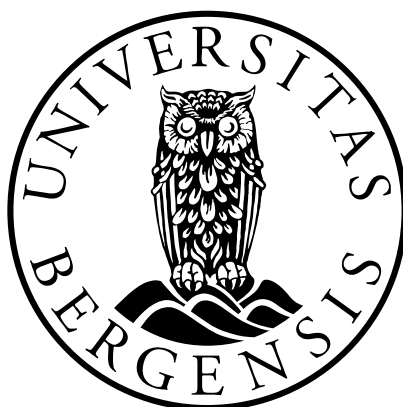


Proporsjonalitetsvurderingen i EU- og EØS-rett:

*En komparativ analyse av EU- og EFTA-
domstolens praksis og føringer som legges
for medlemslandene*

Kandidatnummer: 72

Antall ord: 12 241



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08. Juni 2020

Innholdsfortegnelse

1. Innledning
 - 1.1. Tema og aktualitet
 - 1.2. Metode og rettslig forankring
 - 1.3. Det indre markedet
2. Hva er proporsjonalitetsvurderingen?
3. EU-domstolens praktisering av proporsjonalitetsvurderingen
 - 3.1. Hvilke momenter oppstilles?
 - 3.2. EU-statenes handlingsrom
4. EFTA-domstolens praktisering -- skiller den seg fra EU-domstolens praktisering?
 - 4.1. Hvilke momenter oppstilles?
 - 4.2. EFTA-statenes handlingsrom
5. Hvorfor praktiseres vurderingen ulikt i EU- og EFTA-domstolen?
6. Avsluttende tanker
7. Litteraturliste

1. Innledning

1.1. Tema og aktualitet

Denne masteroppgaven har som formål å gjøre et dypdykk inn i den proporsjonalitetsvurderingen som foretas av EU- og EFTA-domstolen ved medlemstatenes brudd på EU- og EØS-rettens fire friheter. Oppgaven tar sikte på å analysere hvordan EU- og EFTA-domstolen angriper proporsjonalitetsvurderingen som skal foretas, herunder hvilke momenter de oppstiller, samt hvor strenge føringer de legger for sine respektive medlemsland. Videre vil det også undersøkes om det er forskjeller i hvordan de ulike domstolene behandler proporsjonalitetsvurderingen, og avslutningsvis hvorfor disse forskjellene eventuelt foreligger.

Denne oppgaven vil begrenses til å undersøke proporsjonalitetsvurderingen i forhold til handlinger foretatt av EU- og EFTA-statene¹ som strider mot eksisterende EU-lovgivning angående de fire frihetene. Proporsjonalitetsvurderingen som foretas i forbindelse med innføring av EU- og EØS-lovgivning faller således utenfor rammen av denne avhandlingen. Dette er to vesentlig ulike vurderinger, Denne oppgaven vil således fokusere på den proporsjonalitetsvurderingen som er skapt av domstolen, ikke den kodifiserte vurderingen som følger av artikkel 5.

Anvendelse av en proporsjonalitetsvurdering er et av de mest grunnleggende prinsippene i EU- og EØS-retten, og gjennomsyrrer hele den indre markedesjussen. Undersøkelser som har som mål å besvare spørsmålet om hvordan denne vurderingen foretas er følgelig av stor interesse. Praktiseringen av denne vurderingen vil ha betydning for alle som berøres av EU- og EØS-lovgivning, fra enkeltindivider til de største medlemslandene, da den legger føringer for hvilken lovgivning medlemslandene har adgang til å innføre for å innskrenke rettigheter som følger av EU- og EØS-lovgivning.²

Videre vil det også være av betydning hvorvidt det er ulikheter mellom EU- og EFTA-domstolens praktisering av proporsjonalitetsvurderingen, ettersom slike forskjeller er i strid med målet om homogenitet i det interne markedet og kan medføre en forskjellbehandling av aktører og individer basert på nasjonalitet.

Homogenitet er målet om å integrere EFTA-statene i det indre markedet i EU. For å oppnå dette forutsettes det at EØS-regelverket fortolkes og anvendes i konformitet med EU-reglene, som innebærer at tilsvarende bestemmelser i EU- og EØS-regelverket skal tolkes slik at

¹ Til tross for at EØS kun inkluderer 3 av de 4 EFTA-statene, brukes «EFTA-statene» som en samlebetegnelse for landene som utgjør EFTA-pilaren i EØS.

² Dette skillet vil bli klargjort tydeligere under punkt 2.

rettstilstanden blir den samme.³ Dette er et grunnleggende prinsipp i EU- og EØS-retten om rettsenartethet, og omtales som «homogenitetsprinsippet».⁴ Homogenitetsprinsippet er følgelig et resultat orientert prinsipp, hvor målet er at rettstilstanden skal være lik for EU- og EFTA-statene.

1.2. Metode og rettslig forankring

Denne oppgaven vil i stor grad baseres på tolkningen og anvendelsen av EU- og EØS-retten de lege lata. Rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen vil være av særlig betydning, men EU- og EØS-lovgivning vil også være relevant da vurderingen naturligvis knytter seg til de sentrale reglene om de fire frihetene i EU- og EØS-avtalens hoveddeler. Nasjonal lovgivning faller således i utgangspunktet utenfor omfanget av oppgaven. Analyse av rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen vil være sentral for å undersøke spørsmålene oppgaven tar sikte på å besvare, da rettsanvendelsen er i særlig fokus. Juridisk teori vil også anvendes for å belyse temaet. I denne avhandlingen vil det ikke være plass til å analysere nasjonal rettspraksis, selv om dette kan gi viktig informasjon om hvordan EU- og EFTA-domstolens signaler fanges opp. Et eksempel fra norsk rettspraksis vil likevel inkluderes for å illustrere denne siden av proporsjonalitetsvurderingen.

I denne avhandlingen vil den engelske versjonen av EU- og EØS-lovgivningen og dommer brukes. I EU-retten er det opptil 24 språkversjoner av reglene som alle er autentiske, med unntak av noen tilfeller i sekundærretten.⁵ I tillegg til å være gyldig på alle EUs offisielle språk er EØS-avtalen også gyldig på norsk og islandsk, jf. EØS-avtalen artikkel 129 nr. 1. Arbeidsspråket til EFTA-domstolen er imidlertid engelsk, og de tar følgelig utgangspunkt i den engelske versjonen av EØS-regelverket ved tolkning av de relevante bestemmelsene.⁶ Den norske oversettelsen har liten vekt ved tolkning av regelverket da jobben med å oversette bestemmelsene overlates til den norske domstolen selv.⁷ Følgelig er det mer hensiktsmessig å ta utgangspunkt i den engelske versjonen av EØS-regelverket, da dette er i tråd med EFTA-domstolens egen praksis. Det er da også naturlig å ta utgangspunkt i den engelske versjonen av EU-regelverket.

³ Fredriksen og Mathisen (2014) side 40.

⁴ Ibid. side 40. Homogenitetsprinsippet vil forklares nærmere under punkt 1.2.

⁵ Ibid. side 219. Her er det noen unntak når det gjelder sekundærretten.

⁶ Ibid. side 250.

⁷ Ibid. side 249.

EU-domstolen får sin makt i kraft av artikkel 19 i Traktaten om Den Europeiske Union,⁸ som sier at domstolene skal «ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed». Videre følger det av artikkel 19 nr. 3 (a) og (b) at EU-domstolen skal «rule on actions brought by a Member State» og gi «preliminary rulings, at the request of courts or tribunals of the Member States, on the interpretation of Union law or the validity of acts adopted by the institutions». EU-domstolen kan gi «preliminary rulings», jf. TFEU artikkel 267, hvor den nasjonale domstolen i en medlemsstat ber domstolen om svar på et tolknings- eller gyldighets spørsmål. Saker kan også komme foran domstolen gjennom direkte handlinger, eksempelvis jf. TFEU artiklene 258 og 259, når medlemsstater har gjennomført et tiltak som strider mot EU rett eller har forsømmet andre plikter som gjelder for EU-land. Utgangspunktet er følgelig at det er deres oppgave å vurdere hvorvidt medlemsstatene opererer i henhold til EU-lovgivningen, og de er dermed ansvarlige for å sette grensene for hvor langt denne lovgivningen rekker.

EFTA-domstolens rettsanvendelse legitimeres gjennom artikkel 108 nr. 2 i Avtalen om det Europeiske Økonomiske Samarbeidet⁹, som sier at statene i det Europeiske Frihandelsforbund¹⁰ skal etablere en domstol for å ta avgjørelser i saker hvor EFTAs overvåkningsorgan¹¹ utøver sin kompetanse ovenfor en medlemsstat.¹² Til tross for at EFTA-statene ikke er direkte bundet av EU-retten er de likevel ikke fri for å bli påvirket av den. Dette følger eksempelvis av EØS-avtalens fjerde betraktning, som sier at homogenitet mellom EU- og EFTA-statene skal etterstrebnes, samt artikkel 1 og protokoll 35 i avtalen. Dette innebærer en oppfordring til lik forståelse og praktisering i EU- og EFTA-medlemsland, som vil bety at EFTA-stater som oftest må følge de retningslinjene som er lagt for EU-landene for å fastlegge innholdet i EØS-avtalens regler. Videre innebærer artiklene 6, 105, og 109, at EØS-institusjoner er bundet til å ta hensyn til rettspraksis innad i EU, både før og etter signeringen av EØS-avtalen, for å oppnå homogenitet i det indre markedet. Dette medfører at rettspraksis fra EU-domstolen også får betydning for EFTA-statene. EFTA-domstolens mandat følger av Avtalen om Opprettelse av et Overvåkningsorgan og en

⁸ Treaty on European Union, OJ C 326. (Heretter referert til som «TEU»).

⁹ Agreement on the European Economic Area, OJ C 001. (Heretter referert til som «EØS-avtalen»).

¹⁰ European Free Trade Association. (Heretter referert til som «EFTA»).

¹¹ European Surveillance Authority. (Heretter referert til som «ESA»).

¹² ESAs kompetanse følger av EØS-avtalen artikkel 108 nr. 1 som sier at deres oppgave er «ensuring the fulfilment of obligations under this Agreement».

Domstol artikkel 34, som sier at de skal gi «advisory opinions on the interpretation of the EEA agreement».13

Den mest sentrale delen av EU retten følger av Traktaten om Den Europeiske Unions Virkemåte.14 Denne erstattet Roma Traktaten, som etablerte det interne markedet, herunder med reglene som skulle medføre fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital.15

Det å være et EU- medlemsland innebærer at nasjonene forplikter seg til å følge EU-rettens grunnregler om fri bevegelighet av personer, varer, tjenester, og kapital i det interne markedet, jf. TFEU artikkel 26. Medlemslandene binder seg til dette ved å slutte seg til EUs traktater, som følger av TEU artikkel 1. Dersom et medlemsland har iverksatt en handling som bryter med disse traktatene kan saken komme opp til behandling av EU-domstolen. I de tilfeller nasjonal lovgivning er i konflikt med de fire frihetene i EU retten vil bare en av dem få overhånd. For å regulere utøvelse av makten som EU-retten har over de ulike medlemslandene må domstolen som et ledd i denne prosessen foreta en proporsjonalitetsvurdering. Avgjørelsen vil likevel prinsipielt høre under nasjonale domstoler og disse vil ha det endelige ordet angående subsumsjonen16, selv når saken blir fremlagt EU-domstolen.17 EU-domstolen kan imidlertid legge føringer for den nasjonale domstolens vurdering.

Koblingen mellom proporsjonalitetsvurderingen i EU-rett til norske domstoler og norske rettsanvendere er gjennom EØS-avtalen og prinsippet om homogenitet.18 Dessuten ligger det en lojalitetsplikt i EØS-avtalens artikkel 3, som sier at «The Contracting Parties shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Agreement». Det følger videre av EØS-avtalen art. 1 nr. 2. at det skal være fri bevegelighet av personer, varer, tjenester, og kapital innen EØS-avtalens virkeområde, herunder EFTA-statene og EU-medlemsstatene. Å foreta proporsjonalitetsvurderingen er følgelig også en viktig del av arbeidet til EFTA-domstolen.

13 Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice OJ L344/3, 1994 (Heretter referert til som ODA).

14 Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326. (Heretter referert til som «TFEU»).

15 Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, OJ C 321E, 29.12.2006.

16 Herunder graden av beskyttelse for nasjonens borgere.

17 Harbo (2015) side 13.

18 Eksempelvis EØS-avtalens fjerde og femte betraktning.

Dette er et område av EU- og EØS-rett hvor det er svært mye rettspraksis, noe som gjør det krevende å gi en definitiv konklusjon på spørsmålene oppgaven stiller. I denne oppgaven vil jeg ikke ha mulighet til å undersøke og ta stilling til alle saker hvor domstolene utøver en proporsjonalitetsvurdering, men jeg vil prøve å danne et bilde av hva som er domstolens tendenser på grunnlag av et utvalg av saker som viser en progresjon over tid.

Å foreta et utvalg av saker er i seg selv et komplisert prosjekt da mange faktorer vil spille inn, slik som eksempelvis hvilken frihet det gjelder, fordi man da låser seg til visse akseptable begrunnelser for unntak fra EU- og EØS-retten. Dette er spesielt krevende ved utvalg av saker behandlet av EU-domstolen, da denne årlig avgjør flere hundre saker.¹⁹ Ved utvalget av saker for analyse i denne avhandlingen valgte jeg derfor å følge eksempelet til Barnard og Petursson. En analyse av en portefølje av saker på størrelse med deres undersøkelser ville imidlertid blitt for omfattende for denne oppgaven. Følgelig valgte jeg saker som best ville illustrere en progresjon over tid, som er i samsvar med de funnene Barnard gjorde gjennom sine undersøkelser.²⁰ Antallet saker som EFTA-domstolen mottar er betydelig mindre enn antall saker for EU-domstolen.²¹ Ved utvalget av saker fra EFTA-domstolen ønsket jeg å undersøke om det forelå en tilsvarende progresjon over tid der som gikk i samme retning som sakene behandlet av EU-domstolen. Jeg forsøkte derfor å velge saker som strakk seg over en periode tilsvarende slik Barnard gjorde på EU-rettens område.

1.3. Det indre markedet

Bakgrunnen for opprettelsen av det indre markedet ser man blant annet kommer til uttrykk i den sjette betraktningen i TFEU hvor medlemslandene understreker nødvendigheten av «the progressive abolition of restrictions on international trade» for å oppnå et tettere samhold i Europa. Dette gjelder også for EØS-avtalen, hvor det står i innledningens tredje betraktning at avtalen er opprettet blant annet fordi medlemsnasjonene er «determined to contribute, on the basis of market economy, to world-wide trade liberalization and cooperation». EUs interne marked har vært under stadig utvikling siden samarbeidet mellom de europeiske nasjonene startet. Markedet ble opprettet ved bruk av både negativ integrering, som fjerner

¹⁹ Court of Justice of the European Union, *Judicial statistics 2018: the Court of Justice and the General Court establish record productivity with 1,769 cases completed*, pressemelding 39/19. Luxembourg, 25 Mars 2019. I 2018 og 2017 mottok EU-domstolen henholdsvis 849 og 739 saker for behandling.

²⁰ Dette vil jeg komme nærmere tilbake til senere under punkt 3.2.

²¹ Se EFTA-Court, *A note by the EFTA Court concerning the Norwegian Report on Norway's Agreements with the EU*. Luxembourg, 27 Januar 2012. I 2010 mottok EU-domstolen 631 nye saker, mens EFTA-domstolen mottok 18. I 2011 steg antall saker for EFTA-domstolen til 19.

hindre for fri handel, og positiv integrering, som skal sikre harmonisering gjennom sekundærlovgivning.²² Dette er i dag kodifisert gjennom TFEU, henholdsvis i eksempelvis art. 18 eller 34 og art. 114.

Det følger av TFEU art. 26 at «the internal market shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of the Treaties». EUs interne marked skal således fungere som et felles marked, på lik måte som markeder fungerer innad i suverene land. Det indre markedet er i senere tid utvidet til å inkludere EFTA-statene, jf. EØS-avtalen artikkel 1.

Et stort felles marked med fri handel har flere fordeler. Catherine Barnard forklarer at fri handel åpner for spesialisering, spesialisering fører til komparative fordeler, og komparative fordeler leder til såkalte «economies of scale» som skal øke forbrukervelferd og sikre den mest effektive bruken av verdens ressurser.²³

For å oppnå dette kreves det at landene som skal samarbeide i høyest mulig grad har et felles regelverk. Felles regler for hvordan varer skal produseres, leveres, og testes gjør det enklere og billigere å selge disse varene på tvers av landegrensene. Det er imidlertid store kulturelle, politiske, og økonomiske forskjeller mellom de ulike medlemslandene i EU/EØS. Dette medfører et behov for tilpasning av EU- og EØS-retten, slik at medlemsstatene beholder en viss grad av suverenitet. Fellesløsninger vil ikke nødvendigvis passe alle landene i det interne markedet, og derfor trenger nasjonene et vist handlingsrom slik at de får fleksibilitet til å tilpasse EU- og EØS-lovgivning etter deres kultur og behov. Her kommer proporsjonalitetsvurderingen inn.

2. Hva er proporsjonalitetsvurderingen?

Proporsjonalitetsvurderingen er en måte for EU- og EFTA-statene å beskytte sine nasjonale interesser, da den åpner for en anvendelse av EU- og EØS-retten som er tilpasset de ulike medlemslandene. Denne vurderingen tar utgangspunkt i et konkret brudd på en av de fire frihetene som følger av EU- og EØS-retten, og medlemslandets begrunnelse for hvorfor de ønsker at dette bruddet skal bli tillat. Proporsjonalitetsvurderingen kan således ansees som en

²² Barnard (2019) Side 15-16.

²³ Ibid. Side 4.

balansering av EU-rettens omfang og suvereniteten til de individuelle medlemslandene. De fire frihetene er ment å favne bredt, og derfor kan EU- og EFTA-domstolen vurdere selv nasjonale tiltak som bare indirekte og potensielt begrenser dem.²⁴

Denne proporsjonalitetsvurderingen går i kjernen av EU indre markedes jus, og hvordan denne foretas er således en viktig del av arbeidet til EU-domstolen. Anvendelsen av proporsjonalitetsvurderingen stammer ikke fra EU- og EØS-lovgivning, men er utviklet av EU-domstolen over tid. Man kan se elementer av prinsippet i *Fédéchar*²⁵ saken fra 1956, hvor domstolen uttalte at «reaction by the High Authority to illegal action must be in proportion to the scale of that action» var å anse som «a generally-accepted rule of law».²⁶ Det er imidlertid saken *Internationale Handelsgesellschaft*²⁷ som utbroderte bakgrunnen til og innholdet i prinsippet.²⁸

Proporsjonalitet har to sider ved seg. Den siden som gjelder i forhold til EUs egne handlinger er traktatfestet i TEU artikkel 5, men det er ikke delen av proporsjonalitet som denne avhandlingen skal omhandle.²⁹ Denne avhandlingen vil ta for seg den andre siden av proporsjonalitetsprinsippet, som er utviklet av EU-domstolen, senere også EFTA-domstolen, gjennom sin rettspraksis og som ikke er traktatfestet. Denne siden av vurderingen omhandler medlemsstatens handlinger.

Dersom et unntak fra EU- og EØS-retten skal aksepteres på bakgrunn av proporsjonalitetsvurderingen kreves det en begrunnelse fra medlemslandets side som forklarer hvorfor de mener unntaket er viktig for dem. Hvilke begrunnelser som blir akseptert avhenger av hvilken frihet som blir innskrenket, og hvordan. Dersom et tiltak er direkte diskriminerende grunnet nasjonalitet, begrenses de aksepterte begrunnelsene til nærmere traktatfestede hensyn.³⁰ Eksempelvis følger det av TFEU artikkel 45 nr. 3. at arbeideres rett til fri bevegelighet i det indre markedet er «subject to limitations justified on grounds of public policy, public security or public health». Den samme begrensningen finner man i EØS-avtalen artikkel 28. Hvor det angår fri handel av varer er situasjonen noe annerledes.

²⁴ Petursson (2014) Side 89.

²⁵ Sak C-8/55 *Fédération Charbonnière de Belgique v High Authority of the European Coal and Steel Community* (1954-1956). Engelsk spesial utgave side 292, ECLI:EU:C:1956:11.

²⁶ Ibid. Engelsk spesial utgave side 299.

²⁷ Sak C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (1970). ECR 01125, ECLI:EU:C:1970:114.

²⁸ Petursson (2014) side 134.

²⁹ Ibid. Side 139.

³⁰ Jf. eksempelvis EØS-avtalen artiklene 13, 28 og 33.

Her aksepteres et bredere spektrum av begrunnelser for unntak fra EU- og EØS-lovgivningen. Det følger av TFEU artikkel 36 at unntak fra retten til fri handel av varer etter artiklene 34 og 35 TFEU kan være:

«Justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property».

Dette gjenspeiles i artikkel 13 av EØS-avtalen. Videre har også rettspraksis utvidet hva som ansees som akseptable begrunnelser, herunder eksempelvis *Cassis de Dijon*.³¹ Disse begrunnelsene ansees bare legitime dersom saken omhandler tiltak som er indirekte diskriminerende. Tiltak som er indirekte diskriminerende defineres i *Biehl v. Administration des Contributions*³² som «covert forms of discrimination which, by the application of other criteria of differentiation, lead to [discrimination by reason of nationality]». ³³ Slike begrunnelser vil være en av de to konkurrerende interessene i proporsjonalitetsvurderingen, som veies opp mot behovet for den konkrete EU-/EØS-regelen som blir brutt og homogenitet.

Proporsjonalitetsvurderingen har både sine fordeler og ulemper. På den ene siden gjør anvendelsen av proporsjonalitetsvurderingen det mulig å vurdere enkeltsaker ut ifra de omstendighetene som foreligger. Dette kan hindre at en domstol kommer til et uheldig resultat i en sak på bakgrunn av uriktige forutsetninger eller mangel på handlingsrom til å komme til egne konklusjoner. Dette kan eksempelvis være fordi de følger seg låst til å treffe en bestemt avgjørelse basert på det eksisterende regelverket. Anvendelse av en proporsjonalitetsvurdering fremfor faste regler som gjelder uavhengig av omstendigheter medfører dessuten at medlemslandene beholder et videre handlingsrom.³⁴ Dette er noe som isolert sett vil være positivt for de individuelle nasjonene, da de kan tilpasse reglene til sin egen kultur og politiske miljø så fremt restriksjonen fremmer traktatfestede hensyn eller

³¹ Sak C-120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (1979). EUT I-00649, ECLI:EU:C:1979:42.

³² Sak C-175/88 *Klaus Biehl v Administration des contributions du grand-duché de Luxembourg* (1990) EUT I-01779, ECLI:EU:C:1990:186.

³³ *Ibid.* avsnitt 13.

³⁴ Fredriksen (2014) side 709.

andre almene hensyn. Derfor kan man argumentere for at proporsjonalitetsvurderingen er et særlig viktig verktøy i et komplekst politisk og lovmessig landskap.³⁵

Imidlertid kan proporsjonalitetsvurderingen også medføre enkelte negative konsekvenser. En felles EU- eller EFTA-domstol kan gjennom proporsjonalitetsvurderingen i stor grad «blande seg inn» i interne politiske konflikter i medlemslandene. Faren for dette vil avhenge av hvordan domstolen velger å praktisere vurderingen, hovedsakelig hvor strenge føringer de legger for medlemslandet som en sak gjelder. Det kan også være vanskelig for enkelte å forutse sin rettsstilling, og følgelig kan proporsjonalitetsvurderingen som foretas av domstolen svekke rettsikkerheten til individer og selskaper. Videre, kan medlemslandenes handlingsrom medføre at ulike land foretar vurderingen ulikt, som står i strid med målet om et homogent europeisk samfunn.³⁶ Derfor er det viktig med en konsekvent praktisering av proporsjonalitetsvurderingen, for å unngå uklarheter som kan bli utnyttet av medlemslandene. Det vil være skadelig for de individuelle medlemslandene dersom landene i stor grad utnytter sitt spillerom for å uthule regelverket som er felles for alle statene.

3. EU-domstolens praktisering av proporsjonalitetsvurderingen

3.1. Hvilke momenter oppstilles?

Gjennom historien til EU-domstolen har det vært svært mange saker som angår brudd på de fire frihetene i EU-retten. I disse sakene har domstolen ikke vært helt konsekvent i sin fremgangsmåte for vurderingen av proporsjonalitet. Det er følgelig vanskelig å gi et generelt svar på hvordan EU-domstolen praktiserer denne vurderingen. Det er imidlertid som oftest enten to eller tre steg i domstolen sin proporsjonalitetsvurdering, og domstolen anvender prinsippet strengt.³⁷ Manglende samstemt rettspraksis fra EU-domstolen gjør likevel at de i flere saker kun refererer til to momenter i vurderingen, uten å klargjøre hvilke av de tre mulige momentene som faktisk trekkes inn.³⁸

Det første steget i proporsjonalitetsvurderingen som kan trekkes inn er å vurdere hvorvidt bruddet på EU-regelverket er egnet til å oppnå det målet medlemslandet ønsker å oppnå, som

³⁵ Petursson (2014) side 131.

³⁶ Fredriksen (2014) side 709.

³⁷ Barnard and Odudu (2009) side 282.

³⁸ Petursson (2014) side 149.

ofte kalles vilkåret om «egnethet». Eksempelvis kan det sees til *Kommisjon v Italia* saken.³⁹ Saken gjaldt et statlig forbud mot å trekke vogner bak mopeder, motorsykler, og lignende, i et forsøk på å verne trafikksikkerheten. Her uttalte EU-domstolen at «the national provision must be appropriate for securing the attainment of the objective pursued».⁴⁰ Altså må regelen som oppstilles av Italia være egnet til å verne trafikksikkerheten i landet. Ved å trekke inn egnethet som er kriterium kan dette fange opp tiltak som blir innført vilkårlig av medlemsstatene, da det kreves en håndfast sammenheng mellom bruddet på EU retten og begrunnelsen. Det stilles imidlertid ikke krav til at medlemsstatene kan bevise at tiltaket vil ha den ønskede effekten, men det må være noen holdepunkter som støtter medlemslandets vurdering slik at vilkårlige tiltak ikke blir akseptert.⁴¹

Det andre steget er å vurdere hvorvidt bruddet på EU-retten er nødvendig for å oppnå dette målet. Dette er ofte den viktigste delen av vurderingen, og kommer ofte i fokus. Igjen kan *Kommisjon v Italia* være illustrerende, da domstolen her uttalte at «the national provision must [...] not go beyond what is necessary in order to attain [the objective pursued]».⁴² Denne nødvendighetstesten går ofte ut på å undersøke om medlemslandet kunne oppnådd et tilsvarende resultat gjennom mindre inngripende tiltak.

Domstolen har imidlertid vært mye mindre konsekvent angående anvendelsen av proporsjonalitet *stricto sensu*, som ofte ansees å være det tredje steget i vurderingen.⁴³ *Stricto sensu* kan defineres som en balansering av interessene som er i konflikt i saken, altså en vurdering av hvorvidt det nasjonale tiltaket likevel er for inngripende til tross for at det er nødvendig for å oppnå målet til medlemsstaten. Det er følgelig ikke tiltaket i seg selv, men det inngrepet som tiltaket gjør i de fire friheter, som holdes opp mot medlemsstatens mål bak tiltaket.⁴⁴ Craig og De Búrca har gitt uttrykk for at de anser proporsjonalitetstesten som en tre stegs vurdering, men de mener det eksisterer tvil om hvorvidt det tredje steget faktisk er en del av EU-domstolens praktisering av proporsjonalitetsvurderingen.⁴⁵

³⁹ Sak C-110/05 *Commission of the European Communities v Italian Republic* (2009). EUT I-00519, ECLI:EU:C:2009:66.

⁴⁰ *Ibid.*, avsnitt 59.

⁴¹ Harbo (2015) side 23-24 og 29.

⁴² Sak C-110/05 *Commission of the European Communities v Italian Republic* (2009). EUT I-00519, ECLI:EU:C:2009:66, avsnitt 59.

⁴³ Petursson (2014) Side 149.

⁴⁴ Fredriksen og Mathisen (2014) Side 100.

⁴⁵ Craig and De Búrca (2011) Side 526.

Denne vurderingen kan til tider være vanskelig å skille fra nødvendighetstesten,⁴⁶ som medfører at det i noen saker er uklart hvorvidt EU-domstolen faktisk har foretatt en *stricto sensu* vurdering. En sentral forskjell mellom vurderingen av egnethet og nødvendighet, og *stricto sensu*, er hva slags test det er. Egnethet og nødvendighet går ut på å vurdere hvorvidt og hvordan målet til medlemsnasjonen oppnås, herunder om tiltaket er en effektiv måte å oppnå målet på. *Stricto sensu* er imidlertid en balanseringstest, som er en bredere vurdering hvor domstolen står friere til å trekke inn det som er relevant i en konkret sak for å avveie de konkurrerende interessene mot hverandre. Ikke alle interesser har samme verdien. Det er klart at man i stor grad vil akseptere brudd på EU-retten for å sikre borgeres rett til liv og frihet fra tortur, mens ytringsfriheten i større grad kan modifiseres. Da utgangspunktet er at nasjonale domstoler selv vurderer proporsjonaliteten av tiltak er de de som bestemmer hvilken grad av beskyttelse de vil gi sine borgere.⁴⁷

For å forklare *stricto sensu* vurderingen kan *Schmidberger*⁴⁸ saken være illustrerende. Saken gjaldt miljøvernemonstranter som blokkerte en viktig motorvei i Østerrike i nesten 30 timer. Dette til hinder for den frie handelen av varer, da transporten ble blokkert over en lengre periode, som særlig påvirket internasjonal handel. Staten og de lokale myndighetene i Østerrike hadde ikke gjort tiltak for å hindre demonstrasjonen, da de hevdet dette ville være i strid med innbyggernes ytringsfrihet og rett til å samles offentlig. EU-domstolen uttalte at spørsmålet som måtte vurderes i saken angikk:

*«The need to reconcile the requirements of the protection of fundamental rights in the Community with those arising from a fundamental freedom enshrined in the Treaty and, more particularly, the question of the respective scope of freedom of expression and freedom of assembly, guaranteed by Articles 10 and 11 of the ECHR, and of the free movement of goods, where the former are relied upon as justification for a restriction of the latter».*⁴⁹

Her kan man altså se at domstolen fremhever behovet for å vurdere de to interessene opp mot hverandre. Videre uttrykker domstolen, henholdsvis i avsnitt 78 og 79, at retten til fri handel

⁴⁶ Petursson (2014) Side 149

⁴⁷ Eksempelvis kan det sees til forente saker C-1/90 og C-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior og Publivia* (1991) EUT I-4151, ECLI:EU:C:1991:327, avsnitt 16, og sak C-124/97 *Läärä* (1999) EUT I-6067, ECLI:EU:C:1999:435, avsnitt 36.

⁴⁸ Sak C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich* (2003). EUT I-05659, ECLI:EU:C:2003:333.

⁴⁹ *Ibid.* avsnitt 77.

og retten til ytringsfrihet samt frihet til å samles må modereres. De utgjør ikke absolutte rettigheter, og de må følgelig veies opp mot hverandre i den konkrete situasjonen. Domstolen sier at «In those circumstances, the interests involved must be weighed having regard to all the circumstances of the case in order to determine whether a fair balance was struck between those interests».⁵⁰ Dette er et tydelig eksempel på en *stricto sensu* vurdering, da domstolen understreker viktigheten av å balansere de to konkurrerende interessene.

En god forklaring av *stricto sensu* vurderingen finner man også i Generaladvokat Van Gervens uttalelse om *Grogan* saken.⁵¹ Denne saken gjaldt rådgivning angående abort, hvor kvinner i Irland ble informert om muligheter for å kontakte utenlandske aborttjenester. Van Gerven uttalte at:

*«even if the national rule is useful and indispensable in order to achieve the aim sought, the Member State must nevertheless drop the rule, or replace it by a less onerous one, if the restrictions caused to intra-Community trade by the rule are disproportionate, that is to say if the restrictions caused are out of proportion to the aim sought by or the result brought about by the national rule.»*⁵²

Domstolen foretar også en slik *stricto sensu* vurdering i *Stoke-on-Trent*⁵³ saken. Saken gjaldt britisk lovgivning som forbød drift av kommersiell praksis på søndager. Domstolen uttrykte at «Appraising the proportionality of national rules which pursue a legitimate aim under Community law involves weighing the national interest in attaining that aim against the Community interest in ensuring the free movement of goods».⁵⁴ Et nasjonalt tiltak som ansees egnet og nødvendig kan følgelig fortsatt utgjøre et brudd på EU retten dersom en vekting av de konkurrerende interessene viser at tiltaket innebærer et urimelig brudd på retten til fri bevegelighet. I *Stoke-on-Trent* saken var forbudet mot kommersiell praksis på søndager begrunnet med «national or regional socio-cultural characteristics», og dette måtte følgelig veies opp mot interessene de andre EU-landene har av å åpne for fri handel selv på disse dagene.

⁵⁰ *Ibid.*, avsnitt 81.

⁵¹ Sak C-159/90, *Opinion of Mr Advocate General Van Gerven on Grogan* (1991). EUT I-04685, ECLI:EU:C:1991:249.

⁵² *Ibid.* avsnitt 27.

⁵³ Sak C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc.* (1992). EUT I-06635, ECLI:EU:C:1992:519.

⁵⁴ *Ibid.* avsnitt 15.

Egnethet, nødvendighet, og *stricto sensu* utgjør kumulative krav som alle må oppfylles dersom en restriksjon av retten til fri bevegelighet skal være forenelig med EU-retten.⁵⁵ Det er imidlertid utallige eksempler på saker hvor domstolen har forsømmet sin plikt til å vurdere alle de tre stegene i vurderingen. Da de individuelle medlemslandene har i oppdrag å selv vurdere proporsjonaliteten er de avhengig av visse retningslinjer fra EU-domstolen for å oppnå en homogen vurdering innad i EU. Hvilke momenter EU-domstolen inkluderer i sin vurdering, og hvilke de oppfordrer medlemsstatene til å inkludere, har derfor stor betydning. Det kan imidlertid diskuteres hvorvidt det alltid er nødvendig å drøfte alle de tre stegene i vurderingen, eller hvorvidt det har særlig verdi.

Eksempelvis, dersom domstolen kommer til at et tiltak klart er nødvendig for å oppnå medlemsstatens legitime mål, vil også dette tiltaket som oftest utvilsomt være egnet for å oppnå målet. Et tiltak vil som oftest ikke være nødvendig uten å være egnet.

Nødvendighetsvurderingen er strengere enn vurderingen av egnethet, og et nødvendig tiltak vil ofte da implisitt også være egnet. Imidlertid er det de nasjonale domstolene som selv skal vurdere proporsjonaliteten. At EU-domstolen derfor mener tiltaket er nødvendig betyr ikke at den nasjonale domstolen vil mene det samme er like klart, og derfor kan det være hensiktsmessig å også vurdere egnetheten separat. Et slikt tilfelle vil imidlertid sjelden finne sted, da nasjonale domstoler som oftest aksepterer mer fra sine respektive stater enn det EU-domstolen gjør.⁵⁶ En sak hvor den nasjonale domstolen foretar en strengere vurdering av nødvendighetskravet enn EU-domstolen vil følgelig være uvanlig.

I motsatt tilfelle, der et tiltak ikke ansees å være nødvendig vil en vurdering av egnethet være overflødig. Dersom kravet til nødvendighet ikke er oppfylt vil tiltaket utgjøre et brudd på EU-retten, da de tre kumulative vilkårene ikke alle er oppfylt. I tilfeller hvor EU-domstolen er usikker på hvorvidt tiltaket er egnet til å oppnå medlemsstatens mål men mener at tiltaket uansett ikke er nødvendig vil det gjerne ikke ha noe for seg å drøfte egnetheten. I slike situasjoner vil en vurdering av egnethet ikke påvirke konklusjonen, men bare koste ressurser som bedre kan bli brukt andre steder. Egnethet er en viktig sikkerhetsventil som kan fange

⁵⁵ Mathisen (2007) side 90.

⁵⁶ Se Barnard (2019) side 175-176, hvor det poengteres at EU-domstolen som regel foretar en strengere proporsjonalitetsvurdering enn de nasjonale domstolene.

opp tilfeller hvor tiltaket åpenbart ikke vil være en effektiv måte å oppnå målet på og ikke vil være systematisk og konsekvent.⁵⁷

*Bela-Mühle*⁵⁸ saken, angående obligatorisk kjøp av skummet melkepulver, illustrerer hvordan EU-domstolen til tider sløyfer vurderingen av egnethet. Her gikk domstolen direkte til en vurdering av nødvendigheten, og uttalte at «nor [...] was such an obligation necessary in order to attain the objective in view, namely, the disposal of stocks of skimmed-milk powder».⁵⁹ At domstolen går rett til en vurdering av nødvendigheten her kan tyde på at de ønsker å hoppe over gjerdet der det er lavest, da det krever mer å overbevise partene om at tiltaket er uegnet enn at det er unødvendig.⁶⁰

Det er imidlertid *stricto sensu* vurderingen som oftest sløyfes av domstolen i en proporsjonalitetsvurdering, i hvert fall eksplisitt. I *Kommisjon v Italia*⁶¹, som tidligere nevnt angikk et statlig forbud mot å trekke vogner bak moped, motorsykler, og lignende, oppstilte ikke EU-domstolen en balansetest mellom de konkurrerende interessene. Domstolen uttalte at «the national provision must be appropriate for securing the attainment of the objective pursued and not go beyond what is necessary in order to attain it».⁶² Videre konkluderte de med at forbudet var «justified by reasons relating to the protection of road safety»,⁶³ og følgelig at tiltaket var egnet og nødvendig for å oppnå målet om trafikksikkerhet. Dersom en av disse vilkårene ikke hadde vært oppfylt er det forståelig at domstolen ikke drøftet proporsjonalitet *stricto sensu*. Her er imidlertid de to første kravene oppfylt, men domstolen trekker ikke inn behovet for å balansere interessen Italia har i å fremme trafikksikkerhet, mot den felles interessen innad i EU for å fremme fri flyt av varer. Domstolen uttaler at medlemstaten selv bestemmer beskyttelsesnivået de vil tilby sine borgere, og refererer følgelig vurderingen av proporsjonalitet til dem, men de gir ingen veiledning angående behovet for en balansering av interessene.⁶⁴ Italienske myndigheter har følgelig ingen grunn til å vurdere hvor sterkt deres interesse for trafikksikkerhet står i forhold til EUs felles

⁵⁷ Se eksempelvis sak C-243/01 *Criminal proceedings against Piergiorgio Gambelli and Others* (2003). EUT I-13031, ECLI:EU:C:2003:597, hvor domstolen uttalte at restriksjoner på gambling måtte gjennomføres «in a consistent and systematic manner».

⁵⁸ Sak C-114/76 *Bela-Mühle Josef Bergmann KG v Grows-Farm GmbH & CO. KG* (1977). EUT I-01211, ECLI:EU:C:1977:116.

⁵⁹ *Ibid.* avsnitt 7.

⁶⁰ Harbo (2015) side 26

⁶¹ Sak C-110/05 *Commission of the European Communities v Italian Republic* (2009). EUT I-00519, ECLI:EU:C:2009:66.

⁶² *Ibid.* avsnitt 59.

⁶³ *Ibid.* avsnitt 69.

⁶⁴ *Ibid.* avsnitt 61.

interesse i den frie flyten av varer. Nasjonale domstoler vil i de fleste tilfeller ikke legge strengere krav for tiltak truffet av sin medlemsstat enn de som kreves av EU-domstolen. Dersom *stricto sensu* skal ha en effekt kreves det derfor at EU-domstolen oppfordrer til anvendelse av dette vilkåret både generelt, men også i den spesifikke saken som den håndterer.

Et annet eksempel er *Scotch Whisky*⁶⁵ saken hvor EU-domstolen uttalte at tiltak som utgjorde innskrenkninger av reglene om fri bevegelse av varer «must be appropriate for attaining the objective pursued, and must not go beyond what is necessary to attain that objective».⁶⁶ Saken omhandlet minimumspriser på alkoholholdige drikker, kalkulert basert på alkoholinnholdet. Her oppstilte domstolen bare kravene om egnethet og nødvendighet. Her konkluderer domstolen med at å sette en minimumspris for kjøp av alkoholholdige drikker kan heve prisen på billig alkohol, og således «*appears to be an appropriate means of attaining the objective that it pursues*».⁶⁷ Domstolen mener også at det er opp til nasjonale domstoler å undersøke om tiltaket går lengre enn det som er nødvendig for å oppnå målet som tiltaket skal fremme.⁶⁸ Da EU-domstolen ikke konstaterer med fullstendig sikkerhet at tiltaket er egnet, og ikke avkrefter at det kan være nødvendig, kan det være hensiktsmessig for den nasjonale domstolen å foreta en vurdering av *stricto sensu*. Her vil dette innebære en balansering av retten til fri handel av varer, mot den beskyttelsen av liv og helse som det nasjonale tiltaket skal fremme. Beskyttelse av liv og helse er et tungtveiende argument for brudd på EU-retten, og denne blir følgelig ofte brukt for å begrunne slike unntak fra de fire frihetene.⁶⁹ Dersom den nasjonale domstolen finner at tiltaket er nødvendig, som er trolig i slike tilfeller basert på tidligere etablerte tendenser,⁷⁰ vil da denne interesseavveiningen være neste steg for å påse at alle de tre kumulative vilkårene er oppfylt.

Et tilfelle hvor mangelen på en *stricto sensu* vurdering kunne ha fått stor betydning er i *Laval*⁷¹ saken. Her hadde det Latviske selskapet, Laval, sendt arbeidere fra Latvia for å jobbe med å bygge opp skoler i Sverige. Grunnet problemer med lønnsforhandlinger startet

⁶⁵ Sak C-333/14 *Scotch Whisky Association and Others v The Lord Advocate and The Advocate General for Scotland* (2015). Digital reports (Court Reports - general) ECLI:EU:C:2015:845.

⁶⁶ *Ibid.* avsnitt 28.

⁶⁷ *Ibid.* avsnitt 39. Min kursivering.

⁶⁸ *Ibid.* avsnitt 66 nr. 1.

⁶⁹ Petursson (2014) side 77.

⁷⁰ Se Barnard (2019) side 175-176, hvor det poengteres at EU-domstolen som regel foretar en strengere proporsjonalitetsvurdering enn de nasjonale domstolene.

⁷¹ Sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet* (2007). EUT I-11767, ECLI:EU:C:2007:809.

Svenska Byggnadsarbetareförbundet en blokkade av Laval sin byggeplass, og Laval gikk senere konkurs. EU-domstolen uttalte at et brudd på EU-retten «must be suitable for securing the attainment of the objective which it pursues and not go beyond what is necessary in order to attain it» hvis det skal aksepteres.⁷² Denne saken har blitt kritisert for å gi reglene om fri bevegelse forrang over den fundamentale grunnlovfestede rettigheten til å handle kollektivt ved å streike, og at mangelen på en balansering av interessene tilsynelatende bagatelliserer betydningen av sosiale rettigheter.⁷³ Det må imidlertid poengteres at EU-domstolen i denne saken konkluderte med at kravene til egnethet og/eller nødvendighet ikke var oppfylt, og at domstolen følgelig ikke kom til det tredje steget i vurderingen.⁷⁴ Det var allerede var klart at et eller flere av de kumulative kravene ikke var oppfylt, og en vurdering av proporsjonalitet *stricto sensu* kan følgelig ansees å ha vært unødvendig. *Viking Line*⁷⁵ saken og *Kommisjon v Portugal*⁷⁶ er også eksempler på saker hvor domstolen ikke foretok en vurdering av proporsjonalitet *stricto sensu*, men hvor andre vilkår ikke var oppfylt.

Manglende oppfyllelse av et eller begge de andre to vilkårene var imidlertid ikke tilfelle i *Kommisjon v Tyskland*⁷⁷, som omhandlet forsyning av medisiner og medisinsk utstyr til sykehus. Kommisjonen anførte at de Tyske reglene, som krevde at leverandøren av slikt utstyr var lokalisert nært sykehuset de leverte til, var i strid med reglene angående fri bevegelse av varer i EU-retten. Tyskland begrunnet disse reglene i ønsket om å beskytte helsen til sine innbyggere. I denne saken konkluderte domstolen med at kravene til egnethet og nødvendighet var oppfylt,⁷⁸ men de gikk ikke videre til en vurdering av det tredje kumulative vilkåret, *stricto sensu*. Domstolen hopper følgelig over en viktig avveining av de to konkurrerende interessene i denne saken, Tysklands ønske om å sikre befolkningens helse mot EU/EØS interessen i å ivareta reglene om fri bevegelse av varer. Ved å ikke foreta denne drøftelsen er det en risiko for at reglene om fri bevegelse uthules til fordel for mindre viktige interesser, som vil være uheldig for hele det Europeiske samfunnet. Det skal nevnes at domstolen påpeker at «health and life of humans rank foremost among the assets or

⁷² Ibid. avsnitt 101.

⁷³ Petursson (2014) side 247.

⁷⁴ Sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet* (2007). EUT I-11767, ECLI:EU:C:2007:809, avsnitt 110-111, og Petursson (2014) side 248-249.

⁷⁵ Sak C-438/05 *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti* (2007). EUT I-10779, ECLI:EU:C:2007:772.

⁷⁶ Sak C-265/06 *Commission of the European Communities v Portuguese Republic* (2008). EUT I-02245, ECLI:EU:C:2008:210.

⁷⁷ Sak C-141/07 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* (2008). EUT I-06935, ECLI:EU:C:2008:492.

⁷⁸ Ibid. henholdsvis i avsnitt 49 og 62.

interests protected by Article 30 EC»,⁷⁹ men når de sløyfer balanseringen av interessene kommer ikke vekten av de to interessene like tydelig fram. Dette kan ha betydning for avgjørelsen den nasjonale domstolen fatter i den konkrete saken, og kan også påvirke hvordan nasjonale domstoler foretar proporsjonalitetsvurderinger i fremtiden.

Det finnes imidlertid saker hvor man kan se at EU-domstolen i en vurdering av nødvendighetsvilkåret i realiteten beveger seg ut i en vurdering av proporsjonalitet *stricto sensu*. Eksempelvis kan det sees til *Cassis de Dijon*,⁸⁰ som omhandlet kategorisering av alkoholholdige drikker i det tyske markedet. Federico Ortino har argumentert for at domstolen har gjennomført en proporsjonalitetsvurdering *stricto sensu*, men forkledd som en vurdering av vilkåret om nødvendighet.⁸¹ Han uttalte at:

*«by not taking into consideration the level or degree of consumer protection that the German measure was – or might have been – aimed at, the Court of Justice indirectly hinted that a high level of protection (zero consumer confusion) was in any case disproportionate vis-à-vis the adverse effects that such high level of protection had on intra-Community trade [...]. Seen in this light, then, what may appear to be a review of the measure’s “necessity” or “least-restrictiveness”, in reality becomes an assessment “in disguise” of its proportionality stricto sensu».*⁸²

Petursson har tatt uttalt at domstolen i slike saker bør være mer detaljert i sin fremgangsmåte, og klargjøre hvorvidt de faktisk foretar en *stricto sensu* vurdering.⁸³ En sammensmelting av vilkåret om nødvendighet og *stricto sensu* kan dessuten ha den uheldige effekt at det medfører mindre fokus på hvert av de to momentene⁸⁴

Sakene som er presentert i denne fremstillingen er ikke fullstendig representative for hvilke momenter EU-domstolen trekker inn i sine proporsjonalitetsvurderinger. Det vil være nærmest umulig å presentere et nøyaktig bilde av deres fremgangsmåte i en slik begrenset fremstilling. Likevel er sakene illustrerende for hvordan EU-domstolen ikke er konsekvent i sin gjennomgang av proporsjonalitetsvurderingen. Samstemt juridisk teori tar til orde for at

⁷⁹ Ibid. avsnitt 46.

⁸⁰ Sak C-120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (1979). EUT I-00649, ECLI:EU:C:1979:42.

⁸¹ Ortino (2004) side 471.

⁸² Ibid. side 471.

⁸³ Petursson (2014) side 311.

⁸⁴ Harbo (2015) side 38.

vurderingen domstolen foretar er fleksibel,⁸⁵ noe som er uheldig når målet innad i det Europeiske samarbeidet er rettsenartethet. Særlig gjelder dette vurderingen av proporsjonalitet *stricto sensu*, som stadig blir forbigått av domstolen. Domstolen går for det meste inn i vurderingen av egnethet og nødvendighet, slik at proporsjonalitetsvurderingen kun består av to steg.⁸⁶ Mangelen på en vurdering av proporsjonalitet *stricto sensu* er særlig uheldig i saker hvor de konkurrerende interessene kan ansees som relativt like når det gjelder deres betydning. Det er lettere å akseptere mangelen på en *stricto sensu* vurdering når den ene interessen klart er viktigere enn den andre, eksempelvis når hensynet til helse står i strid med en mindre formalitet i EU-regelverket.⁸⁷

Det er imidlertid på det rene at EU-domstolen sjelden begir seg ut på en vurdering av proporsjonalitet *stricto sensu*.⁸⁸ Sakene nevnt i denne fremstillingen er noen av de få sakene hvor dette kravet har blitt eksplisitt inkludert i proporsjonalitetsvurderingen.⁸⁹ En vurdering av proporsjonalitet *stricto sensu* vil være av særlig betydning i saker hvor viktige interesser er i konflikt med hverandre. På generelt grunnlag er dessuten mangelen på en konsekvent praktisering av vurderingen uheldig for hele det europeiske samarbeidet. Nasjonale domstoler som skal vurdere proporsjonalitet er avhengige av retningslinjer fra EU-domstolen dersom de skal oppnå en homogen praktisering av vurderingen.

3.2. EU-statenes handlingsrom

Utgangspunktet i EU-retten er at det er de individuelle medlemsstatene som selv bestemmer hvilken grad av beskyttelse de ønsker å gi sine innbyggere.⁹⁰ Det er opp til EU-domstolen å definere innholdet i EU-retten, mens subsumsjonen, anvendelsen av EU-domstolens tolkning på faktum, er de nasjonale domstolene sin oppgave.⁹¹ Eksempelvis kan man se til *Familiapress*⁹² saken, som omhandlet en tysk avis som solgte aviser i Østerrike hvor de som

⁸⁵ Se eksempelvis Kapteyn mfl. (2008) side 649 og Petursson (2014) side 148.

⁸⁶ Petursson (2014) side 310.

⁸⁷ Ibid. side 311.

⁸⁸ Se eksempelvis Petursson (2014) side 312 og Harbo (2015) side 37.

⁸⁹ Se sakene C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc.* (1992). EUT I-06635, ECLI:EU:C:1992:519, C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich* (2003). EUT I-05659, ECLI:EU:C:2003:333 og C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and others.* (1991). EUT I-04685, ECLI:EU:C:1991:378.

⁹⁰ Se fotnote 29. Eksempelvis kan det sees til forente saker C-1/90 og C-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior og Publivia* (1991) EUT I-4151, ECLI:EU:C:1991:327, avsnitt 16, og sak C-124/97 *Läära* (1999). EUT I-6067, ECLI:EU:C:1999:435, avsnitt 36.

⁹¹ Barnard og Odudu (2009) side 295-296.

⁹² Sak C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag* (1997). EUT I-03689, ECLI:EU:C:1997:325.

løste oppgaver kunne vinne premier, som utgjorde et brudd på loven i Østerrike. I denne saken kartla EU-domstolen innholdet i proporsjonalitetsvurderingen, og ga retningslinjer for hvilke hensyn som burde vektlegges i saken. EU-domstolen sa tydelig at det var opp til den nasjonale domstolen å vurdere hvorvidt det konkrete forbudet var proporsjonalt,⁹³ og videre la de føringer for hvilke hensyn den nasjonale domstolen burde vurdere:

«30 In carrying out that study, it will have to define the market for the product in question and to have regard to the market shares of individual publishers or press groups and the trend thereof.

31 Moreover, the national court will also have to assess the extent to which, from the consumer's standpoint, the product concerned can be replaced by papers which do not offer prizes, taking into account all the circumstances which may influence the decision to purchase, such as the presence of advertising on the title page referring to the chance of winning a prize, the likelihood of winning, the value of the prize or the extent to which winning depends on a test calling for a measure of ingenuity, skill or knowledge.»⁹⁴

Ved å klargjøre innholdet i proporsjonalitetsvurderingen og belyse sentrale hensyn, legger EU-domstolen til rette for at de nasjonale domstolene får nok veiledning til å kunne gjennomføre en grundig proporsjonalitetsvurdering på egenhånd. I *Familiapress* saken får den nasjonale domstolen i Østerrike tilstrekkelig informasjon til at de selv kan bestemme nivået av beskyttelse de ønsker å tilby sine borgere, uten at de vil uthule innholdet i reglene om fri bevegelse av tjenester. Dersom domstolen ikke hadde gitt noen føringer for hvordan vurderingen skulle gjennomføres vil det på sikt kunne være et stort hinder for rettsenartethet på det europeiske indre markedet. Dette ville gitt friere tøyler for medlemslandene, og trolig medført større forskjeller innad i Europa til hinder for de fire frihetene. *Familiapress* er imidlertid også et eksempel på at viktige spørsmål som oftest går i statens favør når de nasjonale domstolene fatter avgjørelsen.⁹⁵

I den juridiske teorien har Barnard hevdet at EU-domstolen i senere tid har tatt over en større del av arbeidet som tidligere ble gjort av de nasjonale domstolene. Hun uttale i 2009 at en «preliminary conclusion is that market integration appears, in recent years, to take

⁹³ Ibid. avsnitt 27-29.

⁹⁴ Ibid. avsnitt 30-31.

⁹⁵ Barnard og Odudu (2009) side 296.

precedence over national regulatory autonomy».⁹⁶ Hennes undersøkelser viste til 12 saker fra 2004⁹⁷ hvor EU-domstolen gikk inn i vurderinger som tidligere var reservert for de nasjonale domstolene, som skilte seg markant fra sakene avgjort på 1980- og 1990-tallet.⁹⁸ Dette er også i tråd med Peturssons undersøkelser fra 2014 av 166 saker, hvor han fant at det kun var 31 tilfeller hvor domstolen ikke foretok proporsjonalitetsvurderingen i sin helhet selv.⁹⁹ Totalt fant Petursson at EU-domstolen selv avgjorde proporsjonalitetsspørsmålet i 88 av 162 saker som angikk prejudisielle spørsmål, og i 74% av sakene hvor proporsjonalitet i det hele tatt ble drøftet.¹⁰⁰ Nasjonale domstoler avgjorde bare proporsjonalitetsvurderingen i sin helhet i 7 av sakene, mens proporsjonalitetsvurderingen i 24 saker ble delvis utført av EU-domstolen, som utgjør 26% av sakene.¹⁰¹

En av sakene Barnard undersøkte var *de Lasteyrie du Saillant*¹⁰², som gjaldt en krenkelse av etableringsfriheten til en mann som måtte betale ekstra skatt fordi han flyttet fra Frankrike til Belgia. Frankrike begrunnet skattekravet i ønsket om å hindre skatteunndragelse. EU-domstolen viste til en to-steps proporsjonalitetsvurdering hvor tiltaket måtte være «appropriate to ensuring the attainment of the objective thus pursued and must not go beyond what is necessary to attain it».¹⁰³ I denne saken fatter EU-domstolen en konklusjon angående både proporsjonaliteten¹⁰⁴ og hvorvidt begrunnelsen var tilstrekkelig.¹⁰⁵ Følgelig var det lite igjen å vurdere for den nasjonale domstolen fordi EU domstolens forhåndsavgjørelser er bindene for den nasjonale domstolen.¹⁰⁶

EU-domstolen vurderte også proporsjonaliteten i *Douwe Egberts*¹⁰⁷ saken, som omhandlet fri bevegelse av varer, herunder forbud mot markeringer som «slimming» på varene. Belgia anførte at forbudet var ment å beskytte helsen til innbyggerne i deres land og for å hindre

⁹⁶ Ibid. side 295.

⁹⁷ Ibid. side 296.

⁹⁸ Ibid. side 299-305.

⁹⁹ Petursson (2014) side 290. Dette inkluderte ikke gambling sakene, hvor andelen saker referert tilbake til nasjonale domstoler var høyere.

¹⁰⁰ Ibid. side 233.

¹⁰¹ Ibid. side 233.

¹⁰² Sak C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* (2004). EUT I-02409, ECLI:EU:C:2004:138.

¹⁰³ Ibid. avsnitt 49.

¹⁰⁴ Ibid., avsnitt 52 og 54, samt Barnard (2019) side 293.

¹⁰⁵ Sak C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* (2004). EUT I-02409, ECLI:EU:C:2004:138, avsnitt 57.

¹⁰⁶ Jeg vil komme nærmere tilbake til betydningen av dette i punkt 5 av avhandlingen.

¹⁰⁷ Sak C-239/02 *Douwe Egberts NV v Westrom Pharma NV and Christophe Souranis, carrying on business under the commercial name of "Etablissements FICS" and Douwe Egberts NV v FICS-World BVBA* (2004). EUT I-07007, ECLI:EU:C:2004:445.

bedrageri. Slik som i *de Lasteyrie du Saillant* saken konkluderte EU-domstolen også her med at forbudet mot slik markering ikke var proporsjonalt og at beskyttelse av helse ikke kunne begrunne unntaket fra EU-retten.¹⁰⁸ Følgelig gikk EU-domstolen også i denne saken inn på subsumsjonen, som i utgangspunktet skal foretas av den nasjonale domstolen.

Det er også flere eksempler på saker i senere år hvor EU-domstolen har gått utenfor mandatet de i utgangspunktet har, og inn i drøftelsene som normalt skal reserveres for de nasjonale domstolene. Eksempelvis, i *Kommission v Portugal*¹⁰⁹ fra 2008 hadde den portugisiske staten en hjemmel som gjorde det ulovlig å feste en slags film på vinduene for å gi dem en sotete effekt. EU-domstolen kom til at dette var et brudd av EU-rett da loven begrenset retten til å fri bevegelse av varer. Portugal anførte at denne loven skulle hjelpe dem med å oppdage og bekjempe kriminalitet, og at loven følgelig var viktig for offentlig sikkerhet. De begrunnet også loven med hensynet til trafikksikkerhet da slike sotede vinduer kunne hindre dem i å sjekke hvorvidt alle i bilen brukte setebelte. EU-domstolen kom til at loven var «appropriate to attain the objectives»¹¹⁰, men at det ikke var en nødvendig lov og at den var «excessive and, therefore, disproportionate».¹¹¹ EU-domstolen ga følgelig sterke føringer for hvordan den nasjonale domstolen skulle vurdere proporsjonaliteten i saken, slik at de ikke kunne komme til motsatt konklusjon da EU domstolens forhåndsavgjørelse er bindende.

Økningen av slike saker reiser spørsmålet om hvorfor EU-domstolen har beveget seg i denne retningen. Barnard har tatt til orde for at en mulig årsak er betydningen av saken som foreligger.¹¹² Dersom saken eksempelvis omhandler et grunnleggende prinsipp i EU-retten, en sentral unntaksgrunn, eller gjelder et område EU-domstolen ønsker å ha full kontroll over, er det mer sannsynlig at de selv ønsker å vurdere begrunnelsen og proporsjonaliteten.¹¹³ En annen mulig årsak Barnard nevner er problemene de nasjonale domstolene har med å gjennomføre proporsjonalitetsvurderingen.¹¹⁴ Slike problemer kan eksempelvis relatere seg til at den nasjonale domstolen kan ha vansker med å avdekke målet bak den nasjonale lovgivningen. I motsatt tilfelle, når EU-domstolen anser saken for mindre viktig, eller de ikke har tilstrekkelig informasjon om den konkrete saken til å foreta en proporsjonalitetsvurdering,

¹⁰⁸ Ibid. «Summary of the Judgement» svar til punkt 2 og 3.

¹⁰⁹ Sak C-265/06 *Commission of the European Communities v Portuguese Republic* (2008). EUT I-02245, ECLI:EU:C:2008:210.

¹¹⁰ Ibid. avsnitt 41.

¹¹¹ Ibid. avsnitt 47.

¹¹² Barnard og Odudu (2009) side 296.

¹¹³ Ibid. side 296.

¹¹⁴ Ibid. side 296.

refererer de saken til de nasjonale domstolene.¹¹⁵ De nasjonale domstolene er i mange tilfeller bedre skikket til å anvende proporsjonalitetsvurderingen på faktum da de lettere kan innhente informasjon om de konkrete forholdene i saken.

*Collins*¹¹⁶ saken fra 2004 er et eksempel på et tilfelle hvor EU-domstolen refererte proporsjonalitetsvurderingen tilbake til den nasjonale domstolen. Saken omhandlet et vilkår om at en person måtte være bosatt i Storbritannia for å ha krav på velferdskompensasjon til jobbsøkere fra den britiske staten. Dette utgjorde indirekte diskriminering mot arbeidere i andre land, men ble akseptert da Storbritannia ønsket å opprettholde en sammenheng mellom den økonomiske fordelene mottatt og det konkrete arbeidsmarkedet.¹¹⁷ Videre uttalte domstolen at tiltaket var egnet til å oppnå målet, men at «if it is to be proportionate it cannot go beyond what is necessary in order to attain that objective».¹¹⁸ EU-domstolen henviste så vurderingen til den nasjonale domstolen, og uttalte at deres vurdering måtte «rest on clear criteria known in advance and provision must be made for the possibility of a means of redress of a judicial nature».¹¹⁹ Denne saken viser følgelig hvordan EU-domstolen kan gi føringer for den nasjonale domstolen som hjelper dem å gjennomføre proporsjonalitetsvurderingen uten å ta over vurderingen selv. Proporsjonalitetsvurderingen har som formål å muliggjøre tilpasningen av EU-retten til individuelle medlemsland, og følgelig er det en fordel om medlemslandene selv kan bestemme graden av beskyttelse de ønsker for sine borgere ved at de foretar vurderingen. Dersom EU-domstolen foretar vurderingen er det mindre rom for slik tilpasning, og resultatet vil i større grad bli likere regler for alle medlemslandene. Dette harmoniserer godt med ønsket om rettsenartethet i det indre markedet, men går ut over suvereniteten til medlemslandene.

Undersøkelsene til Barnard og Petursson viser at tendensene til EU-domstolen beveger seg mot den løsningen som best stemmer overens med målet om rettsenartethet. Domstolen er generelt strenge i sin vurdering av aksepterte begrunnelser for brudd på EU-retten og i sin vurdering av proporsjonalitetsprinsippet.¹²⁰ Når domstolen refererer saker tilbake til de nasjonale domstolene for en proporsjonalitetsvurdering legger de dessuten ofte strenge føringer for hvordan denne vurderingen skal gjennomføres. Dette ser man eksempelvis i

¹¹⁵ Ibid. side 296.

¹¹⁶ Sak C-138/02 *Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions* (2004). EUT I-02703, ECLI:EU:C:2004:172.

¹¹⁷ Ibid. avsnitt 62 og 67.

¹¹⁸ Ibid. avsnitt 72.

¹¹⁹ Ibid. avsnitt 72.

¹²⁰ Barnard og Odudu (2009) side 299.

Collins saken. Barnard poengterer at dette i det store bildet er bedre for medlemsstatene, da de fordelene de får fra å ha et åpent marked med fri bevegelse ofte er større enn fordelene av å holde på sine nasjonale regler.¹²¹

4. EFTA-domstolens praktisering – skiller den seg fra EU-domstolens praktisering?

4.1. Hvilke momenter oppstilles?

Det EØS-rettslige utgangspunktet er at proporsjonalitetsprinsippet gjelder på lik linje for EFTA-statene som for EU-statene, jf. EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3(2). Dersom et tiltak som bryter med de fire frihetene i EØS-avtalen skal aksepteres må det være basert på en legitim begrunnelse. Dette stemmer overens med tilsvarende regler for EU-landene, hvor det også stilles krav til begrunnelsen bak traktatbruddet. Likeså, gjelder skillet mellom legitime begrunnelser ved direkte og indirekte diskriminerende tiltak tilsvarende for EU- og EFTA-statene. De tre kumulative kravene for proporsjonalitet, nemlig egnethet, nødvendighet, og proporsjonalitet *stricto sensu*, er også sikker rett for både EU- og EFTA-statene. Det som videre skal undersøkes er hvorvidt man kan se en forskjell mellom EU- og EFTA-domstolens praktisering av proporsjonalitetsvurderingen i forhold til hvilke momenter de velger å trekke inn.

Saken *Pedice*¹²² omhandlet et magasin som trykket reklame for vin i strid med det norske forbudet mot annonsering av alkoholprodukter. Norge mente innskrenkningen av den frie bevegelsen av varer burde godtas da forbudet skulle beskytte helsen til innbyggerne i Norge. EFTA-domstolen uttrykker at beskyttelse av folkehelsen er et legitimt hensyn, og går derfor videre til å drøfte proporsjonalitet.¹²³ Videre i saken uttaler EFTA-domstolen at tiltaket må være «suited to achieve the objective sought, and that the same objective may not be as effectively achieved by measures which are less restrictive of intra-EEA trade». Domstolen går ikke videre inn i en drøftelse av proporsjonalitet *stricto sensu*, men nevner bare de to første stegene i vurderingen, og henviser videre vurdering til den nasjonale domstolen.

¹²¹ Ibid. side 299.

¹²² Sak E-4/04 *Pedice AS v Sosial- og helsedirektoratet* (2005) EFTA Ct. Rep. 2005 side 1.

¹²³ Ibid. avsnitt 54.

Dette var også tilfelle i saken om *Finnmarkstillegget*¹²⁴, hvor det var krav om bosettelse i Finnmark eller Nord-Troms for å motta et særskilt tillegg til barnetrygden. Norge anførte at dette tiltaket skulle sørge for at bosetningen i disse områdene ble opprettholdt, og at det følgelig burde gjøres unntak fra reglene om den frie flyten av arbeidere. EFTA domstolen uttalte at tiltaket «must be suitable for securing the objective which it pursues, and must not exceed what is necessary in order to achieve it» dersom det skal utgjøre en legitim begrunnelse.¹²⁵ Etter en vurdering av disse momentane konkluderer EFTA-domstolen med at bruddet på EØS-retten i dette tilfellet skulle aksepteres.¹²⁶

Disse to sakene er følgelig eksempler på tilfeller hvor mangelen på en *stricto sensu* vurdering kan utgjøre en risiko for homogeniteten i EU og EØS. I *Pedical* refereres saken tilbake til den nasjonale domstolen uten at de oppfordres til å veie de konkurrerende interessene opp mot hverandre. Tiltaket i saken vil følgelig være akseptabelt dersom det ansees egnet og nødvendig for å oppnå målet, uten at det tas hensyn til hvorvidt dette vil innebære at reglene om fri flyt av varer uthules til en grad som er urimelig. De to konkurrerende interessene i denne saken er Norges interesse i å beskytte helsen til befolkningen mot EØS-nasjonenes samlede interesse i å ha et omfattende felles marked med fri flyt av varer. Resultatet av dette ble at Norges Høyesterett i *Pedical AS*¹²⁷ saken uttalte at det ikke var behov for en vurdering av proporsjonalitet *stricto sensu*,¹²⁸ «Jeg kan ikke se at det kan utledes av den påberopte praksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen vedrørende artikkel 13 at det skal foretas en slik interesseavveining».¹²⁹

I *Finnmarkstillegget* saken oppstår det samme problemet da EFTA-domstolen selv vurderer proporsjonaliteten, men ikke foretar en *stricto sensu* vurdering hvor Norges interesser i å sikre opprettholdelse av bosetningen i Nord avveies mot EØS-statenes interesse i å ha fri flyt av arbeidere på det indre markedet. Slik som i *Pedical*, vil tiltaket her være akseptabelt uten at domstolen har tatt hensyn til en vektning av disse to interessene. Dessuten er det trolig en forskjell på hvilken vekt interessene i *Finnmarkstillegget* saken og *Pedical* ville hatt i en slik *stricto sensu* vurdering. Norges interesse i å sikre folkehelsen til sine innbyggere ville nok hatt større vekt enn interessen i å opprettholde bosetningene i Nord, vurdert opp imot de

¹²⁴ Sak E-3/05 *ESA mot Norge* (2006) EFTA Ct. Rep. 2006 s. 102.

¹²⁵ *Ibid.* avsnitt 59.

¹²⁶ *Ibid.* avsnitt 60-62.

¹²⁷ Rt. 2009 s. 839 (Refereres til som *Pedical AS* for å skille mellom saken under behandling av EFTA-domstolen og under behandling av Norges Høyesterett).

¹²⁸ Harbo (2015) side 150.

¹²⁹ Rt. 2009 s. 839, avsnitt 41.

respektive frihetene tiltakene er i strid med. Beskyttelse av helse er, som tidligere nevnt, et tungtveiende argument for å tillate brudd på EU-retten som følgelig ofte blir brukt som legitimeringsgrunn for tiltak som strider mot de fire frihetene.¹³⁰ Denne dimensjonen av proporsjonalitetsvurderingen blir imidlertid oversett av EFTA-domstolen i disse sakene.

EFTA-domstolen tok også samme utgangspunkt i sak E-16/10 *Philip Morris*¹³¹. Her uttalte domstolen at brudd på EØS-avtalen bare er legitimt dersom tiltaket er «appropriate for securing the attainment of the objective in question and do not go beyond what is necessary in order to attain it».¹³² Saken gjaldt et norsk forbud mot å oppbevare tobakksvarer for salg synlig i butikker, i strid med den frie flyten av varer. Den norske stat begrunnet tiltaket i beskyttelsen av helsen til innbyggerne i landet. Heller ikke her viste EFTA-domstolen til en vurdering av *stricto sensu*, men henviste vurderingen til den nasjonale domstolen uten å oppfordre til en avveining av de to interessene. Som tidligere poengtert er dette uheldig da det kan medføre en risiko for å uthule reglene om fri bevegelse av varer. Den nasjonale domstolen må ikke da ta særlig hensyn til hvorvidt interessen som beskyttes av tiltaket er viktigere en interessen i å ha fri flyt av varer på det indre markedet.

Lignende situasjoner finnes i flere andre saker som EFTA-domstolen har vurdert.¹³³ Det som er tydelig er at EFTA-domstolen, i likhet med EU-domstolen, anvender det tredje steget i proporsjonalitetsvurderingen for sjeldent. Manglende vurdering av proporsjonalitet *stricto sensu* i EFTA-domstolen har de samme negative konsekvensene som manglende vurdering i EU-domstolen. Uten en vurdering av forholdsmessighet i snever forstand er det vanskelig å ta hensyn til hvordan ulike interesser kan ha ulik vekt, som kan uthule reglene om fri bevegelse innad i EU. Det vil nemlig være tilfeller hvor et tiltak er egnet og det ikke finnes mindre inngripende tiltak man kan innføre, men hvor det likevel vil være for inngripende å tillate brudd på EØS-retten. I saker hvor den felles interessen til EU- og EFTA-statene veier tyngre enn interessene bak tiltaket vil ikke denne dimensjonen plukkes opp uten en *stricto sensu* vurdering. Følgelig kan det åpne for at tiltak som strider mot EØS-retten på en måte som er urimelig, likevel blir akseptert fordi det oppfyller kravene til egnethet og nødvendighet. I det store bildet vil dette være skadelig, både for det europeiske samarbeidet som en helhet og for medlemslandet som ønsker at tiltaket innføres. Selv dette

¹³⁰ Petursson (2014) side 77.

¹³¹ Sak E-16/10 *Philip Morris Norway AS v Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet* (2011) Ct. Rep. 2011 s. 330.

¹³² *Ibid.* avsnitt 81.

¹³³ Eksempelvis kan det sees til Sak E-1/06 *ESA v* (2007) Ct. Rep. 2007 s. 7.

medlemslandet drar nytte av at slike tiltak ikke innføres når det bidrar til å svekke reglene om fri bevegelighet. Det synes følgelig ikke å være en markant forskjell mellom EU- og EFTA-domstolens lite konsekvente praktisering av proporsjonalitetsvurderingen i forhold til hvilke momenter de velger å trekke inn.

4.2. EFTA-statenes handlingsrom

Når det gjelder hvor strenge føringer som legges for anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet er utgangspunktet at det ikke skal være av betydning hvorvidt en nasjon er medlem av EU eller er en del av EFTA-pilaren av EØS. Dette er i tråd med prinsippet om homogenitet, samt artikkel 1 og protokoll 35 i EØS-avtalen. Følgelig er hovedregelen at nasjonen selv bestemmer graden av beskyttelse de vil tilby sine innbyggere,¹³⁴ og at de følgelig selv skal anvende proporsjonalitetsvurderingen på faktum.

Dette er eksempelvis forankret i *Pedicel*,¹³⁵ hvor domstolen uttalte at «It is for the Contracting Parties to decide on the degree of protection which they wish to afford to public health and the way in which that protection is to be achieved».¹³⁶ Dette gir nasjonen rett til å bestemme grad av beskyttelse innenfor grensene av EØS-avtalen, og i tråd med prinsippet om proporsjonalitet.¹³⁷

Som tidligere poengtert valgte EFTA-domstolen i denne saken å referere subsumsjonen tilbake til den nasjonale domstolen. EFTA-domstolen uttaler angående anvendelse av proporsjonalitetsvurderingen på faktum at «the national court is in a better position than the Court to undertake it [...]. The Court can only give general guidance as to which elements are to be taken into account».¹³⁸ Videre legger EFTA-domstolen fram momenter som bør drøftes av den nasjonale domstolen under proporsjonalitetsvurderingen, men legger ingen strengere føringer for hvordan denne skal gjennomføres eller hva konklusjonen bør bli.

På den andre hånd, kan *Restamark*¹³⁹ saken, den første saken for EFTA-domstolen, illustrere hvordan EØS-domstolen til tider også gir sterke føringer for anvendelsen av proporsjonalitetsvurderingen. Denne saken omhandlet Finlands importmonopol for

¹³⁴ Se fotnote 30. Eksempelvis kan det sees til forente saker C-1/90 og C-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior og Publivia* (1991) EUT I-4151, ECLI:EU:C:1991:327, avsnitt 16, og sak C-124/97 *Läärä* (1999) EUT I-6067, ECLI:EU:C:1999:435, avsnitt 36.

¹³⁵ Se punkt 4.1. for informasjon om faktum i *Pedicel*.

¹³⁶ Sak E-4/04 *Pedicel AS v Sosial- og helsedirektoratet* (2005) EFTA Ct. Rep. 2005 s. 1, avsnitt 55.

¹³⁷ *Ibid.* avsnitt 55.

¹³⁸ *Ibid.* 1, avsnitt 57.

¹³⁹ Sak E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark* (1994) Ct. Rep. 1994-1995 s. 15.

alkoholholdige drikker som utgjorde et brudd på reglene om fri flyt av varer innad i det europeiske indre markedet. EFTA-domstolen uttalte her at importforbud «should be restricted to that which is necessary to attain the legitimate aim of protecting health».¹⁴⁰ Domstolen konkluderer videre at «this objective can be achieved by measures which are less restrictive of the free movement of goods»,¹⁴¹ som tydelig gir sterke føringer for hvordan den nasjonale domstolen skal vurdere proporsjonaliteten. De åpner ikke for at den nasjonale domstolen kan komme til motsatt konklusjon, men gir et endelig svar i saken.

I *STX*-saken¹⁴² tok imidlertid EFTA-domstolen samme standpunkt som i *Pedicel*. Saken omhandlet fri flyt av tjenester hvor det ble anført at en norsk forskrift som fastsatte bl.a. minstelønn og lignende var i strid med EØS-retten. Her uttalte EFTA-domstolen at det er opp til den nasjonale domstolen å vurdere hvorvidt det norske tiltaket er proporsjonalt,¹⁴³ og viste til flere hensyn den nasjonale domstolen burde inkludere i sin vurdering.¹⁴⁴

I *Philip Morris*¹⁴⁵ saken var spørsmålet om en norsk lov som hindret synlig salg av tobakksprodukter var et brudd på den frie bevegelsen av varer som følger av EØS-retten. Norge hevdet at loven skulle sikre den offentlige helsen i et forsøk på å redusere bruken av tobakksprodukter. EFTA-domstolen uttalte at det var «reasonable to assume that the measure would be able to contribute to the protection of human health».¹⁴⁶

I motsetning til det EU-domstolen gjorde i eksempelvis *Kommisjon v Portugal*,¹⁴⁷ sier EFTA domstolen i *Philip Morris* saken at «as regards the further assessment of whether measures less restrictive than the visual display ban could ensure a similar result, it is appropriate to leave this to the national court to decide»¹⁴⁸ og tar følgelig ikke et standpunkt ang. hvorvidt loven er nødvendig eller for inngripende. Dette er også tilfellet i de overnevnte sakene, *Pedicel* og *STX*.

¹⁴⁰ Ibid. avsnitt 58.

¹⁴¹ Ibid. avsnitt 61

¹⁴² Sak E-2/11 *STX Norway Offshore AS m.fl. v Staten v/ Tariffnemnda* (2012), EFTA Ct. Rep. 2012 s. 4.

¹⁴³ Ibid. avsnitt 86.

¹⁴⁴ Ibid. avsnittene 84 – 87 og 100.

¹⁴⁵ Sak E-16/10 *Philip Morris Norway AS v Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet* (2011) Ct. Rep. 2011 s. 330.

¹⁴⁶ Ibid. avsnitt 83.

¹⁴⁷ Se punkt 3.2 for ytterligere informasjon angående føringene EU-domstolen la for den nasjonale domstolen i *Kommisjon v Portugal*.

¹⁴⁸ Sak E-16/10 *Philip Morris Norway AS v Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet* (2011) Ct. Rep. 2011 s. 330, avsnitt 86.

Når man ser hvordan EFTA-domstolen behandlet proporsjonalitetsvurderingen i disse sakene, opp mot EU-domstolens praktisering i eksempelvis *Kommisjon v Portugal, Douwe Egberts, og de Lasteyrie du Saillant* ser man klare forskjeller.¹⁴⁹ EU-domstolen la åpenbart strengere føringer for de nasjonale domstolene i disse sakene, enn EFTA-domstolen la for EFTA-statene i *Pedicel, STX* og *Philip Morris*. Det er også verd å merke seg at Barnard poengterte at EU-domstolen stadig har lagt strengere føringer for proporsjonalitetsvurderingen etter hvert som årene har gått.¹⁵⁰ De siste sakene hun undersøkte fra 2004 var de sakene hvor EU-domstolen la de sterkeste føringene for hvordan proporsjonalitetsvurderingen skulle foretas.

Derimot er både *STX*-saken og *Philip Morris* nyere saker, henholdsvis avgjort i 2012 og 2011. *Restamark* saken er derimot fra 1994, og følgelig ikke nødvendigvis særlig representativ for hvordan EFTA-domstolen foretar proporsjonalitetsvurderingen i dag, da det er kommet mange flere saker på området i senere tid. EFTA-domstolens håndtering av proporsjonalitetsvurderingen i de senere sakene, *STX* og *Philip Morris*, gir uttrykk for at domstolen fortsatt ønsker at nasjonale domstoler skal stå for subsumsjonen. Dette viser at EFTA-domstolen trolig ikke har beveget seg like sterkt i retning av å legge strenge føringer for proporsjonalitetsvurderingen som det EU-domstolen har.

Dette er imidlertid bare en vurdering av noen få saker, og disse er ikke nødvendigvis representative for alle sakene som domstolen har behandlet. Tendensene vi ser ut ifra disse sakene tyder imidlertid på at EFTA-domstolen muligens ikke legger like sterke føringer for vurderingen av proporsjonalitet som EU-domstolen gjør. Spørsmålet videre er om hvilke grunner det kan være til at denne forskjellen eksisterer.

5. Hvorfor praktiseres vurderingen ulikt i EU- og EFTA-domstolen?

Analysen av saker forelagt EU- og EFTA-domstolen viser at de i stor grad har tilnærmet lik praktisering angående hvilke momenter det oppstiller ved vurderingen av proporsjonalitet. I de fleste sakene som forelegges disse domstolene blir det springende punkt i

¹⁴⁹ Se punkt 3.2 for ytterligere informasjon angående føringene EU-domstolen la for de nasjonale domstolene i disse sakene.

¹⁵⁰ Barnard og Odudu (2009) side 296.

proporsjonalitetsvurderingen hvorvidt et tiltak er egnet eller nødvendig. Det som likevel synes å være tendensen i begge domstolene er at de i begrenset omfang inkluderer proporsjonalitet *stricto sensu* i sin vurdering av sakene.

Handlingsrommet EU- og EFTA-statene har til å selv foreta subsumsjonen i proporsjonalitetsvurderingen synes imidlertid å være ulikt. Det første som bør påpekes når man vurderer hvilke årsaker som medfører at proporsjonalitetsvurderingen praktiseres ulikt i EU- og EFTA-domstolen er at dette er høyst spekulativt. Dette kan i stor grad begrunnes med at EU- og EFTA-domstolene selv ikke formelt anerkjenner at en slik forskjell eksisterer, da en slik forskjell er i strid med målet om et homogent europeisk samarbeid på det indre markedet. Det kan da være uheldig dersom de europeiske domstolene anerkjenner at en slik forskjell foreligger uten at de også da er åpen om hvorvidt og eventuelt hvordan de vil minske gapet som oppstår mellom handlingsrommet til EU- og EFTA-statene.

En årsak som sannsynligvis kan begrunne den ulike tilnærmingen EU- og EFTA-domstolene har til proporsjonalitetsvurderingen er at det er vesensforskjell i forholdet mellom disse domstolene og deres respektive nasjonale domstoler. Her kan man eksempelvis se til det faktum at EU-domstolens prejudisielle avgjørelser er bindende for alle de nasjonale domstolene og har prejudikatsvirkninger, ikke bare for den nasjonale domstolen som refererte spørsmålet til EU-domstolen.¹⁵¹ Motsetningsvis er EFTA-domstolens rådgivende uttalelser, slik navnet indikerer, rådgivende og derfor ikke bindende for de nasjonale domstolene tilhørende EFTA-pilaren av EØS.¹⁵² Når EFTA-domstolen vet at den ikke kan tvinge EFTA-statene til å komme til en bestemt konklusjon på samme måte som EU-domstolen kan, virker det sannsynlig at EFTA-domstolen kanskje trækker litt mer forsiktig rundt EFTA-statenes nasjonale domstoler. Dette kan forklare hvorfor EFTA-domstolen ikke ønsker å gi for sterke føringer for hvordan EFTA-pilarens nasjonale domstoler skal vurdere proporsjonaliteten konkrete saker. Dersom de nasjonale domstolene ikke ønsker å føye seg etter deres rådgivende uttalelser kan de velge å ignorere dem.¹⁵³ Det var dessuten et sentralt poeng ved inngåelsen av EØS-avtalen at EFTA-statene ikke ønsket å gi fra seg sin suverenitet til EU- og EØS-institusjonene.¹⁵⁴ Videre har forholdet mellom EFTA-domstolen og EFTA-statene,

¹⁵¹ Craig and De Búrca (2011) side 455-456.

¹⁵² Franklin (2017) side 171.

¹⁵³ Ved å nekte å rette seg etter EFTA-domstolens rådgivende uttalelse kan ESA rette sak mot det konkrete medlemslandet eksempelvis grunnet brudd på lojalitetsplikten i artikkel 3 av EØS-avtalen, jf. Franklin (2017) side 171.

¹⁵⁴ Fredriksen og Mathisen (2014) side 196.

særlig Norge, til tider vært nok så anspent.¹⁵⁵ Det kan følgelig være hensiktsmessig for EFTA-domstolen å gi EFTA-statene er videre handlingsrom ved å bare legger ned visse retningslinjer for vurderingen, slik at medlemsstatene ikke føler at de blir kontrollert i for stor grad. Hvis EFTA-statene ikke får særlig strenge føringer er det mer sannsynlig at de vil vektlegge den rådgivende uttalelsen, og faktisk følge de føringene EFTA-domstolen legger. Dette er i utgangspunktet ikke et problem for EU-domstolen ettersom EU-landene ikke kan velge å se bort i fra deres tolkning av innholdet i EU-retten. EU-domstolen har således, i motsetning til EFTA-domstolen, valgt å legge strengere føringer for proporsjonalitetsvurderingen i senere tid. Dette gjelder, som tidligere nevnt under punkt 3.2, særlig i tilfeller hvor en konkret sak omhandler grunnleggende rettigheter eller andre interesser av spesiell betydning.

Det er også verdt å merke seg at det er markant forskjell i antall saker som forelegges for EU- og EFTA-domstolen. EU-domstolen mottar som tidligere nevnt flere hundre saker for behandling i året, mens EFTA-domstolen mottar omkring 20 saker. Dette henger trolig sammen med det faktum at EFTA-statene etter ODA artikkel 34 ikke har plikt til å henvise tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen.¹⁵⁶ Nasjonale domstoler som dømmer i siste instans har imidlertid en plikt til å henvise tolkningsspørsmål til EU-domstolen, jf. TFEU artikkel 276 (3). Dersom EFTA-domstolen ønsker å øke antall saker de mottar kan det således være lønnsomt å trå noe mer forsiktig i saker hvor de kan begrense medlemsstatenes handlingsrom. Det kan være særlig hensiktsmessig å ikke presse sine vurderinger og konklusjoner for hardt på EFTA-statene, særlig der det allerede er et anspent forhold mellom partene.

6. Avsluttende tanker

Et av målene med det europeiske samarbeidet er, som tidligere nevnt i punkt 1.3. å opprettholde et felles indre marked med tilnærmet lik fortolkning og praktisering av tilsvarende regler i EU- og EFTA-statene. Prinsippet om homogenitet er følgelig essensielt for at samarbeidet skal fungere, slik at alle medlemslandene deltar i samarbeidet på tilnærmet like vilkår der regelverket er tilnærmet likt. Denne komparative analysen har vist at EU- og

¹⁵⁵ Ibid. Side 201.

¹⁵⁶ Ibid. Side 197. Selv om ODA artikkel 34 ikke oppstiller en plikt om å foreligge tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen har det imidlertid vært diskusjon om hvorvidt en slik plikt kan utledes fra lojalitetsplikten i artikkel 3 av EØS-avtalen, samt homogenitetsprinsippet.

EFTA-domstolen opererer i tråd med dette prinsippet om homogenitet angående hvilke vilkår som oppstilles i proporsjonalitetsvurderingen som de to domstolene foretar. Felles for de to domstolene er at de som oftest foretar en to-steps vurdering av proporsjonalitet, herunder ved å drøfte hvorvidt et tiltak er egnet for å oppnå medlemsstatens legitime mål, og hvorvidt tiltaket er nødvendig for å oppnå dette målet. Begge domstolene velger imidlertid i de fleste saker å ikke oppstille en drøftelse av proporsjonalitet *stricto sensu* som et vilkår. Følgelig foretar de ingen balansering av konkurrerende verdier, hvor inngripen i de fire frihetene veies opp imot medlemslandets legitime mål. Som tidligere nevnt i punkt 4.1. åpner dette for at tiltak som i utgangspunktet utgjør et urimelig inngrep i de fire frihetene likevel kan bli akseptert fordi det oppfyller vilkårene om egnethet og nødvendighet. Dette virker gjerne velkomment for de individuelle medlemsstatene når de vinner fram i saker som omhandler egne tiltak, men i det lange løp vil dette kunne medføre at de fire frihetene uthules til skade for alle som deltar i det indre markedet. Medlemsnasjonene blir ikke bare påvirket av proporsjonalitetsvurderinger som går i deres favør, men også proporsjonalitetsvurderingen som går i favør av andre medlemsstater. Følgelig kan en EU- eller EFTA-stat eksempelvis oppleve at det skjer et urimelig inngrep i deres rett til å selge varer til et annet medlemsland fordi det andre medlemslandet ikke måtte veie dette inngrepet opp imot sin egen legitime målsetning. Således risikerer man at de fire frihetene over tid vil miste noe av sin betydning.

For ulikhetene i handlingsrommet de individuelle EU- og EFTA-statene har i proporsjonalitetsvurderingen, kan det virke sannsynlig at forskjellene mellom hvordan EU- og EFTA-domstolen praktiserer proporsjonalitetsvurderingen skyldes institusjonelle årsaker. Forskjellen mellom effekten av prejudisielle avgjørelser fra EU-domstolen sett opp imot effekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser er betydelig. Det faktum at EFTA-domstolens avgjørelser ikke er bindende medfører at det ikke er overraskende at denne domstolen er mer varsom i føringene de legger for EFTA-statene. Det er av liten hensikt for EFTA-domstolen å alienere EFTA-statene ved å gi dem så strenge føringer at de ikke lenger ønsker å henvise saker til deres vurdering. Ved å gi EFTA-statene handlingsrom til å selv vurdere hvilken grad av beskyttelse de ønsker å tilby sine borgere kan EFTA-domstolen bedre ivareta relasjonen mellom de to partene. Dette kan holde døren åpen for at EFTA-statene i større grad vektlegger føringene EFTA-domstolen legger for dem i fremtiden, samt påvirke hvor villige medlemsstatene vil være til å henvise fremtidige saker til domstolen.

Avslutningsvis vil jeg klargjøre igjen at denne avhandlingen ikke vil gi et fullstendig bilde av hvordan proporsjonalitetsvurderingen foretas av EU- og EFTA-domstolen. Håpet er

imidlertid at jeg gjennom avhandlingen har illustrert tendensene til de to domstolene, og at dette forhåpentligvis kan oppfordre til videre undersøkelser på området. Det er hundrevis av saker på området som kan analyseres for å gi et bedre bilde av dagens rettstilstand angående proporsjonalitetsvurderingen i relasjon til de fire frihetene, som dessverre blir for omfattende for å inkluderes i denne oppgaven. Slike fremtidige undersøkelser kan imidlertid skinne et lys over en av de viktigste vurderingene som foretas av EU- og EFTA-domstolene, da proporsjonalitet gjennomfører det meste av EU- og EØS-retten.

7. Litteraturliste

Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 6. Utg., Oxford University Press, 2019.

Barnard, Catherine and Odudu, Okeoghene, *The Outer Limits of European Union Law*, 1. Utg., Hart Publishing, 2009.

Craig, Paul and De Búrca, Gráinne, *EU Law – Text, Cases, and Materials*, 5. utg., Oxford University Press, 2011.

Franklin, Christian N. K., «Square Pegs and Round Holes: The Free Movement of Persons Under EEA Law», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (volum 19) 12/2017, s. 165-186.

Fredriksen, Halvard H., «Domstolenes prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning - En kommentar til Høyesteretts dom i spilleautomatsaken», *Jussens Venner* 05/2007 (volum 42) s. 295-305. https://www-idunn-no.pva.uib.no/jv/2007/05/domstolenes_proving_av_eos-avtalens_proporsjonalitetsgrunnsetning_-_en_kom.

Fredriksen, Halvard H., «EU/EØS-rettslige Proporsjonalitetsvurderinger i Nordiske Domstoler» *Europarättslig tidskrift*, 2014, s. 712-739. <http://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/10112/ERT%2B2014.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Fredriksen, Halvard H. Og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 2. utg., Fagbokforlaget, 2014.

Harbo, Tor-Inge. *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, 1. utgave. Leiden: BRILL, 2015. <https://ebookcentral-proquest-com.pva.uib.no/lib/bergen-ebooks/reader.action?docID=2006477&ppg=44>

Kapteyn, P.J.G., McDonnell, A.M., Mortelmans, K.J.M., Timmermans, C.W.A., *The Law of the European Union and the European Communities*, 4. Utg., Kluwer Law International, 2008.

Mathisen, Gjermund, «Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter» *Jussens Venner* 02/2007 (volum 42) s. 80-92.
https://www-idunn-no.pva.uib.no/file/pdf/33176323/om_proporsjonalitet_som_skranke_for_tiltak_somgjor_inngrep_i_eos-avtalens_fi.pdf.

Ortino, Frederico, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade*, 1. Utg., Hart Publishing, 2004.
<https://books.google.no/books?id=Ltx9xewrT20C&printsec=frontcover&hl=no#v=onepage&q&f=false>.

Petursson, Gunnar Thor, *The Proportionality Principle as a Tool for Disintegration in EU Law*, 1. Utg., Lund Universitet, 2014.