

ODD STEMSRUD

EØS-rett

i et nøtteskall

2. UTGAVE



GYLDENDAL

ODD STEMSRUD

EØS-RETT

I ET NØTTESKALL

2. utgave

 GYLDENDAL

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2020

1. utgave, 2015

2. utgave, 1. opplag 2020

ISBN 978-82-05-54159-7

Omslagsdesign: Kristin Berg Johnsen

Layout: Laboremus Oslo AS

Figurer: Laboremus Oslo AS

Sats: HAVE A BOOK

Brødtekst: Minion Pro 10/14,5 pkt.

Alle henvendelser om boken kan rettes til

Gyldendal Akademisk

Postboks 6730 St. Olavs plass

0130 Oslo

www.gyldendal.no/akademisk

juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatnings-ansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Alle Gyldendals bøker er produsert i miljøsertifiserte trykkerier.

Se www.gyldendal.no/miljo

«As to the future, the task is not to foresee it, but to enable it.»

Antoine de Saint-Exupéry

«The European Union stands on the threshold of its greatest achievement since the process of European integration began in the aftermath of the Second World War – the historic reunification of the continent. Following the successful creation of the single market and the introduction of the single currency, Europe will now be reunited in the pursuit of democracy, freedom, peace and progress.»

Fra Europakommisjonens meddelelse «Building our common Future: Policy challenges and Budgetary means of the Enlarged Union 2007–2013», COM (2004) 101, i forbindelse med den store EU-utvidelsen i mai 2004

Forord

Det europeiske kull- og stålfellesskap (EKSF) – begynnelsen på dagens EU – ble etablert i kjølvannet av andre verdenskrig for å forhindre ny krig i Europa. EU er fortsatt den viktigste stabiliserende faktor i Europa, men i dag er EU mye mer enn det opprinnelige EKSF. Geografisk har EU økt fra seks til 27 medlemsland og omfatter totalt omtrent 450 millioner innbyggere. Politisk har EU lagt under seg en rekke politikkområder, blant annet et bredere indre marked, en monetær union og en felles utenrikspolitikk. EU er Norges viktigste handelspartner.

Norges handelsrettslige forankring til EU finnes i flere folkerettslige avtaler, men EØS-avtalen av 1992 er den desidert viktigste. EØS-avtalen utvider én del av EU – det indre marked – til EFTA/EØS-landene. EFTA/EØS består i dag av Norge, Island og Liechtenstein. EØS-avtalen er dynamisk, og nye EU-regler for det indre marked innlemmes fortløpende i EØS, slik at hele EØS-området, bestående av 30 land, utgjør ett felles marked med ensartede markedsregler.

Siden EØS-avtalens ikrafttredelse i 1994 er mer enn 10 000 rettsakter blitt innlemmet i avtalen. I underkant av 200 norske lover inneholder større eller mindre elementer av EØS-rett. I tillegg

kommer praksis fra EU-domstolene – EU-domstolen og Underretten – og EFTA-domstolen, som årlig avsier til sammen omtrent 1500 dommer, hvorav mange er relevante også for tolkningen av EØS-avtalen og dermed også for norsk rett.

En innføringsbok vil bare pirke i overflaten av et (nesten) uendelig stort EU/EØS-rettslig univers. Bokens formål er å bidra til en forståelse av EØS-rettens overordnede system uten å gå inn i sekundærrettens betydning for ulike rettsområder i norsk intern rett. For å forstå EØS er det nødvendig med et minimum av kunnskap også om EU. Denne boken gir et fugleperspektiv over EUs og EØS' institusjoner, rettskilder og lovgivningsmodeller. Av materiell EØS-rett beskrives traktatartiklene, mens sekundærrett begrenses til å beskrive sentrale rettsakter som er nødvendig for en overordnet forståelse. Som en innføringsbok er mange detaljer, nyanser og referanser bevisst tonet ned, men det er inntatt en litteraturliste med tips for videre lesning. Boken er et hjelpemiddel for studenter, men også for praktikere uten forutgående kunnskap om EØS-rett.

Andre utgave av boken omfatter en generell oppdatering pr. høsten 2020.

Odd Stemsrud

Søndre Fløgen, 20. september 2020

«A virus a thousand times smaller than a grain of sand exposed how delicate life can be.

It laid bare the strains on our health systems and the limits of a model that values wealth above wellbeing.

It brought into sharper focus the planetary fragility that we see every day through melting glaciers, burning forests and now through global pandemics. It changed the very way we behave and communicate – keeping our arms at length, our faces behind masks. It showed us just how fragile our community of values really is – and how quickly it can be called into question around the world and even here in our Union. But people want to move out of this corona world, out of this fragility, out of uncertainty. They are ready for change and they are ready to move on.

And this is the moment for Europe.»

Fra Europakommisjonens president von der Leyens tale State of the Union,
16. september 2020

Innhold

| | |
|---|----|
| FORKORTELSER | 15 |
| KAPITTEL 1 INNLEDNING: HISTORISK BAKGRUNN | 17 |
| 1.1 EU | 18 |
| 1.2 Norge og EU | 23 |
| 1.3 EFTA | 24 |
| 1.4 EØS | 25 |
| 1.5 Frihandelsavtaler: typer og verdi | 30 |
| KAPITTEL 2 INSTITUSJONER | 33 |
| 2.1 EU | 34 |
| 2.1.1 Det europeiske råd (art. 15 TEU) | 35 |
| 2.1.2 Rådet for den europeiske union – Rådet (art. 16 TEU) | 35 |
| 2.1.3 Europaparlamentet (art. 14 TEU) | 39 |
| 2.1.4 Kommisjonen (art. 17 TEU) | 40 |
| 2.1.5 EUs utenriktjeneste – EEAS | 44 |
| 2.1.6 EU-domstolene (art. 19 TEU) | 45 |
| 2.2 EFTA og EØS | 49 |
| 2.2.1 EU – EFTA: EØS' topilarsystem | 49 |
| 2.2.2 Fellesorgan | 51 |
| 2.2.3 EFTA-organ | 54 |
| 2.2.4 EØS-avtalens overvåkere: kompetansefordelingsregler | 62 |

| | |
|--|--------|
| KAPITTEL 3 RETTSKILDENE | 65 |
| 3.1 Introduksjon til rettskildene | 66 |
| 3.2 Primærretten: traktatene | 66 |
| 3.2.1 EU: de viktigste traktatene – konsolideringen i TEU og TEUV | 66 |
| 3.2.2 EØS: EØS-avtalen og ODA | 69 |
| 3.3 Sekundærretten: rettslige bindende regler og «soft law» | 72 |
| 3.3.1 Forordninger | 73 |
| 3.3.2 Direktiver | 74 |
| 3.3.3 Beslutninger | 75 |
| 3.3.4 Rekommandasjoner, uttalelser og annen «soft law» | 76 |
| 3.4 Subsidiærretten: rettspraksis og generelle rettsprinsipper | 78 |
| 3.4.1 Domstolspraksis | 78 |
| 3.4.2 Praksis fra Kommisjonen og ESA: særskilt om innleggsretten | 81 |
| 3.4.3 EU/EØS-rettens generelle rettsprinsipper ... | 82 |
| KAPITTEL 4 LOVGIVNING: NY SEKUNDÆRRETT | 86 |
| 4.1 EU: ny sekundærrett | 87 |
| 4.1.1 Den alminnelige beslutningsprosedyre | 87 |
| 4.1.2 EFTAs/EØS' påvirkning på lovgivningsarbeidet i EU | 90 |
| 4.2 EØS – folkerettslig nivå: innlemmelse av EUs relevante sekundærrett | 92 |
| 4.2.1 Art. 98 og 102 EØS: EØS-komiteens vedtak om innlemmelse i EØS | 93 |
| 4.2.2 EØS-relevans | 94 |
| 4.2.3 Tilpasningstekster | 96 |
| 4.2.4 «Vetoretten» | 97 |
| 4.2.5 Art. 103 EØS: forfatningsrettslige forbehold til EØS-komiteens vedtak | 100 |
| 4.3 EØS – nasjonalt nivå: implementering i norsk rett .. | 101 |
| 4.3.1 EØS-rettens krav til implementering | 101 |
| 4.3.2 Formene for implementering | 104 |

| | |
|--|---------|
| KAPITTEL 5 EU/EØS-RETTLIG METODE. | 107 |
| 5.1 Identifikasjon av den EØS-rettslige regel | 108 |
| 5.2 EU- og EFTA-domstolens metode | 109 |
| 5.3 Homogenitet mellom EU-domstolen og EFTA-domstolen. | 113 |
| KAPITTEL 6 KONFLIKT MELLOM EU/EØS-RETEN OG NASJONAL RETT | 116 |
| 6.1 EU: konflikt mellom EU-retten og medlemslandenes rett. | 117 |
| 6.1.1 Prinsippet om EU-rettens forrang – <i>Costa v E.N.E.L.</i> | 117 |
| 6.1.2 Prinsippet om EU-rettens direkte virkning – <i>Van Gend en Loos</i> | 118 |
| 6.1.3 Statlig erstatningsansvar i EU. | 120 |
| 6.2 EØS: konflikt mellom EØS-retten og norsk rett | 121 |
| 6.2.1 Implementert EØS-rett: forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2 | 122 |
| 6.2.2 Ikke-implementert EØS-rett: EØS-konform tolkning | 124 |
| 6.2.3 Statlig erstatningsansvar i EØS | 125 |
| KAPITTEL 7 DET INDRE MARKED | 128 |
| 7.1 Innledning | 129 |
| 7.1.1 Det indre marked: Hva er det? | 129 |
| 7.1.2 Reglens struktur og oppbygning | 130 |
| 7.1.3 Reglens adressat – i utgangspunktet det offentlige. | 131 |
| 7.1.4 Krav om grenseoverskridende element – «omvendt diskriminering» | 135 |
| 7.1.5 Det generelle ikke-diskrimineringsforbudet (art. 4 EØS). | 135 |
| 7.1.6 Forbudene i spesialbestemmelsene – likheter. | 139 |
| 7.1.7 Reglene for det indre marked og konkurransereglene. | 140 |
| 7.2 Fri bevegelse for varer | 141 |
| 7.2.1 Innledning | 141 |

12 INNHOLD

| | | |
|-------|--|-----|
| 7.2.2 | Varereglens alminnelige anvendelse | 142 |
| 7.2.3 | Art. 10 EØS: forbudet mot toll og avgifter med tilsvarende virkning | 144 |
| 7.2.4 | Art. 14 EØS: forbudet mot diskriminerende interne avgifter. | 145 |
| 7.2.5 | Art. 11 og 12 EØS: forbudene mot kvantitative restriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning | 146 |
| 7.2.6 | Art. 13 EØS og den ulovfestede læren om allmenne hensyn | 151 |
| 7.2.7 | Art. 16 EØS: spesialregel om statlige varehandelsmonopoler | 154 |
| 7.2.8 | Gjensidig godkjenning i praksis | 156 |
| 7.3 | Fri bevegelse for tjenester/etableringer. | 158 |
| 7.3.1 | Innledning. | 158 |
| 7.3.2 | Tjenestebegrepet. | 159 |
| 7.3.3 | Etableringsbegrepet | 160 |
| 7.3.4 | Forbudene: art. 36 og 31 EØS – diskriminering og restriksjoner | 162 |
| 7.3.5 | Unntak: art. 33 EØS og læren om allmenne hensyn | 163 |
| 7.3.6 | Statlige tjenestemonopoler | 165 |
| 7.3.7 | Sentral sekundærrett. | 166 |
| 7.4 | Fri bevegelse for arbeidstakere/personer | 169 |
| 7.4.1 | Innledning. | 169 |
| 7.4.2 | EØS' traktatartikler: restriksjonsforbudet i art. 28 EØS | 170 |
| 7.4.3 | Arbeidstakerforordningen – EØS-arbeidstakerloven | 174 |
| 7.4.4 | Unionsborgerskapsdirektivet (2004/38/EF) | 174 |
| 7.4.5 | Schengen: et relevant myndighetssamarbeid innen justis | 175 |
| 7.4.6 | Særlig om sosiale ytelser | 176 |
| 7.5 | Fri bevegelse for kapital. | 179 |
| 7.5.1 | Anvendelsesområdet. | 179 |
| 7.5.2 | Restriksjonsforbudet. | 180 |
| 7.5.3 | Unntak: art. 43 og læren om allmenne hensyn | 182 |

KAPITTEL 8 KONKURRANSEREGLENE RETTET MOT

| | |
|--|-----|
| DET OFFENTLIGE | 185 |
| 8.1 Statsstøttereglene | 186 |
| 8.1.1 Bakgrunn for statsstøttereglene | 186 |
| 8.1.2 Forbudet mot offentlige støtte: art. 61 (1) EØS | 187 |
| 8.1.3 Unntakene for lovlig støtte | 195 |
| 8.1.4 Statsstøtterettslig prosess | 201 |
| 8.2 Offentlige anskaffelser | 211 |
| 8.2.1 Bakgrunnen for reglene | 211 |
| 8.2.2 Traktatfestede prinsipper for offentlige anskaffelser | 212 |
| 8.2.3 Anskaffelsesdirektivene | 214 |
| 8.2.4 Håndheving | 219 |

KAPITTEL 9 KONKURRANSEREGLENE

| | |
|---|-----|
| RETTET MOT FORETAK | 223 |
| 9.1 Bakgrunnen for reglene | 224 |
| 9.2 Evne til markedsrett: det relevante markedet | 225 |
| 9.3 Art. 53 EØS: forbudet mot konkurransbegrensende avtaler | 228 |
| 9.3.1 Art. 53 (1): forbudet | 228 |
| 9.3.2 Art. 53 (3) EØS: unntaksbestemmelsen | 235 |
| 9.4 Art. 54 EØS: forbudet mot misbruk av dominerende stilling | 240 |
| 9.4.1 Innledning | 240 |
| 9.4.2 Dominanskriteriet | 241 |
| 9.4.3 Misbrukskriteriet | 243 |
| 9.4.4 Unntak – legitim begrunnelse | 245 |
| 9.5 Art. 59 (1) EØS: offentlige tiltak i strid med konkurransereglene | 247 |
| 9.6 Forholdet mellom EØS-reglene og den norske konkurranseloven | 248 |
| 9.7 Konkurranserettslig prosess | 249 |
| 9.7.1 Offentlig håndheving | 249 |
| 9.7.2 Prosess relatert til atferdsreglene (art. 53 og 54) – kort om særtrekk | 251 |
| 9.7.3 Privat håndheving: særlig om erstatning og innsyn | 253 |

14 INNHOLD

| | | |
|---|--|-----|
| 9.8 | Fusjonskontroll | 255 |
| 9.8.1 | Foretakssammenslutninger med EU-dimensjon | 255 |
| 9.8.2 | De materielle inngrepvilkårene | 257 |
| 9.8.3 | Fusjonskontrollrettslig prosess. | 260 |
| KAPITTEL 10 BØR EØS-AVTALENS HOVEDDEL REVIDERES? | | 263 |
| LITTERATUR | | 270 |
| NETTSTEDER | | 273 |
| RETTSPRAKSIS | | 275 |
| STIKKORD | | 280 |

Forkortelser

| | |
|------|---|
| ECLI | European Case Law Identifier (erstatte referanser til EUs trykte domstolssamling) |
| EEAS | European Union External Action Service |
| EF | Det europeiske fellesskap |
| EFTA | European Free Trade Association |
| EKSF | Det europeiske kull- og stålfellesskap |
| ESA | EFTA Surveillance Authority – EFTAs overvåkningsorgan |
| EU | Den europeiske union |
| EUMR | EU Merger Regulation (EUs fusjonsforordning) |
| EØF | Det europeiske økonomiske fellesskap |
| EØS | Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet |
| GBER | General Block Exemption Regulation (det statsstøtterettslige gruppefritaket) |
| LFN | Letter of Formal Notice (åpningsbrev) |
| ODA | Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol |
| RO | Reasoned Opinion (grunnlagt uttalelse) |
| SGEI | Services of General Economic Interest (tjenester av allmenn økonomisk interesse) |

16 FORKORTELSER

| | |
|------|---|
| SO | Statement of Objections (varsel om vedtak i konkurransesaker) |
| TEU | Traktaten om Den europeiske union (Unionstraktaten – Maastricht-traktaten, konsolidert) |
| TEUV | Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (Roma-traktaten, konsolidert) |

Innledning: historisk bakgrunn

«La paix mondiale ne saurait être sauvegardée sans des efforts créateurs à la mesure des dangers qui la menacent. [...] L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait.»

«Verdensfreden kan ikke trygges uten å etablere skapende krefter som står i forhold til de farer som truer den. [...] Europa kan ikke skapes på én gang, og heller ikke etter én plan. Det må bygges gjennom konkrete resultater, som først må etablere en faktisk solidaritet.»

Fra Schuman-erklæringen av mai 1950 (forfatterens oversettelse).

1.1 EU

EU er en forkortelse for *Den europeiske union*.

9. mai 1950 holdt Robert Schuman, daværende fransk utenriksminister, en tale om å etablere en overnasjonal myndighet som skulle overvåke produksjonen av kull og stål i Tyskland og Frankrike. Talen, den såkalte Schuman-erklæringen, ble holdt i kjølvannet av andre verdenskrig. Formålet med å etablere overnasjonal kontroll med tysk og fransk kull- og stålproduksjon var å hindre en ny verdenskrig med utspring i Europa. Dette var begynnelsen på dagens EU.

Det er fire traktatmilepæler i EUs historie:

- i. *1951 – EKSF-traktaten*: Frankrike, Tyskland, Belgia, Italia, Luxembourg og Nederland etablerte Det europeiske kull- og stålfellesskap (EKSF).
- ii. *1957 – Roma-traktaten*: Roma-traktaten, som gjerne anses som EUs «grunnlov», ble signert 25. mars 1957. Traktaten etablerte Det europeiske økonomiske fellesskap (EØF) og Det europeiske atomenergibyrået (Euratom). EØF innførte fri bevegelse av varer, tjenester, arbeidstakere og kapital som virkemiddel for å sikre fred, men også velstand. EØF inkluderte også en tollunion.
- iii. *1986 – Enhetsakten*: Gjennom Enhetsakten av 1986 vedtok det daværende EF å gjennomføre et felles indre marked innen 1993.
- iv. *1993 – Maastricht-traktaten*: Ved Maastricht-traktaten av 1993 gikk EF – fellesskapet – over til å bli EU – unionen vi kjenner i dag. Samarbeidet ble utvidet ytterligere, blant annet ved å etablere en økonomisk og monetær union (ØMU) med felles valuta (euro). I tillegg ble det opprettet samarbeid innen det justis- og innenrikspolitiske området (JHA – Justice and Home Affairs) og om en felles utenriks- og sikkerhetspolitikk (CSDP – Common Security and Defence Policy).

EU ble etablert med seks medlemsland, det vil si de seks landene som ratifiserte EKSF-traktaten i 1951. Gjennom årenes løp har EU opplevd en rekke utvidelser. Den største utvidelsen fant sted i mai 2004 da ti land gikk inn i EU samtidig. Kroatia er det siste landet som har gått inn i EU, fra 1. juli 2013. Storbritannia er det eneste landet som har meldt seg ut av EU, med uttreden 31. januar 2020. Dagens EU, med totalt 27 medlemsland og over 450 millioner borgere, dekker nesten hele Europa:



Figur 1 EUs 27 medlemsland.

EU bygger på rettsstatsprinsippet. Det innebærer at alle tiltak må ha hjemmel i en traktat som er blitt ratifisert av alle EUs medlemsland, jf. art. 4 og 5 TEU.

EUs traktater fra 1951 og frem til i dag er historisk sett et lappeteppes av folkerettslige avtaler, se nærmere avsnitt 3.2.1 nedenfor.

Flere av de historiske traktatene er gjennom årenes løp blitt erstattet av nye. Dagens EU er fundert på to konsoliderte traktater:

- i. *Traktaten om Den europeiske union* (Unionstraktaten eller TEU), og
- ii. *Traktaten om Den europeiske unions virkemåte* (TEUV)

TEU inneholder i hovedsak institusjonelle regler, mens TEUV i hovedsak gir materielle traktatregler og hjemler for sekundær-lovgivning innen EUs ulike politikkområder.

EU er en *dynamisk* union, hvis formål er «[...] creating an ever closer union among the peoples of Europe [...]» (art. 1(2) TEU).

Art. 3 TEU angir EUs formål som følger:

«The Union's aim is to promote peace, its values and the well-being of its peoples.

The Union shall offer its citizens an area of freedom, security and justice without internal frontiers [...]

The Union shall establish an internal market. [...]

It shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child.

It shall promote economic, social and territorial cohesion, and solidarity among Member States.

It shall respect its rich cultural and linguistic diversity, and shall ensure that Europe's cultural heritage is safeguarded and enhanced.

The Union shall establish an economic and monetary union whose currency is the euro.

In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights [...].»