



MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Kari Anne Haugli Troisdahl

EØS-avtalens geografiske virkeområde

Norsk økonomisk sone og kontinentalsokkel

511

EØS-avtalens geografiske virkeområde

Norsk økonomisk sone og kontinentalsokkel

Kari Anne Haugli Trosdahl



Marlus nr. 511
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2019

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: sjorett-adm@jus.uio.no

Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown

Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>

E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

EØS-avtalens geografiske virkeområde – norsk økonomisk sone og kontinentalsokkel er tittelen på min masteravhandling, levert i mai 2018. Det publiserte manuskriptet er det samme som ble levert, med noen mindre korrekturendringer. Oppgaven ble skrevet mens jeg var studentutreder i Norges Høyesterett, en stilling som inngår som en del av vit.ass.-miljøet ved senter for europarett, Nordisk institutt for sjørett ved det juridiske fakultetet ved Universitetet i Oslo. Formelt har jeg alltid vært student ved UiT Norges arktiske universitet, og oppgaven ble levert til juridisk fakultet i Tromsø.

Jeg kunne ikke ha skrevet denne oppgaven alene. Tusen takk først og fremst til Tarjei Bekkedal ved senter for europarett, for lett tilgjengelig veiledning og diskusjon. Takk også til Finn Arnesen ved senteret, som ga meg idéen til tema og var diskusjonspartner underveis. Og, ikke minst, tusen takk til Høyesteretts utredningsenhet ved særlig utredningsleder Birthe Aspehaug Buset, som finansierte min tilværelse og ga meg husvære og kolleger.

Oslo, 19. desember 2018

Kari Anne Haugli Trosdahl

Innhold

FORORD.....	3
FORKORTELSER.....	8
1 INNLEDNING.....	9
1.1 Tema.....	9
1.2 Spørsmålets praktiske betydning.....	12
1.3 Havrett.....	13
1.4 Metode og oppgavens struktur.....	15
2 NORSKE MYNDIGHETERS TILNÆRMING TIL SPØRSMÅLET OM EØS-AVTALENS STEDLIGE VIRKEOMRÅDE I ULIKE SAMMENHENGER.....	16
2.1 EØS-avtalens hoveddel.....	17
2.2 Sekundærlovgivning.....	20
2.2.1 EØS-relevans.....	20
2.2.2 Sekundærlovgivningens virkeområde i EØS-avtalen.....	24
3 RELEVANT EU-RETT – HVORDAN FASTLEGGES EU-RETTENS GEOGRAFISKE VIRKEOMRÅDE?.....	29
3.1 Traktatene.....	29
3.2 EU-domstolens praksis og sekundærlovgivning.....	30
3.2.1 Sakene i EU-domstolen.....	31
3.2.2 Oppsummering.....	38
4 WIEN-KONVENSJONEN ARTIKKEL 29.....	39
4.1 Innledning.....	39
4.2 Relevans.....	40
4.3 Ordlyd og travaux préparatoires.....	41
5 METODE FOR TOLKING AV EØS-AVTALEN ARTIKKEL 126.....	44
6 FOLKERETTSLOG TOLKINGSLÆRE – WIEN-KONVENSJONEN ARTIKKEL 31.....	46
6.1 Generelt.....	46
6.2 Folkerettslig tolkinglære i en EØS-sammenheng.....	48
7 THE ORDINARY MEANING TO BE GIVEN TO THE TERMS OF THE TREATY» – BESTEMMELSENS ORDLYD.....	49

7.1	Innledning	49
7.2	Ordet «territories» – semantikk	51
7.2.1	Engelsk språkversjon	52
7.2.2	Andre språkversjoner enn engelsk	54
7.2.3	Fri ordlydsfortolking og oppsummering	57
7.3	Ordet «territory» i folkerettslig litteratur	58
7.4	Kan ordlyden «territories» i EØS-avtalen art. 126(1) være inntatt for at avhengige territorier skal omfattes?	60
8	«IN THEIR CONTEXT» – KONTEKSTUELL FORTOLKNING AV ORDLYDEN I EØS-AVTALEN ART. 126(1)	63
9	BREDERE KONTEKSTUELL TOLKING – ANDRE BESTEMMELSER I EØS-AVTALEN OG ROMATRAKTATENS BESTEMMELSER	66
9.1	Innledning – Romatraktatens relevans som kontekst	66
9.2	EØS-avtalen artikkel 126(1) og Romatraktaten artikkel 227(1)	68
9.3	Ordet «territory» i Romatraktaten og EØS-avtalen for øvrig	69
9.4	Avgrenser ordet «territory» i Romatraktaten mot områder utenfor territorialfarvann?	73
9.5	Betydningen av Romatraktatens formuleringer og innholdet i disse for tolkingen av EØS-avtalen	77
9.6	Hvorfor er det benyttet andre formuleringer i EØS-avtalen enn i Romatraktaten, og hvorfor ble de som de ble?	78
9.7	EØS-avtalens protokoller som bidrag til tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1)	81
9.8	Oppsummering	85
10	HISTORIKK	86
10.1	Handelsavtalene mellom EF og de respektive EFTA-stater	87
10.2	St.prp. nr. 100 (1991–1992)	90
11	PARTENES ETTERFØLGENDE ATFERD	93
12	«IN THE LIGHT OF ITS OBJECT AND PURPOSE» – EØS-AVTALENS FORMÅL	94
12.1	Innledning	94
12.2	Det indre marked	96
12.2.1	Integrasjon og funksjon	96
12.2.2	Læren om «tilstrekkelig nær tilknytning» til statens territorium	98

12.3	Parallell fra EFTA-domstolens avgjørelser om saklig virkeområde?	102
12.4	Oppsummering.....	103
13	KONSEKVENSER FOR EØS-AVTALENS VEDLEGG OG PROTOKOLLER	104
13.1	De overordnede utgangspunktene for forholdet mellom EØS-avtalen art. 126(1) og EØS-avtalens vedlegg og protokoller.....	104
13.2	Betydning for rettsaktene i EØS-avtalens vedlegg.....	106
14	KONKLUSJON.....	112
15	KILDELISTE.....	114

Forkortelser

EF – Det europeiske fellesskap

EFTA – European Free Trade Association

EMSA – European Maritime Safety Agency

ESA – EFTAs overvåkningsorgan

EU – Den europeiske union

EØF/EEC – Det europeiske økonomiske fellesskap/The European Economic Community

EØS/EEA – Det europeiske samarbeidsområde/The European Economic Area

FN – Forente Nasjoner

ODA/SCA – Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol

1 Innledning

1.1 Tema

Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) artikkel 126 første avsnitt har følgende ordlyd:

«The Agreement shall apply to the territories to which the Treaty establishing the European Economic Community¹ is applied and under the conditions laid down in that Treaty, and to the territories of Iceland, the Principality of Liechtenstein and the Kingdom of Norway.»²

EØS-avtalen art. 126 regulerer avtalens geografiske virkeområde; det vil si *hvor* EØS-avtalen gjelder. I denne oppgaven skal jeg analysere bestemmelsen med det siktemål å vurdere om EØS-avtalens geografiske virkeområde også omfatter norsk økonomisk sone og kontinentalsokkel eller om det er avgrenset mot havområder utenfor EØS-statenes territorialfarvann.³

Bakgrunnen for problemstillingen er at det er uenighet mellom avtalens parter om hvordan EØS-avtalens geografiske virkeområde skal avgrenses. Norske myndigheter har den uttalte oppfatning at det følger av EØS-avtalen art. 126(1) at ormråder utenfor territorialfarvannet, ikke omfattes av EØS-avtalen.⁴ Denne tolkningen bygger på ordlyden «territories», som Norge, under henvisning til sikker praksis i folkeretten,

¹ «The Treaty establishing the European Economic Community» er bedre kjent som Romatraktaten, og vil bli omtalt som det i det følgende. Romatraktaten er nå erstattet av Treaty on European Union (TEU) og Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), så henvisningen til Romatraktaten i EØS-avtalen tilsvarer en henvisning til TEU/TFEU, jf. TEU art. 1.

² EØS-avtalen art. 126(1). Jeg vil gjennomgående henvide til den engelske versjonen av EØS-avtalen.

³ Ordet «havområder» omfatter i denne sammenheng også havbunnen/kontinentalsokkelen, se nærmere redegjørelse for havområdene i punkt 1.3 om havrett. «EØS-statene» er alle statene som er parter i EØS-avtalen.

⁴ Se for eksempel Meld. St. 5 (2012–2013) *EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU* punkt 5.3.1; Ot.prp. nr. 16 (2000–2001) *Om lov om endringer i folketrygdloven og barnetrygdloven (trygd på kontinentalsokkelen)* s. 2.

hevder kun dekker områder så langt ut som territorialfarvann. Innen EU er det avklart at EU-retten gjelder også utenfor territorialfarvannet i den grad kyststaten har jurisdiksjon.⁵ EU har tilkjennegitt det synspunkt at EØS-avtalens stedlige virkeområde skal avgrenses etter de samme kriteriene som EU-rettens.⁶ Som jeg vil vise i punkt 3, vil det innebære at virkeområdet avgrenses etter statenes jurisdiksjon slik at virkeområdet for avtalen rekker utover territorialfarvannet og inn i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen. EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har samme syn som EU.⁷

Traktaters virkeområde avgrenses etter to akser; den saklige og den geografiske, hvor sistnevnte er tema i denne oppgaven. Saklig virkeområde vil si den art av aktiviteter som reguleres av traktaten. For eksempel er EØS-avtalens saklige virkeområde avgrenset mot landbruksvarer. Dermed er aktiviteter knyttet til landbruksvarer også unntatt avtalens virkeområde.⁸ Det geografiske virkeområdet angir hvilket geografisk område aktiviteter må finne sted på for å være regulert av traktaten. For at traktaten skal gjelde – det vil si binde statens maktutøvelse overfor en aktivitet – må aktiviteten falle inn under både det saklige og det geografiske virkeområdet til traktaten. Når jeg videre i oppgaven omtaler «virkeområde» uten spesifisering, mener jeg å henvise til det geografiske virkeområdet. Dersom meningen er å henvise også til det saklige virkeområdet, eventuelt bare til det saklige, vil dette bli presisert.

En avgrensning som den Norge hevder, hvor avtalen ikke gjelder utenfor territorialfarvannet, følger *geografiske kriterier*. Geografiske

⁵ Se punkt 3 og for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak C-347/10 *Salemink* (full henvisning i note 94 og kildeliste).

⁶ EUs oppfatning av hva som gjelder i EØS fremgår blant annet av Stortingets EU/EØS-nytt 27. april 2016, med videre lenke til artikkel i Dagens næringsliv, publisert: 12.02.2016. Se lenke i kildeliste.

⁷ Se *reasoned opinion* av 24. september 1999 punkt C i sak om trygderettigheter for sokkelarbeidere, og *letter of formal notice* av 16. juli 2003 punkt VI b) og *reasoned opinion* av 2. april 2004 punkt VI.1 fra ESA til Norge.

⁸ Se EFTA-domstolens avgjørelser E-4/04 *Pedical AS v. Sosial- og helsedirektoratet*, 25. Februar 2005 [2005] EFTA Ct. Rep. 1 og E-1/16 *Synnøve Finden v. The Norwegian Government, represented by the Ministry of Agriculture and Food*, 15. desember 2016 (Official Journal 2017/C 9/08).

kriterier gir avgrensninger som kan fastlegges i målbare størrelser, for eksempel yttergrensen av territorialfarvannet som det med dagens teknologi kan fastslås på meteren hvor går.

I EU-retten fastlegges virkeområdet gjennom en kombinasjon av saklige og geografiske kriterier ved at folkerettens regler om *jurisdiksjon* skiller mellom hvilke saklig avgrensede aktiviteter kyststaten har jurisdiksjon over i de ulike maritime sonene. Sonene er igjen angitt med geografiske kriterier. At en stat har jurisdiksjon, innebærer kort fortalt at staten etter folkeretten har myndighet til å regulere eller på annen måte utøve makt over mennesker, eiendom eller andre omstendigheter.⁹ Jurisdiksjon kan bygge på flere grunnlag.¹⁰ I denne oppgaven er det territoriell jurisdiksjon som er mest aktuelt. Det vil si jurisdiksjon som bygger på geografisk tilknytning til staten.

Når jeg drøfter EØS-avtalens geografiske virkeområde, skal jeg konsentrere meg om EØS-avtalen art. 126(1). Det er denne bestemmelsen som mest overordnet og generelt regulerer avtalens geografiske virkeområde. Likevel er ikke EØS-avtalen art. 126(1) nødvendigvis det eneste grunnlaget som er bestemmende for om en aktivitet som foregår i økonomisk sone eller på kontinentalsokkelen, skal reguleres av avtalen.

I denne oppgaven vil jeg legge til grunn at det grovt sett er tre grunnlag som kan medføre at aktiviteter som finner sted utenfor territorialfarvannet, kan være omfattet av EØS-avtalens regler. Det første er at det kan følge av EØS-avtalen art. 126(1) at EØS-avtalen som sådan gjelder også i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen i samme utstrekning som for EU-retten. Det andre mulige grunnlaget er at det foreligger en slik tilknytning mellom aktiviteten og det indre marked eller de geografiske områdene innenfor territorialfarvannet, at EØS-retten av den grunn må regulere aktiviteten selv om art. 126(1) skulle ha en snevrere avgrensning.¹¹ Det tredje mulige grunnlaget er at det foreligger

⁹ Shaw, Malcolm N. *International Law sixth edition*, Cambridge 2008 (Shaw 2008) s. 645.

¹⁰ Shaw 2008 s. 646. Nasjonalitet er et annet mulig grunnlag, også til en viss grad flaggstatsprinsippet.

¹¹ Dette tilknytningskriteriet kan for eksempel være som den EU-rettslige læren om «tilstrekkelig nær tilknytning» som jeg kommer nærmere tilbake til i punkt 12.2.2.

EØS-rettslig spesialregulering (innlemmet i EØS-avtalens vedlegg eller protokoller) og at denne etter en tolkning skal gjelde også i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen. Jeg skal ikke forsøke å definere hvordan EØS-avtalen skal virke for enhver aktivitet som foregår i havområder. Jeg skal imidlertid undersøke grundig i hvilken grad det er grunnlag for å hevde det første alternativet, at EØS-avtalen ifølge art. 126(1) skal gjelde i norsk økonomisk sone og på kontinentalsokkelen.

Jeg har valgt å ta utgangspunkt i Norge og norske havområder for min problemstilling, fordi det gjør det mulig å tilnærme seg spørsmålet mer konkret. Drøftelsene har imidlertid bredere betydning, da det som gjelder for Norge nødvendigvis også må gjelde for de andre statene i EØS-samarbeidet – i hvert fall på EFTA-siden.¹²

1.2 Spørsmålets praktiske betydning

Basert på de to posisjonene jeg har skissert over (Norges og EUs) er det aktuelt å drøfte to alternative måter å fastlegge EØS-avtalens geografiske virkeområde i havområder på. Den ene måten er slik EU-rettens virkeområde er avgrenset, det vil si etter kyststatens jurisdiksjon. Den andre innebærer at det trekkes en geografisk grense ved territorialfarvannets yttergrense, grovt sett slik at aktiviteter som foregår utenfor denne grensen, i utgangspunktet ikke er regulert av avtalen.

Den grunnleggende praktiske forskjellen på de to måtene å fastlegge avtalens virkeområde på, er hvilken reguleringsfrihet kyststatene, herunder Norge, kan ha over aktiviteter som finner sted utenfor territorialfarvannet, nærmere bestemt i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen. Hva denne forskjellen nærmere innebærer, er ikke helt klart. De rettslige følgene av en avgrensingsmodell som tilsvarende den som gjelder i EU-retten, er forholdsvis klare. Disse er praktisert i EU og grensedragningene er trukket opp av EU-domstolen. Det finnes ingen tilsvarende praksis om en avgrensingsmodell hvor territorialfarvannet markerer yttergrensen for avtalens virkeområde. Men, som jeg var inne

¹² Se nærmere punkt 8.

på over: Selv om territorialfarvannet skulle markere yttergrensen av det geografiske virkeområdet, er det ikke gitt at alt som foregår utenfor territorialfarvannet vil være upåvirket av EØS-retten.¹³

I norsk – og europeisk – sammenheng, er petroleumsnæring og skipsfart viktige sektorer som utfører sentrale deler av sin virksomhet utenfor territorialfarvannsgrensen, og det er særlig reguleringen av disse som er av interesse med hensyn til EØS-avtalens geografiske virkeområde. Fiskeri, en annen viktig næring, er som utgangspunkt unntatt EØS-avtalens saklige virkeområde.¹⁴ Petroleumsnæringen og skipsfarten er omfattet av det saklige virkeområdet. På denne bakgrunn er det viktig å få en avklaring av rekkevidden på Norges forpliktelser til å regulere disse virksomhetene i tråd med EØS-retten.

Fordi det er vanskelig å konkretisere og kvantifisere den praktiske betydningen av spørsmålet om EØS-avtalens geografiske virkeområde, vil jeg redegjøre relativt inngående for ulike situasjoner hvor spørsmålet har aktualisert seg i norsk sammenheng. Denne redegjørelsen følger i punkt 2. Først skal jeg gå gjennom sentrale utgangspunkter fra havretten, før jeg skal forklare hvordan oppgaven skal bygges opp.

1.3 Havrett

I dette avsnittet skal jeg gi en kort redegjørelse for de ulike maritime sonene som folkeretten opererer med. Spørsmålet om EØS-avtalens virkeområde er nært knyttet opp mot de ulike maritime sonene. I EU er reglene om kyststatens jurisdiksjon i havområdene styrende for hvordan EU-rettens virkeområde fastlegges. Uenigheten med hensyn til EØS-avtalens virkeområde knytter seg til økonomisk sone og til kontinentalsokkelen. Derfor er det folkerettslige regimet for inndeling av havområder, sentralt bakgrunnsmateriale for de videre drøftelsene.

De maritime sonene er regulert av FNs havrettskonvensjon. Både EU, EUs medlemsstater og EFTA-statene er parter i konvensjonen, og dens

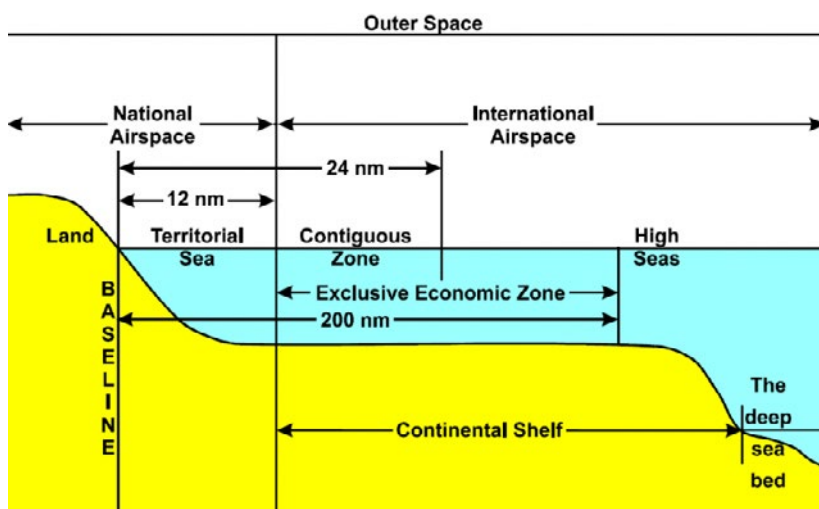
¹³ Se punkt 12.2.2 om «tilstrekkelig nær tilknytning» og punkt 13.2 om rettsaktene i EØS-avtalens vedlegg.

¹⁴ Jevnfør EØS-avtalen art. 8(3) og 20, samt Protokoll 9.

regler regnes for en stor del som internasjonal sedvanerett som binder alle stater.¹⁵ Havrettskonvensjonen regulerer både hvor langt ut i havet sonene kan strekke seg, og hvilken jurisdiksjon statene har i hver enkelt sone. Innenfor rammene som følger av havrettskonvensjonen, har kyststaten enekompetanse til å bestemme hvor langt ut hver sone skal strekke seg. De fleste kyststater benytter dette handlingsrommet fullt ut.¹⁶

Her er en figur over soneinndelingene i FN's havrettskonvensjon:¹⁷

Figur 1 – maritime soner



Territorialfarvannets bredde er fastsatt av kyststaten selv, og kan være inntil 12 nautiske mil målt fra *grunnlinjen*. Grunnlinjen trekkes opp etter kystens ytterpunkter ved lavvann. I territorialfarvannet har staten tilnærmet samme suverene myndighet som på land.¹⁸ Utenfor territorialfarvannet kan statene opprette en *tilstøtende sone* som kan strekke seg

¹⁵ Shaw 2008 s. 554–556; Liste over nasjoner tilsluttet Wien-konvensjonen 1969 (url i kildeliste).

¹⁶ Liste over krav publisert av United Kingdom Hydrographic Office (url i kildeliste).

¹⁷ Bildet er hentet fra konsulentfirmaet Mrag's sider (url i kildeliste).

¹⁸ FN's havrettskonvensjon art. 3 og art. 2 om territorialfarvann, art. 5 eller 7 om grunnlinjen.

inntil 24 nautiske mil.¹⁹ I denne oppgaven vil tilstøtende sone regnes med i det som omtales som *økonomisk sone* fordi den tilstøtende sonen inngår i den økonomiske sonen og ikke har en prinsipielt annen stilling i denne sammenhengen. Økonomisk sone kan strekke seg fra territorialfarvannets yttergrense og inntil 200 nautiske mil fra grunnlinjen. I økonomisk sone har statene i hovedsak enerett til – og dermed jurisdiksjon over – all økonomisk aktivitet, samt alle naturressurser.²⁰ *Kontinentalsokkelen* er rettslig definert som havbunnen og grunnen under denne, fra territorialfarvannets yttergrense og så langt som den danner en naturlig forlengelse av kyststatens landterritorium, likevel ikke mindre enn 200 nautiske mil fra grunnlinjen.²¹ På kontinentalsokkelen har kyststaten enerett til å utforske og utnytte naturressursene på havbunnen og i grunnen under denne.²² Havområder som faller utenfor de andre kategoriene, regnes som åpent hav.²³ På åpent hav har ingen stater jurisdiksjon eller særrettigheter.

Norge har utnyttet handlingsrommet etter havrettskonvensjonen fullt ut, slik at alle sonene i norske havområder går så langt ut som det er rettslig anledning til.²⁴

1.4 Metode og oppgavens struktur

Denne oppgaven kan grovt deles inn i to deler. Den første delen består av punkt 2 og 3. Denne delen er preget av redegjørelse. I punkt 2 skal jeg vise aktualiteten av spørsmålet om EØS-avtalens geografiske virkeområde ved å redegjøre for norske myndigheters tilnærming til spørsmålet i en rekke ulike sammenhenger. I punkt 3 skal jeg forklare rettstilstanden i EU. EU mener at EØS-avtalen skal avgrenses etter de samme linjene som EU-retten, og det er derfor nødvendig å ha denne redegjørelsen for

¹⁹ FNs havrettskonvensjon art. 33.

²⁰ FNs havrettskonvensjon art. 56 og 57.

²¹ FNs havrettskonvensjon art. 76.

²² FNs havrettskonvensjon art. 77.

²³ FNs havrettskonvensjon art. 86.

²⁴ Territorialfarvannsloven §§ 2 og 4, jf. FOR-2003-06-27-798 punkt 2; økonomisk soneloven § 1.

hvordan EU-rettens virkeområde avgrenses som referansepunkt i de senere drøftelsene.

Den andre delen av oppgaven består av drøftelsene knyttet til hvordan EØS-avtalens stedlige virkeområde skal fastlegges. I punkt 4 skal jeg vurdere om folkerettens presumsjonsregel om traktaters virkeområde, Wien-konvensjonen art. 29, kan gi normative føringer for hvordan EØS-avtalen skal avgrenses. Deretter skal jeg i punkt 5 og 6 redegjøre for de metodiske utgangspunktene for tolking av EØS-avtalen art. 126. Jeg skal derfor ikke gi noen metodisk redegjørelse nå innledningsvis, men nevner likevel at jeg kommer til å bruke alminnelig folkerettslig metode for å tolke EØS-avtalen art. 126(1). Det er også verdt å merke seg at det ikke er mye litteratur som behandler spørsmålet. Relevant litteratur vil bli vist til. I det resterende av teksten skal jeg tolke bestemmelsen gjennom å se på diverse relevante tolkingsfaktorer, herunder særlig ordlyd, kontekst og formål. Mot slutten vil jeg peke litt overordnet på mulige rettslige konsekvenser av hver av avgrensingsmodellene, samt oppsummere og konkludere.

2 Norske myndigheters tilnærming til spørsmålet om EØS-avtalens stedlige virkeområde i ulike sammenhenger

Spørsmålet om EØS-avtalens geografiske virkeområde er gjerne regnet for å ha praktisk betydning på to måter (grovt kategorisert): For det første er det et spørsmål om hvilke EU-regler som skal innlemmes i EØS-avtalen. For det andre er det et spørsmål om de reglene som er del av EØS-avtalen, også er bindende i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen. Det vil både si reglene i avtalens hoveddel og reglene i sekundærlovgivning som er innlemmet i avtalen gjennom vedleggene.

I dette punktet skal jeg se på konkrete eksempler fra norsk sammenheng hvor forståelsen av EØS-avtalen art. 126(1) har vært et tema.

Formålet er å gi en beskrivelse av hvordan tolkningen av EØS-avtalen art. 126(1) får betydning i praksis, og dels også å vise behovet for en avklaring rundt EØS-avtalens geografiske virkeområde. Det første jeg skal se på er to tilfeller hvor det har vært spørsmål om regler i EØS-avtalens hoveddel skulle gjelde på kontinentalsokkelen. Deretter vil jeg se nærmere på norske myndigheters tilnærming til sekundærlovgivning fra EU, både hvor diskusjonen går på om en rettsakt skal innlemmes i EØS-avtalen (punkt 2.2.1) og hvor en rettsakt allerede er en del av avtalen og spørsmålet er hvor langt den rekker (punkt 2.2.2).

2.1 EØS-avtalens hoveddel

Det har gått to saker for norske domstoler som har aktualisert spørsmålet om EØS-avtalens geografiske virkeområde i havområder.²⁵ Begge gjaldt fiskeri og begge var straffesaker hvor tiltalen gjaldt overtredelse av økonomisk sone-loven § 3, og begge ble endelig avgjort i lagmannsretten.²⁶ Grunnlaget for tiltalene var fiske i norsk økonomisk sone med fartøy hvor kaptein og/eller over halvparten av besetningen ikke var norske statsborgere. Det ble i begge sakene hevdet at kravet om å være norsk statsborger for å kunne fiske i norsk økonomisk sone, var i strid med EØS-avtalen art. 28(2) om fri bevegelighet av arbeidstakere. EØS-avtalen art. 28(2) bestemmer at «any discrimination based on nationality» av arbeidstakere skal avskaffes. I begge sakene hevdet påtalemyndigheten at overtredelsen var begått utenfor EØS-avtalens geografiske virkeområde, slik at EØS-avtalen ikke kunne lede til frifinnelse.²⁷

I den første saken, kjent som Kvitsjø-saken, konkluderte Agder lagmannsrett med at det fulgte av EØS-avtalen art. 126(1) at aktiviteter i økonomisk sone falt utenfor EØS-avtalens virkeområde. Retten fant

²⁵ Agder lagmannsretts dom 10. desember 2001 (LA-2001-1152) og Frostating lagmannsretts dom 21. september 2006 (LF-2006-24118), henholdsvis Kvitsjø-saken og Leinebris-saken.

²⁶ Lov 17. desember 1976 nr. 91 om økonomisk sone med videre henvisninger slik den gjaldt på de aktuelle tidspunkt.

²⁷ Noe den ellers kunne gjort, jf. straffeloven 1902 § 1 annet ledd.

derfor at eventuell motstrid mellom de norske reglene og EØS-avtalen, ikke kunne ha betydning, og domfelte rederiet.²⁸

Saken ble aldri anket til Høyesterett, men det domfelte rederiet klaget de norske reglene inn for ESA. ESA fremholdt i sitt advarselsbrev at nasjonalitetskrav for fiskere var omfattet av EØS-avtalens geografiske virkeområde også når fisket foregikk i økonomisk sone.²⁹

Da saken kom til grunnlagt uttalelse hadde Norge i sitt siste brev ikke opprettholdt sin argumentasjon knyttet til geografisk virkeområde, og ESA tolket dette som at Norge nå var enig med ESA i at argumentet ikke holdt vann. Denne tolkningen ble, så vidt jeg kan se, ikke tilbakevist av Norge.³⁰ Det skyldtes trolig ikke prinsipielt endret standpunkt til tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1), men kanskje en erkjennelse av at andre tilknytningsfaktorer kunne medføre at forholdet i saken likevel var regulert av EØS-reglene, jf. det jeg skrev innledningsvis om at EØS-reglene også kan gjelde som følge av en aktivitets tilknytning til det indre marked eller territoriet (alternativ to).³¹

Da den neste saken (Leinebris-saken) ble behandlet i norske domstoler, avsa Frostating lagmannsrett dom i siste instans.³² Saken gjaldt de samme reglene som Kvitsjø-saken, men ble behandlet i lagmannsretten etter at departementet hadde foreslått endringer i kjølvannet av ESAs grunngitte uttalelse. I Leinebris-saken ble rettens konklusjon at EØS-avtalen regulerte den aktuelle aktivitet på en slik måte at tiltalte måtte frifinnes. Retten uttalte om EØS-avtalen art. 126 at «det vil være en for formalistisk fortolkning å legge til grunn at EØS-avtalen ikke får virkning utenfor territorialgrensen».

²⁸ Agder lagmannsretts dom 10. desember 2001 (LA-2001-1152).

²⁹ Letter of formal Notice datert 16. juli 2003.

³⁰ I Ot.prp.nr.99 (2005–2006) *Om lov om endring i lov 17. juni 1966 nr. 19 om forbud mot at utlendinger driver fiske m.v. i Norges territorialfarvann*, som følger opp ESAs grunngitte uttalelse i Kvitsjø-saken, kommenteres ikke Norges posisjon med hensyn til geografisk virkeområde, se punkt 2 *Bakgrunn*.

³¹ Jeg kommer tilbake til dette i punkt 12.2.2.

³² Frostating lagmannsretts dom 21. september 2006 (LF-2006-24118). Dommen ble anket til Høyesterett, men anken ble trukket før Høyesterett rakk å behandle den i avdeling, jf. hevingskjennelse HR-2007-707-F.

Lagmannsretten bygget imidlertid ikke sitt resultat på en prinsipiell tolkning av EØS-avtalen art. 126(1) som medførte at også økonomisk sone var omfattet av virkeområdet. Argumentasjonen og konklusjonen i lagmannsretten bygget på en litt annen gren av spørsmålet om geografisk virkeområde, nemlig at aktiviteter utenfor territorialfarvannet kan omreguleres av EØS-avtalen på grunn av sin tilknytning til EØS. I EU-retten er det fullt mulig at EU-retten gjelder for en gitt aktivitet *selv om* den finner sted utenfor EU-rettens geografiske virkeområde (i betydningen virkning utenfor de geografiske områder under medlemsstatens jurisdiksjon, se nærmere punkt 3). Læren om såkalt ekstraterritoriell virkning baserer seg på et kriterium om «tilstrekkelig nær tilknytning» til EUs egne områder.³³ Denne læren kan gi substans til det jeg innledningsvis omtalte som det andre grunnlaget som kan medføre at aktiviteter som finner sted utenfor territorialfarvannet, kan være omfattet av EØS-avtalens regler, hvor det første er at EØS-avtalen art. 126(1) kan medføre at reglene gjelder og det tredje er at det foreligger EØS-rettslig spesialregulering og at denne også gjelder utenfor territorialfarvannet.

Jeg skal komme tilbake til læren om tilstrekkelig nær tilknytning som grunnlag for ekstraterritoriell anvendelse av EØS-retten avslutningsvis i oppgaven,³⁴ men nøyer meg her med å konstatere at Frostating lagmannsrett ikke nødvendigvis tok stilling til det som er hovedspørsmålet i denne oppgaven, nemlig hvordan grensene skal trekkes for EØS-avtalens geografiske virkeområde etter EØS-avtalen art. 126(1). Akkurat hva lagmannsretten gjorde er heller ikke sentralt ettersom en norsk lagmannsrettsdom har liten rettskildemessig verdi ved tolkingen av en multilateral internasjonal avtale.

I dette punktet har jeg illustrert ett typetilfelle av hvordan det geografiske virkeområdet til EØS-avtalens hoveddel kan få praktisk betydning gjennom enkeltpersoners (eller foretaks) saker for domstolen. I neste punkt skal jeg vise hvordan spørsmålet om EØS-avtalens virkeområde

³³ Se for eksempel EU-domstolens dommer C-36/74 *Walrave and Koch v. Assosiation Union Cycliste Internationale*, 12. desember 1974; C-237/83 *Prodest v. Caisse primaire d'assurance maladie de Paris*, 12. juli 1984; C-266/13 *L. Kik v Staatssecretaris van Financiën*, 19. mars 2015.

³⁴ Punkt 12.2.2.

kan aktualisere seg i relasjon til sekundærlovgivning fra EU. Først skal jeg vise noen eksempler hvor EFTA-statene har brukt EØS-avtalens geografiske virkeområde som begrunnelse for ikke å innlemme EU-regler i EØS-avtalen. Deretter skal jeg se på ulike tilnærminger fra norske myndigheter med hensyn til hvordan det stedlige virkeområdet skal fastlegges for sekundærlovgivning fra EU som er gjort til del av EØS-avtalen.

2.2 Sekundærlovgivning

De reglene som er en del av EØS-avtalen, heretter gjerne omtalt som «EØS-regler», omfatter reglene i avtalens hoveddel, protokoller og vedlegg. Reglene i avtalens vedlegg er det som kan omtales som sekundærlovgivning, og består av direktiver og forordninger fra EU. Sekundærlovgivningen tjener i hovedsak til å presisere og utfylle forpliktelsene som følger av avtalens hoveddel. Uttrykket sekundærlovgivning er egentlig upresist i en EØS-rettslig sammenheng, da disse reglene ikke formelt er «sekundære» til EØS-avtalen. Se nærmere om forholdet mellom EØS-avtalens hoveddel og vedlegg i punkt 13.1. Jeg finner det likevel hensiktsmessig å bruke ordet sekundærlovgivning fordi det fungerer godt som sekkebetegnelse på rettsaktene i vedleggene.

I dette punktet har jeg laget to underpunkter. Det første gjelder spørsmålet om hvorvidt en rettsakt skal gjøres til en del av EØS-avtalen. Det andre gjelder tilnærming til virkeområdet for rettsakter som allerede er gjort til en del av EØS-avtalen.

2.2.1 EØS-relevans

EØS-avtalen art. 102 bestemmer at EØS-komiteén skal innlemme i EØS-avtalen ny sekundærlovgivning fra EU om «an issue which is governed by this Agreement».³⁵ Det er vurderingen av om sekundærlovgivning fra EU handler om «an issue which is governed by» EØS-avtalen, som betegnes som en vurdering av EØS-relevans. Denne vurderingen foretas

³⁵ EØS-avtalen art. 102(1), jf. art. 98. Innlemmelse skjer gjennom at det inntas en henvisning til den aktuelle rettsakt i ett av EØS-avtalens vedlegg.

av EØS-komiteén, som treffer avgjørelser om hvilke regler som skal tas inn i EØS-avtalen. EØS-komiteén er et politisk organ som består av representanter fra EFTA-statene og fra EU. Vedtak i EØS-komiteén om endringer i EØS-avtalen (for eksempel innlemming av nye regler), treffes ved konsensus.³⁶ Det innebærer at alle parter må være enige for at det skal kunne gjøres endringer og nye regler innlemmes.

At alle parter i avtalen må være enige, innebærer at en avtalepart alltid har mulighet til å hindre at nye rettsakter tas inn i avtalen. Det må imidlertid trekkes et prinsipielt skille mellom to situasjoner. På den ene side er de tilfeller hvor en part (i praksis EFTA-pilaren) nekter å innlemme nye rettsakter som uomtvistet er EØS-relevante og som de dermed etter art. 102 er forpliktet til å innlemme i avtalen.³⁷ Dette kalles gjerne «veto» og gir grunnlag for en egen uenighetsprosedyre hvor de berørte deler av avtalen kan settes midlertidig ut av kraft dersom partene ikke kommer til enighet.³⁸ En slik situasjon har foreløpig aldri oppstått.³⁹ På den andre side er de tilfeller hvor EFTA-statene ikke er forpliktet gjennom EØS-avtalen til å innlemme den nye rettsakten. Det er tilfellet dersom rettsakten ikke er EØS-relevant fordi den faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, saklig eller geografisk. Det er disse tilfellene jeg skal redegjøre for her.

EØS-avtalens geografiske virkeområde kan altså ha betydning for vurderingen av EØS-relevans, og har i flere tilfeller vært diskutert av norske myndigheter i relasjon til vurderinger av om EU-regler skulle innlemmes i EØS-avtalen. I noen tilfeller har vurderingen medført at EFTA-statene har stanset innlemmelsen av de aktuelle reglene i EØS-avtalen.⁴⁰

³⁶ EØS-avtalen art. 93, i praksis løst som beskrevet på EFTA-sekretariatets nettsider (url i kildeliste).

³⁷ EØS-avtalen art. 102(1); Almestad, «The Notion of ‘Opting Out’» i Baudenbacher ed. *The Handbook of EEA Law* (Baudenbacher ed. 2016) s. 88.

³⁸ EØS-avtalen art. 102(5).

³⁹ Baur, «Suspension of Parts of the EEA Agreement: Disputes About Incorporation, Consequences of Failure to Reach Agreement and Safeguard Measures» i Baudenbacher ed. 2016 s. 71–72.

⁴⁰ Jeg har fått opplyst av Utenriksdepartementets rettsavdeling at Island, Liechtenstein og Norge har avgitt felles erklæringer til EU om at rettsakter som virker utenfor territorialfarvannet ikke inntas i avtalen som følge av EØS-avtalens geografiske virkeområde etter EØS-avtalen art. 126(1).

Det første direktivet som ikke ble innlemmet i EØS-avtalen på dette grunnlaget er – så vidt meg bekjent – havstrategidirektivet.⁴¹ Havstrategidirektivet gjelder miljøvernsstrategi for marine områder og stilte krav til kyststatenes forvaltningssystemer for havområdene under deres jurisdiksjon, det vil si territorialfarvann, økonomisk sone og kontinentalsokkel. Norske myndigheter konkluderte «basert på en helhetlig vurdering hvor forskjellen mellom direktivets og EØS-avtalens geografiske virkeområde har vært et tungtveiende moment» med at direktivet ikke skulle innlemmes i EØS-avtalen.⁴²

I 2015–2016 var det spørsmål om offshore safety-direktivet skulle innlemmes i EØS-avtalen. Også her avviste Norge å innlemme direktivet i EØS-avtalen under henvisning til EØS-avtalens virkeområde. EU-siden var ikke enig i denne vurderingen.⁴³ EU har imidlertid valgt å ikke sette uenigheten på spissen, og direktivet er ikke innlemmet i EØS-avtalen.⁴⁴

I tillegg er det meg bekjent to pågående innlemmelsesprosesser hvor norske myndigheter ønsker å innta tilpasningstekst for å unnta de delene av regelverkene som gjelder olje- og gassvirksomhet. Den ene gjelder regler om helikoptertrafikk over kontinentalsokkelen i kommisjonsforordning om sivil luftfart, som blant annet regulerer offshore helikoptertrafikk.⁴⁵ En annen gjelder regler for det europeiske sjøsikkerhetsbyrået (EMSA), som blant annet gir byrået mandat til å yte operative tjenester

⁴¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/56/EF av 17. juni 2008 om etablering av en ramme for fellesskapets tiltak innenfor havmiljøpolitikken. Se posisjonsnotat fra Miljøverndepartementet datert 26.08.2011.

⁴² Se EØS-posisjonsnotat fra Miljøverndepartementet datert 26.08.2011.

⁴³ Som det fremgår av Stortingets EU-/EØS-nytt fra 27. april 2016.

⁴⁴ EØS-avtalen art. 102 gir anvisning på prosedyre for håndtering av uenighet i EØS-komiteén med hensyn til innlemmelse av nytt regelverk som i ytterste konsekvens leder til suspensjon av deler av avtalen. Så langt har det aldri gått, se Baur, «Suspension of Parts of the EEA Agreement: Disputes About Incorporation, Consequences of Failure to Reach Agreement and Safeguard Measures» i *Baudenbacher ed.* 2016 s. 71–72.

⁴⁵ Commission Regulation (EU) 2016/1199 of 22 July 2016 *amending Regulation (EU) No 965/2012 as regards operational approval of performance-based navigation, certification and oversight of data services providers and helicopter offshore operations, and correcting that Regulation.*

ved forurensning fra olje- og gassinstallasjoner offshore, samt en tredje forordning i forlengelsen av denne.⁴⁶

Alle disse tre forordningene behandles i spesialutvalget for transport, og i EØS-posisjonsnotat har spesialutvalget foreslått tilpasningstekst ved innlemmelsen av dem som innebærer at de delene av rettsaktene som regulerer offshore-virksomhet, ikke skal gjelde i EØS.⁴⁷ Bakgrunnen er at disse operasjonene foregår utenfor territorialfarvannets grenser, og dermed etter norske myndigheters syn, utenfor EØS-avtalens virkeområde. I forbindelse med EMSA-forordningen, peker utvalget også på at det fra norsk side ikke er ønskelig å innlemme EU-regelverk om olje- og gassvirksomhet i EØS-avtalen.⁴⁸ Det forutsettes samme sted at uten tilpasningstekst, vil rettsakten bli bindende også på kontinentalsokkelen.

Ingen av disse forslagene om tilpasningstekst er behandlet i EØS-komiteén, så det er ikke mulig å si hvordan EU vil forholde seg til tilnærmingen.

Innlemmingsspørsmålene jeg har redegjort for i dette punktet, viser én tilnærming fra norske myndigheter til vurderingen av EØS-relevans av sekundærlovgivning fra EU. Tilnærmingen går ut på at regler som får anvendelse i områdene utenfor territorialfarvannet, ikke regnes som EØS-relevante og dermed nektes innlemmet i EØS-avtalen.

En annen måte norske myndigheter har håndtert sekundærlovgivning fra EU som det er klart at kan få betydning utenfor territorialfarvannet, er ganske enkelt å innlemme den i avtalen uten tilpasningstekst.⁴⁹ I disse

⁴⁶ Regulation (EU) No 100/2013 of the European Parliament and of the Council of 15 January 2013 *amending Regulation (EC) No 1406/2002 establishing a European Maritime Safety Agency*; Regulation (EU) No 911/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 *on multiannual funding for the action of the European Maritime Safety Agency in the field of response to marine pollution caused by ships and oil and gas installations*.

⁴⁷ EØS-posisjonsnotat fra Samferdselsdepartementet datert 18.09.2017 (url. i kildeliste); EØS-posisjonsnotat fra Nærings- og fiskeridepartementet om Forordning 100/2013 om endring av mandat for EMSA som endrer forordning 1406/2002 om etablering av EMSA, datert 8. april 2014.

⁴⁸ EØS-posisjonsnotat fra Nærings- og fiskeridepartementet datert 8. april 2014.

⁴⁹ Eksempler er konsesjonsdirektivet (se neste note) og kabotasjeforordningen (Rådsforordning (EØF) nr. 3577/92 av 7. desember 1992 om anvendelse av prinsippet om adgang til å yte tjenester innen sjøtransport i medlemsstatene (maritim kabotasje)).

tilfellene, hvor det ikke foreligger noen tilpasningstekst med hensyn til geografisk virkeområde, er det et spørsmål hvordan virkeområdet til rettsaktene skal fastlegges. Dette skal jeg drøfte senere, under punkt 13.2. I neste punkt skal jeg gi noen konkrete eksempler på hvordan norske myndigheter har tilnærmet seg dette spørsmålet.

2.2.2 Sekundærlovgivningens virkeområde i EØS-avtalen

Det første eksempelet på at norske myndigheter tok standpunkt til hvordan et direktiv skulle virke utenfor norsk territorialfarvann, kom i forbindelse med konsesjonsdirektivet i 1994.⁵⁰ Konsesjonsdirektivet regulerer vilkårene for konsesjoner til å utforske og utvinne hydrokarboner (f. eks. petroleum), en aktivitet som for Norges vedkommende utelukkende finner sted utenfor territorialfarvannets grenser. I den forbindelse utarbeidet Utenriksdepartementet en stortingsmelding hvor forholdet til det geografiske virkeområdet ble drøftet.⁵¹ Det ble konkludert med at direktivet var EØS-relevant, og burde innlemmes i EØS-avtalen.⁵² Det følger av det UD skrev i stortingsmeldingen, og av stortingskomitéens innstilling,⁵³ at anvendelse av konsesjonsdirektivet på norsk kontinentalsokkel ble ansett som en EØS-rettslig forpliktelse.⁵⁴

Et annet eksempel på at norske myndigheter tok standpunkt til sekundærlovgivningens virkeområde kom i forbindelse med at lufttrafikk-

⁵⁰ Europaparlaments- og rådsdirektiv 94/22/EF av 30. mai 1994 om vilkårene for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner (konsesjonsdirektivet).

⁵¹ St.prp. nr. 40 (1994–1995) om samtykke til EØS-komitéens beslutning nr. 19/95 om innlemmelse av Europaparlamentets og Rådets direktiv 94/22/EF om betingelser for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner (konsesjonsdirektivet) i EØS-avtalens Vedlegg IV Energi.

⁵² St.prp. nr. 40 (1994–1995) s. 103.

⁵³ Innst. O. nr. 73 (1994–1995) Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om lov om endringer i lov av 22. mars 1985 nr. 11 om petroleumsvirksomhet (petroleumsloven) ved innlemmelse av Europaparlamentets og Rådets direktiv 94/22/EF om betingelser for tildeling og bruk av tillatelser for leting etter og utvinning av hydrokarboner (konsesjonsdirektivet) i EØS-avtalens Vedlegg IV Energi.

⁵⁴ Merk at dette standpunktet ikke er prinsipielt problematisk selv med en tolking av EØS-avtalen som avgrenser mot økonomisk sone og kontinentalsokkel, jf. EØS-avtalen art. 119 og under, punkt 13.1.

forordningen skulle innlemmes i EØS-avtalen i 2010.⁵⁵ I høringsbrevet fra Samferdselsdepartementet skrev departementet følgende:

«Norge legger til grunn at det følger av EØS-avtalens egen virkeområdebestemmelse at lufttransportforordningen ikke gjelder for flyaktivitet på kontinentalsokkelen. Vi har derfor ikke bedt om særlige tilpasninger til forordningens eget virkeområde.»⁵⁶

Forordningen ble innlemmet i EØS-avtalen uten tilpasningstekst med hensyn til stedlig virkeområde.⁵⁷ Norge så seg likevel ikke bundet av forordningen hva gjaldt offshore-operasjoner. Synspunktet var at sekundærlovgivning som inntas i EØS-avtalen automatisk får sitt virkeområde begrenset til områdene innenfor territorialfarvannet som følge av EØS-avtalen art. 126(1).⁵⁸ Tilnærmingen skiller seg fra den spesialutvalget for transport og Samferdselsdepartementet hadde da de foreslo å innta tilpasningstekst i forordningene om sivil luftfart og om EMSA nettopp for å unngå at forordningene ble bindende på sokkelaktiviteter, omtalt i forrige underpunkt.⁵⁹

Norges unnlattelse av å implementere EØS-regler for arbeidere på norsk sokkel, har gitt opphav til en sak hos ESA mot Norge. Saken gjaldt anvendelse av trygdeforordningen for arbeidere på norsk sokkel.⁶⁰ Trygdeforordningen var innlemmet i EØS-avtalen. Saken endte med

⁵⁵ Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 1008/2008 av 24. september 2008 om felles regler for driften av lufttransporttjenester i Fellesskapet – OBS: ikke det samme som forordningen om offshore helikopteroperasjoner nevnt over, men tilsvarende problemstilling (flyvning over kontinentalsokkelen).

⁵⁶ Høringsbrev fra Det kongelige samferdselsdepartement datert 22. desember 2010, side 4. (url i kildeliste).

⁵⁷ EØS-komitéens beslutning nr. 90/2011 av 19. juli 2011 om endring av EØS-avtalens vedlegg XIII (Transport)

⁵⁸ Se nærmere drøftelse av standpunktets rettslige holdbarhet i punkt 13.1.

⁵⁹ EØS-posisjonsnotat fra Samferdselsdepartementet datert 18.09.2017 (om offshore helikopter); EØS-posisjonsnotat fra Nærings- og fiskeridepartementet datert 8. april 2014 (om EMSA).

⁶⁰ Rådsforordning nr. 1408/71/EØF om anvendelsen av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor fellesskapet.

grunnlagt uttalelse fra ESA.⁶¹ Grunnlagt uttalelse er en del av ESAs traktatbruddprosedyre, og dersom staten som mottar grunnlagt uttalelse ikke retter seg etter denne, kan ESA reise traktatbruddsøksmål.⁶² I uttalen la ESA til grunn at forordningen kom til anvendelse på norsk sokkel og at det var i strid med EØS-avtalen at reglene i forordningen ikke var gjennomført der.

Som følge av denne saken, endret Norge trygdereglene slik at også reglene for sokkelarbeidere kom i overensstemmelse med forordningen.⁶³ Det ble imidlertid forutsatt under forberedelsene til lovendringen at den var et utslag av at norske myndigheter fant den rimelig, ikke av at myndighetene anså seg forpliktet etter EØS-avtalen.⁶⁴ Det underliggende rasjonale for det standpunkt at Norge ikke var bundet av EØS-avtalen, var ifølge norske myndigheter selv at regelverk som er innlemmet i EØS-avtalen automatisk får sitt virkeområde avgrenset etter linjene for EØS-avtalens hoveddel, jf. art. 126(1).⁶⁵ Det er samme tilnærming som ved lufttrafikkforordningen i 2010.

Jeg skal redegjøre for en siste tilnærming. Den går ut på at EØS-regler som er innlemmet i EØS-avtalen uten tilpasningstekst, regnes for å regulere også aktiviteter som foregår utenfor territorialfarvannet uten at forholdet til geografisk virkeområde har vært problematisert. Dette kan både gjelde rettsakter som etter sin egen tekst klart angir sitt virkeområde til medlemsstatenes jurisdiksjon eller økonomisk sone/kontinentalsokkelen, og rettsakter som ikke har noen slik klar angivelse av eget geografisk virkeområde. I tilnærmingen hvor disse anses bindende også utenfor territorialfarvannet, ligger det implisitt at EØS-avtalen art. 126(1) ikke er til hinder for at sekundærlovgivning kan være bindende også der – og kanskje til dels at bestemmelsen ikke har noen stor betydning for virkeområdet til sekundærlovgivningen.⁶⁶

⁶¹ Grunnlagt uttalelse (*reasoned opinion*) fra ESA av 24. september 1999.

⁶² ODA-avtalen art. 31.

⁶³ Se Ot.prp. nr. 16 (2000–2001) Om lov om endringer i folketrygdloven og barnetrygdloven (trygd på kontinentalsokkelen).

⁶⁴ Ot.prp. nr. 16 (2000–2001) s. 2.

⁶⁵ *Letter of Formal Notice* fra ESA datert 10. juni 1997.

⁶⁶ Nærmere om dette i punkt 13.

Et eksempel på regelverk i denne siste kategorien, er forsyningsdirektivet (som gjelder offentlige anskaffelser).⁶⁷ Dette direktivet regulerer blant annet «activities relating to the exploitation of a geographical area for the purpose of extracting oil or gas».⁶⁸ Direktivet er innlemmet i EØS-avtalen uten tilpasningstekst,⁶⁹ og gjennomført i norsk rett.⁷⁰ Det siterte er ingen egentlig angivelse av geografisk virkeområde, men det er en angivelse av saklig virkeområde som for EFTA-statenes del klart viser at aktiviteter utenfor territorialfarvannet er omfattet av direktivets *saklige* virkeområde.

Forsyningsdirektivets forgjenger, som hadde samme ordlyd som det jeg siterte over, er praktisert av norske myndigheter på en måte som tilsier at anvendelsen av direktivets regler på virksomhet på norsk kontinentalsokkel regnes som utslag av en EØS-rettslig forpliktelse. I ESAs sak nr. 72773, søkte norske myndigheter ESA om å la direktivets unntakshjemmel få anvendelse for petroleumsaktivitet på norsk kontinentalsokkel.⁷¹ Unntakshjemmelen kommer til anvendelse på virksomheter som ikke er direkte utsatt for konkurranse, og det var på dette grunnlag norske myndigheter søkte og ESA avgjorde søknaden.⁷² Det faktum at Norge involverte ESA i saken, tilsier at Norge så de aktuelle aktivitetene som omfattet av EØS-avtalen gjennom direktivet; ESA har kun kompetanse innenfor rammene av EØS-avtalen.⁷³

Det kan nevnes andre eksempler på sekundærlovgivning som etter sitt innhold får virkning på kontinentalsokkelen uten at det er inntatt noen tilpasningstekst i EØS-komiteens beslutning. Jeg skal ikke gå inn på hvert av disse, men et eksempel som kan nevnes, er skipsforurensnings-

⁶⁷ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF (Forsyningsvirksomhetsdirektivet).

⁶⁸ Direktiv 2014/25/EU art. 14 bokstav a.

⁶⁹ Se EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 av 29. april 2016.

⁷⁰ Gjennom Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) (FOR-2016-08-12-975), se særlig § 1-9 bokstav a.

⁷¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/17/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av kontrakter innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, art. 30.

⁷² Brev fra Det kongelige olje- og energidepartement til EFTAs overvåkningsorgan datert 5.11.2012; ESAs vedtak i sak nr. 72773 datert 30. april 2013.

⁷³ EØS-avtalen art. 108(1) og ODA-avtalen art. 5.

direktivet. Det innfører sanksjoner for den som slipper ut forurensning fra skip.⁷⁴ Skipsforurensningsdirektivet får etter sin egen tekst anvendelse så langt medlemsstatene har jurisdiksjon, for eksempel i økonomisk sone, og det er i posisjonsnotat fra Miljøverndepartementet lagt til grunn at dette også gjelder for Norge.⁷⁵

Det er ingen relevante forskjeller ved innlemmelsesvedtakene for de rettsaktene som norske myndigheter har antatt at forplikter også på kontinentalsokkel og i økonomisk sone, og de hvis virkeområde er antatt begrenset i tråd med avtalens generelle virkeområde som angitt i EØS-avtalen art. 126.⁷⁶ Jeg kan heller ikke finne noe åpenbart mønster i hvilke regler som regnes for EØS-rettslig bindende også for sokkelaktiviteter, og hvilke som ikke gjør det.

Her, i punkt 2, har jeg gått gjennom norske myndigheters tilnærming til EØS-avtalens geografiske virkeområde i forskjellige sammenhenger. For å oppsummere vil jeg peke på at norske myndigheter har hatt varierende tilnærminger både innenfor samme type situasjon og mellom ulike typer situasjoner. For eksempel er noen EU-rettsakter nektet innlemmet i EØS-avtalen fordi de virker utenfor territorialfarvannet, mens andre, som også virker der, er tillatt innlemmet. Noen rettsakter er foreslått innlemmet med tilpasningstekst som unntar økonomisk sone og kontinentalsokkel fra virkeområdet, men de fleste er innlemmet uten slik tilpasningstekst og mange er regnet for bindende også utenfor territorialfarvannet. De to lagmannsrettssakene hvor spørsmålet ble reist, endte med forskjellige resultater. Alt dette skaper uvisshet for aktører fra andre EØS-stater som ønsker å drive virksomhet eller ta opp arbeid i norske havområder utenfor territorialfarvann, og det viser viktigheten av avklaring som jeg var inne på innledningsvis.⁷⁷

⁷⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/35/EF av 7. september 2005 om forurensning fra skip og introduisering av sanksjoner for overtredelser. Se EØS-komitebeslutning nr. 65/2009 av 29. mai 2009 (skipsforurensningsdirektivet).

⁷⁵ Direktiv 2005/35/EF art. 3 og gjennomføringsnotat fra Miljøverndepartementet datert 10.01.2011. Et ytterligere eksempel er Rådsforordning (EØF) nr. 3577/92 av 7. desember 1992 om anvendelse av prinsippet om adgang til å yte tjenester innen sjøtransport i medlemsstatene (maritim kabotasje).

⁷⁶ Som delvis påpekt av Almestad, «The Notion of 'Opting Out'» i *Baudenbacher ed.* 2016 s. 91.

⁷⁷ I punkt 1.2 «Spørsmålets praktiske betydning».

3 Relevant EU-rett – hvordan fastlegges EU-rettens geografiske virkeområde?

EUs medlemsstater er bundet av EU-retten også i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen i den grad de har jurisdiksjon til å utøve myndighet. I dette punktet skal jeg redegjøre forholdsvis detaljert for det rettslige grunnlaget for hvordan virkeområdet for EU-retten avgrenses. Formålet er å skape forståelse for hvordan EU-rettens system for avgrensning fungerer, redegjøre for de faktiske rammene som eksisterte når EØS-avtalen ble forhandlet samt å ha et referansegrunnlag for senere drøftelser om EØS-avtalens virkeområde.

3.1 Traktatene

I EUs traktater, både någjeldende og tidligere versjoner, forekommer det ingen eksplisitt regulering av traktatenes virkeområde utover i havet. Den bestemmelsen i EU-traktatene som svarer til EØS-avtalen art. 126(1), er traktaten om europeisk union (TEU) art. 52(1). TEU art. 52(1) har slik ordlyd:

«The Treaties shall apply to the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria [med videre opplisting av alle EUs medlemsstater].»⁷⁸

Romatraktaten, den mest sentrale av TEUs forgjengere for denne sammenhengen, hadde tilsvarende bestemmelse i art. 227(1).⁷⁹

Som ordlyden i TEU art. 52(1) viser, er reguleringen av virkeområde begrenset til å angi hvilke stater traktaten gjelder for. I TEU art. 52(2) står det at «The territorial scope of the treaties is specified in Article 355 of the Treaty on the Functioning of the European Union [TFEU] ». ⁸⁰ TFEU art. 355 lister opp visse særregler for områder som står i spesielle

⁷⁸ «The Treaties» sikter til TEU og TFEU, jf. TEU art. 1(2).

⁷⁹ Romatraktaten av 25. mars 1957.

⁸⁰ TFEU art. 355 tilsvarer Romatraktaten art. 227(2)-(5).

rettslige forhold til medlemsstater. For eksempel unntas Færøyene helt og Isle of Man delvis, som følge av deres spesielle status i henholdsvis dansk og britisk rett. Det viktige er å merke seg at det heller ikke her fremgår noe om hvorvidt havområder er omfattet av virkeområdet.

Traktatteksten har ikke hatt noen synlig funksjon i EU-domstolens praksis vedrørende EU-rettens virkeområde i havområder. Som jeg kommer tilbake til i neste punkt, har EU-domstolen gått direkte til folkeretten for å etablere hvor EU-retten skal gjelde.⁸¹ Fra et teoretisk ståsted kan imidlertid traktatens betydning for drøftelsene til EU-domstolen, konstrueres. Traktatteksten inneholder ingen direkte regler om virkeområde i havområder, men den er kanskje styrende for hvilke folkerettslige regler som er relevante for løsningen av spørsmålet. Ved at traktatteksten kun inneholder angivelse av visse stater, kan den ha ledet rettsanvenderen inn i folkerettens regler om statsjurisdiksjon. Synspunktet er da at havområdene under statens jurisdiksjon, utgjør en del av selve staten ved at statens myndigheter kan utøve statsmakt der.

3.2 EU-domstolens praksis og sekundærlovgivning

Det er EU-domstolens praksis som danner det klareste og mest utfyllende grunnlaget for regelen om EU-rettens anvendelse i havområder. Den relevante praksisen fra EU-domstolen handler om virkeområde for ulike deler av sekundærlovgivningen.

I EU-retten er det slik at traktatene danner rammen for sekundærlovgivningens virkeområde. Det har sammenheng med at fellesskapsinstitusjonenes lovgivningskompetanse hentes fra traktatene.⁸² Det følger også av EU-domstolens praksis at sekundærlovgivningen som utgangspunkt regnes for å ha samme virkeområde som traktatene, altså at dens virkeområde som utgangspunkt heller ikke er snevrere

⁸¹ *Kuijper*, Pieter Jan i Court of Justice of the European Union (eds.) *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, s. 601–602.

⁸² Til illustrasjon TFEU art. 288.

enn traktatenes.⁸³ Praksis om sekundærlovgivningens virkeområde, har dermed også den funksjon at den belyser traktatenes virkeområde.⁸⁴

3.2.1 Sakene i EU-domstolen

Det har vært seks saker for EU-domstolen hvor EU-domstolen i ulike problemkomplekser har uttalt seg om EU-rettens stedlige virkeområde i havområder.⁸⁵ Den første var C-61/77 *Kommisjonen mot Irland*, og den hittil siste var C-266/13 *Kik*. EU-domstolens praksis har vært konsistent gjennom alle dommene hvor problemstillingen med stedlig virkeområde i havområder har vært et tema.

Praksis fra før 1992

Den praksisen som er mest direkte relevant å ha som bakgrunn i denne oppgaven, er den som forelå før 1992, da EØS-avtalen ble underskrevet. Denne vil ha gitt de forhandlende parter kunnskap om hva som var regelen i EU-retten, og kan dermed bidra til å belyse partenes forutsetninger ved avtaleinngåelsen.⁸⁶

Det er C-61/77 *Kommisjonen mot Irland* og C-9/89 *Spania mot Rådet* som er aktuelle i den sammenheng. I C-61/77 hadde Kommisjonen klaget

⁸³ C-61/77 *Kommisjonen mot Irland* premiss 46.

⁸⁴ Dette er annerledes i EØS, se punkt 13.1.

⁸⁵ Med forbehold for at jeg ikke har funnet alle. Jeg skal gå gjennom fire av disse, men utelater sakene C-6/04 *Kommisjonen mot Storbritannia* (se avsnitt 117) og C-111/05 *Aktiebolaget NN* (se, forutsetningsvis, avsnitt 59), fordi jeg ikke finner at de tilføyer noe utover det som belyses av de øvrige fire avgjørelsene. Saken C-37/00 *Weber*, er ikke tatt med i oppregningen fordi den i prinsippet gjelder en annen avtale (Brussekonsvensjonen), men den er helt på linje med øvrig praksis. Dommen i forente saker 3, 4 og 6/76 *Kramer et. al.* er heller ikke med, fordi domstolen der ikke uttaler seg direkte om EU-rettens virkeområde, men samme prinsipp som i de andre dommene legges til grunn for det som i den saken er en drøftelse av kompetansefordeling mellom Fellesskapet og medlemsstatene med hensyn til internasjonale avtaler.

⁸⁶ Det er relevant for lojalitetsvurderingen etter Wien-konvensjonen art. 31(1). Om folkerettslig metode og valg av metode for tolkingen av EØS-avtalen art 126(1), se punktene 5 og 6. Merk at EU-domstolens praksis med hensyn til EU-rettens virkeområde ikke er en rettskilde for tolking av EØS-avtalen, og det er derfor ikke aktuelt å problematisere EØS-avtalen art. 6 og ODA-avtalen art. 3(2) om praksis fra status av EU-domstolens praksis som rettskilde i EØS-retten.

inn Irland for EU-domstolen fordi Irland av eget tiltak hadde iverksatt vernetiltak for fiskebestandene i områder inntil 200 nautiske mil ut i havet. Rådsforordning 101/76 (EØF) om felles strukturpolitikk innen fiskeri, hadde en regel i artikkel 2(1) som blant annet sa at medlemsstater skulle sikre «equal conditions of access to and use of the fishing grounds situated in [the maritime waters coming under its sovereignty or within its jurisdiction] for all fishing vessels flying the flag of a Member State and registered in Community territory».⁸⁷ Irland viste til en regel i forordningens art. 2(3), hvor det fremgikk at havområder under medlemsstatens jurisdiksjon var «those which are so described by the laws in force in each Member State».⁸⁸ Irske myndigheter argumenterte med at ordlyden «in force» siktet til lovene som gjaldt ved forordningens ikrafttredelse, på hvilket tidspunkt irske lover satte grensene for irsk jurisdiksjon til 12 nautiske mil fra grunnlinjen. I ettertid var imidlertid irsk jurisdiksjon utvidet til 200 nautiske mil fra grunnlinjen.⁸⁹

EU-domstolen begynte sitt resonnement med å slå fast at sekundærlovgivning i prinsippet har samme geografiske virkeområde som traktatene. Dermed, mente EU-domstolen, måtte forordningen forstås slik at den viste til grensene for fellesskapsrettens anvendelse som sådan, slik de til enhver tid måtte være.⁹⁰ Denne konklusjonen bygger på at utvidet jurisdiksjon automatisk medfører tilsvarende utvidelse i fellesskapsrettens anvendelsesområde, altså at de to størrelsene (jurisdiksjon og fellesskapsrettens anvendelsesområde) er like.

Etter denne saken – om ikke før – var det klart at fellesskapsrettens virkeområde som utgangspunkt fulgte medlemsstatenes jurisdiksjon. Verken EU-domstolen eller partene i saken problematiserte at territorialfarvannet kunne representere noen grense for fellesskapsrettens anvendelsesområde. Slik rådsforordningen var formulert, med direkte henvisning til partenes jurisdiksjon, er det tydelig at også Rådet mente

⁸⁷ Council Regulation (EEC) No 101/76 of 19 January 1976 *laying down a common structural policy for the fishing industry*, OJ L 20, 28.1.1976, p. 19–22, artikkel 2(1) annet jf. første avsnitt.

⁸⁸ Samme sted, art. 2(3).

⁸⁹ EU-domstolens dom i sak C-61/77 avsnitt 38–40.

⁹⁰ Samme sted, avsnitt 47.

fellesskapsretten fulgte medlemsstatenes jurisdiksjon.⁹¹ På den bakgrunn er det naturlig å slå fast at regelen om at fellesskapsretten følger medlemsstatenes jurisdiksjon, og ikke er avgrenset av geografiske kriterier, gjaldt i EU-retten også forut for denne saken. Det er således ikke en regel som er skapt av EU-domstolen, men bare anvendt av den.

I den andre saken som var behandlet før 1992, sak C-9/89 *Spania mot Rådet*, hadde spanske myndigheter anlagt sak mot Rådet med påstand om at rådsforordning 3483/88/EØF om visse kontrolltiltak for fiskeri,⁹² var ugyldig («void»). En av innsigelsene til Spania angikk en bestemmelse i forordningen om straffeforfølgning av overfiske. Spania mente det var problematisk at forordningen påla medlemsstatene å straffeforfølge overfiske utenfor deres territorium, da de mente de ikke hadde jurisdiksjon til det. EU-domstolen viste til at forordningen bare påla statene å handle innenfor sin jurisdiksjon.⁹³ Som i saken C-61/77, omtalt over, legger EU-domstolen til grunn som en selvfølge at EU-retten har virkning også utenfor territorialfarvannet i den utstrekning medlemsstaten har suverenitet eller jurisdiksjon.

Slik jeg forstår saken over, var en av Spanias bekymringer at de skulle komme i en situasjon der de enten måtte la være å følge EU-reglens påbud om straffeforfølgelse eller oppta en forfølgelse de etter alminnelig folkerett ikke var bemyndiget til å gjøre. Denne bekymringen hadde ikke grunnlag. En konsekvens av regelen om at EU-retten følger medlemsstatens jurisdiksjon, er at en medlemsstat aldri vil kunne komme i brudd med EU-retten fordi de unnlater å gjøre tiltak de etter folkeretten ikke har myndighet til.

⁹¹ Rådet (Den europeiske unions råd) består av én fagminister fra hver medlemsstat, hvilken minister avhenger av sakstype som skal avgjøres. Rådet har lovgivningskompetanse i EU.

⁹² Council Regulation (EEC) No 3483/88 of 7 November 1988 amending Regulation (EEC) No 2241/87 establishing certain control measures for fishing activities (Official Journal 1988, L 306, p. 2).

⁹³ Sak C-9/89 *Spania mot Rådet* avsnitt 26–29 (sitat avsnitt 29).

Nyere praksis

For å belyse hvordan kriteriene for avgrensning av geografisk virkeområde i EU-retten fungerer, skal jeg redegjøre for dommene i sak C-347/10 *Salemink* og sak C-266/13 *Kik*.⁹⁴ Sakene illustrerer godt hvordan EU-domstolen bruker folkeretten for å fastlegge EU-rettens virkeområde og hvor skillelinjene for det geografiske virkeområdet trekkes. Begge sakene gjaldt anvendelse av rådsforordning 1408/71 om trygdeordninger,⁹⁵ og begge gjaldt arbeid som hadde foregått over den nederlandske kontinentalsokkelen.

I sak C-347/10 *Salemink* var saksforholdet at arbeidstakeren, Salemink, hadde arbeidet på en gassutvinningsplattform over nederlandsk kontinentalsokkel. Salemink var nederlandsk statsborger bosatt i Spania. Han var blitt arbeidsufør, og det nederlandske arbeidstrygdebyrået UWV hadde nektet ham uføretrygd. Bakgrunnen var at etter nederlandsk lov var forsikring (tilsvarende medlemskap i trygdeordning) obligatorisk bare dersom arbeidstakeren enten arbeidet i Nederland eller både arbeidstaker og arbeidsgiver henholdsvis bodde og hadde hovedkontor i Nederland. Ettersom Salemink hadde flyttet til Spania, og arbeidet foregikk utenfor Nederlands territorialfarvann, falt han utenfor ordningen. Salemink gikk til sak og mente at hans rett til medlemskap i den nederlandske trygdeordningen fulgte av rådsforordning 1408/71 og at denne var anvendelig også på kontinentalsokkelen.

Den nasjonale domstolen forklarte at Nederland hadde valgt å ikke utøve sine suverene rettigheter på kontinentalsokkelen for så vidt gjaldt trygdeordninger, og lurte på om dette kunne begrunne at EU-reglene ikke ble gitt anvendelse der. Dermed var spørsmålet for EU-domstolen om en medlemsstat har frihet til å behandle arbeidere med arbeidssted innenfor

⁹⁴ C-347/10 A. *Salemink mot Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut weknemersverzekeringen (UWV)*, 17. januar 2012; C-266/13 L. *Kik mot Staatssecretaris van Financiën*, 19. mars 2015

⁹⁵ Rådsforordning nr. 1408/71/EØF om anvendelsen av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor fellesskapet.

statens funksjonelle jurisdiksjon over kontinentalsokkelen,⁹⁶ annerledes enn arbeidere som arbeider innenfor statens territorialfarvannsgrense.⁹⁷

EU-domstolen refererte først fra rådsforordning 1408/71 art. 13(2)(a), hvoretter «a person employed in the territory of one Member State shall be subject to the legislation of that State even if he resides in the territory of another Member State».⁹⁸ Den nederlandske stat og arbeidstrygdebyrået hadde begge anført at verken forordningen eller EU-retten generelt, fikk anvendelse på en sak som den foreliggende hvor arbeidet foregikk på en gassutvinningsplattform plassert utenfor nederlandsk territorialfarvann.⁹⁹

For å vurdere anførselene om at EU-retten ikke fikk anvendelse i saken, innledet EU-domstolen med å slå fast at «reference must be made to the rules and principles of international law relating to the legal regime applicable to the continental shelf».¹⁰⁰

Etter at EU-domstolen har slått fast at utgangspunkt må tas i folkeretten, følger en lengre redegjørelse for folkerettslige kilder som viser hvilke regler som gjelder for statens suverenitet og jurisdiksjon på kontinentalsokkelen. EU-domstolen viser til en dom fra the International Court of Justice (ICJ) i de såkalte *North Sea Continental Shelf Cases*,¹⁰¹ hvor ICJ kom til at kyststaten har suverene rettigheter over kontinentalsokkelen som er en naturlig forlengelse av dens landareal, for det formål å utforske og utnytte ressurser på havbunnen.¹⁰²

Den neste kilden EU-domstolen viser til, er FNs havrettskonvensjon del VI om kontinentalsokkelen, artiklene 77 og 80. Disse artiklene bestemmer kort fortalt at kyststaten har suverene, eksklusive rettigheter

⁹⁶ Funksjonell jurisdiksjon vil jurisdiksjon som beror på en kombinasjon av saklige og geografiske kriterier – innen hver av de maritime sonene er det ulike saklige kriterier for at kyststaten skal ha jurisdiksjon.

⁹⁷ C-347/10 *Salemink* avsnitt 24. Merk at den nasjonale domstolen ikke i og for seg ikke trodde at EU-retten kun fikk anvendelse innenfor territorialfarvannet.

⁹⁸ C-347/10 *Salemink* avsnitt 29.

⁹⁹ C-347/10 *Salemink* avsnitt 30.

¹⁰⁰ C-347/10 *Salemink* avsnitt 31.

¹⁰¹ ICJ Dom 20. februar 1969 (Reports, 1969, s. 3) *North Sea Continental Shelf cases*.

¹⁰² Det samme fremgikk for øvrig på den tiden av FNs Genève-konvensjon om kontinentalsokkelen fra 1964, men denne kunne ikke danne rettsgrunnlag i saken fordi den ikke var ratifisert av de aktuelle land på tidspunktet tvisten gjaldt.

over kontinentalsokkelen for å utforske og utvinne ressurser der, samt eksklusiv rett til å ha og regulere bruken av installasjoner som for eksempel plattformer for utvinning av olje og gass.

I avsnitt 35 resonnerer EU-domstolen at ettersom en medlemstat har suverenitet over kontinentalsokkelen for så vidt gjelder utforsking og utvinning av naturressurser fra faste eller flytende installasjoner som den saken gjaldt, så var det slik at «work carried out on fixed or floating installations positioned on the continental shelf, in the context of the prospecting and/or exploitation of natural resources, is to be regarded as work carried out in the **territory** of that State for the purposes of applying EU law». ¹⁰³(min utheving)

I forlengelsen av dette sitatet fra *Salemink*-saken, vil jeg påpeke EU-domstolens bruk av ordet «territory». Det EU-domstolen sier i den siste setningen, er at i EU-rettslig sammenheng skal kontinentalsokkelen – så lenge det er snakk om aktiviteter under medlemstatens suverenitet og jurisdiksjon – regnes som en del av medlemsstaten *territorium*. Merk også at forordningens egen ordlyd var «territory», ¹⁰⁴ og at det ikke problematiseres av EU-domstolen at dette kanskje kunne innsnevre forordningens virkeområde sammenlignet med traktatene. ¹⁰⁵

Jeg innledet omtalen av sak C-347/10 *Salemink*, med å si at det var to saker som var velegnede til å illustrere hvordan EU-rettens virkeområde i havet fastlegges, som begge gjaldt rådsforordning 1408/71. Den andre saken er sak C-266/13 *Kik*. I den saken kom EU-domstolen til at arbeidet ikke var utført innenfor EU-rettens virkeområde, og jeg vil derfor trekke opp hovedlinjene for å kunne kontrastere de to sakene mot hverandre.

I C-266/13 *Kik* hadde arbeidstakeren Kik, en nederlandsk statsborger som bodde i Nederland, arbeidet på et fartøy som seilte under Panamas flagg. Fartøyets oppdrag var å legge rør, delvis på nederlandsk kontinentalsokkel, delvis på åpent hav og delvis på britisk kontinentalsokkel. Først var Kik ansatt av et nederlandsk selskap, men han ble

¹⁰³ C-347/10 *Salemink* avsnitt 35.

¹⁰⁴ Rådsforordning 1408/71 art. 13(2)(a) «a person employed in the territory of one Member State [...]».

¹⁰⁵ Se mer om betydning for tolkingen av EØS-avtalen under i punkt 9.5.

senere ansatt av et sveitsisk selskap for å gjøre den samme jobben. Saken gjaldt de samme nederlandske trygdereglene som *Salemink*-saken, men problemkomplekset var et litt annet. Kik mente at han, fordi han jobbet sammenhengende utenfor nederlandsk territorialfarvann, ikke var dekket av den obligatoriske trygdeordningen. Han ønsket å slutte å bli trukket for de obligatoriske innbetalingene.

I avsnitt 40 slår EU-domstolen raskt fast at arbeid om bord på et rør-nedleggende fartøy over en medlemstats kontinentalsokkel, ikke kan regnes som arbeid foretatt på medlemstatens territorium. Dette fordi kyststatens suverene rettigheter etter havrettskonvensjonen artikkel 79, ikke omfatter regulering av denne type fartøy. Arbeidet foregikk dermed utenfor nederlandsk jurisdiksjon. *Salemink*-dommen og *Kik*-dommen sett i sammenheng, gir god illustrasjon av kriteriene for avgrensning av EU-rettens geografiske virkeområde etter medlemsstatenes jurisdiksjon. Den relevante forskjell var at aktiviteten arbeidet deres var knyttet til, lå henholdsvis innenfor og utenfor kyststatens jurisdiksjon over kontinentalsokkelen.

Selv om arbeidet i *Kik*-saken ikke foregikk på medlemsstatens territorium, ble det konkludert med at EU-retten skulle gjelde i saken. Begrunnelsen bygget imidlertid på en annen gren av EU-domstolens praksis om ekstraterritoriell virkning for EU-retten basert på en lære om «tilstrekkelig nær tilknytning» til EU. Dette har jeg vært inne på som en alternativ måte å knytte også aktiviteter utenfor territorialfarvannet til EØS-avtalens virkeområde, dersom EØS-avtalens virkeområde skulle være avgrenset til territorialfarvannet.¹⁰⁶ Jeg kommer nærmere tilbake til denne læren mot slutten av oppgaven, i punkt 12.2.2.

En fellesnevner ved EU-domstolens praksis om geografisk virkeområde for EU-retten, er at EU-domstolen aldri gjennomfører noen egentlig drøftelse av om EU-retten skal avgrenses i henhold til medlemsstatenes jurisdiksjon. Som jeg var inne på, fremstår denne regelen å ha vært helt sikker fra før den første dommen i sak C-61/77 omtalt over. EU-domstolens kommentarer og drøftelser handler heller om *hvordan* regelen skal praktiseres og om hva den innebærer. Heller ikke her har

¹⁰⁶ Alternativ to som nevnt i 1.1 og 2.1.

EU-domstolen vist noen tvil. Resonnementene bærer preg av å være forklaringer, snarere enn undersøkelser. EU-domstolens tilnærming har vært konsistent gjennom hele dens virketid og gjennom ulike problemkomplekser. Det gir tilnærmingen karakter av å være en generell norm som kan anvendes på alle spørsmål om EU-rettsens anvendelse i havområder.

Det er likevel verdt å nevne at *Salemink*-saken viste at det kan ha vært noe usikkerhet om EU-rettsens virkeområde i havområder blant EUs medlemsstater.¹⁰⁷ Dette kunne tilsi at regelen om EU-rettsens anvendelsesområde ikke var så klar for EU-statene som EU-domstolens praksis tyder på. Det kan igjen få betydning for hva det kan legges til grunn at EFTA-statene under EØS-forhandlingene måtte vite om hvordan virkeområdet til Romatraktaten ble fastlagt, som igjen kan få betydning for hva EFTA-statene hadde grunn til å tro at EU mente om EØS-avtalens geografiske virkeområde. På den annen side er det visse holdepunkter i staten Nederlands anførsler i *Salemink*-saken for at den varierende praksis i medlemsstatene ikke skyldtes feil oppfatning av det prinsipielle utgangspunkt, men feil oppfatning av hvordan reglene om jurisdiksjon fungerer. Det kan også tenkes at ikke alle EU-stater gjør sitt ytterste for å oppfylle alle sine EU-forpliktelser. Det skal jeg ikke spekulere mer i. Som jeg skal komme tilbake til i punkt 10 om historikk, hadde Norge andre holdepunkter for å vite hvordan EU så på spørsmålet om geografisk virkeområde for EU-retten, så for sammenhengen i denne oppgaven er den varierende praksisen blant EUs medlemsstater av mindre betydning.

3.2.2 Oppsummering

I EU-retten sies det gjerne at virkeområdet er avgrenset etter *funksjonelle kriterier*. Det jeg har redegjort for i dette punktet, er i prinsippet hva som ligger i funksjonelle kriterier. Det jeg har vist, er at EU-retten selv ikke angir noen ytre geografisk ramme for sin anvendelse, men henviser til

¹⁰⁷ Se også kommentarer rundt varierende praksis i EF i Ot.prp. nr. 16 (2000–2001) *Om lov om endringer i folketrygdloven og barnetrygdloven (trygd på kontinentalsokkelen)* s. 2, med henvisning til rådsforordning 1408/71.

sine medlemsstater. Hvordan medlemsstatenes grenser trekkes i havet, bestemmes i et samspill mellom nasjonal rett og folkerett, ved at folkeretten angir rammene for nasjonal kompetanse til å hevde jurisdiksjon i maritime soner, og medlemsstatene velger i hvilken utstrekning de vil benytte sitt folkerettslige handlingsrom. Slik har EU-retten selv statiske kriterier for anleggelse av sitt virkeområde – sine medlemsstater – selv om virkningen av kriteriene har rom for dynamikk ved at referansepunktene utenfor EU-retten kan endre seg og EU-rettens virkeområde vil da følge etter. Virkeområdet følger medlemsstatenes jurisdiksjon. Det gjøres ikke forskjell på bestemmelsene i EU-retten (i traktater, direktiver eller forordninger); alle har som prinsipielt utgangspunkt samme geografiske virkeområde.

I neste punkt skal jeg begynne på oppgavens andre del som består av drøftelser knyttet til EØS-avtalens virkeområde. Det første jeg skal drøfte, er om Wien-konvensjonen art. 29 kan ha betydning for fastleggelsen av EØS-avtalens virkeområde til havs.¹⁰⁸

4 Wien-konvensjonen artikkel 29

4.1 Innledning

Wien-konvensjonen art. 29¹⁰⁹ angir den eneste generelle folkerettslige regelen om traktaters geografiske virkeområde. Derfor er det av interesse å undersøke hva denne regelen går ut på, og eventuelt i forlengelsen av det vurdere om regelen har normative virkninger for EØS-avtalens virkeområde. Wien-konvensjonen art. 29 har følgende ordlyd:

¹⁰⁸ Se neste note.

¹⁰⁹ Wien-konvensjonen om traktatretten 23. mai 1969, heretter bare Wien-konvensjonen.

«Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.»

Bestemmelsen består av to deler, en presumsjon eller hovedregel («a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory») og en reservasjon, eller unntak om man vil («unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established»). Jeg skal konsentrere meg om innholdet i presumsjonen for å undersøke om den kan gi normative føringer for hvilket virkeområde EØS-avtalen art. 126(1) skal ha, om en tolking av EØS-avtalens tekst ikke skulle gi noen sikker løsning.

4.2 Relevans

Wien-konvensjonen gjelder ikke direkte for EØS-avtalen. Det følger for det første av at EØS-avtalen er inngått mellom stater og en internasjonal organisasjon (EF), og konvensjonen etter sin artikkel 1 kun gjelder for traktater mellom stater.¹¹⁰ For det andre var det en rekke av statene som var med å forhandle fram EØS-avtalen, ikke tilsluttet Wien-konvensjonen, herunder Norge.¹¹¹

Deler av Wien-konvensjonen gjelder imidlertid uavhengig av selve konvensjonen, fordi reglene regnes for å gi uttrykk for folkerettslig sedvanerett som er bindende for alle stater.¹¹² Wien-konvensjonen art. 29 regnes i utgangspunktet som en slik bestemmelse.¹¹³ Om standpunktet

¹¹⁰ En egen variant er laget for traktater hvor andre enn stater er parter, Wien-konvensjonen av 1986. Denne er ikke trådt i kraft som følge av at for få land har signert. (32 land har signert, 35 er påkrevet, se url i kildeliste.)

¹¹¹ Øvrige stater som ikke var tilsluttet Wien-konvensjonen 1969 var Island, Belgia, Luxemburg og Frankrike. Belgia ble tilsluttet Wien-konvensjonen senere i 1992, Luxemburg hadde signert, men ratifiserte først i 2003 og Frankrike er fremdeles ikke tilsluttet. (Se liste over tilsluttede nasjoner: url i kildeliste)

¹¹² Se nærmere punkt 6.1.

¹¹³ *Yearbook of the International Law Commission (YILC) 1966 vol II (Draft articles on the Law of Treaties with commentaries)* s. 213 avsnitt 2 hvor det fremgår at bestemmelsen bygget på datidens *opinio juris*. Også: Zemanek, Karl, «Vienna Convention on the Law of Treaties Vienna, 23 May 1969» på Audiovisual Library of International Law, FN, under «Summary of key provisions». Url i kildeliste.

krever nærmere gransking, avhenger av hvilket innhold bestemmelsen har. Jeg vil derfor begynne med å undersøke om Wien-konvensjonen art. 29 regulerer det spørsmålet som er tema for denne oppgaven, altså traktaters virkeområde i havområder utenfor territorialfarvann.

4.3 Ordlyd og travaux préparatoires

For så vidt gjelder Wien-konvensjonen art. 29, er det god dekning i juridisk litteratur og i forhistorien til bestemmelsen, for at ordet «territory» skal forstås som landområder, havområder så langt ut som territorialfarvann, og luftrommet over disse.¹¹⁴

Formuleringen i Wien-konvensjonen art. 29, med ordet «entire», tyder på at meningen med bestemmelsen var å markere at dersom en traktat skulle ha et mindre omfattende virkeområde enn hele statens territorium, så måtte dette fremgå. Det står ikke noe direkte i ordlyden om virkning utover det som etter konvensjonen skal regnes som «territory». Det er hvordan Wien-konvensjonen art. 29 regulerer traktaters virkeområde i havområder utenfor territorialfarvannet som er det interessante spørsmålet for vurderingen av EØS-avtalens virkeområde i disse områdene. Ordlyden gir ikke noe klart svar på om Wien-konvensjonen art. 29 overhode regulerer dette spørsmålet.

Ettersom ordlyden etterlater tvil om hvordan Wien-konvensjonen art. 29 skal forstås med hensyn til konvensjoners virkeområde på kontinentalsokkelen og i økonomisk sone, gir Wien-konvensjonen art. 32 bokstav a grunnlag for å se hen til «preparatory work and the circumstances of its conclusion». Det foreligger relativt omfattende materiale som kaster lys over prosessen med å vedta Wien-konvensjonen art. 29.

¹¹⁴ Dette følger av YILC 1966, vol. II s. 213 avsnitt 3 til artikkel 25. Se også Villiger, Mark E.: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Boston 2009 (Villiger 2009) s. 392 og Karagiannis i Corten, Olivier og Pierre Klein eds.: *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary vol. I*; Oxford 2011 (Corten/Klein 2011) s. 753.

I denne sammenhengen er det særlig drøftelsene i, og kommentarene fra, International Law Commission (ILC) som er av interesse.¹¹⁵

Fra disse drøftelsene fremgår det blant annet at Nederland hadde bekymringer knyttet til at det kunne oppstå usikkerhet med hensyn til om traktater omfattet kontinentalsokkelen. Nederland fremmet blant annet derfor forslag om følgende tilleggsformulering til bestemmelsen:

«the scope of a treaty extends to the entire territory of each party, and beyond it as far as the jurisdiction of the state extends under international law[...]».¹¹⁶

Hensikten med forslaget var at traktater som angikk kontinentalsokkelen, også skulle få virkning der. Forslaget fikk ikke gjennomslag.

I diskusjonen i ILC var det delte meninger om behovet for og ønskeligheten av en slik type bestemmelse.¹¹⁷ Meningene om forslaget knyttet til kontinentalsokkelen druknet imidlertid i en diskusjon knyttet til om bestemmelsen burde regulere ekstraterritoriell anvendelse av traktater i betydningen anvendelse på avhengige territorier og lignende. Diskusjonene gikk først og fremst på faren for at vidtrekkende formuleringer knyttet til statenes jurisdiksjon skulle lede tanken hen til tidligere tiders «colonial clause», et sårt punkt i datidens storpolitikk.¹¹⁸

Den diskusjonen som gikk mer direkte på spørsmålet om traktaters virkeområde utenfor statens territorium, dreide seg om åpent hav, ytre rom og Antarktis, det vil si områder utenfor noen stats suverenitet.¹¹⁹ Det ble ikke laget noen regel om dette, i hvert fall delvis begrunnet i at det var praktisk umulig, og det ble i denne sammenheng vektlagt at bestemmelsen ikke skulle være til hinder for («not prejudice») anvendelse

¹¹⁵ *Yearbook of the International Law Commission (YILC)* 1966, vol. I del II s. 48 flg., vol. II s. 64–66 og s. 213–214.

¹¹⁶ YILC 1966 vol. II s. 64–65.

¹¹⁷ YILC 1966 vol. I s. 48 flg, hvor for eksempel Mr. Yasseen uttrykker seg positiv (avsnitt 5 s. 49) og Mr. De Luna negativt (avsnitt 11 s. 49).

¹¹⁸ YILC 1966 vol. I s. 48 flg. Se for eksempel Mr. Bartošavsnitt 17 flg. s. 50 og

¹¹⁹ YILC 1966 vol. I s. 48 flg. For eksempel Mr. Jimenez de Aréchaga avsnitt 25 s. 50.

av en traktat utenfor staters territorium.¹²⁰ Spørsmålet om traktaters virkeområde på kontinentalsokkelen ble ikke drøftet i detalj.

I de endelige kommentarene til Wien-konvensjonen art. 29, som må antas å uttrykke grunnlaget for enighet i kommisjonen og for forståelse av traktaten, er diskusjonen om traktaters virkeområde utenfor statens territorium behandlet.¹²¹ Der fremgår det at visse land hadde uttrykt det syn at bestemmelsen kunne forstås slik at den avgrenset traktaters virkeområde til partenes territorier, og foreslått endringer som medførte at bestemmelsen også regulerte ekstraterritoriell anvendelse av traktater. Kommisjonen presiserte at bestemmelsen ikke må forstås slik at den dekker «the whole topic of the application of treaties from the point of view of space». Bestemmelsen var ifølge Kommisjonen ment å behandle bare «the limited topic of the application of a treaty to the territory of the respective parties». En bestemmelse som også skulle romme «the law regarding the extraterritorial application of treaties» ble for komplisert og ble derfor ansett utilrådelig å vedta.¹²²

Disse uttalelsene tyder på at det ikke var meningen at Wien-konvensjonen art. 29 skulle regulere i hvilken grad traktater skulle ha virkning i havområder utenfor territorialfarvannet. En slik tolkning samsvarer med ordlyden «entire territory», som som sagt tilsier at det var begrensninger i virkeområde som var ment omfattet. Slik er bestemmelsen også tolket av *Karagiannis*.¹²³ *Villiger* later til å ha et annet syn. Han nevner utvidelse av virkeområde, for eksempel til «the high seas» som noe som må dekkes av unntaksformuleringen Wien-konvensjonen art. 29.¹²⁴

Som klar støtte for en konklusjon hvoretter Wien-konvensjonen art. 29 ikke er bærer av noen regel verken for eller mot traktaters virkeområde utenfor territorialfarvannets grenser, kan nevnes EU-domstolen dom i sak C-37/00 *Weber*.¹²⁵ Her tok EU-domstolen stilling til et spørsmål om geografisk

¹²⁰ YILC 1966 vol. I s. 48. flg, se særlig Mr. Ago avsnitt 42 s. 52 og Mr. El-Erian avsnitt 61 s. 53.

¹²¹ YILC 1966 vol. II s. 213–214 avsnitt 5 til art. 25 (vedtatt som 29).

¹²² YILC 1966 vol. II s. 213–214 avsnitt 5 til art. 25 (vedtatt som 29).

¹²³ Karagiannis i *Corten/Klein* 2011 s. 754 flg.

¹²⁴ *Villiger* 2009 s. 391–392.

¹²⁵ C-37/00 *Herbert Weber v. Universal Ogden Services Ltd.* 27. februar 2002

anvendelsesområde for Brusselkonvensjonen om verneting.¹²⁶ EU-domstolen nevnte Wien-konvensjonen art. 29, men vurderte Brusselkonvensjonens anvendelse på nederlandsk kontinentalsokkel helt uaffisert av denne bestemmelsen. Resultatet ble at Brusselkonvensjonen hadde virkning også på kontinentalsokkelen, basert på reglene om jurisdiksjon over kontinentalsokkelen i den dagjeldende Genève-konvensjonen om kontinentalsokkelen.

Sett i sammenheng med de andre kildene, legger jeg begrenset vekt på *Villigers* korte og ubegrunnede kommentar (nevnt over).

Konklusjonen er at Wien-konvensjonen art. 29 ikke regulerer spørsmålet om en traktats virkeområde utenfor statens territorialfarvann. Bestemmelsen gir ikke grunnlag for å si at traktater gjelder utenfor en stats territorialfarvann, men den gir heller ikke grunnlag for noen presumsjon om det motsatte. Med denne konklusjonen er det ingen hensikt i å vurdere om bestemmelsens innhold er bindende i kraft av status som folkerettslig sedvanerett.

5 Metode for tolking av EØS-avtalen artikkel 126

EØS-avtalen er en folkerettslig traktat som dermed er underlagt folkerettslige prinsipper for tolking av traktater. Det er en tilsynelatende ukontroversiell påstand, men hvor ukontroversiell den er kan bero på hvordan man oppfatter forholdet mellom folkerettslig metode og det som kan omtales som EU-/EØS-spesifikk metode. EU-/EØS-spesifikk metode har vært gjenstand for mye faglig diskurs.¹²⁷ Det er ikke i alle henseender

¹²⁶ Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, Brussel 1968.

¹²⁷ For eksempel Fredriksen, Halvard Haukeland: «Hvem bestemmer i EØS-retten? – noen betraktninger om størrelsen «gjeldende EØS-rett»», Tidsskrift for rettsvitenskap 2010 s. 247–287 og Rognstad, Ole-Andreas: «EU-domstolen avgjør ikke alltid tolkningen av EØS-avtalen – en replikk til Halvard Haukeland Fredriksen», Tidsskrift for rettsvitenskap 2011 s. 658–668.

helt klart hva som er EØS-rettslig metode, nettopp fordi avtalen eksisterer i et spenn mellom det EU-rettslige og integrasjonistiske på den ene side og det mellomstatlige og suverenitetsorienterte på den andre.

Det meste av problematikken rundt EØS-rettslig metode, er knyttet til i hvilken grad EØS-avtalen kan tolkes dynamisk under henvisning til homogenitetsprinsippet.¹²⁸ Homogenitetsmålsettingen er et sentralt prinsipp i EØS-retten og innebærer at det så langt mulig skal være samsvar mellom regelverket i EU og regelverket i EFTA-statene innenfor EØS-avtalens virkeområde, jf. blant annet EØS-avtalen art. 1 og fortalen avsnitt 4. Fordi EU-retten er i stadig utvikling, medfører homogenitetsmålsettingen at det er behov for at EØS-avtalen tolkes dynamisk.¹²⁹ Dynamisk fortolkning har det tradisjonelt vært lite rom for i folkerettslig metode, jf. Wien-konvensjonen art. 31 som jeg kommer nærmere tilbake til i neste punkt.

Med hensyn til EØS-avtalen art. 126(1) og vurderinger av EØS-avtalens geografiske virkeområde, kommer imidlertid ikke denne problemstillingen med dynamisk fortolkning inn i bildet. Bakgrunnen for det er ganske enkelt at det ikke foreligger noen utvikling i rettstilstanden innen EU på dette punktet.¹³⁰ Det innebærer etter mitt skjønn at tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1) ikke reiser noen prinsipielt uavklarte metodespørsmål, og at alminnelig folkerettslig metode kan legges til grunn for løsningen av spørsmålet.¹³¹

I neste punkt vil jeg først gjøre rede for folkerettslig tolkingslære etter Wien-konvensjonen art. 31 på generelt grunnlag, og vise de generelle utgangspunktene som jeg senere skal bruke for å tolke EØS-avtalen art. 126(1). Deretter, i punkt 6.2, vil jeg sette den folkerettslige tolkingslære inn i en EØS-rettslig sammenheng, og peke på noen særtrekk som kan få betydning for anvendelse av metoden ved tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1).

¹²⁸ Tema for blant annet *Fredriksen* 2010; Bekkedal, Tarjei: *Frihet, likhet og fellesskap*, Bergen 2008 s. 128 flg.

¹²⁹ Se for eksempel Fenger, Niels 2006: «Limits to a dynamic homogeneity between EC law and EEA law» i *Festskrift til Claus Gulman* s. 132.

¹³⁰ Som vist i punkt 3 om EU-domstolens praksis med hensyn til EU-rettens geografiske virkeområde, hvor jeg konkluderer med at kriteriene er statiske, se punkt 3.2.2.

¹³¹ Slik også *Fredriksen* 2010 s. 260, som uttaler seg mer generelt.

6 Folkerettslig tolkingslære – Wien-konvensjonen artikkel 31

6.1 Generelt

De folkerettslige reglene for tolking av traktater, er traktatfestet i Wien-konvensjonen, særlig i artikkel 31(1). Konvensjonen er ikke direkte anvendelig for tolking av EØS-avtalen, både fordi flere medlemsstater (herunder Norge) ikke er tilsluttet konvensjonen, og fordi konvensjonen bare gjelder traktater mellom stater – ikke med internasjonale organisasjoner – og EU er part i EØS-avtalen. De sedvanerettslige reglene bestemmelsen gir uttrykk for, er imidlertid anvendelige, og jeg vil derfor forholde meg til bestemmelsen.¹³²

Wien-konvensjonen art. 31(1) har følgende ordlyd:

«A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.»

Denne bestemmelsen angir det overordnede utgangspunktet for tolking av traktater. Essensen er at traktatbestemmelser skal tolkes lojalt i tråd med sin ordlyd. Ordlyden skal leses i sin kontekst og i lys av traktatens formål.

I sin kommentarutgave til Wien-konvensjonen, skriver *Villiger*:

¹³² Artikler fra Wien-konvensjonen som er relevante for denne oppgaven er artikler 29 og 31–33. Om bestemmelsenes stilling som internasjonal sedvanerett, se for eksempel: Ruud, Morten og Geir Ulfstein, «Innføring i Folkerett» 4. utgave, Universitetsforlaget(Oslo) 2011, s. 89 med videre henvisning til ICJ: «Arbitral Award og 31 July 1989», ICJ rep. 1991 s. 53 på s. 70; Zemanek, Karl, «Vienna Convention on the Law of Treaties Vienna, 23 May 1969» på Audiovisual Library of International Law, FN, under «Summary of key provisions»; Oxford Public International Law, encyclopedic entry by Aust, Anthony: «Vienna Convention on the Law of Treaties» punkt F. 1. 14. (Url. i kildeliste); Rt-2008-1789 premiss 28 (hjerestetikksaken). For art. 29, se IYILC 1996 vol II s. 213 avsnitt 2.

«Article 31 envisages good faith as being at the centre of the application of the General Rule. The notion prevails throughout the process of interpretation. Good faith prevents an excessively literal interpretation of a term by requiring consideration of its context and of other means of interpretation. [etc.].»¹³³

Den ordlydstro tilnærmingen som det gis anvisning på, er lagt opp slik fordi det har formodningen for seg at en ordlydstro fortolkning også vil være den mest lojale fortolkning – den som best gjenspeiler partenes intensjoner ved avtaleinngåelsen. Det er ordene i avtalen partene har blitt enige om. Om det kan etableres at den mest lojale tolkning likevel ikke er den som følger ordenes «ordinary meaning», vil hovedrettesnoren alltid være «good faith», lojalitet.

Det fremgår ikke noen presisering av Wien-konvensjonen om hva som konstituerer et ords «ordinary meaning». Hva er «vanlig» og hvem skal det være vanlig for? Traktater inngås mellom subjekter som ikke i seg selv har språk (altså stater), og av handlende personer som gjerne har forskjellig språkbakgrunn (ansatte i de forskjellige statsapparatene). Noen traktater inngås på flere språk, og mange på språk som ingen av partsrepresentantene har som sitt dagligspråk (typisk engelsk). I folkerettslig sammenheng kan det derfor være grunn til å definere «ordinary meaning» innen en felles plattform, og folkerettslig teori kan være en nærliggende slik plattform. Det er en kilde som er tilgjengelig og som det kan forventes at folk som er ansvarlige for staters traktatinngåelse har kjennskap til. Men også ordbokdefinisjoner er naturlige og ikke minst tilgjengelige kilder til et ords «ordinary meaning». En ordbok gir deskriptivt uttrykk for hvilken betydning et ord vanligvis har, og den gir i tillegg føringer for språkbruken til den enkelte språkbruker. Etter mitt syn er begge disse kildene gode og riktige å bruke, og det vil jeg også gjøre, under i punkt 7.2 og 7.3.

Det som skal fortolkes etter Wien-konvensjonen art. 31(1), er traktatens ordlyd *i sin kontekst*. I art. 31(2) er det presisert hva som menes med «context» i Wien-konvensjonen. For det første omfatter det resten

¹³³ Villiger 2009 s. 426.

av traktatteksten med fortale og vedlegg. I EØS-sammenheng er også Romatraktaten å regne for en del av EØS-avtalens kontekst. Under, i punkt 9.1, kommer jeg nærmere tilbake til hvorfor. For ordens skyld presiseres det at det er relevant å se på Romatraktaten, heller enn TEU/TFEU, fordi det var Romatraktaten som gjaldt i EU på det tidspunkt EØS-avtalen ble forhandlet og signert. En traktat som er inngått mellom andre parter på et senere tidspunkt, som TEU/TFEU, er ikke en relevant tolkingsfaktor etter Wien-konvensjonen art. 31, da denne ikke vil være egnet til å belyse avtalepartenes intensjoner på tidspunktet for avtaleinngåelsen.

Traktatens formål («object and purpose») er sentrale elementer ved tolking av ordlyden i en traktat. *Villiger* peker på at ett av en traktats formål i de fleste tilfeller vil være å opprettholde balansen mellom rettigheter og plikter etter traktaten.¹³⁴

6.2 Folkerettslig tolkingslære i en EØS-sammenheng

Wien-konvensjonen art. 31 gir føringer for hvordan traktater skal tolkes, særlig med hensyn til hvilke tolkingsfaktorer som har relevans. Hva gjelder den innbyrdes fordelingen av tolkingsfaktorenes vekt, gir imidlertid Wien-konvensjonen stor fleksibilitet. Denne fleksibiliteten gir grunnlag for metodiske spørsmål i denne oppgaven, særlig med hensyn til hvilke tolkingsfaktorer som skal tillegges mest vekt. Det er særlig forholdet mellom ordlyd og øvrige tolkingsfaktorer som kan skape tvil og til en viss grad uenighet – generelt; spesielt i en EØS-rettslig kontekst; og enda mer spesielt vedrørende tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1).

EU-domstolen viser ikke til Wien-konvensjonen i sine avgjørelser, og dette er trolig bakgrunnen for at heller ikke EFTA-domstolen gjør det.¹³⁵ Det kommer jeg ikke til å legge noen stor vekt på. Fraværet av referanse til Wien-konvensjonen i disse domstolenes praksis, har etter mitt skjønn andre grunner enn at det er domstolenes syn at Wien-konvensjonens tolk-

¹³⁴ *Villiger* 2009 s. 427.

¹³⁵ Hreinsson i *Baudenbacher ed.* 2016 s. 353, som mener det er en nødvendig konsekvens av EØS-avtalen art. 6 og ODA-avtalen art. 3(2) at EFTA-domstolen følger EU-domstolen på dette punkt.

ningslære er irrelevant eller uriktig for sammenhengen. En nærliggende grunn er at selve konvensjonen faktisk ikke kommer til anvendelse.¹³⁶ I tillegg kan det ha vært viktig for EU-domstolen, og EFTA-domstolen i forlengelsen, å markere at deres praksis og EU-/EØS-retten står på egne bein slik at domstolene i større grad kunne definere sine egne metodiske rammer. Resultatet er uansett at de, kanskje med unntak av sin dynamiske tolkingsstil, anvender fremgangsmåter for tolking som er forenelige med de internasjonale normene; ordlyd, kontekst og formål er de sentrale tolkingsfaktorene.

Formålsbetraktninger har generelt stor plass i begge disse domstolenes praksis.¹³⁷ Jeg lar det stå åpent om det bør medføre at formålsbetraktninger tillegges relativt større vekt enn andre faktorer ved tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1).

7 The ordinary meaning to be given to the terms of the treaty» – bestemmelsens ordlyd

7.1 Innledning

Som innledning til analysen av ordlyden i EØS-avtalen art. 126(1), siterer jeg bestemmelsen en gang til:

«The Agreement shall apply to the territories to which the Treaty establishing the European Economic Community is applied and under the conditions laid down in that Treaty, and to the territories

¹³⁶ Jevnfør over i punkt 6.1 om Wien-konvensjonen som uttrykk for internasjonal sedvanerett.

¹³⁷ Se for eksempel Rasmussen, Hjalte, *EU-ret i kontekst 5. udgave* København 2003 s. 175; Hreinsson i *Baudenbacher ed.* 2016 s. 353; Fredriksen, Halvard Haukeland: «Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2009 s. 507–576, s. 508.

of Iceland, the Principality of Liechtenstein and the Kingdom of Norway.»

Det er særlig ordet «territories» som skaper tolkingstvil i denne bestemmelsen, og det er det jeg vil konsentrere meg om å tolke. Ordet forekommer på to steder i bestemmelsen, begge steder i flertallsformen «territories». Først i forbindelse med virkeområdet for EUs medlemstater. Her får bestemmelsen anvendelse på «the territories to which the Treaty establishing the European Economic Community is applied». Deretter benyttes det i tilknytning til angivelse av de andre landene som er parter i EØS-avtalen.

Utgangspunktet for tolkingen er at det er to tolkingsalternativer. Det ene er at virkeområdet for EØS-avtalen fastlegges etter EØS-statens jurisdiksjon. Det andre er at territorialfarvannets yttergrense danner rammen for avtalens geografiske virkeområde. Bakgrunnen for tolkingsalternativene er at det er disse tolkingsresultatene som har vært hevdet av avtalens parter, henholdsvis EU og Norge. Det jeg tidligere har vært inne på om andre grunnlag for å la EØS-retten regulere forhold utenfor territorialfarvannet (nær tilknytning eller særregulering i sekundærlov-givning) er prinsipielt ikke knyttet til tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1) og behandles derfor ikke som tolkingsalternativer.¹³⁸

Det som etter Wien-konvensjonen art. 31 skal tolkes, er traktatens ord «in their context». Når det står at en traktat skal fortolkes lojalt «in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context» gir det etter ordlyden anvendelse på én prosess hvor det interessante er ordets vanlige betydning i den gitte kontekst, ikke den vanlige betydningen av et ord isolert sett.¹³⁹ Kontekst er likevel så mangt. Jeg skal analysere ordlyden «territory» i flere trinn. I dette punktet skal jeg se på ordet «territory» uten å vie dets konkrete kontekst oppmerksomhet. Tolkingen er likevel ikke kontekstløs; den konsentreres om de betydninger av ordet som er relevante ved avgrensning av en

¹³⁸ Som nevnt i punkt 1.1, 2.1 og 2.2.2, og som jeg kommer nærmere tilbake til i punktene 12.2.2 og 13.2.

¹³⁹ *Villiger* 2009 s. 427.

traktats virkeområde. Deretter, i punktene 8 og 9, skal jeg se på mer spesifikk kontekst. Først den snevre kontekst som dannes av EØS-avtalen art. 126(1), og deretter den videre kontekst som dannes av resten av EØS-avtalen samt av Romatraktaten.

En ordlydsfortolkning har to siktemål. Det ene er å finne hvilken betydning av ordlyden som er den mest naturlige, dens «ordinary meaning», jf. Wien-konvensjonen art. 31(1). Dette gir et viktig tolkingsbidrag inn mot hvilket tolkingsresultat som skal velges. Det andre er å finne ut hva ordlyden *kan* romme. Grensene for ordlyden vil i traktatrettslig sammenheng gjerne også angi rammen for hva traktaten kan sies å bestemme. Innenfor dette rommet må det være åpning for at andre tolkingsfaktorer kan spille inn for hvilken tolking som til slutt velges. I min ordlydsfortolkning vil begge disse siktemålene ligge til grunn for drøftelsene.

7.2 Ordet «territories» – semantikk

I dette underpunktet skal jeg foreta en ren språklig analyse av hvilket innhold ordlyden «territories» – gjerne omtalt i entallsform («territory») – kan romme og hvilken betydning som kan regnes som vanligst.

Det første problemet som oppstår når det skal foretas en ordlydsfortolkning av EØS-avtalens bestemmelser, er alle språkversjonene. Etter EØS-avtalen art. 129(1) skal alle de offisielle språkversjonene EØS-avtalen foreligger i, være «equally authentic». Det er 25 forskjellige versjoner, og i tolkingsprosessen må disse sammenlignes.¹⁴⁰

I denne oppgaven har jeg forholdt meg til den engelske versjonen av EØS-avtalen, og tilsvarende den engelske versjonen av Romatraktaten. Begrunnelsen er at EØS-avtalen ble fremforhandlet på engelsk. For denne mer dyptpløyende fortolkningen av selve ordet «territory» har jeg av samme grunn konsentrert meg om den engelske, men under følger også en redegjørelse for andre språkversjoner og hva disse eventuelt kan tilføre tolkingen.

¹⁴⁰ Tilsvarende i EU, jf. EU-domstolens dom C-283/81 *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health (Italy)* 6. oktober 1982. (EC rep.1982 -03415) avsnitt 18.

7.2.1 Engelsk språkversjon

For å si noe om hva ordet «territory» betyr på engelsk, kan det være greit å ta utgangspunkt i en vanlig engelsk ordbok. Jeg har sett i flere engelske ordbøker med forskjellige utgivere. Jeg vil ikke gjengi alle definisjonene i disse, men oppsummere det viktigste.

Gjennomgangen av ordbokdefinisjonene av ordet «territory» viser for det første at ordet betegner et geografisk område. For det andre viser de at det ikke nødvendigvis er helt klart hvilket geografisk område ordet betegner. Det som har størst interesse i denne sammenhengen, er at ingen av ordbøkene jeg har sett i, knytter betydningen av ordet «territory» an mot territorialfarvann eller mot statlig suverenitet.¹⁴¹ Alle unntatt ordboken fra Cambridge University Press, nevner områdene under en stats jurisdiksjon som en betydning av ordet «territory». Som for eksempel definisjonen fra Oxford University Press:

«Territory: 1. An area of land under the jurisdiction of a ruler or state»¹⁴²

Definisjonen fra Cambridge University Press er noe vagere, og beskriver ordet «territory» slik:

«(an area of) land, or sometimes sea, that is considered as belonging to or connected with a particular country or person.»¹⁴³

Det er noe varierende om ordbøkene inkluderer havområder i sine definisjoner. I noen av definisjonene er det kun tale om «land», mens andre også inkluderer «waters» eller «sea». Som nevnt har ingen av definisjonene referanse til territorialfarvann eller direkte til statsuverenitet.

Ordbokdefinisjonene av ordet «territory» i engelsk viser for det første at ordlyden «territories» rommer begge de tolkingsalternativer

¹⁴¹ Alle ordbøkene jeg har sett i er gjengitt med referanse til url i kildelisten nederst.

¹⁴² Oxford Dictionaries fra Oxford University Press.

¹⁴³ Cambridge Dictionary fra Cambridge University Press.

som er aktuelle i relasjon til EØS-avtalen art. 126(1).¹⁴⁴ For det andre gir ordboksdefinisjonene best støtte til en tolkning av ordlyden «territories» i EØS-avtalen art. 126(1) som innebærer at virkeområdet skal avgrenses etter kyststatens jurisdiksjon og ikke med klare geografiske kriterier etter territorialfarvannets yttergrense.

De definisjonene jeg har omtalt til nå, angir én av flere alternative betydninger for ordet «territory». Det er denne betydningen, som angår utstrekningen av statens område, som har vært i fokus i diskursen om EØS-avtalen art. 126(1) og i denne oppgaven. En annen alternativ betydning som det kan være verdt å merke seg, er imidlertid følgende, hentet fra den amerikanske ordboken Merriam-Webster Dictionary:

«Territory: [...] d. a geographic area (such as a colonial possession) dependent on an external government but having some degree of autonomy.»¹⁴⁵

Denne definisjonen sikter til det som på norsk gjerne kalles avhengige territorier eller, i norsk sammenheng, biland. Ordet «territory» i betydningen avhengige (gjernede oversjøiske) territorier, er også benyttet i Romatraktaten for å særregulere for områder med særlig tilknytning til fellesskapets medlemsstater.¹⁴⁶ Det kan derfor være betimelig å spørre om det var denne betydningen av ordet «territory» som egentlig var ment i EØS-avtalen art. 126(1). Denne problemstillingen kommer jeg tilbake til senere i dette punktet, under punkt 7.4.

¹⁴⁴ Det vil si avgrensning langs grensene for territorialfarvannet og langs grensene for jurisdiksjon.

¹⁴⁵ Merriam-Webster Dictionary (privat amerikansk utgivelse).

¹⁴⁶ For eksempel i Romatraktaten art. 227(2)-(5) og Romatraktaten del fire (artiklene 131 flg).

7.2.2 Andre språkversjoner enn engelsk

En gjennomgang av andre språkversjoner av EØS-avtalen art. 126(1) enn den engelske, viser at det er enkelte aspekter ved noen av de andre versjonene som gjør at de skiller seg fra den engelske – og fra hverandre.¹⁴⁷

Den svenske, franske og italienske versjonen bruker alle ord som tilsvarende det engelske «territories», henholdsvis «territories» i svensk, «territoires» i fransk, «territorios» i spansk og «territori» i italiensk versjon. Det gjør også den norske, bortsett fra at i den norske versjonen har ordet blitt satt i entallsform i forbindelse med områdene i EFTA-pilaren («Islands, Fyrstedømmet Liechtensteins, Kongeriket Norges *territorium*»), uten at jeg kan se at denne forskjellen har noen betydning. Det er grunnlag for å hevde at ordet territorium på disse ulike språkene er bærer av vesentlig samme betydning som det engelske «territory».¹⁴⁸ I norske ordbøker er det eksempler både på at ordet «territorium» defineres som områder under en stats jurisdiksjon og at definisjonen knyttes til områder under statens suverene myndighet (en formulering som gir konnotasjoner til området innenfor territorialfarvannets grenser, fordi det er ut til disse områdene kyststatens suverenitet rekker etter FNs havrettskonvensjon art. 2).¹⁴⁹ Akkurat den norske språkversjonen kan dermed trekke i retning av et tolkingsresultat hvor territorialfarvannets yttergrense markerer grensen for avtalens virkeområde.

I den danske språkversjonen benyttes ordet «omraader». Her finner vi også igjen den samme differensieringen mellom entall og flertall som i den norske språkversjonen, da ordet «omraade» er brukt for EFTA-siden. Ordet «omraade» har en lignende, men noe vagere definert betydning enn «territorium» og betegner blant annet en «(større) landstrækning, der (i en vis henseende) tilhører ell. styres af et samfund».¹⁵⁰ Etter mitt skjønn tilsier ordet «omraade» i den danske versjonen en tolkning hvoretter

¹⁴⁷ Språkversjonene jeg har undersøkt er norsk, svensk, dansk, tysk, fransk, spansk og italiensk.

¹⁴⁸ Svenska Akademiens Ordbok; Larousse dictionnaires francaises; CNTRL. FR; Bokmålsordboka Alle url.-adresser er gjengitt i kildelisten.

¹⁴⁹ Definisjoner i henholdsvis Bokmålsordboka og i Det norske akademis ordbok.

¹⁵⁰ Ordbog over det danske sprog.

funksjonelle kriterier for virkeområdets avgrensning legges til grunn, fordi ordet ikke har noen klart definert betydning med hensyn til hvilke geografiske områder som omfattes.¹⁵¹ Slik er den danske versjonen i overensstemmelse med de øvrige språkversjonene jeg har nevnt.

Den tyske versjonen skiller seg klart ut blant de versjonene jeg har sett på. Også denne bruker andre ord enn «territorium». Det spesielle i den tyske versjonen er at det er brukt ulike ord om EU-pilarens og EFTA-pilarens respektive områder. For EU-siden brukes ordet «die Gebiete». For EFTA-siden brukes ordet «die Hoheitsgebiete».

Det tyske ordet «hoheitsgebiet» dekker, så vidt jeg forstår, områder under statens suverenitet. Ordet «gebiet» er et mer generelt ord enn «hoheitsgebiet» og ligner slik mer på ordet «omraade» som er benyttet i den danske versjonen. I den tyske versjonen av Romatraktaten er ordet «hoheitsgebiet» benyttet der den engelske versjonen benytter «territory», mens ordet «gebiet» er benyttet der den engelske versjonen benytter «area».¹⁵²

Det er interessant at det er valgt to forskjellige ord i den tyske versjonen, hvor det ordet som viser til områdene under statens suverenitet kun er benyttet i forbindelse med EFTA-statene. Det trekker i retning av at virkeområdet i de to pilarene skal anlegges etter forskjellige kriterier, og de ordene som er valgt støtter en tolkning hvor virkeområdet for EU-pilaren fastsettes etter de funksjonelle kriteriene som gjelder innen EU-retten og for EFTA-pilaren etter geografiske kriterier langs territorialfarvannets yttergrense (grensen for statens suverenitet).

Gjennomgangen over viser at språkversjonene i noen grad skiller seg fra hverandre. Alle språkversjonene kan tolkes slik at ordlyden rommer begge tolkingsalternativer (avgrensning etter jurisdiksjon og avgrensning etter territorialfarvannets yttergrense). Det foreligger med andre ord ingen egentlig motstrid, men det er i noen grad ulikt hvilket tolkingsalternativ som er det mest nærliggende.

¹⁵¹ Slik også *Arnesen* 1994 s. 443.

¹⁵² «Hoheitsgebiet» er blant annet benyttet i art. 48(3) bokstaver b og d, art. 52, art. 75(1) bokstav a, art. 96 og art. 227(4). Ordet «gebiet» er benyttet i art. 227(2) *i.f.*, art. 226(1)

EØS-avtalen art. 129 bestemmer som nevnt at alle språkversjonene har lik gyldighet, og det må derfor søkes etter kriterier for å harmonisere de ulike versjonene. Wien-konvensjonen art. 33 gir veiledning for hvilket tolkingsalternativ som skal velges:

«when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.»

Det første som følger av denne bestemmelsen, er at de ulikheter som må harmoniseres, er de som består etter at det er foretatt en tolkning med alle andre relevante tolkingsfaktorer. Det andre som fremgår, er at når tekstene skal harmoniseres, så er traktatens formål en viktig tolkingsfaktor. Denne formuleringen innebærer etter mitt skjønn at traktatens formål får en relativt viktigere posisjon når ordlydene i ulike språkversjoner gir grunnlag for ulike tolkninger.

Det siste som fremgår av det siterte fra Wien-konvensjonen art. 33, er at den ikke gir forrang til noen bestemt språkversjon. Det er tilsvarende som i EØS-avtalen art. 129, som heller ikke gir grunnlag for å diskriminere mellom ulike språkversjoner.

EFTA-domstolen og EU-domstolens praksis gir visse føringer for tolkingen der ulike språkversjoner gir grunnlag for ulike tolkningsresultater. Regelen er at ved diskrepans mellom språkversjoner så skal man velge det tolkningsresultatet som «reflects the purpose and the general scheme of the rules provided for as well as the general principles of EEA law».¹⁵³ Denne regelen viser til et tolkningsresultat basert også på andre rettskildedefaktorer enn ordlyd. Det er derfor ikke mulig, basert på denne tolkingsregelen, å velge mellom språkversjoner alene basert på ordlyden. Regelen viser også, etter mitt skjønn, at der hvor det foreligger diskrepans

¹⁵³ E-25/13 *Gunnar V. Engilbertsson mot Islandsbanki hf.*, Rådgivende uttalelse 28. august 2013, avsnitt 139, se også Arnesen i *Arnesen mfl. eds.* 2018 side 970 med videre henvisninger til EU-domstolens praksis.

mellom ulike språkversjoner, vil den relative vekten av ordlyden svekkes *vis-à-vis* andre rettskildefaktorer.¹⁵⁴

Av ordlydene som jeg har vært igjennom i dette punktet, er ordbruken lik i alle versjoner unntatt den tyske og den danske. De fleste språkversjonene bruker ord som tilsvarer «territories» på de respektive språk, og bruker samme ord begge steder i bestemmelsen. De to avvikende versjonene skiller seg videre ut i hver sin retning, hvor den danske versjonen sterkere tilsier en tolkning hvor virkeområdet anlegges etter funksjonelle kriterier også for EFTA-statene, mens den tyske trekker mer i retning av at geografiske kriterier skal anvendes for EFTA-statene. Samlet sett fremstår den tyske og den danske versjonen som avvik som det er mest naturlig å tilskrive unøyaktigheter i oversettelsen, og jeg finner derfor ikke grunn til å legge noen videre vekt på noen av disse språkversjonene.¹⁵⁵

7.2.3 Fri ordlydsfortolkning og oppsummering

Som sagt er det ordet «territory» som går igjen i flest språkversjoner. Over har jeg vist til noen ordbokdefinisjoner av dette ordet. Ordbokdefinisjoner er i utgangspunktet en uangripelig kilde til ords «ordinary meaning». Men de gir ikke noe fyldig bilde, og etterlater rom for rettsanvenderens egen ordlydsfortolkning. Jeg vil derfor knytte noen korte kommentarer til min egen forståelse av ordet «territory», eller «territorium» ettersom jeg er norsk.

I utgangspunktet ligger det nær for meg å si at ordet «territorium» betegner landområder. Det har sammenheng med at den mest direkte oversettelsen av ordstammen «terra» på latin, som i «terre» på fransk, til norsk er «jord». Jord fremstår for meg som språkbruker, som det motsatte av hav. I sammenhengen «norsk territorium» er det imidlertid ikke like naturlig å knytte ordet tett til jord og landområder. I det som kan kalles dagligtale, er norsk territorium alle områder som regnes som norske.

¹⁵⁴ Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen: EØS-rett 2. utgave, Bergen 2014 s. 221.

¹⁵⁵ Lignende vurdering ble foretatt av *Arnesen* 1994 s. 443–444.

Det ville ikke være naturlig å si at en som bader og svømmer i sjøen, svømmer utenfor norsk territorium. Det samme gjelder båter som seiler langs norskekysten. Det er uklart for meg akkurat hvilke kriterier som ville avgjøre når jeg ikke lenger fant det naturlig å omtale for eksempel et skips lokalisering som innenfor norsk territorium. Det kan være et funn i seg selv at den jevne språkbruker ikke har noen klar forestilling om hvordan en stats territorium avgrenses i havområder.

Oppsummert gir en semantisk fortolkning av ordlyden «territories» i EØS-avtalen art. 126(1) ikke noen helt sikre resultater med hensyn til hva som er ordets «ordinary meaning» jf. Wien-konvensjonen art. 31(1). Det kan imidlertid fastslås at ordet «territories» i vanlig engelsk språkbruk (og norsk) ikke er klart avgrenset til å gjelde områder innenfor territorialfarvannet, men like gjerne kan regnes for å benevne de områder som ligger under en stats jurisdiksjon.

7.3 Ordet «territory» i folkerettslig litteratur

I forrige punkt drøftet jeg betydningen av ordet «territory» i vanlig språkbruk, og jeg har forsøkt å gi en tolkning fra den jevne språkbrukers synspunkt. Som jeg har vært inne på, kan det i en folkerettslig sammenheng også være grunn til å vurdere ordlydens «ordinary meaning» i lys av hvilken gruppe traktatbestemmelser oftest lages av og er myntet på.¹⁵⁶ Da kan det være naturlig å vurdere folkerettslig teori, da denne kan regnes som en plattform for intersubjektiv språkbruk for traktatforhandlere i ulike statsapparater.¹⁵⁷

I boka *Parry and Grant Encyclopedic Dictionary of International Law* er det et avsnitt om «maritime territory».¹⁵⁸ «Maritime territory» er ikke helt det samme som «territory», men det kan tolkes som en presisering

¹⁵⁶ Punkt 6.1, jf. Wien-konvensjonen art. 31(1).

¹⁵⁷ Det er illustrerende at EMD går rett til hvordan frasen «within their jurisdiction» forstås i folkerettslig teori når frasen skal tolkes etter Wien-konvensjonen art. 31 i *Bakovic and others v. Belgium and others*, storkammeravgjørelse i sak nr. 52207/99, 12. desember 2001, avsnitt 59 flg.

¹⁵⁸ Grant, John P. og J. Craig Barker, «Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law 3rd ed.» Oxford University Press, 2009, side 366.

av «territory» til den del av ordet «territory» som betegner havområder. Her påpeker forfatterne av leksikonet at enkelte forfattere benytter ordet «maritime territory» om alle de havområder hvor en stat kan utøve jurisdiksjon – det vil si på lignende måte som vi finner i EU-domstolens ordbruk, se punkt 3.2.1. Dette mener forfatterne tydeligvis er mindre presist, i det de skriver at «a more appropriate usage of the term «maritime territory» appears to be that of Brownlie, *Principles of public international law* (6th ed.), 157–159, who restricts it to internal waters and the territorial sea».¹⁵⁹ Denne tolkningen, hvor «maritime territory» har sin yttergrense ved territorialfarvannets yttergrense, har støtte hos en rekke folkerettslige teoretikere i tillegg til Ian Brownlie som de viser til.¹⁶⁰

Jeg har tidligere vært inne på Wien-konvensjonen art. 29, hvor det er gitt en presumsjonsregel for traktaters anvendelsesområde. Som nevnt har bestemmelsen ikke med sitt innhold betydning for EØS-avtalens virkeområde, men bestemmelsen har avfødt en hel del folkerettslig teori som gir uttrykk for hvilket innhold som ligger i ordet «territory» i bestemmelsen. Disse tolkningene har generell interesse for hvilket innhold ordet vanligvis tillegges, dets «ordinary meaning», fordi Wien-konvensjonen er globalt kjent og artikkel 29 regnes for å ha status som internasjonal sedvanerett.¹⁶¹ Konvensjonen kan derfor gi uttrykk for en særlig representativ ordbruk som det er nærliggende at følges opp i senere traktater.

I kommentarene til *draft articles* til Wien-konvensjonen, skriver International Law Commission til artikkel 25 (vedtatt som 29), at «The term «territory of each party» is a comprehensive term designed to embrace all the land and appurtenant territorial waters and air space which constitute the territory of the State».¹⁶² I denne uttalelsen ligger at økonomisk sone

¹⁵⁹ Samme sted. Referansen til Brownlie tilsvare *Brownlie* 2012 s. 203.

¹⁶⁰ *Arnesen* 1994 s. 439, *Churchill/Lowe* 1999 s. 71 flg. I relasjon til Wien-konvensjonen art. 29 også *Villiger* 2009 s. 392, Odendahl, Kerstin i Dörr, Oliver og Kirsten Schmalenbach eds. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin Heidelberg 2012 s. 496–498 og Karagiannis i *Corten/Klein* 2011 s. 753 (som noe indirekte omtaler kontinentalsokkel og økonomisk sone som det «polar opposite» av territorium).

¹⁶¹ Se underpunkt 4.2, herunder note 110, om relevansen av Wien-konvensjonen art. 29.

¹⁶² YILC 1966 vol. II s. 213–214 avsnitt 3 til art. 25 (vedtatt som 29).

og kontinentalsokkel ikke er medregnet i det ordet «territory» skal dekke. Litteratur om bestemmelsen legger samme innhold til grunn.¹⁶³

Oppsummert er ordet «territory» i det meste av folkerettslig litteratur, tolket slik at det betegner de områder i en stat som ligger innenfor grensene for territorialfarvannet, samme geografiske område som FNs havrettskonvensjon art. 2 fastslår at ligger under en stats suverenitet. Dette er strammere enn den forståelse av ordet som legges til grunn i mer «vanlig» språkbruk, jf. over. Folkerettslig teori er kanskje i noe større grad representativ for den gruppe språkbrukere for hvilken bruken av ordet «territory» skal være vanlig (det vil typisk si representanter for statsapparater). Det kan tilsi at det er grunn til å vektlegge betydningen som tillegges ordet i folkerettslig teori noe mer enn den mer ordinære ordlydsfortolkningen.

I neste punkt skal jeg ta en liten «avstikker» for å vurdere om ordlyden «territories» i EØS-avtalen kan tolkes på en helt annen måte, det vil si slik at det siktes til avhengige territorier heller enn geografiske avgrensingsmarkører i havet, jf. over i punkt 7.2.1.

7.4 Kan ordlyden «territories» i EØS-avtalen art. 126(1) være inntatt for at avhengige territorier skal omfattes?

Forutsetningen for denne oppgavens problemstilling, og for de drøftelser som tidligere har vært om ordet «territories» i EØS-avtalen art. 126(1), har vært at spørsmålet er om ordet «territory» skal forstås som en geografisk avgrensingsmarkør for kontraherende stats hovedområde. Som jeg var inne på under ordlydsfortolkningen over, finnes det en alternativ forståelse av ordet «territory» som også kunne passe i sammenhengen. Etter denne kan ordet markere at EØS-avtalen også omfatter landområder utenfor statens hovedområde, men underlagt statens overhøyhet – gjerne kalt avhengige *territorier*.

¹⁶³ Villiger 2009 side 392; Odendahl i *Dörr/Schmalenbach* eds. 2012 s. 496–498; Karagianis i *Corten/Klein* 2011 s. 753.

En forutsetning for at funksjonen til ordet «territories» kan være å inkludere avhengige territorier i avtalens virkeområde, må være at slike territorier faktisk er omfattet av avtalens virkeområde. EØS-avtalen gjelder etter art. 126(1) som utgangspunkt på Jan Mayen og på Svalbard. Det fremgår av St.prp. nr. 100 (1991–1992), i kommentaren til EØS-avtalen art. 126.¹⁶⁴ I Protokoll 40 til EØS-avtalen gis Norge rett til ensidig å unnta Svalbard fra avtalens virkeområde, og det har Norge gjort.¹⁶⁵

I tillegg til Svalbard og Jan Mayen, har Norge flere biland under norsk statshøyhet, for eksempel Bouvetøya og Dronning Maud Land på Antarktis.¹⁶⁶ Norske myndigheter har, så vidt jeg kan se uten å problematisere det, lagt til grunn at disse bilandene ikke er omfattet av EØS-avtalens virkeområde etter art. 126(1).¹⁶⁷

Det at det er lagt til grunn at bilandene ikke er omfattet av EØS-avtalen, trekker relativt klart i retning av at ordlyden «territories» i EØS-avtalen, ikke var ment å markere at også avhengige territorier skulle omfattes.

Jeg vil imidlertid knytte noen ord til hva som kan begrunne at bilandene ikke skal regnes som omfattet av EØS-avtalens virkeområde. Det er ikke ut fra ordlyden gitt om EØS-avtalen art. 126(1) omfatter de norske bilandene. Bilandene regnes ikke som en integrert del av «Kongeriket Norge», men de er underlagt norsk suverenitet.¹⁶⁸ De inngår med andre ord i det som kan regnes som norsk territorium. I det perspektivet er ordlyden i EØS-avtalen art. 126(1) i hvert fall ikke til hinder for at også bilandene regnes som omfattet.

I forbindelse med signeringen av EØS-avtalen, la Utenriksdepartementet frem kommentarer til EØS-avtalens bestemmelser, herunder art. 126(1). Der fremgår følgende:

¹⁶⁴ St.prp. nr. 100 (1991–1992) *Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992 s. 103.*

¹⁶⁵ Jevnfør EØS-loven § 6.

¹⁶⁶ Se Lov 27. februar 1930 nr. 3 om Bouvet-øya, Peter I's øy og Dronning Maud Land m.m. (bilandsloven) § 1.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr.79 (1991–1992) *Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv, nederst side 6.*

¹⁶⁸ Bilandsloven § 1.

«Artikkel 126 fastslår at Avtalens geografiske virkeområde for EFs vedkommende faller sammen med Romatraktatens. For EFTA-landenes vedkommende skal disse lands territorier omfattes av Avtalen. Kongeriket Norges territorium inkluderer Svalbard og Jan Mayen, som i prinsippet omfattes av Avtalen. Imidlertid er Norge i Avtalens Protokoll 40 (S.v. 1 s. 184) gitt adgang til å holde Svalbard utenfor Avtalens virkeområde. I så fall skal bestående avtaler dvs. bl.a. EFTA-konvensjonen om og frihandelsavtalene mellom Norge og EF fortsatt være i kraft for Svalbards del i forhold til andre parter av EØS-avtalen. Det tas sikte på å benytte denne adgangen når Avtalen ratifiseres.»¹⁶⁹

Det ble med andre ord allerede her lagt til grunn at Svalbard og Jan Mayen var omfattet av territoriet, men bilandene ble ikke nevnt. Svalbard og Jan Mayen er begge regnet som del av Kongeriket Norge.¹⁷⁰ Noen henvisning til «territory» ville være overflødig for at disse øyene skulle være medregnet. Island hadde ingen andre territorier enn seg selv, heller ikke Sverige, Østerrike, Sveits eller Liechtenstein. Finland hadde Åland, som fikk særreguleringer i EØS-avtalen art. 126(2). Deltakelsen til EU-medlemmenes territorier ble regulert av EUs egne traktater (Romatraktaten art. 227(2)). Dermed gjensto det ikke noe ytterligere praktisk behov for en formulering som rommet avhengige territorier, utover eventuelt å inkludere de norske bilandene. Og disse er altså ikke inkludert.

En mulig forklaring for at bilandene ikke regnes som omfattet av EØS-avtalen, er at de ikke ligger i Europa. Avtalen heter avtale om Det *europaiske* økonomiske samarbeidsområde, og Antarktis ligger dermed på feil sted. Teorien høres kanskje banal ut, men den harmonerer med Romatraktaten art. 227, hvor det i fjerde avsnitt er slått fast at avtalen gjelder på «European territories», dvs. territorier innenfor det geografiske Europa, såfremt en medlemsstat er ansvarlig for territoriets «external relations». Utover «European territories» krever Romatraktaten at territorier skal være uttrykkelig opplistet for at den skal gjelde, jf. andre avsnitt og tredje avsnitt med henvisning til «Annex IV» til Romatraktaten.

¹⁶⁹ St.prp. nr. 100 (1991–1992) s. 103

¹⁷⁰ Lov 17. juli 1995 nr. 11 om Svalbard § 1 og Lov 27. februar 1930 nr. 2 om Jan Mayen § 1.

Sett hen til at det fremstår som sikkert at bilandene ikke er omfattet av EØS-avtalens virkeområde, og at jeg ikke kan finne noen ytterligere grunn til å formulere EØS-avtalen så den gjaldt avhengige territorier og lignende, finner jeg det riktig å konkludere med at ordlyden «territories» i EØS-avtalen art. 126(1) ikke sikter til territorier i betydningen landområder utenfor statens hovedområde. Den alternative hypotesen kan dermed forkastes.

8 «in their context» – kontekstuell fortolkning av ordlyden i EØS-avtalen art. 126(1)

I dette punktet skal jeg se på ordlydens snevre kontekst. Det vil si ordet «territory» i sammenheng med de øvrige ord og formuleringer i EØS-avtalen art. 126(1). Jeg vil først se på første halvdel av art. 126(1), og deretter på bestemmelsen som helhet.

Første del av EØS-avtalen art. 126(1) har ordlyden «The Agreement shall apply to the territories to which the Treaty establishing the European Economic Community is applied and under the conditions laid down in that Treaty». I denne passusen er det to ting jeg skal kommentere. For det første plasseringen av ordet «territories» i direkte tilknytning til en angivelse av de områder hvor Romatraktaten gjelder. For det andre skal jeg si to ord om formuleringen «under the conditions laid down in that Treaty».

Ad det første, at ordet «territories» står i direkte tilknytning til en angivelse av de områder hvor Romatraktaten gjelder: Om vi sammenholder vår kunnskap fra forrige punkt om at ordet «territory» i folkerettslig sammenheng isolert sett vanligvis betyr områdene innenfor territorialfarvannet, og vår kunnskap fra punkt 3 om at EUs traktater i utgangspunktet gjelder også for områder utenfor territorialfarvannet, ser vi at det er en viss disharmoni i bestemmelsens formulering. Det etterlater

to åpenbare tolkingsalternativer. Det ene er at ordet «territories» i første del av bestemmelsen gis det innhold som det vanligvis har i folkerettslig sammenheng, slik at virkeområdet for EØS-avtalen er et annet enn virkeområdet for EUs traktater også for EUs medlemsstater. Det andre er at ordet «territories» ikke gis noen slik avgrensende funksjon, slik at virkeområdet til EØS-avtalen samsvarer med virkeområdet for EUs traktater innad i EU.

En ren språklig fortolkning av ordet «territory» i den kontekst som er første del av EØS-avtalen art. 126(1), gir etter mitt syn ikke noe klart bidrag til hvilket alternativ som er riktigst. Det er på den ene side strengt tatt ingenting i veien med å si at ordet «territories» er brukt for å snevre inn virkeområdet til EØS-avtalen *vis-à-vis* EUs traktater. På den annen side er det andre formuleringer som kanskje ville være mer nærliggende enn å vise til virkeområdet for EUs traktater, dersom det ikke var meningen at de to virkeområdene skulle sammenfalle. Man kunne for eksempel tenke seg at det sto at EØS-avtalen skulle «apply to the territory of the states party to the Treaty of the European Economic Community» eller «to the territory of EC Member States», eller lignende. Særlig hensett til at EU-domstolen benytter ordet «territory» også om områder utenfor territorialfarvann men innenfor traktatenes virkeområde, er den mest nærliggende lesning av formuleringen «The Agreement shall apply to the territories to which the Treaty establishing the European Economic Community is applied» etter mitt skjønn at ordet «territory» ikke var ment å ha en avgrensende funksjon *vis-à-vis* EU-traktatenes geografiske virkeområde. Med andre ord at EØS-avtalen for EU-statenes vedkommende skulle ha samme virkeområde som EU-retten for øvrig.

Om konteksten utvides noe, til også å omfatte resten av teksten i EØS-avtalen art. 126(1) må det tas i betraktning at ordet «territory» benyttes én gang til i bestemmelsen, i relasjon til de tre EFTA-statene. Det har formodningen for seg at ordet «territory» er ment å ha samme innhold begge stedene hvor ordet forekommer. Når ordet brukes i sammenheng med EFTA-statene, tilsier en isolert fortolkning av ordlyden basert på den vanlige folkerettslige forståelse av ordet «territory» at EFTA-statenes kontinentalsokler og økonomiske soner ikke skal være omfattet av

avtalens virkeområde. Det oppstår dermed en disharmoni mellom den mest naturlige lesning av ordet i hver av de to sammenhengene hvor det opptrer i bestemmelsen.

Et mulig grunnlag for å løse denne disharmonien, kan finnes i den andre formuleringen jeg nevnte øverst i dette punktet. Det står i EØS-avtalen art. 126 at EØS-avtalen skal gjelde på de områder hvor Romatraktaten gjelder «under the conditions laid down in that Treaty». Det kan tolkes på flere måter. Det kan tolkes slik at det siktes til kriteriene for virkeområdeavgrensning som er benyttet under Romatraktaten, og slik støtte en tolkning hvor kriteriene for å bestemme virkeområdet i havområder er ulikt ettersom det gjelder et EU-land eller et EFTA-land. Jeg tror at det blir å trekke ordlyden for langt. I Romatraktaten art. 227(2)-(5) finnes det en rekke særreguleringen med hensyn til geografisk virkeområde for områder med spesiell tilknytning til en EU-stat.¹⁷¹ For eksempel angir bestemmelsen egne vilkår for hvordan EU-retten virker på Isle of Man. Den mest naturlige tolkningen av passusen «under the conditions laid down in that Treaty» er at den sikter til disse særreguleringene. Formuleringen gir derfor ikke sterke nok holdepunkter til å si at det var meningen å gi EØS-avtalen et annet virkeområde i EU enn i EFTA-statene. Resultatet av en slik innfallsvinkel ville være at EØS-avtalen i praksis forplikter EU-siden i større monn enn EFTA-siden. Dette ville skape en skjevhet i byrdefordeling mellom avtalens parter. Gjensidighet er et grunnleggende traktatrettslig prinsipp som også kommer til uttrykk i EØS-avtalens fortale fjerde avsnitt. Det innebærer at dette tolkingsalternativet vanskelig kan legges til grunn uten helt klare holdepunkter. Dette, sammenholdt med formodningen mot at et ord tillegges to ulike betydninger i én bestemmelse, innebærer at ordet «territories» må leses med samme betydning i begge sammenhenger der det brukes i EØS-avtalen art. 126(1).

Som jeg kommer tilbake til i punkt10.2, kan uttalelser fra norske myndigheter i St.prp. nr. 100 (1991–1992), hvor regjeringen presenterte EØS-avtalen for Stortinget, tilsi at avtalen på det tidspunkt ble tolket dithen at virkeområdet i EU-pilaren skulle sammenfalle med

¹⁷¹ Det som nå er TFEU art. 355.

Romatraktatens.¹⁷² Slik er den praktisert, men om det er utslag av en folkerettslig forpliktelse eller om det er utslag av EUs interne ordning for gjennomføring av traktater inngått med tredjeland, er ikke sikkert.

For å komme videre i analysen av hvilket tolkingsalternativ som er det riktige, er det nødvendig å se på flere kilder. Jeg vil først gå videre til å analysere ordlyden i EØS-avtalen art. 126(1) i en bredere kontekst. Denne består av andre bestemmelser i EØS-avtalen og av bestemmelser i Romatraktaten, herunder av en sammenligning av hvordan ordet «territory» er brukt i de to avtalene.

9 Breder kontekstuell tolking – andre bestemmelser i EØS-avtalen og Romatraktatens bestemmelser

9.1 Innledning – Romatraktatens relevans som kontekst

I dette punktet skal jeg redegjøre for ordbruken i resten av EØS-avtalens hoveddel samt i Romatraktaten, og vurdere hvilken betydning den kan ha for tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1). Jeg skal også se på konkrete protokollbestemmelser som kan være egnet til å kaste lys over hva avtalepartene mente da EØS-avtalen ble inngått.

Over redegjorde jeg kort for at en traktatbestemmelses kontekst er relevant ved tolkingen av traktatbestemmelsen etter Wien-konvensjonen. I artikkel 31(2) presiseres innholdet i begrepet «context» til avtalens tekst, fortale og vedlegg. I tillegg åpner bestemmelsen for at konteksten kan omfatte andre avtaler eller instrumenter som ble laget av en eller flere av traktatens parter i forbindelse med at traktaten ble utarbeidet. Ordlyden

¹⁷² St.prp. nr. 100 (1991–1992) *Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992*, s. 103.

i art. 31(2) begrenser kontekstbegrepet på en slik måte at Romatraktaten i utgangspunktet ikke kan regnes som kontekst for EØS-avtalen, ettersom den ikke ble utarbeidet i sammenheng med EØS-avtalen.¹⁷³

En lesing av Wien-konvensjonens tekst som avgrenser mot å se hen til Romatraktaten i tolkingen av EØS-avtalen er det likevel ikke grunnlag for. I litteratur om Wien-konvensjonen art. 31 fremgår det for det første at kontekstbegrepet i art. 31(2) (gjerne kalt «internal context») av og til forstås som «being the ‘state of mind’ in which a certain provision should be envisaged».¹⁷⁴ Det forstår jeg slik at det er riktig å se hen til den kontekst avtalepartene laget avtalen i. I tillegg fremholdes det i litteraturen at overgangen mellom kontekst i art. 31 og den supplerende tolkingsfaktoren «the circumstances in which the treaty was concluded» i art. 32, ikke er helt klar.¹⁷⁵ Med hensyn til Romatraktatens rolle som en del av EØS-avtalens kontekst, er det helt sentralt å se hen til at EØS-avtalen er utformet etter mønster av Romatraktaten og hensikten med EØS-avtalen er å fungere som en slags erstatning for Romatraktaten innen de områder EØS-avtalen gjelder. Etter sin egen tekst skal EØS-avtalen tolkes likt som Romatraktaten så langt bestemmelsene er like i sitt materielle innhold, jf. EØS-avtalen art. 6.¹⁷⁶ Det materielle innhold er i prinsippet noe annet enn bestemmelsens utforming, så det kreves ikke identisk ordlyd for å komme til at bestemmelsene har samme materielle innhold.¹⁷⁷ De fleste bestemmelsene er like både i sitt materielle innhold og i sin utforming. I EFTA-domstolens dom i sak E-2/06 om hjemfallsregelen i norsk rett, uttalte EFTA-domstolen at det er en presumsjon for at bestemmelser med lik utforming har samme innhold i både EU- og EØS-sammenheng.¹⁷⁸ Det nære forholdet dem imellom innebærer at både forskjeller og lik-

¹⁷³ Romatraktaten er «The Treaty establishing the European Economic Community» som det henvises til i EØS-avtalen art. 126(1).

¹⁷⁴ Sorel/Boré Eveno i *Corten/Klein* 2011 s. 824.

¹⁷⁵ Samme sted.

¹⁷⁶ Som nå skal leses som TEU/TFEU, jf. TEU art. 1.

¹⁷⁷ Nordberg, Sven, Karin Hökborg, Martin Johansson, Dan Eliasson og Lucien Dedichen: *EEA Law, A Commentary on the EEA Agreement*, Stockholm 1993 s. 190.

¹⁷⁸ E-2/06 *EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway*, 26. juni 2007, [2007] EFTA Ct. Rep. 164, avsnitt 59.

heter i utformingen av de to traktatene er av interesse ved tolkingen av EØS-avtalen. Det er for øvrig standard praktisering av EØS-avtalen at Romatraktaten – nå TEU/TFEU – spiller en viktig rolle i tolkingen.¹⁷⁹ Jeg vil derfor benytte Romatraktaten som en del av EØS-avtalens kontekst for å tolke EØS-avtalen art. 126(1), i tillegg til resten av EØS-avtalen.

I de neste punktene skal jeg sammenligne EØS-avtalen og Romatraktaten, først henholdsvis art. 126(1) og 227(1), deretter også andre bestemmelser. Jeg skal så se EØS-avtalen art. 126(1) i lys av andre bestemmelser i EØS-avtalen, først hoveddelen og deretter et par bestemmelser fra protokollene.

9.2 EØS-avtalen artikkel 126(1) og Romatraktaten artikkel 227(1)

Som jeg redegjorde for over i punkt 3.1, er EU-traktatens virkeområdebestemmelse utformet slik at det bare er statenes navn som fremgår, uten noen henvisning til deres «territories».¹⁸⁰ På dette punktet er det altså en klar forskjell mellom formuleringen i Romatraktaten og i EØS-avtalen. En slik forskjell i formulering, kan tilsi at partene tilsiktet at det også skulle være realitetsforskjell. *Arnesen* tolker forskjellen i ordlyd slik.¹⁸¹ Forskjellen i formulering mellom EØS-avtalen og Romatraktaten er på sett og vis hele grunnlaget for den uenighet som har oppstått og dermed for problemstillingen i denne oppgaven.

I punkt 3.1. over, foreslo jeg at EU-traktatens henvisning til navnene på medlemsstatene uten noen presisering av hvilken del av statens område det var tale om, ledet rettsanvenderen inn i folkerettens regler om statsjurisdiksjon. Tankegangen er at staten også omfatter havområdene hvori den har suverene rettigheter til å utøve statsmyndighet.

¹⁷⁹ For eksempel i EFTA-domstolens praksis, hvor det er krevet «compelling grounds» for å tolke regler under EØS-avtalen annerledes enn tilsvarende regler under EUs traktater, se blant annet Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal Norge AS v Aarskog Per AS and Others and Smart Club Norge*, 8. juli 2008, avsnitt 37.

¹⁸⁰ Det gjelder både någjeldende TEU art. 52(1) og Romatraktaten art. 227(1) som gjaldt da EØS-avtalen ble inngått.

¹⁸¹ *Arnesen* 1994 s. 442 og *Arnesen* 2010 s. 20–21.

På den bakgrunn kan det argumenteres for at ordlyden «territories» i EØS-avtalen art. 126(1) utgjør en prinsipielt viktig forskjell i formulering fra EUs traktater. Ved at ordet «territories» er inntatt i ordlyden, og dette har en vanlig betydning i folkerettslig sammenheng som gir assosiasjoner til noen klarere rammer enn bare statsnavnet, er det naturlig å søke å klarlegge de rammene snarere enn å legge hele statsområdet til grunn. Denne argumentasjonen kan tale for en tolkning av EØS-avtalen art. 126(1) som avviker fra tolkingen av Romatraktaten art. 227(1).

Noen helt sikker argumentasjonslinje gir denne teorien imidlertid ikke. Som jeg viste i min analyse av ordet «territory» i vanlig språkbruk, kan også dette vise til statens jurisdiksjon. Og motsatt kan en henvisning til en stat ved navn, tolkes til bare å omfatte det området som konstituerer selve staten, det vil si områdene innenfor dens territorialfarvann (hvor staten er suveren etter folkeretten).

Det viktigste bidraget som kommer fra å sammenligne EØS-avtalen art. 126(1) med Romatraktaten art. 227(1) er at det kan konstateres at de har ulikeartede formuleringer. I en avtale som ellers er preget av kopiering av formuleringer, kan det tas til inntekt for at det var tilsiktet en realitetsforskjell.

For å underbygge at forskjellen mellom EØS-avtalen art. 126(1) og Romatraktaten art. 227(1) med hensyn til bruk av ordet «territories» fremstår tilsiktet, viser *Arnesen* til en rekke andre bestemmelser i de to traktatene hvor tilsvarende forskjell kan gjenfinnes.¹⁸² I de neste punktene skal jeg klarlegge hvorvidt disse forskjellene bør tas til inntekt for at ordet «territories» i EØS-avtalen ble inntatt for å avgrense mot områder utenfor territorialfarvannet.

9.3 Ordet «territory» i Romatraktaten og EØS-avtalen for øvrig

I dette punktet vil jeg se nærmere på disse andre bestemmelsene og søke å klarlegge om hele bildet av hvordan ordet «territory» er brukt i både Romatraktaten og i EØS-avtalen, kan bidra til å underbygge en

¹⁸² *Arnesen* 1994 s. 442 og *Arnesen* 2010 s. 20–21.

tolkning hvor ordlyden i EØS-avtalen art. 126(1) avgrenser virkeområdet til områder innenfor territorialfarvann.

Jeg begynner med å peke på forskjeller i ordlyd mellom bestemmelser i EØS-avtalen og motsvarende bestemmelser i EU-traktatene, hvor ordet territorium er brukt i EØS-sammenheng men ikke i Romatraktaten. For dette formål vil jeg lage et skjema (Skjema 1) som skal gi en uttømmende opplisting av bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel (utover art. 126(1)) hvor EØS-avtalen bruker ordet «territory» og den ellers tilsvarende bestemmelse i Romatraktaten *ikke* gjør det. Deretter vil jeg gjennom et nytt skjema (Skjema 2) vise til et utvalg bestemmelser fra Romatraktaten hvor ordet territorium benyttes. Formålet med øvelsen er å belyse om det kan trekkes slutninger fra ordbruken ellers i traktatene til tolkingen av ordet «territory» i EØS-avtalen art. 126(1).

Skjema 1 – EØS-avtalen bruker ordet «territory», mens Romatraktaten ikke gjør det. (Alle uthevinger er mine)

Romatraktaten (tilsvarende i TFEU)	EØS-avtalen
Artikkel 48(3) bokstav c (45(3)c) (fri bevegelighet for arbeidstakere) «stay in a Member state »	Artikkel 28(3) bokstav c «stay in the territory of an EC Member state or an EFTA State» (Se, for bokstav b og d, Skjema 2.)
Artikkel 58 (54) (etableringsretten) «principal place of business within the Community »	Artikkel 34 «principal place of business within the territory of the Contracting Parties»
Artikkel 59 (56) (fri flyt av tjenester) «freedom to provide services within the Community »	Artikkel 36 «freedom to provide services within the territory of the Contracting Parties»
Artikkel 79 (95) (transport) «transport within the Community »	Artikkel 50 «transport within the territory of the Contracting Parties». Gjelder uansett bare «inland waterways» i EØS-avtalen, jf. art. 47(1).
Artikkel 80 (96) (transport) «The imposition by a Member State, in respect of transport operations carried out within the Community , of rates and conditions [...] shall be prohibited»	Artikkel 51 «The imposition, in respect of transport operations carried out within the territory of the Contracting Parties , of rates and conditions [...] shall be prohibited»
Artikkel 86 (102)/85 (101) (Konkurransen) «dominant position within the common market » / «distortion of competition within the common market »	Artikkel 54/53 «dominant position within the territory covered by this Agreement» / «distortion of competition within the territory covered by this Agreement»
Artikkel 93 (108) (statsstøtte) «all systems of aid existing in those States [Member States] »	Artikkel 62 «All existing systems of State aid in the territory of the Contracting Parties»

Skjema 1 viser at en rekke bestemmelser i EØS-avtalen bruker ordet «territory» selv om mønsterbestemmelsen i Romatraktaten ikke gjør det. I Skjema 2 skal jeg vise at det finnes bestemmelser hvor ordet «territory» er brukt også i Romatraktaten. Skjema 2 er ikke uttømmende.¹⁸³

Skjema 2 – Bestemmelser i Romatraktaten som bruker ordet «territory».
Et utvalg. (Mine uthevinger)

Bestemmelse i Romatraktaten	Bruk av ordet «territory» / «territories»
Artikkel 48(3) litra b og d – tilsvarende EØS-avtalen art. 28 ¹⁸⁴ (Fri bevegelse for arbeidstakere)	«3. It shall entail the right (b) to move freely within the territory of Member States for this purpose; (d) to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State. »
Artikkel 52 – tilsvarende EØS-avtalen art. 31 (etableringsretten)	«restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be abolished»
Artikkel 75(1) bokstav a (transport)	Rådet skal lage «common rules applicable to international transport to or from the territory of a Member State or passing across the territory of one or more Member States». – sml. Skjema 1, artikkel 79.
Artikkel 96 – tilsvarende EØS-avtalen art. 15 (skattlegging av eksport)	«Where products are exported to the territory of any Contracting Party, any repayment of internal taxation shall not...»

Som sagt viser gjennomgangen i Skjema 1 at flere steder i EØS-avtalen så er ordet «territory» brukt selv om det ikke er benyttet i forbildebene-

¹⁸³ Skjema 2 består av et utvalg. Utvalget er gjort for oversiktighetens skyld. En uttømmende oppstilling av bestemmelser i Romatraktaten som bruker ordet «territory» følger her: Artiklene 19, 48, 51, 52, 53, 54, 75, 91, 96, 192, 218. Unntatt er bestemmelser som handler om oversjøiske territorier, da det blir noe annet enn det som drøftes her.

¹⁸⁴ Obs: Artikkel 28 EØS er unøyaktig i sin oversettelse i tredje ledd bokstav b) hvor det i norsk oversettelse står «flytte fritt» – det burde stå «forflytte seg fritt», som er en mer presis oversettelse av det engelske «move freely» og det franske «se déplacer librement» i Romatraktaten art. 48, som ikke nødvendigvis har med bosted å gjøre.

stemmelsen i Romatraktaten. I Skjema 2 fremgår det at ordet «territory» benyttes andre steder i Romatraktaten.

Arnesen gjør som nevnt et poeng ut av de forskjellene i ordlyd som fremgår av Skjema 1.¹⁸⁵ Han tar forskjellene til inntekt for at det er gjort et bevisst valg av ordlyd for å gi uttrykk for at EØS-avtalens geografiske virkeområde skal fastsettes etter andre kriterier enn EU-rettens. Sett hen til utgangspunktet om at EØS-avtalens bestemmelser i hovedsak speiler Romatraktatens, er denne slutningen nærliggende. Arnesen problematiserer imidlertid ikke det faktum som demonstreres i Skjema 2, altså at ordlyden «territory» også er benyttet en rekke steder i Romatraktaten. Jeg finner det riktig å vurdere om det at ordet «territory» også brukes flere steder i Romatraktaten, innebærer at forskjellene som fremgår av Skjema 1 ikke danner et like entydig bilde av tilsiktet realitetsforskjell som det Arnesen synes å mene. Dersom det kan sannsynliggjøres at ordet «territory» i Romatraktaten ikke avgrenser mot virkning utenfor territorialfarvannet, kan det svekke vekten av ordlyden «territory» som argument i retning av at en slik avgrensning skal følge av EØS-avtalen art. 126(1).

9.4 Avgrenser ordet «territory» i Romatraktaten mot områder utenfor territorialfarvann?

Utgangspunktet i EU-retten er som jeg har redegjort for i punkt 3 at traktatens virkeområde ikke er begrenset til områdene innenfor medlemsstatenes territorialfarvann. Virkeområdet fastlegges som utgangspunkt etter funksjonelle kriterier. Det første jeg skal vurdere nå, er om det er holdepunkter for at ordlyden «territory» i Romatraktaten innebærer at det skal gjøres unntak fra utgangspunktet om at virkeområdet avgrenses etter funksjonelle kriterier.

Det finnes meg bekjent ingen rettspraksis fra EU-domstolen som tilsier at ordet «territory» i Romatraktaten skal gi grunnlag for en innsnevring av virkeområdet til de bestemmelsene hvor det forekommer, men heller

¹⁸⁵ *Arnesen* 1994 s. 442 og *Arnesen* 2010 s. 20–21.

ingen avgjørelser som direkte fastslår at bruken ikke skal ha en slik virkning. Som jeg viste i punkt 3.2.1, har EU-domstolen ikke funnet grunn til å gi ordet «territory» noen avgrensende virkning mot økonomisk sone eller kontinentalsokkel i saker hvor ordet har forekommet i sekundærlovgivningen.¹⁸⁶ Slik tilsier rettspraksis at heller ikke bruken av ordet «territory» i Romatraktaten skal ha noen slik virkning

Romatraktaten art. 48(3) kan være egnet til å vurdere hvilken funksjon ordet «territory» har i Romatraktaten, da den har formuleringer både med og uten ordet. Jeg gjengir:

«It [freedom of movement for workers] shall entail the right, subject to limitations justified on grounds of public policy, public security or public health:

(a) to accept offers of employment actually made;

(b) to move freely **within the territory of Member States** for this purpose;

(c) to stay **in a Member State** for the purpose of employment in accordance with the provisions governing the employment of nationals of that State laid down by law, regulation or administrative action;

(d) to remain **in the territory of a Member State** after having been employed in that State, subject to conditions which shall be embodied in implementing regulations to be drawn up by the Commission.»¹⁸⁷ (mine uthevinger)

Som det fremgår av mine uthevinger, er ordet «territory» benyttet i bokstavene b og d, men ikke i bokstav c. I EØS-avtalen art. 28(3) som ellers tilsvarer denne bestemmelsen, er ordet «territory» benyttet i alle bokstavene b, c og d.

Spørsmålet er om ordet «territory» har en funksjon i Romatraktaten art. 48(3), nærmere bestemt om det er forskjell i virkeområdet for bokstavene b og d kontra bokstav c. Om tilstedeværelsen av ordet «territory» i bokstavene b og d skulle ha en virkning, ville det innebære en materiell

¹⁸⁶ Se for eksempel EU-domstolens sak C-347/10 *Salemink* avsnitt 35, omtalt over punkt 3.2.1.

¹⁸⁷ Romatraktaten art. 48(3), tilsvarende TEU art. 45(3)

forskjell i anvendelsesområdet for bokstavene b og d *vis-à-vis* bokstav c. En slik konstruksjon ville innebære at Romatraktaten art. 48(3) gjennom bokstav c ga arbeidstakere rett til å oppholde seg på medlemstatenes kontinentalsokkel, mens retten til å forflytte seg fritt, som er hjemlet i bokstav b, var begrenset til områdene innenfor statenes territorialfarvann.¹⁸⁸ Det fremstår som en lite logisk løsning. En helhetlig lesning av Romatraktaten art. 48(3) som tar hensyn til den ulogiske forskjellen mellom virkeområdet til bokstavene b og c som ville være konsekvensen av en annen tolkning, tilsier at ordet «territory» i bestemmelsen ikke har noen funksjon i retning av å avgrense bestemmelsenes stedlige virkeområde sammenlignet med det som gjelder for traktaten som helhet.

Jeg mener etter dette at det kan legges til grunn at ordet «territory» i Romatraktaten 48(3) ikke innebærer at bestemmelsen skal ha et snevrere geografisk virkeområde enn traktaten selv. Denne konklusjonen leder til neste: Ettersom ordet «territory» ikke har noen betydning i Romatraktaten art. 48(3) bokstaver b og d, har ordets fravær i bestemmelsens bokstav c heller ikke betydning. Det er dermed ikke grunnlag for å trekke slutninger av forskjellen i formulering mellom EØS-avtalen art. 28(3) bokstav b og Romatraktaten 48(3) bokstav b med hensyn til de to bestemmelsenes geografiske virkefelt i maritime soner. Den slutning jeg trekker her, er at det ikke er grunnlag for å ta forskjellen i formulering i EØS-avtalen art. 28 og Romatraktaten art. 48, til inntekt for at de to avtalene har forskjellig virkeområde. Det innebærer at et argument for at forskjell foreligger er «krysset vekk», men merk at det heller ikke innebærer noe mer. Dette betyr ikke nødvendigvis at de to avtalene har samme virkeområde.

Romatraktaten art. 52 gjelder etableringsrett, og det fremgår av art. 52(1) at partene skal avvikle restriksjoner på «the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State». Etableringsretten skal etter art. 52(2) inkludere retten til «take up and pursue activities as self-employed persons». Det fremstår, hensett

¹⁸⁸ Det samme ville i og for seg gjelde retten til å forbli i en medlemstat etter bokstav d, men den praktiske betydningen av å få bli boende på kontinentalsokkelen etter endt arbeidsforhold, anser jeg som liten.

til EU-domstolens praksis om at hele EU-retten i prinsippet har samme virkeområde,¹⁸⁹ lite trolig at etableringsretten, herunder retten til å utøve virksomhet i en annen EU-stat, skal være begrenset til områdene innenfor territorialfarvannet.

Under, i punkt 3.2.1, var jeg inne på at EU-domstolen i Salemink-saken ikke lot ordet «territory» i trygdeforordningen lede til noen snevrere fortolkning av forordningens anvendelsesområde, men tvert imot sa at når det gjelder anvendelse av EU-rett så skal utøvelse av de aktiviteter som ligger under statens suverene rettigheter på kontinentalsokkelen, regnes for å skje på medlemsstatens territorium.¹⁹⁰

I forlengelsen av det vil jeg fremheve fortalen i konsesjonsdirektivet, som jeg var inne på over i punkt 2.2.2. Direktivet er vedtatt av Europaparlamentet og Rådet. I fortalen fremgår følgende formulering:

«Whereas Member States have sovereignty and sovereign rights over hydrocarbon resources on their territories;

Whereas the Community is a signatory to the United Nations Convention on the Law of the Sea;»¹⁹¹

Også dette sitatet viser tydelig at EUs institusjoner ikke har sett noen begrensning i ordet «territories» med hensyn til å gi direktivet anvendelse i områdene hvor medlemsstatene har suverene rettigheter til hydrokarbonressursene sine etter havrettskonvensjonen.¹⁹²

Disse eksemplene fra Romatraktaten samt EU-organenes praksis om virkeområdet til direktiver og forordninger og derigjennom selve traktaten,¹⁹³ utgjør etter mitt skjønn tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at bruken av ordet «territory» i Romatraktaten og øvrig EU-lovgivning, er uten materiell betydning med hensyn til reglens stedlige virkeområde i havet. Det er et funn som etter mitt skjønn er egnet til å svekke betydningen av ordlyden «territory» i EØS-avtalen art.

¹⁸⁹ C-61/77 *Kommisjonen mot Irland*, avsnitt 47 nevnt i punkt 3.2.1.

¹⁹⁰ C-347/10 *Salemink* avsnitt 35.

¹⁹¹ Fortalen til dir. 94/22/EF, avsnitt 8 og 9.

¹⁹² Berørt i *Arnesen* 1996 s. 62.

¹⁹³ Som vist nærmere i punkt 3.

126(1) også, både i seg selv og i sammenligning med de bestemmelsene i Romatraktaten hvor ordet «territory» ikke er brukt.

9.5 Betydningen av Romatraktatens formuleringer og innholdet i disse for tolkingen av EØS-avtalen

Som jeg var inne på i begynnelsen av dette punktet, er Romatraktaten å regne som relevant kontekst ved tolking av EØS-avtalen. Dette særlig fordi EØS-avtalen bygger på Romatraktaten. EØS-avtalen har nær tilknytning til Romatraktaten og EØS-avtalens rolle var på mange måter å fungere som Romatraktaten, men innenfor noe mer avgrenset saksfelt.

Den nære sammenhengen med Romatraktaten innebærer at når EØS-avtalen ble forfattet, hadde forfatterne etter all sannsynlighet et bevisst forhold til hvilke formuleringer som fantes i Romatraktaten, og hvilket innhold som lå i disse. Det omfatter også bestemmelsene hvor ordet «territory» er brukt men hvor det ikke innebærer begrensninger av stedlig virkeområde i havområder. Når ordet «territory» så ble brukt i EØS-avtalen, kunne det være naturlig å tenke at det skulle ha samme (ikke-)funksjon som i Romatraktaten. Særlig sett i lys av den viktige rolle lojalitet («good faith») spiller i tolkingen av traktattekster,¹⁹⁴ er det viktig å vurdere hvordan avtalens formuleringer mest naturlig kan ha fortont seg for avtalens respektive parter. På grunn av den måten ordet «territory» er brukt i Romatraktaten, fremstår den mest naturlige tolkning av EØS-avtalen – i hvert fall for EU-siden – som den hvor ordet «territory» ikke innebar noen stedlig avgrensingsmarkør. Det tilsier at den mest lojale tolkingen av EØS-avtalen trolig vil være å utvise forsiktighet med å legge for stor vekt på ordet «territory» i EØS-avtalens formuleringer.

¹⁹⁴ Jevnfør Wien-konvensjonen art. 31(1), se punkt 6.1 over.

9.6 Hvorfor er det benyttet andre formuleringer i EØS-avtalen enn i Romatraktaten, og hvorfor ble de som de ble?

Begrunnelsen for hvilke ord som er benyttet i en traktat, er viktig for hvordan ordlyden skal tolkes og for hvilken vekt den skal tillegges. For å vurdere betydningen av de forskjellene i formuleringer som jeg viste i Skjema 1, er det derfor for det første nødvendig å spørre hvorfor EØS-avtalen har andre formuleringer enn Romatraktaten. Her er svaret enkelt, fordi det i alle tilfellene i Skjema 1 er skjedd en omformulering for å ta hensyn til at EØS-avtalen har en annen partskonstellasjon enn Romatraktaten. Uttrykk som «the Community» og «Member States» var ikke anvendelige i en EØS-sammenheng.¹⁹⁵ For det andre, og viktigere, er det nødvendig å spørre hvorfor bestemmelsene ble som de ble. Det vil si: Hvorfor er de formulert med ordet «territory»? Eller mer presist: Er de formulert med ordet «territory» fordi det har vært meningen å markere en avgrensning av stedlig virkeområde?

Som et ledd i undersøkelsen av om formuleringene med ordet «territory» i EØS-avtalen ble gjort for å markere en avgrensning i stedlig virkeområde, har jeg undersøkt om ordet «territory» brukes konsekvent i EØS-avtalen. I Skjema 3 er en oversikt over noen bestemmelser i EØS-avtalen hvor ordet «territory» *ikke* er brukt. Bestemmelsene i Skjema 3 kan sammenlignes med EØS-avtalens bestemmelser i Skjema 1. Bakgrunnen for utvalget av bestemmelser til Skjema 3 er at jeg mener at disse er av en slik art og har en slik formulering for øvrig, at det hadde passet å bruket ordet «territory» og at en slik ordbruk hadde vært påkrevet for at det skulle være mulig å si at ordet «territory» er konsekvent anvendt i EØS-avtalen. Jeg har uthevet de formuleringene hvor «territory» mangler, det vil si hvor ordet kunne hatt en naturlig plass, men likevel ikke står.

¹⁹⁵ Disse uttrykkene hører hjemme i en terminologi i Romatraktaten, hvor de har en bestemt betydning som ikke favner EFTA-statene.

Skjema 3 – Bestemmelser i EØS-avtalen hvor «territory» ikke er brukt, men kunne vært naturlig å bruke.(mine uthevinger)

Bestemmelse i EØS-avtalen	Formulering uten bruk av «territory»
EØS-avtalen artikkel 8(1) og (2) (fri bevegelighet for varer)	Artikkel 8(1) «Free movement of goods between the Contracting Parties shall be established» Artikkel 8(2) «products originating in the Contracting Parties »
Artikkel 36(1)	«1. Within the framework of the provisions of this Agreement, there shall be no restrictions on freedom to provide services within the territory of the Contracting Parties in respect of nationals of EC Member States and EFTA States who are established in an EC Member State or an EFTA State other than that of the person for whom the services are intended»
Artikkel 37(2)	«the person providing a service may, in order to do so, temporarily pursue his activity in the State where the service is provided, under the same conditions as are imposed by that State on its own nationals.»
Artikkel 43(1)	«Where differences between the exchange rules of EC Member States and EFTA States could lead persons resident in one of these States to use the freer transfer facilities within the territory of the Contracting Parties ...»

Skjema 3 viser to ting. For det første viser Skjema 3 at det hadde vært fullt mulig å lage formuleringer også til bestemmelsene i Skjema 1, hvor ordet «territory» ikke ble benyttet. Ordet «territory» var med andre ord ikke en språklig nødvendighet, og kunne vært unngått om det ikke var noen mening med å bruke det. Det tilsier at ordet «territory» skal gis et innhold der hvor det er benyttet.

Det andre Skjema 3 viser, er at det er flere bestemmelser i EØS-avtalen hvor ordet «territory» kunne vært naturlig å bruke, men hvor andre formuleringer likevel er valgt. Dersom ordet «territory» i bestemmel-

sene i Skjema 1¹⁹⁶ skulle henwise til det geografiske området innenfor territorialfarvannet, så fremstår det ikke som åpenbart hvorfor denne henvisningen ikke var nødvendig eller på sin plass også i de bestemmelsene som fremgår av Skjema 3.

For eksempel omhandler EØS-avtalen art. 8(2) varer «originating in the Contracting Parties», uten avgrensning til disses «territories» og art. 37 omhandler frihet til å forfølge sin virksomhet «in the state» hvor man yter en tjeneste, også denne uten avgrensning til «territories». Dermed har både fri bevegelse av varer og fri bevegelse av tjenester reguleringer som ikke avgrensner sitt nedslagsfelt til territoriet. Det reiser spørsmålet om det kan ha vært meningen at reglene om fri bevegelse av varer skulle ha et annet og videre anvendelsesområde enn avtalen for øvrig.

Ettersom EØS-avtalen har en egen virkeområdebestemmelse i art. 126(1), tilsier systembetraktninger at det virkeområdet som angis av denne må gjelde for alle bestemmelsene i avtalens hoveddel. Unntak må kreve klare holdepunkter. Det taler for at verken bruken eller ikke-bruken av ordet «territory» i øvrige bestemmelser i avtalens hoveddel har, eller var ment å ha, noen normativ virkning i retning av å regulere avtalens stedlige virkeområde.

Et sentralt spørsmål i dette punktet om bredere kontekstuell tolking, har vært å klarlegge om bestemmelsene i EØS-avtalen som er med i Skjema 1, er formulert så de inneholder ordet «territory» fordi det har vært meningen å avgrense deres stedlige virkeområde. Det gjennomgangen av andre bestemmelser i EØS-avtalen i Skjema 3 har vist, er at det er lite trolig at alle EØS-bestemmelsene i Skjema 1 er formulert med ordet «territory» for å gi uttrykk for en avgrensning i deres stedlige virkeområde. Fordi det er naturlig at ett ord tolkes på samme måte innenfor én traktat, tilsier dette funnet at heller ikke EØS-avtalen art. 126(1) er formulert med ordet «territory» fordi det har vært et poeng å avgrense avtalens stedlige virkeområde mot områder utenfor territorialfarvann. Dette er likevel ikke helt konklusivt. Dersom EØS-avtalen art. 126(1)

¹⁹⁶ Det vil si bestemmelser i EØS-avtalen (utover art. 126(1)) som bruker ordet «territory» selv om tilsvarende bestemmelse i Romatraktaten ikke gjør det, se Skjema 1 på side 71 (punkt 9.3).

avgrenser avtalens virkeområde som nevnt, vil dette også ha virkning for avtalens øvrige bestemmelser. Om disse er formulert med eller uten «territory» vil da i prinsippet ikke ha betydning.

Dersom det skal legges til grunn at EØS-avtalen art. 126(1) ikke er formulert med ordet «territory» i en slik avgrensende hensikt, oppstår spørsmålet: «Hvorfor da»? Finnes det noen annen rimelig forklaring på at ordlyden i EØS-avtalen art. 126(1) ble utformet med ordet «territory»? Kanskje kan det være så enkelt at ordet «territory» er tatt med i forsøk på å skape eleganse i språk og form? I punkt 10 under, skal jeg vise hvordan bestemmelsens historie kan by på alternative forklaringer. Poenget i denne sammenhengen er at et ønske om å avgrense det geografiske virkeområde i havet, ikke nødvendigvis er den eneste rimelige forklaringen på at ordlyden i EØS-avtalen art. 126(1) ble utformet med ordet «territory».

Men først skal jeg, i neste punkt, se på hvilke bidrag formuleringer i EØS-avtalens protokoller kan gi for tolkingen av ordlyden «territories» i EØS-avtalen art. 126(1).

9.7 EØS-avtalens protokoller som bidrag til tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1)

EØS-avtalen har en rekke protokoller med forskjellige funksjoner, og jeg skal komme nærmere tilbake til forholdet mellom protokollene, vedleggene og avtalens hoveddel (særlig art. 126) i et mer konsekvensorientert lys i punkt 13. Her skal jeg kun benytte protokollene for å forsøke å belyse ordlyden i EØS-avtalen art. 126(1) og hva partene kan ha ment med den.

De protokollene det er mest nærliggende å se på, er Protokoll 1 om gjennomgående tilpasninger og Protokoll 4 om opprinnelsesreglene.¹⁹⁷

Protokoll 1 gjelder gjennomgående tilpasninger for å få regler som er laget for en EU-sammenheng, til å passe i en EØS-sammenheng. Når en EU-rettsakt inntas i EØS-avtalen, gjøres det gjennom en henvisning til rettsakten i et av avtalens vedlegg, vanligvis uten tilpasningstekst. Det

¹⁹⁷ Det er disse Arnesen viser til, se bl.a. *Arnesen* 1996 s. 68 og Arnesen i *Arnesen mfl. eds.* 2018 s. 948.

gjøres ingen endringer i selve rettsakten. Det aktualiserer et behov for tilpasning til EØS-kontekst. Protokoll 1 punkt 8 har følgende ordlyd:

«Whenever the acts referred to contain references to the territory of the “Community” or of the “common market” the references shall for the purposes of the Agreement be understood to be references to the territories of the Contracting Parties as defined in Article 126 of the Agreement.»

Denne bestemmelsen presiserer at selv om en rettsakt bruker de EU-spesifikke begrepene «Community» og «common market» for å angi sitt virkefelt, så skal det i en EØS-sammenheng leses som en henvisning til det virkeområdet som er definert i EØS-avtalen art. 126(1).¹⁹⁸ Dette er nødvendig for at EFTA-statene skal kunne omfattes av rettsaktens virkeområde, da disse ikke omfattes av begrepene «Community» og «common market», som er begreper som stammer fra, og henter sitt innhold fra, Romatraktaten. Ordet «territory» er imidlertid uten materielt innhold i denne bestemmelsen. Det er ikke nødvendig at det står «territory» i rettsakten for at Protokoll 1 punkt 8 gjør seg gjeldende; det trenger bare å stå «Community» eller «common market».¹⁹⁹ I tillegg, som jeg viste i punkt 3, avgrenses ikke EU-rettens virkeområde langs territorialfarvannet selv om det skulle stå «territory» i rettsakten. I relasjon til EØS-avtalen er ordet «territories» også innholdsmessig overflødig ettersom ordlyden i Protokoll 1 punkt 8 selv angir at det er art. 126 som definerer innholdet i «the territories of the Contracting Parties». Protokoll 1 punkt 8 er altså en ren henvisningsbestemmelse. Ordet «territory» er muligens inntatt foran «Community» for å presisere at det er tale om angivelse av stedlig virkefelt, da ordet «Community» også kan ha andre funksjoner. Protokoll 1 punkt 8 gir derfor ikke bidrag til tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1).

Den neste protokollen som kan ha interesse, er Protokoll 4 om opprinnelsesreglene. Den angir vilkårene for at en vare skal regnes som «originating in the Contracting Parties» i EØS-avtalen art. 8(2), en status

¹⁹⁸ Se Bull, Henrik: «EØS-avtalen – litt om avtalens struktur og om prinsippene for gjennomføring i norsk rett», Lov og Rett 1992 s. 583 på s. 592.

¹⁹⁹ Samme sted.

som kvalifiserer en vare for anvendelse av reglene om fri bevegelse for varer (EØS-varer).

Protokoll 4 har gjennomgått flere endringer siden EØS-avtalen ble inngått, og de relevante bestemmelsene i herværende sammenheng, er også endret. For formålet å belyse partenes mening med EØS-avtalen art. 126(1), er det først og fremst interessant å se på hvordan protokollene så ut på avtaletiden. Det er imidlertid ikke irrelevant å se hen til den senere utviklingen, og dette kommer jeg tilbake til.

I 1992 hadde Protokoll 4 art. 2 følgende ordlyd:

«A product shall be considered to be originating in the EEA within the meaning of this Agreement if it has been either wholly obtained or sufficiently worked or processed in the EEA. For this purpose, the territories of the Contracting parties, including the territorial waters, to which this Agreement applies, shall be considered as a single territory»

Poenget med den siste setning i bestemmelsen, var å presisere at det ikke hadde noe å si om varen var produsert i ett EØS-land eller om den var delvis produsert i flere EØS-land. Det som er av interesse for tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1), er særlig formuleringen «including the territorial waters». Denne formuleringen impliserer ganske tydelig at virkeområdet til avtalen i utgangspunktet ble regnet for å strekke seg ut i territorialfarvannet, og ikke til økonomisk sone eller kontinentalsokkelen. Den trekker derfor i retning av å tolke EØS-avtalen art. 126(1) på en slik måte.

I sin avhandling fra 1992, viser *Arnesen* til Protokoll 4 art. 2. Han ser den i sammenheng med dagjeldende Protokoll 4 art. 3 bokstav a, som i dag er art. 4(1) bokstav a.²⁰⁰ Den bestemte at mineralske produkter utvunnet av jord eller havbunn, skulle regnes som EØS-varer. Arnesen kommenterer at denne produktangivelsen måtte leses i lys av art. 2, som viste til territoriene. Dermed omfattet ikke produktangivelsen mineralske produkter fra kontinentalsokkelen. En slik tolkning ville medføre

²⁰⁰ *Arnesen* 1996 s. 68.

at norsk petroleum ikke automatisk fikk tilgang til det indre marked. Om produktene fra kontinentalsokkelen ikke hadde fri tilgang til det indre marked, er det noe som ville gjøre en tolkning av EØS-avtalen art. 126(1) hvoretter EØS-avtalen ikke omfatter kontinentalsokkelen både nærliggende og forsvarlig.

I dag er Protokoll 4 endret på begge disse punktene. Ordlyden i art. 2 er endret slik at referansen til «territorial waters» er tatt ut. I art. 4(1) er det kommet til et nytt bokstavpunkt, bokstav j. Protokoll 4 art. 4(1) bokstav j bestemmer at følgende produkter skal regnes som EØS-varer:

«j) products extracted from marine soil or subsoil outside their territorial waters provided that they have sole rights to work that soil or subsoil»²⁰¹

Dette er en bestemmelse som fantes i EUs opprinnelsesregler (Rådsforordning (EØF) 802/68 art. 4(2) bokstav h), og Arnesen fant støtte for sin tolkning nettopp i fraværet av en tilsvarende bestemmelse i EØS-avtalen.²⁰² Der det ut fra protokollens ordlyd i 1992 var fullt forsvarlig og mest nærliggende å hevde at olje og gass fra norsk sokkel ikke var varer omfattet av EØS-avtalen, følger det nå av Protokoll 4 at disse produktene er EØS-varer.

For å belyse partenes forutsetninger ved inngåelsen av EØS-avtalen, har den opprinnelige versjonen av Protokoll 4 størst betydning.²⁰³ Som de senere endringene av protokollene kan illustrere, er det imidlertid usikkert hvilken intensjonsdybde som lå bak formuleringene i den opprinnelige protokollen med hensyn til det overordnede spørsmålet om EØS-avtalens virkeområde. I relasjon til dette spørsmålet, som har viktig prinsipiell karakter, kan det være grunn til forsiktighet hva gjelder vektleggingen av formuleringer på detaljplan i en protokoll. Til dette

²⁰¹ EØS-avtalens protokoll 4 art. 4(1) bokstav j. Jeg tolker ordene «their» og «they» i bestemmelsen slik at de refererer til den aktuelle kyststat som er part i EØS-avtalen, jf. også protokoll 4 art. 3.

²⁰² *Arnesen 1996* s. 69.

²⁰³ Som jeg var inne på punkt 5, er det ikke aktuelt med dynamisk fortolkning av virkeområdebestemmelsen.

kommer at protokollene ble forhandlet og forfattet av andre enn de som utarbeidet avtalens hoveddel. Det var mange kokker i sving, og det er ikke gitt at alle var helt koordinerte med hensyn til alle prinsipielle utgangspunkter. Etter å ha snakket med en erfaren medarbeider i Tolldirektoratet om Protokoll 4 art. 4(1) bokstav j, satt jeg igjen med det inntrykk at det nærmest må ha berodd på en feil at bestemmelsen om produkter fra kontinentalsokkelen ikke var med i den opprinnelige protokollen. Det er også tydelig fra både St.prp. nr. 100 (1991–1992) om EØS-avtalen og St.prp. nr. 40 (1994–1995) om innlemming av konsesjonsdirektivet, at norske myndigheter mente at norsk olje og gass hadde fri tilgang til det indre marked etter EØS-avtalen – noe som forutsetter at det kan regnes som produkter med opprinnelse i EØS etter Protokoll 4.²⁰⁴

9.8 Oppsummering

Gjennom punktene 7 til 9 har jeg belyst og analysert ordlyden i EØS-avtalen art. 126(1) og dennes kontekst. Gjennom analysen har jeg pekt på argumenter for både en tolkning av bestemmelsen som medfører at EØS-avtalen skal avgrenses etter territorialfarvannet yttergrense og en tolkning som medfører at EØS-avtalens virkeområde skal følge statenes jurisdiksjon slik som i EU-retten.

De momentene som særlig taler for en avgrensing etter territorialfarvannets yttergrense, er for det første hvordan ordet «territory» er forstått og brukt i folkerettslig litteratur. For det andre er det at EØS-avtalen art. 126(1) har en annen type formulering enn Romatraktaten art. 227, som er dens EU-rettslige motstykke.

Vekten av disse argumentene svekkes noe av at ordet «territory» i vanlig språkbruk (slik ordbøker definerer det) ikke har noen klar side til områder innenfor territorialfarvannet, men snarere knytter ordet til områder under statens jurisdiksjon. Det er dermed rom i ordlyden for å tolke den også slik at økonomisk sone og kontinentalsokkelen omfattes. I tillegg svekkes vekten av ordlyden «territory» – etter mitt

²⁰⁴ Innledningene i både St.prp. nr. 100 (1991–1991) og St.prp. nr. 40 (1994–1995).

skjønn i betydelig grad – av at det i EU-rettslig sammenheng, herunder i Romatraktaten, kan påvises at ordet «territory» har vært brukt i stor utstrekning uten at det er ment å avgrense mot økonomisk sone og kontinentalsokkelen. Det er egnet til å vise at EU heller ikke i relasjon til EØS-avtalen mente at ordet skulle ha noen slik virkning.

I de neste punktene skal jeg se på de andre tolkingsfaktorene Wien-konvensjonen art. 31 foreskriver som relevante. Først skal jeg presentere noe av det historiske grunnlaget for bestemmelsen i EØS-avtalen art. 126(1). Formålet er å belyse hvilke forutsetninger partene kan ha hatt – og viktigere: hvilke forutsetninger partene hadde grunnlag for å skjønne at de andre partene hadde. Deretter skal jeg drøfte EØS-avtalens formål som tolkingsfaktor før jeg til slutt skal se nærmere på forholdet mellom EØS-avtalen art. 126(1) og rettsaktene i avtalens vedlegg for å vurdere hva slags konsekvenser de ulike tolkingene av EØS-avtalen art. 126(1) kan få på et systemplan.

10 Historikk

I dette punktet skal jeg redegjøre litt for historien til akkurat EØS-avtalen art. 126(1) og vurdere om denne kan kaste lys over hvorfor bestemmelsen ble formulert slik den ble. Dette kan bidra til å kaste lys over hvilken tolking av bestemmelsen som er den mest lojale. En lojal fortolking av traktatbestemmelser er det grunnleggende mål etter Wien-konvensjonen art. 31(1) («A treaty shall be interpreted in good faith»).

For denne oppgavens formål er det to alternativer for hvorfor bestemmelsen er formulert med ordet «territories». Enten 1: for å markere en geografisk avgrensning etter territorialfarvannets yttergrense (i tråd med den norske tolkningen), eller 2: av andre grunner. Dersom det ikke kan vises til andre grunner for å lage formuleringen slik, er det et moment som taler for å tolke ordlyden i tråd med norsk oppfatning. Motsatt kan andre forklaringer for hvorfor ordlyden ble slik, svekke vekten av ordlyden som tolkingsmoment i favør den norske tolkning.

10.1 Handelsavtalene mellom EF og de respektive EFTA-stater

EØS-avtalen art. 126(1) er utformet på samme måte som tilsvarende bestemmelser i avtaler mellom Norge og EU-organer (daværende EØF²⁰⁵) fra før EØS-avtalen. Artikkel 35 i Handelsavtalen hadde slik ordlyd:²⁰⁶

«The Agreement shall apply, on the one hand, to the territories to which the Treaty establishing the European Economic Community applies upon the terms laid down in that Treaty and, on the other, to the territory of the Kingdom of Norway.»

Ifølge *Arnesen* har det knyttet seg en viss tvil til spørsmålet om Handelsavtalen hadde virkning på kontinentalsokkelen.²⁰⁷ Det var også under denne avtalen uenighet. Norge mente at den ikke gjaldt på sokkelen, og EØF mente at den gjorde det. *Arnesen* skriver at uenigheten mellom Norge og EØF med hensyn til handelsavtalens geografiske virkeområde, kan tas til inntekt for at kontinentalsokkelen ikke faller inn under EØS-avtalens virkeområde, og legger til: «Det er nemlig nærliggende å anta at partene, dersom virkeområdet for avtalen skulle fastlegges etter de kriterier som legges til grunn for fellesskapsrettens vedkommende, og som er andre enn de som er hevdet av Norge under Handelsavtalen, hadde valgt en annen formulering».²⁰⁸

Etter mitt skjønn kan *Arnesens* argument også snus til å tale for motsatte konklusjon. EUs oppfatning var også under Handelsavtalen at kontinentalsokkelen var omfattet av virkeområdet. Dette på tross av at avtalen anga virkeområdet til territoriet. Sett i sammenheng med at EU-retten gjaldt også utenfor territorialfarvannet og at resten av avtalen

²⁰⁵ Europeiske økonomiske fellesskap, engelsk: EEC.

²⁰⁶ Avtale mellom Norge og Det europeiske økonomiske fellesskap av 14. mai 1973. Tilsvarende bestemmelse finnes i Avtale mellom Norge og Det europeiske kull- og stålfellesskapet av samme dato, art.32. Avtalene kan finnes på henholdsvis url: <https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/EC-Norway.pdf> og url: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1515508109286&uri=CELEX:21973A0514\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1515508109286&uri=CELEX:21973A0514(02))

²⁰⁷ *Arnesen* 1996 s. 63–64; *Arnesen* 1994 s. 441, *Arnesen i Arnesen mfl. eds.* 2018 s. 947.

²⁰⁸ *Arnesen* 1994 s. 442

i så stor grad er preget av ensartethet mellom EU- og EØS-retten, er det kanskje Norge som burde ha uttrykt seg klarere dersom de mente at EU-rettens løsning ikke skulle gjelde i den nye avtalen. Uenigheten i forbindelse med handelsavtalen demonstrerte at ordlyden «territory» i en traktat mellom Norge og EØF ikke nødvendigvis hadde den funksjon at den avgrenset mot anvendelse av traktaten utenfor territorialfarvann. Det burde – kanskje – gitt utslag for de norske forventningene til ordlydens innhold også i den nye avtalen.

Formuleringen i handelsavtalen var en helt standard formulering som EUs forgjengere (EØF/Kull- og stålfellesskapet) også benyttet i handelsavtaler med andre stater, for eksempel Finland, Sveits og Island.²⁰⁹ Det at EØS-avtalen art. 126(1) har samme utforming som klausuler fra disse tidligere avtalene, kan på den bakgrunn ganske enkelt forklares med at den lå for hånden når det skulle lages utkast til EØS-avtalen.²¹⁰ På den bakgrunn kan det slutes at det ikke nødvendigvis lå noen stor bevissthet i at EØS-avtalen art. 126(1) fikk en noe annen ordlyd enn Romatraktaten art. 227(1). Det svekker vekten av ordlyden *vis-à-vis* andre tolkingsfaktorer.

Et neste spørsmål er betydningen av norske forutsetninger under EØS-forhandlingene. EØS-avtalen ble ikke fremforhandlet mellom Norge på den ene side og EU på den andre. Under forhandlingene besto EFTA-siden av Norge, Island, Sveits, Østerrike, Finland og Sverige. Det vil si at flere av de andre statene i forhandlingene, på samme måte som Norge, hadde historie med klausuler om geografisk virkeområde som tilsvarte EØS-avtalen 126(1). EØF var fellesnevneren for alle disse avtalene. Om EØS-avtalen art. 126(1) skulle tolkes på en annen måte enn slik EØF hadde tolket de tidligere handelsavtalenes virkeområdeklausuler,

²⁰⁹ Agreement between the European Economic Community and the Republic of Finland datert 22. november 1973, art. 34 (OJ L 328, 28.11.1973, p. 2–106); Agreement between the European Economic Community and the Swiss Confederation datert 19. desember 1972, art. 35 (OJ L 300, 31.12.1972, p. 189–280); Agreement between the European Economic Community and the Republic of Iceland datert 19. desember 1972, art. 36 (OJ L 301, 31.12.1972, p. 2–161); se også Arnesen i *Arnesen mfl. eds.* 2018 s. 947.

²¹⁰ Slik tolkes situasjonen av Almestad i «Natural Resources»i *Baudenbacher ed.* 2016 s. 768.

burde dette kanskje ha vært en samkjørt forhandlingsposisjon hos de forhandlende EFTA-statene.

Når en avtale på denne måten forhandles mellom to blokker, er det etter mitt skjønn mindre rom for at en enkeltaktørs forutsetninger tillegges vekt. Gitt at EU, basert på sine tidligere diskusjoner med Norge, burde forstått at Norge hadde et annet syn enn dem på hva som lå i formuleringen med ordet «territory», så er det likevel ikke dermed sagt at de andre EFTA-statene burde ha forstått det. Det er heller ikke gitt at de andre EFTA-statene ville sett seg tjent med en geografisk anlagt begrensning i virkeområdet etter grensene for territorialfarvannet. Norge er den EFTA-staten med åpenbart størst interesser i de omdiskuterte områdene (kontinentalsokkel og økonomisk sone). Verken Østerrike, Liechtenstein eller Sveits har kyst, og de ville derfor ikke ha noe å vinne på begrensningen. Finland og Sverige har kyst og kontinentalsokkel, men ikke i nærheten like mye som Norge. Fiskeri er viktig for Island, men fisk er uansett unntatt EØS-avtalens saklige virkeområde.²¹¹ I en slik multilateral og blokk-organisert forhandlingssituasjon hvor den tolkning norske myndigheter hevder de forutsatte i så mye større grad tjener norske interesser enn de andre EFTA-statenes, kan det tenkes at kravene til hvor klart Norge burde uttrykt sine forutsetninger øker sammenlignet med om forhandlingene hadde vært bilaterale.

Forutsetningen for de betraktninger jeg gjorde i de to forrige avsnittene, er at det var klart – i hvert fall for Norge og gjerne også for de andre EFTA-statene – hva som var rettstilstanden med hensyn til geografisk virkeområde for EU-retten. Dette er en forutsetning som krever noe rettfærdiggjøring. Som jeg var inne på i punkt 3.2.1 om EU-rettens virkeområde, er det holdepunkter for at praksisen blant EUs medlemsstater ikke har vært helt konsekvent med hensyn til hvordan EU-rettens virkeområde er forstått. For eksempel kunne Salemink-saken illustrere at spørsmålet ga grunnlag for noe usikkerhet.²¹² Det innebærer at det

²¹¹ Jevnfør EØS-avtalen art. 8(3) og art. 20 jf. protokoll 9. Fiskeri er relativt sett viktigere for Island enn andre deler av offshore-næringen.

²¹² I Generaladvokat Cruz Villalóns innstilling i sak C-347/10 Salemink, 8. september 2011, fremgår det at ulike EU-stater hadde ulike posisjoner.

kanskje ikke er grunnlag for en forutsetning om at EFTA-statene var kjent med rettstilstanden i EU. For Norges del er likevel den uttalte uenigheten mellom Norge og EØF med hensyn til handelsavtalens virkeområde, et relativt sikkert indisium på at EU-rettens geografiske virkeområde var videre enn det Norge mente lå i EØS-avtalen art. 126(1).

Historikken til EØS-avtalen art. 126(1) gir ingen helt klare svar på hvilket innhold bestemmelsen var ment å ha. Men den gir grunnlag for to ting. For det første å si at det finnes andre mulige grunner til at ordlyden ble formulert med ordet «territories» enn en intensjon om å avgrense geografisk virkeområde etter territorialfarvannets yttergrense, jf. spørsmålet jeg stilte i punkt 9.6. For det andre gir historien grunnlag for å stille spørsmålstegn ved om det ikke er Norge som er nærmest til å bære risikoen for at det syn at EØS-avtalen bare skulle gjelde innenfor territorialfarvannet, ikke kom tydeligere frem i avtalen.

I neste punkt vil jeg forsøke å belyse hvor klart det var for norske myndigheter under forhandlingen av EØS-avtalen at Norge mente at EØS-avtalen art. 126(1) innebar en avgrensning av virkeområdet mot økonomisk sone og kontinentalsokkel, og hvor klar en slik forutsetning eventuelt var for de andre avtalepartene.²¹³

10.2 St.prp. nr. 100 (1991–1992)

Etter at EØS-avtalen var signert, men før den skulle vedtas av Stortinget, la Utenriks-departementet frem St.prp. nr. 100 (1991–1992), hvor avtalen ble presentert for Stortinget. I denne stortingsmeldingen var det kommentarer til hver av avtalens bestemmelser.²¹⁴ Den er følgelig formelt et etterarbeid til avtalen, men jeg har tatt den med som en del av historikkdrøftelsen, fordi den er datert 15. mai 1992 og dermed kan kaste lys over standpunkter fra 2. mai 1992, da avtalen ble signert. I proposisjonen står følgende skrevet om artikkel 126(1):

²¹³ Dokumenter fra selve forhandlingene er vanskelig tilgjengelige fordi det har vært helsefarlig muggsopp i UD's arkiver i vinter. Jeg vil derfor forsøke å slutte fra offisielle uttalelser i nær tidsmessig og saklig sammenheng med EØS-forhandlingene.

²¹⁴ St.prp. nr. 100 (1991–1992) *Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992.*

«Artikkel 126 fastslår at Avtalens geografiske virkeområde for EFs vedkommende faller sammen med Romatraktatens. For EFTA-landenes vedkommende skal disse lands territorier omfattes av Avtalen.»²¹⁵

Her skriver Utenriksdepartementet først at for EFs vedkommende, faller EØS-avtalens virkeområde sammen med Romatraktatens. Det vil si at EF-stater vil være forpliktet til å la EØS-avtalen gjelde også utenfor sine territorialfarvann. Deretter skriver de at for EFTA-statenes vedkommende skal disse lands territorier omfattes. Med den tolkning av ordet «territorium» i bestemmelsen som Norge nå anlegger, hvor ordet avgrenser mot områder utenfor territorialfarvann, innebærer UD's tolkning av EØS-avtalen art. 126 fra ratifikasjonsproposisjonen at EFTA-statene kontrollerer maritime soner hvor de ikke er forpliktet til å forholde seg til EØS-avtalen med tilhørende regelverk. EFTA-statenes borgere vil imidlertid ha krav på å få nye godt av de rettigheter EØS-avtalen gir på EF-statenes kontinentalsokkel og i deres økonomiske sone. Slik ville det oppstå en skjev situasjon hvor ytelse og motytelse ikke korresponderte.

Dersom UD i 1992, da proposisjonen ble ferdigstilt, hadde vært oppmerksom på problemstillingen med forskjell i avgrensningskriterier for geografisk virkeområde i havet mellom EF og EØS, er det etter mitt skjønn spesielt at de ikke vier den en kommentar. Om det hadde vært bevissthet hos norske myndigheter på betydningen av ordet «territorium» på dette tidspunkt, er det videre trolig at de ville ha plukket opp at det står «territorier» også foran angivelsen av virkeområdet for EF-statene («Denne avtale skal anvendes på de territorier hvor Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap anvendes»)²¹⁶. Om ordlyden «territorier skal være avgjørende for avgrensningen av virkeområdet til EØS-avtalen i EFTA-statene, er det ikke naturlig å legge til grunn at EØS-avtalens virkeområde for EFs vedkommende skal sammenfalle med Romatraktatens.

²¹⁵ St.prp. nr. 100 (1991–1992) s. 103.

²¹⁶ EØS-avtalen art. 126(1)

Den lesning av departementets kommentar i St.prp. nr. 100 (1991–1992) som etter mitt skjønn er mest naturlig, er at departementet ikke ved sin henvisning til «disse lands territorier» mente å foreta noen egentlig kontrastering fra virkeområdet for Romatraktaten utover at det dreier seg om andre stater.

Kommentaren viser videre at det norske Stortinget ikke ble gjort særskilt oppmerksom på at EØS-avtalen ikke skulle gjelde i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen. Det hadde i seg selv vært naturlig å presisere for Stortinget når de skulle godta en så omfattende avtale.

Uttalelsen i St.prp. nr. 100 (1991–1992), bidrar til å skape tvil om hvilke forutsetninger om EØS-avtalens geografiske virkeområde norske myndigheter egentlig hadde når avtalen ble inngått. Som *Arnesen* skriver om norske myndigheters uttalelser fra tiden rundt da EØS-avtalen ble inngått (også andre enn i St.prp. 100 (1991–1992)), gir disse mest av alt inntrykk av at man ikke hadde tenkt på hvorvidt kontinentalsokkelen skulle være omfattet av avtalen.²¹⁷ Uttalelsene gir med andre ord for det første grunnlag for å betvile om norske myndigheter hadde et klart standpunkt med hensyn til avtalens geografiske virkeområde. For det andre, dersom uttalelsene er representative for hvordan norske myndigheter uttrykte seg overfor de andre forhandlingspartene, gir de grunnlag for å spørre om det norske (eventuelle) standpunktet med hensyn til virkeområde utenfor territorialfarvann, ikke var tilstrekkelig synbart for de andre partene. Da er veien kanskje ikke så lang til å mene at Norge bør bære risikoen for den tvil som har oppstått med hensyn til geografisk virkeområde for EØS-avtalen.

I punkt 12 skal jeg gjøre rede for EØS-avtalens formål og vurdere hvilke bidrag avtalens formål kan gi til tolkningen av EØS-avtalen art. 126(1). Først, i punkt 11, skal jeg redegjøre kort for hvilken betydning partenes atferd etter at EØS-avtalen ble inngått, kan ha for tolkingen av avtalens virkeområde.

²¹⁷ *Arnesen* 1996 s. 73–77 om St.prp. nr. 100 (1991–1992) samt en rekke andre dokumenter fra tiden rundt avtaleinngåelsen.

11 Partenes etterfølgende atferd

Etter Wien-konvensjonen art. 31(3) bokstav b, er det ved tolkingen av en traktatbestemmelse relevant å se hen til «any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation». Bestemmelsen gir for det første uttrykk for at partenes atferd i tiden etter at traktaten tok til å gjelde, er relevant for tolkingen av traktatens bestemmelser.²¹⁸ For det andre gir bestemmelsen anvisning på at partenes etterfølgende atferd kun kan tillegges vekt dersom den er konsekvent og egnet til å gi uttrykk for en omforent forståelse mellom partene.²¹⁹

Norge og EU har uttalt forskjellig syn på EØS-avtalens virkeområde i havområder. Norge har på den ene side, gjennom EØS-komiteén, bidratt til at en rekke EU-regler med virkning utenfor territorialfarvannet er gjort til del av EØS-avtalen uten at det er gjort forbehold ved innlemmelsen.²²⁰ Det gjelder for eksempel konsesjonsdirektivet som jeg har nevnt over, forsyningsvirksomhetsdirektivet og gassdirektivet.²²¹ På den annen side har Norge i de senere år stoppet innlemmelse av flere EU-regler i EØS-avtalen under henvisning til at de vil virke utenfor EØS-avtalens stedlige virkeområde.²²² Av regler som er nektet innlemmet, kan nevnes havstrategidirektivet, offshoredirektivet og nå senest kommisjonsforordning om offshore helikoptertjenester.²²³ EU har ikke

²¹⁸ Se for eksempel Wien-konvensjonen art. 31(3) bokstav b og art. 32, jf. *Villiger* 2009 s. 431 og 439; Arnesen i *Arnesen mfl. eds.* 2018 s. 950.

²¹⁹ Sorel/Boré Eveno i *Corten/Klein eds.* 2011 s. 826; *Villiger* 2009 s. 431.

²²⁰ Se nærmere punkt 2.2.2.

²²¹ Henholdsvis direktiver 94/22/EC, 2004/17/EC og 2009/73/EC. Se Almestad, «Natural Resources» i *Baudenbacher ed.* 2016 s. 767.

²²² For eksempel Regulation (EU) No 911/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on multiannual funding for the action of the European Maritime Safety Agency in the field of response to marine pollution caused by ships and oil and gas installations, OJ L 257, 28.8.2014, p. 115–120, se regjeringens posisjonsnotat av 19. august 2013 fra Nærings- og fiskeridepartementet (per nå til behandling i EØS-komiteén).

²²³ Henholdsvis direktiver 2008/56/EC, 2013/30/EU og Kommisjonsforordning (EU) 2016/1199.

vært enig med Norge i at disse reglene ikke er EØS-relevante.²²⁴ Det er så langt ikke iverksatt noen uenighetsprosedyre etter EØS-avtalen art. 102 som følge av uenigheten mellom Norge og EU vedrørende innlemmelsen av disse direktivene.²²⁵

Jeg har funnet litt motstridende kilder angående hvorvidt andre EØS-land har sagt seg enige med Norges tolkning av EØS-avtalen art. 126(1). Basse skriver at «The other EEA members do not support Norway in this position».²²⁶ UDs rettsavdeling opplyser imidlertid på spørsmål fra meg at EFTA-statene har avgitt omforente uttalelser til EU i anledning ikke-innlemmelsen av for eksempel havstrategidirektivet (omtalt i punkt 2.2.1), hvor de har pekt på at EØS-avtalens geografiske virkeområde ikke omfatter økonomisk sone og kontinentalsokkel.

Det fremstår etter denne gjennomgangen som forholdsvis klart at partenes etterfølgende praksis ikke er av en slik omforent karakter at den kan ha betydning for tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1). Praksisen er ikke konsistent, verken mellom avtalens parter eller fra norsk hold.²²⁷

12 «In the light of its object and purpose» – EØS-avtalens formål

12.1 Innledning

Som jeg redegjorde for over, i punkt 6.1, følger det av Wien-konvensjonen art. 31 at ordlyden skal tolkes i lys av traktatens formål. Formål er generelt

²²⁴ Se for eksempel Stortingets EU-/EØS-nytt 27. april 2016 angående offshoredirektivet.

²²⁵ D. W. Holter: «Legislative Homogeneity» i Baudenbacher, Carl ed. *The Fundamental Principles of EEA Law – EEA-ities*, 2017 s. 16.

²²⁶ Basse i Pelaudeix, Cécile og Ellen Margrethe Basse eds., *Governance of Arctic Offshore Oil and Gas*, 2017 s. 59.

²²⁷ På dette punkt er jeg muligens noe uenig med *Arnesen* 2010 s. 25, og lurer på om *Arnesen* ser litt for snevert på Norges praksis når han hevder at den i hvert fall i tiden etter 1994, har vært konsistent.

en viktig tolkingsfaktor også i EU-domstolen og EFTA-domstolens praksis.

Om Wien-konvensjonens formulering «object and purpose», på norsk gjerne oversatt til «formål»,²²⁸ skriver *Villiger* følgende i sin kommentar til art. 31(1):

«The ordinary meaning of a term of the treaty will be determined **in the light of its** (*i.e.*, the treaty's) **object and purpose**. The terms are used as a combined whole and include a treaty's aims, its nature and its end. Indeed, a treaty may have many objects and purposes. One of the objects and purposes will certainly be to maintain the balance of rights and obligations created by the treaty. Article 31 thus also entrenches the teleological or functional approach. »²²⁹
(Utheving i original)

Som det fremgår av sitatet, er «formål» i traktattolkingsammenheng en bredere størrelse enn i dagligtale. Relevante elementer i formålet kan være hvilke resultater traktatpartene ønsker å oppnå eller selve målet med traktaten (traktatens «end»), på hvilken måte de ønsker å gå frem (dens «aims») og traktatens art («nature»).

EØS-avtalen har en rekke spesifiserte formål som fremgår av avtalens fortale. I den kategorien som kan karakteriseres som EØS-avtalens «aims» er ensartethet og gjensidighet sentrale. I EØS-rettslig sammenheng gjerne omtalt som homogenitet og resiprositet. I kategorien «end» (altså selve målet med traktaten) er det angitt i avtalen selv at det er et mål å styrke og fremme europeisk samarbeid og bedring av leve- og arbeidsvilkår i Europa og lignende. Det overordnede formålet med avtalen er imidlertid å integrere EFTA-statene i EUs indre marked.²³⁰ Integrasjonen av EFTA-statene i EUs indre marked medfører at økonomiske aktører fra EFTA-statene får samme tilgang til EU-markedet som EU-baserte

²²⁸ For eksempel i Rt. 2008 s. 1789 (Hjertestikk-saken) avsnitt 28.

²²⁹ *Villiger* 2009 s. 427

²³⁰ St.prp. nr. 100 (1991–1992) s. 9; *Fredriksen/Mathisen* 2014 s. 15–16 med videre henvisning til EU-domstolens sak C-452/01 *Margarethe Ospelt and Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, 23. september 2003 (EC rep.2003 I-09743), avsnitt 29 og EFTA-domstolens sak E-1/03 *ESA v. Iceland*, avsnitt 27.

aktører og omvendt. Det regnes som en gjensidig økonomisk fordel at frihandelsområdet omfatter både EU og EFTA-statene i EØS.

I neste punkt skal jeg se nærmere på hva målet om å integrere EFTA-statene i det indre marked egentlig vil si og hvilken betydning det har for hvordan det geografiske virkeområdet burde avgrensnes. Målet om ensartethet, homogenitet, ligger som et grunnpremiss for hva god integrasjon i det indre marked krever. Det får derfor ingen særskilt behandling. Jeg nevnte også gjensidighet som et av EØS-avtalens sentrale «aims», men dette er i mindre grad direkte relevant å drøfte fordi gjensidighet formelt kan oppnås uansett hvilken løsning som velges, ved at samme løsning legges til grunn i både EFTA-pilaren og EU-pilaren.²³¹ Et grunnleggende utgangspunkt for drøftelsen er at EU-retten gjelder etter EU-statenes jurisdiksjon, som forklart i punkt 3.

12.2 Det indre marked

12.2.1 Integrasjon og funksjon

I St.prp. nr. 100 (1991–1992), hvor regjeringen la frem EØS-avtalen for Stortinget til godkjenning, finner vi uttalelser som kan belyse at hovedformålet med EØS-avtalen var å integrere norsk næringsliv i det indre marked og gi norske produkter tilgang til markedet.

Regjeringen skriver blant annet at et av de norske forhandlingsmålene var å sikre «full adgang for norsk næringsliv til EFs indre marked».²³² Som begrunnelse for at dette var ønskelig og nødvendig, pekte regjeringen i proposisjonen særlig på to sektorer: olje og gass, og skipsfart. Ifølge regjeringen gikk i 1990 «hele gasseksporten og om lag tre firedeler av oljeeksporten til EF-området alene». Det ble også påpekt at «For norsk skipsfart er EF et hovedmarked».²³³

Av disse uttalelsene i 1992 kan det slutes to ting. Det ene er at norske myndigheter oppfattet at hovedformålet med EØS-avtalen var å sikre

²³¹ Se også *Arnesen* 1996 s. 70–71.

²³² St.prp. nr. 100 (1991–1992) s. 10.

²³³ St.prp. nr. 100 (1991–1992) s. 9.

norsk næringsliv full tilgang til det indre marked. Det andre er at i den sammenheng var næringer med tilknytning til områder utenfor territorialfarvannet – olje og gass og skipsfart – regnet som særlig sentrale.

EFTA-domstolen har senere uttrykkelig bekreftet at EØS-avtalens formål var og er å sørge for at «the internal market is extended to the EFTA-states».²³⁴

Aktørene i norsk næringsliv som opererer på norsk sokkel, deltar som aktører i det indre marked. Det gjelder uansett hvordan man tolker EØS-avtalen art. 126(1). Det følger av Protokoll 4 art. 4(1) bokstav j at produkter fra kontinentalsokkelen skal regnes som varer med opprinnelse i EØS, jf. EØS-avtalen art. 8(2), slik at disse varene har fri tilgang til det europeiske markedet. Dermed har disse aktørenes virksomhet en klar side til det indre marked.

Når det er slik at varereglene medfører at varer produsert utenfor territorialfarvannet skal være omfattet av det frie varebyttet, følger det nærmest aksessorisk at også en del andre EØS-regler må komme til anvendelse på produksjonen av disse varene. Jeg skal begrunne hvorfor.

EØS-avtalen må ses på som et hele, en pakkeløsning om man vil. En stat ville ikke kunne være med på EØS-samarbeidet bare for så vidt gjaldt en eller to av de fire friheter. Dermed ville det bryte med avtalens system, eller dens «nature», jf. sitat over, om statene skulle la visse sektorer nyte godt av en EØS-rettighet – eksempelvis fri adgang til det indre marked for sine varer – uten også å utsette denne sektoren for eksempel for konkurranse fra andre EØS-stater og å sikre like muligheter for EØS-borgere til å ta seg jobb i forbindelse med vareproduksjonen (fri bevegelighet for arbeidstakere). Dette har en viktig side til det underliggende målet om balanse i fordelingen av rettigheter og byrder mellom avtalens parter, som *Villiger* påpeker at generelt er sentralt, og som fremgår uttrykkelig av EØS-avtalens fortale, blant annet fjerde avsnitt.²³⁵

Det er med andre ord gode grunner til å mene at aktører på kontinentalsokkelen og i økonomisk sone som driver en aktivitet som har en fordelaktig posisjon i det indre marked, ikke kan være upåvirket av

²³⁴ E-1/03 *ESA v. Iceland* avsnitt 27.

²³⁵ *Villiger* 2009 s. 427, gjengitt øverst i dette punktet.

EØS-retten. ESA har også påpekt dette overfor Norge i grunnlagt uttalelse i Gjellesvik-saken (omtalt under). Der skriver ESA følgende:

«[P]etroleum activities as such and markets and trade generated from these activities constitute economic activities which fall within the scope of the EEA Agreement. It follows that persons performing these activities cannot be excluded from the scope of application of the EEA Agreement.»²³⁶

Disse betraktningen medfører at det vanskelig kan aksepteres at ingen EØS-rett skal gjelde utenfor territorialfarvannet. Det er ikke dermed sagt at all EØS-rett må gjelde utenfor territorialfarvannet, men det leder over i spørsmålet om i hvilken utstrekning, og på hvilket grunnlag, EØS-avtalens regler skal gjelde på kontinentalsokkelen og i økonomisk sone.

ESAs foreslåtte løsning var at EØS-avtalen gjelder etter de samme kriteriene som EU-retten. Da vil alle aktører med aktivitet på det indre marked, også omfattes av reglene i EØS-retten. Det vil gi en enkel løsning på problemet, noe som i seg selv kan tjene som argument for en slik løsning.

Om denne løsningen skal avvises, slik Norge gjør, må det undersøkes hvilke andre mekanismer som eventuelt kan gjøre at EØS-retten kan få betydning for markedsintegret virksomhet som drives på kontinentalsokkelen eller i økonomisk sone.

12.2.2 Læren om «tilstrekkelig nær tilknytning» til statens territorium

I innledningen nevnte jeg at jeg kan se tre mulige grunnlag for at en aktivitet som foregår utenfor territorialfarvannet, skal være omfattet av EØS-retten. Det første er at EØS-avtalen gjelder. Dersom den i utgangspunktet ikke gjelder, aktualiseres de to andre alternativene.

Det andre alternativet er at det foreligger en slik tilknytning mellom aktiviteten og det indre marked eller de geografiske områdene innenfor

²³⁶ Reasoned opinion fra ESA av 24. september 1999 (Gjellesvik-saken).

territorialfarvannet, at EØS-retten av den grunn må regulere aktiviteten selv om art. 126(1) skulle ha en snevrere avgrensning. Det tredje er at det foreligger EØS-rettslig spesialregulering (innlemmet i EØS-avtalens vedlegg eller protokoller) og at denne etter en tolkning skal gjelde også i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen. Det tredje alternativet skal jeg se nærmere på i punkt 13 og særlig punkt 13.2, under. I dette punktet skal jeg gjøre en nærmere vurdering av alternativ to.

Alternativ to bygger – i hvert fall delvis – på en etablert lære i EU-retten om at aktiviteter med en nær tilknytning til EUs medlemsstater skal reguleres av EU-rett selv om aktiviteten som sådan foregår helt utenfor EU-rettens geografiske virkeområde. ESA har overfor Norge tatt til orde for at denne læren gjelder også i en EØS-sammenheng.²³⁷

Læren om tilstrekkelig tilknytning til EUs territorium er utviklet av EU-domstolen i relasjon til reglene om fri bevegelighet for arbeidskraft (jf. EØS-avtalen art. 28). EU-domstolen forklarer læren slik:

«The principle of non-discrimination as laid down, inter alia, in Article 48 of the Treaty [of Rome ...] applie[s] in judging all legal relationships in so far as those relationships, by reason either of the place where they were entered into or the place where they took effect, could be located within the territory of the Community. It follows that activities temporarily carried on outside the territory of the Community are not sufficient to exclude the application of that principle, as long as the employment relationship retains a sufficiently close link with that territory.»²³⁸

Av sitatet fremgår det at det er prinsippet om ikke-diskriminering det er tale om, og at reglene om fri bevegelighet av arbeidskraft er ett av flere områder hvor dette prinsippet er nedfelt. I den grad en regel er ment å fremme prinsippet om ikke-diskriminering, skal EU-retten gjelde overfor et rettsforhold som enten har sitt utspring i, eller får sin virkning på, Fellesskapets territorium. Territorium i denne sammenhengen sikter

²³⁷ *Reasoned opinion* fra ESA av 24. september 1999 (Gjellesvik-saken) og *Letter of Formal Notice* fra ESA 16. juli 2003 (Kvitsjø-saken).

²³⁸ *C-237/83 Prodest v. Caisse primaire d'assurance maladie de Paris*, 12. juli 1984, avsnitt 7.

sannsynligvis til områdene under EU-statenes territoriale jurisdiksjon (inkludert økonomisk sone og kontinentalsokkel) fordi det er slik EU-domstolen anvender terminologien i sin praksis.²³⁹

Sitatet er hentet fra sak C-237/83 *Prodest*, som handlet om en arbeidstaker som var belgisk statsborger bosatt i Frankrike, ansatt i et fransk selskap, kunne kreve tryggedekning i Frankrike også når han for en periode var utstasjonert for å jobbe i Nigeria. I *Prodest*-saken ble regelen knyttet til midlertidige arbeidsopphold utenfor EUs territorium. I sak C-60/93 *Alderweld*, ble det slått fast at det samme vurderingskriteriet («sufficiently close link») også gjelder der arbeidstakeren utelukkende arbeider i et tredjeland.²⁴⁰

Kriteriet «sufficiently close link», tilstrekkelig nær tilknytning, står på egne bein. Det er således tilstrekkelig at rettsforholdet enten inngår eller virker i EU, men i prinsippet ikke nødvendig. I saken C-214/94 *Boukhalfa* var ingen av disse kriteriene oppfylt, men andre kriterier ble anvendt, nemlig tilknytning mellom arbeidsforholdet og tysk rett – og derigjennom EU-rett.

Praksisen fra EU-domstolen viser at læren om tilstrekkelig nær tilknytning som grunnlag for at rettsforhold anses omfattet av EU-retten, er vidtrekkende og i stor utstrekning gir grunnlag for at arbeidsforhold hvor arbeidet foregår utenfor EU-rettens egentlige geografiske virkeområde, likevel reguleres av EU-retten.

ESA har som sagt ment at denne læren er tilsvarende anvendelig i EØS, og på dette punkt har de fått støtte av en norsk domstol i Leinebris-saken for Frostating lagmannsrett.²⁴¹ Jeg har ikke tenkt å gjøre noen inngående vurdering av hvorvidt denne læren egentlig er overførbar til en EØS-kontekst. Jeg finner ingen umiddelbare årsaker til at den ikke skulle være det, og poenget for min problemstilling er først og fremst å vise at dette er et alternativt grunnlag for at aktiviteter på kontinentalsokkelen

²³⁹ Som for eksempel i C-347/10 *Salemink* avsnitt 35.

²⁴⁰ C-60/93 R. L. *Alderweld v. Staatssecretaris van Financiën*, 29 juni 1994, avsnitt 14 jf. 8.

²⁴¹ Frostating lagmannsretts dom 21. september 2006 (LF-2006-24118), omtalt over i punkt 2.1.

–i en viss utstrekning – skal reguleres av EØS-retten selv om EØS-avtalen art. 126(1) ikke skulle gi grunnlag for slik anvendelse.

Tilknytningslæren har visse ulemper sammenlignet med å la EØS-avtalen art. 126(1) hjemle anvendelse av avtalen i hele statens jurisdiksjonsområde. Det åpner for større skjønnsutøvelse og dermed mindre forutberegnelighet. Det fremstår også mer prosessdrivende.

Over, i punkt 11, fremhevet jeg den saklige sammenhengen mellom aktivitet og indre marked som et det bærende argumentet for at jeg konkluderte med at EØS-retten på et eller annet vis måtte ha virkning for virksomhet som produserer varer med tilgang til det indre markedet, selv om virksomheten foregikk på sokkelen. Læren om tilstrekkelig nær tilknytning bygger ikke, så vidt jeg forstår, sitt tilknytningskriterium på denne type «sammenheng i markedet»-betraktninger, men snarere på mer pragmatiske, konkrete vurderinger av et rettsforholds tilknytning til EU/EU-retten/EUs territorium. Det er ikke gitt at saklig sammenhengen mellom en sokkelaktivitet og det indre marked vil være tilstrekkelig for å bestemme at et rettsforhold skal være omfattet av EØS-retten etter læren om tilstrekkelig nær tilknytning. Dermed kan forhold som ut fra formålet om integrasjon i det indre marked burde omfattes, falle utenfor. Omvendt kan det tenkes at rettsforhold i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen som i og for seg ikke har noen stor rolle i det indre marked, kan anses omfattet.

Å la virksomhet i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen få sitt forhold til EØS-retten bestemt etter kriteriene om «tilstrekkelig nær tilknytning» vil åpne for usikkerhet med hensyn til hvilke folkerettslige forpliktelser Norge har til å regulere virksomhet på kontinentalsokkelen og i økonomisk sone. Det fremstår, hensett til den ikke ubetydelige økonomiske virksomheten som finner sted i disse områdene, som et praktisk problem.

Innledningsvis, både i oppgaven og i dette punktet, nevnte jeg at det også er et tredje alternativt grunnlag for at EØS-regler kan gjelde for aktiviteter utenfor territorialfarvannet. Det er at det foreligger EØS-rettslig spesialregulering (innlemmet i EØS-avtalens vedlegg eller protokoller) og at denne etter en tolkning skal gjelde også i økonomisk sone og på

kontinentalsokkelen. Dette alternativet kommer jeg til under i punkt 13, hvor jeg skal behandle dette aspektet ved sekundærlovgivningen i EØS. Først skal jeg imidlertid avslutte dette punktet om EØS-avtalens formål med å se på om det kan trekkes en parallell fra hvordan EFTA-domstolen har behandlet spørsmål om saklig virkeområde for EØS-avtalen, særlig hvordan avtalens formål er anvendt i så henseende.

12.3 Parallell fra EFTA-domstolens avgjørelser om saklig virkeområde?

I saken E-4/04 *Pedicel* og E-1/16 *Synnøve Finden* tok EFTA-domstolen stilling til spørsmål om EØS-avtalens saklige virkeområde. Grunnen til at jeg trekker frem disse dommene er at her vurderte EFTA-domstolen at homogenitetsmålingsettingen ikke kunne få betydning for avgrensningen EØS-avtalens saklige virkeområde. I stedet for å vurdere formålet med EØS-avtalen som sådan, valgte EFTA-domstolen å bygge sin avgjørelse på det antatte formålet bak selve den aktuelle bestemmelsen, EØS-avtalen art. 8(3), som bestemmer hvilke varer som er omfattet av produktdekningen til EØS-avtalen.²⁴²

Formålet bak unntaket for landbruksvarer i EØS-avtalen var, slik EFTA-domstolen så det, å bevare EFTA-statenes frihet til å regulere og subsidiere disse aktivitetene slik de selv ønsket. Det var da ikke anledning til å la det mer generelle mål om ensartethet medføre at unntakene ikke fikk de tilsiktede virkninger.²⁴³

Arnesen argumenterer for at dette resonnementet lar seg overføre til tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1). Forutsetningen Arnesen legger til grunn for resonnementet er at partene, i likhet med unntakene som ble gjort fra det saklige virkeområdet, har laget en begrensning i det geografiske virkeområde med den underliggende begrunnelse at de «wished to maintain the freedom to decide on their respective regulations unaffected by the rules in the EEA Agreement unless otherwise specified».²⁴⁴

²⁴² E-4/04 *Pedicel* avsnitt 25 og 28; E 1/16 *Synnøve Finden* avsnitt 55 og 56.

²⁴³ Samme steder.

²⁴⁴ Arnesen i *Arnesen mfl. eds.* 2018 s. 949 med sitat fra E-4/04 *Pedicel* avsnitt 25.

Jeg er i tvil om det er grunnlag for å tillegge partene slike intensjoner i forbindelse med vedtakelsen av EØS-avtalen art. 126(1). I motsetning til det som var tilfellet for unntakene fra produktdekningen, som var klart definerte unntak som ble tydelig forutsatt ved avtaleinngåelsen,²⁴⁵ er formuleringen i EØS-avtalen art. 126(1) åpen for flere tolkninger²⁴⁶ og det er ikke grunnlag for å være sikker på hva som har vært formålet med at formuleringen ble slik den ble.²⁴⁷ Derfor finner jeg at måten EFTA-domstolen så hen til formålet med unntaket fra det saklige virkeområdet snarere enn formålet med avtalen som helhet, har begrenset overføringsverdi til spørsmålet om EØS-avtalens geografiske virkeområde.

12.4 Oppsummering

Det viktige med EØS-avtalens formål når det gjelder spørsmålet om EØS-avtalens geografiske virkeområde, er det overordnede formålet om å integrere EFTA-statene i EUs indre marked og slik la EFTA-statene delta i å fremme det indre markedes funksjon. Jeg har fremhevet at EØS-avtalen av natur er et hele, og at det innebærer at det er vanskelig å akseptere en rettstilstand hvor aktører som opererer på norsk sokkel og i norsk økonomisk sone, og som opptre som deltakere i det indre marked gjennom at deres varer har fri tilgang til markedet, ikke skal være bundet av EØS-regler, for eksempel om de andre frihetene. Praktisk viktig i denne sammenhengen kan være fri bevegelighet av arbeidstakere. Slik tilsier EØS-avtalens formål at EØS-regler gjelder også utenfor territorialfarvannet. Den enkleste måten å la EØS-reglene gjøre det, er ved å la virkeområdet til avtalen fastlegges etter samme kriterier som EU-retten. Det at det er enkelt, er et argument for å velge en slik løsning. En annen, mindre enkel måte, er å bruke læren om tilstrekkelig nær

²⁴⁵ Se for eksempel Protokoll 2 og 9 og Innst. S. nr. 248 (1991–92) side 60: «Flertallet vil understreke at EØS-avtalen er basert på at Norge fører sin egen nasjonale landbrukspolitik.»

²⁴⁶ Se blant annet punkt 7 om ordlydsfortolkning.

²⁴⁷ Som vist i punkt 10 om historikk.

tilknytning, som sannsynligvis vil medføre at EØS-avtalen må regulere de rettsforholdene som er viktigst for det indre markedes funksjon.

En tredje måte å gjøre det på er gjennom særreguleringer i EØS-avtalens vedlegg, og til dels protokoller. I neste punkt skal jeg redegjøre for forholdet mellom EØS-avtalen art. 126(1) og EØS-avtalens vedlegg og protokoller, og drøfte betydningen av EØS-avtalen art. 126(1) for virkeområdet til rettsakter innlemmet gjennom EØS-avtalens vedlegg. Gjennom drøftelsen, særlig i punkt 13.2, vil jeg belyse at også dette tredje alternativet kan skape noen praktiske problemer.

13 Konsekvenser for EØS-avtalens vedlegg og protokoller

13.1 De overordnede utgangspunktene for forholdet mellom EØS-avtalen art. 126(1) og EØS-avtalens vedlegg og protokoller

I dette punktet skal jeg forutsette at EØS-avtalen art. 126(1) skal tolkes i tråd med Norges oppfatning, altså at økonomisk sone og kontinentalsokkel *ikke* er omfattet av virkeområdet. Formålet med dette punktet er å undersøke hvilke konsekvenser en slik tolkning av EØS-avtalen art. 126(1) vil ha for virkeområdet til EØS-avtalens vedlegg og rettsaktene innlemmet gjennom disse, samt protokollene. Hovedformålet med dette punktet er således ikke å tolke EØS-avtalen art. 126, men å vurdere dens rolle i systemet gitt en tolkning som avgrenser mot økonomisk sone og kontinentalsokkel. I dette første punktet skal jeg gjøre rede for utgangspunktene, og disse er i prinsippet de samme for vedleggene og protokollene. I neste punkt skal jeg se nærmere på hvordan virkeområdet til rettsaktene i vedleggene vil bli påvirket av en avgrensning av EØS-avtalens virkeområde til områdene innenfor territorialfarvannet.

I EØS-avtalen art. 2 bokstav a, er ordet «Agreement» definert som avtalens hoveddel, dens protokoller og vedlegg samt rettsaktene det er henvist til i disse. EØS-avtalens vedlegg inneholder henvisninger til EU-rettsakter som er gjort til en del av EØS-avtalen, samt eventuelle tilpasningstekster til disse. Rettsaktene er i hovedsak sekundærlovgivning (direktiver og forordninger) fra EU, og disse er gjort til en del av EØS-avtalen gjennom henvisning i vedleggene. EØS-avtalens protokoller er tillegg til EØS-avtalen som inneholder særregler for EØS-avtalen som ikke gjelder tilsvarende i EU (for eksempel fordi EU-samarbeidet gjør slike regler overflødige).²⁴⁸ Det er rundt 50 protokoller av varierende omfang og med ulike funksjoner.

EØS-avtalen art. 119 regulerer vedleggenes og protokollenes status i EØS-avtalen:

«The Annexes and the acts referred to therein as adapted for the purposes of this Agreement as well as the Protocols shall form an integral part of this Agreement.»

Det som står i EØS-avtalen art. 119 er at vedleggene, inkludert de rettsakter de henviser til, og protokollene er en integrert del av EØS-avtalen. Det innebærer for det første at alle parter i avtalen må ta alle vedleggene og protokollene med på kjøpet.²⁴⁹ Det andre aspektet ved bestemmelsen, er at det, slik bestemmelsen er forstått i juridisk teori, følger av art. 119 at det ikke er noe over-/underordningsforhold mellom avtalens hoveddel, vedleggene med rettsakter, og protokollene.²⁵⁰

I neste punkt vil jeg drøfte hvilken betydning EØS-avtalen art. 126(1) kan ha for å fastlegge virkeområdet til rettsaktene i EØS-avtalens vedlegg. Dette innebærer også en drøftelse av det jeg tidligere i oppgaven har

²⁴⁸ Bull 1992 s. 557.

²⁴⁹ Til forskjell fra andre avtaleverk, for eksempel Den europeiske menneskerettskonvensjon hvor protokollene i varierende utstrekning er ratifisert av partene i hovedavtalen og hvor de bare er bindende for de statene som har ratifisert den enkelte protokoll.

²⁵⁰ Se for eksempel Arnesen i *Arnesen mfl. eds.* 2018 s. 912; og Fredriksen, Halvard Haukeland: «EEA Main Agreement and Secondary EU Law Incorporated into the Annexes and Protocols» i *Baudenbacher ed.* 2016 s. 98–99.

referert til som det tredje alternativet grunnlaget for at EØS-rett skal komme til anvendelse utenfor territorialfarvannet, hvor det første er at EØS-avtalen kan gjelde etter art. 126(1) og det andre er læren om tilstrekkelig nær tilknytning. Protokollene skal jeg ikke gå nærmere inn på, fordi det ikke vil bidra til å belyse problemstillingen ytterligere da protokollene, i den grad de materielt regulerer rettsforhold, har preg av særreguleringer (for eksempel Protokoll 9 om fisk).

13.2 Betydning for rettsaktene i EØS-avtalens vedlegg

Det at det ikke foreligger noe over-/underordningsforhold mellom de ulike delene av EØS-avtalen, er en prinsipiell forskjell mellom rettstilstanden i EU og EØS. I EU har sekundærlovgivningen lavere rang enn traktatene. Det er fordi traktatene er kompetansegrunnlaget for å gi sekundærlovgivningen og denne blir bindende for alle medlemsstater uten at det er nødvendig at alle medlemsstater vedtar hver enkelt rettsakt. I EØS-avtalen er sekundærlovgivningen ikke egentlig sekundær; den må vedtas av alle avtalepartene gjennom enstemmig vedtak i EØS-komitéen, jf. EØS-avtalen art. 98 jf. art. 93. Slik er det avtalepartenes folkerettslige handleevne som er kompetansegrunnlaget for disse rettsaktens gyldighet i EØS (EFTA-statene).²⁵¹ Bestemmelser i vedleggene kan slik både gjøre unntak fra, og gå utover, det som følger av EØS-avtalens hoveddel.²⁵²

Det tilsier – uavhengig av om EØS-avtalen art. 126(1) begrenser EØS-avtalens virkeområde til områdene innenfor territorialfarvannet – at det ikke er noen prinsipielle hinder for at EØS-komitéen innlemmer i EØS-avtalen regler som også gjelder utenfor territorialfarvannet. Og dette kan det raskt konstateres at EØS-komitéen har gjort, for eksempel kabotasjeforordningen som etter egen ordlyd gjelder transport til offshore-installasjoner.²⁵³

²⁵¹ Bull 2002 s. 84.

²⁵² Forholdet mellom EØS-avtalens hoveddel og vedlegg og protokoller er inngående drøftet av Fredriksen i «EEA Main Agreement and Secondary EU Law Incorporated into the Annexes and Protocols» i *Baudenbacher ed.* 2016 s. 95–109.

²⁵³ Rådsforordning (EØF) nr. 3577/92 av 7. desember 1992 om anvendelse av prinsippet om adgang til å yte tjenester innen sjøtransport i medlemsstatene (maritim kabotasje),

Oppsummert er det altså slik at på den ene side følger det av EØS-avtalen art. 126(1) selv at den regulerer også virkeområdet til sekundærlovgivningen. For det andre har EØS-komiteén kompetanse til å innlemme i EØS-avtalen sekundærlovgivning med virkeområde også på kontinentalsokkelen og i økonomisk sone. Forutsatt at EØS-avtalen art. 126(1) avgrenser avtalens virkeområde mot kontinentalsokkelen og økonomisk sone, oppstår det noen tolkingsutfordringer som følge av de utgangspunktene jeg nå har forklart. For hva er det som skal være bestemmende for hvilket virkeområde en rettsakt skal ha?

Å finne ut av hva som er bestemmende for en rettsakts virkeområde, er praktisk viktig. Det er for det første fordi rettsaktene utgjør den kvantitativt største gruppen EØS-regler. For det andre er det også slik at dersom rettsaktene kan gjelde utover det som er EØS-avtalens virkeområde etter art. 126(1), så vil rettsaktene kunne få viktig kvalitativ betydning i disse områdene. Å vite mer om hva som er bestemmende for en rettsakts virkeområde vil også kunne ha indirekte betydning for hvordan EØS-avtalen art. 126(1) skal tolkes fordi det vil gi større klarhet i hvilke konsekvenser ulike tolkninger av EØS-avtalen art. 126 egentlig vil få.

Etter mitt syn er det ikke mulig ut fra de foreliggende rettskilder og den foreliggende praksis rundt innlemmelse av rettsakter, å si med sikkerhet hva som skal være bestemmende for hvilket virkeområde en rettsakt skal ha. Det er flere mulige alternativer som kan plasseres på en glideskala. På den første ytterkanten er alternativet som innebærer at sekundærlovgivningens virkeområde fraviker EØS-avtalen art. 126(1) kun dersom de i sin egen tekst uttrykkelig angir at deres virkeområde også omfatter økonomisk sone og kontinentalsokkelen. Et eksempel er karbonlagringsdirektivet.²⁵⁴

jf. art. 2(1) c. Innlemmet uten relevant tilpasningstekst ved EØS-Komiteéns beslutning nr. 70/97 av 4. oktober 1997.

²⁵⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/31/EF av 23. april 2009 om geologisk lagring av karbondioksyd og om endring av rådsdirektiv 85/337/EØF, europaparlaments- og rådsdirektivene 96/61/EF, 2000/60/EF, 2001/80/EF, 2004/35/EF, 2006/12/EF og forordning (EF) nr. 1013/2006 innlemmet ved EØS-komiteebeslutning nr. 115/2012 av 15. juni 2012 om endring av EØS-avtalens vedlegg XX (Miljø). Se direktivets artikkel 2(1).

Alternativet på den andre ytterkant er å si at homogenitetsmålsettingen bestemmer at all sekundærlovgivning i EØS skal tolkes slik at rettsakten får samme innhold i EU og EØS, inkludert kriteriene for virkeområde. Det vil innebære at det kun er i de tilfellene hvor det er inntatt tilpasningstekst om at rettsakten ikke får virkning utenfor territorialfarvannet, at en slik tolkning kan legges til grunn. Betydningen av EØS-avtalen for sekundærlovgivningens virkeområde, vil da være begrenset til at den gir EFTA-statene en rett til å ta inn en slik tilpasningstekst ved innlemmelsen.

Det første alternativet er det ut fra foreliggende praksis forholdsvis klart at ikke er riktig. Det er flere eksempler på at sekundærlovgivning som ikke angir tydelig i sin egen tekst at de skal gjelde på kontinentalsokkelen, er oppfattet som bindende også der. Et eksempel er konsesjonsdirektivet som jeg omtalte i punkt 2.2.2, som angir eget virkeområde til «territory», men hvor UD likevel la til grunn at det var bindende på kontinentalsokkelen fordi det i sitt saklige innhold var relevant for offshore-aktiviteter.²⁵⁵

Det andre alternativet – at det er nødvendig med tilpasningstekst om rettsaktens virkeområde i EØS skal avvike fra dens virkeområde i EU – er det som vel kan kalles prosedabelt. Det er ikke den mest naturlige slutningen basert på ordlyden i EØS-avtalen art. 126(1) jf. EØS-avtalen art. 2 og definisjonen av «Agreement», men det tilbyr en elegant løsning på hvordan forholdet er mellom EØS-avtalen art. 126(1) og EØS-komiteens kompetanse (som altså ikke er begrenset av art. 126(1)). Det harmonerer også godt med utgangspunktet om at innlemmede rettsakter skal tolkes likt i EU og EØS med mindre tvingende grunner tilsier noe annet, jf. EFTA-domstolens praksis.²⁵⁶

I tillegg til tilpasningstekst inntatt i relasjon til den enkelte rettsakt, kan Protokoll 1 punkt 8 om gjennomgående tilpasninger kanskje få betydning i denne sammenhengen. Jeg behandlet så vidt tolkingen av denne over i punkt 9.7, men da med et litt annet siktemål. Protokoll 1 punkt 8

²⁵⁵ Europaparlaments- og rådsdirektiv 94/22/EF art. 2, kommentert av UD i St.prp. nr. 40 (1994–1995) s. 103.

²⁵⁶ Se for eksempel forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal* avsnitt 37.

bestemmer at dersom en rettsakt inneholder ordene «Community» eller «common market» som en angivelse av stedlig virkeområde, så skal det i en EØS-sammenheng regnes som en henvisning til EØS-avtalen art. 126.²⁵⁷ Mer sier den heller ikke. Den bidrar dermed ikke til løsningen av spørsmålet om virkeområde for de rettsaktene som ikke angir sitt virkeområde til «the Community» eller «the common market». Etter å ha sett mye på problemstillingen om stedlig virkeområde og på denne protokollbestemmelsen, er det min oppfatning at dens eneste tiltenkte funksjon var å unngå tvil om EFTA-statene kunne være inkludert i de EU-spesifikke betegnelsene «Community» og «common market». Dermed mener jeg at Protokoll 1 punkt 8 i liten grad bidrar til å kompensere for manglende tilpasningstekst ved innlemmelsen av den enkelte rettsakt, utover det som allerede følger av ordlyden i EØS-avtalen art. 126(1) jf. art. 2, hvoretter vedleggene og rettsaktene er del av «Agreement»-begrepet som brukes i art. 126.

I punkt 2.2.1 viste jeg flere eksempler på at EFTA-statene har foreslått at en rettsakt skal innlemmes med tilpasningstekst som unntar deler av rettsakten fordi den gjelder forhold som skjer utenfor territorialfarvannet.²⁵⁸ Per nå er ingen av disse vedtatt av EØS-komiteén, og jeg er heller ikke kjent med andre eksempler på at slik tekst er vedtatt.

Det er interessant å merke seg at den foreslåtte tilpasningstekst i alle tre tilfellene jeg har vært inne på, ikke skal angi forordningenes geografiske virkeområde, men unnta de delene av forordningen som saklig gjelder aktiviteter som foregår – i hvert fall for en stor del – utenfor territorialfarvannet. Det kan illustrere at det er praktisk enklere å gjøre avgrensninger etter saklige kriterier enn etter geografiske.

Oppsummert er det ikke mulig å si sikkert hvilken betydning EØS-avtalen art. 126(1) skal ha for avgrensningen av virkeområdet til rettsaktene inntatt i EØS-avtalens vedlegg. Det er imidlertid klart at rettsaktene i noen grad er uavhengige av EØS-avtalen art. 126(1) og det er dermed vanskelig å trekke noen slutninger fra virkeområdet til

²⁵⁷ Se *Bull* 1992 s. 592.

²⁵⁸ Com. Reg. (EU) 2016/1199 om offshore helikopteroperasjoner, EP/C. Reg. 100/2013 om EMSA og EP/C. Reg. 911/2014 om mangeårig finansiering av EMSA.

rettsaktene og til tolkingen av EØS-avtalen art. 126(1). Som Utenriksdepartementet skriver i Meld. S. 5 (2012–2013), kan EØS-komiteén velge å innlemme EØS-rettsakter med virkeområde utenfor territoriet uten at det skal påvirke den prinsipielle forståelsen av EØS-avtalens geografiske virkeområde (art. 126).²⁵⁹

I dette punktet har jeg forutsatt at EØS-avtalen art. 126(1), skal tolkes slik at virkeområdet er avgrenset til områder innenfor territorialfarvannet. Drøftelsen i punktet, basert på denne forutsetningen, viser at art. 126(1) kan ha den funksjon å gi EFTA-statene mulighet til å nekte å innlemme en rettsakt med saklig EØS-relevans fordi det gjelder utenfor territorialfarvannet. Eventuelt å kreve tilpasningstekst som begrenser rettsaktens virkeområde, som i prinsippet er det samme. Selv om innlemmelse av nye rettsakter krever enstemmighet i EØS-komiteén, så følger det av EØS-avtalen en plikt til å innlemme relevant regelverk, jf. EØS-avtalen art. 102.²⁶⁰ Med en tolking som den her forutsatte, vil EFTA-statene ikke ha noen slik plikt med hensyn til regler som virker utenfor territorialfarvannet. Kanskje kan muligheten EØS-avtalen art. 126(1) (potensielt) gir EFTA-statene til å rettmessig nekte å innlemme sekundærlovgivning fra EU i EØS-avtalen, være dens viktigste funksjon.²⁶¹

Dersom EØS-avtalen art. 126(1) på den annen side skal tolkes slik at den ikke avgrenser avtalens virkeområde mot områder utenfor territorialfarvannet, oppstår ingen av de over nevnte tolkingsspørsmålene med hensyn til sekundærlovgivningens virkeområde. Virkeområdet vil da simultant sammenfalle med både EØS-avtalens hoveddel og med sekundærlovgivningens virkeområde i EU. Det at fastsettelsen av virkeområdet for sekundærlovgivningen blir så mye enklere med en slik tolking av EØS-avtalen art. 126(1), kan være et reelt hensyn som taler for å legge en slik tolkning til grunn.

I punkt 12.2.1 viste jeg at det er problematisk hvis EØS-avtalen ikke regulerer virksomhet utenfor territorialfarvannet når målet med virk-

²⁵⁹ Meld.st. 5 (2012–2013) *EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU*, punkt 5.3.1.

²⁶⁰ Almestad, «The Notion of 'Opting Out'» i Baudenbacher ed. 2016 s. 88.

²⁶¹ Om forholdet mellom «vetoretten» og innsigelser knyttet til EØS-relevans, se for eksempel *Fredriken/Mathisen* 2014 s. 158–159.

somheten er å skape produkter som har fri tilgang til det indre marked. Dette kan kalles et integrasjonsproblem. I den forbindelse pekte jeg på at en tolkning av EØS-avtalen art. 126(1) som utelater økonomisk sone og kontinentalsokkel, aktualiserer et behov for alternative grunnlag for å avhjelpe integrasjonsproblemet. En hypotese var at spesialregulering, eventuelt i samvirke med læren om «tilstrekkelig nær tilknytning», kunne bidra til å bøte for at EØS-avtalen art. 126(1) eventuelt ikke skulle gi avtalen som helhet anvendelse i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen. I dette avsnittet har jeg vist at det er mulig å la sekundærlov-givningen ha et videre geografisk virkeområde enn det som følger av EØS-avtalen art. 126(1). Det er imidlertid ikke ensbetydende med at spesialregulering i sekundærlov-givning løser integrasjonsproblemet på en god måte. Det er flere aber med å falle tilbake på et slikt grunnlag. For det første er det, som jeg har vist i dette avsnittet, uklart hvilke rettsakter som gjelder også i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen. Det er et forutberegnelighetsproblem som ikke ville gjøre seg gjeldende hvis EØS-avtalen art. 126(1) fortolkes slik at EØS-avtalen også gjelder i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen. For det andre danner sekundærlov-givningen, selv om det var klart hvor rettsaktene gjaldt, et ufullstendig grunnlag for å la EØS-retten gjelde, fordi de bare regulerer gitte saksfelt. Det viktigste med EØS-retten er ikke spesialreguleringene, men de grunnleggende utgangspunktene i avtalen om frihet fra restriksjoner og om ikke-diskriminering. I de ikke-regulerte rommene, altså de som ikke full-reguleres av sekundærlov-givning, kan eventuelt læren om «tilstrekkelig nær tilknytning» komme til anvendelse. Som nevnt i punkt 12.2.2, skaper også denne forutberegnelighetsproblemer. For det tredje gir en løsning som baserer seg på sekundærlov-givning, frihet for EFTA-statene til å gjøre løpende vurderinger av i hvilken grad de vil forplikte seg. Det er problematisk både praktisk og prinsipielt. Praktisk fordi det stadig kommer nye rettsakter fra EU, og i tiden fra det blir klart for aktørene at rettsaktene er underveis, og til EFTA-statene bestemmer seg for om de ønsker å la dem gjelde på sokkelen eller i økonomisk sone eller ikke, må aktørene leve i uvisshet og kanskje bli stilt overfor utfordringer med å gjøre raske tilpasninger etter at EFTA-statene har

bestemt seg. Prinsipielt er det problematisk fordi det ikke egentlig løser integrasjonsproblematikken jeg drøftet i punkt 12.2.2 på noen bedre måte enn ved å la EFTA-statene velge om de vil vedta likelydende regelverk på nasjonalt plan. Det gir noe større sikkerhet innenfor de saksfelt som er regulert av en vedtatt rettsakt, så lenge den er gyldig, men det store bildet er at etterlevelse av EØS-regler på kontinentalsokkelen og i økonomisk sone vil måtte baseres på EFTA-statenes velvilje.

14 Konklusjon

Så lenge partene i EØS-avtalen er uenige om tolkningen av EØS-avtalen art. 126(1) og verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen har tatt stilling til spørsmålet, må spørsmålet om hvorvidt EØS-avtalen gjelder i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen, regnes som rettslig uavklart. Jeg skal likevel konkludere basert på analysen jeg har gjort i denne oppgaven. Jeg er kommet til at det tolkingsresultat som har best støtte i rettskildene, er det som innebærer at EØS-avtalen også gjelder i økonomisk sone og på kontinentalsokkelen i den utstrekning EØS-staten har jurisdiksjon.

Det viktigste tolkingsmomentet er EØS-avtalens formål og de betraktninger jeg gjorde i punkt 12.2.1 om integrasjon i det indre marked. Jeg pekte blant annet på at EØS-avtalen må ses som en pakkeløsning. På den bakgrunn er det vanskelig å akseptere at virksomhet på kontinentalsokkelen hvis formål er å produsere varer for salg på det indre marked gjennom det frie varebyttet, ikke skulle være omfattet av reglene om de øvrige frihetene eller konkurransereglene i EØS-avtalen.

Andre tolkingsmomenter i favør en slik løsning, er de betraktninger jeg gjorde i punkt 10 om bestemmelsens historikk (og nære samtid, les: St.prp. nr. 100 (1991–1992)). Der kom jeg for det første til at det kan stilles spørsmål ved hvor klar Norges oppfatning om virkeområdet var på avtaletidspunktet. For det andre kom jeg til at den tidligere uenigheten mellom Norge og EU i forbindelse med virkeområdet til Handelsavtalen

av 1974, ga Norge en oppfordring til å kommunisere en eventuell forutsetning om at EØS-avtalen skulle ha et snevrere virkeområde enn EU-retten, tydeligere. Lojalitet («good faith») er den grunnleggende rettesnoren ved traktatolking, jf. Wien-konvensjonen art. 31. Det underliggende argumentet jeg trekker fra tolkingsfaktorene knyttet til bestemmelsens historikk, er at den mest lojale tolkningen er å si at EØS-avtalen skal få sitt virkeområde bestemt etter de samme kriteriene som EU-retten.

Gjennom å analysere ordet «territory» i EØS-avtalen art. 126(1) i punkt 7, fant jeg at ordet i sin vanlige betydning, basert på ordbokdefinisjoner, rommer begge tolkningsalternativene. Ordbokdefinisjonene trakk likevel forholdsvis klart i retning av at ordet «territory» sikter til statens jurisdiksjon. I folkerettslig teori brukes ordet derimot for å benevne områdene innenfor territorialfarvannet, og ikke økonomisk sone og kontinentalsokkel. Den folkerettslige bruken av ordet, samt det faktum at ordlyden i EØS-avtalen art. 126(1) har en annen utforming enn sitt EU-rettslige motstykke, Romatraktaten art. 227(1) (drøftet i punkt 9.2), utgjør de sterkeste argumentene for en tolkning hvor EØS-avtalens virkeområde begrenses til områdene innenfor territorialfarvannets yttergrense.

I de siste to punktene i oppgaven, viste jeg hvordan en tolkning av EØS-avtalen art. 126(1) som medfører at EØS-avtalen får et snevrere anvendelsesområde enn EU-retten, skaper en rekke vanskelige følgespørsmål knyttet til hvordan EØS-retten da skal regulere virksomheter som driver aktivitet utenfor territorialfarvannet. Drøftelsene av læren om «tilstrekkelig nær tilknytning» i punkt 12.2.2 og om betydningen av EØS-avtalen art. 126(1) for EØS-avtalens vedlegg i punkt 13.2, viste at det er vanskelig å overskue de rettslige konsekvensene av en tolkning av EØS-avtalen art. 126(1) hvoretter EØS-avtalens virkeområde er begrenset til områdene innenfor territorialfarvannet. I tillegg viste drøftelsene at verken læren om «tilstrekkelig nær tilknytning» eller spesialregulering i sekundærlovgivning kunne kompensere fullt ut for de problemene en tolkning av EØS-avtalen art. 126(1) som utelater økonomisk sone og kontinentalsokkelen fra virkeområdet, medfører i relasjon til EØS-

avtalens formål om EFTA-statenes integrasjon i det indre marked som forklart i punkt 12.2.1.

15 Kildeliste

Traktater

Treaty on European Union (TEU), 13. desember 2007 (Lisboa)

Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU),
13. desember 2007 (Lisboa)

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-
avtalen) med tilhørende protokoller, 2. mai 1992 (Oporto)

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan
og en Domstol (ODA-avtalen), 2. mai 1992 (Oporto)

FNs havrettstraktat (United Nations Convention on the Law of the
Sea) 10. desember 1982 (Montego Bay)

Agreement between the European Economic Community and the
Republic of Finland, 22. november 1973 (OJ L 328, 28.11.1973,
p. 2–106)

Avtale mellom Norge og Det europeiske økonomiske Fellesskap
(Handelsavtalen), 14. mai 1973 (OJ L 171, 27.6.1973, p. 2–102)

Avtale mellom Norge og Det europeiske kull- og stålfellesskapet og
Kongeriket Norge, 14. mai 1973 (OJ L 348, 27.12.1974, p. 17–35)

Agreement between the European Economic Community and the
Republic of Iceland datert 19. desember 1972, art. 36 (OJ L 301,
31.12.1972, p. 2–161).

Agreement between the European Economic Community and the
Swiss Confederation datert 19. desember 1972 (OJ L 300,
31.12.1972, p. 189–280)

Romatraktaten (Treaty of Rome) 25. mars 1957 (Roma)

Wien-konvensjonen om traktatretten (Vienna Convention on the Law of Treaties) 23. mai 1969 (Wien)

Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters 27. september 1968 (Brusselkonvensjonen) (OJ L 299, 31.12.1972, p. 32–42)

Sekundærlovgivning i EU/EØS

Innlemmet i EØS-avtalen

Forordninger

Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 1008/2008 av 24. september 2008 om felles regler for driften av lufttransporttjenester i Fellesskapet, OJ L 293, 31.10.2008, p. 3–20

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/35/EF av 7. september 2005 om forurensning fra skip og introduisering av sanksjoner for overtredelser, OJ L 255, 30.9.2005, p. 11–21

Rådsforordning (EØF) nr. 3577/92 av 7. desember 1992 om anvendelse av prinsippet om adgangen til å yte tjenester innen sjøtransport i medlemsstatene (maritim kabotasje), OJ L 364, 12.12.1992, p. 7–10

Rådsforordning nr. 1408/71/EØF om anvendelsen av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiedlemmer som flytter innenfor fellesskapet, OJ L 149, 5.7.1971, p. 2–50

Direktiver

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF, OJ L 94, 28.3.2014, p. 243–374 (Forsyningsvirksomhetsdirektivet)

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/73/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for naturgass og om oppheving av direktiv 2003/55/EF, OJ L 211, 14.8.2009, p. 94–136

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/31/EF av 23. april 2009 om geologisk lagring av karbondioksyd og om endring av rådsdirektiv 85/337/EØF, europaparlaments- og rådsdirektivene 96/61/EF, 2000/60/EF, 2001/80/EF, 2004/35/EF, 2006/12/EF og forordning (EF) nr. 1013/2006, OJ L 140, 5.6.2009, p. 114–135

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/35/EF av 7. september 2005 om forurensning fra skip og introdusering av sanksjoner for overtredelser, OJ L 255, 30.9.2005, p. 11–21

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/17/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av kontrakter innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, OJ L 134, 30.4.2004, p.1

Europaparlaments- og rådsdirektiv 94/22/EF av 30. mai 1994 om vilkårene for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner OJ L 164, 30.6.1994, p. 3–8 (Konsesjonsdirektivet)

Ikke innlemmet i EØS-avtalen (ennå)

Commission Regulation (EU) 2016/1199 of 22 July 2016 amending Regulation (EU) No 965/2012 as regards operational approval of performance-based navigation, certification and oversight of data services providers and helicopter offshore operations, and correcting that Regulation, OJ L 198, 23.7.2016, p. 13–37

Regulation (EU) No 100/2013 of the European Parliament and of the Council of 15 January 2013 amending Regulation (EC) No 1406/2002 establishing a European Maritime Safety Agency, OJ L 257, 28.8.2014, p. 115–120

- Regulation (EU) No 911/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on multiannual funding for the action of the European Maritime Safety Agency in the field of response to marine pollution caused by ships and oil and gas installations, OJ L 257, 28.8.2014, p. 115–120
- Council Regulation (EEC) No 3483/88 of 7 November 1988 amending Regulation (EEC) No 2241/87 establishing certain control measures for fishing activities, OJ L 306, 11.11.1988, p. 2–4
- Council Regulation (EEC) No 101/76 of 19 January 1976 *laying down a common structural policy for the fishing industry*, OJ L 20, 28.1.1976, p. 19–22.
- Regulation (EEC) No 802/68 of the Council of 27 June 1968 on the common definition of the concept of the origin of goods, OJ L 148, 28.6.1968, p. 1–5.
- Directive 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 on safety of offshore oil and gas operations and amending Directive 2004/35/EC, OJ L 178, 28.6.2013, p. 66–106.
- Directive 2008/56/EC of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 establishing a framework for community action in the field of marine environmental policy (Marine Strategy Framework Directive) OJ L 164, 25.6.2008, p. 19–40 (Havstrategidirektivet)

EØS-komiteebeslutninger

- EØS- komitebeslutning nr. 115/2012 av 15. juni 2012 om endring av EØS-avtalens vedlegg XX (Miljø)
- EØS-komiteebeslutning nr. 19/95 av 5. april 1995 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi)
- EØS-komiteens beslutning nr. 90/2011 av 19. juli 2011 om endring av EØS-avtalens vedlegg XIII (Transport)

EØS-komiteéns beslutning nr. 97/2016 av 29. april 2016 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVI (Offentlige innkjøp)

EØS- komiteebeslutning nr. 115/2012 av 15. juni 2012 om endring av EØS-avtalens vedlegg XX (Miljø)

EØS-komiteebeslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi)

Se EØS-komiteebeslutning nr. 65/2009 av 29. mai 2009 om endring av EØS-avtalens vedlegg XIII (Transport)

Norske lover

Formell lov

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Lov 27. juni 2003 nr. 57 om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone (Territorialfarvannsloven)

Lov 17. desember 1976 nr. 91 om økonomisk sone (økonomisk sone-loven)

Lov 27. februar 1930 nr. 3 om Bouvet-øya, Peter I's øy og Dronning Maud Land m.m. (bilandsloven)

Lov 17. juli 1995 nr. 11 om Svalbard (Svalbardloven)

Lov 27. februar 1930 nr. 2 om Jan Mayen

Forskrift

Ikrafttredelse av lov av 27. juni 2003 nr. 57 om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone (FOR-2003-06-27-798)

Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) (FOR-2016-08-12-975)

Dokumenter fra norske myndigheter

Innstillinger

Innst. O. nr. 73 (1994–1995) Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om lov om endringer i lov av 22. mars 1985 nr. 11 om petroleumsvirksomhet (petroleumsloven) ved innlemmelse av Europaparlamentets og Rådets direktiv 94/22/EF om betingelser for tildeling og bruk av tillatelser for leting etter og utvinning av hydrokarboner (konesjonsdirektivet) i EØS-avtalens Vedlegg IV Energi.

Innst. S. nr. 248 (1991–92) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) undertegnet i Oporto 2. mai 1992.

Stortingsmeldinger og -proposisjoner

Meld. St. 5 (2012–2013) EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU. (Utenriksdepartementet)

Ot.prp. nr. 99 (2005–2006); Om lov om endring i lov 17. juni 1966 nr. 19 om forbud mot at utlendinger driver fiske m.v. i Norges territorialfarvann. (Fiskeri- og kystdepartementet)

Ot.prp. nr. 35 (2002–2003) Om lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone. (Utenriksdepartementet)

Ot.prp. nr. 16 (2000–2001); Om lov om endringer i folketrygdloven og barnetrygdloven (trygd på kontinentalsokkelen). (Sosial- og helsedepartementet)

St.prp. nr. 46 (1997–98) Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 70/97 av 4. oktober 1997.

St.prp. nr. 40 (1994–1995) (Utenriksdepartementet)

St.meld. nr. 40 (1993–94) Om medlemskap i Den europeiske union. (Utenriksdepartementet)

Ot.prp.nr.79 (1991–1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv

St.prp. nr. 100 (1991–92) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992 (Utenriksdepartementet)

Norsk offentlig utredning

NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor. (Sejersted-utvalget)

Høringer og notater

Posisjonsnotat fra Samferdselsdepartementet datert 18.09.2017, delvis unntatt offentlighet. (Url: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2013/nov/offshore-helikopter-operasjoner/id2433331/#> sist besøkt 03.04.2018)

EØS-posisjonsnotat fra Nærings- og fiskeridepartementet om Forordning 100/2013 om endring av mandat for EMSA som endrer forordning 1406/2002 om etablering av EMSA, datert 8. april 2014 (Url: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/apr/endret-mandat-for-emsa/id2433805/> sist besøkt 30.04.2018)

EØS-posisjonsnotat fra Nærings- og fiskeridepartementet om forordning 911/2014/om flerårig budsjett for arbeid i EMSA på området beredskap mot forurensning fra skip og olje- og gass installasjoner, datert 19. august 2013 (url: <https://www.regjeringen.no/no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2013/aug/langtidsbudsjett-2014--2020/id2433236/> sist besøkt 30.04.2018)

EØS-posisjonsnotat til Europaparlaments- og rådsdirektiv om etablering av en ramme for fellesskapets tiltal innenfor havmiljøpolitikken, 26. august 2011. (Miljøverndepartementet.)

Høringsbrev fra Det kongelige samferdselsdepartement datert 22.12.2010
(Url: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/sd/vedlegg/luftfart/hoering_ef_forordning/brev.pdf sist besøkt 03.04.2018)

Norsk rettspraksis

Høyesterett

HR-2007-707-F (hevingskjennelse til LF-2006-26118)

Rt. 2008 s. 1789 (Hjertestikk-saken)

Underinstansene

Frostating lagmannsretts dom 21. september 2006 (LF-2006-24118)

Agder lagmannsretts dom 10. desember 2001 (LA-2001-1152)

Rettspraksis fra EFTA-domstolen

E-12/16 *Marine Harvest ASA v. EFTA Surveillance Authority*,
27. november 2017, Official Journal 2016/C 467/12

E-1/16 *Synnøve Finden v. The Norwegian Government, represented by the Ministry of Agriculture and Food*, 15. desember 2016, Official Journal 2017/C 9/08

Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal Norge AS v Aarskog Per AS and Others and Smart Club Norge*, 8. juli 2008, [2008] EFTA Ct. Rep. 259

E-2/06 *EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway*,
26. juni 2007, [2007] EFTA Ct. Rep. 164

E-4/04 *Pedice AS v. Sosial- og helsedirektoratet*, 25. Februar 2005,
[2005] EFTA Ct. Rep. 1

E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v. Iceland*, 12. desember 2003,
[2003] EFTA Ct. Rep. 143

E-9/97 *Erla Maria Sveinbjörnsóttir v. Iceland*, 10. desember 1998,
[1998] EFTA Ct. Rep. 95

Rettspraksis fra EU-domstolen

Dommer

- C-36/74 Walrave and Koch v. Assosiation Union Cycliste Internationale, 12. desember 1974 (EC rep.1974 -01405)
- C-3, 4 og 6/76 Cornelis Kramer and others, 14. juli 1976 (EC rep.1976 -01279)
- C-61/77 The Commission v. Ireland, 16. februar 1978 (EC rep.1978 -00417)
- C-283/81 Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health (Italy) 6. oktober 1982. (EC rep.1982 -03415)
- C-237/83 Prodest v. Caisse pimaire d'assurance maladie de Paris, 12. juli 1984 (EC rep.1984 -03153)
- C-9/89 Kingdom of Spain v Council of the European Communities, 27. mars 1990 (EC rep.1990 I-01383)
- C-60/93 R. L. Aldewereld v. Staatssecretaris van Financiën, 29 juni 1994 (EC rep.1994 I-02991)
- C-37/00 Herbert Weber v. Universal Ogden Services Ltd. 27. februar 2002 (EC rep.2002 I-02013)
- C-452/01 Margarethe Ospelt and Schlössle Weissenberg Familienstiftung, 23. september 2003 (EC rep.2003 I-09743)
- C-6/04 The Commission of the European Communities v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland 20. Oktober 2005 (EC rep.2005 I-09017)
- C-111/05 Aktiebolaget NN v. Skatteverket, 29. mars 2007 (EC rep.2007 I-02697)
- C-347/10 A. Salemink v. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut weknemersversverzekeringen (UWV), 17. januar 2012 (ECLI:EU:C:2012:17)

C-431/11 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v
Council of the European Union, 26. september 2013
(ECLI:EU:C:2013:589)

C-604/11 Genil 48 SL, Comercial Hosteleria de Grandes Vinos SL v.
Bankinter SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, 30. mai 2013
(ECLI:EU:C:2013:344)

C-266/13 L. Kik v. Staatssecretaris van Financiën, 19. mars 2015
(ECLI:EU:C:2015:188)

Generaladvokatinnstillinger

C-3, 4 og 6/76 Cornelis Kramer and others – Opinion of Mr. Advocate
General Trabucchi avgitt 22. juni 1976

C-347/10 Opinion of Advocate General Cruz Villanón avgitt
8. september 2011

Uttalelser fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA)

Letter of Formal Notice av 10. juni 1997 (Til Norge; klager Unni
Gjellesvik)

Reasoned opinion av 24. september 1999 (Til Norge; klager Unni
Gjellesvik)

Letter of Formal Notice av 16. juli 2003 (Sak nr. 2229)

Reasoned opinion av 2. april 2004 (Sak nr. 2229)

Brev fra Det kongelige olje- og energidepartement til EFTAs over-
våkningsorgan datert 5.11.2012 (Sak nr. 72773)

ESAs vedtak i sak nr. 72773 datert 30. april 2013.

Rettspraksis fra International Court of Justice

Dom 20. februar 1969 (Reports, 1969, s. 3) *North Sea Continental Shelf cases*

Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

Bankovic and others v. Belguim and others storkammeravgjørelse i sak nr. 52207/99, 12. desember 2001.

Yearbook of the International Law Commission (YILC)

Yearbook of the International Law Commission 1966, vol. I

Yearbook of the International Law Commission 1966, vol. II (*Draft articles on the Law of Treaties with commentaries*)

Litteratur

Bøker og artikler

Arnesen 1994 – Arnesen, Finn: «Regulerer EØS-avtalen den norske stats utnyttelse av petroleumsforekomster?» Tidsskrift for rettsvitenskap 1994 s. 424

Arnesen 1996 – Arnesen, Finn: Statlig styring og EØS-rettslige skranker – illustrert ved en studie i EØS-rettens betydning for styringen av norsk petroleumsvirksomhet, Oslo 1996

Arnesen 2010 – Arnesen, Finn: «*The EEA Agreement and activities off-shore*» SIMPLY 2010 s 17–26 – (Marlus-2010-400-17)

Arnesen mfl. eds. 2018 – Arnesen, Finn, Hans Petter Graver, Halvard Haukeland Fredriksen, Ola Mestad og Christoph Vedder: *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Baden 2018

- Baudenbacher ed. 2016 – Baudenbacher, Carl ed.: *The Handbook of EEA Law*; Springer International Publishing, Cham 2016
- Baudenbacher ed. 2017 – Baudenbacher, Carl ed.: *The Fundamental Principles of EEA Law: EEA-ities*; Springer International Publishing, Cham 2017
- Bekkedal 2008 – Bekkedal, Tarjei: *Frihet, likhet og fellesskap*, Bergen 2008
- Brownlie 2012 – Brownlie, Ian: *Brownlie's Principles of Public International Law 8th ed. by James Crawford*, Oxford 2012
- Bull 1992 – Bull, Henrik: «EØS-avtalen – litt om avtalens struktur og om prinsippene for gjennomføring i norsk rett», *Lov og Rett* 1992 s. 583
- Bull 2002 – Bull, Henrik: *Det indre marked for tjenester og kapital – import av finansielle tjenester*, Oslo 2002.
- Churchill/Lowe 1999 – Churchill, Robin Rolf og Allan Vaughan Lowe: *The Law of the Sea, 3rd ed.*, Manchester 1999
- Corten/Klein eds. 2011 – Corten, Olivier og Pierre Klein eds.: *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary vol. I*; Oxford 2011
- Court of Justice of the European Union (eds.) *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Haag 2013
- Dörr/Shmalenbach eds. 2012 – Dörr, Oliver og Kirsten Schmalenbach eds.: *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*; Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2012
- The EFTA Court ed. 2014 – The EFTA Court ed. *The EEA and the EFTA Court – Decentralised Integration*; Hart publishing 2014
- Fassbender/Peters eds. 2012 – Fassbender, Bardo og Anne Peters eds. *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford 2012

- Fenger 2006 – Fenger, Niels: «*Limits to a dynamic homogeneity between EC law and EEA law*» i *Festskrift til Claus Gulman* (liber amicorum), København 2006, sider 131–154
- Fredriksen 2009 – Fredriksen, Halvard Haukeland: «*Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?*» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2009 s. 507–576
- Fredriksen 2010 – Fredriksen, Halvard Haukeland: «*Hvem bestemmer i EØS-retten? – noen betraktninger om størrelsen «gjeldende EØS-rett»*», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2010 s. 247–287
- Fredriksen/Mathisen 2014 – Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen: *EØS-rett 2. utgave*, Bergen 2014
- Grant/Barker 2009 – Grant, John p. og J. Craig Barker: *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law 3rd ed.*; Oxford University Press, 2009
- Nordberg et. al. 1993 – Nordberg, Sven, Karin Hökberg, Martin Johansson, Dan Eliasson og Lucien Dedichen: *EEA Law, A Commentary on the EEA Agreement*, Stockholm 1993
- Pelaudeix/Basse eds. 2017 – Pelaudeix, Cécile og Ellen Margrethe Basse [eds.], *Governance of Arctic Offshore Oil and Gas*, Taylor & Francis, 2017
- Rasmussen 2003 – Rasmussen, Hjalte: *EU-ret i kontekst 5. utgave* København 2003.
- Rognstad 2001 – Rognstad, Ole-Andreas: «*EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkingen av EØS-avtalen*», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2001 s 435–463.
- Rognstad 2011 – Rognstad, Ole-Andreas: «*EU-domstolen avgjør ikke alltid tolkingen av EØS-avtalen – en replikk til Halvard Haukeland Fredriksen*», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2011 s. 658–668.
- Rothwell et al. eds. 2015 – Rothwell, Donald R., Alex G Oude Elferink, Karen N. Scott og Tim Stephens eds. *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford University Press, New York 2015.

- Ruud/Ulfstein 2011 – Ruud, Morten og Geir Ulfstein: *Innføring i Folkerett 4. utgave*, Oslo 2011
- Sejersted mfl. 2011 – Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rogstad og Olav Kolstad: *EØS-rett 3. utgave*, Oslo 2011
- Shaw 2008 – Shaw, Malcolm N. *International Law sixth edition*, Cambridge 2008
- Villiger 2009 – Villiger, Mark E.: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Boston 2009

Nettsteder

- Zemanek, Karl «Vienna Convention on the Law of Treaties Vienna, 23 May 1969» på Audiovisual Library of International Law, FN, under «Summary of key provisions» (Url: <http://legal.un.org/avl/ha/vclt/vclt.html>) sist besøkt 18.03.2018.
- Aust, Anthony: «Vienna Convention on the Law of Treaties» Oxford Public International Law, encyclopedic entry punkt F. 1. 14. (Url: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1498>) sist besøkt 28.11.2017

Ordbøker/ordboknettsteder

- Oxford Dictionaries fra Oxford University Press; Oppslagsord: «territory» (Url: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/territory>) 14.04.18)
- Cambridge Dictionary fra Cambridge University Press; Oppslagsord: «territory» (Url: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/territory>) sist besøkt 14.04.18
- Merriam-Webster Dictionary (privat amerikans utgivelse); Oppslagsord: «territory» (Url: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/territory>) sist besøkt 14.04.18

Dictionary.com Unabridged. Random House Inc. (ordboknettsted eid av privat amerikansk aktør); Oppslagsord: «territory» (Url: <http://www.dictionary.com/browse/territory>) sist besøkt 14.04.18

Svenska Akademiens Ordbok; Oppslagsord «territorium» (<https://www.saob.se/artikel/?seek=territorium&pz=1>) sist besøkt 01.03.18

Larousse dictionnaires francaises; Oppslagsord: «terrotoire» (<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/territoire/77470>) sist besøkt 01.03.18

CNTRL.FR; Oppslagsord: «terrotoire» (<http://www.cnrtl.fr/definition/territoire>) sist besøkt 01.03.18

Bokmålsordboka; Oppslagsord: «territorium» (http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=territorium&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begge) sist besøkt 01.03.18.

Det norske akademis ordbok; Oppslagsord: «territorium» (Url: <https://www.naob.no/ordbok/territorium>) Sist besøkt 01.03.2018

Ordbog over det danske sprog; Oppslagsord: «omraade» og «territorium» (<http://ordnet.dk/ods/ordbog?query=omraade>) sist besøkt 31.03.2018.

Nyhetssaker og diverse

Stortingets EU/EØS-nytt av følgende datoer:

- 22. mai 2013 «EØS-rådet: uenighet om EØS-relevans» (av havstrategidirektivet)
- 26. mars 2014 «Svekkes kravene til offshore helikoptertrafikk?»
- 24. september 2015 «Offshoresikkerhet og EØS-avtalen»
- 27. april 2016 «– For tidleg å vurdere nye regler for offshore sikkerheit»

Annet

Artikkel i Dagens næringsliv publisert 12.02.2016 kl. 12:43: «EU og Norge krangler videre om offshore-sikkerhet» (Url: <https://www.dn.no/nyheter/energi/2016/02/12/1243/eu-og-norge-krangler-videre-om-offshoresikkerhet>)

Liste over krav til maritime soner publisert av United Kingdom Hydrographic Office på url: <https://www.admiralty.co.uk/AnnualNMs/12.pdf> sist besøkt 24.04.18.

Bilde av maritime soner hentet fra konsulentfirmaet Mrag's sider, url.: <http://www.mrag.co.uk/experience/costs-and-benefits-arising-establishment-maritime-zones-mediterranean-sea> (sist besøkt 14.12.17)

EFTA-sekretariatets internettside, om EØS-komiteén: <http://www.efta.int/eea/eea-institutions/eea-joint-committee> (sist besøkt 03.04.18).

Liste over nasjoner tilsluttet Wien-konvensjonen 1969 (url.: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en)

Liste over nasjoner tilsluttet Wien-konvensjonen 1986 (url: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&clang=_en)

Liste over nasjoner tilsluttet FNs havrettskonvensjon: (Url: http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm)

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

