, vil en slik plikt kunne følge av EØS-avtalen og det EØS-rettslige lojalitetsprinsipp. Det kreves da som et utgangspunkt, at EØS-avtalen oppstiller en plikt for avtalens parter til å gjennomføre eller endre sin lovgivning, eksempelvis ved at en gammel regel trer i kraft etter nullitet. Der en slik plikt ikke foreligger er utgangspunktet partenes selvbestemmelsesrett. Det kan stilles spørsmål om lojalitetsplikten likevel kan tilsi en endringsplikt, men det er tvilsomt og vil være en for omfattende vurdering for denne oppgaven.

Spørsmålet om det eksisterer unntak fra utgangspunktet om dualisme vil bli adressert i pkt. 4.2. Folkeretten må som følge av reglene om dualisme, gjennomføres i norsk rett. Dette skjer enten ved transformasjon, inkorporasjon eller konstatering av rettsharmoni. Det er ingen automatikk i denne overføringen, enten det etableres en forpliktelse for staten eller en forpliktelse fjernes, og følgelig ingen nullitet. Spørsmålet blir dermed om det foreligger unntak eller særregler for gjennomført EØS-rett.

Angripelighet for norske domstoler blir det andre spørsmålet av betydning som vil bli drøftet i pkt. 4.3. I dette avsnittet fokuseres det på de mer generelle norske tolkningsreglene i tilknytning til presumsjonsprinsippet og reglene for lovers forrang. Deretter vil oppgaven i pkt. 4.4, kort redegjøre for de norske og EØS-rettslige reglene som avhjelper EØS-rettslig kontraktsbrudd overfor private. Fokuset vil der være på statlig erstatningsansvar.

4.2 Unntak fra utgangspunktet om dualisme?

4.2.1 Innledende

Utgangspunktet er at nullitet eller annen ugyldighet i EØS ikke reflekteres i nullitet for den norske gjennomføringslovgivningen. Det oppstår som nevnt i den sammenheng, et spørsmål om det foreligger unntak eller særregler for gjennomført EØS-rett i Norge. To regelsett er aktuelle. Det første gjelder eksistensen av en EØS-rettslig parallell til EUs prinsipp om direkte effekt (pkt. 4.2.2). Det andre regelsettet retter seg mot rekkevidden av og effekten av sektormonisme (pkt. 4.2.3).

4.2.2 Særegenheter for EØS-retten?

Direkte effekt er et EU-rettslig prinsipp som innebærer at bestemmelser i EU som gir private rettigheter på visse vilkår, har direkte virkning i nasjonal rett uten å være gjennomført.⁶⁷ Et tilsvarende prinsipp eksisterer ikke i EØS-retten.⁶⁸ Avtalens art. 7 forutsetter implisitt, at både forordninger og direktiver må gjennomføres i nasjonal rett for å bli del av den nasjonale rettsorden. I tillegg avviser Protokoll 35 i sin fortale at «det kreves at noen av avtalepart overfører lovgivningsmyndighet», en overføring som direkte virkning vil innebære.

Fraværet av direkte virkning er også understreket av både EFTA-domstolen og Norges Høyesterett. Høyesterett påpekte det alt i Rt. 2000 s. 1811 *Finnanger I* på s. 1826, mens EFTA-domstolen presiserte det i E-4/01 *Karlsson* hvor de i avsnitt 28 uttrykte at «EEA law does not requier that individuals and economic operators can rely directly on nonimplemented EEA rules». Det foreligger dermed ingen særregler for EØS-retten som unntar den fra det dualistiske utgangspunktet i norsk rett.

4.2.3 Unntak – sektormonisme

Reglen i norsk rett er dualisme. Likevel er Norges internasjonale forpliktelser i noen lover, gitt direkte virkning der de begrenser norsk rett til fordel for private. Bestemmelsene er ofte formulert som at loven gjelder «med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller

⁶⁷ Se bl.a. sak C-624/19 *Tesco Stores* avsnitt 18-39

⁶⁸ Rt-2000-1811 *Finnanger I* s. 1826

følger av overenskomst med fremmed stat».⁶⁹ En form for regulering ofte omtalt som sektormonisme.⁷⁰ En regulering som på nærmere vilkår gir folkerett, deriblant EØS-rett, automatisk virkning i norsk rett uten krav om kjennelse eller dom.

Sektormonisme påvirker bare den aktuelle lovgivningen der folkeretten ilegger Norge begrensninger. Dermed får det kun effekt der bortfall av en rettsakt grunnet nullitet innebærer en begrensning for Norge. Et eksempel på et slik tilfelle er «Test-Achats»-saken. Nullitet vil der innebære at hovedregelen blir eneste regel ettersom det er et unntak som er kjent ugyldig i EU. Så lenge denne hovedregelen begrenser norsk rett, vil den kunne anvendes direkte i Norge gitt at den påvirker en lov med en sektormonismebestemmelse. Hvis denne begrensningen i tillegg innebærer at en norsk bestemmelse ikke kan anvendes i sin helhet, vil sektormonisme i realiteten innebære nullitet.

4.3 Er gjennomføringslovgivningen angripelig for norske domstoler?

4.3.1 Generelt

Med en nullitetsregel med en så snever rekkevidde, må det vurderes om nullitet i EØS får andre følger. Det må vurderes om lovgivningen som gjennomfører den aktuelle EØS-rettsakten på bakgrunn av nulliteten blir angripelig, samt om norske domstoler kan kjenne den ugyldig eller på annen måte sette den til side. Ettersom Norge er et dualistisk land, vil ikke en gjennomføringslovgivning uten nasjonale hjemler for gjennomføring og tolkning være angripelig. Noen slike regler foreligger imidlertid i norsk rett, presumsjonsprinsippet (pkt. 4.3.2) og nasjonale regler om forrang (pkt. 4.3.3).

4.3.2 Presumsjonsprinsippet

Standpunktet i dualismelæren er at norsk rett har forrang for folkeretten. Dette absolutte standpunktet modereres imidlertid av presumsjonsprinsippet, et prinsipp om at norsk rett presumeres å være i overenstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser.⁷¹ Det er ingen

⁶⁹ Se bl.a. straffeprosessloven § 4; tvisteloven § 12; straffeloven § 2

⁷⁰ Ruud og Ulfstein 2018 s. 63-64

⁷¹ Rt. 1984 s. 1175 s. 1180 hvor det fremgår at «norsk lov så vidt mulig må forutsettes å være i samsvar med traktater som Norge er bundet av»; Ruud og Ulfstein 2018 s. 69; Fredriksen og Mathisen 2022 s. 422

kollisjonsnorm, og der det er umulig å tolke nasjonal rett i overenstemmelse med folkeretten vil ikke prinsippet kunne komme til anvendelse.⁷² Utover direkte motstrid innebærer prinsippet at norsk rett strekkes så langt nasjonale tolkningsregler tillater for å sikre overenstemmelse med folkeretten, deriblant EØS-retten.

Det norske presumsjonsprinsippet er antatt å konsumere det EØS-rettslige prinsippet om EØS-konform tolkning.⁷³ Tilsvarende presumsjonsprinsippet går prinsippet om EØS-konformtolkning ut på at «national courts are bound to interpret national law, and in particular legislative provisions specifically adopted to transpose EEA rules into national law, as far as possible in conformity with EEA law».⁷⁴ Tilsvarende er det en grense der det er «impossible according to the interpretation methods recognised by national law» å sikre overenstemmelsen med folkeretten.⁷⁵ Presumsjonsprinsippet blir dermed grunnlaget videre.

Presumsjonsprinsippet innebærer at nasjonale domstoler skal trekke nasjonal metodelære så langt som mulig for å oppnå det resultatet som de relevante EØS-reglene krever. Der det ikke er direkte motstrid, og norsk metodelære tillater det, kan lovgivning som gjennomfører en EØS-ugyldig rettsakt angripes for norske domstoler. Her er det imidlertid to kompliserende momenter.

Det første er at en rettsakts opphør i EØS-retten ikke nødvendigvis innebærer at den norske lovgivningen er i strid med Norges EØS-rettslig forpliktelser. I de fleste tilfeller vil det innebære at Norge står fritt til å regulere sin egen rett. Unntakene fra dette er der hvor ugyldighetsgrunnen overføres til EØS, eller nullitet av en rettsakt eller bestemmelse medfører at en annen rettsakt tar dens plass. Et eksempel på det siste er igjen «Test-achats»-saken. Der åpnet bestemmelsen som ble kjent ugyldig for å gjøre unntak fra en hovedregel. Når den bestemmelsen opphører så står hovedregelen igjen og den er forpliktende.

Det andre kompliserende momentet er i de tilfellene der det oppstår spørsmål om å tilsidesette en hel lov. Der det er direkte motstrid og nasjonal metodelære ikke kan avhjelpe, skal norsk rett ha forrang. En lovs eksistens og rettskraft er vanskelig, hvis ikke umulig å tolke vekk. Det finnes ikke klarere bevis på lovgivers vilje enn en vedtatt lov. Det samme gjelder betydningsfulle selvstendig bestemmelser, bestemmelser som er hjørnesteiner i en lov eller på

⁷² Arnesen mfl. 2022 s. 649-650; Rt. 2000 s. 1811 *Finnanger I*

⁷³ Rt 2000 s. 1811 *Finnanger I* s. 1829

⁷⁴ E-1/07 *Straffesak mot A* avsnitt 39

⁷⁵ E-1/07 *Straffesak mot A* avsnitt 39

annen måte vil være umulig å få i overenstemmelse med EØS-retten. Til slutt vil betydningen av en slik motstrid stå på en helhetsvurdering. Selv om det ikke er hensiktsmessig å gå inn på en slik vurdering og alle dens sider her, er det verdt å merke seg noen sentrale momenter av særlig betydning i slike nullitetssituasjoner.

Et moment er at det etter *Finnanger I*, har vært få tilfeller der en rettsakt har blitt funnet å være i motstrid og presumsjonsprinsippet har vært ubrukelig. I praksis har det vist seg at det skal mye til før harmonimålsetningen i presumsjonsprinsippet ikke oppnås på EØS-rettens område. I flere dommer etter *Finnanger I* har hverken en relativt klar lovtekst, lovgivers forutsetninger, høyesterettspraksis eller lovens øvrige system hindret presumsjonsprinsippets gjennomslag.⁷⁶

Videre knytter et moment seg til betydningen av hvem regelen griper inn overfor. Som presisert i *Finnanger I*, vil en norsk rettsregel «yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige».⁷⁷ Begrunnelsen for dette ligger i at legalitetsbetraktninger og innrettelseshensyn ikke vil være til hinder ettersom det vil være til private fordel, og at det normalt medføre at staten kan bygge på egen urett hvis det ikke dømmes i tråd med den folkerettslige regelen.

I nullitetssituasjonen bygger imidlertid ikke staten på egen urett. Situasjonen er for staten at de har vært lojale overfor sine folkerettslige forpliktelser og handlet rettmessig ved å gjennomføre rettsakten som norsk lov. Det er en endring i ettertid som har medført at staten nå bygger på urett, ikke en villet handling eller en overseelse. Dette vil sjeldent få betydning der loven griper inn overfor private ettersom staten fortsatt vil være ligge i strid med sine forpliktelser. Der ulempen fremstår liten ved slike inngrep og i forhold mellom private, står trolig den norske loven sterkere. Det er uansett verdt å merke seg som et moment av betydning i drøftelsen av tvilstilfeller.

4.3.3 Forrang etter lov

EØS-loven § 2 bestemmer at lov og forskrift som «tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen» ved konflikt går «foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold». Ordlyden «tjener» er i presens, og må forstås å sikte til noe vedvarende eller nåværende. Der

⁷⁶ Fredriksen og Mathisen 2022 s. 424-425 mvh.

⁷⁷ Rt 2000 s. 1811 *Finnanger I* s. 1829

Norge ikke lenger er forpliktet til å gjennomføre en bestemt rettsakt vil ikke loven som gjennomfører den rettsakten tjene et slikt mål. Dermed vil en lov som gjennomførte en EØS-rettsakt som er nullitet, ikke lenger tjene til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen. EØS-lovens § 2 kommer etter det ikke til anvendelse og eventuell motstrid må løses etter de alminnelige reglene om forrang.⁷⁸

Det vil som oftest ikke påvirke lovens plass eller anvendbarhet i det norske rettssystemet, men vil som regel være den nyeste eller mest spesifikke loven på et rettsområde. Både *lex specialis* og *lex posterior* vil dermed som regel innebære at loven fortsatt har forrang. Det fører likevel til at lovgivning som gjennomfører EØS-rett og «tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen» etter EØS-loven § 2 vil ha forrang, deriblant EØS-avtalen som er inkorporert som norsk rett iht. EØS-loven § 1.

Hvis ugyldighetsgrunnen i EU er overførbar til og kan hjemles i EØS-avtalen, vil gjennomføringsloven tilsvarende være angripelig for norske domstoler. Se eksempelvis HR-2021-1453-S NAV hvor Høyesterett fant at folketrygdloven § 11-3 som stilte krav om at bruker måtte oppholde seg i Norge med mindre NAV tillot annet, var i strid med EØS-avtalens art. 36. EØS-avtalens hoveddel var gjennomført i Norsk rett ved EØS-loven § 1. Art. 36 hadde dermed fortrinn for den norske bestemmelsen. Tilsvarende vil EØS-avtalens hoveddel få forrang for en lov som gjennomfører en rettsakt Norge ikke er forpliktet å gjennomføre.

Det samme vil være tilfellet der ugyldighetsgrunnen er overførbar til en EØS-rettslig sekundærrettsakt. Der en lov gjennomfører denne rettsakten, enten ved transformasjon eller inkorporasjon, vil den lovgivningen få forrang. Lovgivningen som gjennomførte den EØS-ugyldige rettsakten vil med det, ikke komme til anvendelse og i realiteten tilsidesettes.

4.3.4 Angripelighet i norsk rett

Lovgivning som gjennomfører en EØS-rettsakt som er nullitet er med dette angripelig for norske domstoler, men kun i visse situasjoner. Det må enten foreligge nasjonale regler om forrang ved motstrid, eller så må ugyldighetsgrunnen i EU være overførbar til EØS. Utover de

⁷⁸ Om de alminnelige reglene om forrang i Norsk rett se Nygaard s. 133-146

tilfellene er EØS-rett som er gjennomført som norsk lov uangripelig for norske domstoler med mindre alminnelig norske regler om ugyldighet kommer til anvendelse.

Selv om norsk rett og norske lover vil strekkes så langt som mulig for å sikre overenstemmelse i tråd med presumsjonsprinsippet er ikke det å angripe loven for retten. Presumsjonsprinsippet medfører ikke angripelighet slik uttrykket benyttes i denne oppgaven. Presumsjonsprinsippet er en alminnelig tolkningsregel som forutsetter at norsk rett er i overenstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser med mindre det er klare holdepunkter for noe annet.

4.4 Avhjelpende tiltak – Statlig erstatningsansvar

Den siste nasjonale konsekvensen det er verdt å adressere, er statlig erstatningsansvar som et avhjelpende tiltak. Erstatningsansvaret ble formulert av EFTA-domstolen i E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* og fikk tilslutning av EU domstolen i et obiter dictum sak C-140/97 *Rechberger* avsnitt 39. I Rt. 2005 s. 1365 *Finnanger II* stadfestet også Høyesterett prinsippet. Statlig erstatningsansvar er i dag sikker rett.⁷⁹

Det er tre vilkår for statens erstatningsansvar. Staten må ha handlet i strid med en EØS-rettslig forpliktelse som gir private rettigheter, bruddet med EØS-retten må være tilstrekkelig kvalifisert og det må være årsakssammenheng mellom brudd og skaden lidd. For nullitetstilfellene er det det første og andre vilkåret som er interessante. For vilkåret om at det må foreligge et brudd på en EØS-rettslig forpliktelse, er det sentrale for EØS-rettslig nullitet at en forpliktelse i utgangspunktet opphører. Som alt gjennomgått, innebærer det at det kun er i de tilfeller hvor enten ugyldighetsgrunnen i EU er EØS-relevant og får virkning i norsk rett, eller rettsakten som ble nullitet ble erstattet av en eksisterende regel som innebærer EØS-strid at det foreligger et brudd.

I relasjon til vilkåret om at bruddet må være «tilstrekkelig kvalifisert» er det verdt å være oppmerksom på at Norge, og de andre EFTA-statene, i utgangspunktet ikke handlet i urett. Om et brudd er «tilstrekkelig kvalifisert» vil avhenge av en konkret helhetsvurdering med mange ulike momenter, som blant annet gjennomgått i Arnesen mfl. 2022 på s. 533-538. Et

⁷⁹Se nærmere om erstatningsansvaret i Arnesen mfl. 2022 s. 529-541 og Fredriksen og Mathisen 2022 s. 462-465 mvh.

av disse momentene er om «overtredelsen og den forårsakede skaden var forsettlig eller ikke, og om en eventuell rettsvillfarelse var unnskyldelig eller ikke».⁸⁰

Som alt nevnt handler EFTA-statene, som et utgangspunkt, i god tro når de gjennomfører en rettsakt eller en bestemmelse som senere blir kjent ugyldig. Frem til det tidspunktet vil det være en EØS-stridig handling å ikke gjennomføre rettsakten nasjonalt. At overtredelsen har skjedd på grunn av en senere endring av rettsaktens stilling kan statene vanskelig klandres for. Der EØS-rettsakten blir nullitet og det for statene som har gjennomført den medfører traktatstrid vil statene vanskelig kunne pådra seg erstatningsansvar umiddelbart etter at rettsakten blir nullitet.

Selv om statene må gis tid til å endre nasjonal lov i overenstemmelse med EØS-retten, har de en plikt til å se til at retten er i overenstemmelse med EØS-retten innen rimelig tid. Hvor lang tid statene trenger vil variere og momentene i en slik vurdering vil være mange, men trolig må de tilkjennes tilstrekkelig med tid som tilsvarer kravet for gjennomføring av rettsakten i nasjonal rett. Å fjerne lovgivning kan ofte være enklere enn å innføre lovgivning.

4.5 Konklusjon trinn III: De nasjonale konsekvensene

De direkte nasjonale, rettslige konsekvensene av EØS-rettslig nullitet er som vist, færre enn man kanskje kunne ha tenkt. At en rettsakt i EØS er nullitet, endres eller kjennes ugyldig medfører følgelig ikke at den norske lovgivningen som gjennomfører rettsakten, være seg i lov eller forskrift, er nullitet. Unntaket er i de lover Norge har opprettet sektormonisme og EØS-retten etter nullitet, legger begrensninger på den aktuelle loven.

Gjennomføringsloven til en EØS-ugyldig rettsakt blir angripelig bare der ugyldighetsgrunnen for den underliggende rettsakten i EU er overførbar EØS og EØS-avtalen, eller der rettsaktens bortfall medfører inntreden av en gammel regulering som skaper motstrid. Ellers foreligger det ikke brudd på Norges forpliktelser.

Det er kun i de nevnte tilfellene i avsnittet over at statens erstatningsansvar aktualiseres, dog først etter en tid. I de fleste tilfeller vil erstatningsansvar kun aktualiseres først etter det tidspunkt lovgiver allerede har korrigert nasjonal rett. Det er med andre ord sjeldent aktuelt. I

⁸⁰ E-4/01 *Karlsson* avsnitt 38

realiteten vil de politiske mulighetene, som endring av lov eller forskrift, være de realistiske konsekvensene.

5 Avsluttende bemerkninger – De tre trinn

5.1 Tre trinn – De rettslige følger

Oppgaven spurte innledningsvis hva de rettslige konsekvensene i EØS-retten og de nasjonale rettssystemene vil være, der den gjennomførte og underliggende EU-rettsakten er kjent ugyldig av EU-domstolen. Hva er trinn II og III der trinn I er ugyldighet? Gjennomgangen av EØS-avtalen, dens tilhørende praksis og de nasjonale reglene for gjennomføring har vist at det er klare rettslige koblinger mellom de tre trinnene. De rettslige konsekvensene varierer fra trinn til trinn og det er fortsatt uklarheter, men for trinn II, EØS-retten, er det en umiddelbar rettslig konsekvens og for trinn III, det norske rettssystem, både direkte og avledede rettslige følger. Der trinn I er ugyldighet, vil de tre trinnene i en EØS-rettsakt være:

5.2 Trinn I – EU

En rettsakt er innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i nasjonal rett. Hvis det bringes et søksmål inn for EU-domstolen som utfordrer en rettsaktens gyldighet vil EU-domstolen ta saken opp til behandling. Hvis EU-domstolen erklærer rettsakten eller en bestemmelse i rettsakten ugyldig på bakgrunn av de påberopte feilene, vil rettsakten i de tilfellene opphøre å være rettskraftig og bindende i EU.

5.3 Trinn II – EØS

Umiddelbart etter dommen i EU-domstolen har falt, vil den parallelle rettsakten inntatt i EØS-avtalen og i den utstrekning den samsvarer med og bygger på den EU-ugyldige rettsakten, være ugyldig. EØS-rettsakten er med andre ord ved ugyldighet i EU, nullitet. Et eksempel på følgene av denne konsekvensen av ugyldighet i EU, er at unntaket i «Test-Achats»-saken er nullitet og ikke lenger gyldig. Hovedregelen trer da i kraft og Liechtensteins nasjonale regler om et slikt unntak er i utgangspunktet i strid med EØS-retten.

Nullitet medfører at det ikke er nødvendig å angripe rettsakten for domstolene. Det er heller ikke nødvendig med en beslutning fra EØS-komiteén. Selv om en endring i, eller opprydning

av EØS-avtalen skulle komme senere, er ikke statene lenger bundet til eller pliktig til å ivareta eller gjennomføre rettsakten. Statene kan heller ikke påberope de regler og unntak rettsakten eventuelt skulle inneholde overfor avtalens øvrige parter.

Det oppstår ingen andre plikter for EØS-komiteén utover at de må tilstrebe å komme til enighet om en endring på bakgrunn av rettsaktens EU-ugyldighet. Den politiske realiteten er likevel at det som oftest vil nås en enighet om endring. Det er unntak, som «Test-Achats»-saken, men i de fleste tilfeller – og særlig der det er snakk om sentrale eller viktige reguleringer i EU – vil presset fra EU og trusselen om å benytte virkemidlene i EØS-avtalens art. 102 (5) og (6) innebære for EFTA-statene en reell politisk plikt.⁸¹

5.4 Trinn III – Nasjonalt

Virkingen av ugyldighet i EU og den påfølgende nullitet i EØS, er derimot begrenset i nasjonal rett, særlig dersom det tas utgangspunkt i Norge. Nullitet er nasjonalt begrenset til lover hvor det er sektormonisme, og der følgene av nullitet i EØS legger begrensninger på den aktuelle loven. Begrensninger som medfører at en bestemmelse eller lov ikke kan anvendes.

Nullitet i EØS medfører sjeldent at den nasjonale rettsakten blir angripelig. Unntaket er, som i EØS, der nullitet medfører at nye eller gamle plikter trer i kraft. Selv der vil likevel direkte motstrid mellom nasjonal lov og EØS-retten, medføre at norsk rett har forrang. Der ugyldighetsgrunnen er EØS-relevant eller kan hjemles i andre norske regler eller forpliktelser, vil domstolen kunne kompensere og sette lovgivningen til side eller tolke den innskrenkende.

I de tilfellene der det ikke foreligger nullitet i nasjonal rett og domstolene ikke kan kompensere, består norsk lov. Der den rett kommer til anvendelse må rettsanvendere og rettssubjekter, enten de er statlige eller private, innrette seg etter reglene. Dette selv om det vil medføre tap sammenlignet med slik rettstilstanden hadde vært dersom nullitet hadde vært et faktum. Statlig erstatningsansvar som avbøtende tiltak vil imidlertid ha begrenset effekt. Kravet om «tilstrekkelig kvalifisert» brudd vil vanskelig kunne oppfylles med bakgrunn i den tiden statene må tilkjennes for å få tid til å reagere på endringen i EØS-retten og tilpasse nasjonal lov. Situasjonen i månedene etter «Safe Harbour»-avgjørelsen og endringen i EØS

⁸¹ Eksempelvis kampen om Unionsborgerdirektivet hvor Island og Liechtenstein motsatte seg at direktivene var EØS-relevante. EU truet med å benytte art. 102 og EFTA-bøye seg. Se nærmere omtale i og dens omtale i om tilfellet i Fredriksen og Mathisen 2022 s. 220

vil eksempelvis trolig ikke medføre et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd på EØS-rettslige forpliktelser fra Norsk side. Situasjonen i Liechtenstein etter over 10 år vil derimot være noe helt annet.

Der det etter nullitet oppstår strid mellom norsk rett og EØS-retten vil norske myndigheter trolig agere. Selv om det kan ta tid eller skjer motvillig er Norge, der vi vet om ulikheter eller det er erkjente brudd med EØS-avtalen, interessert i å ivareta våre plikter i henhold til avtalen. En ting er at staten, der det er mulig, vil forsøke å komme seg unna plikter de ikke ønsker eller tolker avtalen så langt som mulig til sin fordel, men da øker risikoen for traktatsbrudssøksmål, tvist med EU og nasjonale avbøtende tiltak. Det blir altså i realiteten et spørsmål om hva den norske stat, og resten av EFTA-statene, anser fordelaktig, og hvilken risiko de er villig til å ta.

Litteraturliste

Lover og traktater

Internasjonale avtaler

EMK	Europeiske Menneskeretts Konvensjon
EØS-avtalen	Avtale 2. mai 1992 om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)
Protokoll 35	Protokoll 35 om gjennomføringen av EØS-regler
Protokoll 48	Protokoll 48 om artikkel 105 og 111
ODA	Avtale 2. mai 1992 mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten 23. mai 1969

Norske lover

EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)
Folketrygdloven	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd
Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov
Straffeloven	Lov 20. mai 2005 om straff
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 om rettergangsmåten i straffesaker

Domstolpraksis

EFTA-domstolen

- E-9/97** Sak E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland*, 10. desember 1998
Sveinbjörndóttir
- E-8/00 LO** Sak E-8/00, *Norwegian Federation of Trade Unions and Others v Norwegian Association of Local and Regional Authorities and Others*, 22. mars 2002
- E-4/01 Karlsson** Sak E-4/01, *Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State*, 30. mai 2002
- E-6/01 CIBA II** Sak E-6/01, *CIBA Speciality Chemicals Water Treatment Ltd and Others v The Norwegian State, represented by the Ministry of Labour and Government Administration*, 9. oktober 2002
- E-2/06 Hjemmfall** Sak E-2/06, *EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway*, 26. juni 2007
- E-5/06 ESA mot Liechtenstein** Sak E-5/06, *EFTA Surveillance Authority v The Principality of Liechtenstein*, 14. desember 2007
- E-1/07 Straffesak mot A** Sak E-1/07, *Criminal proceedings against A*, 3. oktober 2007
- E-9 og 10/07 L'Oréal** Sak E-9 og 10/07, *L'Oréal Norge AS v Aarskog Per AS and Others and Smart Club Norge*, 8. juli 2008
- E-3/11 Sigmarsson** Sak E-3/11, *Pálmi Sigmarsson v Seðlabanki Íslands*, 14. desember 2011
- E-15/12 Wahl** Sak E-15/12, *Jan Anfinn Wahl v the Icelandic State*, 22. juli 2013

EU-domstolen

- C-26/62 *Van Gend en Loos*** Sak C-26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, 5. februar 1963
- C-6/64 *Costa v. Enel*** Sak C-6/64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, 15. juli 1964
- C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*** Sak C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17. desember 1970
- C-140/97 *Rechberger*** Sak C-140/97, *Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister and Others v Republik Österreich*, 15. juni 1999
- C-236/09 *Test-Achats*** Sak C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres*, 1. mars 2011
- C-362/14 *Safe Harbour*** Sak C-362/14, *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, 6. oktober 2015
- C-378/17 *Garda Síochána*** Sak C-378/17, *The Minister for Justice and Equality and The Commissioner of An Garda Síochána v Workplace Relations Commission*, 4. desember 2018
- C-624/19 *Tesco Stores*** Sak C-624/19, *K and Others v Tesco Stores Ltd*, 3. juni 2021

Norges Høyesterett

Rt. 1984 s. 1175

Rt. 2000 s. 1811 *Finnanger I*

Rt. 2005 s. 1365 *Finnanger II*

Rt. 2013 s. 258	<i>STX</i>
HR-2021-1453-S	<i>NAV</i>
HR-2023-491-P	<i>Svalbardtraktaten</i>

Statspraksis

EU

Redegjørelse 1/91	Opinion of the Court of 14 December 1991. – Opinion delivered pursuant to the second subparagraph of Article 228 (1) of the Treaty - Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area. – Opinion 1/91. <i>European Court Reports 1991 I-06079</i>
Redegjørelse 1/92	Opinion of the Court of 10 April 1992. – Opinion pursuant to the second subparagraph of Article 228 (1) of the EEC Treaty. - Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area. – Opinion 1/92. <i>European Court Reports 1992 I-02821</i>

EØS

EØS-komiteéns Beslutning nr. 80/2012	EØS-komiteéns Beslutning nr. 80/2012 av 30. april 2012 om endring av EØS-avtalens vedlegg I (Veterinære og plantesanitære forhold) og vedlegg II (Tekniske forskrifter, standarder, prøving og sertifisering)
EØS-komiteéns Beslutning nr. 315/2015	EØS-komiteéns Beslutning nr. 315/2015 av 11. desember 2015 om endring av EØS-avtalens vedlegg XI (Elektronisk kommunikasjon, audiovisuelle tjenester og informasjonssamfunnstjenester)

- Letter of formal notice 6. july 2016** ESA Case 76496: College Decision 143/16/COL - Letter of formal notice - Liechtenstein - principle of equal treatment for men and women in the field covered by Directive 2004/113/EC
- Reasoned Opinion 26. april 2017** ESA Case 76496: College Decision 083/17/COL - Reasoned opinion to Liechtenstein concerning the principle of equal treatment for men and women in the fields covered by Directive 2004/113/EC

Norge

- St.meld. nr. 27 (2001 -2002)** Stortingsmelding nr. 27 (2001-2002) om EØS-samarbeidet 1994-2001
- NOU 2012:2** NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU. Utredning fra utvalg oppnevnt av Utenriksdepartementet 7. januar 2010 (Europautredningen)

Juridisk teori

Bøker

- Aall 2018** Jørgen Aall, *Rettsstat og Menneskerettigheter* (5. utg., Fagbokforlaget 2018)
- Arnesen mfl. 2022** Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad, *Oversikt over EØS-retten*, (1.utg., Universitetsforlaget, 2022)
- Baudenbacher 2010** Carl Baudenbacher, *The EFTA Court in Action* (1. utg., German Law Publishers, Stutgard 2010)
- Baudenbacher (red) 2016** Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law* (1. utg., Springer International Publishing, Cham 2016)

- Bekkedal 2008** Tarjei Bekkedal, *Frihet, likhet og fellesskap*, (1. utg., Fagbokforlaget, Bergen 2008)
- EC Commission (red.) 1981** EC Commission (red.) *Thirty Years of Community Law* (1. Utg., EC Commission, Brussel 1981)
- EFTA Court (red.) 2014** EFTA Court (red.), *The EEA and the EFTA Court - Decentred Integration* (Hart Publishing; Oxford and Portland, Oregon 2014)
- Fredriksen og Mathisen 2022** Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett* (4. utg., Fagbokforlaget, Bergen 2022)
- Moeckli mfl. 2022** Daniel Moeckli, Sangeeta Shah og Sandesh Sivakumaran, *International Human Rights Law* (4.utg., Oxford University Press, Oxford 2022)
- Nygaard 2004** Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2.utg., Universitetsforlaget, Bergen 2004)
- Ruud og Ulfstein 2018** Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i Folkeretten* (5. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2018)
- Schütze 2021** Robert Schütze, *European Constitutional Law* (3. utg., Oxford University Press, Oxford 2021)
- Sejersted mfl. 2011** Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett* (3. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2011)

Artikler

- Björgvinsson i EFTA Court (red.) 2014** Björgvinsson, ‘Fundamental rights in EEA law’ i EFTA Court (red.), *The EEA and the EFTA Court - Decentred Integration* (Hart Publishing; Oxford and Portland, Oregon 2014) s. 263
- Barnard i EFTA Court (red.) 2014** Catherine Barnard, ‘Reciprocity, Homogeneity and Loyal Cooperation: Dealing with Recalcitrant National Courts?’ i EFTA Court (red.), *The EEA*

and the EFTA Court - Decentred Integration (Hart Publishing; Oxford and Portland, Oregon 2014) s. 151

- Baudenbacher 1997** Carl Baudenbacher, 'Between Homogeneity and Independence: The legal position of the EFTA Court in the European Economic Area', *Colombia Journal of European Law* 1997, s. 169
- Baur i Baudenbacher 2016** Georges Baur, 'Decision-Making Procedure and Implementation of New Law' i Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law* (1. utg., Springer International Publishing, Cham 2016) s. 45
- Frankling og Fredriksen 2015** Christian N. K. Franklin og Halvard Haukeland Fredriksen, 'Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on. (The European Economic Area)', *Common Market Law Review* 2015, s. 629
- Fredriksen 2010** Halvard Haukeland Fredriksen, 'Hvem avgjør tolkningen av EØS avtalen? – noen betraktninger om størrelsen «gjeldende EØS-rett»' *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2010, s. 247
- Kovar i EC Commission (red.) 1981** R. Kovar, 'The Relationship between Community Law and National Law' i EC Commission (red.) *Thirty Years of Community Law* (EC Commission, Brussel 1981) s. 109
- Mégret i Moeckli mfl. (red.) 2022** Frédéric Mégret, 'Special Character' i Daniel Moeckli, Sangeeta Shah og Sandesh Sivakumaran, *International Human Rights Law* (4.utg., Oxford University Press, Oxford 2022) s. 89
- Rognstad 2011** Ole-Andreas Rognstad, 'EU-domstolen avgjør ikke alltid tolkningen av EØS-avtalen', *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2011, s. 658

Nettsider

- EurLex –
Annulment of legal
acts** ‘Annulment of legal acts by the Court of Justice’ (EurLex, 20.01.2021), <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/annulment-of-legal-acts-by-the-court-of-justice.html>, hentet 3. april 2023
- Liechtenstein and
the EEA** Georges Baur, ‘Liechtenstein and the EEA: EEA Law as Supplementary Constitutional Law’ (IACL-AIDC Blog, 09.12.2021), – <https://blog-iacl-aidc.org/2021-posts/2021/12/9/liechtenstein-and-the-eea-eea-law-as-supplementary-constitutional-law>, hentet 17. april 2023