

TORJE SUNDE, JON LUNDE
OG IDA SØREBØ



EØS-LOVGIVNINGEN

FRA EU-RETT TIL EØS-RETT OG NORSK RETT



Universitetsforlaget

EØS-LOVGIVNINGEN

Torje Sunde, Jon Lunde og Ida Sørebo

EØS-LOVGIVNINGEN

Fra EU-rett til EØS-rett og norsk rett

UNIVERSITETSFORLAGET

© H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard) AS ved Universitetsforlaget 2024

ISBN 978-82-15-05519-0

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

Forfatterne har mottatt støtte fra Det faglitterære fond.

Omslag: Stian Hole

Sats: ottaBOK

Trykk og innbinding: Livonia Print, Latvia

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

Papir: 90 g Amber Graphic



Forord

Den 28. oktober 2019 avholdt daværende arbeids- og sosialminister Anniken Hauglie en pressekonferanse. Dette ble opptakten til det som senere er omtalt som «NAV-saken». Det sentrale budskapet var at EØS-retten var feiltolket. Folketrygdlovens krav om opphold i Norge som vilkår for arbeidsavklaringspenger og andre ytelser ved sykdom var praktisert i strid med trygdeforordningen. Trygdeforordningen var riktignok gjennomført i norsk rett, men NAV hadde likevel – i strid med forordningen – stilt krav om opphold i Norge som vilkår for ytelsene. Gjennomgangen av praksis viste at dette hadde fått alvorlige konsekvenser for et stort antall privatpersoner, og at flere hadde mottatt feilaktige tilbakebetalingskrav og blitt uriktig straffet for trygdebedrageri. Hvordan kunne dette skje?

NAV-saken og etterfølgende granskninger, blant annet i NOU 2020: 9 *Blindsonen*, skapte en helt ny oppmerksomhet om EØS-rett i Norge. NAV-saken viste at det forelå utfordringer på en rekke ulike plan. For det første illustrerte den hvor krevende det kan være å tolke og anvende EØS-rettsakter. Trygdeforordningen var både teknisk og detaljert, og sentrale bestemmelser hadde uklare ordlyd og uklare rekkevidde. Dessuten var heller ikke forholdet til den tidligere forordningen og de overordnede prinsippene om fri bevegelighet klart. For det andre ga NAV-saken opphav til en rekke spørsmål om hvordan forordninger og andre rettsakter gjennomføres i norsk rett. Folketrygdlovens krav om opphold i Norge fulgte av lov, mens trygdeforordningen (som gjorde unntak fra oppholdskravene) var gjennomført i en litt bortgjemt forskrift.

Samlet sett ble det altså klart at det var behov for mer kunnskap og bevissthet om EØS-lovgivningsprosessen, særlig gjennomføringen av EØS-rett i norsk rett. Det er dette behovet denne boken søker å dekke. Dette er den første boken i Norge på lang tid som i sin helhet er viet til spørsmålet om hvordan EU-rett blir til EØS-rett, og hvordan EØS-rett blir til norsk rett.

Vi som er forfattere av denne boken, har jobbet med disse spørsmålene i mange år. Og vi har gjort dette i ulike roller – både gjennom lovarbeid og annet utredningsarbeid, rådgivning, undervisning og rettsprosesser for domstolene.

Temaet gir opphav til en rekke problemstillinger som er komplekse og uoversiktlige. Det er et stort tema, og vi er klar over at vi ikke har rukket over

alt. Forhåpentligvis kan boken bygges ytterligere ut i fremtidige versjoner. Boken er et fellesverk mellom forfatterne, der vi i størst mulig grad har forsøkt å behandle temaene i samarbeid.

Manuset er fagfellevurdert av professor Halvard Haukeland Fredriksen. I tillegg er deler av manuset lest gjennom av Marthe Kristine Fjeld Dystland, Ólafur Jóhannes Einarsson og Kyrre Isaksen. Vi vil takke dem alle for svært gode og nyttige kommentarer. Takk også til Universitetsforlaget og vår forlagsredaktør Anne Fougner Helseth for godt og engasjerende samarbeid. Takk også til Norsk faglitterær forfatter- og oversetterforening for støtte fra Det faglitterære fond. En stor takk går til partnere, nær familie og gode venner for tålmodighet underveis i prosessen.

Synspunktene i boken er våre egne og kan ikke identifiseres med våre arbeidsgivere. Eventuelle feil og ufullstendigheter i boken tilregnes oss alene. Med tanke på senere utgaver vil vi sette stor pris på tips om forbedringer.

Boken er forsøkt ajourført med rettspraksis og relevant juridisk teori frem til 1. oktober 2023, men slik at vi også har innarbeidet Høyesteretts avgjørelse i HR-2023-2030-P (ACER II).

Oslo, 1. november 2023

Torje Sunde, Jon Lunde og Ida Sørebo

Innhold

Forord	5
Kapittel 1	
Om denne boken	13
1.1 Om boken	13
1.2 Om sentrale begreper og andre fremstillingsvalg	13
1.3 Videre fremstilling	15
Kapittel 2	
Oversikt over EØS-avtalen	18
2.1 Hva er EØS-avtalen?	18
2.2 EØS-avtalens oppbygning	25
2.2.1 Innledning	25
2.2.2 Hoveddelen	26
2.2.3 Vedleggene	29
2.2.4 Protokollene	36
2.2.5 Sluttakten	43
2.3 Topilarsystemet	43
Kapittel 3	
Innlemmelse av rettsakter i EØS-avtalen	48
3.1 Om kapitlet	48
3.2 EØS-relevans og akseptabilitet: Hvilke rettsakter skal innlemmes i EØS-avtalen?	49
3.2.1 Innledning	49
3.2.2 EØS-avtalens forutsetning om kontinuerlig videreutvikling av avtalen	53
3.2.3 Utgangspunktene for EØS-relevansvurderingen	55
3.2.4 Norske myndigheters tilnærming til vurderingen av EØS-relevans	58
3.2.5 Andre tilnærminger til vurderingen av EØS-relevans ...	69

3.2.6	Proessen og tidspunktet for vurdering av EØS-relevans	71
3.2.7	Enkelte krevende spørsmål for vurderingen av EØS-relevans	73
3.2.7.1	Innledning	73
3.2.7.2	Prosessuelle bestemmelser	74
3.2.7.3	Kriminaliseringsforpliktelser	76
3.2.7.4	Rettsakter som regulerer aktivitet utenfor EØS-avtalens geografiske virkeområde	78
3.2.8	Akseptabilitet – noen vanskelige saker	83
3.2.9	Særlig om innlemmelse av ikke-bindende instrumenter ..	85
3.2.10	Særlig om innlemmelse av rettsakter i protokoll 31	87
3.3	Innlemmelsesprosedyren	91
3.3.1	Prosedyren for endring av EØS-avtalens vedlegg og protokoller	91
3.3.2	Behandlingen av nye rettsakter på norsk side	94
3.3.3	Utformingen av EØS-komiteens beslutninger om innlemmelse	98
3.3.4	Nærmere om endringsrettsakter	100
3.3.5	Opphevelse av EØS-rettsakter	104
3.3.6	Oversettelse og kunngjøring av EØS-komitebeslutninger	106
3.4	EØS-tilpasninger	107
3.4.1	Generelt	107
3.4.2	Tilpasning av nivå 2-rettsakter	113
3.4.3	Protokoll 1 – gjennomgående tilpasninger	114
3.4.4	Noen tilpasninger som forekommer ofte	119
3.4.5	Erklæringer fra avtalepartene	123
3.5	Konstitusjonelle forbehold (artikkel 103-forbehold)	125
3.5.1	Generelt om konstitusjonelle forbehold	125
3.5.2	Reglene om midlertidig anvendelse («seksmånedersfristen»)	127
3.5.3	Om innhenting av Stortingets samtykke	128
3.6	Myndighetsoverføring	132
3.6.1	Innledning	132
3.6.2	Når overfører en rettsakt myndighet?	133
3.6.3	Grunnlovens grenser	139
3.6.4	Konsekvenser ved myndighetsoverføring i strid med Grunnloven	147
3.7	Reservasjonsrett («vetoett») og suspensjon	149

3.8	Ikrafttredelsestidspunktet for EØS-komiteens beslutninger	156
3.9	Om språk, oversettelse og kunngjøring av EØS-rettsakten	159
3.9.1	Innledning	159
3.9.2	Hvilke språkversjoner er autentiske?	159
3.9.3	Om arbeidet med oversettelse og kunngjøring av norsk autentisk versjon	161
3.9.4	Konsekvenser av at en rettsakt ikke finnes i autentisk norsk versjon	164

Kapittel 4

	Hvordan tolke rettsakter innlemmet i EØS-avtalen	166
4.1	Om kapitlet	166
4.2	Tolkningen av selve rettsakten	167
4.2.1	Ordlyd, kontekst og formål	167
4.2.1.1	Innledning	167
4.2.1.2	Ordlydstolkning	168
4.2.1.3	Kontekstuell tolkning	172
4.2.1.4	Formålstolkning – og særlig om effektivitetsprinsippet	181
4.2.2	Rettspraksis fra EU-domstolen	184
4.2.3	Rettspraksis fra EFTA-domstolen	186
4.2.4	Særlig om forarbeidene og tilblivelseshistorikken	187
4.2.5	Generaladvokatuttalelser, gjennomføringshåndbøker og veiledninger mv.	190
4.3	Tolkningen må ta hensyn til EØS-konteksten	192
4.3.1	Innledning	192
4.3.2	Rammer og føringer som ligger i EØS-avtalens hoveddel og protokoller	193
4.3.3	EØS-tilpasninger og erklæringer	193
4.3.4	Homogenitetsprinsippet	195

Kapittel 5

	Gjennomføring av EØS-rettsakter i norsk rett	203
5.1	Om kapitlet	203
5.2	Bakteppet: folkerett og nasjonal rett som to adskilte rettssystemer	206
5.2.1	Dualisme og monisme	206
5.2.2	Ulike metoder for gjennomføring	208
5.2.3	EU-rettenes krav til gjennomslag og gjennomføring i EUs medlemsstater	212

5.2.4	EØS-retten som del av EU-retten	222
5.2.5	EØS-rettens krav til gjennomføring og gjennomslag	224
5.3	Forordninger	231
5.3.1	Innledning	231
5.3.2	Forordninger i EU og EØS	232
5.3.3	Kravet om gjennomføring «som sådan»	234
5.3.4	Må alle forordninger gjennomføres?	237
5.3.5	Har forordninger egentlig umiddelbar anvendelse etter EØS-avtalen?	238
5.3.6	Nærmere om lov- og forskriftsbestemmelser som inkorporerer forordninger	241
5.3.7	EØS-rettsakter som endrer forordninger	242
5.3.8	Supplering av forordninger med nasjonale bestemmelser	248
5.3.9	Gjengivelse av forordninger	256
5.3.10	Plikten til å rydde i eksisterende nasjonalt regelverk	259
5.3.11	NAV-saken – hva handlet den om, og hva gikk feil?	262
5.4	Direktiver	267
5.4.1	Innledning	267
5.4.2	Hva er et direktiv?	268
5.4.3	Hvilke direktivbestemmelser må gjennomføres?	270
5.4.4	Utgangspunktet: Myndighetene bestemmer «formen og midlene for gjennomføringen»	272
5.4.5	Gjennomføringen må skje ved bindende rettsnormer	277
5.4.6	Gjennomføringen må også være utvetydig, presis og klar samt tilstrekkelig offentliggjort	287
5.4.7	Særlig om gjennomføring av lokale myndigheter eller av private parter	291
5.4.8	Særlig om total- og minimumsharmonisering	293
5.4.9	Plikt til å rydde i eksisterende nasjonalt regelverk	298
5.4.10	Plikt til å gi supplerende sanksjonsregler	300
5.4.11	En praktisk veileder til direktivgjennomføring	303
5.4.11.1	Innledning	303
5.4.11.2	Direktivets fortale	303
5.4.11.3	Formålsbestemmelser	303
5.4.11.4	Definisjonsbestemmelser	305
5.4.11.5	Bestemmelser som utelukkende gjelder forholdet mellom statene eller mellom statene og EU/EØS-organer	308

5.4.11.6	Bestemmelser om opprettelse av ulike organer og deres kompetanse	312
5.4.11.7	Bestemmelser om nasjonale myndigheters saksbehandling	312
5.4.11.8	Bestemmelser som gir statene mulighet til å gjøre unntak fra direktivet	314
5.4.11.9	Bestemmelser som gir evalueringsforpliktelser	315
5.4.11.10	Bestemmelser som reiser særskilte tolknings spørsmål	316
5.4.11.11	Bestemmelser som gir statene skjønnshet	319
5.4.11.12	Bestemmelser som pålegger statene å nå bestemte faktiske mål eller resultater	322
5.4.11.13	Gjennomføring av veiledende eller illustrerende direktivtekst	324
5.4.11.14	Gjennomføring av vedlegg til direktiver	326
5.5	Beslutninger og ikke-bindende instrumenter	326
5.5.1	Innledning	326
5.5.2	Gjennomføring av beslutninger	327
5.5.3	Ikke-bindende instrumenter	330
5.6	Rettsakter i protokoller	331
5.6.1	Innledning	331
5.6.2	Generelle krav til gjennomføring av innholdet i protokollene	331
5.6.3	Gjelder EØS-avtalen artikkel 7 for rettsakter inntatt i protokoller?	333
5.7	Hva er gjennomføringsfristen?	337
5.8	«Unnskyldningsgrunner» for manglende gjennomføring	338
5.9	Førtidig gjennomføring	343
5.9.1	Innledning	343
5.9.2	Forholdet til gjeldende EØS-forpliktelser	344
5.9.3	Førtidig gjennomføring av direktiver	347
5.9.4	Førtidig gjennomføring av forordninger	350
5.10	Synliggjøring av EØS-retten i regelverket	353
5.10.1	Innledning	353
5.10.2	Synliggjøring av EØS-retten i gjennomføringsregelverket	354
5.10.3	Synliggjøring av EØS-rettslige berøringspunkter i nasjonalt initiert regelverk	357
5.11	Tilgjengeliggjøring av EØS-rettsakter	362

Kapittel 6

EØS-rettsaktene gjennomslag i norsk rett ved manglende, feilaktig eller utilstrekkelig gjennomføring	365
6.1 Om kapitlet	365
6.2 Prinsipper for tolkning av nasjonal lovgivning i samsvar med EØS-retten	366
6.2.1 Innledning	366
6.2.2 Prinsippet om EØS-konform tolkning	367
6.2.3 Presumsjonsprinsippet	375
6.3 Prinsippet om forrang for gjennomført EØS-rett	385
6.3.1 Innledning	385
6.3.2 Forrangsprinsippet i EU og EØS-avtalen protokoll 35 ..	385
6.3.3 EØS-loven § 2	388
Om forfatterne	394
Forkortelser	395
Litteraturliste	396
Domsregister	405
Stikkordregister	414

Kapittel 1

Om denne boken

1.1 Om boken

I denne boken gis en detaljert og praktisk oversikt over hvordan EU-lovgivning inntas i EØS-avtalen, og hvordan den deretter blir til norsk lov eller forskrift. Disse prosessene omtales som henholdsvis *innlemmelse* og *gjennomføring*, og gir opphav til en rekke spørsmål som vi behandler i hvert sitt kapittel i boken.

Både innlemmelses- og gjennomføringsprosessen er omtalt i de EØS-rettslige hovedverkene som er tilgjengelige i Norge, men omtalen er ofte nokså overordnet og generell. Publikasjoner utgitt av Utenriksdepartementet, Justis- og beredskapsdepartementet eller EFTA-sekretariatet har derfor gitt størst innblikk i praksis. I denne boken ønsker vi å gi en mer helhetlig og dyptgående fremstilling av temaene – både av de rettslige spørsmålene og av praksis.

I boken har vi også et eget kapittel om *tolkningen av EØS-rettsakter*, ettersom korrekt tolkning av rettsakten ofte er en helt sentral forutsetning for en korrekt innlemmelse og gjennomføring. Vi har også et eget kapittel om EØS-rettsakters gjennomslagskraft i norsk rett ved manglende, feilaktig eller utilstrekkelig gjennomføring.

Vi håper vi med denne boken kan bidra til å gjøre kunnskap om innlemmelses- og gjennomføringsprosessen mer tilgjengelig. Det er ingen tvil om at det er nødvendig, og at EØS-retten fremover bare får en større og mer sentral plass i norsk rettsliv.

1.2 Om sentrale begreper og andre fremstillingsvalg

Forkortelser vi har brukt, er forklart bakerst i boken. De mest sentrale begrepene løfter vi frem her:

- **EFTA-statene** omfatter Norge, Island og Liechtenstein. Vi har valgt å bruke dette uttrykket i stedet for det lengre uttrykket «EØS/EFTA-statene». Vi holder oss dermed til definisjonen i EØS-avtalen artikkel 2 bokstav b. Der som vi omtaler EFTA-statene i EFTA-konvensjonens forstand (som også inkluderer Sveits), vil det fremgå av teksten.

- **EU-domstolen** sikter til det som i dag utgjør øverste instans («Domstolen») i Den europeiske unions domstol, jf. TEUV artikkel 251–253. Vi har valgt å bruke EU-domstolen gjennom hele boken, selv om vi omtaler avgjørelser hvor EU-domstolen formelt sett inngikk i en annen struktur og med et annet navn (opprinnelig het domstolen «EF-domstolen»).
- **EU-rettsakter**, se begrepet «rettsakt».
- **EØS-avtalen** brukes slik begrepet er definert i EØS-avtalen artikkel 2 bokstav a, og omfatter altså både hoveddelen, protokollene, vedleggene og EØS-rettsaktene som er omhandlet i dem.
- **EØS-rettsakter** brukes om EU-rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen, med de tilpasninger som følger av vedlegget hvor rettsakten er plassert, protokoll 1 og EØS-avtalen for øvrig.
- **Gjennomføring** brukes om regelverksendringer som er nødvendige for å sikre at nasjonal rett er i samsvar med en EØS-forpliktelse. Gjennomføring brukes da som en merkelapp på *resultatet* – altså de lov- eller forskriftsvedtakene som endrer norsk rett slik at EØS-forpliktelsen oppfylles. I tillegg benytter vi uttrykket tidvis om hele *prosessen* med å forberede regelendringen, slik at det inkluderer også den forutgående vurderingen av hvilke regelverksendringer som er nødvendige, og hvordan reglene skal utformes. Se om gjennomføringsbegrepet i punkt 5.1.
- **Gjennomføringslovgivning** brukes om lover og forskrifter som gjennomfører EØS-forpliktelser i norsk rett.
- **Ikke-bindende instrumenter** brukes om både ikke-bindende rettsakter (rekommendasjoner og uttalelser) og veiledninger, meldinger, resolusjoner e.l. som ikke regnes som rettsakter.
- **Innlemmelse** sikter til at en EU-rettsakt inntas i EØS-avtalen og dermed blir en del av denne.
- **Nivå 1-rettsakt/regelverk** brukes om rettsakter som er vedtatt med hjemmel i EUs traktater, typisk en rettsakt vedtatt av Europaparlamentet og Rådet.
- **Nivå 2-rettsakt/regelverk** brukes om rettsakter som er vedtatt med hjemmel i en nivå 1-rettsakt, typisk av Kommisjonen.

- **Rettsakter** brukes som fellesbegrep for de lovgivningsinstrumentene som vedtas i EU og er listet opp i TEUV artikkel 288. Dette er forordninger, direktiver, beslutninger, rekommandasjoner og uttalelser. De tre første er bindende rettsakter, mens de to siste er ikke-bindende rettsakter. Uttrykket kan brukes om både EU-rettsakter og EØS-rettsakter. Med EØS-rettsakter menes rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen (se definisjonen over). Med EU-rettsakter menes rettsakter slik de gjelder etter EU-retten.
- **Sekundærlovgivning** brukes som samlebegrep for EU- eller EØS-rettsaktene innenfor et område.

Når det gjelder sitater fra EU-domstolen, har vi valgt å benytte engelsk språkversjon i stedet for dansk. Etter vår erfaring er den engelske teksten ofte mer presis enn den danske. Vi har også valgt å sitere EFTA-domstolens uttalelser på engelsk fremfor norsk. Bakgrunnen for dette er at EFTA-domstolens arbeidsspråk er engelsk, og at vi tidvis opplever at den norske oversettelsen er mindre presis.

Når det gjelder sitater fra TEUV, altså Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, har vi brukt den norske oversettelsen. Dette er ingen autentisk tekst, men den norske teksten gir etter vårt syn en bedre tekstflyt her i boken. Der hvor det er nødvendig, har vi likevel vist til teksten også på engelsk.

Underveis i boken har vi aktivt gjort bruk av tekstbokser. Tekstboksene er blant annet brukt til å illustrere poenger fra brødteksten gjennom konkrete eksempler eller gi praktiske tips til leseren der vi tenker det kan være nyttig.

1.3 Videre fremstilling

Boken er bygget opp på følgende måte:

I kapittel 2 gir vi en *oversikt over EØS-avtalen*. Vi innleder med å gi en kort og overordnet presentasjon av avtalen – både dens praktiske betydning, formål og særlige kjennetegn. Deretter bruker vi en del plass på EØS-avtalens struktur og oppbygning. Dette er nødvendig forkunnskap for å forstå hvordan innlemmelse av rettsakter skjer i EØS-avtalen, samt hvordan en korrekt gjennomføring av de innlemmede EØS-rettsaktene sikres. Til slutt omtaler vi topilarsystemet, som er det institusjonelle rammeverket avtalen bygger på.

I kapittel 3 omtales prosessen for *innlemmelse av rettsakter i EØS-avtalen*. Dette er altså fasen hvor en rettsakt er vedtatt i EU og vurderes innlemmet i EØS-avtalen. Denne vurderingen omfatter spørsmålet om hvorvidt rettsakten ut fra sitt innhold forutsettes innlemmet i EØS-avtalen («EØS-relevansspør-

målet»), og spørsmålet om hvorvidt det er ønskelig for EFTA-statene å bli folkerettslig bundet til innholdet i den aktuelle rettsakten («akseptabilitetsspørsmålet»). En vesentlig del av kapitlet går med til drøftelser av dette. I kapitlet ser vi videre på den konkrete innlemmelsesprosessen, arbeidet med EØS-tilpasninger og forholdet til konstitusjonelle krav i EFTA-statenes forfatninger, som for Norges del finnes i Grunnloven § 26 andre ledd. Som et eget punkt i innlemmelseskapitlet behandler vi også de særegne spørsmålene som oppstår når innlemmelsen av en rettsakt medfører overføring av myndighet som ellers ligger til norske statsorganer («myndighetsoverføring»). Videre behandler vi temaet «reservasjonsrett», som sikter til det tilfellet at en EFTA-stat ikke ønsker å innlemme en rettsakt som de andre avtalepartene anser EØS-relevant. Endelig vil vi i noen avsluttende punkter i innlemmelseskapitlet omtale ikrafttredelsestidspunktet for EØS-komitebeslutninger samt enkelte spørsmål knyttet til bruk av språk, oversettelser og kunngjøring.

I kapittel 4 omtales *tolkningen av EØS-rettsakter*. En korrekt tolkning av rettsakten er en forutsetning for en korrekt gjennomføring i nasjonal rett. Sentralt for tolkningskapitlet er å fremheve at EØS-rettsaktene skal undergis en EØS-rettslig metodelære, som på flere viktige punkter skiller seg fra tradisjonell norsk juridisk metode. Vi vil først omtale tolkningen av selve rettsakten, før vi ser nærmere på den særskilte EØS-konteksten og hvilken betydning den får for tolkningen.

I kapittel 5 omtales *gjennomføring av EØS-rettsakter i norsk rett*. Dette er fasen hvor en rettsakt er innlemmet i EØS-avtalen, og det skal vedtas nasjonalt regelverk for å sikre at nasjonal rett er i samsvar med EØS-rettsakten. I kapitlet ser vi først overordnet på forholdet mellom folkeretten og nasjonal rett som to adskilte rettssystemer, og introduserer i den forbindelse enkelte rettslige utgangspunkter og sentrale begreper for gjennomføringskapitlet. Deretter ser vi nærmere på gjennomføring av de to viktigste typene av EØS-rettsakter – forordninger og direktiver – noe som naturlig nok utgjør en stor og praktisk viktig del av boken. Vi har også egen omtale av beslutninger, ikke-bindende instrumenter og rettsakter i protokoller. I kapitlets avsluttende deler omtaler vi gjennomføringsfrister, muligheten for å nå frem med unnskyldningsgrunner for manglende gjennomføring, førtidig gjennomføring, synliggjøring av gjennomført EØS-rett og tilgjengeliggjøring av EØS-rettsakter.

Til slutt, i kapittel 6, omtaler vi *EØS-rettsaktenes gjennomslag i norsk rett ved manglende, feilaktig eller utilstrekkelig gjennomføring*. Vi ser først på to prinsipper – prinsippet om EØS-konform tolkning og presumsjonsprinsip-

pet – som skal sikre at nasjonal lovgivning tolkes i samsvar med EØS-retten. Deretter ser vi på prinsippet om forrang for gjennomført EØS-rett. Egentlig faller omtale av disse prinsippene litt utenfor rammene til en bok om innlemelse og gjennomføring av EØS-rett, ettersom problemstillingene egentlig gjelder *anvendelsen* av gjennomført og ikke-gjennomført EØS-rett i norsk rett. Likevel har de såpass sterk sammenheng med bokens tema at vi finner det naturlig å omtale dem.

Kapittel 2

Oversikt over EØS-avtalen

2.1 Hva er EØS-avtalen?

EØS-avtalen er den største folkerettslige avtalen Norge har inngått. Avtalens betydning for norsk rettsliv, økonomi og samfunn kan knapt overdrives. I Europautredningen fra 2012 ble avtalen omtalt på følgende måte:

«EØS-avtalen er den største og mest sammensatte folkerettslige avtale Norge noen gang har inngått, og gjennom snart tjue år har den vist seg å ha betydning på de fleste samfunnsområder i Norge – direkte og indirekte, synlig og mindre synlig. Knappt en uke har gått i disse atten årene uten oppslag i media om små og store EØS-saker, og avtalen former hverdagen for mange norske borgere og bedrifter.»¹

I dag, mange år etter at Europautredningen kom ut, er dette fortsatt en treffende karakteristikkk av EØS-avtalens betydning. Særlig den såkalte NAV-saken har bidratt til økt debatt om EØS-rettens stilling i norsk rett.

Avtalen ble undertegnet 2. mai 1992, i Palácio da Bolsa i Porto i Portugal, mellom de daværende tolv medlemmene av EF og de seks medlemmene av EFTA. Stortinget samtykket til ratifikasjon av avtalen 16. oktober 1992, og avtalen ble deretter ratifisert av Norge 19. november 1992.² Den trådte i kraft 1. januar 1994.³ Dagens parter til EØS-avtalen er EU og alle EUs medlemsstater samt de tre EFTA-statene Norge, Island og Liechtenstein.

1 NOU 2012: 2 s. 35.

2 Ratifikasjonen skjedde ved kongelig resolusjon 6. november 1992, og ratifikasjonsdokumentet ble deponert den 19. november 1992. De grunnleggende stortingsdokumentene fra ratifikasjonen av EØS-avtalen er St.prp. nr. 100 (1991–92) og Innst. S. nr. 248 (1991–1992). Se også St.prp. nr. 101 (1991–92) og Innst. S. nr. 247 (1991–1992), som gjelder samtykke til ratifikasjon av avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA) og avtalen om EFTA-statenes faste komité.

3 Ifølge EØS-avtalen artikkel 129 nr. 3 slik den lød ved avtalens undertegning, skulle EØS-avtalen tre i kraft 1. januar 1993, forutsatt at alle avtalepartene hadde deponert sitt ratifikasjons- eller godkjenningssdokument. Sveits var opprinnelig en avtalepart, men i en folkeavstemning 6. desember 1992 sa det sveitsiske folket nei. EØS-avtalen måtte derfor endres for å ta høyde for at Sveits ikke ville tiltre som avtalepart. Dette betød også at avtalen fikk en forsinket ikrafttredelse, og først kunne tre i kraft etter disse endringene, se justeringsprotokollen artikkel 1 nr. 1 og artikkel 6. For Liechtenstein var det i tillegg nødvendig å gjøre enkelte endringer i deres tollunion med Sveits, noe som medførte at EØS-avtalen trådte i kraft for dem først 1. mai 1995, jf. justeringsprotokollen artikkel 1 nr. 2 og artikkel 22, samt EØS-rådets beslutning nr. 1/95 fra 10. mars 1995 artikkel 7.

Det sentrale formålet med EØS-avtalen er å etablere et felles økonomisk samarbeidsområde mellom EU-statene og EFTA-statene. Samarbeidsområdet skal være basert på felles regler for fritt varebytte og for fri bevegelighet av kapital, tjenester og personer, samt regler om konkurranse og statsstøtte. Avtalen forutsetter også en dynamisk utvikling av samarbeidets felles regler, noe som foregår ved at EØS-avtalen jevnlig oppdateres med nye EU-regler som vedtas innenfor avtalens virkeområde. Dette sammenfattes ofte under to stikkord – homogenitet og dynamisk utvikling – noe vi kommer tilbake til nedenfor og andre steder i boken.

Bakgrunnen for EØS-avtalen og dens formål forstås best ved å trekke linjen tilbake til EUs opprinnelse. Siden slutten av andre verdenskrig hadde noen europeiske stater – omtalt som «de indre seks» – hatt et tiltagende tett politisk og økonomisk samarbeid.⁴ En milepæl i samarbeidet kom gjennom dannelsen av tre europeiske fellesskap på 1950-tallet. I 1951 ble det europeiske kull- og stålfellesskap etablert, og i 1957 ble Det europeiske økonomiske fellesskap (EØF) og Euratom etablert – hvorav de to siste fellesskapene ble etablert gjennom de såkalte Roma-traktatene. Gjennom fusjonstraktaten av 1967 (også kalt Brussel-traktaten) fikk de tre fellesskapene felles institusjoner, og fra 1. juli 1970 omtalte man offisielt de tre fellesskapene som De europeiske fellesskap (EF).⁵

Det er særlig samarbeidet innenfor EØF som er av interesse for EØS-avtalens historie. EØF etablerte en felles tollunion for medlemsstatene og felles overordnede regler som skulle sikre et felles marked. Det grunnleggende formålet bak EØF var å sikre en harmonisk utvikling av næringslivet og større stabilitet, samt å skape en økning i levestandard og tettere bånd mellom medlemsstatene.⁶

EF-samarbeidet viste seg å ha betydelige fordeler, og i ulike faser ble dette utvidet med nye medlemsstater. I 1986 undertegnet de daværende medlemsstatene Den europeiske enhetsakten. Enhetsakten innebar en betydelig revisjon av de to Roma-traktatene og skulle sikre økt integrasjon og industriell omstilling.⁷ Innenfor EØF skulle det etableres et «indre marked». Dette ble definert som «an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of this Treaty».⁸ Formålet var altså å gjøre hele EØF-området til et felles hjemmemarked for bedriftene i de enkelte land.⁹ Medlemsstatene skulle dermed avvikle fysiske, tekniske og avgiftsmessige handelshindringer mellom landene samt sikre fri bevegelighet av varer, tjenester, kapital og personer. Det indre marked skulle

4 Belgia, Forbundsrepublikken Tyskland, Frankrike, Italia, Luxembourg og Nederland.

5 Se Sæter (1987) s. 17.

6 Se TEØF artikkel 2 og fortalen avsnitt 2.

7 Se St.meld. nr. 61 (1986–87) s. 9.

8 Se Enhetsakten artikkel 13, som endret TEØF artikkel 8a.

9 St.prp. nr. 100 (1991–92) s. 59.

også innebære etablering av felles konkurranseregler og regler for statsstøtte og offentlige anskaffelser for å redusere konkurransevidende virkninger.

I 1992 var EF utvidet til tolv medlemsstater. Den 7. februar 1992 undertegnet disse medlemsstatene Traktaten om Den europeiske union (Maastricht-traktaten). Ifølge traktaten selv markerte dette «a new stage in the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe».¹⁰ Med Maastricht-traktaten ble Den europeiske union (EU) etablert, og traktaten gjorde betydelige materielle og institusjonelle endringer i EØF-traktaten. Rent språklig ble dette for eksempel tydeliggjort ved at man endret navnet fra Det europeiske økonomiske fellesskap (EØF) til Det europeiske fellesskap (som også ble forkortet «EF»).¹¹

I 1992 var Norge medlem av EFTA. EFTA er en mellomstatlig organisasjon, etablert i 1960 mellom enkelte europeiske stater utenfor EF. EFTA-konvensjonen etablerte et frihandelsregime EFTA-statene imellom, men uten samme politiske og økonomiske ambisjoner som EF. I tillegg var et sentralt formål bak EFTA-samarbeidet å legge til rette for handelsavtaler med tredjeland. I særstilling sto da forholdet til EF. Det var allerede inngått sentrale bilaterale frihandelsavtaler mellom EFTA-statene og EF i 1973, og gjennom den såkalte Luxembourg-prosessen var EFTA/EF-samarbeidet ytterligere utvidet. Den sterke og raske utviklingen av EF førte imidlertid til den erkjennelsen at samarbeidet måtte bygges vesentlig ut, og at de eksisterende instrumentene var lite egnet for dette.¹² Man begynte derfor å utarbeide et avtaleverk som var tilpasset det ønskede samarbeidet.

Den 2. mai 1992 ble EØS-avtalen undertegnet mellom de daværende EFTA- og EF-statene samt EF. Etableringen av EØS – Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet – innebar en utvidelse av det indre marked til EFTA-statenes territorier. Gjennom EØS fikk dermed norske bedrifter og borgere tilgang til markedet i EU på lik linje med EUs egne bedrifter og borgere, og EUs bedrifter og borgere fikk tilsvarende tilgang til markedet i Norge. Det fremkommer gjennom formålsbestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 1 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».

Fra et rettslig perspektiv er EØS-avtalen *en folkerettslig avtale*. Et sentralt premiss fra EFTA-statene under avtaleforhandlingene var at det ikke skulle overføres lovgivningsmyndighet fra de nasjonale parlamentene. Dette ligger til grunn for avtalen og dens utforming og er noe vi vender tilbake til en rekke steder i boken. Når EØS-avtalen artikkel 1 sier at avtalen er en «assosierings-

10 Maastricht-traktaten artikkel A andre ledd.

11 Forkortelsen «EF» er tvetydig og kan altså sikte til De europeiske fellesskap (flertall) fra og med 1967, men også til Det europeiske fellesskap (entall), som var det nye navnet til EØF etter Maastricht-traktaten.

12 Se bl.a. St.prp. nr. 100 (1991–92) s. 65–66.

avtale», innebærer ikke dette noe annet enn at samarbeidet tar utgangspunkt i EUs markedsregulering. Begrepet er normalt brukt om internasjonale avtaler mellom EU og tredjeland som har som formål å sikre en tilnærming av tredjelandet til EUs materielle regler.¹³ Samtidig går avtalen på en rekke områder lenger enn en alminnelig folkerettslig avtale. I sak E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* omtalte EFTA-domstolen derfor EØS-avtalen som «an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own».¹⁴ Med dette ønsket EFTA-domstolen å få frem de helt særegne trekkene ved avtalen som skiller den fra en alminnelig folkerettslig avtale.

Vi skal her dvele litt ved noen av disse særtrekkene, uten at vi har til formål å angi uttømmende hva som skiller EØS-avtalen fra en alminnelig folkerettslig avtale:

Et første særtrekk ved EØS-avtalen er at den etablerer en rettsorden som fremmer en betydelig økonomisk integrasjon mellom statene i en langt større grad enn tradisjonelle handelsavtaler. Hoveddelen i avtalen gjengir de sentrale prinsippene fra EØF-traktaten om fri bevegelse for varer, personer, tjenester og kapital. Disse prinsippene fungerer som rettslige skranker for nasjonale reguleringer som hindrer fri bevegelse mellom statene. I tillegg gir hoveddelen regler om konkurranse og statsstøtte, som skal sikre en lik og mer rettferdig konkurransesituasjon mellom de økonomiske aktørene. Ved siden av disse overordnede prinsippene og reglene i hoveddelen er det tusenvis av EU-forordninger, direktiver og beslutninger som er innlemmet i EØS-avtalens vedlegg. Disse har til formål å harmonisere EØS-statenes nasjonale lovgivning, og utjevner dermed forskjeller mellom statenes lovgivning og sikrer felles standarder i EØS. Samlet sett fremmer både de overordnede prinsippene og rettsaktene det indre marked. Varer, personer, tjenester og kapital skal i prinsippet kunne bevege seg mellom Norge og andre EØS-stater på samme måte som de beveger seg innad i Norge.

Et andre særtrekk ved EØS-avtalen er dens dynamiske karakter. EØS-avtalen utvikles og utvides over tid ved at stadig ny EU-lovgivning også gjøres til EØS-rett ved innlemmelse i EØS-avtalens vedlegg. Dette elementet fremheves allerede i EØS-avtalens fortale. Mens tradisjonelle folkerettsinstrumenter må endres gjennom tyngre mekanismer, legger EØS-avtalen opp til en forenklet endringsprosedyre for EØS-avtalens vedlegg.

13 Begrepet er i dag brukt i TEUV artikkel 218. Noen ganger tjener assosieringsavtalene som «forstadier» for senere forhandlinger om fullt EU-medlemskap, mens de andre ganger etablerer særlige frihandelsregimer eller utviklingssamarbeid. Begrepet brukes også tidvis om frihandelsavtaler med stater som er tidligere kolonier, eller stater med særlige forbindelser til enkelte EU-land. Se mer om dette i Boysen i Schulze mfl. (2020) s. 2238. Begrepet signaliserer også at man står overfor en avtale som i WTO-sammenheng tillates uten at krav om bestevilkårsbehandling utløses fra andre WTO-medlemmer, se f.eks. GATT artikkel XXIV nr. 5 og GATS artikkel V.

14 Sak E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* avsnitt 59.

Et tredje særtrekk er EØS-avtalens formål om regelhomogenitet med EU-retten innenfor sitt virkeområde. Homogenitetsmålsettingen er også fremhevet i EØS-avtalens fortale, som uttrykker at formålet bak avtalen er å opprette et «dynamisk og ensartet» EØS som er «grunnlagt på felles regler og like konkurransevilkår». Lignende uttalelser finnes i formålsbestemmelsen i artikkel 1. Homogenitetsmålsettingen ligger for øvrig til grunn for en rekke av de materielle, institusjonelle og organisatoriske reglene i avtalen.

De to ovenfornevnte målsettingene – homogenitet og dynamisk utvikling – står naturligvis i nær sammenheng: For å opprettholde et område basert på homogenitet må EU-regler innenfor EØS-avtalens virkeområde fortløpende innlemmes i avtalen.

Et fjerde særtrekk ved EØS-avtalen er det effektive overvåknings- og håndhevelsesapparatet. I tillegg til at EØS-avtalens materielle regler er håndhevbare for nasjonale domstoler, er EFTAs overvåkningsorgan (ESA) gitt særlige fullmakter til å overvåke EFTA-statenes etterlevelse av avtalen og bringe brudd på avtalen inn for EFTA-domstolen. ESA følger opp saker både etter klager fra private og gjennom kontroller på eget initiativ (mens det er Kommisjonen som følger opp EU-statene).

Et femte særtrekk ved avtalen er dens enorme omfang og dermed også praktiske betydning. Som vi skal komme tilbake til senere i boken, har i dag ca. 12 500 rettsakter blitt innlemmet i avtalen siden dens undertegning.¹⁵ En betydelig andel av norske rettsregler har derfor EØS-bakgrunn.

EØS-avtalen har hatt sine utfordringer, og det har ikke vært gitt at den skulle bli over 30 år gammel.¹⁶ Både Europa og EU har endret seg betydelig siden EØS-avtalen ble undertegnet i 1992. Flere EFTA-stater har blitt EU-stater, og gjennom utvidelsene av EU i 2004, 2007 og 2013 har en rekke øst- og sentral-europeiske stater blitt EU-medlemmer.¹⁷ Dermed har også det opprinnelige styrkeforholdet mellom EU- og EFTA-pilarene blitt forrykket. Likevel har EØS-avtalen fortsatt å fungere som det sentrale rettslige rammeverket mellom EU og de gjenværende EFTA-statene. Partenes vilje til å finne pragmatiske løsninger, både på et overordnet plan og i enkeltsaker, har vært avgjørende for samarbeidet. I fravær av bedre alternativer synes det å være et sterkt ønske fra alle parter om å sikre avtalens fortsatte funksjon. Dette er altså til tross for at EØS-avtalen har betydelige svakheter. Den innebærer for eksempel en massiv overtakelse av EU-rett som Norge og norske folkevalgte i svært liten grad har fått være med på å utvikle eller påvirke. I den grad det har dukket

15 Se nedenfor i punkt 2.2.3.

16 Se mer generelt om dette i Fredriksen og Franklin (2015).

17 I 1995 ble de tidligere EFTA-statene Østerrike, Sverige og Finland EU-medlemmer. I 2004 ble Kypros, Tsjekkia, Estland, Ungarn, Latvia, Litauen, Malta, Polen, Slovakia og Slovenia EU-medlemmer. I 2007 ble Bulgaria og Romania EU-medlemmer, og i 2013 ble Kroatia EU-medlem.

opp hjemlige debatter om vetorett, demokratisk underskudd og kontroverser rundt enkeltstående rettsaker, har disse likevel alltid lagt seg til fordel for ønsket om å opprettholde stabile og forutsigbare rammer for det økonomiske samarbeidet med EU.

Hva man snakker om når man snakker om handlingsrom

En gjenganger i den norske EØS-debatten er spørsmålet om «handlingsrommet» og om norske myndigheter har utnyttet det godt nok. Men hva ligger i dette? Hva innebærer det når det i Hurdalsplattformen står at «[h]andlingsrommet i avtalen skal utredes og brukes aktivt»?¹⁸

Som påpekt av flere brukes begrepet handlingsrom på ulike måter. Det leder ofte til unødige misforståelser.

Tidvis ser man at begrepet brukes om friheten Norge har til selv å bestemme hvilke folkerettslige forpliktelser man skal påta seg. Det fremheves for eksempel at Norge etter EØS-avtalen artikkel 102 ikke har en forpliktelse til å innlemme EØS-relevante rettsaker i avtalen, eller at Norge bør benytte muligheten til å fremforhandle bestemte EØS-tilpasninger til rettsaker som innlemmes.

Vanligere er det å bruke begrepet om den reguleringsfriheten som norske myndigheter har *innenfor rammene av våre EØS-rettslige forpliktelser*. Et direktiv kan for eksempel gi statene adgang til å velge mellom nærmere bestemte reguleringsalternativer eller til å gå lenger enn minimumskravene.¹⁹ Når myndighetene da utnytter disse mulighetene, utnytter man et handlingsrom. Et annet eksempel på dette er hvor norske myndigheter ønsker å forfølge en politikk som kan støte an mot prinsippene om fri bevegelse i EØS-avtalens hoveddel. Disse prinsippene krever at nasjonale tiltak som utgjør en restriksjon på reglene om fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital, må begrunnes i allmenne hensyn og være forholdsmessige. Dersom norske myndigheter handler innenfor disse rammene, utnytter man igjen et handlingsrom. Sejersted har i en artikkel fra 2008 brukt begrepet på en slik måte:

18 Sitatet er fra Hurdalsplattformen (s. 13). Hurdalsplattformen er regjeringsplattformen for Regjeringen Støre, og ble presentert den 13. oktober 2021.

19 Se f.eks. Utenriksdepartementet (2016) s. 83: «Direktiver brukes når det er ulike måter å gjennomføre felles målsettinger på, noe som gjør det nasjonale handlingsrommet og muligheten for lokale tilpasninger større.»

«EU-retten er i hovedsak et rammeverk, som setter skranker for medlemsstatenes handlingsfrihet og forbyr nasjonale tiltak som kan virke diskriminerende eller legge uberettigete restriksjoner på markedet. Men innenfor disse rammene er det et fortsatt et nasjonalt handlingsrom (sic), som på mange områder er betydelig. Det er også ofte mer åpent for tilpasning og justering enn de fleste er klar over. Om en bestemt nasjonal ordning er en EU-stridig 'restriksjon' eller ikke, kan ofte bero på hvordan den nærmere er utformet og begrunnet. EU-retten kan stenge for én spesiell løsning, men tillate at man oppnår det samme på andre måter. Det nasjonale handlingsrom under EU-retten er ikke statisk og upåvirkelig, men fleksibelt og dynamisk, og avhengig av stadig å bli utforsket og prøvet ut. Utfordringen for nasjonale myndigheter er å forstå hvor grensene for dette handlingsrommet går, og hvordan det kan utnyttes.»²⁰

Som Sejersted peker på, vil det ofte være *uklart* hva EØS-retten åpner for, og dermed også om de norske tiltakene holder seg innenfor de EØS-rettslige rammene. Diskusjonen vil da gjerne dreie seg om hvor langt norske myndigheter bør gå i å «utforske» handlingsrommet og innta posisjoner som innebærer en risiko for brudd på avtalen.

I vid forstand brukes handlingsrombegrepet om alle de ulike måtene norske myndigheter ivaretar nasjonale interesser på i møte med EØS-retten. Dette inkluderer også formell og uformell påvirkning av fremtidige regelverksinitiativer innen EU. Støre-regjeringen har gitt uttrykk for en slik vid forståelse:

«Handlingsrommet i EØS-avtalen blir av enkelte forstått som bruk av reservasjonsretten, EØS-avtalens artikkel 102. For Regjeringen er handlingsrommet imidlertid mye mer enn reservasjon mot innlemmelse i EØS-avtalen av EU-rettsakter. Det inkluderer alle de kanaler og muligheter vi har for å påvirke utformingen av regelverket i EU, og ikke minst hvordan EU-rettsakter tas inn i norsk regelverk. En slik bredere forståelse av begrepet handlingsrom omfatter også norske

20 Sejersted (2008) s. 320. Se også Sejersted mfl. (2011) s. 161–162, hvor det gis eksempler på saker hvor Norge har tapt traktatbruddsøksmål i EFTA-domstolen, men – ved å utnytte handlingsrommet etter EØS-avtalen – likevel et stykke på vei har klart å opprettholde de nasjonale tiltakene som EØS-konforme. Sejersted hevder samme sted også at «norske myndigheter generelt nok kan tillate seg å være litt tøffere, og utfordre ESA litt oftere». Her har nok situasjonen likevel endret seg siden 2011.

eksperters rett til å delta fullt ut i EUs ekspert- og arbeidsgrupper når EØS-relevant regelverk utvikles. Aktiv deltakelse av erfarne og kompetente norske eksperter i den tidlige fasen av regelverksutviklingen er kanskje det beste inntaket vi har i EØS-avtalen for å ivareta norske interesser.

Videre omfatter handlingsrommet blant annet vår rett til å gi innspill i EUs beslutningsprosess gjennom skriftlige EØS-/EFTA-kommentarer, vår mulighet til å få unntak gjennom tilpasningstekster når EU-regelverk innlemmes i EØS-avtalen, vår mulighet til gjennomføre EØS-regelverk i norsk lovgivning på en måte som ivaretar norske interesser, vår rett til å bruke de unntaks- og overgangsbestemmelser som allerede finnes i EU-regelverket, og vår mulighet til å påvirke utviklingen i EØS-retten ved å gi innlegg til EFTA- og EU-domstolen.»²¹

Denne bruken av begrepet er imidlertid kritisert. Fredriksen peker på at med en så vid forståelse mister begrepet «enhver rettslig interesse».²² Etter Fredriksens mening er den interessante debatten om handlingsrommet knyttet til den forgående forståelsen, altså hva slags reguleringsfrihet norske myndigheter har *innenfor rammene av våre EØS-rettslige forpliktelser*. Det er vi enige i.

2.2 EØS-avtalens oppbygning

2.2.1 Innledning

Formelt består EØS-avtalen av tre deler: hoveddelen, vedleggene og protokollene. I tillegg finnes det en sluttakt til avtalen. Både hoveddelen, vedleggene og protokollene er integrerte deler av EØS-avtalen, jf. EØS-avtalen artikkel 119 og artikkel 2 bokstav a. Sluttakten er knyttet til EØS-avtalen, men er ikke formelt sett en del av denne.

Hoveddelen er det grunnleggende dokumentet, og inneholder blant annet prinsippene om fri bevegelighet, konkurransereglene og de institusjonelle bestemmelsene om videreutvikling av EØS-avtalen. Hoveddelen omtales nærmere i punkt 2.2.2. *Vedleggene* er ordnet etter tema og inneholder lister over de EU-rettsaktene (typisk forordninger og direktiver) som avtalepartene har

21 Svar fra utenriksminister Anniken Huitfeldt til Stortinget 3. desember 2021 på spørsmål til skriftlig besvarelse nr. 482 fra Tobias Drevland Lund (Rødt).

22 Fredriksen (2022) s. 140–142.

besluttet å innlemme i EØS-avtalen, sammen med eventuelle EØS-tilpasninger. Når EU-rettsakter er innlemmet i EØS-avtalen på denne måten, omtales de i denne boken som «EØS-rettsakter».²³ Vedleggene omtales nærmere i punkt 2.2.3. *Protokollene* utfyller og supplerer enkeltbestemmelser i hoveddelen og vedleggene ved å gi detaljerte bestemmelser om særskilte temaer eller områder. *Protokollene* omtales nærmere i punkt 2.2.4. Sluttakten inneholder erklæringer, et omforent møtereferat og brevvekslinger. Selv om sluttakten formelt ikke er en del av EØS-avtalen, inneholder den viktige rettslige og politiske avklaringer for de deler av EØS-avtalen den berører. Sluttakten omtales nærmere i punkt 2.2.5.

Det kan spørres om det eksisterer et *hierarki mellom de ulike delene i EØS-avtalen*.²⁴ Innenfor EU-retten er det klart at det er et rangforhold mellom «primærretten» (EUs traktatverk og de ulovfestede EU-rettslige prinsippene) på den ene siden og «sekundærretten» (EU-rettsaktene) på den andre. Derfor vil EU-rettsakter måtte tolkes innenfor rammene av primærretten, og EU-domstolen kan også prøve gyldigheten av EU-rettsakter opp mot traktatene.²⁵ Situasjonen under EØS-avtalen er mer komplisert. EØS-avtalen artikkel 119 sier at vedleggene (herunder de innlemmede EØS-rettsaktene) og protokollene anses som en integrert del av EØS-avtalen og angir ikke noe formelt hierarki mellom de ulike delene. Det er heller ikke slik at EFTA-domstolen kan foreta en gyldighetsprøving av EØS-rettsakter opp mot hoveddelen.²⁶ Dette utelukker imidlertid ikke at hoveddelen i visse henseender reelt sett må anses som overordnet rettsaktene i vedleggene. Det er for eksempel på det rene at EØS-rettsaktene alltid må tolkes i tråd med de bestemmelsene som gjenfinnes i EØS-avtalens hoveddel og som speiler TEUV.²⁷ Prosessuelt illustreres dette rangforholdet også ved at hoveddelen ikke er underlagt samme forenklete endringsprosedyre som vedleggene.²⁸

2.2.2 Hoveddelen

Hoveddelen er det grunnleggende dokumentet i EØS-avtalen. Den er inndelt i en fortale (en innledning) og ni deler nummerert med romertall, og den har til sammen 129 artikler. Artiklene gjenspeiler i stor grad bestemmelser og prinsipper som finnes i EUs traktatgrunnlag. Særlig sentralt står prinsippene om fri bevegelighet og konkurranse- og statsstøttereglene. Hoveddelen har imidlertid også bestemmelser som er særegne for EØS. Dels er dette regler

23 Se punkt 1.2 om begrepsbruken i boken.

24 Dette spørsmålet er særlig omtalt av Fredriksen (2016) s. 98–106. Se også Fredriksen og Mathisen (2022) s. 55–57 og Rognstad i Arnesen mfl. (2022) s. 59.

25 Se f.eks. sak C-376/98 *Kommisjonen mot Tyskland* og forente saker C-293/12 og C-594/12 *Digital Rights Ireland*. Sistnevnte sak gjaldt prøvingen av direktiv 2006/24/EF (datalagringsdirektivet) opp mot EUs pakt om grunnleggende rettigheter.

26 Se Hammersvik i Arnesen mfl. (2022) s. 546 flg.

27 Se f.eks. sak E-2/11 *STX* avsnitt 34 og sak E-26/13 *Gunnarsson* avsnitt 83.

28 Se EØS-avtalen artikkel 102.

som er en nødvendig følge av at EØS-avtalen har et mer begrenset virkeområde enn EU-traktatene. For eksempel er det av denne grunn nødvendig med opprinnelsesregler, regler om produktdekningsområde og regler som skal sikre samarbeid også utenfor de fire friheter. Dels er det regler som skal legge til rette for EØS-avtalens formål om å sikre en fortløpende homogenitet med EU-retten innenfor EØS-avtalens virkeområde ved at nye EØS-relevante rettsakter innlemmes i EØS-avtalen.

Fortalen i hoveddelen fremhever de sentrale formålene bak EØS-avtalen. Enkelte av disse er i første rekke politiske mål og har liten rettslig interesse ved tolkningen av avtalens operative bestemmelser. Andre formål har større betydning for tolkningen. For eksempel fremkommer det gjennom niende til tolvte avsnitt at man har satt særlige mål innen miljø, HMS, likestilling, selselsetting og forbrukervern.

Av helt sentral betydning er fjerde og femtende avsnitt i fortalen. Her fremheves det at formålet med EØS-avtalen er «å opprette et dynamisk og ensartet» samarbeidsområde samt oppnå 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». EØS-avtalen har altså innenfor sitt område til formål å sikre «homogenitet» med lignende bestemmelser i EU-retten, og forutsetter en fortløpende videreutvikling av avtalen etter hvert som nye regler vedtas i EU (derav betegnelsen «dynamisk»). Som vi skal komme tilbake senere i denne boken, har disse grunntrekkene stor betydning både ved innlemmelse, tolkning og gjennomføring av EØS-rettsakter.

Hoveddelen *del I* slår igjen fast det sentrale formålet med avtalen og fastsetter grunnleggende prinsipper som lojalitet og forbudet mot forskjellsbehandling. Her finnes også artikkel 7, som gjelder statenes plikt til å gjennomføre forordninger og direktiver nasjonalt, og som særlig blir behandlet i denne bokens kapittel 5. *Del II* og *III* inneholder reglene om fri bevegelse og *del IV* konkurranse- og statsstøttereglene. *Del V* omhandler andre rettsområder der man gjennom EØS-avtalen overtar en større del av EU-retten. *Del VI* gjelder områder der avtalepartene er enige om et noe løsere samarbeid, hvor det i utgangspunktet ikke foreligger noen rettslig forpliktelse til å samarbeide innenfor rammen av EØS-avtalen.²⁹ *Del VII* gir regler om de særskilte EØS-organene (som for eksempel EØS-komiteen) og de særegne prosedyrene for å innlemme nye rettsakter i EØS-avtalen. *Del VIII* omhandler låne- og tilskuddsordningen (EØS-midlene), mens *del IX* inneholder ulike sluttbestemmelser.

Når man leser EØS-avtalens hoveddel, er det viktig å være klar over at den gjenspeiler prinsipper i et traktatgrunnlag på EF-siden anno 1992, og at den

29 Se i den forbindelse omtalen av protokoll 31 i punkt 3.2.10.

knapt har blitt oppdatert for å speile den utviklingen traktatverket i EF og etterfølgeren EU har hatt. Under EØS-forhandlingene var EU ennå ikke etablert som organisasjon, og avtalen er derfor inngått med EF. Den sentrale traktaten på EF-siden var den gangen EØF-traktaten (også omtalt som «Roma-traktaten»)³⁰ Den 7. februar 1992 – altså før undertegningen av EØS-avtalen – signerte imidlertid EF-statene Maastricht-traktaten, som innebar vesentlige endringer i EØF-traktaten. Blant annet ble Det europeiske økonomiske fellesskap («EØF») i EØF-traktaten endret til Det europeiske fellesskap, og EU ble etablert som organisasjon. Maastricht-traktaten skulle likevel ikke tre i kraft før 1. november 1993, altså etter undertegningen av EØS-avtalen. For en nærmere omtale av utviklingen innad i EU, se punkt 2.1.

For EØS-avtalen ble dermed løsningen noe hybridaktig. Når den skulle speile EF-pilaren, bygget den på samme systematikk og «så vidt mulig tilsvarende formuleringer» som i EØF-traktaten (Roma-traktaten).³¹ Dette forklarer for eksempel hvorfor EØS-avtalen artikkel 7 snakker om «EØF-forordning» og «EØF-direktiv». Men i noen grad foregrep man likevel enkelte av de endringene for det indre marked som ville bli innført gjennom Maastricht-traktaten.³²

Siden 1992 har EØS-avtalens hoveddel og EUs traktatverk utviklet seg ulikt. EØS-avtalens hoveddel har siden undertegningen i 1992 bare vært endret noen få ganger. Den største endringen skjedde ved justeringsprotokollen som følge av at Sveits likevel ikke kunne ratifisere avtalen etter et negativt resultat i folkeavstemningen om inngåelse av EØS-avtalen.³³ Senere er det skjedd følgende endringer:

- EØS-utvidelsesavtalen av 14. oktober 2003 for Estland, Kypros, Latvia, Litauen, Malta, Polen, Slovakia, Slovenia, Tsjekkia og Ungarn³⁴
- EØS-utvidelsesavtalen av 25. juli 2007 for Bulgaria og Romania³⁵
- EØS-utvidelsesavtalen av 11. april 2014 for Kroatia³⁶
- Enkelte endringer av EØS-avtalen artikkel 117, senest ved Avtale 3. mai 2016 mellom Den europeiske union, Island, Fyrstedømmet Liechtenstein og Kongeriket Norge om en EØS-finansieringsordning 2014–2021³⁷

30 Strengt tatt var det to «Roma-traktater», hvor EØF-traktaten var den ene og Euratom var den andre.

31 St.prp. nr. 100 (1991–92) s. 12.

32 St.meld. nr. 27 (2001–2002) s. 32.

33 Protokoll undertegnet 17. mars 1993 om justering av avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS), se omtale i St.prp. nr. 53 (1992–93) og Innst. S. nr. 137 (1992–93).

34 Se omtale i St.prp. nr. 3 (2003–2004).

35 Se omtale i St.prp. nr. 72 (2006–2007).

36 Se omtale i Prop. 44 S (2013–2014). Utvidelsesavtalen er også fulgt opp av EØS-komiteens beslutning nr. 132/207, hvor man gjennomgikk EØS-avtalens vedlegg og protokoller og gjorde nødvendige oppdateringer som følge av at Romania og Bulgaria ble nye medlemmer.

37 Se omtale i Prop. 119 S (2015–2016).

Med unntak av endringen i siste strekpunkt, har endringene kommet i forbindelse med at antallet avtaleparter til EØS-avtalen har blitt utvidet.³⁸ Man har riktignok i den forbindelse foretatt enkelte mindre språklige og formelle endringer i EØS-avtalens hoveddel, men i all hovedsak er det foretatt svært få materielle endringer i hoveddelen siden undertegningen i 1992.

Innen EF og etterfølgeren EU har det derimot skjedd betydelige endringer siden Maastricht-avtalen i 1992. Det gjelder blant annet hvilke områder som er dekket av EU-samarbeidet, hvordan EUs traktatgrunnlag og bestemmelser er bygget opp, og hva slags kompetanser de ulike EU-organene har mv.³⁹ Den økende forskjellen mellom forutsetningene EØS-avtalens hoveddel bygger på og den rettslige realiteten i EU-retten skaper flere utfordringer. For eksempel har det blitt mer krevende å vurdere EØS-relevansen av EU-rettsakter etter at EUs søylestruktur ble borte ved Lisboa-traktaten.⁴⁰ Et annet eksempel er ulike problemstillinger som knytter seg til EUs pakt om grunnleggende rettigheter, som ved Lisboa-traktaten har blitt del av EUs traktatgrunnlag.⁴¹ Pakten er ikke en del av EØS-avtalen. Når en rettsakt viser til pakten, endres henvisningen med en tilpasningstekst ved innlemmelse av rettsakten i EØS-avtalen, gjerne slik at det i stedet vises til «grunnleggende rettigheter» eller lignende. Vi vil vende tilbake til dette temaet senere i boken.⁴²

2.2.3 Vedleggene

EØS-avtalens vedlegg er av helt sentral betydning for denne boken. Det er i vedleggene man finner listene over alle de rettsaktene som er innlemmet i EØS-avtalen (EØS-rettsaktene). Med rettsakter menes forordninger, direktiver, beslutninger samt enkelte ikke-bindende rettsakter som rekommendasjoner og uttalelser.⁴³ I tillegg er det noen ganger inntatt andre ikke-bindende instrumenter.⁴⁴

De 22 vedleggene til EØS-avtalen er tematisk ordnet, og omhandler områder som for eksempel veterinære og plantesanitære forhold, tekniske forskrifter, energi, yrkeskvalifikasjoner, statsstøtte og miljø. Hvert vedlegg inneholder lange – til dels svært lange – lister som refererer til de EØS-rettsaktene som er innlemmet i EØS-avtalen innenfor det enkelte området.

38 Da Storbritannia opphørte å være EU-medlem («Brexit»), ble det lagt til grunn at de også automatisk opphørte å være part til EØS-avtalen uten bruk av prosedyren etter EØS-avtalens artikkel 127. Se bl.a. Prop. 45 LS (2018–2019) s. 7. Det skjedde derfor ingen formell endring av EØS-avtalen som følge av at Storbritannia trådte ut av EU.

39 Utviklingen er nærmere omtalt i NOU 2012: 2 s. 82 flg.

40 Se punkt 3.2.3.

41 Se TEU artikkel 6 nr. 1.

42 Se bl.a. punkt 3.4.4 (om tilpasninger ved innlemmelse av rettsakter som henviser til pakten) og punkt 4.2.1.3 (om betydningen av grunnleggende rettigheter for tolkningen av EØS-rettsakter).

43 Se TEUV artikkel 288. Vi er imidlertid ikke kjent med at uttalelser er inntatt i EØS-avtalens vedlegg.

44 Se punkt 1.2 om begrepsbruken.

Det er en kobling mellom EØS-avtalens hoveddel og vedleggene ved at hoveddelen inneholder bestemmelser som viser til vedleggene. For eksempel viser EØS-avtalen artikkel 17 til vedlegg I, artikkel 23 til vedlegg II og III og artikkel 24 til vedlegg IV mv. Slik sett står ikke avtalepartene fritt til å endre vedleggenes navn eller innhold, men må følge den struktur som ligger i hoveddelen (eller gjøre tilsvarende endringer i hoveddelen).

Rent kvantitativt er det i vedleggene man finner det meste av EØS-regelverket. Antallet rettsakter innlemmet i EØS-avtalen har vokst betydelig siden EØS-avtalens undertegning og frem til i dag. I 2023 anslås det at antallet rettsakter som er i kraft i hele EØS-avtalen, er vokst til rundt 6500 rettsakter.⁴⁵ Selv om det innlemmes enkelte rettsakter også i protokollene, blir de i all hovedsak innlemmet i vedleggene. Det er særlig vedlegg I (veterinære og plantasenitære forhold) og vedlegg II (tekniske forskrifter, standarder, prøving og sertifisering) som utmerker seg med mange rettsakter. Mengden rettsakter i disse vedleggene gjør det svært krevende å orientere seg i dem.

EØS-avtalen og tall

Det varierer hvor mange rettsakter som innlemmes i EØS-avtalen hvert år, men de siste årene har tallet vanligvis ligget på ca. 500 til 600 rettsakter.⁴⁶ Da EØS-avtalen ble undertegnet den 2. mai 1992, inneholdt den «bare» 1849 rettsakter. Frem til i dag regner man med at ca. 12 500 rettsakter totalt er innlemmet i EØS-avtalen, hvorav rundt halvparten fortsatt er i kraft.⁴⁷ Dette siste tallet er et bruttotall som ikke skiller mellom små og store rettsakter, om rettsakten erstatter en tidligere rettsakt eller bare innebærer mindre tekniske justeringer. Tallet viser likevel det «regeltrykket» som EFTA-statene står overfor, og hvor omfattende EØS-avtalen har blitt.⁴⁸

Det er en viss usikkerhet knyttet til telling av rettsakter i EØS-avtalen, og en undersøkelse av ulike dokumenter vil avdekke sprik i de oppgitte tallene. Tallet på 1849 ovenfor er hentet fra NOU 2012: 2, som altså viser til antallet rettsakter i EØS-avtalen på tidspunktet avtalen ble undertegnet.⁴⁹ På EFTAs hjemmeside er det tilsvarende antallet angitt til 1875, uten at det er klart hva forskjellen består i.

45 Tallet er hentet fra EFTAs hjemmeside. Se også Isaksen (2020) s. 56.

46 Se Departementenes EØS-arbeid (2021) s. 30.

47 Tallet er hentet fra EFTAs hjemmeside.

48 I NOU 2012: 2 side 106 flg. er det gjort en nærmere analyse av utviklingen i samlet antall rettsakter i EØS-avtalen, og det er også gjort fordeling av rettsakter på de ulike områder per desember 2010.

49 NOU 2012: 2 s. 107.

Hvordan blir EU-rett til EØS-rett, og hvordan blir EØS-rett til norsk rett?

EØS-retten påvirker nær sagt alle sider av norsk rettsliv. NAV-saken avdekket et stort behov for økt kunnskap om innlemmelse og gjennomføring av EØS-rett.

TORJE SUNDE er advokat (H) og partner i Wikborg Rein, hvor han leder firmaets arbeid med EØS-rett, statsstøtte og offentlige anskaffelser.

JON LUNDE er lovrådgiver i lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet, med fagansvar for EØS-rett.

IDA SØREBØ er avdelingsdirektør i enhet for offentlig rett (som bl.a. har ansvar for EØS-rett, statsrett og forvaltningsrett) i Lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet.

Forfatterne gir en detaljert beskrivelse av innlemmelsesprosessen, altså fasen hvor en EU-rettsakt (typisk en forordning eller et direktiv) blir tatt inn i EØS-avtalen. Her finner du grundig omtale av EØS-relevans, prosedyrene for innlemmelse, tilpasningstekster og forholdet til Grunnloven.

En sentral del er viet tolkningen av EØS-rett. Hva er EØS-rettslig metode, og hvordan skiller den seg fra alminnelig norsk juridisk metode?

Forfatterne tar så for seg selve gjennomføringsprosessen, altså fasen hvor en innlemmet EØS-rettsakt skal gjøres til norsk rett. Her omtaler de i detalj hvilke gjennomføringskrav som følger av EØS-avtalen, og hvilke særlige problemstillinger som kan oppstå når en rettsakt skal bli til en norsk lov eller forskrift.

Du finner også en oversikt over EØS-avtalen, praktiske tips til rettskildesøk og et rikt utvalg av nyttige og konkrete eksempler til hjelp for deg som leser.

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-05519-0



9 788215 055190

FORSIDEKART: SHUTTERSTOCK
OMSLAG: STIAN HOLE