

*Et første utkast av artikkel til diskusjon
på Institutt for privatretts forum for tekstkritikk "På Grillen", 20. oktober 2009.
Må ikke henvises til uten etter avtale med forfatteren.
Alle kommentarer mottas med takk!*

Bærekraftig utvikling som europarettlig formål, prinsipp og regel

ved Beate Sjøfjell¹

1 Europarettlige grunnspørsmål

Denne artikkelen handler om grunnleggende europarettlige regler.² Hvilken betydning har egentlig angivelsen av fellesskapets oppgaver i EF-traktatens art. 2? Hva innebærer det at EØS-avtalens formålsangivelse i art. 1 lyder helt annerledes? Har EF-traktatens art. 5 noen betydning for fellesskapsinstitusjonene, utover proklameringen av subsidiaritetsprinsippet? Hva betyr EF-traktatens art. 10 og EØS-avtalens art. 3 for de til sammen tretti medlemslandene i EØS-området? Dette er noen av spørsmålene som diskuteres i artikkelen, gjennom en analyse av den europarettlige stillingen til bærekraftig utvikling – som formål, prinsipp og regel.

Jeg har valgt å fokusere på bærekraftig utvikling av to grunner. For det første, og her foregriper jeg litt det jeg kommer til nedenfor, bærekraftig utvikling har en spesiell posisjon blant EU-rettens overordnede formål,³ bl.a. fordi det tar opp i seg flere av formålene: essensen av bærekraftig utvikling er en balanse mellom økonomisk og sosial utvikling og miljøbeskyttelse.⁴ For det andre er oppnåelsen av en bærekraftig utvikling et grunnleggende eksistensielt mål.⁵ Siden bærekraftig utvikling er artikkelens fokus analyserer jeg også betydningen av EF-traktatens art. 6 og dens svakere motpart i EØS-avtalen.

I min tidligere forskning har jeg utviklet forpliktelser for fellesskapsinstitusjoner ut fra de overordnede EU-rettslige formål iht spesielt EF-traktatens art. 2, og prinsippet om bærekraftig utvikling som er kodifisert i regelen i EF-traktatens art. 6. Grunnlaget for og

¹ Postdoktor, dr. juris, Institutt for privatrett, Det juridiske fakultet i Oslo. Takk til europarettskollokvien (spesielt Henrik Bjørnebye, Benedikte Moltumyr Høgberg, Jørgen Stubberud og Tarjei Bekkedal), Olav Kolstad og Mads T. Andenæs. Alle kommentarer mottas med takk: beate.sjofjell@jus.uio.no.

² I mange europarettsforskeres hverdag får disse lite oppmerksomhet fordi fokuset typisk er på de fire friheter og konkurransereglene. Europarett brukes i denne artikkelen som en fellesbetegnelse for EU- og EØS-rett.

³ Termen "EU" vil, i tråd med nyere litteratur innen området, bli brukt som en fellesbetegnelse som også dekker det som formelt sett er EF-rett. Institusjonsnavnet EF-domstolen beholdes imidlertid. Likeledes brukes betegnelsen EF-traktaten for [sett inn full referanse] og EU-traktaten for [sett inn full referanse]. Fokuset i den rettslige behandlingen vil være på det fellesskapsrettslige, altså EF-traktaten – den første pillaren, og EØS-avtalen, som bindeleddet mellom fellesskapsretten og de tre EFTA-statene.

⁴ D.B. Magraw and L.D. Hawke 2007 s. 628.

⁵ 'Unmitigated climate change would, in the long term, be likely to exceed the capacity of natural, managed and human systems to adapt. Reliance on adaptation alone could eventually lead to a magnitude of climate change to which effective adaptation is not possible, or will only be available at very high social, environmental and economic costs', IPCC Core Writing Team, R.K. Pachauri & A. Reisinger (eds), Climate Change 2007: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (Geneva: IPCC, 2008), s 65.

utlegningen av selve forpliktelsene oppsummeres nedenfor, samtidig som jeg går videre på tre viktige punkter: For det første diskuterer jeg hvorvidt, og i hvor stor grad, det jeg har kommet frem til når det gjelder EU-retten også gjelder i EØS-retten. EØS-aspektet er relevant for den nordiske regionen som helhet, da det kan ha betydning for i hvilket omfang den nordiske regionen kan fremstå som en samlet enhet, til tross for at tre av fem nordiske land er medlemmer av EU, mens de to siste kun er tilknyttet EU-samarbeidet gjennom EØS-avtalen. For det andre videreutvikler det jeg har kommet frem til når det gjelder forpliktelser for fellesskapsinstitusjonene – og i den grad det er relevant, også for EFTA-institusjonene. For det tredje drøfter jeg de rettigheter og plikter som de samme reglene indirekte gir medlemslandene, både de 27 medlemslandene i EU, og Norge, Island og Liechtenstein som EFTA-medlemmer av EØS-avtalen.

2 “Formål”, “prinsipp” og “regel”

Begrepene “formål”, “prinsipp” og “regel” kan diskuteres i lys av den rettsteoretiske debatt, ikke minst om “prinsipp”.⁶ Min intensjon [i denne omgang i hvert fall] er imidlertid å gå mer rett på sak og bruke begrepene på en pragmatisk måte som hensiktsmessige kategoriseringer av rettslige normer – kategoriseringer som ikke er klart tilskårne og som det er flytende grenser mellom.

Med “formål” mener jeg det som er rettslig fastsatt som målet man søker å oppnå; det som skal fremmes.⁷ Med “prinsipp” mener jeg en rettslig norm som setter en standard som skal overholdes.⁸ Prinsipper har en vekt eller en viktighet som regler ikke har på samme måte. Prinsipper gir ikke det eksakte og endelige svaret til rettslige spørsmål, men viser retningen eller interessene som det skal tas hensyn til.⁹ En “regel” er på den annen side typisk enten anvendelig eller ikke anvendelig på et konkret faktum, men et prinsipp og en regel kan i stor grad ha overlappende funksjoner, og forskjellen mellom dem er noen ganger mer et spørsmål om form enn realitet.¹⁰

3 Bærekraftig utvikling som et europarettlig formål

3.1 Overordnede formål i EU-retten: begrepet og betydningen

Begrepet overordnede formål i EU-retten bruker jeg til å betegne den Europeiske Unionens formål slik de er angitt i de relevante bestemmelser i traktatene, derunder spesielt EF-

⁶ [Se f.eks. Hans Petter Graver, Synne Sæther Mæhle, N. Sadeleer – og Dworkin]

⁷ Dette blir noe i retning av det som er dekket av Ronald Dworkin's term “policies”, som han definerer som “that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community”, R. Dworkin 1977, s. 22. Jeg bruker ikke termen “policies”, da det vil være forvirrende i vår europarettlige kontekst, spesielt da “policies” brukes på forskjellige måter, ofte som et bredere og mer generelt begrep enn rettslige formål.

⁸ *ibid.* s. 22, uten at jeg dermed legger til grunn Dworkin's videre definisjon av prinsipper mht. prinsippenes moralske dimensjon. I følge Dworkin innebærer et prinsipp ‘requirement of justice or fairness or some other dimension of morality’.

⁹ *ibid.* s. 24–26. [Se også Gerd Winter?] I den sammenheng kan man merke seg at EF-traktatens første del bærer overskriften “Prinsipperne”.

¹⁰ *ibid.* 24 og 27.

traktatens art. 2 og EU-traktatens art. 2 og 6.¹¹ Disse formålene regnes som EU-retten formål basert på den premissen at det generelle poenget med EU-retten er å fremme oppnåelsen av EUs formål. En nærmere analyse av de legislative formål for EU-samarbeidet er viktig av flere grunner. I EU-retten, med dens teleologiske, kontekstuelle og dynamiske metode, har formål en spesiell status.¹² EF-domstolens praksis illustrerer dette med dens gjentatte referanser til og vektlegging av formålene i den omtvistede sekundærlovgivning eller f.eks. i traktatbestemmelsen som skal fortolkes.¹³ Betydningen av de overordnede formål underbygges også av EF-domstolens praksis. Fra tidlig av har domstolen fremhevet betydningen av art. 2 EF i fortolkningen av andre traktatbestemmelser og sekundærlovgivning. Rettspraksis viser hvordan domstolen både har bygget fra sekundærlovgivning via hjemmelsbestemmelsen i traktaten og oppover til art. 3 EF med de generelle midlene og til formålsbestemmelsen i art. 2 EF, og nedover: fra de generelle formål, til traktatbestemmelsen som gjennomfører et bestemt middel og videre til sekundærlovgivning. All fellesskapsrettslig fortolkning skal skje i lys av de overordnede formål og andre sentrale bestemmelser i EF-traktatens Del 1 "Prinsipperne".¹⁴ Den fellesskapsrettslige betydningen av de overordnede formålene underbygges videre ved å se nettopp på plasseringen av artikkelen i Del 1, "Prinsipperne" for traktaten, som nr 2 etter artikkelen som erklærer etableringen av fellesskapet. Likeledes støtter ordlyden i art. 3, 4 og 5 EF¹⁵ og art. 5 EU¹⁶ dette.

En analyse av de overordnede formålene kan derved indikere EU-retten fremtidige utvikling. Og har det på det ene eller det andre nivået sviktet i formålsorienteringen som rettslig sett skal foreligge i fellesskapsretten, kan analysen fremheve formålene og vise retningen som EU-retten burde ta.¹⁷

¹¹ Art. 2 EF angir Fellesskapets oppgaver – indirekte viser dette Fellesskapets mål ved at egenskapene Fellesskapet har som oppgave å fremme også viser at det ultimate målet er oppnåelsen av et godt samfunn, dvs. et samfunn som har de egenskaper som art. 2 lister opp. Slik også E. Grabitz and M. Hilf 1990– [løsblad] Art. 2 EGV s. 2 som omtaler egenskapene angitt i art. 2 som 'allgemeine (Vertrags)Ziele' – generelle (traktat-)mål.

¹² Se f.eks. A. Arnulf 2006 s. 620-621 om EF-domstolens fortolkningsmetode. Se også B. Sjøfjell 2009 s. 13 om en "methodological view of EU law as the continually evolving result of a dynamic process within the power field created by the tension inherent between a range of objectives and interests" – med henvisning til EUs generelle formål.

¹³ Se B. Sjøfjell 2009 del III, spesielt kap. [xx].

¹⁴ Se nærmere om dette med en gjennomgang av rettspraksis, *ibid.* kap. 10.1.2. Se også P.J.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat 2008 s. 120, hvor materiell fellesskapsrett sies å være konstruert som en tretrinns raket: den første delen er art. 2 og 3 EF (supplert av art. 4 EF); den andre delen er Del 3 av EF-traktaten, og den tredje delen er i de fleste tilfellene sekundærlovgivningen. Videre at rettspraksis gjør det klart at på hvert trinn av raketten må forstås i lys av det eller de forutgående trinn, samt EF-retten grunnprinsipper ("general principles of law").

¹⁵ Artikkelen 3 og 4 åpner med: "Med de i artikkel 2 nevnte mål for øje", mens art. 5 EF fastsetter fellesskapet "handler inden for rammerne af de beføjelser og mål, der er tillagt det ved denne traktat" (på engelsk: "shall act within ..."). Se også P.J.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat 2008 s. 117: "Articles 2, 3 and 4 set out in global terms the objectives of the Treaty and the means by which they are to be achieved".

¹⁶ Som fastslår at fellesskapsinstitusjonene "udøver deres beføjelser under de betingelser og med de mål for øje, som er fastsat" i traktatene.

¹⁷ En diskusjon av formålene tjener også til å klarlegge de underliggende verdier i et bestemt rettsområde.

3.2 Bærekraftig utvikling som et EU-rettslig formål

Min analyse av EU-rettens overordnede formål har vist at de kan angis med fem delområder: økonomisk utvikling, sosial utvikling, miljøbeskyttelse, respekt for menneskerettigheter og å bidra til global utvikling. Svært mye av dette kan oppsummeres i målet om en bærekraftig utvikling, som også er spesifikt angitt som formål.¹⁸ Bærekraftig utvikling har derved en spesiell posisjon blant EU-rettens overordnede formål.

Bærekraftig utvikling er en utvikling hvor man oppnår en balanse mellom økonomisk og sosial utvikling og miljøbeskyttelse, i en global kontekst.¹⁹ Naturmiljøets tåleevne setter rammen for denne søken etter balanse, idet naturmiljøet utgjør grunnlaget for økonomisk og sosial utvikling – for selve vår eksistens.²⁰

At bærekraftig utvikling er inkludert blant den Europeiske Unionens overordnede formål ser vi bl.a. i EF-traktatens art. 2, som angir at fellesskapet skal fremme:

en harmonisk, *afbalanseret og bæredygtig utvikling af den økonomiske virksomhed*, ..., en bæredygtig og ikke-inflationær vækst, ..., et højt niveau for miljøbeskyttelse og forbedring af miljøkvaliteten, ...²¹

Videre i EU-traktatens art. 2, som fastslår at Unionen har som formål:

at fremme økonomiske og sociale fremskridt ... og opnå en afbalanseret og bæredygtig utvikling ...²²

Det er rom for å kritisere den noe uklare og kanskje inkonsistente terminologien i art. 2 EF, både når det gjelder bruken av termen bærekraftig *vekst* i stedet for konsekvens å vise til bærekraftig *utvikling* og tillegget av “den økonomiske virksomhed” til bærekraftig utvikling, som kunne bli oppfattet slik at EF-traktaten kun omhandler økonomisk vekst og ikke bærekraftig utviklings tre dimensjoner.²³

¹⁸ Se B. Sjøfjell 2009 kap. 10.2 for en oversikt – grunnlaget for hvert enkelt del er nærmere forklart i kap. 10.3–10.8.

¹⁹ C. Voigt 2009 kap. 1 viser hvordan bærekraftig utvikling, ikke minst etter Brundtland-rapporten, er tatt opp som et mål og et prinsipp i en rekke folkerettslige (og nasjonale) kontekster.

²⁰ ‘[A]cceptable environment is not the product of social development, but a prerequisite for it to exist, and is a right bound up with human life, without which there is neither mankind nor society nor law’, Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer in *Commission v. Council*, Case C-176/03 [2005] ECR I-7879 paras 52-70 with the quote in n. 51 with reference to *Loperena Rota, D., Los derechos al medio ambiente adecuado y a su protección*, *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, No. 3, Nov. 1999 [danske referanser vil bli satt inn til alle generaladvokat-uttalser og til alle dommer].

²¹ Min kursivering.

²² Min kursivering. Se også fokuset på bærekraftig utvikling i Lisboa-traktaten (som i skrivende stund, hvor bare ratifikasjon fra Tsjekia mangler, faktisk ser ut til å kunne komme seg i mål etter en langvarig og vanskelig ratifikasjonsprosess) hvor det fremgår at Unionen ‘shall work for the *sustainable development of Europe* based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment’ og: “In its relations with the wider world, the Union shall [...] contribute to peace, security, *the sustainable development of the Earth*” (min kursivering [sitatetene skal settes inn på dansk]).

²³ N. Dhondt 2003 pp. 55–56.

Det er imidlertid klart at begrepet bærekraftig utvikling som EU-retten i dag bygger på og gjentatte ganger viser til er Brundtland-kommisjonens verk.²⁴ Det vil også være grunnlaget for analysen her, selv om “bærekraftig utvikling” har en fellesskapsrettslig bakgrunn fra før Brundtland-rapporten.²⁵ Termen “bærekraftig utvikling” ble opprinnelig sett av mange som et rent økonomisk konsept,²⁶ til og med som i motsetning til “miljømessig” eller “økologisk bærekraftig utvikling”. Når Brundtland-kommisjonen valgte å bruke termen “bærekraftig utvikling” var det som et konsensusbegrep som var ment å innbefatte økonomiske, miljømessige og sosiale aspekter inkludert utvikling. Som et konsept konsumerer og redefinerer det “bærekraftig vekst”.²⁷

Med dagens voksende bevissthet om at vi ikke kan se økonomisk vekst som frikoblet fra vårt økosystem og at økonomisk vekst – for å være bærekraftig (i den opprinnelige økonomiske betydning) i det lange løp – må ta miljøhensyn med i beregningen, har “bærekraftig vekst” av mange etter hvert blitt sett på som synonymt med bærekraftig utvikling.²⁸ Den terminologiske tvetydigheten i art. 2 EF kan også sees på som avklart gjennom art. 6 EF og det der klare mål om “at fremme en bæredygtig utvikling”, så vel som gjennom art. 2 EU.²⁹ En rekke policy-dokumenter fra høyt EU-nivå viser at det er bærekraftig utvikling i Brundtland-betydningen som er en av EUs overordnede mål og kanskje til og med det som står over alle andre formål.

Brundtland-kommisjonen fra 1987 definerte bærekraftig utvikling som en utvikling som “imøtekommer dagens behov uten å ødelegge mulighetene for at kommende generasjoner skal få dekket sine behov”,³⁰ og denne definisjonen siteres hyppig i og utenfor EU. Det er opplagt slik at dette konseptet ikke er presist eller utvetydig eller basert på konsensus når det gjelder dets eksakte innhold. At det er umulig å forhåndsdefinere presist hva bærekraftig utvikling innebærer i forskjellige kontekster bør ikke brukes som en unnskyldning for ikke å handle. Brundtland-rapporten understreket “strategiske forutsetninger” som inneholder kjerneelementer av konseptet bærekraftig utvikling, inkludert redefinering av vekstbegrepet og “integrering av miljøhensyn og økonomi” i beslutningsprosesser.³¹ Mht. økonomisk vekst³² er Brundtland-rapporten klar på den nødvendige prioriteringen, både når det gjelder å definere begrepet “behov” som noe som gjelder “spesielt grunnbehovene til verdens fattige, som bør gis første prioritet”³³ og i den videre utlegningen av forholdet mellom vekst og bærekraftig utvikling:

²⁴ World Commission on Environment and Development 1987, kjent som Brundtland-rapporten etter lederen Gro Harlem Brundtland.

²⁵ *Opinion of Advocate General Léger in The Queen v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, Case C-371/98 paras. 55–56.

²⁶ See also N. Dhondt 2003 p. 55.

²⁷ Professor Hans Christian Bugge, sekretær for Brundtland i hennes arbeid med Brundtland-rapporten, har forklart meg bakgrunnen for bruken av “bærekraftig utvikling” i rapporten. Se også n. 30 nedenfor.

²⁸ N. Dhondt 2003 p. 55–57. Dhondt viser også (s. 55) at P.J.G. Kapteyn and P. Verloren van Themaat 1998 s. 113 bruker termene synonymt.

²⁹ Se også art. 3(3) and 3(5) EU in the Treaty of Lisbon (2007) (OJ 2007 C 306/01).

³⁰ World Commission on Environment and Development 1987 s. 42. Se om bakgrunnen for dette uttrykket, som er ment å ta opp i seg hele konseptet om en bærekraftig utvikling, H.C. Bugge 2008, s. xx.

³¹ World Commission on Environment and Development 1987 s. 46–56.

³² Noe som i utgangspunktet kan sees på som pr. definisjon ikke-bærekraftig, når spørsmålet nettopp kanskje er om økonomisk vekst (på et aggregert globalt nivå) i det hele tatt er forenelig med å ivareta det globale økosystemet, se bl.a. C. Voigt 2005 *Worldviews*.

³³ World Commission on Environment and Development 1987 p. 42.

Å dekke grunnbehovet avhenger delvis av at hele vekstpotensialet blir oppfylt. En bærekraftig utvikling forutsetter selvfølgelig økonomisk vekst nettopp i områder der befolkningen ikke får dekket sine grunnbehov. Andre steder *kan* det være forenlig med økonomisk vekst [forutsatt]³⁴ at veksten tar hensyn til de generelle prinsippene for bærekraftig utvikling og til at ingen blir utnyttet.³⁵

Integreringsprinsippet, kodifisert i art. 6 i EF-traktaten, er nøkkelen til å operasjonalisere bærekraftig utvikling³⁶ – og behandles nærmere nedenfor.³⁷ Innenfor EU har det vært et visst fokus på høyt politisk nivå om å gjøre nettopp det gjennom integrasjonen av økonomiske, sosiale og miljømessige interesser og med et globalt perspektiv. Til og med før integreringsregelen i art. 6 EF fikk sin nåværende form,³⁸ erklærte Det europeiske råd at bærekraftig utvikling er en av de overordnede målsettingene for alle fellesskapsaktiviteter, under henvisning til miljøproblemer av økende omfang.³⁹ Det europeiske råd bekreftet videre at oppnåelsen av ‘the Single Market cannot be regarded as an end in itself, it pursues a much wider objective’ og i den videre internasjonale kontekst understreket Fellesskapet og medlemslandene at de ønsket å spille en ledende rolle i å oppnå ‘a better quality of life for all the peoples of the world’.⁴⁰

3.3 Bærekraftig utvikling som et EØS-rettslig formål

I drøftelsen av bærekraftig utvikling som europarettlig formål er det naturlig å begynne med å sammenligne formålsbestemmelsen i art. 2 EF med den snevrere, mer økonomisk fokuserte formålsbestemmelsen i EØS-avtalens art. 1(1):

Formålet med denne assosieringsavtale er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, heretter kalt EØS.

Men hva betyr det at EØS-avtalen har som formål å opprette et “ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde”? EØS-avtalen knytter tre av EFTA-landene til EU, hvor det

³⁴ Dette ordet mangler i den norske oversettelsen.

³⁵ World Commission on Environment and Development 1987 p. 42 (min kursivering).

³⁶ Som også påpekt av N. Dhondt 2003 s. 478, selv om bærekraftig utvikling er et konsept som er vanskelig å få tak på på en måte, er det tross alt mulig å identifisere en ‘core meaning’ som i EU-retten ‘means that the Community *must* achieve a balance between its economic, social and environmental objectives’ (min kursivering).

³⁷ Kap. 4.

³⁸ Men etter at det var inntatt et eget miljøkapittel i EF-traktaten.

³⁹ Presidency Conclusions of the European Council, Rhodes, 2–3 December 1988 (DOC/88/10) [disse referansene vil bli satt inn i dansk versjon].

⁴⁰ *ibid.* Etter dette har viktigheten av bærekraftig utvikling blitt fremhevet gjentatte ganger, bl.a. i Presidency Conclusions of the Gothenburg European Council 15–16 June 2001 (SN 200/1/01 Rev 1) avsnitt 1 og 19-21 og 26. Basert bl.a. på Presidency Conclusions from the Gothenburg European Council (avsnitt 19 flg. om the Strategy for Sustainable Development) lanserte Kommisjonen en integrert konsekvensanalyseprosess for å fremme bærekraftig utvikling: COM(2002)276 final: Communication from the Commission on Impact Assessment.

indre marked er et viktig middel for å nå de overordnede mål iht art. 2 EF. Slutter vi oss til de overordnede formål, når vi gjennom EØS-avtalen slutter oss til hovedmålet?

EØS-avtalens fortale, som EØS-avtalen må tolkes i lys av, indikerer et slikt overbyggende formål. De overordnede formål i art. 2 EF er mer eller mindre eksplisitt tatt med i EØS-avtalens fortale. Lest i sammenheng gir fortalen støtte for at formålet om opprettelsen av et “ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde” er et kvasiformål, i den forstand at det er en mellomstasjon på veien til og et middel til oppnåelsen av et høyere formål. Det første avsnittet i fortalen etter oppregningen av partene (EU, EUs enkelte medlemsland og de tre gjenværende EFTA-stater i samarbeidet),⁴¹ er partenes understrekning av at de:

er overbevist om *det bidrag et Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde vil gi til oppbyggingen av et Europa grunnlagt på fred, demokrati og menneskerettigheter,*⁴²

Vi kan også spesielt merke oss at ikke bare målet om miljøbeskyttelse, men også prinsippet om bærekraftig utvikling er tatt inn i fortalen. Dette kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor.

Det er vanskelig å se det på noen annen måte enn at vi slutter oss til de overordnede formål, når vi gjennom EØS-avtalen slutter oss til hovedmålet.⁴³ Enhver annen fortolkning, med rettslig betydning, ville bety at en mer markedsfundamentalistisk og neoliberalistisk tilnæringsmåte var påkrevet i de tre EFTA-statene. Dette ville være i konflikt med EØS-avtalens målsetning om en dynamisk homogenitet.

Homogenitetsmålsetning fremgår av art. 1(1) EØS så vel som fortalen som fastslår at: “formålet er å opprette et *dynamisk og ensartet* Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde” og at “at avtalepartenes formål, ... er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i denne avtale”. Slik påpekt av Sejersted, må målet om “dynamisk homogenitet ... sies å utgjøre et både pliktig og tungtveiende hensyn ved tolkning av EØS-retten”.⁴⁴

⁴¹ Dette har blitt oppdatert etter hvert som nye EU-medlemsland har kommet til, inkludert de opprinnelige EFTA-medlemmene av EØS som har blitt fullverdige EU-medlemmer.

⁴² Min kursivering. Se også B. Sjøfjell 2009 s. 190–191 om hvordan fred – slutten på alle kriger – var et viktig mål ved etableringen av De europeiske felleskap og hvordan det hadde felles røtter med det andre store europeiske prosjektet etter annen verdenskrig: Europarådet og dets fokus på menneskerettigheter, demokrati og “rule of law”.

⁴³ Muligens i motsatt retning F. Sejersted *et al.* 2004 s. 83 angående “det felles markedet” som et “mål i seg selv” under EØS-avtalen. Sejersted går imidlertid ikke lenger når det gjelder oppstilling av EUs mål (som markedet er et middel for nå) enn å si at det er “å oppnå politisk og sosial integrasjon” og det fremgår ikke klart hvilken betydning Sejersted legger i dette som han omtaler som en forskjell i perspektiv. Ut fra hans videre utlegning av dynamisk homogenitet som en hovedmålsetning (se neste note), virker det ikke som om forskjellen i målene har noen rettslig betydning i hans vurdering. EF-domstolens uttalelse i 1991 (1/91) om forskjellige formål iht. EF-traktaten og EØS-avtalen må leses ut fra sin sammenheng – en argumentasjon om Fellesskapet som en egen rettsorden (og traktaten som grunnlag for det) og EØS som en tilslutningsavtale til markedet. Det kan ikke være grunnlag for å konkludere om EØS-avtalens formål i vår kontekst, nemlig som det avtalen skal tolkes og anvendes ut fra. EFTA-domstolens uttalelse i *Maglite* premiss 25 om at EØS er en frihandelsavtale og ikke har som formål å opprette en tollunion kan heller ikke sees å være direkte relevant for vårt spørsmål. *Maglite* har for øvrig blitt møtt med kritikk, se bl.a. O.-A. Rognstad 2001 *Tidsskrift for Rettsvitenskap* s. xx.

⁴⁴ F. Sejersted *et al.* 2004 s. 84 og se videre angående betydningen av s. 84–85 og s. 177 flg. Se også EFTA-domstolens uttalelse i *Sveinbjörnsdottir* premiss 49 flg.

Selv om man evt. fra et norsk råderettssynspunkt skulle komme frem til at EØS-avtalen skal forstås så snevert og formalistisk at den kun har frihandel som formål, må denne avtalen og dets formål settes inn i en større rent norsk sammenheng. Oppnåelsen av en bærekraftig utvikling er utvilsomt et politisk mål også i Norge.⁴⁵ Alternativet til å gjennomføre det formalistiske sporet som man er på ved å argumenter at EØS-avtalen har et snevrere, rent økonomisk formål, ville da måtte være å se det slik at EØS-avtalens formål om frihandel kun er et (av flere) middel Norge bruker for å oppnå visse overordnede formål, og at andre interesser enn frihandel derfor må få og har betydning. At dette er forsvarlig EØS-juss vil man kunne understøtte ved å vise til EØS-avtalens fortale, som inkorporerer prinsippet om bærekraftig utvikling – og, som påpekt over, de fleste, om ikke alle, EUs overordnede formål. Dermed er sirkelen reelt sett sluttet. Forskjellen og ulempen ved en slik formalistisk omvei, vil være at betydningen av bærekraftig utvikling som overordnet formål i EØS-retten for Norges del måtte forstås i lys av de rent norske rettskildene og politiske signaler, og ikke direkte de fellesskapsrettslige. Indirekte vil vi dog ha felles utgangspunkt i internasjonale forpliktelser (som EF-domstolen viser til bl.a. i *PreussenElektra*) og i den normative nødvendigheten.⁴⁶ Man ville likevel, formelt sett, ved enhver korsvei måtte forsøke å finne ut av om det norske målet om bærekraftig utvikling førte like langt, lengre eller kortere enn det fellesskapsrettslige. Og for å oppnå de samme rettigheter som EUs medlemsland kan utlede (se pkt. 6 nedenfor) vil man måtte fremheve betydningen av EØS-avtalens fortale og reelt sett argumentere for at EUs overordnede formål også er EØS-avtalens.

Dette innebærer ikke at det her argumenteres at alle deler av EU-retten er inkorporert gjennom EØS-avtalen eller skal innfortolkes gjennom dynamikken i avtalens homogenitetsmålsetning. Det er åpenbart ikke tilfelle.⁴⁷ Imidlertid må sekundærlovgivningen fra EU-retten som er inkludert i EØS-avtalen som hovedregel og utgangspunkt fortolkes og implementeres på samme måte i alle de 30 medlemslandene av EØS-samarbeidet.⁴⁸ Som et naturlig ledd i oppnåelsen av dette må utgangspunktet også være at fellesskapsrettens overordnede formål også sees som EØS-rettens overordnede formål. Så er det heller eventuelle unntak fra dette som må særskilt begrunnes.

Enda sterkere står dette utgangspunktet, som vi vil se nedenfor, i vurderingen av den EØS-rettslige relevansen av det fellesskapsrettslige prinsippet og kodifiseringen derav i art. 6 EF.

4 Bærekraftig utvikling som europarettlig prinsipp og regel

4.1 Det EU-rettslige prinsippet og kodifiseringen i art. 6 EF

Bærekraftig utvikling er et (fremvoksende) internasjonalt rettslig prinsipp.⁴⁹ At dette prinsippet også er en del av EU-retten, ser vi bl.a. ved at EU-traktatens fortale eksplisitt ble endret for å innta prinsippet.⁵⁰ Prinsippet om bærekraftig utvikling er i internasjonal

⁴⁵ [Vis til en rekke uttalelser, senest i NOU-en om bærekraftig utvikling fra 2009. Se også Grunnlovens § 110b.]

⁴⁶ Med “normativ” mener jeg hvordan det bør være, som i moralsk.

⁴⁷ F. Sejersted *et al.* 2004 s. 84, tekst til n. 103.

⁴⁸ Se tekst til n. 44.

⁴⁹ C. Voigt 2009.

⁵⁰ Ved Treaty of Amsterdam (1997) (OJ 1997 C 340/1–144), den samme traktatrevisjonen som styrket prinsippet om å integrere miljøbeskyttelseskrav i andre områder (se nedenfor om art. 6 EF), basert på erkjennelsen av at deri ligger nøkkelen til å fremme en bærekraftig utvikling, COM (1999) 263 final, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Single Market and Environment s. 3 [alle slike referanser vil, der hvor mulig, bli satt inn på dansk].

miljørettslitteratur definert på flere måter.⁵¹ Gjennomgående fremheves integreringsdimensjonen som en svært viktig del av prinsippet – og også den delen som er mest rettslig operasjonaliserbar.⁵² Vi ser for øvrig koblingen mellom det EU-rettslige prinsippet og medlemslandenes og EUs folkerettslige forpliktelser i *PreussenElektra* hvor det eksplisitt sies at art. 6 EF, som kodifiserer integreringsprinsippet, kan sees som en del av oppfyllelsen av forpliktelsen som Fellesskapet og medlemslandene har bl.a. etter Kyoto-protokollen.⁵³ En indikasjon på anerkjennelsen av integreringsprinsippetets betydning finner vi i fellesskapsretten allerede tidlig på 1980-tallet.⁵⁴

Art. 6 EF oppstiller en plikt til å integrere miljøbeskyttelse i alle områder med formål å oppnå bærekraftig utvikling:

Miljøbeskyttelseskrav skal integreres i utformningen og gjennomførelsen af Fællesskabets politikker og aktioner som nævnt i artikel 3, især med henblik på at fremme en bæredygtig udvikling.⁵⁵

Denne regelen har fått en gradvis sterkere utforming, fra sin første, spede start i 1986⁵⁶ hvoretter miljøbeskyttelse skulle være en del av Fellesskapets politikk på andre områder via Maastricht-traktaten, som styrket bestemmelsen slik at den fastsatte at miljøbeskyttelse skal integreres i defineringen og gjennomføringen av politikken⁵⁷ på andre fellesskapsområder, men beholdt den i miljøkapitlet i traktaten, til dagens regel i art. 6 EF. I Amsterdam-traktaten i 1997 ble altså integreringsregelen løftet frem til Del 1 i EF-traktaten, anvendelsesområdet ble utvidet til “politikker og aktioner”, og målet med integreringen: å fremme en bærekraftig utvikling, ble eksplisitt uttrykt.

Art. 6 innebærer at alle fellesskapsinitiativer på alle områder⁵⁸ (også) skal bidra til oppnåelsen av miljøformål og det skal baseres på miljøprinsippene i art. 174 EF.⁵⁹ Med andre ord krever art. 6 at fellesskapsinstitusjonene fremmer sektorformålene på alle områder på den mest miljøvennlige måten. I noen tilfeller betyr dette kun at sektorformål skal fremmes på den minst miljøvennlige måten, men i andre tilfeller vil det kunne innebære at sektorformål må

⁵¹ Se diskusjonen i C. Voigt 2009 kap. xx.

⁵² Se P. Sands 2003 s. 263–266 om integreringsprinsippet som en av de fire rettslige elementene av konseptet bærekraftig utvikling og den “most important and most legalistic”. De andre tre er “intergenerational equity” (rettferdighet mellom generasjoner), “the principle of sustainable use” (prinsippet om bærekraftig bruk) og “intragenerational equity” (rettferdighet innad i en generasjon – enkelt sagt, nord-sør-perspektivet), se s. 253.

⁵³ *PreussenElektra*, Case C-379/98 .

⁵⁴ Altså lenge før Amsterdam-traktaten av 1997, se om utviklingen av prinsippet L. Krämer 2004 spesielt s. 34.

⁵⁵ Art. 3 EF inneholder hjemlene for gjennomføring av det indre marked, fri konkurranse og “flanking policies” slik som sosial utvikling osv. I Lisboa-traktaten, som nå faktisk ser ut til å komme seg gjennom ratifiseringsprosessen, gjøres integreringsregelen almenyldig – for hele unionssamarbeidet – da henvisningen til art. 3 er fjernet.

⁵⁶ Ved Europæisk fælles akt (1986), EF-Tidende nr. L 169 af 29. juni 1987, ble denne bestemmelsen innført i EF-traktaten art. 130r(2).

⁵⁷ [Jeg er usikker på om det er riktig å oversette “policies” med politikk, men slik lyder det i den danske versjonen.]

⁵⁸ Med den begrensning som følger av art. 3, som vil si alle EF-rettens områder. Se n. 55 over.

⁵⁹ Se også E. Grabitz and M. Hilf 1990– [løsblad] Art. 2 EGV s. 14, som sier at et lovgivningsinitiativ ville krenke art. 6 (“ein Rechtsakt unzulässig ist”) hvis det kunne ha fremmet miljøbeskyttelsesformål og unnlot å gjøre det uten god grunn (tilsvarende vedrørende art. 3(2) som har en likestillingsintegreringsregel – for øvrig den eneste andre integreringsregelen som er inntatt i Del 1 av traktaten.

revurderes.⁶⁰ Denne forståelsen av art. 6 støttes bl.a. av *Chernobyl I*, en avgjørelse hvor EF-domstolen, angående den mindre sterke versjonen av integreringsregelen som da var inntatt i art. 130r(2) EF, uttalte at bestemmelsen “udtrykker det princip, at alle fællesskabsforanstaltninger skal opfylde kravene om miljøbeskyttelse”.⁶¹

Det kan spørres om art. 6 EF gir uttrykk for en prosessuell eller en materiell plikt. Dvs. om det er en plikt til å vurdere nødvendigheten av miljøbeskyttelse på et bestemt område, eller en plikt til virkelig å integrere det nivået av miljøbeskyttelse som er nødvendig for å oppnå en bærekraftig utvikling. Slik det vil fremgå av den videre diskusjon mener jeg at det er grunnlag for å utlede en materiell plikt av bestemmelsen: meningen er å fremme en bærekraftig utvikling.

Når det gjelder det at art. 6 oppstiller en plikt mht. bare til miljødimensjonen av bærekraftig utvikling (og ikke den sosiale eller økonomiske dimensjonen), innebærer dette at art. 6 løfter frem den delen av målet om bærekraftig utvikling som trenger det mest – som et vitalt bidrag til oppnåelsen av det formålet.⁶² Å løfte frem denne ene av de tre sammenflettede aspektene av bærekraftig utvikling er velbegrunnet, idet økonomisk utvikling tradisjonelt har en sterk posisjon, og sosial utvikling, i hvert fall i Europa, har talspersoner på en måte som miljøbeskyttelse ikke (ennå) har.

Nedenfor går jeg nærmere inn i den rettslige betydningen av art. 6, med utgangspunkt i forpliktelsene som jeg har utviklet for medlemslandene i min tidligere forskning. Først skal vi imidlertid se på integreringsprinsippets stilling i EØS-retten.

4.2 Bærekraftig utvikling som EØS-rettslig prinsipp og regel

Er prinsippet om bærekraftig utvikling, forstått som integreringsprinsippet, også et EØS-rettslig prinsipp? Det er tatt inn i fortalen til EØS-avtalen, hvor det fremgår at avtalepartene er:

... bestemt på å bevare, verne og forbedre miljøets kvalitet og sikre en forsiktig og fornuftig utnyttelse av naturressursene, særlig på grunnlag av *prinsippet om en bærekraftig utvikling* samt føre var-prinsippet og prinsippet om forebyggende tiltak;⁶³

EØS-avtalen er visstnok den første internasjonale (rettslig bindende) avtalen som eksplisitt omtaler prinsippet.⁶⁴ Fortalen til EU-traktaten ble i 1997 endret for også der eksplisitt å inkludere prinsippet. Slik vi kommer tilbake til nedenfor, er *regelen* i EØS-avtalens art. 73(2)

⁶⁰ Se også N. Dhondt 2003 s. 478, som helt riktig påpeker at evt. revurdering av sektorformål må skje i lys av deres rolle i oppnåelsen av de generelle fellesskapsrettslige formål i (bl.a.) art. 2. I tilslutningen til denne “sterke” tolkningen av art. 6, avviser Dhondt imidlertid samtidig den “veldig sterke” tolkningen som ville innebære at miljøbeskyttelse må gis forrang. Dette er jeg uenig i, se nærmere B. Sjøfjell 2009 kap. 10.9, og for så vidt også helt kort i tekst knyttet til n. 20 over.

⁶¹ [Den Helleniske Republik mod Rådet for De Europæiske Fællesskaber, Sag C-62/88, Samling af Afgørelser 1990 side I-01527] premiss 20. Se videre om betydningen av avgjørelsen B. Sjøfjell 2009 kap. 10.5.2.

⁶² At det er poenget fremheves bl.a. i C. Barnard and J. Scott (ed.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises* (2002) hvor det med henvisning til art. 6 EF sies at Amsterdam-traktaten styrket prinsippet om integrering av miljøkrav i andre områder ut fra en erkjennelse av at det er nøkkelen til å fremme bærekraftig utvikling.

⁶³ Min kursivering. I neste avsnitt i fortalen fremgår det at partene er “bestemt på legge til grunn et høyt beskyttelsesnivå med hensyn til helse, sikkerhet og miljø i den videre utviklingen av lovregler”.

⁶⁴ P. Sands 2003 s. 252.

den mer forsiktige varianten som på det tidspunktet fantes i EF-traktatens art. 130R, nemlig at krav til vern av miljøet “skal være en del av avtalepartenes politikk på andre områder”. Når vi ser art. 73(2) EØS i sammenheng med fortalen⁶⁵ gir det en indikasjon på at avtalepartene allerede på det tidspunktet oppfattet regelen om miljøintegrering som en kodifisering av prinsippet om bærekraftig utvikling. Art. 73(2) sier nemlig at:

Avtalepartenes virksomhet på miljøområdet skal bygge på prinsippene om at forebyggende tiltak bør iverksettes, om at skade på miljøet fortrinnsvis rettes opp ved kilden, og om at forureneren betaler. Krav til vern av miljøet skal være en del av avtalepartenes politikk på andre områder.

Dette kan tyde på at det var viktig for de nordiske avtalepartene å få inn prinsippet om bærekraftig utvikling, mens det på regelnivå ikke var realistisk å få til en sterkere formulering enn det som på det tidspunktet fantes i EF-traktaten. Betydningen av inkluderingen av disse miljørettslige prinsipper i fortalen fremheves i Stortingsproposisjonen om ratifisering av EØS-avtalen, hvor det bl.a. sies at “(p)rinsippene vil ha betydning for tolkning av Avtalen og vil være viktig for de avveininger som skal foretas mellom ulike hensyn i samarbeidet”.⁶⁶ At bærekraftig utvikling som prinsipp, med integreringsprinsippet som kjerne, er en del av EØS-avtalen, tør derfor være klart.⁶⁷

Når EF-traktaten nå har en mer eksplisitt og klar kodifisering av integreringsprinsippet i art. 6, er det liten grunn til å tolke art. 73(2) EØS på en statisk måte. Med støtte i prinsippet om bærekraftig utvikling, som EØS-avtalen var tidlig ute med å inkludere, må vi på grunnlag av den dynamiske og homogenitetssøkende fortolkningsmetoden kunne oppgradere art. 73(2) EØS til å leses som art. 6 EF.

EFTA-domstolen har ikke behandlet dette spørsmålet direkte.⁶⁸ Avgjørelsen som er av mest interesse i vår sammenheng er *Postdok-saken*, som gjaldt midlertidige vitenskapelige stillinger øremerket for kvinner.⁶⁹ Norge påberopte seg art. 141(4) EF som muligens kunne hjemle en slik ordning.⁷⁰ Da art. 141(4) var vedtatt etter EØS-avtalen, avviste EFTA-domstolen først å anvende denne som avgjørelsesgrunnlag i saken, både direkte og ved analogi.⁷¹ I neste avsnitt ser domstolen likevel ut til å mene at de relevante endringer i EF-traktaten får betydning gjennom tolkning av den aktuelle sekundærlovgivningen i lys av EF-traktatens regler, bl.a. den nye likestillingsintegreringsregelen i art. 3(2) EF:

The Court notes, however, that since the entry into force of the Directive substantial changes have occurred in the legal framework of the Community, providing *inter alia* for increased Community competences in matters relating to gender equality. Under Article 2 EC the Community shall have

⁶⁵ Slik vi etter europaretslige metode skal.

⁶⁶ St prp nr 100 (1991-92) s. 3, første spalte. At fortalene til fellesskapsrettslige instrumenter har rettslig betydning, er klart fra EF-domstolens praksis, se B. Sjøfjell 2009 kap. xx.

⁶⁷ Se C. Voigt 2009 s. 37 om disse andre prinsippene som egentlig en del av gjennomføringen av integreringsprinsippet.

⁶⁸ I *Einarsson* (E-1/01, 2002) var det spørsmål om art. 6(3) EU om Unionens respekt for medlemsstatenes nasjonale identitet kunne brukes som støtteargument i en sak om lavere avgiftssatser for bøker på islandsk. Under henvisning til at art. 6(3) EU var fremforhandlet før EØS-avtalen ble vedtatt, la EFTA-domstolen til grunn at det var et bevisst valg at EØS-avtalen ikke inneholdt en tilsvarende bestemmelse, og at den derfor ikke kunne anvendes. [ref. premiss nr. xx.]

⁶⁹ E-1/02, 2003.

⁷⁰ Dog var ikke dette ESAs og Kommisjonens syn, se premiss 23 og 24.

⁷¹ Premiss 55.

as its task to promote equality between men and women. Article 3(2) EC states that the Community shall, in carrying out the activities referred to in the first paragraph of that provision, aim to eliminate inequalities and to promote equality between men and women. Article 13 EC gives the Council the competence to take appropriate action to combat discrimination based on sex. According to Article 141(4) EC, the principle of equal treatment shall, with a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, not prevent Member States from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the under-represented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers. Inevitably, the interpretation of the Directive will reflect both the evolving legal and societal context in which it operates.⁷²

Avgjørelsen er ikke klar og kan ikke tas til støtte uten videre verken for det synet at nye bestemmelser i EF-traktaten skal fortolkes inn i EØS-avtalen eller for at de ikke skal det. Imidlertid dreier det seg i vårt tilfelle ikke om en ny bestemmelse. Det dreier seg om en oppgradering av en bestemmelse som finnes i EØS-avtalen og samtidig en kodifisering av et prinsipp som ble inntatt i EØS-avtalens fortale, til og med før det ble inntatt i EU-traktatens fortale. Hensynet til EFTA-statenes intensjon om å beholde sin formelle suverenitet⁷³ skulle derfor ikke i dette tilfelle være til hinder for en oppgraderende og dynamisk fortolkning av art. 73(2) EØS.

Alternativet til en slik dynamisk fortolkning ville være å gi miljøbeskyttelse og bærekraftig utvikling som rettslig formål mindre vekt i de tre EFTA-statene enn det rettslig sett må gis i de 27 EU-medlemslandene.⁷⁴ Homogenitetsformålet og lojalitetsprinsippet er argumenter mot en slik forståelse. En sammenligning av måten art. 6 EØS, om betydningen av rettspraksis fra EF-domstolen før og etter EØS-avtalens undertegnelse, har blitt forstått støttes også min slutning.⁷⁵ Det samme gjør nettopp EF-domstolens praksis som legger stadig mer vekt på prinsippet kodifisert i art. 6 EF. Et tilleggsargument for posisjonen av bærekraftig utvikling som prinsipp utenfor EU-systemet, som har blitt brukt av EF-domstolen mht. fellesskapsretten er at art. 6 EF, som nevnt over, kan sees som en deloppfyllelse av forpliktelsene som Fellesskapet og medlemslandene har iht. internasjonale avtaler, b.l.a. Kyoto-protokollen.

5 Den rettslige betydningen av bærekraftig utvikling for EU- og EFTA/EØS-institusjonene

5.1 Innledning; begrepet plikt

Vi skal nå gå inn i den rettslige betydningen av bærekraftig utvikling som europarettlig formål, prinsipp og regel. Hovedvekten vil ligge på betydningen av art. 6 EF, da den tar opp i seg alle tre nivåer: det er en regel som viser til og styrker bærekraftig utvikling som formål og som samtidig er en kodifisering av integreringsdelen av prinsippet om bærekraftig utvikling.

⁷² Premiss 56.

⁷³ F. Sejersted *et al.* 2004 s. 112.

⁷⁴ Se også *ibid.* s. 111 som peker på problemet om *Einarsson* og *Postdok-saken* skulle føre til at "hensynene til nasjonal identitet og likestilling skal være annerledes og mindre tungtveiende i EØS-retten i EU-retten".

⁷⁵ [relevante henvisninger. Rognstad?]

Jeg har tidligere kommet frem til følgende plikter for fellesskapsinstitusjonene: For det første en plikt til å holde seg innenfor rammen av de generelle formålene, for det andre en plikt til å søke balanse mellom de generelle formål (med bærekraftig utvikling som overbyggende formål), for det tredje en plikt til å handle (generell plikt), og for det fjerde en plikt til spesifikke handlinger under gitte omstendigheter. Disse vil jeg i dette kapitlet videreutvikle mht hva de betyr for fellesskapsinstitusjonene (inkludert EØS-institusjonene ESA og EFTA-domstolen), etter en kort introduksjon av de fire pliktene.

Aller først bør det avklares hva plikt eller forpliktelse betyr i denne sammenheng. Det kan splittes opp i tre typer. Den første og presumptivt sterkeste form for plikt er den som kan håndheves for domstolene. Det er imidlertid ikke holdbart å trekke den konklusjonen at en rettslig forpliktelse bare kan sies å eksistere der hvor, og i det omfang at, den kan håndheves for domstolene. Hvis vi konkluderer – slik jeg har gjort – at visse forpliktelser påhviler fellesskapsinstitusjonene, vil den samme forpliktelsen hvile på EF-domstolen som på de andre institusjonene (forpliktelsens nærmere innhold vil variere avhengig av institusjonens oppgaver, men i utgangspunktet altså samme forpliktelse). Hvis EF-domstolen ikke oppfyller sin forpliktelse, kan det bety at det blir *de facto* umulig å få håndhevet forpliktelsen overfor andre fellesskapsinstitusjoner. Videre, selv om EF-domstolen samvittighetsfullt oppfyller sin plikt, kan det være generelle prosess- eller kompetanseregler eller saksspesifikke grunner som kan forhindre at domstolen kan håndheve andre fellesskapsinstitusjoners forpliktelser. Imidlertid bør ikke noen av disse situasjonene i seg selv endre kjernen i den rettslige forpliktelsens karakter. Den andre typen plikt er derfor den rettslige forpliktelsen som av den ene eller den andre grunnen ikke kan håndheves for domstolene.

Den tredje typen er den normative forpliktelsen som ligger innenfor rammen av retten. Den dekker både den situasjonen hvor normative argumenter kan tjene som støtte for et usikkert eller skjørt rettslig grunnlag for en forpliktelse og den situasjonen hvor normative argumenter gir et grunnlag for å velge mellom rettslig akseptable alternativer.

I drøftelsen av betydningen for de enkelte institusjoner av pliktene vil det også ligge en antydning om hva slags konsekvenser pliktbrudd vil kunne få. Ut over dette vil jeg ikke samlet eller inngående behandle hvordan pliktbrudd kan følges opp og evt. sanksjoneres, da det vil sprengte rammen for artikkelen.

5.2 Generelt om pliktene

5.2.1 Plikten til å holde seg innenfor rammen av de overordnede formålene

Det følger både av det traktatrettslige systemet og av EF-domstolens praksis at de overordnede formål har den funksjon at de oppstiller en ramme for fellesskapsretten, som fellesskapsinstitusjonene må holde seg innenfor.⁷⁶ Dette støttes også av ordlyden i art. 3, 4 og 5 EF⁷⁷ og art. 5 EU.⁷⁸ De overordnede formål stiller opp en så bred ramme at vi naturlig nok

⁷⁶ Se videre B. Sjøfjell 2009 kap. 10.x.

⁷⁷ Artikkene 3 og 4 åpner med: “Med de i artikkel 2 nævnte mål for øje”, mens art. 5 EF fastsetter fellesskapet “handler inden for rammerne af de beføjelser og mål, der er tillagt det ved denne traktat” (på engelsk: “shall act within ...”). Se også P.J.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat 2008 s. 117: “Articles 2, 3 and 4 set out in global terms the objectives of the Treaty and the means by which they are to be achieved”.

ikke finner et antall praktiske eksempler på at en fellesskapsinstitusjon har gått utenfor sin kompetanse i den forstand at den har gått utenfor rammen som formålene strekker opp.⁷⁹ Dette forandrer imidlertid ikke den rettslige konsekvensen av de overordnede formålene i så måte. I og med at rammen er så bred, vil denne forpliktelsen ikke bli viet særlig plass i drøftelsen nedenfor av betydningen av forpliktelsene for de enkelte fellesskapsinstitusjonene.

5.2.2 Plikten til å søke en balanse mellom formålene

Plikten til å søke en balanse mellom formålene fremgår også av traktatens ordlyd (art. 2 angir ikke ett formål eller at man kan velge blant formålene) og støttes av EF-domstolens søken etter balanse i sine avgjørelser, hvor domstolen også selv sier at balanse må søkes.⁸⁰ Det at bærekraftig utvikling er et overordnet formål i fellesskapsretten, styrker også argumentet om at de overordnede formål innebærer en plikt til å søke en balanse mellom dem. Det er tilstrekkelig å anerkjenne bærekraftig utvikling som et av de overordnede formål, uten å gå inn i dets status i forhold til de andre formålene. Balanse er nemlig kjernen i konseptet bærekraftig utvikling slik det er forstått bl.a. i EU, og slik art. 6 EF krever at det skal operasjonaliseres.⁸¹ Bærekraftig utvikling som overordnet fellesskapsrettslig formål, og som art. 6 EF eksplisitt oppstiller som målet for integreringen av miljøbeskyttelseskrav regelen krever, stiller også krav til hvordan balanseringen skal skje, på to nært beslektede måter. For det første setter det globale naturmiljøets bæreevne grensene som balanseringen må skje innenfor,⁸² og for det andre innebærer det i praksis, hensett til føre var-prinsippet,⁸³ at miljøbeskyttelse kan måtte prioriteres høyest i en rekke tilfeller, også der det ikke umiddelbart er opplagt at det globale naturmiljøets bæreevne er i fare i den enkelte aktuelle sak.⁸⁴

5.2.3 Plikten til å handle for å realisere formålene

Igjen kan det vises både til de sentrale traktatbestemmelser ordlyd og selve det fellesskapsrettslige system til støtte for å oppstille en handleplikt.⁸⁵ EF-domstolens praksis gir også støtte for oppstilling av en slik plikt, med gjentatte henvisninger til art. 2 som bestemmelsen som oppstiller Fellesskapets oppgaver.⁸⁶ Oppgaver er pr definisjon ment å

⁷⁸ Som fastslår at fellesskapsinstitusjonene “udøver deres beføjelser under de betingelser og med de mål for øje, som er fastsat” i traktatene.

⁷⁹ Vi har faktisk eksempler på det motsatte, at en fellesskapsinstitusjons kompetanse i følge EF-domstolen har vært videre enn tidligere alminnelig antatt, under henvisning til de overordnede formål, se *Commission v. Council (criminal penalties)*, Case C-176/03 og *Commission v. Council*, Case C-440/05 [sett inn dansk ref.].

⁸⁰ At man kan være uenig i godheten av EF-domstolens resultater i så måte, forhindrer ikke at man anerkjenner domstolens søken etter balanse. Se videre B. Sjøfjell 2009 kap. 10.1.3.4 og kap. xx.

⁸¹ Se nærmere *ibid.* kap. 10.x.

⁸² Se C. Voigt 2009 s. 40–41.

⁸³ Se nærmere om dette prinsippet J. Scott 2004.

⁸⁴ Se nærmere B. Sjøfjell 2009 kap. 10.9.3. En slik tankegang finnes det faktisk en viss støtte for i EF-domstolens praksis.

⁸⁵ Se nærmere *ibid.* kap. 10.1.3.5.

⁸⁶ Se også E. Grabitz and M. Hilf 1990– [løsblad] EGV Art. 2 s. 2–3, som karakteriserer Fellesskapet som et formålsorientert handlingssystem (“ein zielorientiertes Handlungssystem”) som er særlig karakterisert ved formålsfokus og målforpliktelse (“zeichnet sich durch besondere Zielbezogenheit und Zielverpflichtetheit an”).

utføres. Muligheten til å anlegge passivitetssøksmål mot en fellesskapsinstitusjon, som i slikt tilfelle kan bli dømt til å handle,⁸⁷ underbygger at det foreligger en slik generell handlingsplikt.

En slik forpliktelse må selvfølgelig forstås innenfor visse praktiske rammer mht. for eksempel de økonomiske ressurser som er tilgjengelig til enhver tid. På generelt plan kan denne forpliktelsen bare oppstilles på en ganske abstrakt måte. Dette bidrar sannsynligvis også til å forklare mangelen på rettspraksis om plikten.⁸⁸ Plikten kan kun diskuteres på et konkret plan i en bestemt setting, og vi går derfor videre til den fjerde plikttypen.

5.2.4 En spesifikk plikt til spesifikke handlinger

Dette er det mest kontroversielle punktet, som likevel fremstår som en klart logisk og nødvendig konsekvens av det rettslige grunnlaget: Under gitte omstendigheter vil det foreligge en plikt til å utføre spesifikke handlinger for å realisere formålene. De gitte omstendigheter som jeg har sett nærmere på dette innenfor er knyttet til selskapers rolle i samfunnets oppnåelse av en bærekraftig utvikling. Hvis vi innenfor det området er enige om følgende forutsetninger: for det første at vi har langt igjen til en bærekraftig utvikling er oppnådd, for det andre, at vi trenger næringslivet med på laget for å få det til, og for det tredje, at næringslivets frivillige bidrag ikke er tilstrekkelig, da gir det grunnlag for følgende konklusjon: Traktatretten krever at Fellesskapet først identifiserer de nødvendige skritt for å integrere formålet om bærekraftig utvikling i beslutningsprosessene i selskaper, og for det andre, å iverksette slike skritt. Med andre ord: en spesifikk handleplikt kan, under gitte omstendigheter, utledes fra de overordnede formål og integreringsregelen.⁸⁹

5.3 Betydningen for de enkelte institusjonsnivåene

5.3.1 Fellesskapslovgiver: Rådet, Kommisjonen og Parlamentet

Fellesskapslovgiver må som nevnt handle “inden for rammerne af de beføjelser og mål, der er tillagt det ved denne traktat”.⁹⁰ De overordnede mål er imidlertid så brede, at det sjeldent vil være til hinder for nye fellesskapsrettslige initiativ.⁹¹ Av spesiell interesse for miljødimensjonen av målet om bærekraftig utvikling, er det som har skjedd den andre veien: nemlig at miljøbeskyttelsesmålet og integreringsregelen har ført til at EF-domstolen har

Videre H.v.d. Groeben and J. Schwarze 2003 s. 600 som uttrykkelig sier at art. 2 EF oppstiller en plikt (‘Pflicht’) for fellesskapsinstitusjonene til å arbeide mot i størst mulig grad å få til en balansert oppnåelse av de forskjellige formålene i art. 2: “die verschiedenen Ziele abzustimmen, im weitesten Umfang zu verwirklichen und miteinander in Einklang zu bringen” (min kursivering).

⁸⁷ Se art. 232(1) og art 233 EF.

⁸⁸ Se nærmere B. Sjøfjell 2009 s. xx om noen få saker hvor dette er indirekte berørt.

⁸⁹ Se nærmere B. Sjøfjell, ‘Internalizing Externalities in EU Law: Why Neither Corporate Governance nor Corporate Social Responsibility Provides the Answers’ (Under publisering i The George Washington International Law Review, årgang 40, nr. 4).

⁹⁰ Art. 5 EF.

⁹¹ En annen sak er arbeidsfordelingen mellom medlemslandene og Fellesskapet iht. subsidiaritetsprinsippet; det behandles ikke her. Se i stedet f.eks. [referanse].

fastslått at fellesskapslovgiver også kan gi sekundærlovgivningsbestemmelser innenfor strafferettens område, når det er nødvendig for å sørge for en effektiv miljøbeskyttelse.⁹² Videre at EF-domstolen har klargjort at integreringsregelen gjør at enhver traktathjemmel innenfor ethvert traktatkapittel også er en hjemmel til å gjennomføre miljøbeskyttelsestiltak.⁹³

Fellesskapslovgiver har også en plikt til å søke balanse i oppnåelsen av formålene og en handlingsplikt som under gitte omstendigheter kan være en plikt til spesifikk handling. Jeg vil ikke her søke å gi en uttømmende behandling av alle måter forpliktelsene for de institusjonene som utgjør fellesskapslovgiver kan realisere seg, men gjennom noen eksempler utdype disse forpliktelsene.

Rådet har en koordinerende funksjon i det fellesskapsrettslige system og er, for å “sikre *virkeleggørelsen af de i denne traktat opstillede mål*”,⁹⁴ tillagt beslutningsmyndighet og myndighet til å sørge for at Kommisjonen gjennomfører fellesskapsrettslige beslutninger i samsvar med institusjonenes retningslinjer.⁹⁵ Sett i sammenheng med de enkelte traktatreglene som hjemler Rådets rolle i lovgivningsprosessen i detalj, ser vi at Rådet er en sentral institusjon i så måte.⁹⁶ Kommisjonen har derimot forslagsretten – Rådet kan sjelden vedta rettsakter uten at Kommisjonen først har kommet med forslag. Kommisjonen skal altså, for å “sikre Fællesmarkedets funktion og udvikling”,⁹⁷ delta i den fellesskapsrettslige lovgivningsprosessen, gjennomføre fellesskapsrettslige vedtak og overvåke medlemslandenes gjennomføring av fellesskapsretten.⁹⁸ Europa-Parlamentet har gjennom en bemerkelsesverdig utvikling⁹⁹ fått en stadig større rolle i den fellesskapsrettslige lovgivningsprosessen,¹⁰⁰ og har i tillegg en generell kompetanse til å diskutere et hvilket som helst fellesskapsrelevant tema, å vedta resolusjoner derom og oppfordre medlemslandene til å handle.¹⁰¹

På alle de forskjellige nivåene vil plikten til å søke balanse og fremme bærekraftig utvikling være til stede. Dette er relevant for innfallsvinkel og bredde i det forberedende arbeid som gjøres i forbindelse med ny sekundærlovgivning. For å få til en virkelig integrering av miljødimensjonen av bærekraftig utvikling i sekundærlovgivningen vil det være spesielt viktig at dette tas med helt fra det første planleggingsstadiet. At dette er en del av plikten fremgår av ordlyden i art. 6 EF: integreringen skal skje i “udformningen og gennemførelsen” av policyer og tiltak. Integreringsregelen krever handling i den forstand at det må tas initiativ for å sørge for integrering av miljøbeskyttelse for å fremme bærekraftig utvikling i lovgivningsprosesser som settes i gang av andre grunner. For spesielt Kommisjonen som er direkte gitt kompetanse til å foreslå nye lovgivningsinitiativ,¹⁰² er det også en handlingsplikt til å gjøre nettopp det spesifikt for å fremme formålet om en

⁹² Se *Commission v. Council (criminal penalties)*, Case C-176/03 og *Commission v. Council*, Case C-440/05 se nærmere B. Sjøfjell 2009 s. xx.

⁹³ [Chernobyl I, Titanium Dioxide, se nærmere B. Sjøfjell 2009 kap. xx].

⁹⁴ Art. 202 EF, min kursivering.

⁹⁵ I tillegg til at Rådet skal “drage omsorg for samordningen af medlemsstaternes almindelige økonomiske politik”. Det lar jeg ligge i denne omgang.

⁹⁶ Se nærmere P.J.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat 2008 s. 184–185, F. Sejersted *et al.* 2004 s. 122 flg.

⁹⁷ Art. 211 EF, se nærmere [xx].

⁹⁸ Se nærmere om denne tredelingen av Kommisjonens hovedfunksjoner P.J.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat 2008 s. 193–199. Om overvåkningsdelen, se nedenfor pkt. 5.3.3.

⁹⁹ *ibid.* s. 207.

¹⁰⁰ Ikke minst gjennom medbestemmelsesprosedyren i art. 251 EF, se nærmere *ibid.* s. 207 flg.

¹⁰¹ *ibid.* s. 207, med henvisning til sak 230/81.

¹⁰² Jf. medbestemmelsesprosedyren i art. 251 og samarbeidsprosedyren i art 252 EF.

bærekraftig utvikling.¹⁰³ Med andre ord: det er ikke bare en plikt til å sørge for integreringen i lovgivningsprosesser som settes i gang av andre grunner, men det er en aktivitetsplikt – en plikt til å sette i gang nye prosesser.

Under gitte omstendigheter vil denne aktivitetsplikten også være en plikt til spesifikk handling: under de gitte omstendigheter som skissert over vil fellesskapslovgiver slik jeg ser det enten måtte sette i gang en prosess for å integrere miljøbeskyttelse og målet om en bærekraftig utvikling i den rettslige reguleringen av selskaper, eller finne en alternativ måte å oppnå det samme på. Status er ikke tilfredsstillende – utviklingen er ikke bærekraftig og selskapene gjør ikke nok for å bidra¹⁰⁴ – og da kan ikke det å fortsette på det samme sporet være rettslig holdbart i lys av en plikt til å fremme en bærekraftig utvikling.¹⁰⁵

Integreringsregelen gjelder selvfølgelig også fullt ut for institusjonene som kommer inn i lovgivningsprosessen etter at forslag er fremsatt,¹⁰⁶ dvs. både for Rådet, Parlamentet og for forliksutvalget¹⁰⁷ som har en sentral rolle etter den praktisk viktige medbestemmelsesprosedyren etter art. 251 EF. Det kan medføre at Parlamentet må forkaste et forslag som ikke er tilstrekkelig godt utredet.¹⁰⁸ Her aktualiseres spørsmålet om integreringsplikten er en prosessuell eller materiell plikt. Man kunne tenke seg at f.eks. Parlamentet skulle si seg fornøyd dersom det fremgikk av prosessen at integreringsplikten var vurdert. Linken mellom integreringsregelens henvisning til formålet om bærekraftig utvikling og formålets plassering blant de overordnede formål i spesielt art. 2 EF, tilsier imidlertid at det er en materiell plikt til å gjennomføre den integreringen som er nødvendig for å oppnå en bærekraftig utvikling. Fellesskapet er tillagt (bl.a.) oppnåelsen av en bærekraftig utvikling som en *oppgave*, jf. art. 2 EF. Vi ser bl.a. av den generelle kompetansebestemmelsen til Rådet (å “sikre *virkeligørelsen* af de i denne traktat opstillede mål”¹⁰⁹) at fellesskapsinstitusjonen er ment å gjøre det som er nødvendig, innenfor traktatsystemets rammer, til å oppnå formålene.

Har man først kommet til at det bør utformes et sett regler, vil miljøintegreringsplikten ha direkte relevans ved valg av innholdet og utforming av regelen. Gode konsekvensanalyse-systemer vil her være nødvendig.

Den første eksterne evalueringen av EUs konsekvensanalyse-system¹¹⁰ illustrerer hvor langt det er igjen til en virkelig oppfyllelse av integreringsregelen. Rapporten indikerer at det er et omfattende problem at konsekvensanalyser gjennomføres for å begrunne policy-valg som er gjort i begynnelsen av prosessen. Kvaliteten er generelt varierende og ofte

¹⁰³ Dette er også relevant for Parlamentets rett til å foreslå for Kommissjonen at den fremmer forslag til ny lovgivning, jf. art. 192(2), når det etter Parlamentets oppfatning kreves “*udarbejdelse af en fællesskabsretsakt til gennemførelse af denne traktat*” (min kursivering).

¹⁰⁴ Når det gjelder det høyaktuelle temaet klimagassreduksjoner har FNs klimapanel uttalt følgende når det gjelder selskapenes bidrag: “Even though a broad range of cost-effective GHG mitigation technologies exist, a variety of [...] barriers prevent their full realisation in both developed and developing countries”, Bernstein, IPCC (2007).

¹⁰⁵ Andre eksempler kan selvfølgelig finnes på andre områder – den rettslige reguleringen av selskaper er brukt som eksempel dels fordi det er et viktig (og ofte oversett) område og fordi det er det området jeg kjenner fra egen forskning.

¹⁰⁶ Se nærmere art. 251 og 252 EF.

¹⁰⁷ Satt sammen av representanter for Rådet og Parlamentet, hvor Kommissjonen også skal bidra, jfr. art. 251(4).

¹⁰⁸ Jf. art. 251(2).

¹⁰⁹ Art. 202 EF, min kursivering.

¹¹⁰ Lansert i 2003 som et ledd i oppfølgingen av miljøintegreringen for å fremme bærekraftig utvikling, se nærmere xx.

utilfredsstillende.¹¹¹ Når det ikke gjennomføres ordentlig, kan virkningen av integreringsregelen bli det motsatte av intensjonen, nemlig at miljøhensyn underordnes økonomiske interesser og at miljøproblemer i verste fall forverres.¹¹² Det er ingen tvil om at det er langt igjen før en virkelig integrering i alle sektorer er en realitet.¹¹³ Noen spor finnes imidlertid,¹¹⁴ og generelt er det nok en økende oppmerksomhet som vi ikke bare ser i policy-dokumenter fra Det europeiske råd,¹¹⁵ men også i sekundærlovgivningen.¹¹⁶

Den normative nødvendigheten av å få oss inn på en bærekraftig kurs, i stedet for dagens, underbygger en slutning om at pliktene utledet av spesielt art. 2 og 6 EF er materielle plikter og at de må følges opp på en annen og mer helhetlig måte enn i dag. Det innebærer at hver institusjon, ved utføringen av enhver oppgave tillagt institusjonen etter traktaten, selvstendig må undersøke om integreringsplikten er oppfylt og om tilstrekkelig er gjort for å fremme en bærekraftig utvikling. Dette er utvilsomt krevende. I noen tilfeller vil en slik runde kunne føre til at hele tanken om sekundærlovgivning må revurderes.¹¹⁷ Riktig gjennomført ville denne integreringen kunne forhindre flere “path dependency”-resultater,¹¹⁸ og kanskje – i en periode – ført til færre sekundærlovgivningsforslag og flere prinsipielle diskusjoner, og bedre utredninger. Å måtte integrere miljøbeskyttelse med det formål å oppnå en bærekraftig utvikling vil nærmest nødvendigvis måtte føre til mer helhetstenkning og dypere analyser.

Det ligger i EØS-avtalens natur at vi ikke har en egen lovgiverinstitusjon på EFTA-siden. EFTA-medlemmene har gjennom EØS-komiteen likevel en viss, beskjeden mulighet til å gi innspill til Kommisjonens lovgivningsforslag.¹¹⁹ I den grad dette benyttes er EØS-komiteen, som skal “sikre en effektiv gjennomføring av denne avtale og se til at avtalen virker”,¹²⁰ forpliktet til å følge integreringsregelen. Dette gjelder også for EFTAs overvåkingorgan (ESA) når ESA benytter adgangen til å gi ikke-bindende rettsakter.¹²¹

¹¹¹ [ref xx]

¹¹² P. Sands 2003 s. 9.

¹¹³ Se L. Krämer 2007 s. 396–400 og s. 402–410. N. Dhondt 2003 s. 479–480 konkluderer at selv om man kan finne noen spor av integreringsforsøk, så har ikke skjedd en virkelig internalisering av miljøkostnader.

¹¹⁴ F.eks. i direktivene om offentlige anskaffelser som ble endret etter Concordia Bus-avgjørelsen, se i pkt 5.3.2 nedenfor.

¹¹⁵ Se over pkt xx.

¹¹⁶ Se en rekke eksempler i B. Sjøfjell 2009 kap. 10.7.1 fotnote 237 og kap. 10.7.4 fotnote 266, og hos N. Dhondt 2003 s. 484. Et Eurolex-søk pr 22.10.2007 på “bærekraftig utvikling” (begrenset til vedtak i kraft) gav 270 treff i sekundærlovgivningen i forskjellige sektorer. Dette sier selvfølgelig ingenting om nivået eller kvaliteten på integreringen, men det indikerer et visst fokus på bærekraftig utvikling.

¹¹⁷ Slik jeg argumenterer for at det burde ha vært gjort når det gjelder takeover-direktivet. Bidrar det til målet om bærekraftig utvikling om man stimulerer et marked for selskapskontroll? Det er grunn til å frykte at dette ikke en gang fremmer den økonomiske dimensjonen av bærekraftig utvikling, se B. Sjøfjell 2009 kap. xx. Det interessante er jo at det også ville ha medført at teorien om markedet for selskapskontroll ville ha blitt gransket ut fra bidraget til økonomisk utvikling, altså som bidrag til rammevilkårene for det europeiske næringsliv, og ville ha blitt stoppet allerede da.

¹¹⁸ Se B. Sjøfjell 2008 *Yearbook of European Law* om kritikk av takeover-direktivet som et “path dependent” resultat.

¹¹⁹ Som skal sendes EFTA-statene, se nærmere art. 99 EØS.

¹²⁰ Art. 92(1). EØS-komiteen består av “representanter for avtalepartene”, art. 93(1) EØS, se nærmere F. Sejersted *et al.* 2004 s. 141 og 179 flg.

¹²¹ Anbefalinger, uttalelser, meldinger og retningslinjer, jf ODA art. 5(2), se *ibid.* s. 145. Se nærmere om ESA nedenfor under pkt. 5.3.3.

5.3.2 Domstolene: EF-domstolen og “lillesøsteren” EFTA-domstolen

EF-domstolen er fellesskapsrettens vokter.¹²² Domstolen skal gjennom bruk av sin kompetanse til å avgjøre traktatbruddssaker mot medlemslandene, søksmål om ugyldighet av fellesskapsrettslige rettsakter, passivitetssøksmål mot andre fellesskapsinstitusjoner og prejudisielle avgjørelser¹²³ både selv følge integreringsregelens påbud om miljøintegrering for å fremme bærekraftig utvikling, og påse at fellesskapsinstitusjonene (og medlemslandene, så langt det er relevant)¹²⁴ gjør det samme.

Domstolen har vist i sin praksis, gjennom sin dynamiske, kontekstuelle og teleologiske metode, vist at den tar traktatens formål på alvor. De overordnede mål setter en ramme for fellesskapsretten¹²⁵ og det er et fellesskapsrettslig krav om balanse.¹²⁶ Når det gjelder miljøbeskyttelse som fellesskapsrettslig formål, har EF-domstolen vært en pådriver, og brukt formålet også før det ble inntatt i art. 2 EF. Integreringsregelen som vi nå har i art. 6 EF har blitt fremhevet og benyttet en rekke ganger av domstolen, også før den ble forsterket og flyttet frem til prinsippkapitlet i EF-traktaten. Det overordnede miljøbeskyttelsesformålet og integreringsregelen er en viktig del av begrunnelsen i saken hvor domstolen utvidet rammen for fellesskapsretten (sammenlignet med hva man frem til da hadde trodd var grensen), ved å erklære at fellesskapslovgiver har kompetanse til å innta krav om strafferettslige sanksjoner i sekundærlovgivningen, der det er nødvendig for å oppnå en effektiv miljøbeskyttelse.¹²⁷ I sin søken etter balanse mellom de overordnede formålene, har domstolen en rekke ganger, under henvisning bl.a. til integreringsregelen, vist at miljøbeskyttelsesformålet kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelse.¹²⁸

Integreringsregelens potensial er vist tydelig gjennom avgjørelser som klargjør at enhver kompetanseshjemmel i traktaten også er en miljøbeskyttelseshjemmel.¹²⁹

Domstolen har også vist at den er villig til å vurdere spørsmålet om de andre fellesskapsinstitusjonene har misligholdt sin generelle plikt til å fremme de overordnede formål.¹³⁰ Her er det en link til medlemslandenes plikt til – i visse tilfeller – å iverksette tiltak for å fremme formålene dersom fellesskapsinstitusjonene ikke har gjort det.

Det som mangler fra EF-domstolens side er større bevissthet om hva målet om bærekraftig utvikling, jf. art. 6, medfører mht. plikt til å integrere miljøbeskyttelse på alle fellesskapsrettslige områder – også de der man tradisjonelt ikke tenker på behovet for miljøvernsbestemmelser. *Concordia Bus* er dog et eksempel på at man er på rett vei, ved at domstolen på et tradisjonelt økonomisk område under henvisning til integreringsregelen har løftet frem miljøbeskyttelse og indirekte initiert endring av den aktuelle sekundærlovgivningen.¹³¹

¹²² Jf. art. 220 EF, se nærmere xx.

¹²³ Hhv. art. 226, 230, 232 og 234 EF.

¹²⁴ Se nedenfor spesielt pkt. 6.2.

¹²⁵ Ved å avvise spørsmål som ligger utenfor fellesskapsretten etter en tolkning av art. 2 EF, ref. xx.

¹²⁶ Se oversikt over rettspraksis hos B. Sjøfjell 2009 kap. xx.

¹²⁷ [Sett inn referanser]

¹²⁸ [Se nærmere nedenfor pkt. xx]

¹²⁹ Ref. til Chernobyl I og Titanium Dioxide, se nærmere B. Sjøfjell 2009 kap. xx.

¹³⁰ Se nærmere ibid. 1 kap. 10.1.3.5.

¹³¹ Se *Concordia Bus Finland*, Case C-513/99 [sett inn ref. til de endrede direktivene]

Dersom saker bringes inn tidssnok, kan – og skal – sekundærlovgivningen settes til side dersom integreringsregelen ikke er fulgt.¹³² Dvs. dersom integrering av miljøbeskyttelseskrav ikke er vurdert og gjennomført der det er nødvendig for å fremme en bærekraftig utvikling. Spesifikt innebærer dette at sekundærlovgivning kan settes til side som stridende mot spesielt art. 6 EF, enten – og enklest – fordi miljøintegreringsplikten overhodet ikke er vurdert,¹³³ eller – og vanskeligst, unntatt der det er svært opplagte brudd – der miljøintegreringsplikten er vurdert, men hvor selve integreringen materielt sett ikke er riktig gjennomført.¹³⁴ Der hvor domstolen ikke vil eller kan sette sekundærlovgivning til side (f.eks. der hvor fristen er utløpt før domstolen får dette til vurdering) vil integreringsregelen og plikten til å søke balanse mellom de relevante formål ha betydning som traktatbaserte prinsipper som sekundærlovgivningen skal fortolkes i samsvar med, som fortolkningshjelp i valget mellom fortolkningsalternativer og som retningslinjer for det skjønnet/diskresjonen som er gitt fellesskapsinstitusjonene og medlemslandene i forskjellige sammenhenger.

EFTA-domstolen er opprettet av EFTA-medlemmene i EØS-avtalen som et ledd i oppfyllelsen av forpliktelsene iht. EØS-avtalen, med formål å sørge for “å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i nevnte avtale”.¹³⁵ Når vi har kommet frem til at bærekraftig utvikling er et europarettlig formål, prinsipp og regel, gjelder det i utgangspunktet på samme måte for EFTA-domstolen som for EF-domstolen. EFTA-domstolen er imidlertid i et visst underordningsforhold til EF-domstolen, noe som kan gjøre det vanskelig for EFTA-domstolen å gå foran, dersom f.eks. EF-domstolen har avgjort en parallell sak uten å følge miljøintegreringsplikten. Dersom EFTA-domstolen ser (eller blir gjort oppmerksom på) integreringsplikten, vil den dog kunne forsvare å fravike EF-domstolens praksis nettopp ut fra homogenitetsmålsetningen, med den begrunnelse at EF-domstolen her må antas å ville endre sin praksis.¹³⁶ Dette er tenkelig dersom den aktuelle avgjørelsen fra EF-domstolen skyldes at EF-domstolen ikke har sett at integreringsregelen av aktuell (og ventes å anvende den hvis den blir påberopt ved neste anledning). Vanskeligere blir det dersom EF-domstolen har sett den, men ment at den ikke var anvendelig i det gitte tilfelle.¹³⁷

Fellesskapsinstitusjonene som har kompetanse til å bringe sak inn for EF-domstolen må selvfølgelig ha som en del av sitt mandat å sikre etterlevelsen av integreringsregelen i art. 6 EF.¹³⁸ Dette bringer oss over til neste delkapittel.

¹³² Fristen er iht. art. 232[?] EF to måneder.

¹³³ Slik situasjonen er når det gjelder takeoverdirektivet, se B. Sjøfjell 2009 del xx og spesielt kap. xx.

¹³⁴ [Referanser til diskusjonen av dette]

¹³⁵ “og å nå frem til lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltagere med hensyn til de fire friheter og konkurransevilkårene”, ODA-avtalens fortale.

¹³⁶ O.-A. Rognstad 2001 *Tidsskrift for Rettsvitenskap* s. 454–455 som i slike situasjoner (og kun da) anbefaler at EFTA-domstolen går foran.

¹³⁷ *ibid.* s. 455 mener at EFTA-domstolen ikke kan være “førende domstolsorgan”. Rognstads utgangspunkt for denne slutningen er imidlertid at EFTA-domstolen ikke har som “oppgave å drive integrasjonspolitik i seg selv”. Å anvende miljøintegreringsregelen vil ikke nødvendigvis ha noen link til en “stadig snævrere sammenslutning mellom de europeiske folk”, som er den type integrasjonspolitik Rognstad sikter til.

¹³⁸ Se nærmere nedenfor under pkt. 5.3.3.

5.3.3 Overvåkningsorganene: Kommisjonen og ESA

Pliktene jeg har utledet er av direkte relevans for kontrollfunksjonen som EU-Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har etter hhv. EF-traktaten og EØS-avtalen. Kommisjonen har en rekke forpliktelser og en vid kompetanse etter EF-traktaten,¹³⁹ hvor bærekraftig utvikling som formål, prinsipp og regel vil ha betydning. Vi skal her fokusere på Kommisjonens kontrollfunksjon iht art. 211(1) EF, hvorefter Kommisjonen, for å sikre “Fællesmarkedets funktion og udvikling” skal “drage omsorg for gennemførelsen af de i denne traktat indeholdte bestemmelser og af de bestemmelser, som med hjemmel i denne træffes af institutionerne”. På tilsvarende skal ESA sørge for oppfyllelse av forpliktelsene etter EØS-avtalen,¹⁴⁰ og med det til formål, skal Kommisjonen og ESA samarbeide tett.¹⁴¹

[Denne delen skal bygges ut litt, ved at jeg kort vil gjøre rede for hvordan Kommisjonen og ESA skal føre kontroll for å sikre etterlevelsen av traktaten/avtalen, dvs. deres plikt til det, og så konkret som mulig hvordan integreringsregelen kommer inn.]

I praksis har Kommisjonen ofte vært saksøker der hvor EF-domstolen har fastslått at miljøbeskyttelse og integreringsregelen kan begrunne medlemslandenes restriksjoner på den frie bevegelse og har slik sett ikke vært en pådriver for å løfte frem miljødimensjonen av bærekraftig utvikling. På den annen side har Kommisjonen tatt medlemsland for retten en rekke ganger der hvor Kommisjonen har ment at medlemsland ikke har vært miljøbeskyttende nok i implementeringen av sekundærlovgivningen innenfor miljørettsområdet.¹⁴² [Si noe om ESAs “track record” på det området?]

6 Den rettslige betydningen for medlemslandene

6.1 Utgangspunktet

Jeg vil her analysere hva konklusjonene når det gjelder betydningen av bærekraftig utvikling som europarettlig formål, prinsipp og regel for EU/EØS-institusjonene medfører av rettigheter og plikter for de tretti medlemslandene i EØS-området. Utgangspunktet er at EF-domstolen har fastslått at formålene i art. 2 EF, i seg selv, isolert sett, verken kan medføre rettslige forpliktelser for medlemslandene eller rettigheter for individer.¹⁴³ Likeledes er det klart at art. 6 EF og den tilsvarende bestemmelsen i EØS-avtalen ikke direkte retter seg mot medlemslandene. Imidlertid bør det være like klart at forpliktelser for fællesskapsinstitusjonene og EFTA-institusjonene indirekte kan medføre både plikter og rettigheter for de 30 medlemslandene. Omfanget av slike plikter og rettigheter er tema for dette kapitlet. Dette inkluderer en drøftelse av for det første en plikt til bruk ved tolkning,

¹³⁹ Se nærmere P.J.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat 2008 s. 193 flg.

¹⁴⁰ Art. 109 EØS og art. 5 ODA.

¹⁴¹ Og gjør det visst også, F. Sejersted *et al.* 2004 s. xx.

¹⁴² Se en redegjørelse for en del av disse sakene, B. Sjøfjell 2009 kap. xx.

¹⁴³ *Giménez Zaera*, Case 126/86 premiss 10 og 11. Se også *Alsthom Atlantique*, Case C-339/89 premiss 8–9, *Sloman Neptun*, Case Joined cases C-72/91 and C-73/91 para. 28 og *Gregorio My v. Office national des pensions (ONP)*, Case C-293/03 para. 29. Tilsvarende om art. 3 EF, *Echirolles Distribution*, Case C-9/99 premiss 24 og 25. Se også *Compagnie Commerciale de l'Ouest*, Case Joined cases C-78/90, C-79/90, C-80/90, C-81/90, C-82/90 and C-83/90 premiss 18: ‘It follows that [Article 3] cannot be applied independently from the specific provisions of the Treaty which govern the matter at issue’.

gjennomføring og anvendelse av alle EU/EØS-regler, for det andre medlemslandenes stilling dersom integreringsplikten er misligholdt på EU/[EØS]-nivå, for det tredje bruken som begrunnelse for restriksjoner som dermed har konsekvenser for et rettslig handlingsrom for medlemslandene, for det fjerde spørsmål om en handlingsplikt for medlemslandene iht. art. 10 EF og art. 3 EØS, og for det femte om det er en (fremvoksende) plikt for medlemslandene aktivt å bidra til bærekraftig utvikling ved integrering iht prinsippet som er kodifisert i art. 6 EF, også utenfor europarettens område.

Lojalitets- og samarbeidsplikten i art. 10 EF og art. 3 EØS er en viktig del av grunnlaget for utlegningen av plikter for medlemslandene basert på europarettlige overordnede formål og prinsipper og traktatens prinsippbaserte regler, utover det som følger snevert og direkte av traktatens/avtalens og sekundærlovgivningens nærmere bestemmelser. Allerede på 1970-tallet utledet EF-domstolen plikter for medlemslandene fra art. 10(2) EF.¹⁴⁴ Det er viktig å merke seg at art. 10 EF viser til “virkeliggjørelsen af denne traktats målsætning”,¹⁴⁵ noe som innebærer at medlemslandenes forpliktelser kan og vil utvikles i takt med utviklingen av omfanget og den rettslige betydningen av traktatens overordnede formål.¹⁴⁶ Virkningen av art. 3 EØS vil ikke samsvare fullt ut med art. 10 EF, da sistnevnte bl.a. er grunnlaget for den fellesskapsrettslige lære om direktivers direkte virkning, som ikke er en del av EØS-retten. I vår kontekst vil virkningen av art. 3 EØS for de tre EFTA-medlemmene jevnt over være det samme som av art. 10 EF for EU-medlemslandene.¹⁴⁷ Evt. forskjeller vil bli redegjort for i diskusjonen nedenfor.

I utgangspunktet gjelder alle forpliktelser (og rettigheter) for alle medlemslandenes institusjoner: lovgiver, forvaltnings- og tilsynsmyndigheter og domstoler, men det vil variere fra institusjon til institusjon hvilken plikt som er mest praktisk å diskutere. Jeg vil søke å ta de mest praktiske eksemplene for hver, men det må ikke tolkes antitetisk.

6.2 Betydning ved tolkning, gjennomføring og anvendelse av alle EU/EØS-regler

Dette temaet kan diskuteres som et spørsmål om implementering av sekundærlovgivningen, men det er også av betydning for fortolkningen av medlemslandenes forpliktelser utledet direkte av traktatreglene.

Mitt utgangspunkt er at sekundærlovgivningen skal fortolkes i lys av traktaten, som er ment å forstås som et koherent system.¹⁴⁸ Dette kan sies å være et grunnleggende fellesskapsrettslig (og EØS-rettslig) prinsipp – som har sitt grunnlag bl.a. i samarbeids- og lojalitetsprinsippet basert på art. 10 EF, og tilsvarende i art. 3 EØS.¹⁴⁹ Det støttes også av konklusjonene i min forskning vedrørende betydningen av EU-rettens overordnede formål. Hver sektor har som sin bidragende rolle å sikre en balanse mellom sektorformålene og de

¹⁴⁴ Daværende art. 5 EF. Se P.J.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat 2008 s. 424, og se en gjennomgang av rettspraksis og forpliktelsene som utledes hos J. Temple Lang 2007-2008 *Fordham International Law Journal*.

¹⁴⁵ Tilsvarende art. 3 EØS: “virkeliggjøringen av denne avtales mål”.

¹⁴⁶ Slik P.J.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat 2008s. 153.

¹⁴⁷ [Muligens annerledes hos Sejersted, se nærmere på dette.]

¹⁴⁸ See e.g. the Court's reasoning in *Albany*.

¹⁴⁹ Se J. Temple Lang 2007-2008 *Fordham International Law Journal* s. 1483 som omtaler dette som en av de “profoundly important constitutional principles of Community law” som art. 10 har gitt utspring til.

overordnede formålene, og å sikre at tiltak innenfor hver sektor bidrar til og i hvert fall ikke motarbeider oppnåelsen av de generelle formålene.

Dette betyr at medlemslandene har rett og plikt til å bruke prinsippet om bærekraftig utvikling som en retningslinje i sin tolkning, implementering og anvendelse av fellesskapsretten. Det kan hevdes at å tillate og til og med pålegge medlemslandene å tolke europarettlige forpliktelser, f.eks. et stykke sekundærlovgivning, i lys av integreringsregelen også der fellesskapsinstitusjonen ikke eksplisitt har gjort det, ville kunne åpne for forskjellige tolkningsresultater (alt avhengig av om og hvor sterkt det enkelte medlemsland gjennomfører integreringsregelen i sin tolkning, implementering og anvendelse av sekundærlovgivningen) og at dette ville være i strid med målet om en enhetlig europarett.¹⁵⁰ Men forskjellige tolkningsresultater vil vi kunne få (og får vi) ellers også – for hvis de ikke anvender målet om en bærekraftig utvikling som retningslinje, vil de jo da i stedet fort anvende hele floraen av nasjonale politikker som retningslinjer. I den grad forskjellig tolkning i det hele tatt er et argument, kan det også mot det sies at det kun vil være slik i en overgangsperiode, inntil fellesskapsinstitusjonene lærer å oppfylle sine forpliktelser mht. bærekraftig utvikling som overordnet tolkningsfaktor og retningslinje iht. integrasjonsregelen i art. 6 EF (som institusjonene fortære vil gjøre dersom noen medlemsland er i forkant). Over tid burde også det at det fokuseres på Fellesskapets overordnede formål føre til mer integrasjon og mer homogenitet, ikke mindre. Det er derfor egentlig ingen motsetning. Slik har det jo også vært og til dels fortsatt er i andre EU-rettslige områder: for å gjennomføre traktatreglene slik de fortolkes av domstolen, må man tåle disharmoni ved at de enkelte medlemsland og de enkelte fellesskapsinstitusjoners forståelse av reglene utfordres og ny vei brøytes.

Hvis fellesskapsinstitusjonene ikke eksplisitt har oppfylt sin forpliktelse iht. integreringsregelen, kan det spørres hvorfor medlemslandene da skulle være forpliktet til å gjøre det. Det er imidlertid nettopp poenget med lojalitetsprinsippet – hver og en fellesskapsinstitusjon og hvert og et medlemsland må gjøre det de kan for å realisere oppfyllelsen av Fellesskapets oppgaver (art. 2 EF) og avstå fra å gjøre noe som kan skade oppnåelsen av traktatformålene (en annen måte å si det samme på). Tilsvarende er uttrykt i art. 3 EØS: medlemslandene skal gjøre det de kan for å lette samarbeidet (som har som mål å få til en enhetlig og dynamisk gjennomføring av fellesskapsretten, med de samme overordnede formål som fellesskapsretten har) og de skal avstå fra å gjøre noe som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare (som igjen er en annen måte å si det samme på). Lojalitetsprinsippet krever samarbeid, men det krever også at svikt hos en av partene ikke kan brukes til å rettferdiggjøre svikt hos en annen av partene. Dette har primært vært sagt om forholdet mellom medlemslandene, men det samme må kunne sies å gjelde mellom medlemslandene og fellesskapsinstitusjonene. EF-domstolen har brukt art. 10 EF som grunnlag for å utvikle en rekke grunnleggende konstitusjonelle prinsipper og et finmasket nett av handlings-, samarbeids- og lojalitetsforpliktelser for både medlemslandene og fellesskapsinstitusjonene.¹⁵¹ Selv om denne samarbeidsforpliktelsen opprinnelig har vært definert slik at medlemsland kan ansees for å ha brutt fellesskapsretten hvis det var under en tilstrekkelig klar og presis forpliktelse til å gjøre noe og ikke gjorde det, har den utviklet seg til å bli en mer generell forpliktelse etter hvert som EF-domstolen har utvidet sin fortolkning

¹⁵⁰ Jf. EF-traktatens fortale: “en stadig snævrere sammenslutning” og EØS-avtalens homogenitetsmålsetning.

¹⁵¹ Se J. Temple Lang 2007-2008 *Fordham International Law Journal*.

av art. 10.¹⁵² Slik det fremgår direkte av bestemmelsene, er ikke lojaliteten til fellesskapsinstitusjonene, men til traktaten (hhv. til avtalen) og til de overordnede formålene.

Oppsummert må medlemslandenes institusjoner så langt som mulig tolke den nasjonale retten i lys av sekundærlovgivningens formål og ordlyd, og mer generelt på en måte som er i samsvar med de fellesskapsrettslige krav.¹⁵³ Videre innebærer selve traktatsystemet at medlemslandenes institusjoner må fortolke og anvende sekundærlovgivningen i lys av formål og forpliktelser iht. traktaten. Selv om dette ofte har vært sagt i saker vedrørende de fire friheter, er det ingen grunn til å gjøre forskjell og ikke anvende det samme prinsippet på andre traktatforpliktelser som er ment å fremme det samme formålet. Medlemslandene har derfor både rett og plikt til å implementere, fortolke og anvende fellesskapsreglene i lys av traktaten. Nærmere bestemt er det rettslig grunnlag for å oppstille en rett og en plikt til å handle i samsvar med integreringsprinsippet så langt det er mulig innenfor rammene av traktaten for øvrig og av sekundærlovgivningen.

For de nasjonale lovgiverne innebærer dette at de generelle traktatreglene og sekundærlovgivningen må implementeres på en mest mulig miljøvennlig måte – på den måten som best vil fremme oppnåelsen av en bærekraftig utvikling. For alle medlemslandenes myndigheter (på statlig og lokalt nivå) følger det av traktaten, og for EFTA-landene av avtalen, at nasjonal rett må tolkes i samsvar med europaretten, som igjen må forstås på den måten som er best mulig i samsvar med integreringsregelen – også der fellesskapsinstitusjonene ikke eksplisitt har forholdt seg til regelen. Dette gjelder tilsvarende for forvaltningsmyndighetenes gjennomføring av regler (enten i form av forskrifter eller enkeltvedtak) og nasjonale tilsynsmyndigheters kontroll i lys av europaretslige regler.

De nasjonale domstolene er, som kjent, alle – innenfor sine kompetanseområder – fellesskapsdomstoler, med plikt og rett til å anvende alle europaretslige regler som er relevant i den enkelte sak, uavhengig av om partene i saken har påberopt de europaretslige reglene.¹⁵⁴ Selv om individenes stilling ligger utenfor tema for denne artikkelen, kan det nevnes at integreringsregelen også vil ha betydning for deres rettsposisjoner, ved at de kan påberope seg den for domstolene.¹⁵⁵

6.3 Når fellesskapsinstitusjonene har misligholdt integreringsplikten

Hva når tolkning i samsvar med traktatreglene, inkludert integreringsplikten, ikke strekker til? Ideelt sett bør et EU-medlemsland bringe sekundærlovgivning inn for EF-domstolen innenfor to måneders-fristen, hvis integreringsplikten er brutt.¹⁵⁶ Dette kan imidlertid neppe oppstilles som en plikt, da det potensielt ville kunne medføre at medlemslandene var ansvarlige hvis de ikke så den manglende overholdelsen av integreringsprinsippet før det var for sent.

¹⁵² K. Lenaerts and P. Van Nuffel 2005 p. 117 og J. Temple Lang 2007-2008 *Fordham International Law Journal*.

¹⁵³ K. Lenaerts and P. Van Nuffel 2005 p. 119, med referanse til en linje saker fra *Marleasing*, Case C-106/89 premiss 8, vedrørende fortolkning av nasjonal rett i lys av ordlyden og formålet til det angjeldende direktiv.

¹⁵⁴ Med utgangspunkt i art. 10 EF, se J. Temple Lang 2007-2008 *Fordham International Law Journal* s. 1532 og s. 1507. Se også [Anne Robberstad, LoR-artikkel om EØS-rettslig veiledningsplikt.]

¹⁵⁵ [Sett inn eksempel.]

¹⁵⁶ Jf. art. 230–231 EF om domstolens kompetanse til å sette til side rettsakter som innklages for domstolen med påstand om “overtrædelse af denne traktat”.

Muligens kan det argumenteres for at det er en plikt, og i hvert fall på normativt grunnlag, for et medlemsland å nekte å anvende sekundærlovgivning eller annen fellesskapsregel der hvor det vil stride mot integreringsregelen og formålet om en bærekraftig utvikling. I hvert fall er dette en rett for ethvert medlemsland. Dette vil lede til konflikt, men i konflikt ligger muligheten for forandring – for en positiv utvikling.

De tre EFTA-medlemmene av EØS har derimot ikke en formell mulighet til å påklage en rettsakt med påstand om traktatbrudd. Det nærmeste en EFTA-stat kommer vil vel være anledningen til å ta opp problemer i EØS-samarbeidet i EØS-komiteen.¹⁵⁷ EØS-komiteen vil imidlertid ikke kunne beslutte at en fellesskapsrettsakt er ugyldig.¹⁵⁸ Det vil også være en lite tilfredsstillende løsning for et EFTA-land å benytte seg av reservasjonsretten som den i teorien har etter EØS-avtalen, da dette vil kunne ha negative konsekvenser for landet og for EØS-avtalen, uten at fellesskapsrettsakten blir erklært ugyldig.¹⁵⁹ EFTA-landene bør derfor være ekstra oppmerksomme under lovgivningsprosessen, hvor de har en begrenset men dog tilstedeværende påvirkningsmulighet.¹⁶⁰

Et EFTA-land har selvfølgelig mulighet til å nekte å anvende ikke-bærekraftig sekundærlovgivning og dermed fremprovosere en sak for EFTA-domstolen. Problemet ligger imidlertid i EFTA-domstolens underordnede rolle, som gjør det tvilsomt at EFTA-domstolen vil tørre å erklære en fellesskapsrettsakt for traktatstridig, selv om den må sies å ha kompetanse til det. Dette illustrerer for så vidt begrensningene som ligger i EØS-avtalen.

6.4 Begrunnelse for restriksjoner og konsekvensen for medlemslandenes handlingsrom

Selv om traktaten ikke på det tidspunktet eksplisitt hadde opphøyet miljøbeskyttelse til et fellesskapsformål, erklærte EF-domstolen allerede i 1985 miljøbeskyttelse til å være ‘one of the Community’s essential objectives’.¹⁶¹ Basert på 1985-saken og miljøbeskyttelses styrkede stilling,¹⁶² erklærte domstolen i 1988 at miljøbeskyttelse er et alment tvingende hensyn, dvs. at det kan brukes til å begrunne restriksjoner på fri bevegelse.¹⁶³ En viktig og illustrerende dom i nyere tid er *PreussenElektra*,¹⁶⁴ en avgjørelse som har blitt karakterisert som “remarkable”, både fordi domstolen nektet å definere statsstøtte slik at det rammet den aktuelle tyske lovgivningen og fordi domstolen aksepterte det som vel må kalles et diskriminerende miljøbeskyttende tiltak på nasjonalt nivå.¹⁶⁵ Dette gjorde domstolen under henvisning til art. 6 EF og dens styrking av miljøbeskyttelsesformålet, og til fellesskapets og

¹⁵⁷ Iht. EØS-avtalens kap. xx.

¹⁵⁸ Indirekte kan det dog føre til at et EU-medlemsland eller en fellesskapsinstitusjon anlegger søksmål iht art. 230 EF for EF-domstolen.

¹⁵⁹ Se xx EØS – og om den manglende bruken av reservasjonsretten, Sejersted s xx.

¹⁶⁰ Både formelt etter art. xx EØS og uformelt gjennom diplomatiske kanaler.

¹⁶¹ Som det relevante direktivet ‘must be seen in the perspective of’, *ADBHU*, Case 240/83 premiss 13 – et av mange eksempel på de overordnede fellesskapsrettslige formål er brukt i tolkningen av sekundærlovgivning.

¹⁶² Etter hvert også eksplisitt på traktatnivå, fra og med Single European Act, se nærmere om utviklingen B. Sjøfjell 2009 kap. xx.

¹⁶³ *Commission v. Denmark (return-system for drink containers)*, Case 302/86 premiss 8-9. See also J. Scott 1998 s. 67-68, J.H. Jans 2000 s. 247-248 og 258-262, og L. Krämer 2007 s. 105-106.

¹⁶⁴ *PreussenElektra*, Case C-379/98 .

¹⁶⁵ D. Thieme and B. Rudolf 2002 *The American Journal of International Law* s. 229.

medlemslandenes internasjonale klimaforpliktelser, som art. 6 EF ble sett på som et ledd i oppfyllelsen av.¹⁶⁶

Sammenlignet med et bilde av medlemslandenes posisjon hvor man ikke har tatt innover seg betydningen av stillingen til miljødimensjonen av bærekraftig utvikling som rettslig formål, prinsipp og regel, innebærer dette en utvidelse av det rettslige handlingsrommet for medlemslandene. Begrunnelsen angir samtidig retningen for en slik utvidelse av det rettslige handlingsrommet. I det ligger også implisitt at medlemslandene på annet rettslig grunnlag, nasjonalt eller internasjonalt, eller på moralsk grunnlag, kan anees for å være forpliktet til å bruke handlingsrommet. Et slik rettslig grunnlag til å bruke handlingsrommet på en bestemt måte kan også ligge i selve EU/EØS-retten, og det grenser an til temaet for neste delkapittel.

Dette er av betydning både for lovgiver, for forvaltningen og for domstolene. Norsk lovgiver ser ut til å preges av et noe defensivt forhold til fellesskapsreglene som skal implementeres.¹⁶⁷ Generelt understreker dette viktigheten av å se EØS-rettslige regler i sin kontekst og i deres opprinnelige fellesskapsrettslige kontekst.

6.5 Handlingsplikt?

Over diskuterte jeg om medlemslandene har en plikt til å bringe fellesskapsrettsaker inn for EF-domstolen dersom fellesskapsinstitusjonene har misligholdt sin integreringsplikt. Likeledes kan det spørres om medlemslandene har en plikt til å saksøke fellesskapsinstitusjonene dersom de ikke gjør nok for å fremme en bærekraftig utvikling, altså til å anlegge passivitetssøksmål etter art. 232 EF. I hvert fall har medlemslandene en rett til det. EFTA-medlemmene av EØS vil igjen være overlatt til å ta slikt opp indirekte eller politisk.

Det jeg imidlertid vil diskutere her, er om medlemslandene har en plikt til selv å handle – på nasjonalt plan – for å gjøre det nødvendige for å fremme en bærekraftig utvikling gjennom integrering av miljøbeskyttelse på alle områder, dersom fellesskapsinstitusjonene ikke gjør nok.¹⁶⁸ Pliktene som EF-domstolen har utledet med utgangspunkt i art. 10 EF er av direkte interesse her. Det finnes rettspraksis tilbake til 1980-tallet som uttrykker at et medlemsland kan være pliktig til å ta initiativ selv for å realisere fellesskapsformål, også på områder hvor hele policy-området er underlagt fellesskapsrettens kompetanse, dersom en fellesskapsinstitusjon svikter. I så tilfelle må det imidlertid skje i samarbeid med fellesskapsinstitusjonene.¹⁶⁹ Dette gav grunnlag for senere saker, hvor det ble understreket at medlemslandene har en handlingsplikt mht. vernetiltak i den felles interesse.¹⁷⁰ Dette var

¹⁶⁶ *PreussenElektra*, Case C-379/98 premiss xx. Se nærmere B. Sjøfjell 2009 kap. xx.

¹⁶⁷ Se B. Sjøfjell 2009 (issue 1-2) *Nordisk Tidsskrift for Selskapsret* s. 136, tekst knyttet til n. 126, om hvor lite offensiv norsk holdning til implementering av en regel i annet selskapsdirektiv har vært, sammenlignet med britisk rett. [Sjekk om Finn har skrevet noe om dette også – har i hvert fall holdt foredrag om det?]

¹⁶⁸ [Enten det skyldes pliktbrudd eller subsidiaritetsprinsippet?]

¹⁶⁹ Se nærmere *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland*, Case Sag 804/79 og omtalen hos J. Temple Lang 2007-2008 *Fordham International Law Journal*.

¹⁷⁰ K. Lenaerts and P. Van Nuffel 2005 p. 120, med referanse til sak 32/79 (også Kommisjonen mot Storbritannia) vedrørende vern av fiskebestand, sitat fra premiss 15: 'In such a situation, it was for the Member States, as regards the maritime zones within their jurisdiction, to take the necessary conservation measures *in the common interest* and in accordance with both the substantive and the procedural rules arising from Community law' (min kursivering).

basert for det første på at vern av en bestemt fiskestand var et klart akseptert fellesskapsrettslig mål og for det andre at det var “clear scientific advice” at tiltak (stans i fiske av en sildestamme) burde innføres.¹⁷¹

Dette er direkte interessant for dagens situasjon hvor utslipp av klimagasser kan sette oppnåelsen av det fellesskapsrettslige mål om en bærekraftig utvikling i fare. Dersom det er et “klart vitenskapelig råd” at et visst tiltak må gjennomføres eller stanses for å oppnå formålet – kan vi da si at medlemslandene individuelt har en handlingsplikt iht art. 2, 6 og 10 EF? Spørsmålet er åpent.

For at en plikt skal konstateres iht. art. 10 EF må den være i form av en forsterkning av en allerede eksisterende traktatrettslig forpliktelse – art. 10 EF gir ikke grunnlag for å konstatere helt nye forpliktelser der intet traktatrettslig (eller sekundærrettslig) grunnlag for å gjøre det finnes for øvrig.¹⁷² Når EF-domstolen har erklært at art. 2 EF ikke direkte kan gi plikter for medlemslandene,¹⁷³ kan art. 10 EF neppe være tilstrekkelig grunnlag til å erklære at medlemslandene alene må iverksette tiltak for oppnå de overordnede mål etter art. 2 EF. Dog følger det direkte av art. 10 EF (og art 3 EØS) at medlemslandene ikke kan gjøre noe som vil sette oppnåelsen av traktatens (og avtalens) mål i fare. Det kan derfor kanskje likevel stilles spørsmål ved om det er traktatstridig (avtalestridig) å iverksette nye nasjonale tiltak som fører til en dramatisk økning i de nasjonale karbonutslippene. I hvert fall bør dette kunne hevdes når vi ser på den mer konkrete integreringsregelen i art. 6 EF som et bindeledd mellom de generelle formålene i art. 2 EF og handlings-, samarbeids- og lojalitetsplikten etter art. 10 EF. Til syvende og sist og med tanke på håndhevelse vil svaret nok være basert på en vurdering av om det som må gjøres for å fremme formålet (eller forhindre at formålsoppnåelsen motvirkes) kan konkretiseres i tilstrekkelig grad til at en domstol vil være komfortabel å statuere en plikt. Utenfor dette området er vi over i neste og siste del av drøftelsen, før oppsummeringen, nemlig om det er under utvikling et generelt prinsipp om bærekraftig utvikling på medlemslandsnivå.

6.6 Et (fremvoksende) generelt prinsipp om bærekraftig utvikling i medlemslandene?

Her vil jeg diskutere om det er en (fremvoksende) plikt for medlemslandene aktivt å bidra til bærekraftig utvikling ved integrering iht prinsippet som er kodifisert i art. 6 EF, både innenfor og utenfor europarettens område. Dette er dels et spørsmål om gjennomslag av grunnleggende europarettslige prinsipper i medlemslandenes rett, dels et spørsmål om betydningen av andre, internasjonale og nasjonale, kilder.

[Av hensyn til tiden og til sidebegrensningen som jeg alt har overskredet, fullfører jeg ikke denne delen nå. Her vil jeg bl.a. bygge på Markus Jerkøs TfR artikkel om det norske formålet om bærekraftig utvikling, Christina Voigts oversikt over internasjonale og nasjonale kilder, samt Fauchald og Bugge ang. Grunnloven § 110B. Jeg vil også gå inn på den normative nødvendighet og stille spørsmålet om vi har et materielt konstitusjonelt prinsipp under utvikling på norsk nivå.]

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² J. Temple Lang 2007-2008 *Fordham International Law Journal* s. xx.

¹⁷³ Se over pkt. xx.

7 Oppsummering

Det er ikke alt som er fremsatt som plikter i denne artikkelen som kan underbygges direkte eller i sin fulle konsekvens med avgjørelser fra EF-domstolen.¹⁷⁴ Rettsvitenskapen kan imidlertid ikke bidra til å bringe retten fremover, hvis vårt perspektiv kun skal være retrospektiv. Skal vi bidra til å løse dagens og fremtidens utfordringer, kan vi som rettsvitenskapsfolk ikke primært basere oss på en tilbakeskuende, statisk forståelse av retten. Det hører til vårt ansvar som forskere å anvende “den aktive rettskildelæren” som allerede Sjur Brækhus[?] argumenterte for.¹⁷⁵

Den fellesskapsrettslige metode er teleologisk og dynamisk. Dette er, etter mitt syn, også en normativt riktig metode. Vi må se hen til hva som er de overordnede mål innenfor våre områder og vi bør se hen til hva som kan fremme oppnåelsen av disse mål. Gitt at vår opprinnelige norske rett kanskje ikke gir den samme muligheten til en helhetlig, kontekstuell og formålsorientert metode, kan det argumenteres for at vi bør bruke de mulighetene europaretten gir oss – til å fremme de mål som også er overordnede norske mål, i hvert fall på politisk nivå.

¹⁷⁴ Eller for EFTA-domstolen for de tre EFTA-landenes del.

¹⁷⁵ [Jeg mangler kilden – noen som kan hjelpe?]

[Usortert referanseliste:]

- Kapteyn, P. J. G. and P. VerLoren van Themaat, *The law of the European Union and the European Communities*. (4th rev. ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008)
- Arnall, Anthony, *The European Union and its Court of Justice* (2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006)
- Barnard, Catherine and Joanne Scott (ed.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises* (Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing 2002)
- Bugge, Hans Christian, '1987–2007: "Our Common Future" Revisited' in *Sustainable Development in International and National Law*, Bugge, Hans Christian and Christina Voigt (eds) (Groningen, Europa Law Publishing, 2008) pp 3–21
- Dhondt, Nele, *Integration of Environmental Protection into other EC policies: Legal Theory and Practice* (Groningen, Europa Law Publishing, 2003)
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously* (London, Duckworth, 1977)
- Grabitz, Eberhard and Meinhard Hilf, *Das Recht der Europäischen Union* (München, Verlag C.H. Beck, 1990– [løsblad])
- Groeben, Hans von der and Jürgen Schwarze, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (6th ed., Baden-Baden, Nomos, 2003)
- Jans, Jan H., *European Environmental Law* (2nd rev. ed., Groningen, Europa Law Publishing, 2000)
- Kapteyn, P.J.G and P Verloren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities* (3rd ed., edited by L. W. Gormley, London, Kluwer Law International, 1998)
- Krämer, Ludwig, 'The Genesis of EC Environmental Principles' in *Principles of European Environmental Law*, Macrory, Richard (eds) (Groningen, Europa Law Publishing, 2004) pp 29–47
- Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law* (6. utg., London, Sweet & Maxwell, 2007)
- Lenaerts, Koen and Piet Van Nuffel, *Constitutional law of the European Union* (Editor: R. Bray, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2005)
- Magraw, Daniel Barstow and Lisa D Hawke, 'Sustainable Development' in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky, Daniel, Jutta Brunnée and Ellen Hey (eds) (Oxford, Oxford University Press, 2007) pp 614–638
- Rognstad, Ole-Andreas 'EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkingen av EØS-avtalen' (2001) *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, pp 435–463
- Sands, Philippe, *Principles of international environmental law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2003)
- Scott, Joanne, *EC Environmental Law* (London, Longman, 1998)
- Scott, Joanne, 'The Precautionary Principle before the European Courts' in *Principles of European Environmental Law*, Macrory, Richard (eds) (Groningen, Europa Law Publishing, 2004) pp 51–72
- Sejersted, Fredrik... *et al.*, *EØS-rett*. (2. utg., Oslo, Universitetsforlaget, 2004)
- Sejersted, Fredrik... *et al.*, *EØS-rett [EEA Law]*. (2nd ed., Oslo, Universitetsforlaget, 2004)
- Sjåfjell, Beate, 'Internalizing Externalities in EU Law: Why Neither Corporate Governance nor Corporate Social Responsibility Provides the Answers' (Under publisering i *The George Washington International Law Review*, årgang 40, nr. 4) <ssrn.com/paper=1139584> last visited 25. nov. 2008
- Sjåfjell, Beate 'Political path dependency in practice: the takeover directive' (2008) 27 *Yearbook of European Law*, pp 387-404

- Sjåfjell, Beate 'Kun til plunder og heft? Forbudet mot selskapsfinansiering av aksjeerverv i den norske allmennaksjeloven § 8-10' (2009) (issue 1-2) *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, pp 116-145 [as in the printed version]
- Sjåfjell, Beate, *Towards a Sustainable European Company Law. A Normative Analysis of the Objectives of EU Law, with the Takeover Directive as a Test Case* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009)
- Temple Lang, John 'The Development by the Court of Justice of the Duties of Cooperation of National Authorities and Community Institutions under Article 10 EC' (2007-2008) 31 *Fordham International Law Journal*, pp 1483-1532
- Thieme, Dominik and Beate Rudolf, 'International Decisions: PreussenElektra AG v. Schlesweg AG. Case C-379/98' (2002) 96 *The American Journal of International Law*, pp 225-230
- Voigt, Christina 'From Climate Change to Sustainability: An Essay on Sustainable Development, Legal and Ethical Choices' (2005) 9 *Worldviews*, pp 112-137
- Voigt, Christina, *Sustainable Development as a Principle of International Law. Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009)
- World Commission on Environment and Development, *Our common future* (Oxford, Oxford University Press, 1987)
- World Commission on Environment and Development, *Vår felles framtid* ([Oslo], Tiden norsk forlag, 1987)
- Case C-339/89 Alsthom Atlantique SA v. Compagnie de construction mécanique Sulzer SA. [1991] ECR I-107
- Case C-440/05 Commission of the European Communities v. Council of the European Union [2007] ECR I-9097
- Case C-176/03 Commission of the European Communities v. Council of the European Union (criminal penalties) [2005] ECR I-7879
- Case 302/86 Commission of the European Communities v. Kingdom of Denmark (return-system for drink containers) [1988] ECR 4607
- Case Joined cases C-78/90, C-79/90, C-80/90, C-81/90, C-82/90 and C-83/90 Compagnie Commerciale de l'Ouest and others v. Receveur Principal des Douanes de La Pallice-Port [1992] ECR I-1847
- Case C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab v. Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne [2002] ECR I-7213
- Case C-9/99 Echirolles Distribution SA v. Association du Dauphiné and Others [2000] ECR I-8207
- Case 126/86 Fernando Roberto Giménez Zaera v. Institut Nacional de la Seguridad Social and Tesorería General de la Seguridad Social [1987] ECR 3697
- Case Joined cases C-72/91 and C-73/91 Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG v. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG [1993] ECR I-887
- Case C-293/03 Gregorio My v. Office national des pensions (ONP) [2004] ECR I-12013
- Case Sag 804/79 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland [1981] Samling s 1045
- Case C-106/89 Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA [1990] ECR I-4135
- Case C-371/98 Opinion of Advocate General Léger in *The Queen v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte First Corporate Shipping Ltd* [2000] ECR I-9235
- Case C-379/98 PreussenElektra AG v. Schlesweg AG, in the presence of Windpark Reussenköge III GmbH and Land Schleswig-Holstein [2001] ECR I-2099

Case 240/83 Procureur de la République v. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU) [1985] ECR 531
Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts (1997) (OJ 1997 C 340/1–144)
COM(1999)263 final, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Single Market and Environment
COM(2002)276 final: Communication from the Commission on Impact Assessment
Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (2007) (OJ 2007 C 306/01)
Presidency Conclusions of the European Council, Rhodes, 2–3 December 1988 (DOC/88/10)
Presidency Conclusions of the Gothenburg European Council 15–16 June 2001 (SN 200/1/01 Rev 1)