

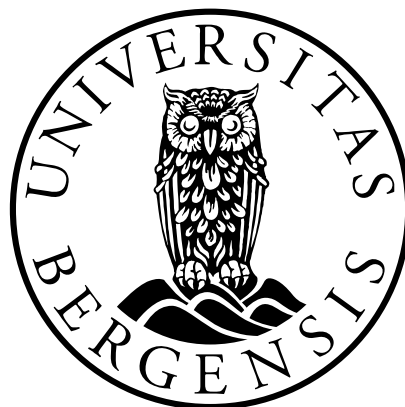
Utviklingen i EUs traktatgrunnlag som utfordring for homogenitetsprinsippet ved tolkningen av EØS-avtalen

Gir Lisboa-traktaten ytterligere utfordringer?

Kandidatnummer: 167033

Veileder: Halvard Haukeland Fredriksen

Antall ord: 12 098



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2012

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Problemstillingen	3
1.2 Presisering av problemet og dets kontekst	4
1.2.1 Oppdatering av EØS-avtalens hoveddel – Rettslige utgangspunkter.....	4
1.2.2 Oppdatering av EØS-avtalens hoveddel – Politisk kontekst.....	5
2 Bakgrunn – To pilarer, to regelsett, men mål om ett ensartet EØS-marked	6
2.1 Utviklingen i EUs traktatgrunnlag siden vedtakelsen av EØS-avtalen.....	6
2.2 EØS-avtalen	6
2.3 Tolkning av EØS-avtalen	7
2.4 Homogenitetsmålsettingen som et overordnet formål og homogenitetsprinsippet som et tolkningsprinsipp	7
3 Utviklingen i EUs traktatgrunnlag som utfordring for homogenitets-prinsippet.....	9
3.1 Homogenitetsprinsippet rettslige forankring	9
3.2 Hvilket innhold og hvilken rekkevidde har homogenitetsprinsippet ved endringer i EUs traktatgrunnlag.....	10
3.2.1 Fravær av EU-rettspraksis hvor nyere EU-bestemmelser får betydning for resultatet	11
3.2.2 Implisitt anvendelse av nyere EU-bestemmelser. Bruk av EØS-rettslige kilder og homogenitet i resultatet	13
3.2.3 Implisitt anvendelse av nyere EU-bestemmelser, som kodifiserer tidligere rettspraksis fra EU-domstolen.....	14
3.2.4 Regelparallellitet etableres. Implisitt anvendelse av nyere EU-bestemmelser som tolkningsfaktor	15
3.2.5 Regelparallellitet utvides. Utrykkelig anvendelse av nyere EU-bestemmelser som tolkningsfaktor.....	18
3.2.6 Regelparallellitet bekreftes. Utrykkelig anvendelse av nyere EU-bestemmelser som tolkningsfaktor og skjult analogi	20
3.2.7 Åpen analogisk anvendelse av nyere EU-bestemmelser.....	22
3.2.8 Avsluttende bemerkninger til rettspraksis.....	22
4 Aktualisering: Lisboa-traktaten som utfordring for tolkningen av EØS-avtalen	25
4.1 Styrket vern av grunnleggende rettigheter og mulig relevans ved fortolkningen av EØS-avtalen	25

4.1.1	Kort om Charteret.....	25
4.1.2	Utgangspunkter for Charterets betydning for EØS-avtalen	26
4.1.3	En overflødig problemstilling?.....	26
4.1.4	EU-domstolens tolkning av markedsbestemmelser i lys av grunnleggende rettigheter	27
4.1.5	Implisitt anvendelse av Charteret. Bruk av EØS-rettslige kilder og homogenitet i resultatet	29
4.1.6	Implisitt anvendelse av Charteret, som kodifiserer tidligere rettspraksis fra EU-domstolen	31
4.1.7	Avsluttende kommentar	31
4.2	Endringene av unionsborgerskapet og mulig relevans i fortolkningen av EØS-avtalen..	32
4.3	Konklusjon	33
5	Vurdering av homogenitets-prinsippet og dets grenser: Hvor må avvik fra homogenitetsmålsettingen aksepteres?	34
5.1	Prinsipielle problemer	34
5.2	Forslag til skranker for homogenitetsprinsippet i relasjon til traktatrevisjoner	36
5.2.1	Homogenitetsprinsippet avgrenses til å romme fortolkninger som også var mulige på undertegnelsestidspunktet.....	37
5.2.2	”Konzept der Akzeptanz”.....	37
5.2.3	"Anerkjente tolkningsmetoder". Presumsjonsprinsippets skranker som inspirasjon for en konkret grensedracting.....	38
	Kilder.....	40

1 Innledning

1.1 Problemstillingen

Utviklingen i EUs traktatgrunnlag viser seg ved endringene fra Maastricht (1992), Amsterdam (1997), Nice (2001) og, i siste omgang, Lisboa (2009). Denne dynamikken skaper avstand til EØS-avtalen¹, hvis hoveddel har stått på "stedet hvil" siden 1992.² For det overordnede formål om et ensartet EØS er disse økende forskjellene en trussel – rettstilstanden står i fare for å bli forskjellig i EFTA- og EU-pilaren. Problemet er viet plass i Europautredningen fra i år. Utvalget omtaler avstanden mellom traktatgrunnlagene som prinsipielt sett en "strukturell svakhet ved EØS-konstruksjonen" og vurderer at dette "i årene som kommer vil kunne reise utfordringer".³ Anvendelsen av homogenitetsprinsippet er en slik utfordring. Kort sagt innebærer dette prinsippet at bestemmelser i EØS-avtalen tolkes i samsvar med tilsvarende bestemmelser i EU-traktatene. Denne oppgaven tar for seg spørsmål om innhold og rekkevidde av homogenitetsprinsippet i relasjon til revisjoner av EUs traktater. I kraft av prinsippet om homogenitet kan slik "ny" EU-rett finne veien inn i tolkningen og anvendelsen av EØS-avtalen. For det første gjelder dette EU-bestemmelser som endrer tolkningen av EØS-relevante bestemmelser i Traktaten om Den europeiske union (TEU) eller Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte (TFEU), men som selv ikke er omfattet av EØS-avtalen. Etter revisjonen ved Lisboa er det særlig grunnleggende rettigheters betydning ved en slik kontekstuell tolkning som potensielt kan skape utfordringer. Et beslektet tolkningsspørsmål reiser seg også om relevansen av EU-bestemmelser som opprinnelig var parallelle med bestemmelser i EØS-avtalen før førstnevnte ble endret ved en av EUs traktatrevisjoner. Virkningene av at disse nye bestemmelsene tillegges betydning, er i realiteten at EFTA-statenes⁴ folkerettslige forpliktelser endres.

Utfordringene knyttet til anvendelsen av homogenitetsprinsippet kan aktualiseres på ny etter Lisboa-traktaten. I Utenriksdepartementets notat om Lisboa-traktatens virkninger for Norge

¹ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet. Undertegnet 2. mai 1992 og i kraft fra 1. januar 1994.

² I litteraturen omtalt som "the Widening Gap". Slik f.eks. Carl Baudenbacher, "Der EFTA-Gerichtshof, das EWR-Abkommen und die Fortentwicklungen des EG-Vertrags" i *Wissenschaftliche Beiträge zum öffentlichen Recht und zum Stiftungsrecht. Festschrift zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. Herbert Batliner*, Vaduz 2004 s. 59-66.

³ NOU 2012: 2 s. 86.

⁴ Med unntak av Sveits, som ikke er medlem av EØS.

antas det gjennomgående at de materielle traktatendringene ikke får stor betydning.⁵ At Lisboa-traktaten ytterligere øker avstanden mellom EØS-avtalens hoveddel og EU-traktatene, herunder de utfordringer dette kan skape for homogenitetsprinsippet, nevnes ikke. I denne sammenheng er målsettingen med oppgaven å nyansere Utenriksdepartementets kortfattede vurderinger og nokså generelle konklusjoner. Spørsmålet er om EUs nyeste traktatrevisjon inneholder bestemmelser som gjennom homogenitetsprinsippet vil kunne influere på innholdet av EØS-avtalen. Omfanget av en slik mulig påvirkning fra de reviderte EU-traktatene avhenger imidlertid av i hvor stor grad domstolene kan bruke homogenitetsprinsippet som bindeledd til å strekke endringer i EU-traktatene over i EØS-retten. Dermed blir en undersøkelse av homogenitetsprinsippet innhold og rekkevidde sentral for vurderingen av Lisboa-traktatens betydning for EØS-avtalen.

1.2 Presisering av problemet og dets kontekst

1.2.1 Oppdatering av EØS-avtalens hoveddel – Rettslige utgangspunkter

Grunnleggende folkerett er at traktatrevisjoner ikke binder en stat før den tiltrer endringene. Utgangspunktet er dermed at EUs traktatreformer, eksempelvis Lisboa-traktaten, ikke endrer EFTA-statenes folkerettslige forpliktelser etter EØS-avtalen. Oppdatering av EØS-avtalens hoveddel må i utgangspunktet skje gjennom en tradisjonell folkerettslig traktatlutningsprosess, slik denne er angitt i Wienkonvensjonen fra 1969.⁶ For innlemmelse av ny sekundærrett fra EU finnes det en forenklet endringshjemmel i EØS-avtalen artikkel 98 og 102. EØS-komiteens myndighet på dette punkt omfatter imidlertid ikke endring av EØS-avtalens hoveddel, jf. artikkel 98 motsetningsvis. Her blir altså spørsmålet i hvilken grad *domstolene* kan bruke homogenitetsprinsippet til å gi traktatrevisjoner i EU relevans.

Oppgaven tar etter dette bare for seg de utfordringer som revisjoner i EU-retten medfører for tolkningen av EØS-avtalens hoveddel. Det avgrenses også mot homogenitetsprinsippet eventuelle sider til den prosessuelle og institusjonelle rett, samt spørsmålet om EU/EØS-

⁵ Utenriksdepartementets notat 14. juli 2009, "EU og Lisboa-traktaten: Virkninger for Norge", tilgjengelig fra europaportalen.no.

⁶ EØS-avtalen artikkel 118 gir anvisning på den innledende fase, dersom en endring av hoveddelen blir aktuell. Prosessen skal i tilfelle starte i EØS-komiteen og EØS-rådet. Det videre forløpet foreskrives ikke i EØS-avtalen. Vi må da falle tilbake på alminnelig folkerett, som kommer til uttrykk i Wienkonvensjonen.

rettens virkning i nasjonal rett.⁷ Dermed er det kun materielle bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel som er tema i oppgaven.

1.2.2 Oppdatering av EØS-avtalens hoveddel – Politisk kontekst

EFTA-statene har flere ganger gjort fremstøt ovenfor EU for en mulig oppdatering av EØS-avtalen. Kommisjonen meddelte sist i 2001 at dette ikke var aktuelt så lenge innlemmelsen av de østeuropeiske landene pågikk.⁸ Siden den gang har verken EFTA-statene eller EU foreslått en revisjon. For EFTA-statenes del skyldes nok dette en erkjennelse av at EØS-avtalen er viktigere for dem enn for EU, og at deres forhandlingsstyrke er sterkt svekket siden EØS-forhandlingene i 1992. EFTA bestod den gang av 7 medlemsstater, mens EU kun hadde 12. At styrkeforholdet nå utgjør 3 mot 27, tilsier at en ny avtale neppe kan bli gunstigere for Norge, Island og Liechtenstein. Flere forfattere påpeker i denne sammenheng faren for å åpne en Pandoras eske av krav fra EUs side.⁹ Europautredningen fremholder også at en revisjon vil innebære ”langt tyngre og mer omfattende prosesser enn den løpende oppdateringen og utviklingen innenfor de eksisterende rammene”.¹⁰

Slike dårlige utsikter for oppdatering tilsier at homogenitetsprinsippet fortsatt vil være en sentral oppdateringsmekanisme med henblikk på å oppnå en tolkning av EØS-avtalen i samsvar med EU-rettens utvikling.

⁷ Se til dette Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, Bergen 2012 s. 39.

⁸ St.meld. nr. 27 (2001-2002) avsnitt 5.2; NOU 2012: 2 avsnitt 6.3.2.

⁹ Se bl.a. Baudenbacher, *Der EFTA-Gerichtshof, das EWR-Abkommen und die Fortentwicklungen des EG-Vertrags* s. 64.

¹⁰ NOU 2012: 2 avsnitt 6.3.2.

2 Bakgrunn – To pilarer, to regelsett, men mål om ett ensartet EØS-marked

2.1 Utviklingen i EUs traktatgrunnlag siden vedtakelsen av EØS-avtalen

EU er en overnasjonal organisasjon. For eksempel uttrykker TFEU et mål om "en stadig snævrere sammenslutning mellom de europæiske folk", jf. fortalens første avsnitt. Siden undertegnelsen av EØS-avtalen har EU flere ganger reformert sitt traktatgrunnlag. Mange av bestemmelsene i de delene av det indre marked som omfattes av EØS-avtalen er endret. Flere nye rettsområder er også kommet til. Eksempler på dette er sosialrett, miljørett, kulturspørsmål og menneskerettigheter. Organisasjonen er derfor nå langt ifra begrenset til å være kun et økonomisk fellesskap.¹¹

2.2 EØS-avtalen

Prinsipielt er EØS-avtalen en traktat etter vanlig folkerett. EFTA-statenes grunnleggende forutsetning i forhandlingene var å beholde sin nasjonale suverenitet. Det sentrale formålet er å integrere EFTA-statene i det indre marked. Dette har ikke kommet til uttrykk i selve avtalen, men EU-domstolen har flere ganger formulert seg slik:

"Et af hovedformålene med EØS-aftalen er at opnå den videst mulige gennemførelse af den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital inden for hele EØS, således at det indre marked, der består på Unionens område, kan blive udstrakt til EFTA-staterne."¹²

I sammenligning med EU er altså formålet med EØS-avtalen av mer pragmatisk art.¹³ Grunnet disse forskjellene betvilte EU-domstolen i tidligere år at homogenitetsmålsettingen kunne oppfylles.¹⁴ Derfor gjennomsyrrer målet om ensartethet den endelige versjonen av EØS-avtalen.¹⁵

¹¹ Se utførlig Paul Craig og Gráinne de Búrca, *EU Law*, 5th edition, Oxford 2011 s. 1-33.

¹² Sak C-267/09, *Kommisjonen mot Portugal*, (ennå ikke i Sml.), premiss 50.

¹³ Se nærmere Tarjei Bekkedal, *Frihet, likhet og fellesskap*, Bergen 2008 s. 127-133.

¹⁴ Uttalelse 1/91, *EØS I*, Sml. 1991 s. I-6079.

¹⁵ Se nærmere under i punkt 2.4.

I tråd med EØS-avtalens økonomiske formål utgjør en stor del av bestemmelsene en blåkopi av markedsbestemmelsene i Traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap (EF). En betydelig del av EUs nåværende traktatgrunnlag faller dermed som utgangspunkt utenfor EØS-avtalen.

2.3 Tolkning av EØS-avtalen

Det rettslige utgangspunkt ved tolkning av folkerettslige traktater er de alminnelige traktatolkningsreglene som er kodifisert i Wienkonvensjonen fra 1969. For EØS-avtalen gir imidlertid homogenitetsprinsippet langt på vei anvisning på fortolkningen. For å oppnå at de parallelle regelverkene utlegges likt, må domstolene anvende samme metode. EU-domstolens tolkningsstil blir da sentral.¹⁶ Metoden kjennetegnes av en dynamisk og formålsrettet fortolkning. Domstolen ser seg uavhengig av nasjonale forståelser av rettslige begreper, såkalt begrepsautonom fortolkning. Det må også nevnes at en tolkning i lys av en bestemmelses kontekst er svært vanlig.¹⁷ Dette foranlediger utfordringer for homogenitetsprinsippet. Når nye og endrede EU-bestemmelser endrer fortolkningen av EU-bestemmelser som reflekteres i EØS-avtalen, blir det spørsmål om denne tolkningskontekstens relevans i en EØS-sammenheng.

2.4 Homogenitetsmålsettingen som et overordnet formål og homogenitetsprinsippet som et tolkningsprinsipp

Homogenitetsmålsettingen tilstreber at EØS-avtalen tolkes i overenstemmelse med EUs tilsvarende regler. Da får den aktuelle rett eller plikt samme innhold og rekkevidde, uavhengig av om man anvender EØS-avtalen eller EUs traktater. Dette sikrer like faktiske konkurransevilkår i hele EØS. Formålet om lik rettstilstand innenfor EØS er forankret flere steder i avtalen. EØS-avtalens fortale sier i fjerde avsnitt at "formålet er å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, som er grunnlagt på felles regler og like konkurransevilkår".

¹⁶ Jf. Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 3. utg., Oslo 2011 s. 252.

¹⁷ For en mer detaljert oversikt over EU-domstolens metode, se Fredriksen og Mathisen s. 190-218 med henvisninger til rettspraksis.

Femtende avsnitt foreskriver litt mer konkret at "avtalepartenes formål ... er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i denne avtale".¹⁸

Dette formålet kan vi betrakte som noe mer abstrakt og overordnet enn selve homogenitetsprinsippet. Sistnevnte kan vi se på som noe snevrere, nemlig alene som et rettskildeprinsipp ved domstolenes fortolkning av EØS-avtalen. Det er dette som gir bud til domstolene om fortolkningshomogenitet. For å sikre den overordnede homogenitetsmålsettingen er det flere andre virkemidler. Eksempler på dette er duplisering av EF-traktatens markedsregler over i EØS-avtalen, overvåkningsordningen etter EØS artikkel 108-110 og foreleggelsesretten etter ODA¹⁹ artikkel 34. Homogenitetsprinsippet føyer seg her inn i rekken av eksempler. Det er slik tale om et helt sett av regler som fremmer formålet om ensartet fortolkning. I det videre fokuseres det imidlertid på homogenitetsprinsippet som tolkningsprinsipp ved domstolenes fastleggelse av innholdet i EØS-avtalen.²⁰

¹⁸ Se også EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1.

¹⁹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol.

²⁰ En slik sontring kan synes å ha støtte hos Peter-Christian Müller-Graff som taler om et "objective and principle of homogeneous interpretation to corresponding EC-provisions" i "The Treaty of Amsterdam: Content and Implications for EEA-EU Relations" i *EEA- EU Relations*, Berlin 1999 s. 11-30 (s. 26).

3 Utviklingen i EUs traktatgrunnlag som utfordring for homogenitetsprinsippet

3.1 Homogenitetsprinsippets rettslige forankring

Homogenitetsprinsippet omtales som det viktigste rettskildeprinsippet i EØS-retten.²¹ Det mest spesifikke rettsgrunnlaget er EØS-avtalen artikkel 6. Her heter det:

"Ved gjennomføringen og anvendelsen av bestemmelsene i denne avtale, og med forbehold for den fremtidige utvikling av rettspraksis, skal bestemmelsene, så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler i Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap og Traktaten om opprettelse av Det europeiske kull- og stålfellesskap og med rettsakter som er vedtatt i henhold til de to traktatene, fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale."

Domstolene skal altså ta hensyn til rettspraksis "truffet før undertegningen" av EØS-avtalen. Ved første øyekast kan det forstås som om homogenitetsprinsippet ikke favner om etterfølgende rettspraksis, bl.a. i henhold til nyere traktatreformer, herunder Lisboa-traktaten. Ordlyden "med forbehold for den fremtidige utvikling av rettspraksis", samt homogenitetsmålsettingen tyder likevel på at det ikke er grunnlag for en antitese som avskjærer slik senere utvikling. Til dette kommer også ODA artikkel 3 nr. 2, som lyder:

"... EFTA-domstolen skal gjennom fortolkningen og anvendelsen av EØS-avtalen og denne avtale ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet etter undertegningen av EØS-avtalen, og som berører fortolkningen av EØS-avtalen eller av regler i traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap og traktaten om opprettelse av Det europeiske kull- og stålfellesskap så langt de i sitt materielle innhold er identiske med bestemmelsene i EØS-avtalen ..."

På dette sammensatte grunnlag anvender domstolene også EU-domstolens rettspraksis fra etter 1992.²²

²¹ Sejersted s. 223; Bekkedal s. 137; sak E-1/94, *Restamark*, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 s. 15 premiss 32-34.

²² Se eksempelvis forente saker E-9 og 10/07, *L'Oréal*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259; sak E-/96, *Ullensaker Kommune*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 30.

Homogenitetsprinsippet i EØS-avtalen og ODA er fulgt opp i både EU- og EFTA-domstolens rettspraksis:

"... såvel Domstolen som EFTA-Domstolen [har] anerkendt, at det er nødvendigt at sørge for, at de bestemmelser i EØS-aftalen, der i det væsentlige er identiske med bestemmelserne i traktaten, fortolkes ensartet ..."²³

Et eksempel her er *Keller Holding*²⁴, der det ved hjelp av homogenitetsprinsippet ganske enkelt settes likhetstegn mellom en tolkning av den dagjeldende EF-traktaten artikkel 52 og domstolens forståelse av den tilsvarende bestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 31.

EFTA-domstolen har videre presisert homogenitetsprinsippet til å inneholde en presumsjon for at bestemmelser som er utformet identisk i EØS-avtalen og EU-traktatene, skal tolkes likt.²⁵

3.2 Hvilket innhold og hvilken rekkevidde har homogenitetsprinsippet ved endringer i EUs traktatgrunnlag

Spørsmålet er nå hvorvidt, og eventuelt hvordan og i hvilken grad, homogenitetsprinsippet kan gi endringer i EUs traktatgrunnlag relevans ved fortolkningen av EØS-avtalen. Utover de generelle utgangspunkter angitt over, gir avtalen i seg selv lite veiledning. EØS artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr. 2 foreskriver at det er ved "identiske" bestemmelser EUs rettspraksis får betydning. Ordlyden rommer slik en situasjon der nye og endrede EU-bestemmelser har endret tolkningen av den EØS-identiske EU-regelen. Det ligger fjernere fra rettsgrunnlaget der den opprinnelig parallelle EU-bestemmelsen er omformet.²⁶ All den tid EØS-avtalens ordlyd ikke løser spørsmålet om homogenitetsprinsippets nærmere innhold og rekkevidde i relasjon til traktatreformer, blir en analyse av rettspraksis helt sentral.

²³ Sak C-286/02, *Bellio Fratelli*, Sml. 2004 s. I-3456 premiss 34.

²⁴ Sak C-471/04, *Keller Holding*, Sml. 2006 s. I-2107.

²⁵ "The principle of homogeneity enshrined in the EEA Agreement leads to a presumption that provisions framed identically in the EEA Agreement and the EC Treaty are to be construed in the same way." Jf. bl.a. sak E-2/06, *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 164 premiss 59.

²⁶ Imidlertid antar Bekkedal under henvisning til homogenitetsmålsetningen at "identiske" bestemmelser ikke kan tolkes antitetisk (s. 144).

3.2.1 Fravær av EU-rettspraksis hvor nyere EU-bestemmelser får betydning for resultatet

I *Einarsson*²⁷ var forholdet at Island i sitt skattelovverk opererte med lavere merverdiavgift på bøker på islandsk enn bøker på andre språk. EFTA-domstolen vurderte at dette i utgangspunktet var et brudd på EØS-avtalen artikkel 14 annet ledd om diskriminerende beskatning. Imidlertid ivaretok EU-traktaten artikkel 6 nr. 3 medlemsstatenes nasjonale identitet. Dette var en endring etter Maastrichttraktaten. I tillegg tilføyde Amsterdamtraktaten en henvisning til kultur mangfoldet i EF-traktatens artikkel 151 nr. 4. Tilsvarende bestemmelser eksisterer ikke i EØS-avtalen. Spørsmålet var da om de nye EU-bestemmelsene pr. analogi kunne rettferdiggjøre unntak fra EØS-avtalen artikkel 14 annet ledd. Vedrørende EF-traktaten artikkel 151 nr. 4 vurderte EFTA-domstolen at "it would not be a proper exercise of the judicial function to seek to extend the scope of application of the EEA Agreement on that basis".²⁸ Angående EU-traktaten art. 6 nr. 3 avsto domstolen analogisk anvendelse ved å vise til at "the EEA Agreement contains no corresponding provision".²⁹ I tillegg var det her et argument fra domstolens side at Traktaten om Den europeiske union var fremforhandlet før vedtakelsen av EØS-avtalen. Da måtte fraværet av en tilsvarende bestemmelse i EØS-avtalen være "intentional".³⁰

Kommentar

For homogenitetsprinsippet er det betydningsfullt at EU-domstolen neppe hadde kommet til et annet tolkningsresultat for den tilsvarende skattebestemmelsen i EU.³¹ Relevant rettspraksis fra EU-domstolen synes forøvrig ikke å ha vært til stede. Dermed kom homogenitetsprinsippet strengt tatt ikke til anvendelse i dette tilfellet, jf. EØS art. 6 mv.³² Uten homogenitetsprinsippet er et mulig rettsgrunnlag og bindeledd for at EU-bestemmelser kan influere på EØS-avtalen ikke tilstede.

Likevel kan det hevdes at EFTA-domstolen med sine klare uttalelser referert over, og henvisning til domstolens begrensede rolle, tok det standpunkt at homogenitetsprinsippet er

²⁷ Sak E-1/01, *Einarsson*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 1.

²⁸ Premiss 45.

²⁹ Premiss 43.

³⁰ Premiss 43.

³¹ Se Niels Fenger, "Limits to a dynamic homogeneity between EC law and EEA Law" i *Festskrift til Claus Gulmann*, København 2006 s. 131-154 (s. 143).

³² Motsatt den norske stat som fremholdt at "Article 6 EU is not mirrored in the EEA Agreement, but, in the light of the principle of homogeneity embodied therein, Article 6 EU will still be of relevance." Se høringsrapport til *Einarsson* premiss 89.

et tolkningsprinsipp som ikke rommer det å innføre en unntakshjemmel fra de nyere EU-traktatene i EØS-avtalen pr. analogi. Dette kunne indikere at EFTA-domstolen mente at prinsippet kun tillater nyere EU-bestemmelser som tolkningsmomenter. Med andre ord ville en analogisk anvendelse av EU-bestemmelsen som et selvstendig rettsgrunnlag gå utover homogenitetsprinsippet rekkevidde. Slik kan avgjørelsen på sett og vis sies å signalisere noen skranker. EFTA-domstolen synes å sende ballen videre til traktatstatene som lovgiver i og med uttalelsen om at en analogisk anvendelse "would not be a proper exercise of the judicial function".

I *Postdok*³³ hadde Universitetet i Oslo forbeholdt et antall universitetsstillinger for kvinner. ESA brakte den norske stat inn for EFTA-domstolen, og påberopte at det forelå et brudd på direktiv 76/207/EØF³⁴ om forbud mot diskriminering. EF-traktaten artikkel 141 nr. 4³⁵ fikk ved Amsterdamtraktaten et innhold som anerkjente positiv diskriminering. I sin opprinnelige form var bestemmelsen likelydende med EØS-avtalen artikkel 69, som altså ikke gir holdepunkter for dette.³⁶ Den norske stat anførte følgelig at direktivet kunne fortolkes i lys av den nyere artikkel 141 nr. 4. Bestemmelsene måtte fortolkes likt innenfor EFTA- og EU-pilaren.³⁷ EFTA-domstolen gikk i samme retning som *Einarsson* og påpekte at "these provisions have not been made part of EEA law". Derfor utgjorde ikke artikkel 141 nr. 4 "a legal basis to decide the present application either directly or by analogy".³⁸

Kommentar

Det kan hevdes at EFTA-domstolen opprettholdt sin motforestilling fra *Einarsson* mot å innfortolke nyere endringer fra EU-traktatene gjennom analogisk anvendelse. Homogenitetsprinsippet synes ikke å nå så langt.

Et annet viktig poeng er at EU-domstolens rettspraksis i henhold til art. 141 nr. 4 talte imot at øremerkingen av universitetsstillingene kunne rettferdiggjøres.³⁹ Artikkelen hadde ikke hatt betydning for utfallet i saken for EU-domstolen. Da tilsa homogenitetsprinsippet uansett at art. 141 nr. 4 heller ikke kunne ha avgjørende betydning i vår sak. Ellers ville ikke tolkningen

³³ Sak E-1/02, *Postdok*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 1.

³⁴ Rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av kvinner og menn når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.

³⁵ Før Amsterdamtraktaten, EF-traktaten artikkel 119. Nåværende TFEU artikkel 157 nr. 4.

³⁶ Fenger s. 140.

³⁷ Høringsrapport til *Postdok* premiss 18.

³⁸ Premiss 55.

³⁹ Se sak C-407/98, *Abrahamsson*, Sml. 2000 s. I-5539.

skjedd "i samsvar" med EU-domstolens rettspraksis, jf. EØS art. 6 mv. Dermed illustrerer både *Postdok* og *Einarsson* at det er en forutsetning for at homogenitetsprinsippet skal gi nye EU-bestemmelser relevans, at det finnes EU-rettspraksis som tillegger bestemmelsene betydning.

3.2.2 Implisitt anvendelse av nyere EU-bestemmelser. Bruk av EØS-rettslige kilder og homogenitet i resultatet

I *LO*⁴⁰ var spørsmålet om tariffavtaler faller utenfor kartellforbudet i EØS-avtalen artikkel 53. For den tilsvarende bestemmelsen i EF-traktaten artikkel 81 hadde tilføyelser ved Maastrichttraktaten om sosial- og arbeidsmarkedspolitikk endret tolkningskonteksten. Denne konteksten omfattet blant annet EF-traktaten artikkel 2, artikkel 3 første ledd bokstav g og j, samt artikkel 136. EU-domstolen utførte i *Albany* en "formålsbestemt og sammenhengende fortolkning af traktatens bestemmelser som helhed" ved å involvere de nye sosial- og arbeidsmarkedspolitiske bestemmelsene.⁴¹ Resultatet der ble at tariffavtaler falt utenfor EF-traktatens artikkel 81. Dette ga nå foranledningen til en interessant diskusjon i EFTA-domstolen om hvorvidt homogenitetsprinsippet kunne gi de nye sosial- og arbeidsmarkedspolitiske bestemmelsene i EF-traktaten relevans ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53. På bakgrunn av *Albany*-saken stilte retten spørsmålet om det fantes "tilstrekkelig grunnlag i EØS-avtalen til å begrense anvendelsen av den tilsvarende artikkel 53 EØS".⁴² EFTA-domstolen framhevet så EØS-avtalens egne uttrykk for sosialpolitiske hensyn.⁴³ Resultatet ble også her at tariffavtaler falt utenfor kartellforbudet i EØS-avtalen artikkel 53.

Kommentar

Dommerne tiller ikke endringene i EF-traktaten noen uttrykkelig relevans for resultatet. Dette kan sies å være i tråd med EFTA-domstolens syn på homogenitetsprinsippet i *Postdok* og *Einarsson*. Imidlertid framholdt domstolen nå homogenitetsprinsippet ved å vise til EØS art. 6 og ODA art 3 nr. 2. Retten la slik ikke skjul på at de tilstrebet et EU-rettskonformt resultat av sin fortolkning. I selve rettskildeanvendelsen er det derimot utvilsomt at EFTA-domstolen

⁴⁰ Sak E-8/00, *LO*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 114.

⁴¹ Sak C-67/96, *Albany*, Sml. 1999 s. I-575 premiss 53-60.

⁴² Premiss 38.

⁴³ EØS-avtalens fortale i syvende og ellefte avsnitt, samt hoveddelens artikkel 1 andre ledd bokstav f, art. 66-71, 78, og 96.

med en av dommerne, Carl Baudenbachers ord, "went its own way". Baudenbacher framhever at EØS art. 6 kun krever homogenitet i resultatet:

"The assumption that in view of the homogeneity rules laid down in the EEA Agreement and in the SCA the EFTA Court would be freed of the burden to carry out its own interpretations where "relevant" ECJ case law is available, would be premature. It has always been clear that the obligation to follow or to take into account the ECJ' case law relates primarily to the **outcome of a case** and to a lesser degree to the reasoning. It cannot be assumed that there is a judicial conflict only because the EFTA Court has chosen a different way of reasoning than the ECJ."⁴⁴

Ved en slik forståelse unngikk dommerne å ta stilling til homogenitetsprinsippets nærmere innhold i relasjon til traktatreformer. Det var da tilstrekkelig å vektlegge EØS-rettens egne bestemmelser åpent i tolkningsforløpet.⁴⁵ *LO*-saken er like fullt et eksempel på at EFTA-domstolen implisitt anvendte EUs nyere bestemmelser.

LO demonstrerer også igjen at det må foreligge rettspraksis fra EU-domstolen som tillegger de nyere EU-bestemmelsene betydning. EØS art. 6 og ODA art. 3 nr. 2 krevde i *LO* at tolkningsresultatet var på linje med EU-domstolens i *Albany*.⁴⁶

3.2.3 Implisitt anvendelse av nyere EU-bestemmelser, som kodifiserer tidligere rettspraksis fra EU-domstolen

Saksforholdet i *Kellogg's*⁴⁷ var at norsk lovgivning forbød import og markedsføring av jern- og vitamintilsatt cornflakes. Det var enighet om at dette i utgangspunktet var et brudd på EØS-avtalen artikkel 11 om kvantitative importrestriksjoner. Spørsmålet var om føre-var-prinsippet kunne føre til at forbudet var rettfærdiggjort etter EØS-avtalens artikkel 13 om lovlige importforbud grunnet menneskers "helse". For homogenitetsprinsippet var det potensielt av betydning at Maastrichttraktaten innførte et føre-var-prinsipp på miljørettens område i EF-traktaten art. 174. EØS-avtalen har ingen bestemmelse som gjenspeiler EF-

⁴⁴ Carl Baudenbacher, "The goal of homogeneous interpretation of the law in the European Economic Area", *The European Legal Forum*, 2008 s. I-22 - I-31 (s. I-23). I samme retning også Fenger s. 137. For øvrig er betydningen av dommerens forforståelse heller ikke ukjent i norsk eller flere andre lands rettskildelære.

⁴⁵ EFTA-domstolen unngår slik å forsterke inntrykket av at den gjør EØS-avtalen mer overnasjonal. Om overnasjonalitet se Hans Petter Graver, "Mission Impossible: Supranationality and National Legal Autonomy in the EEA Agreement", *European Foreign Affairs Review*, 2002 s. 73-90 (s. 88-90).

⁴⁶ I *Einarsson* kunne ikke en erklæring knyttet til EØS-avtalen om kultur utgjøre grunnlag for å fravike artikkel 14. Trolig pga. at rettspraksis uansett ikke la føringer på resultatet i den retning erklæringen talte for. Se premiss 44.

⁴⁷ Sak E-3/00, *Kellogg's*, EFTA Ct. Rep. 2000-2001 s. 73.

traktaten. EF-traktaten artikkel 174 ble ikke eksplisitt nevnt i dommen. Gjennom referanser til EU-domstolens praksis rundt et gryende generelt føre-var-prinsipp, åpnet EFTA-domstolen for at statens forbud mot cornflakes-import kunne være tillatt under EØS-avtalen. Staten ble imidlertid til slutt dømt i saken.

Kommentar

Domsgrunnene kan tyde på at føre-var-prinsippet fikk relevans i kraft av EU-domstolens rettspraksis, uavhengig av den nye artikkel 174. Rettskildebruken blir imidlertid uklar fordi et generelt føre-var-prinsipp den gang egentlig enda ikke hadde utkrystallisert seg i EU-domstolens praksis.⁴⁸ En av dommerne i saken, Baudenbacher, skriver oppklarende at dommen kan sees som at "der Analogieschluss wird gemacht, aber nicht offengelegt".⁴⁹ En slik implisitt anvendelse av en nyere traktatbestemmelse er mindre kontroversiell. Som i *LO* legger altså EFTA-domstolen en noe unnvikende framgangsmåte for dagen. Dommen gir et eksempel på at homogenitetsprinsippet rommer en analogisk anvendelse av nyere EU-bestemmelser når det finnes rettspraksis som kan rettferdiggjøre et tilsvarende tolkningsresultat.

3.2.4 Regelparallelitet etableres. Implisitt anvendelse av nyere EU-bestemmelser som tolkningsfaktor

De neste sakene for EU- og EFTA-domstolen befinner seg på området for fri bevegelse av kapital. Bakteppet for analysen er den EU-rettslige reguleringen. Bevegelsesfrihet for kapital var på tidspunktet for undertegnelsen av EØS-avtalen hjemlet i EF-traktaten artikkel 67 nr. 1. EØS-avtalens tilsvarende, men ikke likelydende regel, befinner seg i artikkel 40. Maastrichttraktaten endret innholdet av EF-traktatens artikkel 67 nr. 1, og Amsterdamtraktaten renummererte denne som artikkel 56.⁵⁰

I *Íslandsbanki*⁵¹ var spørsmålet hvorvidt det var i strid med EØS-avtalen art. 40 at Island krevde en forhøyet avgift for å stille garanti for lån fra långivere utenfor landet. I relasjon til homogenitetsprinsippet var problemet om EF-traktatens art. 56 var relevant ved tolkningen av

⁴⁸ Baudenbacher, *Der EFTA-Gerichtshof, das EWR-Abkommen und die Fortentwicklungen des EG-Vertrags* s. 63.

⁴⁹ Baudenbacher, *Der EFTA-Gerichtshof, das EWR-Abkommen und die Fortentwicklungen des EG-Vertrags* s. 63.

⁵⁰ Nåværende TFEU artikkel 63.

⁵¹ Sak E-1/00, *Íslandsbanki*, EFTA Ct. Rep. 2000-2001 s. 8.

EØS artikkel 40. Dommerne påpekte at artikkel 40 var "similar" med den tidligere EF-traktatens art. 67 nr. 1.⁵² Videre bemerket domstolen at den senere artikkel 56 "substantially reproduced the contents of Article 1 of Directive 88/361EEC".⁵³ Direktivet⁵⁴ er vist til i vedlegg XII til EØS-avtalen og er dermed en del av sistnevnte. EFTA-domstolen anvendte så EU-domstolens rettspraksis i henhold til direktivet.⁵⁵ På denne bakgrunn ble EØS-avtalen artikkel 40 tolket utvidende. Dommerne kjente til slutt den islandske ordningen i strid med EØS artikkel 40.

Kommentar

Íslandsbanki utgjør ikke noe renskåret eksempel på at nyere bestemmelser i EUs traktatgrunnlag får relevans. Dommerne anså kapitalliberaliseringsdirektivet sentralt for fortolkningen av artikkel 40 og henviste som nevnt til rettspraksis i denne forbindelse. Denne rettspraksis er også basert på den nye EF-traktatens art. 56. Det fremstår da uklart hvilken rolle den nyere EU-bestemmelsen faktisk spilte. En dommer i saken, Baudenbacher, har betegnet tilfellet som første gang EFTA-domstolen tolket EØS-avtalen på bakgrunn av endringer i EUs traktatgrunnlag (fra etter 1992).⁵⁶ At domstolen kun framholder direktivet, viser da hvordan dommerne nedtoner og kommer rundt spørsmålet om homogenitetsprinsippets rekkevidde. Å henvise til direktivet var mindre kontroversielt. Dette var jo allerede en del av EØS-avtalen. EFTAs overvåkningsorgan gjorde i høringen gjeldende at "Referring to the importance of homogeneity within the EEA, the EFTA Surveillance Authority submits that the Court must pay due account to the case law of the European Court of Justice relating to ... Articles 56-60 EC"⁵⁷ Domstolen valgte altså for sin del å gå mer stille i dørene. Det kan understrekes at det ikke var tale om analogisk anvendelse av artikkel 56 som et selvstendig rettsgrunnlag. Domstolen trakk artikkelen inn som tolkningsfaktor i tilknytning til EØS-avtalens artikkel 40.

Går vi mer i dybden på kapitalliberaliseringsdirektivet og dets spesielle stilling i EU- og EØS-retten, kan det likevel spørres hvordan den nye artikkel 56 egentlig var relevant. I EØS-avtalen må reglene om frie kapitalbevegelser nemlig leses i sammenheng med direktivet.

⁵² Premiss 16.

⁵³ Premiss 16.

⁵⁴ Rådsdirektiv 88/361/EØF om kapitalliberalisering (kapitalliberaliseringsdirektivet).

⁵⁵ Se eksempelvis sak C-222/97, *Trummer and Mayer*, Sml. 1999 s. I-1661.

⁵⁶ Baudenbacher, *Der EFTA-Gerichtshof, das EWR-Abkommen und die Fortentwicklungen des EG-Vertrags* s. 61.

⁵⁷ Høringsrapport til *Íslandsbanki* premiss 61.

Dette følger uttrykkelig av artikkel 40 andre punktum, som sier at "Vedlegg XII inneholder de bestemmelser som er nødvendige for å gjennomføre denne artikkel." Henvisningen til direktivet i artikkel 40 må etter Henrik Bulls oppfatning føre til at bestemmelsen i sitt reelle innhold også inkluderer direktivet. Dette har da status som primærrett i EØS-avtalen.⁵⁸ På sin side innebar Maastrichttraktaten og artikkel 56 hovedsakelig en traktatfesting nettopp av kapitalliberaliseringsdirektivets artikkel 1.⁵⁹ Poenget er at da rettsstilstanden angående avskaffelse av restriksjoner på kapitalbevegelser synes å være lik i EU- og EØS-retten. Likheten forsterkes av at EU-domstolen fortsatt bruker direktivets nomenklatur for å definere begrepet kapitalbevegelser i artikkel 56.⁶⁰ Da blir de reelle vurderingene under artikkel 56 og direktivets artikkel 1 identiske. Får homogenitetsprinsippet da egentlig noen rolle å spille når et "gap" mellom rettsstilstanden i EU- og EFTA virker å være fraværende? Man kan hevde at prinsippet nettopp er et argument for å anse direktivet så sentralt i EØS-avtalen. Homogenitetsprinsippet er med på å sikre at fortolkere av EØS-retten tillegger direktivet relevans og vekt, med ensartethet mellom EU- og EFTA-pilaren som konsekvens. At homogenitetsprinsippet og artikkel 56 her kan sies å kreve direktivets sentrale posisjon, støttes av Bull som skriver at det er "ved å se kapitalbestemmelsene i avtalens hoveddel og i direktivet under ett, at man lettest kan legge til grunn et regime for kapitalbevegelser i EØS som i størst mulig grad samsvarer med det regimet som følger av de nye kapitalbevegelsesreglene som EF-traktaten fikk i Maastricht".⁶¹ Derfor anvendte domstolen direktivet i *Íslandsbanki*, jf. uttalelsen om at artikkel 56 "substantially reproduced the contents of Article 1 of Directive 88/361EEC."⁶² EFTA-dommerne konstaterte her regelparallelitet. Da kom også homogenitetsprinsippet til anvendelse, jf. EØS art. 6 mv., "identiske" bestemmelser. Reelt ble artikkel 40 tolket i samsvar med den senere artikkel 56 i EF-traktaten. Men dommen representerer altså noe nytt med tanke på homogenitetsprinsippets innhold.

Et annet poeng er det tilnærmet identiske innholdet i henholdsvis EØS-avtalen art. 40 og EF-traktaten art. 56. Forskjellen ligger i at EF-traktaten også regulerer kapitalhindringer "mellom medlemsstaterne og tredjelande", jf. EF-traktaten art. 56 nr. 1. Denne nyere bestemmelsen framstår mer lik EØS-avtalens art. 40 enn dens opprinnelige motsvar i EF-traktaten. Før Maastricht foreskrev artikkel 67 nr. 1:

⁵⁸ Henrik Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital*, Oslo 2002 s. 85-86.

⁵⁹ Se for vår sak *Trummer and Mayer* premiss 21. Mer generelt, se Bull s. 112.

⁶⁰ Jf. bl.a. *Trummer and Mayer* premiss 21 og Bull s. 112.

⁶¹ Bull s. 86.

⁶² Premiss 16.

"I det omfang, det er nødvendig for fællesmarkedets tilfredsstillende function, afskaffer Medlemsstaterne gradvis i løbet af overgangsperioden inbyrdes restriktioner for kapitalbevægelser, såfremt kapitalen tilhører personer, der er bosat eller har hjemsted i Medlemsstaterne, ligesom de ophæver enhver forskelsbehandling, der støttes på partenes nationalitet eller bopæl eller på stedet for kapitalens anbringelse."

At den nyere artikkel 56 implisitt fikk relevans, synes mindre problematisk når ordlyden i realiteten ikke er annerledes i de to pilarene.

Det kunne tenkes at det tilnærmede sammenfall mellom bestemmelsene skyldtes at man i EØS-forhandlingene var oppmerksom på de forestående EU-endringene og tok høyde for disse.⁶³ Artikkel 40 bygger likevel på den tidligere artikkel 67 nr. 1 i EF-traktaten.⁶⁴ Imidlertid var kapitalliberaliseringsdirektivet svært sentralt i EUs regulering av bevegelsesfrihet for kapital, da EF-traktaten artikkel 67 ikke var gitt direkte virkning.⁶⁵ I EØS-avtalen er reguleringen i tillegg til artikkel 40 altså for en stor del basert på kapitalliberaliseringsdirektivet.⁶⁶ EØS-avtalens regler utgjør på denne måten likevel det reelle og oppdaterte innhold i reglene om bevegelsesfrihet for kapital i EU da EØS-forhandlingene ble avsluttet i 1991. I praksis har dette kombinerte rettsgrunnlaget altså lagt til rette for en fortolkning av EØS-avtalen på linje med EU-domstolens praksis i henhold til den reviderte artikkel 56.⁶⁷

3.2.5 Regelparallelitet utvides. Uttrykkelig anvendelse av nyere EU-bestemmelser som tolkningsfaktor

Selv om *Íslandsbanki* er et eksempel på en implisitt og forsiktig anvendelse av en nyere EU-bestemmelse, ser dommen ut til å ha banet veien for et mer bastant standpunkt i EU-domstolens avgjørelse, *Ospelt*⁶⁸. Også her var det et spørsmål om EØS-avtalen artikkel 40 kunne fortolkes i lys av EF-traktatens artikkel 56. EU-domstolen fremholdt innledningsvis

⁶³ Under EØS-forhandlingene tok man til en viss grad hensyn til de kommende traktatrevisjonene ved Maastricht og Amsterdam, jf. Graver s. 86.

⁶⁴ Se Bull s. 112.

⁶⁵ Først ved kapitalliberaliseringsdirektivet fikk reglene samme gjennomslagskraft som de andre grunnleggende frihetene. Se Dirk Buschle, "The Free Movement of Capital in the EEA – A *Lehrstück* in Homogeneity" i *Economic Law and Justice in Times of Globalisation. Festschrift for Carl Baudenbacher*, Baden-Baden 2007 s. 75-99. Se også Bull s. 532-533.

⁶⁶ Bull argumenterer for at det er kapitalliberaliseringsdirektivet som må anses som den grunnleggende regulering av fri bevegelse for kapital i EØS-avtalen (s. 85-86 og 532).

⁶⁷ Med Dirk Buschle kan EØS-avtalens rettsgrunnlag om fri flyt av kapital sies å være "a curious hybrid between pre-Maastricht EEC and post Maastricht EC law" (s. 82).

⁶⁸ Sak C-452/01, *Ospelt*, Sml. 2003 s. I-9743.

homogenitetsprinsippet åpent ved å påpeke at "Det tilkommer herved Domstolen at sørge for, at de bestemmelser i EØS-aftalen, der i det væsentlige er identiske med bestemmelserne i traktaten, fortolkes ensartet inden for medlemsstaterne."⁶⁹ I *Íslandsbanki* konstaterte EFTA-domstolen på dette punkt parallellitet mellom direktivet og artikkel 56. Generaladvokat Geelhoed fremholdt i *Ospelt* at EØS-avtalens artikkel 40 er sammenlignbar med artikkel 56 i EF-traktaten, og ikke den tidligere artikkel 67.⁷⁰ Med dette bakteppet fastslo EU-domstolen at artikkel 56 er "hovedsagelig identisk" med EØS-avtalen artikkel 40 (og direktivet). Dermed måtte disse fortolkes i samsvar.⁷¹

Kommentar

Først etter en utvikling gjennom *Íslandsbanki* og generaladvokatens uttalelser konstaterte EU-domstolen i *Ospelt* uttrykkelig at EU- og EØS-bestemmelsene om fri kapitalbevegelse er "hovedsagelig identiske".⁷² EU-domstolen tok derfor homogenitetsprinsippet et skritt videre. Standpunktet kan sies å presse EØS artikkel 6 og ODA art. 3 nr. 2, selv om disse ikke ble nevnt i saken. Rettsgrunnlaget for homogenitetsprinsippet omhandler som nevnt "identiske" bestemmelser. Slik Dirk Buschle bemerker, er det her påfallende at "instead of identity of rules triggering homogeneous interpretation, it is homogeneity that calls for establishing such identity".⁷³ Med andre ord er det normale perspektivet der "identiske" bestemmelser er et rettsvilkår for å utløse den aktuelle rettsvirkning om homogenitet, snudd andre veien. Både *Íslandsbanki* og *Ospelt* skiller seg da sterkt fra perspektivet i eksempelvis *LO*.⁷⁴ Den overordnede homogenitetsmålsettingen må være grunnlaget for et slikt utvidet homogenitetsprinsipp. Vi må heller ikke miste av syne at en nyere bestemmelse i EUs traktatgrunnlag for første gang fikk åpen relevans i *Ospelt*.

⁶⁹ Premiss 29.

⁷⁰ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Ospelt* premiss 72-73.

⁷¹ Premiss 32

⁷² Premiss 32.

⁷³ Buschle s. 96. Se også Fenger s. 133.

⁷⁴ Her konstaterte domstolen *først* at de respektive EU- og EØS-bestemmelsene var identiske og at "Etter artikkel 6 EØS og artikkel 3(2) ODA er praksis fra Domstolen for De europeiske fellelskap *derfor* relevant" (min kursivering) (premiss 39).

3.2.6 Regelparallelitet bekreftes. Utrykkelig anvendelse av nyere EU-bestemmelser som tolkningsfaktor og skjult analogi

EØS-avtalen artikkel 40 om fri kapitalbevegelse var også tema i *Fokus Bank*⁷⁵. Spørsmålet var om det samsvarte med denne bestemmelsen at norsk lovgivning ikke innrømmet godtgjørelse på kildeskatt til skattebetalere med utenlandsk hjemhørighet, mens hjemmehørende i Norge var innrømmet en slik skattegodtgjørelse. Den nyere artikkel 56 i EF-traktaten kunne være relevant. I tillegg kunne EF-traktatens artikkel 58 første ledd være av betydning. Bestemmelsen tillater statlige restriksjoner på fri kapitalflyt ved å sondre mellom skattebetalere. Artikkel 58 reflekteres ikke i EØS-avtalen.

EFTA-domstolen holdt her frem homogenitetsprinsippet ved å vise til EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr. 2. Deretter uttalte domstolen at "EF-domstolens rettspraksis vedrørende artikkel 56 EF er derfor relevant ved fortolkningen av artikkel 40 EØS."⁷⁶ Under henvisning til *Íslandsbanki, Ospelt* og Generaladvokat Geelhoeds forslag til avgjørelse bekreftet dommerne nå at EØS-avtalens regler om fri bevegelse av kapital "er ... i hovedsak identiske" med EF-traktatens tilsvarende regler.⁷⁷ Dommerne konkluderte så med at godtgjørelse kun av skattebetalere med norsk hjemhørighet i utgangspunktet representerte et brudd på EØS-avtalen art. 40. Videre spurte domstolen "hvorvidt den ovenfor nevnte restriksjonen kan rettferdiggjøres" på grunnlag av at "artikkel 40 EØS ikke utelukker EØS-stater fra å anvende bestemmelser i sin skattelovgivning som sonderer mellom skattebetalere som ikke er i samme situasjon med hensyn til hjemhørighet".⁷⁸ Først her brukte EFTA-domstolen rettspraksis fra EU-domstolen. De henviste avsnittene omhandler EF-traktatens artikkel 56 og i tillegg artikkel 58.⁷⁹ Etter en gjennomgang av kriteriene ble konklusjonen at den norske ordningen med skattegodtgjørelse ikke kvalifiserte til unntak fra artikkel 40.

Kommentar

I *Fokus Bank* ser vi at EFTA-domstolen, til forskjell fra i *Íslandsbanki*, uttrykkelig nevnte relevansen av EF-traktatens art. 56. En slik åpen anvendelse av homogenitetsprinsippet skyldtes trolig EF-domstolens stillingtagen i *Ospelt*, som gjorde at EFTA-domstolen var på

⁷⁵ Sak E-1/04, *Fokus Bank*, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11.

⁷⁶ Premiss 22.

⁷⁷ Premiss 23.

⁷⁸ Premiss 27-28.

⁷⁹ Se sak C-319/02, *Manninen*, Sml. 2004 s. I-7477.

trygg grunn. Det var nå etablert at det var tale om "identiske" bestemmelser, og at homogenitetsprinsippet jf. EØS artikkel 6 mv. kunne spille inn.

EFTA-domstolens tilnæringsmåte til unntakshjemmelen i EF-traktaten artikkel 58 var derimot på ny forsiktig. Like fullt stilte dommerne spørsmålet om unntak fra prinsippet om fri bevegelse av kapital. Dette er uvanlig der det ikke finnes uttrykkelig unntakshjemmel.⁸⁰ EFTA-domstolens framgangsmåte antyder at EF-traktatens artikkel 58 her i realiteten ble anvendt analogisk.⁸¹ Derfor står dommen i sterkt kontrast til *Postdok* og *Einarsson* hvor domstolen avviste en analogi.

Videre fokuserte dommerne mindre på EØS-rettslige holdepunkter, slik som det ble gjort i *LO* og *Íslandsbanki*. Homogenitetsprinsippet var i *Fokus Bank* alene grunnlag for at en unntakshjemmel som vi utelukkende finner i EU-retten, reelt sett pr. analogi ble innført i EØS-retten. På denne måten representerer dommen en markant videreutvikling av homogenitetsprinsippet. At homogenitetsprinsippet er begrenset til et tradisjonelt tolkningsprinsipp, som kun kan bære EU-bestemmelser i egenskap av tolkningsfaktorer over i EØS-retten (antydning i punkt 3.2.1), kan etter *Fokus Bank* ikke være gjeldende rett. Materielt var innførselen av unntaket à la artikkel 58 mindre kontroversielt. Et stykke på vei fulgte en slik unntaksklausul uansett av EU-domstolens rettspraksis.⁸² Men det er tvilsomt om rettspraksis alene hadde vært tilstrekkelig til å oppstille et unntak i saken.⁸³ Metodisk må tilfellet uansett beskrives som en analogi opp mot EF-traktatens artikkel 58.

⁸⁰ Se for eksempel sak C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2002 s. I-04731 premiss 49: "De frie kapitalbevegelser kan som et grundlæggende princip i traktaten kun begrænses ved en national ordning, der er begrundet i de i traktatens artikel (I art. 58 (1) nævnte hensyn, eller begrundet i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på modtagermedlemsstatens område." Buschle peger dessuten på at *Fokus Bank* omhandlet diskriminering, som krever et lovfestet grunnlag for å kunne rettferdiggjøres (s. 95).

⁸¹ Halvard Haukeland Fredriksen, "Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2009 s. 507-576 (s. 567).

⁸² For eksempel forankret i hensynet til den offentlige interesse jf. sak C-120/78, *Cassis de Dijon*, Sml. 1979 s. 649.

⁸³ Jf. Buschle s. 95.

3.2.7 Åpen analogisk anvendelse av nyere EU-bestemmelser

I *Piazza*⁸⁴ vurderte EFTA-domstolen hvorvidt en restriksjon på kapitalbevegelsesfriheten etter EØS art. 40, i form av nasjonale regler om sikkerhet for saksomkostninger, kunne rettferdiggjøres. Domstolen så hen til at

"... the rules governing the free movement of capital in the EEA Agreement are essentially identical in substance to those in the EC Treaty. In light of the objective of the EEA Agreement to provide for a homogeneous European Economic Area, this must apply equally to rules prohibiting restrictions on the free movement of capital and rules governing any possible justification. Consequently, national rules restricting the free movement of capital in the EEA may, as in community law, be justified on grounds such as those stipulated in Article 58 EC ..."⁸⁵

Kommentar

EFTA-domstolen la her for dagen en åpen analogisk anvendelse av EF-traktaten artikkel 58. Homogenitetsprinsippets innhold i *Fokus Bank* ble bekreftet. Ved nå å tillegge bestemmelsen uttrykkelig relevans kan det hevdes at homogenitetsprinsippet ble strukket enda lenger.

Retten ser igjen ut til å ville forankre synspunktet under EØS artikkel 6 mv. , "identiske" bestemmelser, uten å uttrykkelig nevne dette. EFTA-domstolen kunne her dra veksler på utviklingen i rettspraksis, og dommerne viste til *Ospelt* og *Fokus Bank*.⁸⁶ Resonnementet var at siden EF-traktaten artikkel 56 og EØS-avtalen artikkel 40 anses "identiske", måtte dette gjelde tilsvarende for artikkel 58. Når artikkel 58 er såpass forskjellig fra artikkel 40, er dette en stor utvidelse av ordlyden "identiske" i EØS artikkel 6 m.v. Vi ser også at EFTA-domstolen underbygget utvidelsen med den overordnede homogenitetsmålsettingen.

3.2.8 Avsluttende bemerkninger til rettspraksis

Sakene viser at EØS-avtalen gjennomgående tolkes på linje med senere EU-bestemmelser, der de hatt betydning i EU-domstolens rettspraksis. EFTA-domstolen har ikke sluppet målet om et ensartet EØS av syne.⁸⁷ Formålet oppfylles imidlertid gjennom en svært mangeartet

⁸⁴ Sak E-10/04, *Piazza*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 76.

⁸⁵ Premiss 39.

⁸⁶ Premiss 33.

⁸⁷ Baudenbacher, *The goal of homogeneous interpretation of the law in the European Economic Area* s. I-29 – I-30.

rettskildeanvendelse.⁸⁸ Den ovenstående rettspraksisen gir langt fra sikre og klare retningslinjer i spørsmålet om homogenitetsprinsippets innhold og rekkevidde. Etter Carl Baudenbachers utsagn er en slik sprikende framgangsmåte bevisst. EFTA-domstolen har i sine begrunnelser til nå beveget seg framover fra sak til sak.⁸⁹

Likevel kan det oppstilles noen faktorer av betydning. At det finnes EU-rettspraksis som taler for at nyere EU-bestemmelser må tillegges relevans, er helt sentralt. Dette er i overenstemmelse med ordlyden i EØS artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr. 2. Videre at det i EØS-avtalen som sådan kan finnes i hvert fall visse holdepunkter som bidrar til å oppnå et EU-rettskonformt resultat. Homogenitetsprinsippet kan her sies å medføre at de nye EU-bestemmelsene indirekte gjøres relevante. Dette når tolkningen av EØS-avtalen må bli EU-rettskonform i resultatet (*LO*). Til dette kan også direktivets rolle i *Íslandsbanki* nevnes. På lignende vis kan det spille en rolle dersom det finnes tidligere praksis fra EU-domstolen som foreskriver det samme som den nye EU-regelen (*Kellogg's*).

Når det gjelder rekkevidden av homogenitetsprinsippet ser vi en utvikling. Først dreier det seg om skjult analogisk anvendelse i eksempelvis *Kellogg's*, før EFTA-domstolen åpenlyst bruker en bestemmelse fra EUs nyere traktatgrunnlag analogisk i *Piazza*. Når EU- og EFTA-domstolen etter hvert får egen praksis å støtte seg på, blir en analogisk anvendelse etter hvert også mer etablert og forutberegnelig. Muligens er derfor denne økende forutberegneligheten vedrørende nye EU-bestemmelsernes betydning i EØS-avtalen med på å legitimere nettopp homogenitetsprinsippet sine vide rekkevidde her. Det er i alle fall klart at de autoritative fortolkerne av EØS-avtalen anser homogenitetsprinsippet egnet til å utgjøre legitimasjonsgrunnlag ikke bare for tolkningsmomenter, men også for selvstendige rettsgrunnlag. Prinsippet er tvilløst strukket langt.

En reservasjon ligger i at den direkte analogien i *Piazza* kom i stand etter en gradvis utvikling av kapitalbestemmelsene i rettspraksis. Problemet roterte her rundt om EØS-avtalens kapitalregler er like med EF-traktatens. Grunnlaget for homogenitet ble lagt i *Íslandsbanki* ved å skape likhet mellom de to rettsgrunnlagene. Senere ble homogenitetsprinsippet åpent anvendt i *Ospelt*, *Fokus Bank* og *Piazza*. Sakene utvidet som vist homogenitetsprinsippet med tanke på "identiske" bestemmelser. På toppen av denne bemerkelsesverdige anvendelsen av

⁸⁸ Såkalt "creative homogeneity", se Baudenbacher, *The goal of homogeneous interpretation of the law in the European Economic Area* s. I-23.

⁸⁹ Baudenbacher, *Der EFTA-Gerichtshof, das EWR-Abkommen und die Fortentwicklungen des EG-Vertrags* s. 63.

homogenitetsprinsippet er kapitalbevegelsessakene særegne på grunn av den spesielle rettslige reguleringen og at EFTA-domstolen hadde EU-domstolens bifallelse etter *Ospelt*. Det er derfor ikke sikkert at prinsippet vil strekkes så langt på andre rettsområder. Et slikt synspunkt støttes av Buschle som omtaler EFTA-domstolens praksis på området for fri bevegelse av kapital som unntak fra den øvrige saksrekken.⁹⁰

⁹⁰ Buschle s. 96.

4 Aktualisering: Lisboa-traktaten som utfordring for tolkningen av EØS-avtalen

Lisboa-traktaten⁹¹ trådte i kraft 1. desember 2009 og reviderte EUs daværende traktatgrunnlag. Reformtraktaten innebar flere grunnleggende endringer av Traktaten om Den europeiske union og Traktaten om opprettelse av Det europeiske felleskap.⁹² Sistnevnte er nå omdøpt til Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte. Endringene i traktatgrunnlaget angår hovedsakelig institusjoner og beslutningsprosesser. Her vil jeg konsentrere meg om materielle endringer med mulige implikasjoner for tolkningen av EØS-avtalen.

4.1 Styrket vern av grunnleggende rettigheter og mulig relevans ved fortolkningen av EØS-avtalen

4.1.1 Kort om Charteret

Det var Maastricht-traktaten artikkel 6 nr. 2 som – med referanser til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og medlemsstatenes konstitusjonelle rettighetsvern – innførte anerkjennelse av grunnleggende rettigheter i EUs traktatgrunnlag. EU-domstolen hadde allerede i 1969 proklamert at fundamentale rettigheter omfattes av de generelle prinsippene i EU-retten.⁹³ Den europeiske unions Charter om grunnleggende rettigheter (Charteret) har før Lisboa vært å anse som en politisk erklæring. Ved reformtraktaten er imidlertid artikkel 6 i TEU endret slik at Charteret har fått traktatstatus, jf. art. 6 nr. 1. Charteret inneholder en katalog av sentrale menneskerettigheter, som for eksempel menneskeverd, rett til privatliv og familieliv, ytringsfrihet, anti-diskrimineringsbestemmelser osv.⁹⁴

⁹¹ Undertegnet 13. desember 2007.

⁹² Nærmere om revisjonen i Paul Craig, *The Lisbon Treaty: Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford 2010 s. 25-28.

⁹³ Sak C-29/69, *Stauder*, Sml. 1969 s. 419 premiss 7.

⁹⁴ For en oversikt se Craig og de Búrca s. 394-399.

4.1.2 Utgangspunkter for Charterets betydning for EØS-avtalen

Angående Charterets betydning for EFTA-statene, er det rettslige utgangspunktet at verken TEU artikkel 6 eller Charteret selv er gjort til en del av EØS-avtalen. I prinsippet inngår da ikke Charterets bestemmelser i EFTA-statenes forpliktelser. EFTA-statene har imidlertid overtatt reglene om det indre marked. Derfor kan homogenitetsprinsippet moderere dette svart-hvitt-bildet, noe rettspraksis over også viser. Det aktuelle her er at Charteret blir relevant for EØS-avtalen i kraft av å endre den EU-rettslige tolkningskonteksten. EFTA har også påpekt denne mulige indirekte virkningen av Charteret.⁹⁵ Eksempelvis kan tolkninger av EUs markedsregler i lys av grunnleggende rettigheter fravike en ren markedsliberalistisk løsning. Følgelig er det overordnede spørsmålet her om homogenitetsprinsippet må føre til at Charteret får tilsvarende relevans ved fortolkningen av de økonomiske bestemmelsene i EØS-avtalen.

4.1.3 En overflødig problemstilling?

Mot å reise denne problemstillingen kan her innvendes at Charterets bestemmelser politisk sett er uproblematisk i EFTA-statene. For EU- og EFTA-landene som medlemmer av EMK lanserer heller ikke dette noen vesentlige endringer i forpliktelsene på menneskerettighetsområdet. Utenriksdepartementet konkluderer i sitt notat om Lisboatraktatens virkninger for Norge at rettsliggjøringen av Charteret "vil neppe gi spesielle virkninger for Norge".⁹⁶

Spørsmålet om Charterets mulige relevans for EØS-avtalen kan i henhold til dette påstås å være en temmelig overflødig problemstilling. Jeg mener likevel at konklusjonene ovenfor ikke er helt dekkende for den komplekse rettslige problemstilling. Synspunktet må heller være at dersom Charteret i lys av homogenitetsprinsippet må anses som en del av det utvidede rettskildet ved tolkningen av EØS-avtalen, må dette henføres som nok et eksempel på EFTA- og EU-domstolens tøyning av homogenitetsprinsippet, som prinsipielt kan være betenkelig. Like viktig er at rettsliggjøringen av Charteret altså kan medføre en ytterligere

⁹⁵ EFTA-sekretariatets notat 24. oktober 2008, "The Treaty of Lisbon - Implications for the EEA", punkt 2.1.4: "it cannot be excluded that the Charter will indirectly affect the EEA EFTA States through decisions of the European Court of Justice" og mer konkret: "the case law of EU's courts might have bearing on the interpretation of the general rules in the EEA Agreement or on the EEA secondary legislation through the general obligations of the EFTA Surveillance Authority and the EFTA Court to observe the case law of the European Court of Justice".

⁹⁶ Utenriksdepartementets notat 14. juli 2009, "EU og Lisboatraktaten: Virkninger for Norge", punkt 10.

relevans av og vekt på menneskerettigheter i EU-retten.⁹⁷ Dette kan i sin tur få betydning for konkrete tolkningsresultater etter EØS-avtalen. Sett hen til blant annet prinsippet om forutberegnelighet for privates rettsstilling, er det dermed en overforenkling av et komplekst rettslig problem å konkludere med at rettsliggjøringen av Charteret er uten spesiell virkning for EFTA-statene.

4.1.4 EU-domstolens tolkning av markedsbestemmelser i lys av grunnleggende rettigheter

Vi har i punkt 3.2.1 sett at rettspraksis fra EU-domstolen er svært sentral ved aktiveringen av homogenitetsprinsippet, jf. EØS artikkel 6 mv. Dette avsnittet tar for det første sikte på å vise at EU-domstolen på forskjellig vis trekker inn Charteret ved tolkningen av markedsbestemmelsene. Samtidig er målet å peke på at slik praksis kan bli relevant for EØS-avtalen.

Begge deler kan demonstreres ved et tenkt tilfelle basert på *LO*-saken. I *LO* var EU-domstolens avgjørelse i *Albany* sentral. EF-traktatens uttrykk for sosial- og arbeidsmarkedspolitiske hensyn førte til unntak fra kartellforbudet i EF-traktaten artikkel 81. Etter Lisboa-traktaten kunne kanskje Charteret vært trukket inn i et tilfelle som *Albany*. Charterets artikkel 28 om arbeidstakere- og arbeidsgiveres "ret til at forhandle og inngå kollektive overenskomster" er et alternativt unntaksgrunnlag fra kartellforbudet i artikkel 81. Nettopp tariffavtaler mellom arbeidsgiver- og arbeidstakersiden var omtvistet i *Albany* og *LO*. Charterets artikkel 28 kunne da vært en mer presis og konkret hjemmel for å fravike forbudet mot kartellvirksomhet. Dette viser at Charteret og grunnleggende rettigheter i alle fall implisitt kunne vært gitt tilsvarende relevans i EFTA-domstolens dom.

I det videre skal det fremheves tre forskjellige typetilfeller fra EU-domstolens praksis. De to første dommene er avsagt før ikrafttredelsen av Lisboa-traktaten.

⁹⁷ Se nærmere Stephen J. Curzon, "Internal Market Derogations in Light of the Newly Binding Character of the EU Charter of Fundamental Rights" i *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht 2011 s. 145-159 (s. 155-159). I tillegg også Catherine Barnard, *The substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 3rd edition, Oxford 2010 s. 188: "The introduction of the Charter of Fundamental Rights 2000- and now its incorporation (by reference) into the Treaties- helps legitimize the Court's increasing reference to human rights and gives it a further steer as to what constitutes 'Union' fundamental rights."

For det første illustrerer *Schmidberger*⁹⁸ at grunnleggende rettigheter kan utgjøre *unntak* fra de fire frihetene. I saken påberopte staten Østerrike at blant annet yringsfriheten (gjenfinnes nå i Charterets art. 11) måtte rettferdiggjøre at prinsippet om fri bevegelse av varer ikke var ivarettatt ved at en politisk demonstrasjon blokkerte varetransport på motorveien gjennom Brennerpasset. EU-domstolen viste til at grunnleggende rettigheter utgjorde alminnelige rettsgrunnsetninger i EU-retten. Videre fremholdt dommerne at

"Eftersom såvel Fællesskabet som medlemsstaterne har pligt til at respektere menneskerettighederne, er beskyttelsen af disse et legitimt hensyn, som i princippet kan begrunde indskrænkninger i de forpligtelser, der er pålagt ved fællesskabsretten; dette gælder også for forpligtelser, der følger af en i traktaten garanteret grundlæggende frihed, såsom de frie varebevægelser."⁹⁹

Menneskerettigheter har også en viss aktualitet ovenfor medlemsstatenes anførte *grunnlag for restriksjoner* på de fire friheter. Dette illustreres i *Familiapress*¹⁰⁰: "når en medlemsstat påberåber sig tvingende hensyn som begrunnelse for rettsforskrifter, som kan begrense de frie varebevægelser, skal denne begrunnelse også fortolkes i lyset af de almindelige retsgrundsætninger, herunder grundrettighederne".¹⁰¹

Charterets styrkede stilling kan øke fundamentale rettigheters relevans og vekt i EU-retten. Stephen J. Curzon ser for seg at Charteret

"... has the potential to trigger a new approach by the EUCJ when weighing competing values. In particular, when faced with a conflict between internal market obligations and fundamental rights, it is likely that it will strive towards a non-hierarchical approach whereby the two competing values are weighed without any sort of predetermined priority ..."¹⁰²

For homogenitetsprinsippet, slik dette er anvendt i rettspraksis, indikerer dette at Charteret i stort omfang kan bli relevant for domstolens fortolkning av de tilsvarende markedsreglene i EØS-avtalen. I lys av *Fokus Bank* og *Piazza* kan ikke en analogisk anvendelse av Charterets bestemmelser utelukkes.

⁹⁸ Sak C-112/00, *Schmidberger*, Sml. 2003 s. I-5659. På samme vis sak C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*, Sml. 2008 s. I-505 særlig henvisningene til Charteret i premiss 41 og 42.

⁹⁹ Premiss 74.

¹⁰⁰ Sak C-368/95, *Familiapress*, Sml. 1997 s. I-3689 premiss 24.

¹⁰¹ Se også sak C-260/89, *ERT*, Sml. 1991 s. I-2925 premiss 43. For en nærmere analyse av EU-domstolens fortolkning av de fire friheter i sammenheng med grunnleggende rettigheter se Stephen J. Curzons artikkel, *Internal Market Derogations in Light of the Newly Binding Character of the EU Charter of Fundamental Rights*.

¹⁰² Curzon s. 157.

Et tredje typetilfelle er der EU-domstolen prøver om *fortolkningen av forordninger og direktiver* er Charterkonform. I en nylig avsagt dom, *Deutsches Weintor*¹⁰³ tok EU-domstolen stilling til hvorvidt forbudet i forordning (EF) nr. 1924/2006¹⁰⁴ mot visse ernæringspåstander i reklame var i overenstemmelse med Charterets bestemmelser om ervervsfrihet og retten til å opprette og drive egen virksomhet jf. hhv. art. 15 og 16. Domstolen konkluderte her med at forordningen var i tråd med Charteret. EU-domstolen viste seg likevel beredt til aktivt å prøve samsvar med Charteret ved fortolkningen av sekundærretten. Påstandsforordningen er innlemmet i EØS-avtalen. Dersom Charteret i fremtidige saker skulle medføre innskrenkende tolkning av sekundærretten, reiser spørsmålet seg om hvordan homogenitetsprinsippet skal håndteres. Målet er jo at like saker innenfor hhv. EFTA- og EU-pilaren skal få samme utfall. I *Postdok* vurderte EFTA-domstolen på lignende vis hvorvidt likebehandlingsdirektivet pga. homogenitetsprinsippet måtte fortolkes i lys av en nyere bestemmelse i EF-traktaten. Dette ble som nevnt avvist. Rettspraksis viste at dette ikke var påkrevd. Når EU-rettspraksis legger betydelig vekt på Charteret, kan dette stille seg annerledes. Etter utviklingen i blant annet *Fokus Bank* og *Piazza* kan det ikke utelukkes at Charteret får relevans i fortolkningen av forordninger og direktiv i EØS-retten.

4.1.5 Implisitt anvendelse av Charteret. Bruk av EØS-rettslige kilder og homogenitet i resultatet

I dette og neste punkt skal vi se nærmere på hvordan Charteret kan få relevans i EØS-retten. *LO*-saken viser betydningen av at det finnes i hvert fall et visst grunnlag i EØS-avtalen som bidrar til et resultat i tråd med utviklingen i EUs traktatgrunnlag. Spørsmålet blir følgelig om det finnes belegg i EØS-avtalen for å anvende grunnleggende rettigheter i fortolkningen.

Selve EØS-avtalen inneholder noen få og stort sett vage henvisninger til grunnleggende rettigheter. EØS-avtalens fortale andre avsnitt viser til det "bidrag et Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde vil gi til oppbyggingen av et Europa grunnlagt på fred, demokrati og menneskerettigheter". Videre fremholder tolvte avsnitt "betydningen av utviklingen av den sosiale dimensjon, herunder lik behandling av kvinner og menn, i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, og som ønsker å sikre økonomisk og sosialt fremskritt og legge forholdene til rette for full sysselsetting, en bedret levestandard og bedre arbeidsvilkår

¹⁰³ Sak C-544/10, *Deutsches Weintor*, (ennå ikke i Sml.) særlig premiss 42-60.

¹⁰⁴ Forordning (EF) nr. 1924/2006 om ernærings- og helsepåstander om næringsmidler (påstandsforordningen). Innlemmet i EØS-avtalen 25. april 2008.

innen Det europeiske økonomiske samarbeidsområde". Artikkel 66 angir at "det er nødvendig å arbeide for en bedring av arbeidstagneres leve- og arbeidsvilkår".

Tilsvarende gjenfinner vi likestilling mellom menn og kvinner i Den europeiske unions Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 23. Konkrete eksempler på arbeidspolitiske- og sosiale hensyn gir hhv. artikkel 31 og 34. Disse bestemmelsene i Charteret er klart designet for å utgjøre håndfaste rettigheter, mens henvisningene i EØS-avtalen er av mer generell karakter. EØS-avtalen som sådan utgjør slik sett et svakt rettskildemessig grunnlag for grunnleggende rettigheter. Imidlertid har EFTA-domstolen i sin praksis tidligere integrert grunnleggende rettigheter i EØS-rettssystemet.¹⁰⁵ På denne bakgrunn vil EFTA-domstolen kunne vurdere bruk av egen praksis som en farbar vei til resultathomogenitet, der praksis fra EU-domstolen angående Charteret legger føringer på tolkningsresultatet.

Jeg vil nå reise spørsmålet om nettopp en slik rettskildeanvendelse med tanke på et EU-rettskonformt resultat var tilfelle i en ny dom fra EFTA-domstolen, *Posten*¹⁰⁶. Potensielt av betydning var Charterets prinsipp om effektiv domstolsprøvelse. Dommerne uttalte først at "According to the Court's established case-law, the provisions of the EEA Agreement are to be interpreted in the light of fundamental rights."¹⁰⁷

Det ble videre påpekt at retten til rettferdig rettergang er et generelt prinsipp i EØS-retten. EFTA-domstolens diskusjon var ellers sentrert rundt EMK artikkel 6. Angående Charteret bemerket dommerne kun at "expression to the principle of effective judicial protection is now also given by Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union". Man kan hevde at rettskildeanvendelsen i *Posten* ligner *LO*-saken, der EFTA-domstolen ved hjelp av EØS-rettens kilder implisitt tiller nye EU-bestemmelser betydning. Men ser vi *Posten* i lys av tidligere rettspraksis fra domstolen, betones det også her at EØS-avtalen må tolkes i lys av fundamentale rettigheter.¹⁰⁸ Dette må bety at Charterets artikkel 47 nå ble ansett relevant, men at det ikke var nødvendig for domstolens resultat. Jeg mener likevel at EFTA-domstolen implisitt eller eksplisitt vil komme til å anvende Charteret i større grad i den fremtidige

¹⁰⁵ Se sakene E-2/03, *Ásgeirsson*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 185 særlig premiss 23; E-2/02, *Bellona*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52. I den senere tid også sak E-4/11, *Clauder*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216 særlig premiss 49.

¹⁰⁶ Sak E-15/10, *Posten*, (ennå ikke i EFTA Ct. Rep.)

¹⁰⁷ Premiss 85.

¹⁰⁸ Se eksempelvis *Ásgeirsson* premiss 23 og 24. Baudenbacher hevder at de grunnleggende rettigheter i EØS er utviklet ved "freier Rechtsfindung" og altså ikke med støtte i homogenitetsbetraktninger. Se Carl Baudenbacher, "Zur Auslegung des EWR-Rechts durch den EFTA-Gerichtshof" i *Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag*, München 2008 s. 27-50 (s. 47).

fortolkningen av EØS-avtalen. Bemerkningen om Charteret i *Posten* må derfor bare sees som en sped begynnelse.¹⁰⁹

4.1.6 Implisitt anvendelse av Charteret, som kodifiserer tidligere rettspraksis fra EU-domstolen

Kellogg's tjener til å illustrere at en nyere EU-bestemmelse indirekte kan anvendes analogisk, mens domsgrunnene henviser til EU-rettspraksis. I et gitt tilfelle kan vi heller ikke utelukke at en slik anvendelse av Charterets bestemmelser er lettere spiselig for EFTA-domstolen og dens kritikere enn eksplisitt anvendelse. Domstolene kommer da rundt å måtte ta stilling til homogenitetsprinsippets grenser i møte med traktatreformer. I denne forbindelse har EU-domstolen, før Charteret ble rettslig bindende, anerkjent en rekke menneskerettigheter som menneskeverd, privatlivets fred, likhetsgrunnsetningen, organisasjonsfrihet, handelsfrihet, yrkesfrihet, eiendomsrett, forbud mot diskriminering pga. kjønn, menings- og offentliggjøringsfrihet, m.m.¹¹⁰ Som i *Kellogg's* settes problemstillingen mindre på spissen og blir tonet ned ved bruken av slik eldre rettspraksis. Dette er ikke en utenkelig framgangsmåte for anvendelsen av Charteret.

4.1.7 Avsluttende kommentar

Jeg har vist at Charteret i ulike typetilfeller og på forskjellig vis kan få relevans ved tolkningen av EØS-avtalen. Om domstolene vil gå åpent til verks, jf. *Fokus* og *Piazza*, eller veien om en mer eller mindre åpenbar implisitt anvendelse med sikte på resultathomogenitet, er usikkert. Kanskje er en uttrykkelig anvendelse mest sannsynlig, da Charteret i stor grad uttrykker rettigheter som har bred og ubestridt tilslutning. EFTA-domstolen nevner som sagt Charteret eksplisitt i de nyere sakene.

Charterets påvirkning på EØS-avtalen avhenger imidlertid av EU-domstolens faktiske anvendelse av dette. EU-domstolen har før Lisboa henvist til selve Charteret i mindre omfang og med varierende styrke.¹¹¹ Dersom EU-domstolen heller ikke tillegger det nylig bindende Charteret stor rettslig betydning, taler det i neste omgang for at utfordringene for homogenitetsprinsippet ikke blir så store. I kjølvannet av Lisboa-traktaten kan enkelte saker

¹⁰⁹ En forsiktig henvisning til Charteret finner vi også i en annen EFTA-sak av nyere dato, *Clauder* i premiss 49.

¹¹⁰ Rudolf Streinz, *Europarecht*, 8. Auflage, Heidelberg 2008 s. 291 med videre henvisninger.

¹¹¹ Valentina Bazzocchi, "The European Charter of Fundamental Rights and the Courts" i *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht 2011 s. 55-75 (s. 66-68).

tyde på at EU-domstolen heller ser på Charteret som en bekreftelse av allerede gjeldende rett.¹¹² At Charteret tidvis tillegges mindre selvstendig betydning indikerer også saken *Tyrolean Airways*¹¹³, hvor Charteret var henvist til av nasjonale domstoler i forbindelse med en prejudisiell avgjørelse. I de påfølgende domsgrunnene nevnte ikke EU-domstolen Charteret, men bygget heller på generelle prinsipper. Begrunnelsen for denne forsiktige anvendelsen må være at fundamentale rettigheter allerede har et innarbeidet og uomstridt grunnlag som kan føres tilbake til medlemsstatenes felles forfatningsmessige tradisjoner og internasjonale forpliktelser, særlig EMK.¹¹⁴

Flere saker viser imidlertid at EU-domstolen i motsetning til før Lisboa, nå gir Charteret økt betydning.¹¹⁵ Til illustrasjon anvendte EU-domstolen Charterets artikkel 47 aktivt i den nylig avsagte dommen *Europese Gemeenschap*¹¹⁶. At Charteret nå tillegges selvstendig vekt, er ved følgende uttalelse utvilsomt: "Article 47 of the Charter secures in EU law the protection afforded by Article 6(1) of the ECHR. It is necessary, therefore, to refer only to Article 47."¹¹⁷ Denne rettspraksis skiller seg fra den foregående ved klarere å tillegge Charteret selvstendig rettslig betydning og aktiv bruk i argumentasjonen. Forutsetningene for en anvendelse av Charteret om grunnleggende rettigheter i EØS-avtalen er da utvilsomt til stede.

4.2 Endringene av unionsborgerskapet og mulig relevans i fortolkningen av EØS-avtalen

Utenriksdepartementet vier i sitt notat plass til endringene av unionsborgerskapet. Dette er nedfelt i TFEU artikkel 20-24. Her fastsettes at "enhver, der er statsborger i en medlemsstat" innehar et unionsborgerskap, jf. artikkel 20 nr. 1. Med et slikt unionsborgerskap følger politiske rettigheter (artikkel 22-24) og regler om fri bevegelse (artikkel 21). Det var Maastrichttraktaten som innførte unionsborgerskapet i 1992.¹¹⁸ Reglene framstår etter Lisboa-traktaten kun med minimale språklige og strukturelle forskjeller. Eksempelvis er den tidligere EF-traktaten artikkel 17 nr. 2 som lød "Unionsborgerne har de rettigheter og er

¹¹² Sak T-190/10, *Egan/Hackett*, (ennå ikke i Sml.) premiss 46; Forente saker C-297 og 298/10, *Hennings/Land Berlin*, (ennå ikke i Sml.) premiss 47; sak C-457/09, *Chartry*, (ennå ikke i Sml.) premiss 25.

¹¹³ Sak C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH*, (ennå ikke i Sml.).

¹¹⁴ Jf. Charterets forale i femte avsnitt. Se også sak C-540/03, *Europaparlamentet mot Rådet*, Sml. 2006 s. I-5769 særlig premiss 35 og 38; *Schmidberger* premiss 71.

¹¹⁵ Se eksempelvis *Deutsches Weintor*.

¹¹⁶ Sak C-199/11, *Europese Gemeenschap*, (ennå ikke i Sml.) premiss 37-77.

¹¹⁷ Premiss 47. På samme måte sak C-386/10, *Chalkor AE Epexergasias Metallon*, (ennå ikke i Sml.) premiss 51.

¹¹⁸ Angående selve opprettelsen av unionsborgerskapet og mulig betydning for EØS-avtalen se Sejersted s. 349-350.

underkastet de pligter, der er indeholdt i denne traktat" nå justert til "Unionsborgerne har de rettigheter og er underlagt de pligter, der er indeholdt i traktaterne." Noen forskjeller finnes også i angivelsen av hvilke organer som er kompetente til å fastsette nærmere bestemmelser og det materielle området for disse. Eksempler finnes i EF-traktaten artikkel 18 nr. 2 og 3 sammenholdt med nåværende TFEU artikkel 21 nr. 2 og 3. Se også EF-traktaten artikkel 19 nr. 1 sammenholdt med nåværende TFEU artikkel 21 nr. 1. Den aktuelle prosedyren for å fastsette slike bestemmelser er også delvis endret (TFEU artikkel 21 nr. 3). Slike forskjeller har sammenheng med de institusjonelle og beslutningsmessige endringene i EU etter Lisboatraktaten.

Vi ser her at det substansielle innholdet i unionsborgerskapet ikke er endret gjennom Lisboatraktaten. Avstanden mellom den uforandrede EØS-avtalen og EUs traktatgrunnlag øker ikke her. Da blir heller ikke homogenitetsprinsippet ytterligere utfordret.

4.3 Konklusjon

Vi har sett at Charteret om grunnleggende rettigheter i flere tilfeller og på flere måter kan komme til å influere på tolkningen av EØS-avtalen. Lisboatraktaten viser da på ny hvordan EUs utvidelse til nye rettsområder påvirker EØS-avtalen. Derimot vil neppe reformtraktatens endringer av unionsborgerskapet lede til større problemer.¹¹⁹

¹¹⁹ Lisboatraktaten vil også kunne utfordre homogenitetsprinsippet innenfor sekundærretten. Særlig på bakgrunn av at søylestrukturen i EU nå er oppløst. Problemer kan da oppstå når deler av et direktiv anses EØS-relevant og innlemmes i EØS-avtalen. Dersom det senere kommer opp tolkningsspørsmål, blir spørsmålet hvorvidt direktivbestemmelsene skal tolkes i lys av sin kontekst, resten av direktivet som altså i utgangspunktet ikke er EØS-relevant.

5 Vurdering av homogenitetsprinsippet og dets grenser: Hvor må avvik fra homogenitetsmålsettingen aksepteres?

5.1 Prinsipielle problemer

I en større kontekst må homogenitetsprinsippet sies å være et svært sentralt bindeledd mellom den formelt ikke suverenitetsavgivende EØS-avtalen på den ene side, og et dynamisk og overnasjonalt EU på den andre. Dersom EUs traktatrevisjoner siden undertegnelsen av EØS-avtalen endrer tolkningen av markedsreglene, men ikke gis relevans i EØS-avtalen, settes målet om en lik fortolkning og anvendelse av regelsettene i fare. Dette tilsier en pragmatisk rettskildeanvendelse. Analysen i punkt 3.2 viser også at homogenitetsprinsippet i praksis anses å være fleksibelt og å rekke langt. Niels Frenger uttrykker det prinsipielt problematiske ved dette for EFTA-statenes suverenitet: "to interpret EEA law in conformity with rules that are not part of the Agreement might impose obligations on the EFTA states to which these States have never agreed to submit themselves".¹²⁰

Påvirkningen fra nyere EU-bestemmelser har også en side til legitimitet. Homogenitetsprinsippet innebærer en vid fullmakt for overføring av nyere traktatbestemmelser fra EU-traktatene til EØS-avtalen ad tolkningsvei. Dette har som utgangspunkt legitimitet gjennom traktatpartenes samtykke til homogenitetsprinsippet i EØS- og OD-avtalen. Jeg skal peke på tre faktorer som svekker denne legitimiteten. For det første er dette domstolenes pragmatiske utvidelse av rettsgrunnet i EØS artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr. 2. Dette gjelder som vist bruk av rettspraksis fra etter 1992, men også utvidelsen av "identiske" bestemmelser. For det andre tolker EU- og EFTA-domstolen EØS-bestemmelsene lengre bort fra sin ordlyd, som er det positive uttrykk for traktatstatenes vilje. Denne øvrige rettsutviklende virksomheten minsker traktatpartenes legitimitet.¹²¹ For det tredje medfører det store omfanget av EUs traktatrevisjoner at homogenitetsprinsippet

¹²⁰ Fenger s. 144. Se også Graver s. 88.

¹²¹ Om EFTA-domstolens rettsskapende virksomhet, se Baudenbacher, *Zur Auslegung des EWR-Rechts durch den EFTA-Gerichtshof* s. 41-46.

anvendes opp mot et ganske annet europeisk prosjekt, både i dybden og i bredden enn tilfellet var ved EFTA-statenes ratifikasjon av EØS-avtalen i 1992. Alt dette gjør EØS-avtalen til en svært dynamisk avtale, der ordlydens rolle i fortolkningen svekkes. Dette synes altså å undergrave legitimiteten fra traktatkonsipistene.¹²² Tarjei Bekkedal er derimot av den oppfatning at nettopp å vektlegge nye EU-bestemmelser er mest lojalt ovenfor avtalepartenes intensjoner. Bakgrunnen for standpunktet er at i alle fall for Norges del, synes homogenitet å være den viktigste intensjonen bak EØS-avtalen. Og følgelig: "Selv om EFTA-domstolen i noen grad kan bli beskyldt for å opptre politisk ved å trekke homogenitetsmålsettingen langt, er det *mer* – ikke mindre – politisk å sette homogeniteten på spill."¹²³ Jeg er enig i at en vid anvendelse av homogenitetsprinsippet langt på vei synes å samsvare med EFTA-statenes forutsetninger. Argumenter om at EFTA-statene ikke tok høyde for at EU ville videreutvikle seg, er ikke holdbare når EØS-avtalen ble til mens revisjonen ved Maastricht var nært forstående. Stortingsproposisjonen om samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen¹²⁴ tyder også på at hovedbegrunnelsen bak EØS-konstruksjonen fra EFTA-statenes side med Bekkedals formulering synes å være "formelle suverenitetsbetraktninger snarere enn materielle innsigelser".¹²⁵ Med andre ord synes det viktigste å være at nasjonale lovgivere og domstoler på det prinsipielle plan ikke har lagt bånd på sin myndighet. Da er det ikke nødvendigvis slik at omfanget av påvirkningen fra EU gjennom rettspraksis og nye traktatgrunnlag er i strid med avtalepartenes intensjoner.

Dette hindrer likevel ikke at tolkning i lys av EUs senere traktatendringer i enkelttilfeller mangler traktatpartenes konkrete anerkjennelse. De tre faktorene over viser hvordan tolkningsresultatet distanseres fra rene EØS-rettslige kilder. Disse vil som oftest være det mest spesifikke og eneste materielle uttrykket for traktatspartenes vilje. Etter min mening skaper det større rettslig legitimitet å vektlegge konkrete EØS-rettslige kilder enn å bygge på EFTA-statenes intensjon om ensartethet med et regelverk i uoverskuelig utvikling. Jeg er derfor fortsatt av den oppfatning at homogenitetsprinsippet medfører prinsipielle problemer knyttet til traktatkonsipistenes legitimitet.

¹²² Se også Bekkedal s. 132.

¹²³ Bekkedal s. 146.

¹²⁴ St.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 319. For eksempel følgende uttalelse om betydningen av EU-domstolens rettspraksis fra etter undertegnelsestidspunktet for EØS-avtalen: "At man har satt skjæringspunktet ved undertegning, skyldes at man av prinsipielle grunner ikke kan godta å bli bundet av den rettsskapende virksomhet som finner sted i fremtiden gjennom avgjørelser av et organ tilhørende en av avtalepartene." Videre vises det mer pragmatisk til ODA art. 3 nr. 2 og homogenitetsmålsettingen som tilsier at rettspraksis også etter undertegnelsestidspunktet tillegges vekt.

¹²⁵ Bekkedal s. 146.

I forlengelsen av legitimitetsproblemet kan domstolenes styrkede rolle være problematisk i et maktfordelingsperspektiv. Normalt vil dommeren som hovedregel overlate videreutviklingen av en folkerettslige traktat til traktatstatene.¹²⁶ En slik avgrenset rolle for EØS-domstolene avfeier Carl Baudenbacher. Dommeren i EFTA-domstolen er av den oppfatning at den tradisjonelle maktfordelingstankegangen som gjør seg gjeldende i nasjonale rettssystemer i EØS-rettslig sammenheng langt på vei er irrelevant, "weitgehend irrelevant".¹²⁷ Begrunnelsen for dette er den politiske konteksten rundt EØS-avtalen, der EFTA-statene ikke nådde fram med sine initiativ til en revisjon.¹²⁸ Slik er avtalepartene som lovgivere foreløpig satt på sidelinjen. På sin side er EFTA-domstolen i følge Baudenbacher utstyrt med "methodologische Instrumente" for å tolke avtalen i samsvar med endringer i EUs traktatgrunnlag.¹²⁹ Å avfeie maktfordelingsproblematikken med et slikt argument må sies å være svært pragmatisk.¹³⁰ At de praktiske mulighetene for oppdatering av EØS-avtalen i nær fremtid er små, bør ikke løsrive tolkningen fra tradisjonelle maktfordelingsoppfatninger. I tillegg kommer at EØS-avtalens ordlyd og anerkjente rettsverdier som forutberegnelighet også må tas hensyn til når rekkevidden av homogenitetsprinsippet diskuteres. Noe annet vil kunne føre til at EFTA-domstolen går på akkord med sin egen uttalelse i en annen kontekst om fortolkning innenfor "anerkjente tolkningsmetoder".¹³¹

5.2 Forslag til skranker for homogenitetsprinsippet i relasjon til traktatrevisjoner

All den tid EU- og EFTA-domstolen ikke har kommet med noen klare grenser for homogenitetsprinsippet, skal her noen forslag til avgrensning vurderes.

¹²⁶ Baudenbacher, *Der EFTA-Gerichtshof, das EWR-Abkommen und die Fortentwicklungen des EG-Vertrags* s. 63.

¹²⁷ Baudenbacher, *Der EFTA-Gerichtshof, das EWR-Abkommen und die Fortentwicklungen des EG-Vertrags* s. 64.

¹²⁸ Jf. punkt 1.2.2.

¹²⁹ Baudenbacher, *Der EFTA-Gerichtshof, das EWR-Abkommen und die Fortentwicklungen des EG-Vertrags* s. 64.

¹³⁰ Jf. Fenger s. 145.

¹³¹ Sak E-2/95, *Eidesund*, EFTA Ct. Rep. 1995-1996 s. 1 premiss 56.

5.2.1 Homogenitetsprinsippet avgrenses til å romme fortolkninger som også var mulige på undertegnelsestidspunktet

Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen foreslår at EØS-avtalen fortolkes i samsvar med nyere bestemmelser "i den utstrekning også det uendrede EU-regelverket, etter EU-rettslig metode, kunne ha vært gitt samme fortolkning".¹³² En slik løsning ville ivarett traktatstatenes nasjonale suverenitet, maktfordelingsprinsippet og forutberegnelighet i større grad. Muligens vil gjennomføringen av en slik skranke være forbundet med problemer. EU-domstolens avgjørelser vil måtte undersøkes nøye med sikte på om en nyere traktatbestemmelse faktisk har hatt betydning. EU-domstolen har også påpekt at det kan være vanskelig å skille ny rettspraksis fra tidligere.¹³³ Å se bort fra rettsutviklingen etter undertegnelsestidspunktet vil da likevel kunne medføre rettsusikkerhet.¹³⁴

5.2.2 "Konzept der Akzeptanz"

Baudenbacher mener grensene for EFTA-domstolens rettsutvikling bør gå der mottakerne ikke lenger godtar denne.¹³⁵ Som mottakere regnes hovedsakelig EFTA-landenes nasjonale domstoler, EUs organer, EØS-landenes regjeringer, rettsvitenskapen og allmennheten. Igjen stiller Baudenbacher seg temmelig fritt fra tradisjonelle betraktninger om domstolenes rolle. Homogenitetsprinsippet ville etter dette kunne strekkes svært langt med tanke på anvendelsen av de nye EU-traktatene etter Lisboa. I det rettsvitenskapelige fagmiljø er det imidlertid sagt at utviklingen av homogenitetsprinsippet må nå en grense basert på forutberegnelighet og individets rettssikkerhet.¹³⁶ Dersom EFTA-domstolen er lydhøre overfor en slik manglende aksept, vil dette forslag til avgrensning kunne ha noe for seg i resultatet. På den annen side er det lite sannsynlig at EFTA-domstolen vil ta særlig hensyn til en slik skepsis i juridisk litteratur. Dette vil rokke ved domstolens uavhengighet.¹³⁷ Den foreslåtte skranken gir da for frie tøyler til domstolene ved anvendelsen av homogenitetsprinsippet.

¹³² Fredriksen og Mathisen s. 230.

¹³³ Uttalelse 1/91.

¹³⁴ Jf. Fenger s. 147.

¹³⁵ Baudenbacher, *Zur Auslegung des EWR-Rechts durch den EFTA-Gerichtshof* s. 49

¹³⁶ Fenger s. 146-147; Fredriksen, *Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?* s. 568-569.

¹³⁷ Baudenbacher, *Zur Auslegung des EWR-Rechts durch den EFTA-Gerichtshof* s. 50.

5.2.3 "Anerkjente tolkningsmetoder". Presumsjonsprinsippets skranker som inspirasjon for en konkret grensedragning

På det teoretiske plan kan vi trekke en parallell mellom presumsjonsprinsippet og homogenitetsprinsippet. Det må understrekes at presumsjonsprinsippet ikke er relevant ved tolkningen av EØS-avtalen, men det er helt sentralt ved fastleggelsen av norsk rett i lys av internasjonale forpliktelser, som for eksempel EØS-avtalen. Likevel finnes det likheter mellom presumsjons- og homogenitetsprinsippet. Presumsjonsprinsippet utgjør bindeledd mellom det norske rettssystemet og folkeretten, mens homogenitetsprinsippet har en lignende funksjon mellom rettssystemene EU og EØS. Ved fastleggelsen av homogenitetsprinsippets grenser må det altså sees hen til "anerkjente tolkningsmetoder". Hva danner så innholdet i begrepet "anerkjente tolkningsmetoder" på EØS-nivå? I EØS-avtalen er private rettigheter helt grunnleggende og har altså et større fokus enn i klassisk folkerett. Dette må føre til at individets rettssikkerhet stenger for at EØS-avtalen tolkes i lys av senere EU-bestemmelser på en slik måte at private tillegges nye plikter eller frarøves rettigheter.¹³⁸ Private rettigheter settes også høyt i EFTA-domstolens rettpraksis.¹³⁹ Forutberegnelighet blir da en sentral verdi i opprettholdelsen av disse rettighetene. I EU-retten er det uomstridt at rettssikkerhet og forutberegnelighet danner generelle prinsipper.¹⁴⁰ "Anerkjente tolkningsmetoder" må etter dette sies å innebære ivaretagelse av rettssikkerhet og forutberegnelighet for rettighetssubjektene etter EØS-avtalen.

Hvordan skal da grensen for homogenitetsprinsippet konkret formuleres? Norsk Høyesterett har med henblikk på presumsjonsprinsippets grenser ved tolkningen av norsk rett i lys av EØS-avtalen, uttalt at "anvendelse av anerkjente tolkningsprinsipper" er basis.¹⁴¹ Presumsjonsprinsippets konkrete skranker er blant annet begrunnet i rettssikkerhet og forutberegnelighet.¹⁴² Når flere av de samme hensynene gjør seg gjeldende bak presumsjonsprinsippets og homogenitetsprinsippets grenser, tilsier det at en parallell kan være fruktbar. For presumsjonsprinsippet går grensen når vi er "utenfor det som med rimelighet kan anses som tolkning av bestemmelsen".¹⁴³ Med andre ord kan norsk rett fortolkes i samsvar

¹³⁸ Fenger s. 148; Fredriksen, *Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?* s. 568-569.

¹³⁹ Se for eksempel sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95 premiss 58 og 59; *Einarsson* premiss 49.

¹⁴⁰ Se forutsetningsvis Craig og de Búrca. s. 533-538.

¹⁴¹ Rt. 2000 s. 1811 *Finanger* (s. 1831).

¹⁴² *Finanger* (s. 1832).

¹⁴³ *Finanger* (s.1831).

med folkerettslige forpliktelser i den utstrekning resultatet er innenfor det bestemmelsen språklig kan romme.

Jeg mener en tilsvarende grense kunne innføres for homogenitetsprinsippet her. En mer internasjonal betegnelse på en slik skranke kan være forbud mot en tolkning av EØS-bestemmelsene *contra legem*. Niels Fenger deler synspunktet om at en fortolkning i lys av senere EU-bestemmelser må ha en viss forankring i ordlyden.¹⁴⁴ Slik holdes skranken nært opp mot forutberegnelighet for individers rettsstilling og fremmer også en viss rettslig legitimitet.¹⁴⁵ EØS-avtalens mange elastiske prinsippbestemmelser åpner for påvirkning fra senere bestemmelser i EU-traktatene. Domstolene får da stort sett muligheter til å oppnå homogenitetsmålsettingen. Men med en fastlagt yttergrense for homogenitetsprinsippet og nyskapninger i EU, vil det tidvis kunne oppstå avvik fra det overordnede formålet om homogenitet. Dette vil fragå EFTA-domstolens presumsjon om ensartet fortolkning og svært snevre grenser for avvik fra dette i andre sammenhenger.¹⁴⁶ For EFTA-domstolen er slike avvik lite ønskelig, kanskje mye i lys av at den ikke ønsker at EU-domstolens innledende skepsis til homogenitetsmålsettingen vekkes til live igjen.¹⁴⁷ Utviklingen i EUs traktatgrunnlag øker faren for at det nettopp vil komme til situasjoner der homogenitetsmålsettingen ikke kan nås innenfor skrankene for homogenitetsprinsippet som skisseres her. Lisboatraktaten gir som vist de ferskeste utfordringene. Grensene for homogenitetsprinsippet vil til slutt nås. På det tidspunktet vil det være påkrevet at EU- og EFTA-landene reviderer EØS-avtalen.

¹⁴⁴ Fenger s. 147.

¹⁴⁵ Jf. punkt 5.1.

¹⁴⁶ Se eksempelvis forente saker E-9 og 10/07, *L'Oréal*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259.

¹⁴⁷ Uttalelse 1/91.

Kilder

Litteratur

Barnard, Catherine, *The substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 3rd edition (Oxford 2010).

Baudenbacher, Carl, “Der EFTA-Gerichtshof, das EWR-Abkommen und die Fortentwicklungen des EG-Vertrags” i *Wissenschaftliche Beiträge zum Öffentlichen Recht und zum Stiftungsrecht. Festschrift zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. Herbert Batliner*, Günther Winkler mfl. (Vaduz 2004) s. 59-66.

Baudenbacher, Carl, “The goal of homogeneous interpretation of the law in the European Economic Area”, *The European Legal Forum*, 2008 s. I-22-I-31.

Baudenbacher, Carl, “Zur Auslegung des EWR-Rechts durch den EFTA-Gerichtshof” i *Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag*, Gerda Müller, Eilert Osterloh og Torsten Stein (red.) (München 2008) s. 27-50.

Bazzocchi, Valentina, “The European Charter of Fundamental Rights and the Courts” i *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Giacomo Di Federico (ed.) (Dordrecht 2011) s. 55-75.

Bekkedal, Tarjei, *Frihet, likhet og fellesskap* (Bergen 2008).

Bull, Henrik, *Det indre marked for tjenester og kapital: Import av finansielle tjenester* (Oslo 2002).

Buschle, Dirk, ”The Free Movement of Capital in the EEA – A *Lehrstück* in Homogeneity” i *Economic Law and Justice in Times of Globalisation. Festschrift for Carl Baudenbacher*, Mario Monti, Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein, Bo Vesterdorf, Jay Westbrook og Luzius Wildhaber (eds.) (Baden-Baden 2007) s. 75- 99.

Craig, Paul, *The Lisbon Treaty: Law, Politics and Treaty Reform* (Oxford 2010).

Craig, Paul og Gráinne de Búrca, *EU Law*, 5th edition (Oxford 2011).

Curzon, Stephen J., "Internal Market Derogations in Light of the Newly Binding Character of the EU Charter of Fundamental Rights" i *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Giacomo Di Federico (ed.) (Dordrecht 2011) s. 145-159.

Fenger, Niels, "Limits to a dynamic homogeneity between EC law and EEA Law" i *Festskrift til Claus Gulmann*, Niels Fenger, Karsten Hagel-Sørensen og Bo Vesterdof (red.) (København 2006) s. 131-154.

Fredriksen, Halvard Haukeland, "Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2009 s. 507-576.

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

Graver, Hans Petter, "Mission Impossible: Supranationality and National Legal Autonomy in the EEA Agreement", *European Foreign Affairs Review*, 2002 s. 73-90.

Müller-Graff, Peter-Christian, "The Treaty of Amsterdam: Content and Implications for EEA-EU Relations" i *EEA-EU Relations*, Peter-Christian Müller Graff og Erling Selvig (eds.) (Berlin 1999) s. 11-30.

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

Streinz, Rudolf, *Europarecht*, 8. Auflage (Heidelberg 2008).

Traktater/konvensjoner

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 2. mai 1992

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, 2. mai 1992

Den europeiske unions Charter om grunnleggende rettigheter, 13. desember 2007

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, 4. november 1950

Traktaten om Den europeiske union, 7. februar 1992

Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte, 13. desember 2007

Traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap (historisk), 25. mars 1957

Wienkonvensjonen om traktatretten, 23. mai 1969

Offentlige publikasjoner

EFTA-sekretariatets notat 24. oktober 2008, "The Treaty of Lisbon - Implications for the EEA", tilgjengelig fra efta.int

NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU

St.meld. nr. 27 (2001-2002) Om EØS-samarbeidet 1994-2001

St.prp. nr. 100 (1991-1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)

Utenriksdepartementets notat 14. juli 2009, "EU og Lisboa-traktaten: Virkninger for Norge", tilgjengelig fra europaportalen.no

Direktiv/forordninger

Rådsdirektiv 76/207/EØF

Rådsdirektiv 88/361/EØF

Forordning (EF) nr. 1924/2006

Rettspraksis

EU-domstolen

Sak C-29/69, *Stauder*, Sml. 1969 s. 419

Sak C-120/78, *Cassis de Dijon*, Sml. 1979 s. 649

Sak C-260/89, *ERT*, Sml. 1991 s. I-2925

Uttalelse 1/91, *EØS I*, Sml. 1991 s. I-6079

Sak C-368/95, *Familiapress*, Sml. 1997 s. I-3689

Sak C-67/96, *Albany*, Sml. 1999 s. I-575

Sak C-222/97, *Trummer and Mayer*, Sml. 1999 s. I-1661.

Sak C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2002 s. I-4731

Sak C-407/98, *Abrahamsson*, Sml. 2000 s. I-5539

Sak C-112/00, *Schmidberger*, Sml. 2003 s. I-5659

Sak C-452/01, *Ospelt*, Sml. 2003 s. I-9743

Sak C-286/02, *Bellio Fratelli*, Sml. 2004 s. I-3456

Sak C-319/02, *Manninen*, Sml. 2004 s. I-7477

Sak C-540/03, *Europaparlamentet mot Rådet*, Sml. 2006 s. I-5769

Sak C-471/04, *Keller Holding*, Sml. 2006 s. I-2107

Sak C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*, Sml. 2008 s. I-505

Sak C-267/09, *Kommisjonen mot Portugal*, (ennå ikke i Sml.)

Sak C-457/09, *Chartry*, (ennå ikke i Sml.)

Forente saker C-297 og 298/10, *Hennings/Land Berlin*, (ennå ikke i Sml.)

Sak C-386/10, *Chalkor AE Epexergasias Metallon*, (ennå ikke i Sml.)

Sak C-544/10, *Deutsches Weintor*, (ennå ikke i Sml.)

Sak C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH*, (ennå ikke i Sml.)

Sak C-199/11, *Europese Gemeenschap*, (ennå ikke i Sml.)

Underretten

Sak T-190/10, *Egan/Hackett*, (ennå ikke i Sml.)

EFTA-domstolen

Sak E-1/94, *Restamark*, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 s. 15

Sak E-2/95, *Eidesund*, EFTA Ct. Rep. 1995-1996 s. 1

Sak E-/96, *Ullensaker Kommune*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 30

Sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95

Sak E-1/00, *Íslandsbanki*, EFTA Ct. Rep. 2000-2001 s. 8

Sak E-3/00, *Kellogg's*, EFTA Ct. Rep. 2000-2001 s.73

Sak E-8/00, *LO*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 114

Sak E-1/01, *Einarsson*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 1

Sak E-1/02, *Postdok*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 1

Sak E-2/02, *Bellona*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52

Sak E-2/03, *Ásgeirsson*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 185

Sak E-1/04, *Fokus Bank*, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11

Sak E-10/04, *Piazza*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 76

Sak E-2/06, *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 164

Forente saker E-9 og 10/07, *L'Oréal*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259

Sak E-15/10, *Posten*, (ennå ikke i EFTA Ct. Rep.)

Sak E-4/11, *Clauder*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216

Norges Høyesterett

Rt. 2000 s. 1811 *Finanger*