



UiO : **Senter for europarett**
Det juridiske fakultet

Stian Øby Johansen

EØS-dimensjonen og betydningen av EUs tiltrødelse til EMK



1

Skal snakke om de generelle spørsmålene Holship-saken reiser om forholdet mellom EU/EØS-retten, på den ene siden, og EMK-retten, på den andre siden.

Hilde har allerede sagt en del om dette i relasjon til EU-retten, så jeg skal begrense meg til EØS-dimensjonen. Dessuten skal jeg si noen ord om hvilken betydning EUs kommende tiltrødelse til EMK vil få for EMDs tilnærming til EU- og EØS-rett.

Den som umiddelbart tenker at dette er to ganske adskilte temaer har ganske rett...

... samtidig er det en viss forbindelseslinje, som jeg skal trekke mot slutten.

EØS-dimensjonen: sett fra EFTA-domstolen

- **Kurant:**
At EMK-rett (via Charteret) er relevant som faktor ved tolkning av EU-rett.
- **Vanskeligere:**
Charterrettigheter som går lenger enn EMKs minimumsvern.
- **Enda vanskeligere**
Balansering av en menneskerettighet og en av de fire frihetene.



Overblikk – *Holship* er i den vanskeligste kategorien

- I utgangspunktet tre muligheter:
 - Utgangspunkt i grunnfriheter (Viking/Laval)
 - Utgangspunkt i MR (EMD i Holship)
 - Rettighetsbalansering (HR i Holship – CJEU i dag?)
- I mangel av en skreven rettighetskatalog i EØS-avtalen vil EFTA-domstolen, dersom EU-domstolen nå skulle legge opp til en rettighetsbalansering mellom MR og grunnfriheter, for å oppnå homogenitet i resultat opphøye EMK til EØS-rettslig primærrett på en måte EU-domstolen ikke var villig til å gjøre i Viking og Laval.
 - Samtidig kan jeg se for meg at EFTA-domstolen vil gjøre nettopp dette.
 - Også før Charteret var MR, antagelig hele EMK, ulovfestet primærrett i EU-retten.
 - Det er jo derfor EFTA-domstolen med så stor letthet har anvendt MR/EMK.
- Særlig hvis EU-domstolen skulle foreta balansering mellom Charterrettigheter som ikke gjenfinnes i EMK og, på den annen side, en grunnfrihet, vil EFTA-domstolen bli satt på en prøve.
 - Men dette skaper ikke utfordringer for forholdet til EMK(!)

EØS-dimensjonen: sett fra EMD

Nøkkelsspørsmål:

Er statshandlinger som gjennomfører EØS-forpliktelser omfattet av *Bosphorus*-presumsjonen?

- EMD i *Konkurrenten.no*: **nei**
- EMD i *Holship*: **kanskje(?)**



Bosphorus-presumsjonen kan få en sentral rolle, ved at den kan «redde» tilnærminger til rettighetskollisjoner der ikke MR ses på som *lex superior*.

EMD i *Konkurrenten.no* (sitert fra *Holship* avsnitt 106):

«the Court recently stated that the basis for the presumption established by *Bosphorus* is in principle lacking when it comes to the implementation of EEA law at domestic level within the framework of the EEA Agreement [...] two distinct features were specifically highlighted. Firstly, and in contrast to EU law, there is within the framework of the EEA Agreement itself no direct effect and no supremacy. Secondly, [...] the EEA Agreement does not include the EU Charter of Fundamental Rights, or any reference whatsoever to other legal instruments having the same effect, such as the Convention.»

Halvard Haukeland Fredriksen and Stian Øby Johansen, 'The EEA Agreement as a Jack-in-the-Box in the Relationship Between the CJEU and the European Court of Human Rights?'

EMD i *Holship*, avsnittene 107–108:

“as clearly stated by the EFTA court in the *Holship* case, [...] fundamental rights form part of the unwritten principles of EEA law [...]. Since this reflects the position which previously pertained under EU law, [...] the Court considers that the fact that the EEA agreement does not include the EU Charter is not determinative of the question whether the *Bosphorus* presumption could apply when it comes to the implementation of EEA law, or certain parts thereof.

108. However, given one of the other features of EEA law identified by the Court in the *Konkurrenten.no* decision – the absence of supremacy and direct effect, added to which is the absence of the binding legal effect of advisory opinions from the EFTA Court – [...], the Court leaves it to another case, [...] to review this issue. It therefore proceeds on the basis that for the purposes of this case the *Bosphorus* presumption does not apply to EEA law.“

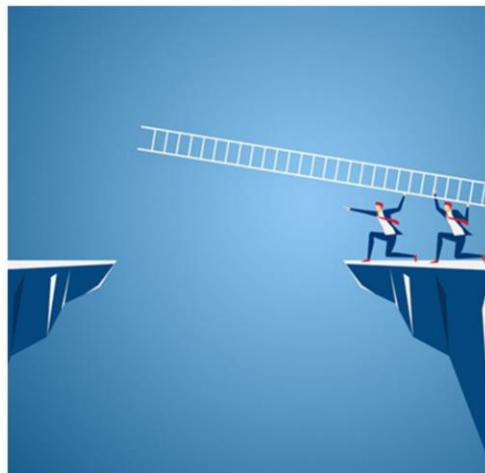
Bosphorus og EØS etter Holship



- Uttalelsene i Holship er et varselskudd.
- Tre forskjeller mellom EU- og EØS-retten som EMD peker på, men fører de til dårligere (!=equivalent) rettighetsbeskyttelse?
 - 1+2) Ingen direkte virkning og forrang.
 - At EU/EØS-rettsforpliktelsen, som i disse situasjonene utgjør rettighetsinngrepet, har direkte virkning og forrang gir vel nasjonale domstoler dårligere muligheter til å la menneskerettighetsforpliktelsen gå foran?
 - Dessuten: forrang og direkte virkning skjer ikke av seg selv, forutsetter nasjonal gjennomføring (!)
 - 3) Ikke bindende avgjørelser fra EFTA-domstolen.
 - Formell forskjell, som kan direkte påvirke rettighetsbeskyttelsen, men betydningen i praksis er nok ikke så stor.
 - Også EU-lands høyeste domstoler kan ignorere eller bedrive «malicious compliance».
 - Mer problematisk i mine øyne: felt der EFTA-domstolen ikke kan håndheve MR fullt ut (f.eks. spørsmål om gyldighet av EU-rettsakt i lys av MR.

EUs tiltredelse til EMK = slutten for *Bosphorus*?

- Når EU tiltrer EMK vil *Bosphorus*-presumsjonens begrunnelse faller bort for **EU-rettslige forpliktelsers** vedkommende.
- **Men:** vil EMD fortsatt bruke *Bosphorus*-presumsjonen på **EØS-forpliktelser** etter EUs tiltredelse til konvensjonen?



- Vil sterkt avhenge av hvordan EMD begrunner bruk/ikke-bruk av *Bosphorus*-presumsjonen på EØS-forpliktelser pre-tiltredelse.
 - Nettopp derfor var *Holship* i EMD så spennende...
 - ... og det er fristende å anta at EMD strategisk sparket ballen nedover veien,
 - i håp om at EU har tiltrådt innen EØS-problemstillingen melder seg igjen.
- For, før EUs tiltredelse til EMK vil det å ikke anvende *Bosphorus* på EØS føre til at doktrinen kan «omgå» ved å heller fremme søksmålene mot EØS/EFTA-stater enn EU-stater.
- Etter EUs tiltredelse til EMK vil derimot situasjonen være en annen, siden EU-statene ikke lenger vil nyte godt av *Bosphorus*.
 - Da burde det være uproblematisk å si at det samme må gjelde for EØS/EFTA-statene.
- I dette perspektivet, er *Holship* kanskje en «hard case» som, fordi EMD hoppet over gjerdet, ikke ble «bad law»?