

Prosjektnotat EURNOR

1 Om prosjektets struktur og innhold

Prosjektet – eller ‘senteret’ – skal undersøke utfordringer i anvendelsen av EØS-rett i norsk rett med sikte på å bedre integrasjonen av EØS-rett og norsk rett, og forståelsen for kompleksiteten i rettsspørsmål som oppstår ved slik integrasjon.

Prosjektet er delt opp i fem arbeidspakker (WP) hvorav én gjelder undervisning og formidling (WP4) og én koordinering (WP5). De direkte forskningsrelaterte arbeidspakkene omhandler (i) EU-rett og EØS-rett og forholdet mellom dem (WP1), (ii) Metodologiske utfordringer ved å tolke norsk rett i samsvar med EØS-rettslige forpliktelser (WP2), og (iii) Styring og rettigheter (WP3).

Det er tre PhD-stillinger knyttet til WP1, hvorav én er øremerket forholdet mellom EØS-rett og menneskerettigheter, mens de to andre vil være ‘åpne’ jussutlysninger. I WP2 er det lagt inn én PhD-stilling i rettsvitenskap som vil være ‘åpen’ innenfor rammen av problemstillingen i arbeidspakken. I WP3 er det én stilling øremerket for ‘samfunnsvitenskap og juss’ og en jussutlysning. Stillingen i WP1 om forholdet mellom EØS-rett og menneskerettigheter vil lyses ut i Tromsø, og den samfunnsvitenskapelige stillingen vil være knyttet til ARENA Senter for europaforskning ved UiO.

Det er planlagt publisering av 4–6 vitenskapelige artikler av seniorforskere i WP1, 2–4 artikler av seniorforskere i WP2 og 2–4 artikler som grenser over til WP1 og WP2 i WP3. I WP5 ligger ansvaret for to antologier, den ene på norsk med utgivelse i 2025 og den andre på engelsk med utgivelse i 2027 (i tillegg til seminarer og konferanser). I WP4 skal det utarbeides øvelser og kurs for studenter og med tanke på etterutdanning.

Det er viktig å betone sammenhengene mellom arbeidspakkene og at arbeidet i dem går inn i hverandre. I prosjektbeskrivelsen er det understreket at stillingene som er plassert i de forskjellige arbeidspakkene har koplinger til andre arbeidspakker, og det illustrerer at problemstillingene som tas opp i prosjektet går på tvers av arbeidspakkene. I dette prosjektnotatet vil vi først kort angi hvilke overordnede problemstillinger som er angitt under de forskningsrelaterte arbeidspakkene 1–3 før vi angir aktuelle og konkrete problemstillinger som kan bli tatt opp i prosjektet og som helt eller delvis vil gå på tvers av arbeidspakkene

2 WP1: EU- og EØS-rett og forholdet mellom dem

I WP1 skal utfordringene knyttet til kompleksiteten i EU-regulering og forholdet til EØS-avtalen undersøkes nærmere som en mulig underliggende årsak til feil anvendelse av EØS-retten. Her vil problemstillinger fra ulike rettsområder bli trukket inn og belyst for å bringe størst mulig bredde i erfaringsgrunnlaget.

Sentrale utfordringer som hører inn under denne arbeidspakken er:

- *omfanget av EU-regulering, den økte utbredelsen av horisontal og harmoniserende sekundærlovgivning på områder som tidligere var sterkt sektorregulert,*
- *det komplekse forholdet mellom primærrett og sekundærrett som har blitt godt dokumentert på trykksområdet gjennom NAV-sakene,*
- *det økende innslaget både av andre avtaler mellom Norge og EU og konvensjoner som Norge og EU er bundet av hver for seg, og*
- *problemer knyttet til 'the widening gap' – ulikheter mellom EU og EØS i rettslig og politisk grunnlag som har en rekke aspekter i seg, bl.a.:*
 - *manglende felles tredjelandspolitikk i EØS som aktualiserer spørsmål om tolkning av sekundærregler som berører dette,*
 - *mer krevende vurdering av EØS-relevansen av ny sekundærrett*
 - *problemene med etterslep av sekundærlovgivning som følge av prosessene med innlemmelsen av lovgivingen i EØS, og*
 - *problemer knyttet til at Norges forpliktelser etter andre folkerettslige avtaler gir grunnlag for grunnleggende rettigheter for individer og foretak som ikke har uttrykkelige holdepunkter i EØS-avtalen, og at EU-retten gir grunnlag for grunnleggende rettigheter som verken har uttrykkelige holdepunkter etter EØS-avtalen eller folkerettslige avtaler som også EFTA-statene er bundet av.*

3 WP2: Metodologiske utfordringer ved å tolke norsk rett i samsvar med EØS-rett

I utgangspunktet gjennomføres EØS-rettslige forpliktelser i norsk rett ved bruk av de samme metoder som brukes ved gjennomføringen av andre internasjonale forpliktelser. EØS-retten særpreges riktignok av at den stiller nokså presise krav til hvordan sekundærrettsakter skal

gjennomføres i nasjonal rett. Også enkelte andre internasjonale avtaler Norge er part til stiller krav til den nasjonale gjennomføringen, men ikke på langt nær så inngående krav. Det er tilsynelatende mer variasjon i teknikkene som brukes for å gjennomføre EØS-rett enn det teoriens kategorisering (inkorporasjon, passiv/aktiv transformasjon osv.) legger opp til. Hvilke teknikker som brukes ser ut til å variere fra saksfelt til saksfelt, uten at det er mulig å se noen opplagte årsaker til variasjonen. Variasjonsbredden blir enda større om man også trekker annen folkerett inn i sammenligningen.

De sentrale utfordringene knytter seg bl.a. til ulike nasjonale gjennomføringsteknikker, som *'passiv transformasjon'* og *sektormonisme* ved henvisning i lov Prosjektet vil analysere hvordan slike teknikker og ulikheten mellom dem kan tilsløre EØS-dimensjonen i norsk regelverk, og lede norske rettsanvendere til å overse EØS-dimensjonen og feiltolke eller feil anvende EØS-reglene.

Videre vil prosjektet analysere metoder for å tolke norske lov- og forskriftsbestemmelser i samsvar med EØS-reglene, herunder *norsk rettskildelæres møte med EØS-retten*, betydningen av *rekkefølgen* når man skal tolke norske bestemmelser i lys av EØS-retten og *forholdet mellom EØS-retten og annen internasjonal rett*.

4 WP3 Styring og rettigheter

De *metodologiske utfordringene* som skal tas opp i WP2 forfølges videre i WP3 der vi undersøker nærmere henholdsvis lovgivningens, domstolenes og forvaltningens møte med slike utfordringer. Fra *lovgivningsperspektivet* undersøkes *hvilke valg av gjennomføringsteknikker som brukes og bør brukes* i ulike situasjoner.

Fra *domstolsperspektivet* undersøkes plikten til å anke kontroversielle avgjørelser om tolkning EØS-rett videre, om å la være å stille spørsmål til EFTA-domstolen i visse tilfeller kan utgjøre et brudd på EØS-forpliktelsene og i hvilken utstrekning lavere domstoler kan eller bør fravike høyesterettspraksis hvis man mener Høyesterett tolker EØS-retten feil.

Fra *forvaltningsperspektivet* er det dels spørsmål om *hva forvaltningen skal gjøre* i tilfeller der brudd på EØS-retten foreligger, dels hvilket potensial i feil anvendelse som ligger i *forvaltningens organisering* og dels spørsmål om utfordringene som spesialiserte forvaltningsorganer møter ved gjennomføringen av EØS-sektorspesifikke regler, og om det i

sekundærlovgivningen finnes spesifikke regulatoriske mønstre med overføringsverdi på tvers av sektorene og hvordan forvaltningsmyndighetene forholder seg til slike mønstre.

Spørsmålet om styring og rettigheter aktualiserer ikke minst det mye omtalte spørsmålet om hvilket *handlingsrom* nasjonale myndigheter har ved gjennomføringen og håndhevingen av EØS-avtalen. Ut fra perspektivet om risiko for feil anvendelse av EØS-avtalen handler det imidlertid også om i hvilken utstrekning 'handlingsromsperspektivet' i seg selv kan utgjøre en slik risiko.

Fra et styrings- og rettighetsperspektiv oppstår også spørsmål om rettmessighet og hensiktsmessighet av *sanksjoner* for overtredelse av EØS-retten, herunder i hvilken utstrekning nasjonal sanksjonering er 'effektiv' og 'adekvat'.

Endelig skal *underliggende sosio-politiske årsaker* til ignorering og feilimplementering av EØS-retten undersøkes i denne delen av prosjektet.

5 Konkrete studier i prosjektet

5.1 Generelt

De overordnede problemstillingene som er angitt under arbeidspakkene må undersøkes konkret. NAV-saken har vist at problemer gjerne materialiserer seg innenfor et konkret rettsområde, samtidig som det er all grunn til å tro at mange av problemene er av generell karakter og vil gjenfinnes på andre områder. Dette gjør at prosjektets innretning både må være «top down», dvs. med utpeking av ulike generelle problemstillinger som må undersøkes konkret, men også «bottom up», ved at erfaringer som gjør seg gjeldende på bestemte områder kan gi grunnlag for undersøkelser på andre felter. I det følgende vil vi angi problemstillinger som kan undersøkes nærmere med utgangspunkt i konkrete erfaringer fra bestemte retts- og livsområder, samtidig som det både understrekes at alt som nevnes ikke kan omfattes av forskningen i de stillingene som blir besatt og at listen over problemstillinger heller ikke er uttømmende.

5.2 utfordringer knyttet til EUs datalovgivning

EUs lovgivning som direkte omhandler hvordan data og datasystemer skal forvaltes, er *omfattende* og vokser. For å eksemplifisere dette er det slående å liste opp hvor mange vedtatte og foreslåtte reguleringer som inngår i (eller er på vei til å inngå i) EUs rammeverk for

datasikkerhet: 1. NIS 2 Directive (NIS2D); 2. Cyber Resilience Act (CRA); 3. Digital Operational Resilience Act (DORA); 4. Critical Entities Resilience Directive (CER); 5. Digital Services Act (DSA); 6. Digital Markets Act (DMA); 7. European Health Data Space Regulation (EHDS); 8. European Chips Act; 9. Data Act; 10. Data Governance Act (DGA); 11. Artificial Intelligence Act (AIA); 12. ePrivacy Regulation; 13. General Data Protection Regulation (GDPR); 14. Cybersecurity Act; 15. Radio Equipment Directive (RED); 16. Medical Devices Regulation; 17. eIDAS Regulation; 18. Digital Content Directive (DCD); 19. European Communications Code (ECC); 20. Machinery Regulation.

Denne listen er ikke uttømmende. I tillegg kommer bl.a. EUs primærrett (EU-charteret artikkel 7 og 8, og, mer indirekte, EMK artikkel 8) til anvendelse. Og listen omhandler kun én av flere kategorier av regler om data og datasystemer.

Dette tyder på store utfordringer for enhver nasjonal gjennomføring av EUs «datalover»: lovene er tallrike, overlappende, nokså nye og kommer med liten autoritativ veiledning om hvordan de skal tolkes. Dessuten forutsetter de forståelse og gjennomføring av andre normer (typisk av teknisk art) som kan være diffuse (eksempelvis henvisninger til «state of the art» i GDPR og NIS2D). Forholdet mellom reguleringene (f.eks. hva som skal anses som *lex generalis* og hva som skal anses som *lex specialis*) er sjelden tydelig forklart. I tillegg er enkelte regelverk (så som GDPR) ikke bare svært omfattende, men innebærer hybride regelsett som benytter en blanding av ulike regulatoriske teknikker («command-and-control» regler, generelle prinsipper, metaregulering, design-fokuserte regler mv.) – noe som gjør det vanskelig å plassere slike reguleringer inn i mer velkjente lovgivningskategorier.

Det er ikke bare på det strukturelle planet at EUs datalovgivning skaper utfordringer: Hvis vi ser på sanksjoner som lovgivningen innfører, er eksemplvis gebyrsatser noen ganger på et langt høyere nivå enn det som har vært vanlig i norsk rett (jf. f.eks. DGA som innfører satser på opp til 6% av årlig omsetning). Veiledning om operasjonalisering av slike satser må hentes fra andre rettsområder (typisk konkurranserett) som ikke alltid har klare likhetstrekk til datarettssområdet.

Lite tyder på at EUs lovgivningsiver og -tempo på datarettssområdet kommer til å dale på kort sikt. Mesteparten av datalovgivningen er også EØS-relevant. Det er da hensiktsmessig at en del av EurNorLaw satsingen kartlegger og undersøker nærmere de regulatoriske utfordringene som EUs datalovgivning medfører for norsk rett.

5.3 *Forvaltningens behandling av personopplysninger*

I nær sammenheng med ovenstående oppstår åpenbare farer for feil anvendelse av EØS-retten på området for behandling av personopplysninger, først og fremst gjennom GDPR og Law Enforcement Directive (LED). Flere faktorer medvirker til å skape fare for norsk feil anvendelse av disse reglene, selv der de er gjennomført i norsk rett med forrang, jf personopplysningsloven. Én faktor er at reglene er sektorovergripende, og kommer til anvendelse for blant annet skatteetaten og arbeids- og velferdsetaten, men at de på flere områder likevel er usynlig i sektorlovgivningen; de ble f.eks. ikke inkludert i EØS-markørene som ble tatt inn i folketrygdloven høsten 2022.

Behandling av personopplysninger er sentralt for digitalisering av forvaltningen og for effektiv kontroll med borgerne, og bred tverrpolitisk enighet har medvirket til sterke styringssignaler til forvaltningen, bl.a. i lovforarbeider og i politiske strategier uten gode rettslige avklaringer av grensespørsmål.

Der sektorlovgivning gir forvaltningen vide hjemler til å innhente, dele og behandle personopplysninger uten at lovtekst eller forarbeider gir gode avklaringer av forholdet til personvernreglene, må vanskelige avveininger gjøres av direktorater, tilsyn eller saksbehandlere som ikke har sin primære faglige kompetanse innen denne delen av EØS-retten.

Saken om NAVs praksis for lagring av IP-adresser og bruk av disse i kontrolløyemed illustrerer at avklaring av konkrete spørsmål gjennom dialog mellom departement og direktorat kan være tidkrevende – og også resultatløs. Saken illustrerer også at tilsyn med personvernreglene ikke fungerer tilstrekkelig effektivt, da det tok flere år før noen fanget opp at NAV hadde gjort vesentlige feil som rammet svært mange mennesker.

Endelig utvikles tolkningen av GDPR i stor grad av CJEU, der inndragning av charterets art 8 om personvern kan reise spørsmål om et «widening gap» mellom EU-rett og EØS-rett.

EØS-rettens regler om behandling av personopplysninger, sammen med en rekke nye EU-regler knyttet til digitalisering, deling av data og bruk av digitale verktøy, kan egne seg godt til studier av gjennomføringen av EØS-rett i norsk forvaltning både for PhD og postdoktor-prosjekter.

5.4 *Energisektoren*

På energifeltet aktualiseres spørsmålet om EØS-avtalens virkeområde, ikke minst når det gjelder infrastruktur til havs, bl.a. havvind. Også spørsmålet om handlingsrom settes på spissen ved vurderingen av hvilke muligheter som finnes for å innføre 'norske' løsninger ved reguleringen av strømmarkedet.

Etterslepet av EU-lovgivning er et stadig økende problem på energifeltet, både i EU og EØS. Det dreier seg om en enorm reguleringsmengde og gjelder ikke bare for direktiver og forordninger, men også 'tertiære rettsaker'. Utviklingen av EU-retten og særtrekk i energiretten skaper problemer i EØS, delvis innenfor og utenfor avtalen, noe som også aktualiserer spørsmål om det må skilles mellom gjennomføring i norsk rett og tilpasning som ennå ikke er en del av EØS. Også relevansvurderingen i EØS skaper problemer på energifeltet, ikke minst når det gjelder ACERs rolle. Det oppstår også en rettssikkerhetssituasjon knyttet til diskrepans mellom ESAs kompetanse og sekundærlovgivning som ikke er innlemmet.

Energifeltet setter forholdet mellom reguleringsmyndighetene i EU og EØS på spissen. Løsningen som er vedtatt i 3. energipakke gir kompetanse til ESA, som imidlertid mangler kapasitet og tilsvarende kompetanse som ACER har i EU.

Energifeltet kjennetegnes videre ved at sammenhengen mellom regulering av infrastruktur, drift av infrastruktur og infrastrukturtilgang på den ene siden og forholdet mellom produsenter og sluttbrukere på den andre er særlig tett sammenvevd, samtidig som det kan være grunn til å holde disse reguleringstemaene fra hverandre. Debatten om adgangen til "å strupe" eksporten bør eksempelvis holdes atskilt fra debatten om regulering av strømprisene i det nasjonale markedet.

5.5 Miljøretten – særlig om konsekvensutredninger

EUs prosjektkonsekvensutredningsdirektiv (EIA-direktivet) var omfattet av EØS-avtalen ved inngåelsen av avtalen. Direktivet om konsekvensutredninger av planer og programmer (SEA-direktivet) kom inn i avtalen i 2006. Direktivene er gjennomført i norsk rett i plan- og bygningsloven (PBL) med tilhørende forskrift (KU-forskriften). KU-forskriften har vært revidert i mange omganger, senest i 2017, da begge direktivene ble gjennomført samlet i én forskrift. Det er flere utfordringer knyttet til gjennomføringen av direktivene i norsk rett.

- 1) Samlingen av regelverket i KU-forskriften har vanskeliggjort korrekt gjennomføring av begge direktivene, blant annet fordi prosessuelle krav er forskjellige i de to direktivene. Dette gjelder særlig regler om tilgang til rettsmidler.
- 2) Forankringen i PBL gjør at det oppstår problemer med å sikre gjennomføring i sektorer som ikke er omfattet av loven. Dette gjelder særlig i lovgivning som kommer til anvendelse utenfor grunnlinjen, som petroleumsloven, havenergiloven og havne- og farvannsloven.
- 3) Det er omfattende rettspraksis fra EU-domstolen om direktivene, omtrent 80 saker i alt. Denne rettspraksisen er dårlig kjent i Norge, til tross for at den tar opp temaer av stor relevans også for norsk forvaltning. Blant annet innebærer denne rettspraksisen at SEA-direktivet er relevant for utforming av geografisk avgrensede forskrifter, og at EIA-direktivet kan medføre plikt til å etablere krav om tillatelse innenfor en sektor, noe som er særlig relevant for skogbrukssektoren.
- 4) Akvakultursektoren har unnlatt å gjennomføre direktivene til tross for at de åpenbart skulle vært gjennomført. Det ser ut til å være mange forklaringer på hvorfor dette har skjedd. Det vil være interessant å utføre en detaljert studie av hva som kan være grunnene til at denne sektoren har fått særbehandling.
- 5) Der det er foretatt mangelfull konsekvensutredning, foreligger det en saksbehandlingsfeil. Etter forvaltningsloven § 41 er vedtaket likevel gyldig dersom det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Praksis fra EU-domstolen, og dissensen i HR-2020-2472-P Klimadommen, indikerer at dette neppe kan legges til grunn som alminnelig regel der det dreier seg om konsekvensutredninger EØS-retten krever.

5.6 Konesjons- og tillatelsesordninger

I «Statens styringsmuligheter – særlig i ressurs- og miljøspørsmål» (1983) diskuterer Eckhoff ulike midler det offentlige kan bruke for å påvirke mennesker og foretaks handlemåte, og et av disse er normative virkemidler, og blant disse står tillatelses- og konsesjonsordninger sentralt. Bruken av slike styringsmidler har lang tradisjon hos oss, linjen fra panikkloven i 1906, via industrikonsesjonsloven, petroleumsloven og til dagens regulering av vindkraft og akvakultur er bare ett blant flere eksempler innenfor næringslovgivningen. EU-domstolens praksis viser at konsesjons- og tillatelsesordninger svært ofte vil utgjøre hindringer for fri bevegelighet for tjenester og etableringer. Direktiv 2006/123/EF, tjenstedirektivet, er i mangt og meget en

kodifikasjon av denne rettspraksisen, og forbyr «tillatelsesordninger» som ikke er nødvendige for å ivareta allmenne hensyn, jf. direktivets art. 9.

Tjenstedirektivets etableringsregler krever ikke at det foreligger noe grensekryssende element, jf. forente saker C-360/15 og C-31/16. Direktivets artikkel 10 angir hvilke kriterier en tillatelsesordning skal bygge på, og i art. 11 bestemmes det at tillatelser i utgangspunktet skal ha ubegrenset varighet, med mindre antallet tillatelser er begrenset ut fra allmenne hensyn, eller en begrenset tillatelsesperiode kan begrenses i slike hensyn. Der antallet tillatelser er begrenset, skal tildelingsperioden gi «full garanti for upartiskhet og åpenhet», og tillatelsen skal gis for et «passende tidsrom». Allerede dette indikerer at EØS-retten generelt og tjenstedirektivet spesielt har betydning for når og hvordan tillatelses- og konsesjonsordninger kan benyttes for å påvirke menneskers og foretaks handlemåter. Begrepet «tillatelsesordning» i direktivet favner vidt, og synes også omfatte situasjoner der kompetansegrunnlaget er det offentlige privatautonomi, ikke bare utøvelse av offentlig myndighet, jf. forente saker C-458/14 og C-67/15. Avgjørelsen i C-31/16 viser at ikke ethvert krav om samtykke fra det offentlige omfattes, og sammenhengen med forente saker C-724/18 og C-727/18 indikerer at direktivet kan gi grunnlag for atskillige spørsmål på områder som ikke først og fremst forbindes med europeisk økonomisk samarbeid, slik som plan- og bygningsretten.

Etableringsreglene i tjenstedirektivet gir grunnlag for minst fire observasjoner som indikerer at det kan forekomme «blindsoner» i norsk forvaltning:

- Tillatelseskrav krever begrunnelser som tilfredsstillende EØS-rettslige saklighetskrav
- «Tillatelse» favner også samtykker som ikke er myndighetsutøvelse, men utøvelse av eiendomsrett
- Tillatelser som gjelder utnyttelse av knapphetsressurser må være tidsbegrenset
- Selve tillatelsesordningene og forvaltningen av dem må tilfredsstillende EØS-rettslige krav

EØS-rettslige aspekter ved tillatelsesordninger og forholdet til sentral og lokal norsk lovgivning har for øvrig nylig vært utredet knyttet til el-sparkesykler, se kapittel 11 i følgende rapport,

<https://www.toi.no/getfile.php?mmfileid=74781>

5.7 *Organiseringen av norsk offentlig forvaltning som risikofaktor*

Én risikofaktor for norsk feil anvendelse av EØS-regler er organiseringen av norsk forvaltning. Dels er det en utfordring at deler av EØS-retten krever at regjeringen og Stortinget verken styrer eller kontrollerer visse forvaltningsorganer. Per i dag mangler det oversikt og analyse av slike krav. Det skaper fare, både for at kravene ikke overholdes, og for at virkningene av kravene for det norske styringssystemet blir oversett. Dels er det en utfordring at norske departementer følger opp arbeidet med EØS-regler overfor EFTAs og EUs institusjoner, mens det praktiske arbeidet med tolkning og anvendelse av norsk regelverk på flere områder er overlatt til direktorater og tilsyn. Denne arbeidsdelingen skaper fare for feilaktig praksis (i underliggende etater), og for at videre regelutvikling og informasjon til Stortinget og EFTAs institusjoner (fra departementer) ikke bygger på tilstrekkelig presis kunnskap om praksis.

Det bør være en målsetting at arbeidspakkene i EuroNorLaw bidrar til å utvikle kunnskap om hvilke utfordringer organisering av norsk forvaltning skaper for gjennomføring av EØS rett og hvordan disse utfordringene kan møtes. EØS-rettens krav til uavhengige forvaltningsorganer kan være et velegnet tema for et phd- eller et postdoc-prosjekt. I prosjektet vil vi bidra til å utvikle kunnskap om de utfordringer organiseringen av norsk forvaltning skaper for gjennomføring av EØS-regler, blant annet gjennom en artikkel som analyserer hva forvaltningen kan lære av trygdeskandalen og en artikkel som undersøker hvordan dokumentoffentlighet kan redusere risikoen for feil anvendelse av EØS-regler.

5.8 Menneskerettigheter og EØS-rett

Temaet menneskerettigheter og EØS-rett er meget vidt favnende. Selv om det neppe var tiltenkt å spille noen særlig stor rolle ved vedtakelsen av EØS-avtalen, er menneskerettigheter nå et sentralt område innen EØS-retten. Forskningsmessig kan dette angripes på flere måter.

For det første kan det analyseres fra en retthistorisk eller rettsfilosofisk synsvinkel. Kanskje med et særlig fokus på hvilken betydning det har for menneskerettighetene at EU har utviklet seg fra et løst økonomisk samarbeid, til et stadig tettere politisk samarbeid. Det kan også problematiseres hvilken betydning ulike rettskulturelle aspekter har for tolkningen av menneskerettsbestemmelser.

For det andre kan det angripes fra en mer rettssystematisk vinkel. Hva er forholdet mellom EMD, EU-domstolen og EFTA-domstolen ved tolkning og anvendelse av menneskerettigheter?

For det tredje vil det også kunne oppstå nye metodiske utfordringer i skjæringsfeltet menneskerettigheter og EØS-rett. For eksempel hvilken betydning EUs «Charter of fundamental rights» skal ha ved fastsettelsen av EØS-retten. Her vil forholdet mellom statssuverenitetsprinsippet og homogenitetsprinsippet kunne komme på spissen. EU-domstolens avgjørelse fra 22. november 2022 WM og Sovim, som gjaldt innsyn i eierskapsregistre, kan illustrere dette. Det kan også tenkes at EU/EØS-retten kan påvirke EMDs proporsjonalitetsvurderinger, se f.eks. EMDs dom 7. juni 2018, O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd mot Irland.

For det fjerde kan forholdet mellom menneskerettigheter og EØS-retten problematiseres gjennom utallige konkrete problemstillinger, og gjennom å analysere et mer avgrenset menneskerettslig felt. Som eksempel på sistnevnte kan man se nærmere på EMDs lære om «good governance» ved eiendomsinngrep, sammenholdt med «the right to good administration» i artikkel 41 i EUs charter of fundamental rights og tradisjonell norsk rett om «god forvaltningsskikk».

Det vil også være mulig å rette fokus mot enkelte rettsområder, for eksempel forholdet mellom EUs Charter om grunnleggende rettigheter, EMK og norsk straffeprosess. En slik fagspesifikk tilnærming vil åpne for å undersøke flere ubesvarte problemstillinger knyttet til de spesifikke menneskerettighetene som gjenfinnes i både Charteret og i EMK. Man ser for eksempel at EU-domstolen og EMK tolker rammene for vernet mot gjentatt straffeforfølgning (*ne bis in idem*) ulikt, og det er ikke avklart hvordan norske domstoler skal forholde seg til disse tolkningsulikhetene som utvikler seg i de europeiske domstolene. Det vises i denne sammenhengen til EU-domstolens avgjørelse i C-524/15 (Menci) og EMDs avgjørelse i A og B mot Norge (24130/11 og 29758/11).

En annen problemstilling er i hvilken grad rettighetene i EUs Charter må innfortolkes som del av norsk rett gjennom EØS-avtalen. Om denne konkrete problemstillingen, se Høyesteretts storkammeravgjørelse i *Påtalemyndigheten mot A*, HR-2021-1453-S, avsnitt 164, med videre henvisning til EU domstolens avgjørelse i sak C-897/19 PPU *straffesak mot I.N.*, som gjaldt utlevering til stater hvor individer kan utsettes for dødsstraff og tortur.

5.9 *Det sammensatte rettskildebildet på menneskerettsområdet innen EU/EØS – illustrert ved diskrimineringsfeltet*

Praksis fra EU-domstolen på diskrimineringsfeltet er godt egnet til å belyse det sammensatte rettskildebildet som foreligger på MR-området. Dette har sammenheng med at faktum i sakene – kryssningen individ, arbeid, menneskerettslige problemstillinger for eksempel knyttet til religion – gjør at domstolen må navigere i et meget sammensatt rettslig landskap. Sakene tar gjerne utgangspunkt i et av de tre ikke-diskrimineringsdirektivene (2006/54/EF (kjønn); 2000/43/EF (etnisitet); 2000/78/EF (religion eller tro, handicap, alder eller seksuell orientering)). I tillegg trekkes både EU-rettslig primærrett (Charteret og traktatene) og internasjonale menneskerettskonvensjoner (EMK og FN-konvensjoner) inn.

MR-feltet er godt egnet til å løfte frem, problematisere og (kanskje) nyansere betydningen av noen overordnede metodiske prinsipper, slik som lojalitetsprinsippet, klarhetsprinsippet og homogenitetsprinsippet. På MR-feltet kan en hypotese være at det er behov for å skille mellom problemstillinger som oppstår som følge av «the widening gap» mellom EU-rettslig primærrett og EØS, og andre områder der det foreligger en rettslig «fortykning» ved at EU-retten bygger på for eksempel EMK-rett og FN-rett. For eksempel vil kritikk rettet mot EU-domstolens store faktiske innflytelse i norsk rett (jf. også diskusjoner om demokratisk underskudd) være mer relevant i førstnevnte enn i sistnevnte tilfelle. Systematiske nærstudier av EU-domstolens praksis på diskrimineringsfeltet kan bidra til å kaste lys over slike grunnleggende problemstillinger.

5.10 *Arbeidsrettslig regulering*

Den arbeidsrettslige reguleringen i EU er fortsatt i utvikling, og det produseres kontinuerlig sekundærrett på området. Av den grunn kan det fortsatt forventes en omfattende rettspraksis fra EU-domstolen på området. Reguleringen omfatter både individuell og kollektiv arbeidsrett. I løpet av kort tid har et balansedirektiv og et nytt arbeidsvilkårsdirektiv blitt vedtatt, Kommisjonen har fastsatt retningslinjer for kollektive forhandlinger for selvstendige næringsdrivende og tatt initiativ til tiltak for å styrke arbeidsmarkedsdialogen på nasjonalt nivå, det er vedtatt et minstelønnsdirektiv og et nytt foretaksrådsdirektiv er på gang. Det har videre vært foreslått regler f.eks. om beskyttelse av plattformarbeidere. En del av dette antas å ha EØS-relevans, annet ikke. Spørsmålet er hvordan vurderingen av EØS-relevans foretas og hvilken

betydning relevansvurderingen har ved tolkningen av nasjonal rett på disse områdene. Vurderingen vanskeliggjøres i takt med at ulikheten mellom EØS-avtalen og EU-traktatene tiltar. Videre kan det også her være relevant å se på betydningen av at EU-domstolen henviser til EU-charteret for grunnleggende rettigheter ved prejudisielle avgjørelser om tolkning av EØS-relevante direktiver, slik den f.eks. den har gjort ved overdragelsesdirektivet og arbeidstidsdirektivet. Charteret er ikke en del av EØS-retten, men hvilken betydning har det for EØS-retten og tolkningen av norsk rett som bygger på EØS-retten at EU-domstolen integrerer Charteret i sin tolkning av EØS-relevante rettsakter? Relevant i denne forbindelse er også forholdet mellom EMDs og EU-domstolens/EFTA-domstolens 'balansering' av streikeretten opp mot retten til fri bevegelighet.

Det er nærliggende å se utviklingen på arbeidsrettsområdet i lys av hvordan den nordiske arbeidsrettsmodellen påvirkes av reguleringsaktiviteten i EU. Dette fremtrer kanskje tydeligst ved det nylig vedtatte minstelønnsdirektivet, som Danmark med støtte fra Sverige planlegger å ta til EU-domstolen, men som ikke antas å ha EØS-relevans. Kan minstelønnsdirektivet tenkes å påvirke forholdene også i Norge, til tross for den antatte manglende EØS-relevansen av direktivet?

5.12 Utlendingsrett

Innenfor utlendingsretten gis internasjonale forpliktelser med ulik status virkning i norsk rett gjennom ulike gjennomføringsteknikker, og for EU-/EØS-regler gjelder et meget komplekst rettskildebilde. Utlendingslovens sektormonisme har begrenset betydning for EØS-retten, men kan omfatte avtaler med EU som ikke omfattes av EØS-avtalen. Utover dette er EU-regler gjennomført på ulike måter. Noen forordninger (blant annet Dublin III) er inkorporert med lovs rang. En rekke regler er inntatt i EØS-avtalen og derfor transformert inn i lov (blant annet unionsborgerdirektivet). Noen regler får betydning gjennom henvisninger i bindende avtaler selv om de ikke er inntatt i EØS-avtalen (blant annet Dublin III-forordningens henvisning til mottaksdirektivet og prosedyredirektivet). Noen regler har gitt inspirasjon til utformingen av norske regler uten å innebære en forpliktelse (blant annet statusdirektivet). Noen internasjonale konvensjoner får en EU-dimensjon ved at direktiver gjennomfører konvensjonene på EU-nivå med påfølgende anvendelse fra EU-domstolen (særlig Flyktningkonvensjonen gjennom statusdirektivet). EU-reglenes ulike status gir opphav til en rekke metodiske utfordringer.

5.13 Tredjelandreguleringen i EØS – illustrert ved immaterialretten

Et særlig problem knyttet til 'the widening gap' i EØS er forholdet mellom EØS-avtalen og EUs tredjelandspolitikk. Mens EU har felles handels- og utenrikspolitikk, var ideen bak EØS-avtalen at den skulle utvide det indre markedet til EFTA-statene som var tilknyttet EØS og slik sett ikke inneholde noen koordinert politikk overfor tredjeland. Dette avspeiles bl.a. i begrensningene i reglene om frie varebevegelser, der det i EØS-avtalens art. 8(2) fastslås at reglene bare gjelder varer med opprinnelse i tredjeland, med mindre annet er særskilt fastsatt, og EØS-avtalens fortale der det fremgår at EØS-avtalen ikke griper inn i EFTA-statenes kompetanse til å inngå traktater med tredjeland, med forbehold for avtalens bestemmelser og begrensninger som følger av folkeretten.

Problemer her oppstår gjerne ved EUs sekundærlovgivning i situasjoner der EU-domstolen innfortolker rettigheter og plikter i tredjelandforhold. I EFTA-domstolens praksis har spørsmålet særlig kommet på spissen i immaterialrettssaker, og domstolen avsa slik sett to motstridende avgjørelser om samme spørsmål i henholdsvis 1997 (E-2/97 Maglite) og 2008 (E-9 og 10/07, L'Oreal). Likevel understreket EFTA-domstolen i sistnevnte sak at det bare var tale om å begrense EFTA-statenes kompetanse til ensidig å regulere tredjelandforhold og ikke et tilfelle der EFTA-staten hadde inngått avtaler med tredjeland. Dermed kan man i alle fall stille spørsmål om det går en grense for å tolke identisk lydende sekundærregler homogent der løsningen griper inn i EFTA-statenes traktater med tredjestater. Spørsmålet aktualiseres av en EU-dom, også på immaterialrettssområdet, fra 2020 (RAAP), der EU-domstolen innfortolker i et direktiv en plikt til å gi musikkartister og produsenter fra tredjeland (les USA) vederlag selv om tredjestaten ikke gir EU-borgere samme rett. Det forhold at EU-statene, sammen med EU har inngått traktater som fastslår at statene ikke har en slik plikt, hindrer ikke denne tolkningen. I den forbindelse understreker EU-domstolen både EU-myndighetenes eksklusive kompetanse til å lovgi og til å inngå gjensidighetsavtaler med tredjestater. Gitt at den sistnevnte ikke omfatter EFTA-statene og EØS, blir det spørsmål om direktivet kan tolkes homogent i EØS idet det i praksis vil si at EØS-reglene båndlegger EFTA-statenes eksterne traktatkompetanse uten at det er sagt uttrykkelig. Spørsmålet har særskilt interesse i Norge fordi Kulturdepartementet et halvt år før dommen fremla et lovforslag som skulle begrense amerikanske artister og produsenters rett

til vederlag til fortrensel for et norsk kulturfond. Her kommer handlingsrommet i EØS på spissen, og spørsmålet må antas å ha prinsipiell betydning, også ut over EØS-avtalen. Det ligger godt til rette for å undersøke problemet nærmere på tvers av rettsområder under EurNorLaw-prosjektet.

5.14 Manglende utredning av EØS-rett på lovgivningshold – illustrert ved forslaget til ny boklov

Et sentralt spørsmål under WP3 er hva som må gjøres for å fange opp EØS-rettslige aspekter ved nasjonal lovgivning. Som nevnt i prosjektbeskrivelsen er forslaget til ny boklov som munnet ut i et høringsutkast i 2022, og en lovproposisjon i mars 2023, en mulig «case» å studere. Forslaget innebærer bl.a. lovfesting av fastpris på bøker uten at forholdet til EØS-konkurransereglene overhodet var diskutert. I proposisjonen er det diskutert noe mer, men slutningene kan fortsatt diskuteres. Reglene om fri bevegelse av varer og tjenester var nevnt i høringsnotatet, men relevansen av dem ble avleid på et høyst overfladisk og uholdbart grunnlag. Også dette spørsmålet er mer inngående diskutert i proposisjonen, selv om løsningen er litt i samme stilling som EØS-konkurransereglene. Videre inneholdt forslaget i høringsnotatet flere bestemmelser som grep inn i opphavsretten, og ikke minst EU-reguleringen av den, uten at det heller ble nevnt eller løftet på. Som følge av innspillene i høringsrunden er det også diskutert i proposisjonen, med forslag til løsninger som kan diskuteres. Det finnes opplagt flere eksempler på lovprosesser som starter uten tilstrekkelig vurdering av EØS-rettslige implikasjoner, men prosessen med boklov kan være et tilfelle å studere, også med tanke på avdekking av underliggende årsaker til ignorering og feiltolkning av EØS-regler i lovgivningsprosesser.

5.15 Politisk perspektiv: Demokratiproblemer forårsaket av EU-lovgivningen og EØS-gjennomføringen i Norge

Hvis blikket løftes ut av det juridiske og mer over på det politiske planet kan det for det første stilles spørsmål om Norge gjennom EØS-avtalen blir underlagt lover som norske myndigheter ikke har hatt tilstrekkelig anledning til å drøfte med tanke på å opplyse/utrede om alternative løsninger, konsekvenser etc. – *deliberasjon*; og uten noen formell mulighet for å *stemme* for eller mot – verken en finger på rattet eller en tå på bremsen ..., og heller ikke muligheter for alliansebygging før avstemming

I den forbindelse er det viktig å avklare hva man sammenlikner med: fullt EU-medlemskap for en stat med liknende befolkningmengde eller utenfor EØS som en ren policy-taker, men med et annet handlingsrom

Angående det *deliberative* er det rom for mer forskning, både med hensyn til indre avklaring om fremtidige virkninger, implementering, utveksling om andre staters forslag, og med hensyn til innspill til debattene i EU – komitologi, parlamentet etc. Et sentralt spørsmål i den forbindelse er på hvilke sektorer det skjer mer læring fra andre stater.

Vedrørende *stemmegivning* kan man diskutere hvor mye reell stemmegivningsmakt Norge ville hatt, innenfor; og hvor verdifullt handlingsrommet vårt utenfor EØS ville vært.

For det andre kan det *kanskje* hevdes at Stortinget har hatt viss forutsetninger med EØS-avtalen:

(i) samtykke til en 'ufullstendig kontrakt' der noen må presisere detaljene;

(ii) samtykke til dynamisk tolkning i samsvar med vanlig traktatolking, eventuelt med noen 'So Lange'-skranker, kjent fra den tyske forfatningsdomstolen; (iii) at forvaltningen skal til enhver tid teste handlingsrommet der det er gråsoner.

Utfordring med dette er at virkningene var dels helt uforutsett ved tiltredelse; og lovgiver og forvaltningens kunnskap om alternative lojale gjennomføringsstrategier. Også her er det mulige sammenlikningsperspektiver f.eks. med Stortingets behandling av EMK der det ble foretatt en grundig gjennomgang av en mulig grunnlovsendring (jesuitforbudet måtte enten oppheves eller så måtte Norge legge inn en reservasjon).

For det tredje innebærer EØS noen endringer som ikke direkte reduserer folkevalgtes kontroll, men som likevel preger hvordan et demokratisk Norge blir drevet – (kvasi)konstitusjonelle verdier. Noen begrensninger som kommer fra EØS avtalen truer ikke folkestyret, men stiller krav til forvaltningen, eller dømmende myndighet og kan av og til styrke samsvar mellom lovgiverviljen og rettstilstanden i Norge, men av og til ikke. Videre endrer EØS-avtalen prosedyrer og perspektiver for hvordan makten blir utøvd, og hvilke risikoer for maktmisbruk som er viktige å overvåke: Viktige tema for selvstyre i litt videre forstand, kommer ofte til uttrykk i grunnlovsbestemmelser. Dette utfordres f.eks. av hovedbegrunnelsen fra EU/EØS side for uavhengige organer: at nasjonale lovgivende og utøvende myndigheter generelt ønsker å være gratispassasjerer på felles regler om fri bevegelse

Det skjer altså en endring av forståelsen av hvorfor vi holder oss med nasjonale myndigheter, hva vi skal være redd for, og hva slags uavhengighet forskjellige organer må nyte godt av: Tre temaer kan nevnes her: (i) nye krav om og til organer som skal være uavhengige fra utøvende myndighet – begrensning i politisk kontroll..., krav om *synlige* forholdsmessighetsvurderinger for god forvaltning; (ii) presumpsjon om begrunnelsesplikt for alle regler og praksis som *kan* begrense bevegelighet, om at slike begrensninger blir så små som mulig; (iii) tilsyn som skal ivareta andre viktige hensyn men i tillegg EØS-regler får et dreiet fokus, på områder som tidligere ikke ble betraktet slik.

5.16 Sosiologisk perspektiv: Hvordan EU-retten har formet og utviklet norsk rett (allerede eksisterende prosjekt med nær tilknytning til EurNorLaw)

Med utgangspunkt i en reflektivt-sosiologisk tilnærming undersøke hvordan EU-retten har formet og utviklet det juridiske felt i Norge, og hvordan dette har hatt betydning for EU/EØS-reglernes anvendelse i praksis. Utgangspunktet er en antakelse om at vi kan forstå EU-retten ikke (bare) som et sett av substansielle regler, men også som en sosial posisjon i opposisjon til nasjonal rett, og som gir andre og nye muligheter for produksjon og reproduksjon av det symbolske hierarki på det juridiske felt.

I prosjektets første fase undersøkes den historiske etablering av EU-rettslige kompetanser blant norske jurister ved å kartlegge de første aktørene som beskjeftiget seg med området, og hvordan de engasjerte seg i det. I den andre fase brukes en kombinasjon av intervjuer og korrespondanseanalyse til å strukturere eksisterende differensieringsprinsipper blant norske jurister, som har betydning for tolkning og anvendelse av EU-retten i Norge gjennom EØS-avtalen. I den tredje og siste fase undersøkes hvordan slike differensieringsprinsipper reflekteres i nyere norsk rettspraksis.

5.17 Sosio-politisk perspektiv: Årsaker til ignorering og feilimplementering av EØS-retten

Som det fremgår av prosjektbeskrivelsen, skal *underliggende sosio-politiske årsaker* til ignorering og feilimplementering av EØS-retten undersøkes i prosjektet (ARENA-stillingen).. Dette kan knyttes til de fleste av problemstillingene ovenfor, og sektorer og områder som skal kartlegges bør ha en sammenheng med de øvrige undersøkelsene. For øvrig er følgende mulige

problemstillinger angitt i prosjektbeskrivelsen: Innebærer forestillingen om at Norge ikke deltar i 'føderale' aspekter ved EU at norske jurister er mindre tilbøyelige til å tenke at det finnes relevant EU-regulering på området? Hvilken rolle spiller informasjonsformidlere, som Lovdata og Gyldendal Rettsdata, for å gjøre EØS-dimensjonen synlig for norske jurister? Hvor viktig er politisk motstand mot EØS ved forklaringen av mønstre for (feil-)implementering? Varierer betydningen av politisk motstand avhengig av hvilke områder man befinner seg på, f.eks. avhengig av hvor fremtredende visse spørsmål er i den politiske debatten eller av potensielle interessegruppers ressurser til å utfordre myndighetene i rettslige spørsmål.

6. WP 4 Undervisningsopplegg og EVU

Svikten som førte til NAV-skandalen skyldtes ikke bare manglende kunnskap og forskning på EØS-retten og hvordan den påvirker intern rett, men også en manglende evne hos de involverte instansene til å oppdage EØS-rettslige problemstillinger. Det er betegnende når det fortelles at den EØS-rettslige problemstillingen som lå til grunn for Finanger-sakene ble oppdaget mer eller mindre ved en tilfeldighet.

Innenfor WP 4 skal det utvikles et undervisningsopplegg som nettopp tar sikte på å trene opp evnen – eller ferdigheten – det er identifisere EØS-rettslige problemstillinger innenfor norsk rett. Et slikt perspektiv forutsetter at norsk intern rett ses "utenfra", typisk ved at det reises spørsmål om hva som møter en person som ønsker å etablere seg i Norge, om nordmenns adgang til å motta tjenester fra utenlandske tjenesteytere vanskeliggjøres osv. Undervisningsopplegget vil bli utviklet i samarbeid med CELL – Senter for erfaringsbasert juridisk læring (et senter med SFU-status ved Det juridiske fakultet), og vil være basert på rollespill, gruppearbeid der hver gruppe representerer ulike partsinteresser og praktiske cases. Undervisningsopplegget vil ikke primært fokusere på detaljene i den materielle EØS-retten; formålet vil være å gjøre deltakerne kjent med ulike måter EØS-problemstillinger kan oppstå på, og gi konkret trening i å identifisere slike i ulike saksforhold. Stipendiater som ansettes på prosjektet forventes å kunne trekkes inn i arbeidet med undervisningsopplegg.