

Utenriksdepartementet

Deres referanse: 22/11542

Vår referanse: 2024/149

Dato: 27.08.2024

Publikasjonsnr.: NIM-H-2024-30

HØRINGSUTTALELSE

Erfaringer med grunnleggende rettigheter og verdier i EØS-avtalen

1. Innledning

NIM viser til høringsbrev 15. mai 2024, der NOU 2024:7 *Norge og EØS: Utvikling og erfaring* ble sendt på høring. Utvalget skulle utrede og vurdere en rekke punkter knyttet til utviklinger, erfaringer, fordeler og ulemper ved EØS-avtalen.¹

NIM mener utvalget har levert en grundig utredning som peker på mange problemer og muligheter ved EØS, og vi håper det kan gi grunnlag for en mer aktiv debatt. Menneskerettigheter («grunnleggende rettigheter») har ikke vært et hovedtema for utvalget, men som rapporten peker på er de en del av det økende «gapet» mellom EU-retten og EØS-retten. NIM ønsker i innspillet å belyse noen av de utfordringer og utviklingstrekk vi erfarer i arbeidet med menneskerettigheter i EØS-retten.

2. Grunnleggende rettigheter i EØS-retten

Etter vår erfaring er det særlig to problemer som oppstår når man skal utrede spørsmål om grunnleggende rettigheter i EØS-retten. *For det første* er det uklart hvilke rettigheter som eksisterer i EØS-avtalen og *for det andre* er det uklart hvilken betydning EUs grunnleggende rettigheter har for tolkning av sekundærlovgivning inntatt i EØS-avtalen.

Første problem – uklart om rettigheter i EØS-avtalen

Forholdet mellom grunnleggende rettigheter i EU, som EUs Charter («CFR»), og EMK er i seg selv en problemstilling som skaper rettslig usikkerhet. På EU-nivå løses dette typisk ved at EMK er en sentral rettskilde til «generelle prinsipper» i EU-retten² og at CFR skal tolkes slik at det ikke gir dårligere beskyttelse enn EMK.³ EMD har

¹ Se nærmere NOU 2024:7 *Norge og EØS: Utvikling og erfaring*, punkt 2.1 og 2.2.

² Artikkel 6(3) TEU. Se nærmere i Romain Tinière og Claire Vial *Droit de l'Union européenne des droits fondamentaux* (Bruylant 2023), side 105–123.

³ Artikkel 52(3) CFR.

også anerkjent EU-retten som et system som gir tilsvarende beskyttelse av rettigheter og viser derfor en viss tilbakeholdenhet,⁴ og hensyntar for øvrig praksis fra EU-domstolen der det er relevant eller der EU-domstolen har «gått først».⁵

EØS-avtalen, og Norges øvrige avtaleverk med EU, legger enda et lag av kompleksitet på toppen av dette. CFR er ikke inntatt i EØS-avtalen og en rekke krav, prinsipper og rettigheter som nå finnes i EU-traktatene har heller ingen klare paralleller i EØS-avtalen. Derimot er EMK relevant i EØS-retten, som en sentral kilde til «generelle prinsipper».⁶ EMK kan likevel ikke helt løse «gapet» mellom rettighetene i EU og i EØS, fordi CFR og EU-traktatene inneholder flere rettigheter og prinsipper som ikke finnes i EMK. Dette problemet har blitt større det siste tiåret fordi EU-domstolen kan sies å ha blitt mer «charter-sentrisk»,⁷ ved at den i økende grad bygger på EU-rettighetene og siterer seg selv heller enn å bygge på EMK og sitere EMD. Det er usikkert hvordan EFTA-domstolen vil forholde seg til dette.

I tillegg kan det noen ganger være forskjellig tolkning eller anvendelse mellom EU-domstolen og EMD. For eksempel har EU-domstolen og EU-retten typisk åpnet mer for *horisontal* anvendelse av grunnleggende rettigheter,⁸ og EU-domstolen benytter en tilsynelatende strengere formulering av *forholdsmessighetsprinsippet* enn EMD.⁹

Forskjellene i rettigheter og i anvendelse gjør det vanskelig for NIM å vurdere hva de grunnleggende rettighetene i EØS-retten er. Etter vår erfaring medfører rettsusikkerhet ofte at nivået legges på det laveste innenfor «tolkningsrommet». I så fall kan det i praksis medføre dårligere beskyttelse av rettigheter under EØS-retten.

⁴ Den såkalte *bosphorus-doktrinen*, se nærmere i *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC] (45036/98); *Avotiņš v. Latvia* [GC] (17502/07); *Bivolaru and Moldovan v. France* (40324/16).

⁵ Se, f.eks. i *Ástráðsson v. Iceland* [GC] (26374/18) og *Hurbain v. Belgium* [GC], (57292/16).

⁶ Se E-2/03 *Ásgeirsson*, avsn. 23; E-18/11 *Irish Bank*, avsn. 63; Joined Cases E-3/13 og E-20/13 *Olsen and Others*, avsn. 224–226; E-6/23 *Criminal proceedings against MH*, avsn. 63.

⁷ Lize R. Glas og Jasper Krommendijk (2017) 'From *Opinion 2/13* to *Avotiņš*: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Courts' *Human Rights Law Review* 17(3): 567–587.

⁸ Det er særlig i diskrimineringsretten at EU-domstolen har akseptert direkte horisontal virkning. To kjente eksempler er likelønn i *Defrenne v SABENA*, C-43/75, EU:C:1976:56 og aldersdiskriminering i *Mangold*, C-144/04, EU:C:2005:709. Se for en generell gjennomgang: Millie Polimac 'Horizontal Application of Fundamental Rights' i Michael-James Clifton, Suzanne Rab and David Corey (eds. Hart Publishing, 2024) *Building Bridges in European and Human Rights Law – Essays in Honour and Memory of Paul Heim CMG*, side 27–41.

⁹ I EU-retten formuleres det det grovt sett som et krav om egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet opp mot et legitimt formål, se Fabrice Picod, Cecilia Rizcallah og Sébastien Van Drooghenbroeck (eds. Bruylant 2023) *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, s. 1370–1377. EMD har lagt seg på en mer klar linje, men formulerer det typisk som at inngrep må oppfylle et pressende sosialt behov, være forholdsmessig, og være tilstrekkelig og relevant begrunnet, se *S. and Marper* [GC] (30562/04), avsn. 101. EFTA-Domstolen har, selv om den typisk bygger på EMK i rettighetsspørsmål, lagt seg på EU-rettens forholdsmessighetsprinsipp i en nylig sak, se E-5/23 *Criminal proceedings against LDL*, avsn. 82–95.

EMD gir heller ikke EØS-systemet samme anerkjennelse som et system som kan gi tilsvarende beskyttelse av rettigheter og det gjelder derfor ingen presumpsjon for at EØS-retten er i tråd med EMK.¹⁰ Det betyr at risikoen for motstrid mellom EØS-avtalen og EMK er større enn mellom EU-retten og EMK, som også gjør rettsusikkerhet til et større og mer aktuelt problem.

Annet problem – uklart om tolkning av sekundærlovgivning

Som et utgangspunkt må sekundærlovgivning i EU (forordninger og direktiver) tolkes på bakgrunn av primærretten.¹¹ Det betyr at sekundærlovgivningen må tolkes i lys av, og anvendes innenfor rammene av,¹² grunnleggende rettigheter. Det reiser spørsmål om hvordan lovgivningen skal tolkes når den inntas i EØS-avtalen, som ikke inneholder de samme rettighetene.

Prinsippet om *homogenitet*¹³ tilsier at sekundærlovgivningen bør tolkes likt mellom EU og EØS for å sikre rettslikhet. Spørsmålet er om det kan tilsi at CFR kan brukes som et tolkningsmoment for sekundærlovgivning selv om den ikke er inntatt i EØS-avtalen.¹⁴ Problemet er ofte enda større i nyere lovgivning der vi ser en økt integrering av grunnleggende rettigheter i markedsregulering. Som et eksempel legger den nye *AI Act* opp til et krav om «fundamental rights impact assessment».¹⁵ Når den inntas i EØS-avtalen er det jo i så fall et åpent spørsmål om *hvilke* grunnleggende rettigheter som skal vurderes, og om rettighetene da skal være de samme både i EU og EØS.

En sak som kan illustrere en del av de problemene som er diskutert hittil er den relativt nye storkammersaken *The Department for Communities in Northern Ireland*. EU-Domstolen fant at artikkel 24 i Unionsborgerdirektivet ikke gav økonomisk inaktive EU-borgere lik rett på sosialtjenester som britiske statsborgere.¹⁶ Likevel fant domstolen en minsteplikt til å sikre verdige forhold for alle unionsborgere som hadde lovlig opphold i en annen medlemsstat, på bakgrunn av en samlet lesning av Artikkel 21(1) TEUV¹⁷ om fri bevegelighet for unionsborgere og artikkel 1 CFR om menneskelig verdighet.¹⁸

¹⁰ *Konkurrenten.no AS v. Norway* [dec.] (47341/15); *LO and NTF v. Norway* (45487/17).

¹¹ Se nærmere, Stefan Leible og Ronny Domröse '8. Interpretation in Conformity with Primary Law', i Karl Riesenhuber (ed.) *European Legal Methodology 2nd. edition* (Cambridge: Intersentia, 2021).

¹² *Ligue des droit humains*, C-817/19, EU:C:2022:491, avsn. 86; *Consob*, C-481/19, EU:C:2021:84, avsn. 50.

¹³ Se artikkel 6 EØS, jf. artikkel 1(1) og fortalepunkt 4, samt artikkel 3 ODA.

¹⁴ Se for en diskusjon av bruken av CFR som tolkningsfaktor, Halvard H. Fredriksen (2013) 'Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten' *Jussens Venner* 48(6): 371–399, punkt 4.

¹⁵ Regulation (EU) 2024/1689 *Laying down harmonised rules on artificial intelligence* ("AI Act"), artikkel 27.

¹⁶ *The Department for Communities in Northern Ireland*, C-709/20, EU:C:2021:602, avsn. 83.

¹⁷ Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (*Treaty on the Functioning of the European Union*).

¹⁸ *The Department for Communities in Northern Ireland*, C-709/20, EU:C:2021:602, avsn. 84–89.

Unionsborgerdirektivet er inntatt i EØS-retten, men det fins ingen parallell til artikkel 21(1) TEUV eller artikkel 1 CFR. Da er det en risiko for at man under EØS-retten følger EU-domstolens restriktive tolkning av direktivet *uten* den kompenserende effekten av tolkningen av de grunnleggende rettighetene. Alternativene vil enten være å legge til grunn EU-domstolens samlede resultat, også der EØS-retten mangler det rettslige grunnlaget for det, eller å måtte bygge et tilsvarende resultat selvstendig i EØS-retten med utgangspunkt i andre kilder, som potensielt EMK.

I praksis virker det ofte som EFTA-domstolen lander på en kombinasjon av de to sistnevnte alternativene.¹⁹ De aller fleste problemer havner riktignok ikke hos EFTA-domstolen, så man blir ofte stående med slike store tolkningsrom. Som nevnt over er vår erfaring at ved rettsusikkerhet legges nivået ofte på det laveste som er mulig innenfor tolkningsrommet – som her innebærer risiko for *ingen rettigheter*.

Oppsummert sett oppfatter vi at EØS-avtalen skaper økt usikkerhet om hva de grunnleggende rettighetene er og dermed også økt usikkerhet om tolkning av sekundærlovgivning på bakgrunn av disse.

3. Grunnleggende verdier i EØS-retten

En særskilt kategori i EU-retten som har hatt en stor utvikling de siste årene er det man kanskje kan kalle «grunnleggende verdier». De skiller seg fra de grunnleggende rettighetene ved at det ikke primært er snakk om individuelle rettigheter, men heller et sett grunnleggende politiske formål og verdier for EU som ikke bare en *økonomisk* union men også en *politisk* og *verdimeessig* union. Disse verdiene har gått fra å være rene programerklæringer til å bli «operasjonalisert»²⁰ som en del av EUs politikk for å opprettholde demokrati og rettsstat. Verdiene finner vi særlig i artikkel 2 TEU:²¹

The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.

¹⁹ I E-28/15 *Jabbi* brukte EFTA-Domstolen blant annet EMK til å begrunne samme tolkning av Unionsborgerdirektivet som EU-Domstolen hadde bygd på artikkel 21 TEUV. I E-10/14 *Deveci and Others* avviste EFTA-Domstolen å tolke et direktiv på bakgrunn av artikkel 16 CFR fordi de fant at samme rettighet uansett eksisterte selvstendig i EØS-retten. Hannah Louise Bekkelund beskrev det som en «dårlig skjult anvendelse av grunnrettighetspakten artikkel 16», se *EFTA-Domstolens behandling av EMK og EUs pakt om grunnleggende rettigheter*, masteroppgave, UiT våren 2023.

²⁰ Særlig etter den banebrytende saken *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas (ASJP)*, C-64/16, EU:C:2018:117. Se mer generelt, Luke Dimitrios Spieker *EU Values Before the Court of Justice: Foundations, Potential, Risk* (Oxford University Press, 2023), gjennomgangen i kap. 1.

²¹ Traktaten om Den Europeiske Union (*Treaty on European Union*).

Den viktigste bruken av artikkel 2 TEU har vært for å forhindre rettsstatsregresjon (*rule of law backsliding*), der en samlet lesning av rettsstatsprinsippet i artikkel 2 og kravet om effektiv rettsbeskyttelse i artikkel 19(1) TEU har gitt grunnlag for en rettspraksis som stiller generelle minstekrav til medlemsstatenes rettssystem.²² En samlet lesning av artikkel 2 og artikkel 10(1) TEU kan brukes til å stille tilsvarende minstekrav til medlemsstatenes demokratiske systemer.²³ EU-kommisjonen har anført en slik tolkning i to traktatbruddprosedyrer mot Polen og Ungarn.²⁴

Det er ikke avklart om artikkel 2 kan anvendes direkte og alene. Kommisjonen har anført en slik tolkning av artikkel 2 i et søksmål mot Ungarn for diskriminering av LHBT-personer.²⁵ I *Mirin* har også en nasjonale domstol spurt om en slik anvendelse av artikkel 2.²⁶ Uansett har EU-domstolen uttalt at overholdelse av verdiene i artikkel 2 er “a condition for the enjoyment of all the rights deriving from the application of the treaties to that Member State”²⁷ og at de “define the very identity of the European Union as a common legal order”.²⁸ Domstolen har også satt opp et *ikke-regresjonsprinsipp* for medlemsstatenes oppfyllelse av artikkel 2.²⁹

Selv om det er gjenstår mange uavklarte spørsmål så er dette en viktig og prinsipiell rettsutvikling,³⁰ men som også skaper problemer for tolkningen av EØS-avtalen. Det er særlig fordi EØS-avtalen ikke har noen parallell til formålene og verdiene i artikkel 2 TEU.³¹ Man kan kanskje til og med si at EØS-avtalen nettopp er en *avvisning* av en «ever-closer union» med bredere politiske og verdimeslige formål.³²

²² Se for en gjennomgang av dette, Vette Magne Seierstad (2024) ‘The Obligation to Establish and Uphold Judicial Independence under Article 19(1) TEU’ *Nordic Journal of European Law* 7(1): 23–52.

²³ *Junqueras Vies*, C-502/19, EU:C:2019:1115, avsn. 63; *Commission v Germany*, C-718/18, EU:C:2021:662, avsn. 124; *Commission v Poland*, C-207/21 P, EU:C:2022:560, avsn. 81.

²⁴ Commission Press Release, *Rule of Law: Commission launches infringement procedure against POLAND for violating EU law with the new law establishing a special committee*, 8 juni 2023; Commission Press Release, *May infringement package: key decisions*, 23 mai 2024, saksnr. INFR(2024)2001 mot Ungarn.

²⁵ *Commission v Hungary*, C-769/22. Ikke avgjort enda.

²⁶ Se riktignok AG Richard de la Tour sitt forslag til dom i *Mirin*, C-4/23, EU:C:2024:385, som løste spørsmålet på annet grunnlag uten å svare på spørsmål om artikkel 2 TEU.

²⁷ *Repubblika*, C-896/19, EU:C:2021:311, avsn. 63 og *Euro Box Promotion and Others*, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, EU:C:2021:1034, avsn. 162

²⁸ *Hungary v Commission*, C-156/21, EU:C:2022:97, avsn. 127; *Poland v Commission*, C-157/21, EU:C:2022:98, avsn. 145; *Valančius*, C-119/23, EU:C:2024:653, avsn. 47.

²⁹ *Repubblika*, C-896/19, EU:C:2021:311, avsn. 61–64; *Commission v Poland (Indépendance et vie privée des juges)*, C-204/21, EU:C:2023:442, avsn. 74. Den praktiske betydningen av dette er riktignok enda uklar.

³⁰ Se Matteo Bonelli og Monica Claes (2023) ‘Crossing the Rubicon? The Commission’s use of Article 2 TEU in the infringement action on LGBTQ+ rights in Hungary’ *Maastricht Journal of European and Comparative law* 30(1): 3–14.

³¹ Det fins heller ingen parallell til artikkel 10 TEU om demokrati. Artikkel 19(1) TEU, prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, finnes også i EØS-retten, se E-15/10 *Posten Norge*, avsn. 86 og E-12/20 *Telenor*, avsn. 75.

³² Se artikkel 1(2) TEU om «an ever-closer union». Skillet i formål ble påpekt av EU-domstolen selv i *Draft agreement on the EEA I*, Opinion 1/91, EU:C:1991:490 avsn. 15–18 og *Draft agreement on the EEA II*, Opinion 1/92, EU:C:1992:189, avsn. 17–18.

Det er derfor stor usikkerhet knyttet til relevansen av den nevnte rettspraksisen og grunnleggende verdier for tolkning av EØS-avtalen. Det gjelder for det første hvorvidt verdiene i det hele tatt er en del av, og kan operasjonaliseres direkte eller indirekte gjennom, EØS-avtalen. For det andre er det også uklart om lovgivning inntatt i EØS-avtalen må tolkes på bakgrunn av disse grunnleggende verdiene i EU. Her foreligger det så langt lite,³³ men i lys av EU-domstolens *teleologiske* (formålsorienterte) tolkningsmetode er det ikke unaturlig at verdiene kan bli viktige referansepunkter.

Oppsummert sett er NIM bekymret for at operasjonaliseringen av grunnleggende verdier er enda et moment som skaper et større gap og mellom rettighetsdimensjonen i EU-retten og i EØS-retten.

4. Konklusjon

På flere områder mener NIM at det kan være vanskelig å avklare hva de grunnleggende rettighetene i EØS-avtalen er. Det kan også være vanskelig å si hvilken betydning sentrale rettsutviklinger i EU har for EØS-avtalen. Konsekvensen av dette kan være dårligere rettighetsbeskyttelse, særlig hvis EMD ikke har behandlet det samme spørsmålet. Det skjer både fordi det er uklart hva rettighetene er og hvordan de skal tolkes, men kanskje enda viktigere fordi utredning av selv små spørsmål ofte blir ressurskrevende.

NIM har ingen enkel løsning på disse utfordringene. En ting som kan gjøres er likevel å styrke EFTA-domstolens mulighet til å drive rettsavklaring. Vi viser her til domstolens eget høringsinnspill der de foreslår å utvide domstolens jurisdiksjon og kapasitet, samt bedre sikre uavhengigheten ved dommeroppnevnelser.³⁴

Vennlig hilsen

for Norges institusjon for menneskerettigheter

Gro Nystuen

Assisterende direktør

Vetle Magne Seierstad

Rådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.

³³ Se likevel for eksempel *K and L*, C-646/21, EU:C:2024:487, avsn. 34. Et klart eksempel er også AG Kokott sitt forslag til dom i *UP CAFFE*, C-171/23, EU:C:2024:417, avsn. 62 flg., der hun bruker rettsstatsprinsippet i artikkel 2 TEU som argument for å fravike en eldre tolkning av MVA-direktivet.

³⁴ EFTA Court *Response to the Consultation on the Report in NOU 2024:7 Norge og EØS: Utvikling og Erfaring*.