

FAGFELLEVDERT ARTIKKEL

EFTA-domstolen som menneskerettighetsdomstol?

Av ANE GRIMELID¹

E-post: agr@hjort.no

Det er de senere år blitt reist spørsmål om EU-domstolen er i ferd med å overta EMDs rolle som Europas «høye vokter» av menneskerettigheter. Artikkelen tar for seg om en tilsvarende utvikling kan tenkes å finne sted innenfor EØS, ved at EFTA-domstolen aktivt prøver forenligheten av EFTA-statenes handlinger på EØS-området med grunnleggende rettigheter. Artikkelen viser at hensynet til EFTA-statenes suverenitet, slik dette er forutsatt ved EØS-avtalen, kan tilsi at det bør utvises forsiktighet med å gi EFTA-domstolen en like vidtrekkende menneskerettslig prøvingsadgang som den EU-domstolen har overfor EU-landene.²

1 INNLEDNING

Både EU-samarbeidet og EØS-avtalen inneholder prinsipper om frihandel og et felles europeisk marked. Mens EØS-avtalen begrenser seg til å gjøre EFTA-landene til en integrert del av EUs indre marked for varer, tjenester, arbeidskraft og kapital, har EU siden opprettelsen av Det europeiske (økonomiske) fellesskap i 1957 utviklet seg til å bli langt mer enn en rent økonomisk samarbeidsorganisasjon. EUs vidtrekkende kompetanse og reguleringsmyndighet har medført at organisasjonens handlinger har betydning på en rekke politiske

¹ Ane Grimelid er advokat i Advokatfirmaet Hjort DA. Hun har også arbeidet i EFTAs overvåkningsorgan (ESA).

² Artikkelen er basert på min studentavhandling levert i november 2005, *Menneskerettigheter i EØS-retten – Suverenitet og harmonisering*. Temaet er også behandlet av Karin Fløistad i artikkelen «Fundamental Rights and the EEA Agreement». *ARENA Report* nr. 1/2004.

og sosiale områder, der også privates rettsstilling blir berørt. Dermed har det oppstått spørsmål om EUs forhold til grunnleggende menneskerettigheter.

EU-domstolen³ har i tråd med denne utviklingen vist seg tiltagende villig til å kontrollere ikke bare EU-institusjonenes egen overholdelse av fundamentale rettigheter, men også forenligheten av medlemslandenes EU-rettslige handlinger med menneskerettighetene. Ved Lisboa-traktaten⁴ er også EUs Charter for fundamentale rettigheter⁵ – som til nå ikke har vært rettslig bindende – gitt traktatrettslig status. Dette vil formentlig øke EU-domstolens legitimitet til å prøve medlemsstatenes (så vel som EU-institusjonenes) tiltak opp mot grunnleggende rettigheter. På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om EU-domstolen faktisk er i ferd med å overta Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) rolle som Europas «høye vokter» av menneskerettigheter.

Temaet for denne artikkelen er om en tilsvarende utvikling kan tenkes å finne sted innenfor EØS. Kan EFTA-domstolen innta en like aktiv rolle som EU-domstolen i form av å overprøve forenligheten av EFTA-landenes handlinger på EØS-området med menneskerettighetene? Selv om EØS-avtalen er mer begrenset enn EU-samarbeidet ved ikke å omfatte de delene av Lisboa-traktaten som går utover reguleringen av det indre marked, har utviklingen i EU vist at spørsmål knyttet til menneskerettighetene gjerne kan oppstå i forbindelse med saker vedrørende de fire friheter, konkurranserett mv. De fleste av sakene for EU-domstolen så langt der forholdet til menneskerettighetene har vært et tema, har nettopp dreid seg om bestemmelser som også er del av EØS-avtalen. Samtidig er det enkelte klare forskjeller mellom EØS-avtalen og EU-samarbeidet som kan tilsi at EFTA-domstolen ikke nødvendigvis skal ha den samme kompetanse som EU-domstolen på dette området.

2 EU-DOMSTOLENS MENNESKERETTIGHETSKONTROLL

2.1 Kort om fremveksten av EU-rettens menneskerettighetsvern

Menneskerettighetsvernet i EU har grodd frem gradvis, og er for en stor del utviklet av EU-domstolen.⁶ Domstolens beskyttelse av fundamentale rettigheter oppsto i utgangspunktet som følge av et behov for å «harmonisere»

³ Ved vedtakelsen av Lisboa-traktaten ble den tidligere EF-domstolen omdøpt til EU-domstolen. Jeg vil i det følgende for enkelthets skyld kun benytte betegnelsen EU-domstolen, også ved behandlingen av avgjørelser som formelt ble truffet av EF-domstolen.

⁴ Treaty on European Union (TEU) og Treaty on the functioning of the European Union (TFEU) – eller Lisboa-traktaten – ble undertegnet i Lisboa 13. desember 2007. Den 3. november 2009 var traktaten ratifisert av samtlige EU-land.

⁵ Formelt vedtatt av EU-parlamentet, Rådet og Kommisjonen 7. desember 2000.

⁶ Utviklingen av EUs menneskerettighetsvern er blitt ofret mye oppmerksomhet i europaretslig litteratur. Av standardverker, se for eksempel Craig & de Búrca, *EU Law. Text, cases, and materials*. 3. utg. Oxford, 2003, s. 317–370, og Hartley, *The Foundations of European Community Law*. 5. utg. Oxford, 2003, s. 135–146.

EU-retten med medlemsstatenes rettssystemer, etter at særlig tyske forvaltningsdomstoler på 1960-tallet varslet at de ikke nødvendigvis var villig til å gi EU-retten forrang fremfor rettighetskatalogen inntatt i den nasjonale forfatningen. EU-domstolen valgte å løse konflikten ved å si at også EU-retten inneholdt et sett av grunnleggende rettigheter, som igjen var «inspirert» av medlemsstatenes felles forfatningstradisjoner.⁷

EU-domstolen tok deretter et skritt videre med hensyn til utviklingen av den EU-rettslige rettighetskatalogen, ved å fastslå at også internasjonale traktater om beskyttelse av menneskerettighetene som medlemsstatene hadde signert eller ratifisert, var en «inspirasjonskilde» for de grunnleggende rettighetene i EU-retten.⁸ I avgjørelsen i *Hoechst mot Kommisjonen*⁹ fastslo domstolen at Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) var av «særlig viktighet» for å fastlegge hvilke rettigheter som inngikk i EUs rettighetskatalog. Prinsippet er nå nedfelt i Treaty on European Union (TEU) artikkel 6 (3), der det heter:

«Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law.»

Av TEU artikkel 6 (1) fremgår det videre at EUs Charter for grunnleggende rettigheter, vedtatt 7. desember 2000, skal ha samme rettslige status som traktatene. Rettighetene i Charteret – som til nå kun har vært av «veiledende» betydning – vil derved være bindende både for medlemsstatene og EUs institusjoner. Charteret fastlegger de sivile, politiske, økonomiske og sosiale rettighetene som gjelder for EUs borgere, og er basert blant annet på prinsippene i EMK.

2.2 EU og EMK – konflikt eller harmoni?

Ved å være til «inspirasjon» ved fastleggelsen av det nærmere innholdet i EUs rettighetskatalog fungerer EMK (i tillegg til medlemsstatenes felles forfatningstradisjoner og andre menneskerettighetsinstrumenter) som en kilde til EU-rettens menneskerettighetsvern.¹⁰ Dette må holdes klart atskilt fra å anvende konvensjonen *per se* – EMK er foreløpig ikke en del av EU-retten i seg selv. Den «særlige betydningen» av EMK ligger i at konvensjonen gir

⁷ Se særlig sak 29/69 *Stauder*, Sml. 1969 s. 419, og sak 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, Sml. 1970 s. 1125.

⁸ Se for eksempel sak 36/75 *Rutili*, Sml. 1975 s. 1219.

⁹ Forente saker 46/87 og 227/88, *Hoechst AG vs. Kommisjonen*, Sml. 1989 s. 2859.

¹⁰ Det er således tale om et *eget* EU-rettslig (og, som vi skal se, EØS-rettslig) menneskerettighetskonsept. Når det i denne artikkelen benyttes begreper som «menneskerettigheter», «grunnleggende rettigheter» mv., vises det følgelig til den EU/EØS-rettslige rettighetskatalogen.

uttrykk for grunnleggende prinsipper og verdier som er felles for medlemsstatene.

Selv om det er liten tvil om at rettighetene i EMK også inngår i den EU-rettslige rettighetskatalogen,¹¹ har EU-domstolen ved kun å anvende konvensjonen som en «inspirasjonskilde» forbeholdt seg en viss frihet til å legge til grunn sin egen forståelse av innholdet av de enkelte rettighetene. Fordi EU (foreløpig) ikke har tiltrådt EMK, er verken EU-domstolen eller de øvrige institusjonene forpliktet til å rette seg etter EMDs avgjørelser. Slik kan det også oppstå ulikheter mellom domstolene med hensyn til fortolkningen av én og samme EMK-rettighet: I juridisk litteratur er det uttalt at slike mulige tolkningsforskjeller er «*inevitable*».¹²

To tydelige – dog historiske – eksempler på at slike tolkningsforskjeller kan oppstå, er EU-domstolens avgjørelser i *Hoechst* og *Orkem*. I *Hoechst*¹³ fant EU-domstolen at retten til privatliv i EMK artikkel 8 ikke fikk anvendelse ved ransaking av kontorlokaler, mens EMD senere fant at artikkel 8 nettopp fikk anvendelse ved slike inngrep.¹⁴ Og i *Orkem*¹⁵ kom EU-domstolen til at EMK artikkel 6 ikke inneholder et forbud mot selvinkriminering, mens EMD i *Funke*¹⁶ kom til det motsatte resultat. En annen mulig konfliktsituasjon kan oppstå der beskyttelsen av en EU-rettslig økonomisk frihet og en grunnleggende rettighet peker i forskjellige retninger, det vil si i tilfeller der en medlemsstat påberoper seg menneskerettighetene som grunn til å gjøre inngrep i EU-rettens friheter. Det er her blitt reist spørsmål om EU-domstolen reelt sett gir prioritet til de økonomiske rettighetene, blant annet i forbindelse med domstolens mye omtalte avgjørelser om arbeidstakeres konfliktrett i *Laval*¹⁷ og *Viking Line*¹⁸.

Det faller utenfor denne artikkelens ramme å foreta noen nærmere drøftelse av mulige konflikter mellom EU-rettens rettighetskatalog og EMK. Jeg nevner imidlertid at artikkel 52 (3) i EUs Charter om grunnleggende rettigheter – som nå har fått traktatstatus, jf. TEU artikkel 6 (1) – fastsetter at i det omfang Charteret inneholder rettigheter tilsvarende de som er sikret i EMK, har rettighetene «*samme betydning og omfang som i konvensjonen*». Dette vil ventelig måtte redusere et eventuelt «konfliktnivå» mellom EUs grunnleggende rettigheter og EMK.

¹¹ Jeg kjenner ikke til at EU-domstolen har funnet at en rettighet vernet i EMK ikke også nyter beskyttelse i EU-retten.

¹² Se Spielmann, «Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities». I: Alston, Philip (red.), *The EU and Human Rights*. Oxford 1999, s. 757, på s. 761.

¹³ Forente saker 46/87 og 227/88, *Hoechst AG vs. Kommissjonen*, Sml. 1989 s. 2859.

¹⁴ *Niemietz vs. Tyskland*, nr. 13710/88, Serie A 251-B. Det er verdt å merke seg at EU-domstolen nettopp som følge av denne utviklingen i EMDs praksis senere gikk bort fra sin oppfatning i *Hoechst*, se sak 94/00, *Roquette Frères*, Sml. 2002 s. I-9011.

¹⁵ Sak 374/87, *Orkem*, Sml. 1989 s. 3283.

¹⁶ *Funke vs. Frankrike*, nr. 10828/84, Serie A 256-A.

¹⁷ Sak C-341/05, *Laval un Partneri vs. Svenska Byggnadsarbetareförbundet m.fl.*

¹⁸ Sak C-438/05 *Viking Line ABP*.

Jeg nevner også at TEU artikkel 6 (2) uttrykker at EU skal tiltre EMK. Konsekvensen vil da måtte bli at EMD skal overvåke EU-institusjonenes – og derved formentlig også EU-domstolens – overholdelse av konvensjonens rettigheter. For at dette skal kunne bli en realitet, må imidlertid EMK endres slik at også andre aktører enn nasjonalstater kan ratifisere konvensjonen.¹⁹

2.3 *Omfanget av EU-domstolens menneskerettighetskontroll med medlemsstatene*

EU-domstolen kan bare anvende menneskerettighetene slik de inngår i den EU-rettslige rettighetskatalogen, innenfor EU-rettens rammer. Spørsmålet om omfanget av EU-domstolens menneskerettighetskontroll blir dermed et spørsmål om hvilke situasjoner – der menneskerettighetsspørsmål oppstår – som faller inn under EU-rettens anvendelsesområde, og der domstolen følgelig har kompetanse.²⁰

EU-domstolen prøver etter fastlagt praksis medlemsstatenes overholdelse av menneskerettighetene i to situasjoner.²¹ For det første er statene bundet av menneskerettighetene når de gjennomfører EU-rettslige bestemmelser og beslutninger i nasjonal rett; EU-domstolen kan med andre ord kontrollere at medlemsstatenes implementering av for eksempel sekundærrettsakter (forordninger og direktiver) er i overensstemmelse med grunnleggende rettigheter.²² For det andre har EU-domstolen fremholdt at medlemsstatene må overholde menneskerettighetene når de anvender en av EU-rettens unntakshjemler (derogasjonshjemler).²³ Domstolen prøver med andre ord om de nasjonale hensynene som statene påberoper seg som grunnlag for å gjøre inngrep i EU-rettens friheter, er i overensstemmelse med menneskerettighetene.²⁴

¹⁹ En eventuell tilredelse av EMK fra EUs side reiser en rekke kompliserte spørsmål, og det må trolig forventes at et slikt skritt ligger forholdsvis langt frem i tid.

²⁰ EU-domstolen utøver for det første kontroll med EU-institusjonenes egen overholdelse av menneskerettighetene, både ved vedtakelsen av sekundærlovgivning og ved institusjonenes øvrige handlinger. Institusjonskontrollen er imidlertid ikke tema for denne artikkelen.

²¹ I tillegg kommer selvfølgelig tilfeller der menneskerettighetene blir benyttet til å tolke EU-rettslige bestemmelser – EU-domstolen utøver her en indirekte menneskerettighetskontroll med medlemsstatene.

²² Se blant annet sak 5/88 *Wachauf*, Sml. 1989 III s. 2609, sak C-2/92 *Bostock*, Sml. 1994 s. I-955 og sak C-292/97 *Karlsson*, Sml. 2000 s. I-2737.

²³ EU-retten inneholder flere slike unntakshjemler. For eksempel kan medlemsstatene gjøre inngrep i alle de fire frihetene (fri bevegelighet av varer, tjenester, arbeidskraft og kapital) dersom dette er begrunnet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhet eller folkehelsen, jf. TFEU artikkel 36, 45, 52, 62 og 65. I tillegg kan statene påberope seg den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn, se blant annet sak 120/87 *Cassis de Dijon*, Sml. 1979 s. 649.

²⁴ Prinsippet ble fastslått i sak C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE*, Sml. 1991 s. I-2925.

3 EFTA-DOMSTOLENS MENNESKERETTIGHETSKONTROLL

3.1 Utgangspunkt – homogenitetsprinsippets betydning

Styrende for vurderingen av om EFTA-domstolen kan utøve en tilsvarende menneskerettighetskontroll med EFTA-statenes handlinger som EU-domstolen gjør med EU-landene, er EØS-rettens homogenitetsprinsipp. En hovedmålsetting med EØS-avtalen er at det skal gjelde ensartede regler på hele avtaleområdet. Homogenitetsprinsippet utgjør på denne bakgrunn et tungtveiende hensyn ved tolkningen av EØS-avtalen, og er i litteraturen blitt omtalt som systemets «*grunnleggende rettskildeprinsipp*».²⁵

I EØS-regelverket er det inntatt en rekke mekanismer som skal sikre homogenitet. I vår sammenheng er det særlig bestemmelsene i EØS-avtalens artikkel 6 og ODA-avtalens artikkel 3 nr. 2 om betydningen av EU-domstolens avgjørelser som er relevant. Læren om menneskerettighetenes stilling i EU-retten, herunder kontrollen med medlemsstatenes handlinger, er, som vi har sett, utviklet gjennom EU-domstolens praksis.

Av EØS-avtalens artikkel 6 sett i sammenheng med ODA-avtalens artikkel 3 nr. 2 følger det at både EFTA-landene og EFTA-institusjonene (EFTA-domstolen og ESA) ved sin tolkning av EØS-retten skal legge de «*relevante*» rettsavgjørelser fra EU-domstolen til grunn. Hvorvidt EU-domstolens lære om menneskerettighetenes stilling i EU-retten også får anvendelse under EØS-avtalen, beror derfor på om læren er «*relevant*» for EØS-samarbeidet. Spørsmålet nødvendigvis gjør en vurdering av hvilke forskjeller som finnes mellom EU- og EØS-systemet, og i hvilken grad det EU-rettslige menneskerettighetsvernet er et utslag av disse forskjellene.

En første forskjell mellom EØS-avtalen og EU-samarbeidet ligger i trakta-tenes formål.²⁶ Mens hovedformålet med EØS-avtalen er markedsintegrasjon i form av å utvide EUs indre marked til EFTA-statene, rekker EU-samarbeidets formål meget lenger. EU bygger på en integrasjonsmålsetting, der det felles markedet – snarere enn å være et mål i seg selv – blir ansett som et middel for å oppnå en stadig nærmere «*sammenslutning*» av medlemsstatene. I hvilken grad EU-domstolens lære om grunnleggende rettigheter er et utslag av denne integrasjonsmålsettingen, er imidlertid usikkert: Som det fremgår ovenfor, ble prinsippet i utgangspunktet ikke utviklet som del av de senere års «*unionsformål*». Samtidig er det EU-rettslige menneskerettighetsvernet per i dag en helt nødvendig del av den tettere unionen, med en felles utenriks- og sikkerhetspolitikk mv. Sett på denne måten – som en form for legitimering av de ulike tiltakene som fremmer målet om en stadig nærmere europeisk sammenslutning – kan det EU-rettslige rettighetsvernet, slik dette har utviklet seg de senere årene, kanskje også anses som (delvis) utslag av unionens videre integrasjons-

²⁵ Sejersted et al., *EØS-rett*. 2. utg. Oslo 2004, s. 202.

²⁶ Se EU-domstolens første uttalelse om EØS-avtalen, Opinion 1/91, Sml. 1991 s. I-6079, premiss 15–18.

målsetting. Dette gjelder imidlertid først og fremst deler av EU-samarbeidet som ikke har noen parallell i EØS-avtalen.

En annen forskjell på EØS-avtalen og EU-samarbeidet ligger i traktatens karakter. EU-retten er for en stor del preget av medlemsstatenes suverenitetsavståelser til fordel for EU, gjerne betegnet som EU-rettens *overnasjonalitet*.²⁷ EØS-avtalen er derimot formelt en folkerettslig traktat, uten de samme overnasjonale trekkene som karakteriserer EU-systemet. EFTA-statene har påtatt seg en rekke forpliktelser under samarbeidet, men de har ikke overført formell lovgivningskompetanse. Alle beslutninger om utvidelse av EØS-avtalen må fattes ved enstemmighet, og avtalens bestemmelser har ikke (og kan i dualistiske land som Norge ikke ha) umiddelbar anvendelighet eller direkte virkning på samme måte som EU-retten har i EU-landene.²⁸

Beskyttelsen av grunnleggende rettigheter hører etter tradisjonell folkerett hjemme i de enkelte lands interne rett – dog underlagt den internasjonale kontroll som følger av tilslutning til menneskerettighetsinstrumenter som for eksempel EMK. Ratifisering av slike konvensjoner mv. medfører imidlertid ingen formell avståelse av suverenitet. Prinsippet om at EU-domstolen i enkelte tilfeller kan prøve forenligheten av medlemsstatenes handlinger med menneskerettighetene, kan derfor anses som et utslag av EU-rettens overnasjonale trekk. Særlig gjelder dette EU-domstolens kontroll med at medlemsstatenes bruk av EU-rettens unntakshjemler er i samsvar med menneskerettighetene: Siden inngrep i EU-rettens friheter må begrunnes i tungtveiende nasjonale hensyn, innebærer EU-domstolens praksis at også den – i tillegg til nasjonale domstoler (og eventuelt EMD) – kan overprøve forenligheten av medlemslandenes interne politikk med menneskerettighetene.

De overnasjonale trekkene ved deler av EU-domstolens lære om grunnleggende rettigheter kan således tilsi at enkelte av rettsavgjørelsene på dette punktet kan være mindre «relevante» for EØS-samarbeidet, jf. EØS-avtalens artikkel 6 og ODA-avtalens artikkel 3 nr. 2. Dette kan igjen medføre at EFTA-domstolens menneskerettighetskontroll bør ha et snevrere omfang enn EU-domstolens vern om grunnleggende rettigheter. Vurderingen vil måtte bero på en avveining av hensynet til homogenitet og rettslikhet på den ene siden og mot hensynet til EFTA-statenes suverenitet på den annen. Jeg kommer nærmere tilbake til dette nedenfor i punkt 3.3.

²⁷ EU-rettens overnasjonalitet gir seg særlig uttrykk på tre måter. For det første har man opprettet sterke overnasjonale institusjoner med representanter og tjenestemenn som skal ha sin lojalitet til EU, og med kompetanse til å ta initiativ og treffe vedtak på egen hånd. For det andre kan ny lovgivning på stadig flere områder vedtas ved kvalifisert flertall, slik at lovgivningen også binder de statene som måtte ha stemt imot. For det tredje er deler av EU-retten umiddelbart gjeldende i medlemsstatene, og gir borgerne rettigheter og plikter som de kan håndheve for nasjonale domstoler uten at det kreves noen nasjonal beslutning om intern gjennomføring. Se Sejersted et al., *EØS-rett*. 2. utg. Oslo 2004, s. 41.

²⁸ Opinion 1/91 premiss 20–21, se også *EØS-rett* s. 83 f. En annen sak er selvfølgelig at EØS-avtalen *reelt sett* innebærer en massiv overføring av suverenitet.

3.2 Menneskerettigheter i EFTA-domstolens praksis

Sammenliknet med antallet menneskerettighetsrelaterte saker for EU-domstolen har spørsmålet om beskyttelse av grunnleggende rettigheter vært lite behandlet av EFTA-domstolen. Etter det jeg kan se, har EFTA-domstolen til nå berørt forholdet til slike rettigheter i tre saker, den siste fra 2003.

EFTA-domstolen nevnte første gang forholdet til grunnleggende rettigheter i sin rådgivende uttalelse i saken *TV 1000 Sverige AB mot Den norske regjering*.²⁹ Saken dreide seg om det svenske fjernsynsselskapet TV 1000 Sverige, som via satellittsignaler sendte blant annet på fjernsynskanalerne TV 1000 og FilmMax i Norge. Både TV 1000 og FilmMax sendte tidvis filmer med pornografisk innhold, og på FilmMax forekom disse også i usensurert form. Statens filmtilsyn fant at enkelte av filmene var klart i strid med den norske straffeloven, og traff til slutt vedtak om å forby videresending av FilmMax i det norske kabelnettet. Beslutningen ble godkjent av ESA, som mente at forbudet ikke stred mot direktiv 89/552/EØF om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet.

TV 1000 Sverige klaget saken inn for norske domstoler. I forbindelse med rettsforhandlingene stilte Oslo byrett spørsmål til EFTA-domstolen om det var opp til den enkelte EU/EFTA-stat å avgjøre hvilken grad av pornografi, vold mv. som kunne aksepteres under direktivet. I sitt svar på spørsmålet fremhevet EFTA-domstolen at beskyttelse av mindreårige er et legitimt mål for hver av EØS-avtalens parter, og at vernet om mindreåriges mentale og moralske utvikling utgjør en viktig del av beskyttelsen av den offentlige moral. EFTA-domstolen viste så til EMDs avgjørelse i saken *Handyside vs. Storbritannia*, der EMD uttalte at det ikke er mulig å fastsette et ensartet europeisk moralkonsept fordi kravene til moral varierer med tid og sted. Deretter pekte EFTA-domstolen på at en tilsvarende tilnærming var blitt lagt til grunn av EU-domstolen, som i saken *Conegate vs. HM Customs & Excise* uttalte at EU-retten tillater en medlemsstat å gjøre sin egen vurdering av kravene til offentlig moral på sitt territorium.

Den neste saken for EFTA-domstolen der det oppsto spørsmål om forholdet til menneskerettighetene, var *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH og Bellona vs. EFTAs overvåkningsorgan*.³⁰ Saken hadde sin bakgrunn i at det i 2001 ble vedtatt endringer i de norske reglene for produksjonsavgift på petroleum. Endringene hadde til formål å sikre at arbeidet med Snøhvitprosjektet i Barentshavet skulle kunne fortsette, og innebar derfor at store naturgassprosjekter i Norge ble gitt en særlig gunstig avgiftsmessig stilling. De nye bestemmelsene ble med enkelte endringer godkjent av ESA som regional statsstøtte etter EØS-avtalens artikkel 61 (3) bokstav c).

²⁹ Sak E-8/97, *TV 1000 Sverige AB vs. Den norske regjering v/Kulturdepartementet*.

³⁰ Sak E-2/20, *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH og Bellona vs. EFTAs overvåkningsorgan*.

I fellesskap med det tyske selskapet *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH (TBW)* brakte miljøvernorganisasjonen *Bellona* ESAs godkjenningsvedtak inn for EFTA-domstolen med påstand om at vedtaket måtte annulleres. EFTA-domstolens avgjørelse dreide seg om hvorvidt saksøkerne hadde søksmålskompetanse. I sine anførsler oppfordret *Bellona* og *TBW* EFTA-domstolen til å legge til grunn en mer fleksibel tolkning av *locus standi*-kriteriet enn det EF-domstolens *Plaumann*-test innebar; saksøkerne hevdet at en videre søksmålskompetanse ville være mer i overensstemmelse med EMKS artikler 6 og 13 samt med artikkel 47 i EUs Charter for fundamentale rettigheter.

Til dette uttalte EFTA-domstolen at den var klar over den pågående debatten angående privates søksmålskompetanse i forhold til EU-institusjonenes handlinger, og at «[t]he idea of human rights inspires this development, and reinforces calls for widening the avenues of access to justice». Likevel fant domstolen at «caution is warranted, not least in view of the uncertainties inherent in the current refashioning of fundamental Community law». På denne bakgrunn la EFTA-domstolen den tradisjonelle forståelsen av *locus standi* til grunn, og fant at ingen av saksøkerne hadde søksmålskompetanse.

Ikke lenge etter avgjørelsen i *Bellona*-saken fikk EFTA-domstolen på nytt opp spørsmålet om EØS-rettens forhold til grunnleggende rettigheter. I *Ásgeirsson-avgjørelsen*³¹ finner vi EFTA-domstolens til nå klareste uttalelse om menneskerettighetsvernet i EØS. Saken gjaldt en forespørsel om rådgivende uttalelse i forbindelse med en islandsk straffesak, der tiltalen hovedsakelig gikk ut på brudd på islandsk toll og straffelov ved ulovlig fiskeeksport til fem EU-land. Spørsmålene til EFTA-domstolen dreide seg om hvorvidt fisken måtte anses å være av EØS-opprinnelse eller islandsk opprinnelse.

Spørsmålet knyttet til fundamentale rettigheter oppsto under EFTA-domstolens vurdering av om saken kunne antas til realitetsbehandling. En av de tiltalte hevdet at oversendelsen til EFTA-domstolen forlenget rettsforhandlingenes varighet, og derfor krenket EMK artikkel 6 om retten til en rettferdig rettergang innen rimelig tid. I denne forbindelse uttalte EFTA-domstolen følgende om menneskerettighetenes stilling i EØS:

«The Court [...] has found on earlier occasions that provisions of the EEA Agreement as well as procedural provisions of the Surveillance and Court Agreement are to be interpreted in the light of fundamental rights [...]. The provisions of the European Convention of Human Rights and the judgments of the European Court of Human Rights are important sources for determining the scope of these rights.»³²

³¹ Sak E-2/03, *Ákærvaldið vs. Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson og Helgi Már Reynisson*.

³² Premiss 23.

I tråd med uttalelsen så EFTA-domstolen deretter hen til EMK artikkel 6 og EMDs tolkning av kravet til rettergang «*innen rimelig tid*». Under henvisning til EMDs praksis kom EFTA-domstolen til at EMK artikkel 6 ikke var overtrådt i dette tilfellet.

Vi ser dermed at EFTA-domstolen oppstiller et prinsipp om grunnleggende rettigheters plass i EØS-retten som i all hovedsak synes å tilsvare rettighetenes stilling i EU-retten. EFTA-domstolens uttalelse i Ásgeirsson-avgjørelsen tilsier at EØS-avtalen på samme måte som EU-retten inneholder en egen katalog av grunnleggende rettigheter, der særlig EMK er en viktig «inspirasjonskilde». EMKs EØS-rettslige status synes derved å tilsvare konvensjonens status i EU-retten – med de samme i hvert fall potensielle mulighetene for «konflikt» mellom EFTA-domstolen og EMD.

Det er etter dette liten tvil om at EFTA-statene er *indirekte* bundet av den EØS-rettslige rettighetskatalogen ved at EØS-retten skal tolkes «*i lys av*» fundamentale rettigheter. Dette følger av både Ásgeirsson-avgjørelsen, Bellona-avgjørelsen og TV 1000-avgjørelsen. Spørsmålet er imidlertid om EFTA-domstolen også kan utøve en *direkte* menneskerettighetskontroll med EFTA-statenes handlinger, tilsvarende EU-domstolens kontroll med EU-landene.

3.3 Omfanget av EFTA-domstolens kontroll med medlemsstatene

Vurderingen av omfanget av EFTA-domstolens adgang til å utøve en menneskerettighetskontroll med EFTA-statenes EØS-rettslige handlinger må ta utgangspunkt i EFTA-domstolens praksis, og da særlig Ásgeirsson-avgjørelsens formulering om grunnleggende rettigheter. Som vi skal se, gir imidlertid domstolens praksis kun begrenset veiledning for kontrolladgangen.

Styrende for vurderingen må derved bli hvilke konklusjoner som kan utledes av homogenitetsprinsippet, avveid mot hensynet til EFTA-statenes suverenitet – slik dette var en forutsetning ved inngåelsen av EØS-avtalen. Avslutningsvis vil jeg også peke på enkelte andre og mer overordnede hensyn som kan ha betydning.

3.3.1 Kontroll med EFTA-statenes gjennomføring av EØS-rett – vurdering i lys av EFTA-domstolens praksis

Verken i Ásgeirsson-, Bellona- eller TV 1000-avgjørelsene nevnt ovenfor sier EFTA-domstolen uttrykkelig at den vil kontrollere forenligheten med menneskerettighetene av EFTA-statenes nasjonale gjennomføring og håndhevelse av EØS-retten. Et slikt prinsipp kan imidlertid etter mitt syn innfortolkes i domstolens forholdsvis vide formulering i Ásgeirsson-avgjørelsen om at «*provisions of the EEA Agreement as well as procedural provisions of the Surveillance and Court Agreement*» skal tolkes i lys av grunnleggende rettigheter. En generell henvisning til «EØS-avtalen» må normalt forstås som en henvisning til avtalen som helhet, det vil si inkludert dens vedlegg; i henhold til

definisjonsbestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 2, 1. ledd bokstav a) skal begrepet «avtale» anses for å vise til «[EØS]-avtalens hoveddel, dens protokoller og vedlegg samt de rettsakter som er omhandlet i dem». Det samme fremgår av avtalens artikkel 119, som fastslår at vedleggene med sine rettsakter samt protokollene utgjør en «*integrerende del*» av EØS-avtalen. EFTA-domstolen henviser dessuten i Ásgeirsson-avgjørelsen til avgjørelsen i TV 1000-saken, som nettopp omhandlet forståelsen av et direktiv i lys av EMK.

Alle rettsakter som er gjort til del av EØS-avtalen, må gjennomføres i EFTA-landenes interne rettsordener, i henhold til fremgangsmåten fastsatt i avtalens artikkel 7. En korrekt nasjonal gjennomføring forutsetter at rettsakten tolkes, og at den påfølgende gjennomføringen og håndhevelsen skjer i overensstemmelse med den rettstilstanden man slik kommer frem til at sekundærlovgivningen krever. Særlig direktiver, som i henhold til EØS-avtalens artikkel 7 bokstav b) bare er bindende med hensyn til sin målsetting, gir forholdsvis stor valgfrihet til nasjonale myndigheter. Fordi det slik er en nær sammenheng mellom tolkningen av den aktuelle rettsakten og gjennomføringen og/eller håndhevelsen av den – og EFTA-domstolens uttalelse i Ásgeirsson etter mitt syn naturlig kan forstås slik at den henvender seg til alle som anvender EØS-rett, også EFTA-statenes myndigheter – kan det hevdes at det nærmest ligger implisitt i uttalelsen at også EFTA-landenes interne implementeringsvedtak må overholde fundamentale rettigheter.

Ordlyden av EFTA-domstolens uttalelse i Ásgeirsson-avgjørelsen kan således isolert sett tilsi at domstolen forbeholder seg en rett til å kontrollere forenligheten av EFTA-landenes gjennomføringshandlinger med menneskerettighetene. Spørsmålet er imidlertid om en slik forståelse er i samsvar med EØS-avtalen, der hensynet til homogenitet må avveies mot hensynet til EFTA-statenes suverenitet.

3.3.2 Kontroll med EFTA-statenes gjennomføring av EØS-rett – vurdering i lys av homogenitetsprinsippet og suverenitetshensynet

EØS-avtalens artikkel 7 fastsetter som nevnt fremgangsmåten for EFTA-statenes nasjonale implementering av nye rettsakter. I henhold til bestemmelsens bokstav a) skal en rettsakt som tilsvarer en fellesskapsrettslig *forordning*, gjøres til del av den interne rettsorden *som sådan*, det vil si ordrett. Slik har man søkt å komme så nær EU-retten som mulig, selv om forordninger i EØS – i motsetning til i EU, jf. Treaty on the functioning of the European Union (TFEU) artikkel 288 annet ledd – ikke kan ha umiddelbar virkning i dualistiske EFTA-land. Nasjonale myndigheters frihet ved gjennomføringen av forordninger er følgelig svært begrenset. Ved implementeringen av *direktiver* er imidlertid situasjonen en noe annen: Disse er kun bindende med hensyn til sin målsetting, og overlater etter EØS-avtalens artikkel 7 bokstav b) til EFTA-statenes myndigheter å «*bestemme formen og midlene for gjennomføringen*».

Vi ser altså at gjennomføringen av både forordninger og direktiver i EØS-retten skjer ved *nasjonale* handlinger. Dersom EFTA-domstolen på samme måte som EU-domstolen kan prøve forenligheten av disse handlingene med fundamentale rettigheter, innebærer dette med andre ord at den kan vurdere også nasjonale, *internrettslige* vedtaks forhold til menneskerettighetene.

Det folkerettslige suverenitetsprinsippet medfører at vurderingen av hvilke verdier og målsettinger som skal legges til grunn for nasjonale regler, som utgangspunkt hører inn under den enkelte stat. I den grad statens myndigheter ikke har tiltrådt et internasjonalt samarbeid, gjelder dette også med hensyn til beskyttelsen av grunnleggende rettigheter og friheter. Som nevnt ovenfor hører eksistensen og omfanget av menneskerettighetsvernet som hovedregel hjemme i de enkelte lands interne rett. På denne bakgrunn kan det argumenteres for at EØS-avtalens krav til ivaretagelse av EFTA-statenes autonomi innebærer at det bør være opp til hvert enkelt EFTA-land – dog «overvåket» av EMD – å vurdere forenligheten av den nasjonale gjennomføringen og håndhevelsen av EØS-retten med fundamentale rettigheter. En eventuell adgang for EFTA-domstolen til å prøve de interne implementeringsvedtakenes forhold til menneskerettighetene ville innebære et inngrep i den aktuelle statens suverenitet.

Hensynet til EFTA-statenes suverenitet kan således tale mot at EFTA-domstolen skal kunne prøve forenligheten av statenes EØS-rettslige gjennomførings- og håndhevelseshandlinger med fundamentale rettigheter. Samtidig har disse handlingene nær sammenheng med EØS-politikken, fordi statene som «agenter» for EØS-systemet sørger for at nye rettsakter blir implementert og får virkning i de nasjonale rettsordener. Det er således – i motsetning til det som gjelder ved bruk av EØS-avtalens unntakshjemler (derogasjoner), se nedenfor – ikke tale om å overprøve forholdet til menneskerettighetene av en intern politikk som går «på tvers av» EØS-samarbeidets formål. Implementeringsvedtakenes karakter av et sammenfall i målsetting mellom EØS-politikken og nasjonale handlinger kan derfor etter mitt syn tilsi at inngrepet i EFTA-statenes suverenitet likevel ikke er så stort. Sammenhengen med EØS-avtalens hovedmålsetting – en innlemmelse av EFTA-landene i EUs indre marked – er her forholdsvis nær, og for å oppnå dette målet har man jo nettopp godtatt mekanismer som gjør visse inngrep i statenes autonomi.

Vi ser altså at en menneskerettighetskontroll med EFTA-statenes implementeringshandlinger fra EFTA-domstolens side innebærer et visst inngrep i statenes suverenitet, men at dette ikke nødvendigvis er så stort. Denne suverenitetsbegrensningen må så avveies mot EØS-samarbeidets homogenitetsmålsetting, som prinsipielt sett tilsier at den EU-rettslige kontrollen med at medlemsstatene (når de handler innenfor «EU-sfæren») overholder rettssystemets grunnleggende rettigheter, også bør inngå i EØS-konstruksjonen. Dette må særlig anses å gjelde med hensyn til medlemslandenes gjennomføringshandlinger: Dersom det EU-rettslige menneskerettighetskonseptet legger føringer for EU-landenes implementeringsvalg, men ikke EFTA-statenes, vil dette kunne

føre til at særlig direktiver anvendes og håndheves forskjellig i EØS-området – en nasjonal gjennomføring som er akseptabel i «EFTA-delen», kan være ulovlig innen EU-systemet.

Etter dette ser vi at hensynet til rettshomogenitet veier tungt på området for nasjonale implementeringshandlinger. Fordi inngrepet i EFTA-statenes suverenitet kan anses å være av begrenset art, er det derfor min oppfatning at en avveining av disse hensynene tilsier at EFTA-domstolen bør kunne utøve en menneskerettslig kontroll med slike handlinger.

3.3.3 Kontroll med bruk av unntakshjemler – vurdering i lys av EFTA-domstolens praksis

EFTA-domstolen sier verken i Ásgeirsson-avgjørelsen eller de øvrige nevnte avgjørelsene noe om hvorvidt EFTA-statenes bruk av EØS-avtalens unntakshjemler (derogasjoner) må være forenlige med det EØS-rettslige menneskerettighetskonseptet. Det er også forholdsvis vanskelig å tolke en slik kontrolladgang inn i domstolens uttalelse om at EØS- og ODA-avtalens bestemmelser skal tolkes i lys av grunnleggende rettigheter. Dette har sin bakgrunn i at formuleringen etter sin ordlyd dreier seg om de nevnte *avtalebestemmelsenes* (og sekundærrettens) forhold til menneskerettighetene. Når en medlemsstat benytter seg av en av unntakshjemlene i EØS-avtalen, er dette imidlertid for å sikre en viktig nasjonal politikk, som ellers ville vært stridende mot det indre marked og følgelig ikke mulig å opprettholde. Unntak kan begrunnes i hensynet til den offentlige orden, sikkerhet og folkehelsen, samt i enkelte mer spesielle hensyn. Ved en kontroll med statenes bruk av unntakshjemler er det følgelig tale om å prøve forenligheten av *nasjonale* regler grunnet i en *intern* politikk med EØS-rettens grunnleggende rettigheter, *ikke* av bestemmelser i EØS- eller ODA-avtalen.

Det er derfor min oppfatning at EFTA-domstolens uttalelse i Ásgeirsson-avgjørelsen ikke nødvendigvis kan forstås slik at domstolen forbeholder seg en rett til å kontrollere forenligheten av EFTA-statenes derogasjoner fra EØS-retten med menneskerettighetene. Som vi straks skal se, taler også hensynet til EFTA-statenes suverenitet etter mitt syn mot at EFTA-domstolen skal ha en slik kontrolladgang.

3.3.4 Kontroll med bruk av unntakshjemler – vurdering i lys av homogenitetsprinsippet og suverenitetshensynet

Også når det gjelder kontrollen med at EFTA-statenes bruk av EØS-avtalens unntakshjemler er i overensstemmelse med menneskerettighetene, taler homogenitetsmålsettingen for at situasjonen skal være den samme i EU- og EØS-systemet. Muligheten for at en tilnærmet lik nasjonal politikk, påberopt som begrunnelse for å gjøre inngrep i henholdsvis EØS- eller EU-rettens friheter, skulle bli godtatt av EFTA-domstolen, men ikke av EU-domstolen på grunn av uforenlighet med menneskerettighetene, utgjør klart nok et hinder for rettslikheten mellom de to systemene.

En kontroll med statenes bruk av unntakshjemler skaper likevel etter mitt syn flere betenkeligheter i forhold til EFTA-landenes suverenitet enn kontrollen med statenes implementeringsvedtak. Som nevnt ovenfor hører beskyttelsen av menneskerettighetene som utgangspunkt inn under den enkelte stats suverene myndighet. Det EU-rettslige prinsippet om at medlemsstatenes derogasjoner må overholde EU-rettens grunnleggende rettigheter, innebærer imidlertid, som jeg har vist, at EU-domstolen tar stilling til om medlemslandenes *interne* politikk – slik denne påberopes for å begrunne inngrep i EU-rettens friheter – er forenlig med menneskerettighetene. Fordi EU-domstolen slik foretar en overprøving av nasjonale myndigheters egen vurdering av forholdet til grunnleggende rettigheter av de påberopte hensynene, medfører doktrinen et solid innhugg i statenes suverenitet.

Et slikt «suverenitetsinnhugg» er for så vidt ikke ukjent i EU-systemet. På denne bakgrunn er det i EU-rettslitteraturen blitt argumentert med at beskyttelsen av fundamentale rettigheter må anses som én av flere begrensninger i derogasjonsadgangen, hvorav ikke alle uttrykkelig fremgår av traktatbestemmelsene.³³ Med hensyn til EØS-konstruksjonen kan det imidlertid stille seg noe annerledes, idet EFTA-statene jo nettopp ønsket å beholde mer suverenitet enn det som er vanlig ved et EU-medlemskap. Dersom EFTA-domstolen skal ha en tilsvarende adgang som EU-domstolen til å kontrollere forenligheten av statenes derogasjoner med menneskerettighetene, noe som altså vil innebære en overprøving av nasjonale myndigheters egen vurdering av forholdet til menneskerettighetene av deres interne politikk, vil vi stå overfor et forholdsvis klart inngrep i EFTA-statenes suverenitet. I motsetning til ved kontrollen med statenes gjennomførings- og håndhevelses-handlinger er det her ikke tale om noe sammenfall i målsetting mellom EØS-systemet og EFTA-landenes handlinger: Sistnevnte ønsker jo tvert imot å gjøre *inngrep* i EØS-retten, som følge av et motstridende nasjonalt hensyn.

Samtidig kan det påpekes at EFTA-domstolen ved proporsjonalitetsvurderingen av EFTA-statenes derogasjoner – det vil si ved vurderingen av om inngrepet i EØS-rettens friheter er egnet til og nødvendig for å ivareta de påberopte (lovlige) nasjonale hensynene – allerede går forholdsvis langt i å gjøre inngrep i statenes suverenitet ved å overprøve en intern politikk. Riktignok prøver verken EFTA-domstolen eller EU-domstolen nasjonale myndigheters vurdering av det som gjerne kalles «beskyttelsesnivået», altså hvilken grad av nasjonalt vern et gitt hensyn skal gis. Fordi proporsjonalitetsvurderingen i praksis blir en form for «rimelighetssensur» der det – særlig hvis det er tale om inngripende vedtak – reelt sett kan være vanskelig å holde forholdet til menneskerettighetene helt utenfor, kan det nok likevel stilles spørsmål ved om EFTA-domstolens vurdering vil falle veldig annerledes ut selv om den skulle føle seg forhindret fra åpent å vise til menneskerettighe-

³³ Op.cit.

tene.³⁴ Slik sett kan det hevdes at det allerede ligger en mulighet for en form for «skjult» menneskerettighetskontroll med EFTA-statenes derogasjoner i EFTA-domstolens overprøving av proporsjonaliteten i slike handlinger.

Det er for øvrig av en viss interesse at det også i EU-systemet er blitt tatt til orde for at EU-domstolen bør begrense sin menneskerettslige kontroll med medlemsstatenes derogasjoner. Generaladvokat Francis G. Jacobs, som i utgangspunktet var tilhenger av en vid forståelse av EU-domstolens menneskerettighetskompetanse, argumenterer i en senere artikkel for at kompetansen bør snevres inn. Jacobs mener at rettstilstanden heller bør forstås slik at dersom en medlemsstat søker å *begrunne* en derogasjon i beskyttelsen av menneskerettighetene, skal domstolen ta stilling til anførselen som del av vurderingen av derogasjonens lovlighet. Hvis derogasjonen derimot begrunnes i andre hensyn, befinner vi oss utenfor EU-rettens område: Den nasjonale politikken som begrunner inngrepet i en av de fire frihetene, må fortsatt være i samsvar med menneskerettighetene, men dette ligger det etter Jacobs syn utenfor EU-domstolens myndighet å vurdere. Jacobs fortsetter med å anføre at når medlemsstatene påberoper seg en av EU-rettens derogasjons-hjemler, kommer enkelte, men ikke alle, av EU-rettens prinsipper til anvendelse. Det er klart at medlemslandene må respektere forbudet mot nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling, og også proporsjonalitetsprinsippet må overholdes. Utover dette bør imidlertid medlemsstatene ikke være bundet av fellesskapsrettens alminnelige rettsprinsipper, herunder beskyttelsen av grunnleggende rettigheter.³⁵

Jacobs' syn har til nå ikke fått noen videre oppslutning blant EU-domstolens øvrige medlemmer. Synspunktene har imidlertid overføringsverdi til spørsmålet om menneskerettighetsvernet i EØS, og suverenitetsprinsippet medfører her at de får ytterligere vekt i retning av en begrensning av EFTA-domstolens overprøvingsadgang.

Det er etter dette min oppfatning at inngrepet i EFTA-statenes suverenitet ved at EFTA-domstolen prøver forenligheten av EFTA-statenes derogasjoner med fundamentale rettigheter, i prinsippet er for stort til at det kan oppveies av hensynet til å oppnå rettslikhet mellom EU- og EØS-systemet. Det kan likevel trolig oppstå tilfeller av en «skjult» menneskerettighetskontroll ved domstolens proporsjonalitetsvurdering i slike tilfeller.

3.3.5 Vurdering i lys av andre hensyn

Ovenfor har vi sett at en avveining av homogenitetsprinsippet mot hensynet til EFTA-statenes suverenitet faller noe ulikt ut i forhold til de to formene for menneskerettighetskontroll med EFTA-landenes EØS-rettslige handlinger.

³⁴ Et tydelig eksempel på at forholdet til menneskerettighetene kan spille inn ved proporsjonalitetsvurderingen, er å finne i EU-domstolens avgjørelse i sak C-370/05 *Festersen*, Sml. 2007 s. I-1129, der domstolen uttalte at den danske boplikten ved erverv av landbruksseiendommer var «*særlig inngripende*» fordi den var i strid med retten til fritt å velge bosted, i EMKs tilleggsprotokoll nr. 4 (premiss 34–37).

³⁵ Jacobs, «Human Rights in the European Union: The Role of the Court of Justice», (2001) 26 *E.L. Rev.* s. 331, s. 336–338.

Mens hensynet til rettslikhet etter mitt syn tilsier at EFTA-domstolen bør ha kompetanse til å prøve forholdet til menneskerettighetene av statenes gjennomføringshandlinger, taler suverenitetshensynet mot en tilsvarende EFTA-domstolskontroll med EFTA-landenes inngrep i EØS-retten (derogasjoner).

Når det gjelder kontrollen med EFTA-statenes gjennomføringshandlinger, kan også hensynet til sammenheng i rettssystemet tilsi at EFTA-domstolen bør ha en prøvingsadgang. Nasjonale myndigheter i EFTA-landene har en tilsvarende «agentfunksjon» i forhold til EØS-systemet som det EU-medlemsstatene har i EU-konstruksjonen. Ved å ha ansvar for at henholdsvis EØS- og EU-politikken blir gjennomført og håndhevet på nasjonalt plan, opptrer medlemsstatene på mange måter som sine respektive systemers «utøvende myndighetsorganer». Dersom man i en situasjon der en borger gjorde gjeldende menneskerettslige innvendinger mot en direktivbasert nasjonal regel, likevel unnlot å kontrollere de interne implementeringstiltakenes forenlighet med fundamentale rettigheter, ville dette fra et rettighetsperspektiv virke noe merkelig. Skal det, til tross for den nære sammenhengen mellom den aktuelle EØS-politikken og nasjonale handlinger, gjelde to forskjellige standarder – en for EØS/EFTA-institusjonene, som jo må respektere EØS-rettens grunnleggende rettigheter, og en for medlemsstatene – når de handler i henhold til *samme politikk*? En slik løsning fremstår som lite naturlig og rasjonell, og ville også kunne føre til tilfeldige resultater for privatpersoner. Argumenter av denne typen gjør seg derimot langt mindre gjeldende for menneskerettighetskontrollen med statenes inngrep i EØS-retten, der det som nevnt ikke er noen tilsvarende sammenheng mellom nasjonale myndigheters handlinger og EØS-systemet – snarere tvert imot.

Et generelt argument mot at EFTA-domstolen skal ha adgang til å prøve forenligheten av EFTA-statenes handlinger med menneskerettighetene – hva enten handlingene består i nasjonal gjennomføring av EØS-rett eller inngrep i EØS-rettens friheter – er at en unnlattelse av å gi EFTA-domstolen slik myndighet ikke medfører at overholdelsen av rettighetene ikke blir kontrollert. Samtlige av EFTA-landene har ratifisert EMK, og er følgelig bundet av konvensjonens bestemmelser. I Norge er rettighetene i EMK ved menneskerettighetslovens § 2 gjort til norsk rett, og kan følgelig håndheves ved nasjonale domstoler. Videre prøver også EMD, når nasjonale rettsmidler er uttømt, om konvensjonsrettighetene er blitt krenket i en konkret sak. Slik sett tilsier strengt tatt ikke det viktige hensynet til å sikre at den enkelte stat overholder grunnleggende rettigheter, at dette er noe også EFTA-domstolen skal ha kompetanse til å kontrollere. Ved derimot å legge menneskerettighetskontrollen på nasjonalt nivå, i enkelte tilfeller supplert med EMDs vurderinger, vil man nettopp sikre at ikke EØS-avtalens suverenitetsprinsipp, forutsatt av EFTA-statene, blir trådt for nær. Det kan også anføres at den overnasjonale kontrollen med menneskerettighetene bør ligge hos et organ med særlig kompetanse til å behandle slike spørsmål; EFTA-domstolen er opprettet for å sikre EFTA-landenes overholdelse av EØS-avtalen, ikke grunnleggende rettigheter.

I forlengelsen av denne argumentasjonen er det likevel et moment at saksbehandlingstiden i EFTA-domstolen er betraktelig kortere enn i EMD. For EFTA-domstolen kan det – noe avhengig av sakens kompleksitet – normalt påregnes rundt ett år fra stevning inngis til dom foreligger. I EMD vil antatt saksbehandlingstid derimot kunne ligge på mellom tre og helt opp mot fem år. Hensynet til en effektiv prøving av borgernes grunnleggende rettigheter kan således tilsi at de menneskerettighetsspørsmål som oppstår i tilknytning til statenes handlinger innen EØS-sfæren, bør kunne prøves av EFTA-domstolen.

Ved at EFTA-domstolen anvender EMK kun som en «inspirasjonskilde» til den EØS-rettslige rettighetskatalogen, vil tilsvarende «konflikter» mellom EFTA-domstolens og EMDs tolkninger av konvensjonsrettighetene som de vi tidvis har sett i EU-retten, potensielt kunne oppstå. Som vi så ovenfor i punkt 2.2, synes tendensen innen EU imidlertid å gå i retning av «harmoni» snarere enn «konflikt» med EMD; ved at Charteret om grunnleggende rettigheter har fått traktatrettslig status, vil for eksempel bestemmelsen i artikkel 52 (3) om at rettigheter i Charteret som tilsvare rettigheter i EMK, skal ha «*samme betydning og omfang som i konvensjonen*», være bindende for EU-domstolen. En eventuell fremtidig EU-tiltredelse til EMK vil også ventelig måtte innebære at EMD får myndighet til å overprøve EU-domstolens tolkning av konvensjonsrettighetene. Tilsvarende instrumenter for «harmoni» med EMDs praksis finnes ikke under EØS-avtalen. Det er likevel etter mitt syn forholdsvis liten grunn til å tro at EFTA-domstolen i fremtiden vil fravike EMK og EMDs tolkning av konvensjonsrettighetene. En grunn til dette er selvfølgelig at samtlige EFTA-stater har ratifisert konvensjonen, og dessuten vil en tolkning av EMK-rettighetene på tvers av EMDs praksis – i lys av den nevnte utviklingen innen EU – på sikt ventelig kunne stride mot hensynet til homogenitet mellom EØS- og EU-retten. I sin formulering i Ásgeirsson-avgjørelsen uttrykker også EFTA-domstolen spesifikt at EMDs avgjørelser er «*viktige kilder*» til innholdet av de grunnleggende rettighetene. Signaleffekten av denne formuleringen er etter mitt syn viktig.

4 AVSLUTNING

I Ásgeirsson-avgjørelsen uttrykte EFTA-domstolen at EØS-retten skal tolkes i samsvar med grunnleggende rettigheter. Rettighetene i EMK og EMDs avgjørelser er i denne sammenheng viktige kilder. Det er etter mitt syn forholdsvis liten grunn til å tro at EFTA-domstolen vil fravike EMK og EMDs tolkning av konvensjonsrettighetene, slik at risikoen for en «konflikt» mellom det EØS-rettslige menneskerettighetskonseptet og EMK trolig er begrenset.

Et langt vanskeligere spørsmål når det gjelder EFTA-domstolens anvendelse av grunnleggende rettigheter, er hvorvidt domstolen skal kunne kontrollere forenligheten av medlemsstatenes EØS-rettslige handlinger med mennes-

kerettighetene. Dersom EFTA-domstolen gis en vidtrekkende overprøvningsadgang, vil dette kunne skape vanskeligheter i forhold til hensynet til EFTA-landenes suverenitet, slik dette er forutsatt i EØS-avtalen. En kontroll med EFTA-landenes nasjonale gjennomføring og håndhevelse av EØS-retten vil ventelig ikke trå suverenitetsprinsippet for nære, men større problemer vil etter mitt syn oppstå i forhold til menneskerettighetskontrollen med EFTA-landenes bruk av EØS-rettens unntakshjemler (derogasjoner). Her er det tale om å overprøve forenligheten av en tungtveiende intern politikk med grunnleggende rettigheter, som påberopes for å begrunne et inngrep i EØS-avtalens markedsfriheter. En adgang for EFTA-domstolen til å overprøve forenligheten med menneskerettighetene i slike tilfeller vil etter min vurdering utgjøre et så dypt innhugg i statenes suverenitet at det vanskelig kan oppveies av hensynet til å oppnå rettslikhet mellom EU- og EØS-systemet. Det kan likevel ventelig oppstå tilfeller av en form for «skjult» menneskerettighetskontroll ved domstolens proporsjonalitetsvurdering i slike tilfeller.

Avslutningsvis er det også viktig å minne om at en unnløstelse fra EFTA-domstolens side av å prøve forenligheten av EFTA-statenes handlinger med menneskerettighetene ikke betyr at overholdelsen av rettighetene ikke blir kontrollert. Både EFTA-statenes nasjonale domstoler og EMD har kompetanse til å sikre at grunnleggende rettigheter ikke settes til side av statene. En argumentasjon om at menneskerettighetskontrollen med EFTA-statene faller utenfor EØS-avtalen og EFTA-domstolens virkeområde, bør derfor ikke tas til inntekt for at menneskerettighetene anses «mindre betydningsfulle» enn EØS-avtalens økonomiske rettigheter.

Det er på denne bakgrunn min oppfatning at EFTA-domstolen ikke uten videre kan innta en tilsvarende rolle som «menneskerettighetsdomstol» som den EU-domstolen har inntatt. Det gjenstår imidlertid å se hva som vil være EFTA-domstolens egen oppfatning dersom spørsmålet skulle komme opp til behandling.