

OVERSIKT
OVER
EØS-
RETTE

FINN ARNESEN
SIMEN HAMMER SVIK
ERLING HJELMENG
OLAV KOLSTAD
OLE-ANDREAS ROGNSTAD



Universitetsforlaget

**OVERSIKT OVER
EØS-RETTE**

Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng,
Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad

OVERSIKT OVER EØS-RETTE

UNIVERSITETSFORLAGET

© Universitetsforlaget 2022

ISBN 978-82-15-02519-3

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Nina Lykke

Sats: ottaBOK

Trykk: 07 Media – 07.no

Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS

Boken er satt med: Stempel Garamond 10,5/14

Papir: 90 g Arctic matt 1,0



Forord

Siden 1994 har EØS-avtalen lagt en ny dimensjon til norsk rett. Et kjennetegn ved EØS-retten er at den er rettsområdespesifikk og generell på samme tid. Omtrent som det kan gi mening å tale om alminnelig og spesiell kontraktsrett, alminnelig og spesiell forvaltningsrett og alminnelig og spesiell strafferett, kan det også gi mening å tale om alminnelig og spesiell EØS-rett, der den spesielle er EØS-rett for spesielle saksområder. Denne boken tar sikte på å gi en oversikt over den alminnelige EØS-retten.

Boken Sejersted mfl., *EØS-rett*, kom i tredje og siste utgave i 2011. Den boken du nå holder i hendene, er i mangt og meget en videreføring, men med delvis nye forfattere. Som regjeringsadvokat var det vanskelig for Fredrik Sejersted å være med videre, av flere grunner. Han har imidlertid velvilligst stilt manuskriptet sitt til vår disposisjon, og vi takker så mye for det. Den oppmerksomme leser vil kjenne igjen et og annet fra *EØS-rett*, både fra de delene Fredrik var ansvarlig for, og fra deler andre hadde ansvaret for. Bortsett fra Fredrik er forfatterne fra *EØS-rett* med her også, men i tillegg har Simen Hammersvik og Erling Hjelmeng sluttet seg til laget.

Boken er et fellesprosjekt der vi har hatt hovedansvaret for hver våre deler. Ansvarsfordelingen innebærer at Ole-Andreas Rognstad har stått for kapitlene 1–4, 6 og 8. Foruten at noe av Sejersteds tekst svever over vannene i de førstnevnte kapitlene, kan et og annet gjenkjennes fra fremstillingen av EØS-retten i *Knophs oversikt over Norges rett* i avsnitt 3.1. Fremstillingen der er ved Finn Arnesen, og han har gitt sin tilslutning til bruken av det manuskriptet. Finn Arnesen har selv hatt ansvaret for kapitlene 7, 9–14 og 28, Simen Hammersvik for kapitlene 5, 15 og 21–24, Erling Hjelmeng for kapitlene 16 og 17 og Olav Kolstad for kapitlene 18–20. I tillegg har Arnesen og Hammersvik samarbeidet om del IV (kapitlene 25–27). Ole-Andreas Rognstad har hatt et hovedansvar og stått for koordineringen av alle bidragene i slutfasen. Forfatterkollegiet har like fullt utvekslet synspunkter på utformingen av hverandres deler, og i det hele tatt søkt å gi fremstillingen en så helhetlig form som mulig.

Selv om fremstillingen i mangt og meget er en videreføring av *EØS-rett*, markerer tittelen at det ikke er tale om en ny utgave, men en ny fremstilling

med en noe annen innretning. Ambisjonen er likevel fortsatt å løfte frem hovedlinjene i rettsstoffet på en slik måte at leseren får innsikt og utbytte. I tillegg har Nav-saken om feilpraktiseringen av folketrygdlovens regler om blant annet arbeidsavklaringspenger vist at evnen til å identifisere og håndtere EØS-rettslige problemstillinger kan bli bedre i den norske juriststanden. Denne boken er ment som en hjelp til dette, men vi vil likevel fremheve at på samme måte som Piet Hein har påpekt i et av sine gruk:

«Til ånd kan ord
kun give skitsen
Enhver må selv
levere vitsen»,

må leseren av denne boken selv evne å trekke konsekvensene av det den formler, for det eller de retts spørsmålene vedkommende skal ta stilling til.

De vitenskapelige assistentene Vemund Rolstad og Simen Stang Lund har gitt uvurderlig hjelp til å sette manuskriptet i stil og orden og til utarbeidelse av registre. Universitetsforlaget har, ved redaktør Anne Fougner Helseth, sørget for at prosessen med denne boken har forløpt så smertefritt som mulig. For dette gir vi vår beste takk.

Fremstillingen er i all hovedsak ferdigstilt og søkt ført à jour per 1. januar 2022, likevel er det gjort noen helt få tilføyelser i løpet av våren 2022. Tilbakemeldinger om bokens innhold og innretning kan sendes finn.arnesen@jus.uio.no.

Oslo, april 2022

*Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng,
Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad*

Innhold

Forord	5
DEL I	
EØS-AVTALEN: BAKGRUNN OG HOVEDTREKK	19
Kapittel 1	
Innledning	21
Kapittel 2	
Kort historisk bakgrunn	25
Kapittel 3	
Om forholdet mellom EU-retten og EØS-retten	30
3.1 Riss av det rettslige og institusjonelle rammeverket i EU og EØS	30
3.1.1 Topilarstrukturen i EØS	30
3.1.2 EU-pilaren	31
3.1.3 EØS-organene	37
3.1.4 EFTA-organene	39
3.2 EØS-avtalens homogenitetsmål – virkemidler, innhold og betydning	41
3.2.1 Homogenitetsmålets grunnlag og virkemidler	41
3.2.2 Homogenitetsmålets rekkevidde og gjennomslag	42
3.2.3 Homogenitetsmålets mulige grenser – «tvingende grunner»	48
3.3 EU-rettslig og EØS-rettslig tolkningsmetode	49
3.3.1 Utgangspunkter for den EØS-rettslige tolkningsmetoden	49
3.3.2 Grunntrekk ved EU-rettslig tolkningsmetode	50
3.3.3 Grunnlaget for og særtrekk ved den EØS-rettslige tolkningsmetoden	58

Kapittel 4

Overtakelse av nye EU-initierte regler i EØS	68
4.1 Oversikt over beslutningsprosessen i EØS	68
4.2 EFTA-statenes påvirkningsmuligheter på innholdet i EØS-regelverket	69
4.3 Prosedyren for overtakelse av nye rettsakter	70
4.4 EFTA-statenes «vetorett» mv.	74
4.5 Kort om EØS-reglernes virkning i nasjonal rett	76

Kapittel 5

Menneskerettighetenes stilling i EØS-retten	78
--	----

DEL II

MATERIELL EØS-RETT	87
--------------------------	----

Kapittel 6

Den materielle EØS-retten – en introduksjon	89
6.1 Oversikt over markedsreglene i EØS-retten	89
6.2 Sammenhengen mellom markedsreglene og betydningen av økonomisk aktivitet	95
6.3 Begrensningene i EØS-avtalens rekkevidde	98
6.4 Særlig om forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling	100
6.5 Forholdet mellom forbudsbestemmelsene og sekundærlovgivningen	106
6.6 Andre rettsområder	109

Kapittel 7

Generelt om forbudene mot hindringer for fri bevegelse	111
7.1 Hindringer og rettferdiggjøring – oversikt	111
7.2 Avgiftsmessige hindringer	113
7.3 Andre hindringer	114
7.3.1 Hindringskategorier	114
7.3.2 Adgangshinder	116
7.3.3 Atferdsregler	118
7.3.4 Adekvansforbeholdet	119
7.3.5 Sammenfatning	120
7.4 Rettferdiggjøring av hindringer	121
7.4.1 Skrevne og domstolsskapte grunnlag	121

7.4.2	Legitime hensyn	122
7.4.3	Krav til hindringen	123
7.4.4	Konsistenskravet	125

Kapittel 8

Fri bevegelighet for varer	127
8.1 Fri bevegelighet for varer i EØS – særtrekk	127
8.2 Varebegrepet og varereglens anvendelse	127
8.3 Dekningsområdet for EØS-avtalens regler om frie varebevegelser	129
8.3.1 Hvilke vareslag omfattes?	129
8.3.2 Varer med opprinnelse i EØS	132
8.4 Avgifter som handelshindringer	135
8.4.1 Generelt om avgiftsreguleringen i EØS	135
8.4.2 Forbudet mot toll og tollignende avgifter	135
8.4.3 Interne avgifter	139
8.5 Andre import- og eksportrestriksjoner	145
8.5.1 Oversikt over regelverket	145
8.5.2 Forbudet mot importrestriksjoner	146
8.5.3 Forbudet mot eksportrestriksjoner	159
8.5.4 Rettferdigjøring av restriksjoner	161
8.6 Særlig om statlige handelsmonopoler	177

Kapittel 9

Fri bevegelighet for personer og tjenester – utgangspunkter	184
--	-----

Kapittel 10

En alminnelig rett til fri bevegelighet for fysiske personer	186
10.1 Oversikt	186
10.2 Personkrets	188
10.3 Innreise, opphold og utreise	190
10.4 Unntak	193
10.5 Misbruksreservasjonen	197
10.6 Kort om trygderettslig vern	198
10.7 Godkjenning og vurdering av kvalifikasjonsbeviser mv.	200

Kapittel 11

Den frie bevegelighet for arbeidstakere	202
11.1 Oversikt	202
11.2 Anvendelsesområdet	203

11.2.1	Kravet om tilknytning til arbeidsmarkedet	203
11.2.2	Nærmere om arbeidstakerbegrepet	204
11.2.3	Kravet om statsborgerskap	207
11.2.4	Kravet om et grensekryssende element	207
11.2.5	Stillinger i den offentlige administrasjon	210
11.3	Rettighets- og pliktsubjekter	212
11.3.1	Rettighetssubjekter	212
11.3.2	Pliktsubjekter	213
11.4	Hindringsforbudet	215
11.5	Unntak fra hindringsforbudet	222
11.5.1	Oversikt	222
11.5.2	Nasjonalitetsbestemte hindringer	222
11.5.3	Nasjonalitetsnøytrale hindringer	223

Kapittel 12

Etableringsretten	227	
12.1	Oversikt	227
12.2	Tjenstedirektivets etableringsregler	228
12.2.1	Oversikt over hovedelementene	228
12.2.2	Forbudte krav og krav som skal vurderes	229
12.2.3	Krav til begrunnelsen for tillatelsesordninger	230
12.2.4	Krav til utformingen av tillatelsesordningen	234
12.2.5	Krav til tillatelsens innhold	236
12.2.6	Krav til utvelgelses- og fordelingskriterier	236
12.2.7	Krav til saksbehandlingen	237
12.2.8	Sammenfatning	237
12.3	De alminnelige reglene om etableringsrett	238
12.3.1	Reglens selvstendige betydning	238
12.3.2	Grensen mot de øvrige friheter	239
12.3.3	Kravet om et grensekryssende element	242
12.3.4	Grensen mot utøvelse av offentlig myndighet	244
12.3.5	Rettighets- og pliktsubjekter	246
12.3.6	Forbudet mot etableringshindringer	249
12.3.7	Unntak fra forbudet mot etableringshindre	253
12.3.8	Særlig om nasjonale selskapsrettslige regler som etableringshindringer	260

Kapittel 13

Fri bevegelighet for tjenester	263
13.1 Tjenestedirektivets regulering av tjenester	263
13.1.1 Direktivreguleringens praktiske betydning	263
13.1.2 Adgangen til å yte tjenester over landegrensene	263
13.1.3 Adgangen til å motta tjenesteytelser	265
13.2 De alminnelige reglene om fri bevegelighet for tjenester	266
13.2.1 Oversikt	266
13.2.2 Forholdet til de øvrige frihetene	267
13.2.3 Forbeholdet i EØS art. 37 (1)	268
13.2.4 Nærmere om tjenestebegrepet	271
13.2.5 Krav om et grensekryssende element	276
13.2.6 Rettighets- og pliktsubjekter	279
13.2.7 Restriksjonsvurderingen	280
13.2.8 Lovlige restriksjoner	282
13.3 Kort om helsetjenester	287

Kapittel 14

Fri bevegelighet for kapital og betalinger	290
14.1 Reglens anvendelsesområde	290
14.2 Oversikt over reglene	292
14.3 Den frie kapitalbevegelighet	293
14.4 Fri bevegelighet for betalinger	297

Kapittel 15

Offentlige anskaffelser	300
15.1 Grunnriss av anskaffelsesretten	300
15.2 Anvendelsesområdet for anskaffelsesregelverket	302
15.2.1 Oversikt	302
15.2.2 Pliktsubjekter	302
15.2.3 Rettighetshavere	307
15.2.4 Innkjøpskontrakt	309
15.2.5 Regler om begrensninger i anvendelsesområdet	314
15.3 Grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper	316
15.3.1 Oversikt	316
15.3.2 Prinsippene om likebehandling og ikke-diskriminering ..	317
15.3.3 Gjennomsiktighetsprinsippet	320
15.3.4 Proporsjonalitetsprinsippet	321

15.4	Grunnlaget for konkurransen	322
15.4.1	Kunngjøringsplikt	322
15.4.2	Valg av anskaffelsesprosedyre	324
15.4.3	Regler om leverandørens deltakelse i konkurransen	326
15.4.4	Krav til tilbudets innhold	331
15.4.5	Krav til utforming og inngivelse av tilbud	334
15.4.6	Tildelingskriterier	336
15.4.7	Endringer av grunnlaget for konkurransen	339
15.5	Gjennomføring og avslutning av konkurransen	341
15.5.1	Oversikt	341
15.5.2	Utelukkelse av leverandører	342
15.5.3	Avvisning av leverandører	346
15.5.4	Avvisning av tilbud	349
15.5.5	Endring og avklaring av tilbud	352
15.5.6	Avslutning av konkurransen	355
15.6	Endring av inngått kontrakt	356
15.6.1	Oversikt	356
15.6.2	Vesentlige endringer	357
15.6.3	Endringer som er tillatt	359
15.7	Håndheving og kontroll	361
15.7.1	Oversikt	361
15.7.2	Håndheving før kontrakt er inngått	363
15.7.3	Håndheving etter kontrakt er inngått	365
15.7.4	Krav om erstatning	368

Kapittel 16

	Reglene om offentlig støtte	373
16.1	Oversikt over systemet	373
16.2	Støtteforbudet i EØS art. 61 (1)	374
16.2.1	Oversikt	374
16.2.2	Offentlige midler	375
16.2.3	Foretak som støttemottaker	376
16.2.4	Økonomisk fordel	378
16.2.5	Selektivitet	379
16.2.6	Konkurransевridning og samhandelspåvirkning	380
16.3	Unntak og sekundærlovgivning	383
16.3.1	Oversikt	383
16.3.2	Unntaket i EØS art. 61 (3)	384
16.3.3	Gruppeunntaket – GBER	385

16.4	Særlige områder	386
16.4.1	Offentlig ervervsvirksomhet, markedsaktørprinsippet ...	386
16.4.2	Skatt og avgift	391
16.4.3	Tjenester av allmenn økonomisk betydning	393
16.5	Tilsyn og håndheving	395
16.5.1	Oversikt	395
16.5.2	Ny og eksisterende støtte	396
16.5.3	Iverksettelsesforbudet som grunnlag for håndheving	396
16.5.4	Lov om offentlig støtte / støtteprosessloven	397
16.5.5	ESAs håndheving overfor Norge	398
16.5.6	Rapporteringsplikter og støtteregister	400
16.5.7	Tilbakeføring av ulovlig støtte	400
16.5.8	Privat håndheving	405

Kapittel 17

Offentlige foretak og foretak som yter tjenester av allmenn økonomisk betydning	408
--	------------

Kapittel 18

EØS-avtalens konkurranseregler – presentasjon og fellesspørsmål ..	413
18.1 Presentasjon av konkurransereglene	413
18.1.1 Konkurransereglenes funksjon i EØS	413
18.1.2 Særlig om den praktiske betydningen av EØS art. 57 og kontroll med foretakssammenslutninger	414
18.2 Konkurransereglenes pliktsubjekter – foretakskriteriet	417
18.2.1 Utgangspunktet – definisjonen av «foretak»	417
18.2.2 Uavhengig av rettslig status	418
18.2.3 Uavhengig av finansieringsmåte	418
18.2.4 Økonomisk virksomhet	419
18.2.5 Foretak innenfor samme økonomiske enhet	423
18.3 Samhandelskriteriet	426
18.3.1 Samhandelskriteriets funksjon	426
18.3.2 Handel	426
18.3.3 Handelen «mellom avtalepartene» må berøres	427
18.3.4 «Kan påvirke» – samhandelskriteriets materielle innhold	428
18.4 Det relevante marked	429
18.5 Håndheving av konkurransereglene i EØS	433

Kapittel 19

Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid	435
19.1 Presentasjon av forbudet	435
19.2 Samarbeidskriteriet – oversikt	436
19.2.1 Skillet horisontale og vertikale samarbeid	436
19.2.2 Avtalebegrepet	437
19.2.3 «Samordnet opptreden»	438
19.2.4 Særlig om informasjonsutveksling som grunnlag for etablering av samforstand	441
19.2.5 Samarbeid som er et resultat av både «avtale» og «samordnet praksis»	443
19.2.6 Samarbeidskriteriet og grensen mot individuell markedstilpasning	445
19.2.7 Beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak	447
19.3 Konkurransbegrensningskriteriet	448
19.3.1 Konkurransanalysen – noen utgangspunkter	448
19.3.2 Forholdet mellom forbudet og unntaket	451
19.3.3 Til «formål eller virkning» å begrense konkurransen	451
19.3.4 Når har et samarbeid til «formål» å begrense konkurransen?	452
19.3.5 Virkningsvurderingen	456
19.3.6 Tilknyttede begrensninger	458
19.4 Merkbarhetskravet	462
19.5 Unntaksbestemmelsen – generelle betraktninger	466
19.5.1 Effektivitetsgevinster kan begrunne unntak	466
19.5.2 Relevansen av ikke-økonomiske hensyn ved anvendelsen av unntaksbestemmelsen	467
19.5.3 Avveiningen mellom forbudet og unntaket	468
19.6 Effektivitetsgevinster som kan påberopes	468
19.6.1 Bare samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster er relevante	468
19.6.2 Effektivitet i produksjonen	470
19.6.3 Dynamisk effektivitet	471
19.7 Effektivitetsgevinstene må komme forbrukerne til gode	472
19.8 Nødvendighetskriteriet	474
19.9 Det må være en viss grad av «restkonkurranse»	475

Kapittel 20

Forbudet mot utilbørlig utnyttelse av ett eller flere foretaks dominerende stilling	476
20.1 Oversikt	476
20.2 Dominerende stilling	477
20.2.1 EFTA- og EU-domstolens definisjon	477
20.2.2 Relevante momenter i vurderingen av om det foreligger en dominerende stilling	478
20.2.3 En dominerende stilling kan innehas av ett eller flere foretak	483
20.3 Den dominerende stillingen må referere seg til EØS eller en vesentlig del av EØS	485
20.4 «Utilbørlig utnyttelse» av markedsrett	486
20.4.1 Ekskluderende misbruk	488
20.4.2 Misbruk av en dominerende stilling i marked A i det tilliggende marked B	492
20.4.3 Utnyttende misbruk	493
20.4.4 Unntaket for objektivt nødvendig atferd	496

DEL III

HÅNDHEVING OG DOMSTOLSKONTROLL	497
--------------------------------------	-----

Kapittel 21

Nasjonal håndheving og domstolskontroll	499
21.1 Introduksjon til nasjonal håndheving og domstolskontroll	499
21.2 Foreleggelse for EFTA-domstolen	500
21.2.1 Bakgrunn	500
21.2.2 Hvilke organer har rett til å forelegge?	501
21.2.3 Nasjonale domstolers rett til å innhente rådgivende uttalelser	509
21.2.4 EFTA-domstolens plikt til å besvare spørsmål	512
21.2.5 Uttalelsens betydning for nasjonal rettsanvendelse	519
21.3 Nærmere om EØS-rettslige prinsipper for nasjonal håndheving	522
21.4 EFTA-statenes erstatningsansvar	529
21.4.1 Oversikt	529
21.4.2 Det må foreligge et brudd på en EØS-regel som tar sikte på å gi private rettigheter	531

21.4.3	Kravet om tilstrekkelig kvalifisert brudd	533
21.4.4	Kravet til årsakssammenheng	538
21.4.5	Utmåling av tapet	540
21.5	Privates erstatningsansvar	541
21.5.1	Utgangspunkter	541
21.5.2	Erstatningsansvar etter primærretten	541
21.5.3	Erstatningsansvar etter sekundærretten	542
21.5.4	EØS-rettslige skranker for erstatningsvilkår i nasjonal rett	544
21.6	Nasjonal domstolskontroll med lovligheten av EØS-retten	545
21.6.1	Oversikt	545
21.6.2	Fri bevegelighet og Grunnloven, EØS grunnrettigheter og EMK	547
21.6.3	Sekundærrett vurdert mot Grunnloven, grunnrettigheter og EMK	552
21.6.4	Vedtak fra ESA og EU-byråer mot Grunnloven, EMK og EØS-retten	558

Kapittel 22

Overnasjonal håndheving og domstolskontroll med

EFTA-statene	565	
22.1	Oversikt	565
22.2	Parter i traktatbruddssøksmål	565
22.3	Traktatbruddsproseduren	567
22.4	Vilkår for traktatbrudd	569
22.5	Rettsvirkninger	574

Kapittel 23

Håndheving og domstolskontroll med ESA

23.1	Oversikt	576
23.2	Ugyldighetssøksmål	577
23.2.1	Overordnet om ugyldighetssøksmål	577
23.2.2	Parter i ugyldighetssøksmål	579
23.2.3	Angripelig vedtak	581
23.2.4	Rettslig interesse	585
23.2.5	Ugyldighetsgrunner	595
23.2.6	Rettsvirkning av søksmål og dom	600
23.3	Passivitetssøksmål	601
23.3.1	Overordnet om passivitetssøksmål	601
23.3.2	Søksmålsbetingelser	601

23.3.3	Rettsstridig passivitet	604
23.4	Erstatningssøksmål mot ESA	605
23.4.1	Overordnet om erstatningssøksmål	605
23.4.2	Vilkår for erstatning	608

Kapittel 24

Mellomstatlig kontroll og tvisteløsning	612
---	-----

DEL IV

EØS-AVTALEN I NORSK RETT	615
--------------------------------	-----

Kapittel 25

EØS-rettens krav til nasjonal gjennomføring	617	
25.1	Oversikt	617
25.2	EØS-avtalens hoveddel	619
25.3	Forordninger	620
25.4	Direktiver	625
25.5	EØS-avtalen protokoll 35	629

Kapittel 26

Virkninger av EØS-avtalen i norsk rett	632	
26.1	Oversikt	632
26.2	EØS-avtalens hoveddel	634
26.3	Forordninger	637
26.4	Direktiver	638
26.5	EØS-loven § 2	640

Kapittel 27

Ikke-gjennomførte EØS-reglers stilling i norsk rett	646	
27.1	Oversikt	646
27.2	Fravær av direkte virkning, men krav om EØS-konform tolkning	646
27.3	Presumsjonsprinsippet	649
27.3.1	Utgangspunkter	649
27.3.2	Prinsippetts rekkevidde	651
27.3.3	Særlig om prinsippetts gjennomslagskraft i private rettsforhold	652
27.3.4	Presumsjonsprinsippetts reelle betydning	655
27.4	Folkerettsreservasjoner	656

Kapittel 28	
EØS-rettens betydning for politikk og rettsanvendelse	659
Forkortelser	662
Litteratur	664
Domsregister	675
Stikkordregister	710

Del I

EØS-avtalen: bakgrunn og hovedtrekk

Kapittel 1

Innledning

Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-avtalen) er hjørnesteinen i Norges europatilpasning og den klart mest omfattende internasjonale avtalen Norge noen gang har inngått. Den har formidabel betydning både for det politiske livet og for rettslivet i Norge. Avtalen omfatter de tre EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein, men også EU-landene, som etter Storbritannias uttreden i 2020 er 27 i tallet, i tillegg til EU selv. Det betyr at det til sammen er 31 parter til EØS-avtalen.

EØS-avtalen ble undertegnet 2. mai 1992 og trådte i kraft 1. januar 1994. For EU innebar den en moderat utvidelse av EU-rettens virkeområde og en tettere tilknytning til vest- og mellomeuropeiske stater som av ulike grunner ikke ønsket fullt medlemskap. For Norge og de andre EFTA-statene var avtalen et stort sprang som formaliserte og førte videre en tilnærming til EU som hadde pågått i mange år. Siden den tid har både EU og Norges tilknytning til Europa endret seg mye, men på en slik måte at EØS-avtalens betydning er større enn noen gang. Politisk sett har den alltid vært kontroversiell, og det gjelder ikke mindre i dag. Den rettslige betydningen illustreres av at knapt nok et eneste område i norsk rett er uberørt av EØS-retten. Samtidig kan det kreve både innsikt og fantasi å se hvilken betydning EØS-retten har eller kan ha på det enkelte rettsområdet. I denne boken vil vi gi en oversikt over EØS-retten med vekt på dens materielle regler og betydning for norsk rett.

EØS-avtalens formål er, som det heter i avtalens fortale punkt 4, «å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, som er grunnlagt på felles regler og like konkurransevilkår, som har tilstrekkelige håndhevelsesmidler, også på domstolsplan, og som er oppnådd på grunnlag av likhet og gjensidighet og en samlet balanse av fordeler, rettigheter og forpliktelser for avtalepartene». Dette er nærmere konkretisert i art. 1 der det heter at avtalen skal «fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde». Kort fortalt var hoved-

hensikten med EØS-avtalen på det tidspunktet den ble inngått, å utvide EUs indre marked til også å omfatte EFTA-statene. Mye har hendt siden den tid, blant annet at land som var på EFTA-siden ved avtaleinngåelsen – nærmere bestemt Sverige, Finland og Østerrike – ble EU-medlemmer kort tid etter (1995). EU har også endret seg mye i årenes løp, noe som kompliserer målet om utvidelse av det indre markedet. Det ligger fast og er, som vi skal se, også i stor utstrekning retningsgivende for hvordan EØS-avtalen med tilhørende regelsett skal tolkes.

EØS-avtalen består av en hoveddel, vedlegg, protokoller og erklæringer. Hoveddelen inneholder grunnleggende prinsipper og regler som dels har sitt EU-motstykke i traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV) og visse særregler for EØS-avtalen. De 22 vedleggene inneholder EU-lovgivningen i form av forordninger, direktiver og andre rettsakter som er gjort til del av EØS-avtalen, med eller uten særskilte tilpasninger. Protokollene består av særregler for EØS og er nå 52 i tallet. Erklæringene er av ulik art, men har generelt sett ingen stor betydning for den daglige forståelsen og anvendelsen av EØS-avtalen.

Kort fortalt kan EØS-avtalen sies å innebære en utvidelse av nærmere angitte elementer i samarbeidet i EU til også å omfatte stater som ikke er medlemmer av EU. EU har en rekke omfattende samarbeider med andre land, der det siste skuddet på stammen er avtalen med Storbritannia som følge av sistnevntes utmeldelse fra EU (brexit). EØS-avtalen er likevel det samarbeidet som tettest følger regelverket i EU, og har på den måten viktige særtrekk med stor betydning for Norges tilknytning til EU. EØS-avtalen er imidlertid ikke det eneste samarbeidet Norge har med EU, idet for eksempel viktige områder som behandling av asylsøknader og visumsamarbeid dekkes av andre avtaler. Nevnes må også avtalen som Norge har inngått med Storbritannia som følge av at landet trådte ut av EU. EØS-avtalen er imidlertid den mest omfattende samarbeidsavtalen, og den vi vil legge hovedvekten på i denne fremstillingen. Samtidig er det viktig å få frem at den ikke dekker alt som er omfattet av EU-samarbeidet. Det kan skape problemer ved tolkningen av de reglene som er dekket av avtalen. Det gjelder ikke minst forskjeller som skyldes at EØS-avtalens hoveddel har stått uforandret siden 1992, mens EUs traktatgrunnlag i samme periode har vært endret ikke mindre enn fire ganger. Vi vil komme nærmere tilbake til utfordringene som forskjellene mellom EU- og EØS-samarbeidet skaper, og hvordan det har vært håndtert i praksis.

EØS-rettens betydning for norsk rett kan neppe overdrives, og det er viktig å påpeke at EØS-rett er norsk rett. Den såkalte «NAV-skandalen» som ble rullet ut i media høsten 2019, og som to år senere hadde resultert i tre offent-

lige utredninger¹ og saker for både EFTA-domstolen og Høyesterett,² gir en god illustrasjon på betydningen, men også kompleksiteten i rettskildebildet når tradisjonelle norske kilder støter an mot EØS-retten. I dette tilfellet ga folketrygdloven³ ett sett av regler og EUs trygdeforordninger,⁴ som er del av EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett ved forskrift, et annet sett. I tillegg kommer de alminnelige reglene i EØS-avtalens hoveddel om fri bevegelighet av personer og tjenester. Problemer oppsto her som følge av at folketrygdloven stiller krav om opphold i Norge blant annet for å få sykepenger (ftrl. § 8-9), arbeidsavklaringspenger (ftrl. § 11-3) og dagpenger (ftrl. § 4-2), samtidig som et slikt krav er vanskelig å forene med EØS-retten. Når NAV praktiserte og håndhevet folketrygdlovens regler uten å ta tilstrekkelig hensyn til EØS-reglene, ble resultatet vanskelig å forene med gjeldende norsk rett. Følgen var at en rekke personer som hadde reist utenlands samtidig som de mottok trygdeytelser i Norge ble straffet på uholdbart rettslig grunnlag – derav også uttrykket «skandale». Saken illustrerer godt behovet for å kunne og forstå EØS-rett, og denne boken er ment å skulle gi et bidrag til det.

I boken vil vi gi en oversikt over EØS-avtalens innhold og særtrekk, med blikk også på dens betydning for og virkninger i norsk rett. I det følgende vil vi først (i kapitlene 2–25) konsentrere oss om EØS-retten, og den EU-rettslige bakgrunnen og sammenhengen for den, mens betydningen for norsk rett for øvrig og sammenkobling med andre norske rettskilder vil bli nærmere behandlet i bokens del IV (kapitlene 25–27).

Det sentrale virkemiddelet for å realisere EØS-avtalens formål er regelhomogenitet. Med dette menes at EØS-avtalen skal gi grunnlag for de samme reglene som de som gjelder etter EU-retten på de områdene avtalen dekker. Hensynet til regellikhet vil derfor være viktig ved tolkningen av EØS-avtalen (homogenitetshensynet). På grunn av homogenitetshensynet vil i praksis mye av fremstillingen av EØS-retten, og særlig av de materielle reglene i del II, reelt sett være EU-rett som er transformert til EØS-rett gjennom EØS-avtalen. Den som skal forholde seg til EØS-rett som en viktig og sentral del av norsk rett, kan ikke unngå å måtte lære seg betydelig EU-rett på veien. Samtidig er EØS-avtalen karakterisert som en «egen rettslig orden»,⁵ og den har signifikante særtrekk.

-
- 1 Se NUT 2020: 1 Trygd, oppholds krav og reiser i EØS-området: Ekstern gjennomgang av praktisering og håndtering av EUs trygdeforordning, NOU 2020: 9 Blindsonen: Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholds krav ved reiser i EØS-området og NOU 2021: 8 Trygd over landegrensene: Gjennomføring og synliggjøring av Norges trygdekoordineringsforpliktelser.
 - 2 Sak E-8/20 *Straffesak mot N*; sak E-13/20 *O mot Arbeids- og velferdsdirektoratet*; sak E-15/20 *Straffesak mot P*. Se også Høyesteretts dom i førstnevnte sak, HR-2021-1453-S NAV.
 - 3 Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd.
 - 4 Rådsforordning 1408/71/EØF og forordning (EF) 883/2004.
 - 5 Første gang uttrykt av EFTA-domstolen i sak E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* avsnitt 59.

Denne boken kan bare skrape i overflaten av noe som er et rettssystem i seg selv, men knapt nok noen norske jurister kan klare seg uten å lære grunnleggende EØS-rett. Dette er ment som et skritt på veien. Samtidig har vi allerede påpekt at Norges forhold til Europa og EU-retten omfatter mer enn EØS og EØS-rett. Det illustreres godt av EU-domstolens dom i sak C-897/19 PPU *I.N.* som vi kommer tilbake til flere steder i fremstillingen. Denne boken handler imidlertid om EØS-rett, og den vil naturlig nok derfor være i forgrunnen.

Hva er EØS-rett, og hvordan virker EØS-rett sammen med EU-rett og norsk rett?

Her får du oversikt over EØS-rettens betydning i norsk rett på ulike rettsområder. Forfatterne klargjør hvilke EØS-rettslige skranker lovgiver og forvaltning må forholde seg til.

Forfatterne gir en innføring i reglene om fri bevegelighet for varer, tjenester, personer og kapital. Du får også et overblikk over reglene om konkurranse mellom foretak, offentlige innkjøp og statsstøtte.

Boken gir en oversikt over de institusjonelle systemene i EU og EØS og prosessen ved overtagelse av nye EU-rettsakter i EØS. Forfatterne beskriver særtrekk ved EU-rettslig og EØS-rettslig tolkningsmetode, blant annet med vekt på homogenitetsmålsettingen i EØS. De presenterer reglene om håndhevelse av EØS-retten, både i EØS-organer og i det norske rettssystemet.

Boken er en vesentlig omarbeidet videreføring av Sejersted mfl. *EØS-rett* (3. utg.), som har fungert som et standardverk for både praktiserende jurister og jusstudenter. *Oversikt over EØS-retten* er ment å overta denne stillingen.

Finn Arnesen er professor ved Nordisk institutt for sjørett og Senter for europarett ved Universitetet i Oslo.

Simen Hammersvik er advokat hos Regjeringsadvokaten.

Erling Hjelmeng er professor ved Institutt for privatrett og Senter for europarett ved Universitetet i Oslo og professor II ved Norges Handelshøyskole.

Olav Kolstad er partner og faglig leder for EU/EØS- og konkurranserett i Advokatfirmaet Schjødt.

Ole-Andreas Rognstad er professor ved Institutt for privatrett og Senter for europarett ved Universitetet i Oslo, og gjesteprofessor ved Helsingfors universitet.