**Kommentert mønsterbesvarelse**

Fag: BRV 200 Norske og internasjonale rettslige institusjoner

Eksamensdato: 20.10.2020

Kandidat: Liam Bjørnskau Wyke

Besvarelse kommentert av:

Adrian Idehen

I samarbeid med



Overført fra originaldokument av Nora Yasmin Olsen, fagansvarlig JUFO 2021. Oppgaven inneholder både kandidatens besvarelse og oppgaveteksten. Da oppgaveteksten vises løpende i oppgaven er denne farget lysegrå slik at det skal være lettere å skille fra kandidatens besvarelse.

**Oppgave 1**

Drøft lovligheten av humanitære intervensjoner og forklar spenningsforholdet mellom humanitære intervensjoner og statens suverenitet.

**1. Innledning - suverenitetsprinsippet**

Suverenitetsprinsippet er et grunnleggende prinsipp i folkeretten. Prinsippet går ut på at enhver stat er suverene over sitt territorium, og ikke underlagt noen annens vilje enn sin egen. Ingen stat har i utgangspunktet rett til å utøve myndighet over en annen stat, eller bestemme over hvordan denne staten skal organisere seg politisk, økonomisk, kulturelt eller lignende.

Som følge av statssuvereniteten er utgangspunktet at ingen stat har rett til å utøve militær aksjon på en annens territorium eller blande seg inn i deres interne anliggender. Dette er et forbud mot å intervenere, som for øvrig fremkommer av FN-pakten artikkel 2 nr. 7. Ikke alle verdens stater er medlemmer av FN, og undertegnet Pakten, men dette forbudet blir ansett som folkerettslig sedvanerett. Folkerettslig sedvanerett er globalt bindende for alle stater, uavhengig av om de er avtaleparter i den aktuelle traktaten eller konvensjonen. ICJ har anerkjent at en sedvanerett imidlertid kan være lokal og bare gjelde et bestemt regionalt område, jf. Asylsaken, men dette er ikke tilfellet i denne sammenheng.

Videre i oppgaven vil det redegjøes for hva som omfattes av forbudet mot intervensjon og bruk av makt, og unntak fra disse grunnleggende folkerettslige prinsippene. Det vil videre drøftes hvorvidt det kan legitimeres unntak fra forbudene på ulovfestet grunnlag. I denne sammenheng vil det fokuseres på lovligheten av humanitær intervensjon som innebærer at en stat går inn i en annen stat med bruk av makt for å ivareta humanitære hensyn.

**2. Utgangspunktet: Intervensjon i andre stats anliggender og bruk av makt er forbudt**

FN ble grunnlagt i kjølvannet av andre verdenskrig og ble grunnlagt med det formålet at verden aldri igjen skal være så krigspreget det tidligere har vært. For å oppnå dette formålet spiller ivaretakelsen av FNs sentrale prinsipper en viktig rolle. Disse er til enhver tid relevante og må til enhver tid ivaretas. Formålene utledes i all hovedsak fra fortalen, samt artiklene 1 og 2. Av FN-paktens artikkel 2 nr. 4 heter det at stater skal "avholde seg" fra trusler om eller bruk av "vepnet makt mot noens territoriale integritet" eller på noen annen måte som er "i strid med de Forente Nasjoners formål".

Det følger som nevnt av FN-paktens artikkel 2 nr. 7 et forbud mot å "blande seg inn i forhold" som etter sin natur ligger innenfor en annen stats "egen jurisdiksjon". Utgangspunktet er territorialhøyeten som utledes av suverenitetsprinsippet. En stat har eksklusiv myndighets- og tvangsjurisdiksjon på sitt eget territorium.

Disse reglene er imidlertid ikke absolutte, og det følger i forlengelsen av Pakten visse unntak. Det heter i artikkel 2 nr. 7 at prinsippet om forbudet mot intervensjon ikke skal hindre anvendelse av "tvangstiltak etter kapittel VII". Videre fremkommer det av artikkel 51 en rett til selvforsvar som hjemler bruk av makt til å verne statens suverenitet.

Humanitær intervensjon, som er oppgavens hovedfokus, fremkommer ikke av pakten. Det vil således ikke greies ut nærmere om de skrevne unntakene fra forbudet mot intervensjon og bruk av makt. Det er likevel viktig for oppgavens utforming og formål at disse kort presenteres.

**3. Sikkerhetsrådets rolle**

En humanitær intervensjon kan være et tilfelle hvor en stat for eksempel foretar krenkelser av grunnleggende menneskerettigheter, og en annen stat går inn i denne statens territorium for å sette en stoppe for krenkelsene. Dette er etter i utgangspunktet etter FN-pakten en brudd på intervensjonsforbudet og forbudet mot bruk av makt etter artikkel 2 nr. 4 og nr. 7.

Det følger av FN-paktens artikkel 24 nr. 1 at Sikkerhetsrådet bærer hovedansvaret for opprettholdelse av "mellomfolkelig fred og sikkerhet". Av kapittel VII i FN-pakten er det i utgangspunktet opp til Sikkerhetsrådet å vedta anbefalinger eller tiltak for å opprettholde freden. Det er i hovedregelen Sikkerhetsrådet som skal sikre verdens fred og sikkerhet, og det er ikke opp til statene på egenhånd å utøve makt for å sikre disse grunnleggende verdiene. Sikkerhetsrådet skal imidlertid først søke en fredelig løsning og skal foreta alle mulige tiltak som kan løse en mulig tvist på fredelig vis. Problemet med dette er at dette kan dra ut i tid, mens behovet for humanitær intervensjon som regel vil være akutt

**4. Mangel på hjemmelsgrunnlag og FNs sentrale hensyn**

Det følger av FN-paktens artikkel 1 nr. 3 at oppmuntring av respekt for menneskerettigheter er et grunnleggende hensyn som må ivaretas. Dette fremkommer også i Paktens fortale hvor det heter at FN har stort fokus på "grunnleggende menneskerettigheter" og på det "enkelte menneskets verdighet og verdi". Det er imidlertid ikke noen hjemmelsgrunnlag for stater å gripe inn i forhold som krenker disse dersom dette ikke godkjennes av Sikkerhetsrådet eller at det er i form av et rettmessig selvforsvarsangrep. Dette vil ikke være tilfellet ved humanitære intervensjoner. En mangel på hjemmelsgrunnlag taler for at et slik inngrep vil være i strid med statenes suverenitet, og således i strid med FN-paktens forbud mot intervensjon og bruk av makt.

Videre fremkommer det i FN-paktens fortale at Pakten skal sikre at "vepnet makt ikke brukes uten i felles interesse". Dette skal sikres ved godkjenningen av visse "prinsipper og innføringen av visse fremgangsmåter". Det skal altså legges stor vekt på suverenitetsprinsippet og fremgangsmåten som går gjennom Sikkerhetsrådet. Det er altså etter FN-paktens syn viktig å respektere dennes fremgangsmåter for å fremme Paktens formål. Videre er disse prinsippene grunnleggende for det grunnleggende målet om fravær av bruk av "vepnet makt". Dette er ytterligere argumenter mot lovligheten av humanitær intervensjon. På den annen side vil grunnleggende menneskerettigheter og menneskets verdi og verdighet være av like stor viktighet i denne sammenheng.

**5. Vil en rett til humanitær intervensjon "legitimere" angrep med andre hensikter?**

En vid tillatelse av intervensjoner i andre staters anliggender vil ha mange negative følger og konsekvenser som strider enda mer mot FN-paktens formål enn selve tillatelse av dette. Det kan veldig godt tenkes at en vid adgang til dette vil medføre seg suverenitetskrenkelser med mindre edle motiver. Dersom en stat har som ønske å velte et regime eller lignende, kan dette lett tenkes seg å maskeres bak et formål om å ivareta visse hensyn som FN-pakten og folkeretten som et hele ønsker å beskytte. Videre kan det tenkes at et inngrep som i utgangspunktet fulgte legitime og edle formål, som FN-pakten anerkjenner, lett utvikler seg til å omfatte mer enn bare disse.

En følge av en vid adgang til bruk av makt overfor andre stater vil videre lett kunne medføre uproporsjonale inngrep som går utover de inngrep som det opprinnelig åpnes for. Dette vil bli vanskelig for internasjonale domstoler å håndheve, og vil åpne for en mye mer omfattende bruk av vepnet makt på internasjonal basis. En ytterligere følge vil være at dersom den humanitære intervensjonen går utover de legitime formålene, vil dette kunne utløse selvforsvarsretten etter Paktens artikkel 51. Dette vil igjen medføre en mer omfattende bruk av vepnet makt, og undergrave store deler av FN-paktens formål.

På den annen side er menneskerettigheter av internasjonal interesse, og anses ikke som en stats interne anliggender. Folkeretten kan neppe stille krav til en stats interne oppbygning da dette vil stride mot suverenitetsprinsippet, men det er likevel anerkjent at grunnleggende menneskerettigheter uansett må følges. Begrensninger utover dette i en stats suverenitet må fremgå av traktater og konvensjoner som staten selv har sluttet seg til.

**6. Konklusjon - humanitære intervensjoners lovlighet**

Mangelen på et lovfestet hjemmelsgrunnlag i FN-pakten, samt Paktens sentrale hensyn og formål om unnlatelse av bruk av vepnet makt taler imot lovligheten av humanitære intervensjoner. De mulig videre konsekvensene av at det kan medføre en økt bruk av vepnet makt enn en kunne forutse taler også imot denne typen intervensjons lovlighet. Videre kan det tenkes at den intervenerende stat vil kunne ha andre og mindre edle hensikter bak sin intervensjon. Dette taler også mot en utstrakt rett til humanitær intervensjon. Videre er statssuvereniteten et grunnleggende prinsipp i folkeretten. Det må mye til for at innhugg i en stats suverenitet skal anses lovlig. På den annen side er bevarelsen av menneskerettigheter og menneskenes verdighet og verdi av såpass stor viktighet for FNs formål, og verdens interesse generelt, at det kan tenkes lovlig. Spørsmålet om lovlighet blir således om disse grunnprinsippene må veies såpass tungt, og er såpass grunnleggende at de kan gå foran de øvrige hensynene

Faren for misbruk har imidlertid medført at den dominerende oppfatningen at humanitære intervensjoner i utgangspunktet er ulovlige, og at de nødvendige tiltakene for å rette opp i de aktuelle forholdene må treffes av Sikkerhetsrådet etter den alminnelige fremgangsmåten som Pakten oppstiller. Det kan tenkes at bruddene på de grunnleggende menneskerettighetene eller andre forhold som kan tenkes er av såpass alvorlig karakter, og at bruddene er på såpass grunnleggende rettigheter at intervensjon kan kjennes lovlig. Den dominerende oppfatningen er fremdeles at dette ikke kan legitimere inngrep.

**Oppgave 2**

Redegjør for i hvilken grad en restriksjon av en av de fire frihetene i EØS-avtalen er i strid med EØS-avtalen. Illustrer gjerne med rettspraksis fra EU- og/eller EFTA-domstolen.

**1. Innledning**

EØS-samarbeidet er en folkerettslig avtale som har som hovedmål å innlemme EFTA-statene Norge, Liechtenstein og Island inn i EUs indre marked. EØS-avtalen inneholder ingen definisjon av hva det indre marked er, men det har TEUV. Det heter i TEUV artikkel 26 nr. 2 at det indre marked skal utgjøre "et område uten indre grenser" der "fri bevegelighet for personer, tjenester og kapital" er sikret i samsvar med traktatens bestemmelser. Det indre marked er ikke et mål i seg selv, men et middel for å fremme EUs mål om fred, velferd for dens folk og ivaretakelse av verdiene frihet, demokrati og likhet, jf. TEU artikkel 3 nr. 1, jf. artikkel 2.

Kjernen av det indre marked er det som kalles "de fire friheter", samt ikke-diskriminering. Ivaretakelse av de fire friheter er avgjørende for det at det indre marked skal yte sitt formål. De fire friheter er fri bevegelighet av personer, varer, tjenester og kapital innen EØS sitt geografiske område. Det kan argumenteres for at det egentlig er tale om fem friheter da personer også omfatter juridiske personer, herunder selskaper, jf. TEUV art. 49. Denne sondringen er utenfor oppgavens periferi, og vil ikke gås nærmere inn på. Videre i oppgaven vil det omtales om de fire friheter

I denne oppgaven vil det foretas en redegjørelse av de fire friheter sin sentrale plass i EU/EØS-samarbeidet, og hva som utgjør en ulovlig restriksjon, og hvordan disse eventuelt kan rettferdiggjøres

**2. Utgangspunktet: Restriksjoner på de fire friheter er i strid med EØS-avtalen**

Det følger av artikkel 11 og 12 i EØS-avtalen at restriksjoner på import og eksport av varer "skal være forbudt mellom avtalepartene". I artikkel 28 heter det at "fri bevegelighet for arbeidstakere skal følges", og av artikkel 31 følger det at det skal "ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen". Det skal videre "ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester" innen avtalepartenes territorium, jf. EØS-avtalens artikkel 36, og det skal heller "ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital", jf. artikkel 40. Utgangspunktet er altså klart: De fire frihetene er grunnleggende verdier i EØS-avtalen og restriksjoner eller innhugg i disse rettighetene er forbudt

**3. Restriksjonsbegrepet**

**3.1. Tiltak foretatt av det offentlige og av private**

En restriksjon er et tiltak som gjør innhugg på den fire bevegeligheten på de fire friheter. Tiltak som utgjør en restriksjon på de fire friheter kan tenkes foretatt av både det offentlig og private. I praksis så er det naturligvis det offentliges tiltak som oftest utgjør en restriksjon. Rettslige normer kan utgjøre en restriksjon uansett hvilken form den foretas i. Vanligst er det en lov eller en forskriftsbestemmelse som utgjør en restriksjon, men det kan like godt tenkes at en domsslutning eller en instruks til forvaltningen i realiteten er en restriksjon på de fire friheter.

EU-domstolen har i en rekke saker uttrykt at administrativ praksis kan utgjøre en restriksjon på de fire friheter dersom de har en viss grad av "fasthet eller allmennhet". I Centros-saken ønsket et dansk ektepar som var bosatt i Danmark å opprette et selskap i England. Grunnen til dette var at kravene til egenkapital i England mye lavere enn i Danmark. Ekteparet ønsket å opprette en filial i Danmark som de kunne drive selskapet gjennom. Danske myndigheter nektet å registrere filialen da de anså dette som en måte å unngå de danske reglene om egenkapital på. Dette kom EU-domstolen til at var en restriksjon på etableringsretten. Nasjonale regler skal altså ikke være til hinder for etableringsfriheten.

Faktiske handlinger foretatt av det offentlige kan utgjøre en restriksjon på de fire friheter. Typisk i denne sammenheng er offentlige kampanjer som oppfordrer forbrukere å kjøpe varer produsert innenlands en restriksjon på fri bevegelighet av utenlandske varer. Restriksjoner basert på nasjonalitet er et direkte diskriminerende tiltak. Dette vil oppgaven komme tilbake til i punkt 3.2.

Videre kan til og med inaktivitet fra myndighetene være en restriksjon på retten til fri bevegelighet. Frankrike ble dømt i EU-domstolen i Kommisjonen mot Frankrike for unnlatelse av sanksjoneringer. I dette aktuelle tilfelle var det en stor bevegelighet av franske bønder som saboterte spanske bønders jordbærproduksjon. Dette kom EU-domstolen frem til at var en restriksjon på fri bevegelighet av varer.

Ikke bare offentlige myndigheter, men også private kan foreta tiltak som er restriksjoner på de fire friheter. Private kan også være pliktsubjekter til reglene om fri bevegelighet av de fire friheter. Den mest kjente dommen i denne sammenheng er Bosman-dommen. Den profesjonelle fotballspilleren Jean-Marc Bosman spilte for den belgiske klubben RFC Liège. Da Bosman hadde mindre enn ett år igjen på kontrakten sin var det interesse fra en fransk klubb i å kjøpe han. Klubbene kom imidlertid ikke til enighet om pris før overgangsvinduet stengte, og Bosman ble tvunget til å bli værende i Liège. Etter kontrakten hans hadde gått ut fikk han en kraftig lønnsreduksjon ettersom han ikke lengre var på førstelaget. EU-domstolen kom til at dette var en restriksjon på fri bevegelighet av arbeidstakere. Utfallet av denne dommen ble at det europeiske fotballforbundet (UEFA) måtte endre reglene om spillerkjøp ved spillere på utgående kontrakter. I dag har spillere på utgående kontrakter en rett til gratis overgang til andre klubber, uten at den arbeidsgivende klubben kan hindre dette.

**3.2. Direkte og indirekte diskriminerende tiltak**

Tiltak som utgjør restriksjoner på de fire friheter kan være direkte eller indirekte diskriminerende tiltak. Avgjørende i denne sammenheng er om tiltaket har en henvisning til nasjonalitet. Direkte diskriminerende tiltak er tiltak basert på nasjonalitet. Forskjellsbehandling "på grunnlag av nasjonalitet" er forbudt, jf. EØS-avtalen artikkel 4 og TEUV artikkel 18. Et eksempel i så henseende er den gamle norske industrikonsesjonslovens §20 som stilte konsesjonskrav til utlendingers erverv av eiendom i Norge, som ikke ble stilt for nordmenn. Tiltak som stiller ulike krav til utlendinger enn innlendinger, eller setter utlendinger i et vanskeligere lys med henvisning til deres nasjonalitet, vil utgjøre et direkte diskriminerende tiltak. Dette gjelder ikke bare for personer, men også de øvrige frihetene. Omvendt diskriminerende tiltak er imidlertid ikke i strid med EØS-avtalen. Med dette menes det tiltak som stiller utenlandske produkter eller arbeidstakere i en bedre stilling enn innenlandske.

Tiltak som ikke under henvisning til nasjonalitet stiller utenlandske personer, varer, tjenester eller kapital i en vanskeligere stilling, men som vil i realiteten gjøre det, er et indirekte diskriminerende tiltak på de fire friheter. Ikke bare tiltak som i realiteten vil medføre en ulempe for utenlandske personer, varer, tjenester eller kapital, men også tiltak som har en risiko av slikt resultat regnes som et indirekte diskriminerende tiltak. Illustrerende i denne sammenheng er et bostedskrav, jf. Land-Salzburg-dommen. I denne saken fant EU-domstolen det at kravet om å bo i et bestemt land eller en bestemt region ville i realiteten ramme utlendinger langt hardere enn innlendinger. Et norsk eksempel på dette er den såkalte rusbrus-saken som var oppe for EFTA-domstolen. Forbudet mot å selge rusbrus i vanlige dagligvarebutikker utgjorde et indirekte diskriminerende tiltak. Domstolen fant at vinmonopolets monopol på salg av rusbrus med samme alkoholprosent som øl var et tiltak som diskriminerte på grunnlag av nasjonalitet. Begrunnelsen for dette var at øl som ble solgt i butikken ikke sjelden var produsert i Norge, mens rusbrus som oftest var produsert i utlandet. Utenlandske produkter ble altså i realiteten stilt i en dårligere stilling, selv om forbudet ikke hadde noe med nasjonalitet å gjøre.

Den såkalte Dassonville-formelen er et uttrykk for den nederste terskelen på hva som kan utgjøre en restriksjon på de fire friheter. I Dassonville-saken uttalte EU-domstolen at et tiltak som "direkte eller indirekte, øyeblikkelig eller potensielt" kunne utgjøre en restriksjon, er i strid med EU/EØS-retten. Terskelen for at et tiltak skal kunne anses som en restriksjon er altså lav

Sondringen mellom direkte og indirekte diskriminerende tiltak er viktig når det gjelder rettferdiggjøring av restriksjonene. Dette vil oppgaven komme tilbake til i punkt 5.

**4. Tiltak som kan rettferdiggjøres på grunnlag av objektive forskjeller**

Utgangspunktet om at restriksjoner på de fire friheter er i strid med EU- og EØS-retten er klart. Enhver restriksjon er imidlertid ikke nødvendigvis forbudt, da de kan rettferdiggjøres. Dersom et diskriminerende tiltak kan forklares på grunnlag av objektive forskjeller, kan dette rettferdiggjøres. Medlemsstatene kan "anvende de relevante bestemmelser i sin skattelovgivning" som skiller mellom skatteytere "som ikke er i samme situasjon med hensyn til bosted eller stedet for kapitalanbringelsen", jf. TEUV artikkel 65 nr. 1 bokstav a. Her åpner EØS-retten for tiltak ved skattelovgivningen som i realiteten kan stille vanskeligere krav for utlendinger. Forutsetningen for dette er at det ikke skal være et middel til "vilkårlig forskjellsbehandling" eller en "skjult hindring" for den frie bevegelighet av kapital, jf. TEUV artikkel 65 nr. 3.

Dersom et grenseoverskridende aspekt ikke alene medfører en forskjell mellom innlendinger og utlendinger, vil restriksjonen kunne rettferdiggjøres. Spørsmålene en da må stille er om tiltaket kunne stilt seg likt dersom en tok bort det grenseoverskridende aspektet, og om det grenseoverskridende aspektet i seg selv ikke stiller utlendinger i en vanskeligere stilling.

**5. Rettferdiggjøring av restriksjoner**

Den såkalte Keck-doktrinen innskrenker Dassonville-formelen. Et tiltak som gjør innhugg i de fire frihetene, utgjør ikke en ulovlig restriksjon dersom tiltaket stiller alle ervervsdrivende på det aktuelle markedet i samme lys. jf. Keck og Mithouard. Tiltaket må faktisk og rettslig medføre samme ulempe for alle ervervsdrivende der tiltaket gjør innhugg. Et eksempel på dette er at det i Norge er forbudt å selge øl etter klokken 20:00 i hverdagene. Dette er et klart innhugg på varefriheten, men reguleringen gjelder for alle ølprodusenter og selgere i landet. Dersom norske ølprodusenter kunne selges senere ut på kvelden enn utenlandske ølmerker, ville dette utgjøre en restriksjon, men ettersom alle ervervsdrivende stilles på lik linje, er dette tiltaket rettferdiggjort.

Sondringen mellom direkte og indirekte diskriminerende tiltak er viktig ved rettferdiggjøringen av restriksjoner da direkte diskriminerende tiltak bare kan rettferdiggjøres ved skrevne rettferdiggjøringsgrunner. Indirekte diskriminerende tiltak kan også rettferdiggjøres på ulovfestet grunnlag.

Restriksjonsforbudet er ikke til hinder for restriksjoner som begrunnes ut fra hensynet til offentlig moral, offentlig orden og sikkerhet eller vernet om menneskers liv og helse, jf. EØS-avtalen artikkel 13, 28 nr. 3, 33 og 39. Dette er blant rettferdiggjøringsgrunnene for direkte diskriminerende tiltak. Her finner vi hjemmelsgrunnlaget for reiserestriksjonene som har herjet EUs geografiske området de siste månedene. Reiseforbudene har vært en klar hindring for blant annet den frie flyten av arbeidstakere til å ta arbeid på tvers av landegrensene. Det må likevel forstås slik at vernet av folkehelsen må veie tyngre i denne sammenhengen enn den frie flyten av de fire frihetene. De fire frihetene er nok på den annen side årsaken til at grense åpnet igjen såpass tidlig. Det kan tenkes at fravær av det indre marked og den frie bevegeligheten av de fire friheter kunne betydd at grenser rundt om i Europa fortsatt for det meste ville vært stengt.

EU-domstolen har uttrykt at "rule of reason"-doktrinen kan hjemle tiltak som (mulig) utgjør indirekte diskriminerende tiltak. "Rule of reason"-doktrinen hjemles i rettspraksis (blant annet Cadbury Schweppes). Doktrinen er en tredelt test hvor det først må avklares at det foreligger en restriksjon. Dernest må det vurderes om den kan rettferdiggjøres ved å følge et legitimt formål. Avslutningsvis må det foretas en proporsjonalitetsvurdering. Videre i oppgaven skal det drøftes momenter som kan rettferdiggjøre, og hva som ikke rettferdiggjør en restriksjon.

Det kan tenkes at en restriksjoner er for uklart, for fjernt eller for indirekte til at det kan utgjøre en restriksjon. Dette kalles ofte adekvansprinsippet. Hvorvidt dette kan i realiteten kan rettferdiggjøre en restriksjon er noe usikkert. Den dominerende oppfatningen i teorien er at terskelen for dette er høyt. Juridisk teori er imidlertid en rettskilde som tillegges svært liten til ingen vekt i en slik vurdering. På den annen side har terskelen for prinsippet har aldri blitt drøftet av domstolen, noe som tilsier at det har svært liten praktisk betydning. Det er således gode grunner for å legge den dominerende oppfatningen i teorien til grunn for at terskelen for anvendelse av prinsippet er høyt.

**5.1. Hva utgjør et legitimt formål?**

Formålet med et tiltak som utgjør en restriksjon på de fire friheter, må følge et legitimt formål. Et legitimt formål er et hensyn som avtalen selv, eller domstolen på ulovfestet grunnlag har akseptert som et tvingende allment hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon.

Rent økonomiske eller rent administrative hensyn kan ifølge EU-domstolen ikke anses som et tvingende allment hensyn. Dersom målet med et tiltak er å spare forvaltningen for et omfattende merarbeid eller å kutte nasjonale kostnader, kan denne restriksjonen ikke rettferdiggjøres og vil således være i strid med EØS-retten.

Økonomiske hensyn vil imidlertid være svært sentralt ved nasjonale skatte- og trygdesystemer. EU-domstolen har i dette henseende langt på vei kommet medlemsstatene i møte ved å akseptere hensyn som ligger svært tett opp mot rent økonomiske hensyn. Domstolen har anerkjent regler av rent strukturell betydning som tvingende allmenne hensyn

**5.2. Proporsjonalitetsvurderingen**

Det er ikke tilstrekkelig at et tiltak bare følger et legitimt formål. Tiltaket må også bestå en proporsjonalitetsvurderingen. Dette er igjen en vurdering i tre ledd. Tiltaket må være egnet, nødvendig og forholdsmessig i snever forstand.

**5.2.1. Egnethetstesten**

Tiltaket må kunne være egnet for å oppnå formålet det er tjent å følge. Tiltaket som sådan må holdes opp mot formålet. Enhver konsekvens av et igangsatt tiltak vil være relevant ved egnethetsvurderingen. Dersom et formål er beviselig oppnådd, kan det legges til grunn at tiltaket er egnet. EU-domstolen stiller ikke strenge krav til denne vurderingen, og har gitt grunn til å tro at selv der tiltaket ikke har vært effektivt, men formålet har blitt oppnådd, er tiltaket egnet. Selv om formålet oppnås til tross for tiltaket, har EU-domstolen gitt indikasjoner at tiltaket anses som egnet. EU-domstolen stiller altså ikke strenge krav til denne vurderingen, og det er svært sjelden at Domstolen vil kjenne et tiltak som uegnet. Det må foretas en konkret og kontekstuell vurdering. Tiltaket må vurderes ved det konkrete tilfellet, men også i et større perspektiv. Det må for eksempel vurderes om det indirekte berører andre områder, og må ses opp mot EØS-retten som et hele. Videre må tiltaket ha en sammenheng med formålet det er ment å følge. Det stilles altså et krav til konsekvens.

**5.2.3. Nødvendighetstesten**

Slik som ved egnethetstesten, må tiltaket som sådan holdes opp mot formålet. EU-domstolen stiller mye strengere krav til nødvendighetstesten enn til egnethetstesten, og har uttalt at et tiltak er nødvendig dersom det ikke foreligger alternative tiltak som er mindre inngripende, men som fortsatt vil kunne tjene til å oppnå formålet. Det spiller ingen rolle om det alternative vilkåret er mindre egnet enn det opprinnelige så lenge det er egnet nok.

Luftige ideer tillates ikke og tiltaket må være praktisk talt mulig gjennomførbart. På lik linje med egenthetstesten, må det foretas en konkret og kontekstuell vurdering. Videre stilles det også her et krav til konsekvens. Myndighetene kan ikke hevde at formålet tiltaket er ment å følge krever mer inngripende innhugg i de fire frihetene dersom de tilsynelatende tolerer og aksepterer innhugg som er av en mindre alvorlig karakter.

Tiltaket kan ikke kjennes nødvendig dersom det utelukkende sparer statsmaktene for et omfattende merarbeid eller sparer staten for store summer. Da ville jo formålet i realiteten være av økonomisk eller administrativ karakter. Likevel må det til en viss grad tillates å følge en enklere løsning. Det tilhører ikke sjeldenhetene at domstolene kjenner et tiltak som unødvendig på den bakgrunn at det finnes alternative tiltak som er mindre inngripende. Nødvendighetstesten er den vanskeligste og viktigste testen å "bestå".

**5.2.4. Forholdsmessighet i snever forstand**

Ved vurderingen om tiltaket er forholdsmessig i snever forstand, er det ikke tiltaket, men selve inngrepet som må holdes opp mot formålet. Det må her foretas en kvalifisert urimelighetssensur. Den aktuelle medlemsstatens interesse i å oppnå formålet må vurderes opp mot den felles EØS-interessen om et indre marked uten restriksjoner på de fire friheter

Prøvingsintensiteten i denne vurderingen er relativt lav, og det er ikke i alle tilfeller den engang foretas. I Pedicel-dommen uttalte den norske Høyesterett at det ikke skulle foretas noen interesseavveining i den aktuelle saken. Forholdet mellom denne vurderingen med nødvendighetstesten er tidvis nokså komplisert, og vi ser ofte at momenter av forholdsmessighetvurderingen fremkommer i nødvendighetsvurderingen, se for eksempel SIAT-dommen.

**6. Rettssikkerhetsprinsipper som skranke for rettferdiggjøring av restriksjoner**

EU- og EØS-retten stiller et generelt krav til at nasjonale regler må være klare, presise og forutberegnelighet for borgerne. Dette er generelle rettssikkerhetsprinsipper, og disse kan utgjøre en skranke for rettferdiggjøringen av restriksjoner. Selv om et tiltak er egnet og nødvendig for å forfølge et legitimt formål, vil den være i strid med EØS-retten dersom den ikke sikrer disse rettssikkerhetsgarantiene. Dette kan være vanskelig å følge der det legges opp til en skjønnsmessig vurdering, og andre regler som bærer et preg av skjønn over seg.

Her kan det vises til mopedtilhenger-saken der EU-domstolen fant at italienske lover som forbød å dra tilhengere etter mopeder var en restriksjon på varefriheten. Likevel ble restriksjonen kjent rettferdiggjort da det måtte tas hensyn til trafikksikkerheten. Noen nærmere detaljert og teknisk regulering ble ikke krevet av EU-domstolen da dette ville stride mot EUs generelle rettssikkerhetsgarantier

I et mer dagsaktuelt lys kan det vises til de mange ulike reguleringene i henhold til covid-19- pandemien. Særlig i Storbritannia har myndighetene møtt sterk kritikk for uklare og vage reguleringer som hyppig endres. Når reglene baseres på ord og uttrykk som etter sin natur er vage, samt følger en skala som myndighetene har tegnet som også er vagt, og innehar intet fast innhold, vil det være umulig for borgere å innrette seg deretter. Situasjonen forverret seg da en av Boris Johnsons politiske rådgivere, Dominic Cummings, klart hadde brutt reiserestriksjonene da han hadde reist over hele landet for å møte familie. Cummings ble forsvart av Johnson og resten av parlamentet på grunnlag av vage, og særdeles tynne forklaringer

**7. Bevisspørsmål**

EU-domstolen har uttalt (for eksempel i Caves Krier Freres) at det er den som stiller det aktuelle tiltaket som bærer byrden av å godtgjøre den. Det er her ikke tale om en vanlig rettslig bevisføring for retten, men heller å underbygge hypoteser. Prøvingsintensiteten vil avhenge av tiltakets karakter. Dersom restriksjonen går ut på tiltak med formål om å verne miljøet, vil prøvingsintensitetet være noe lavere ettersom dette er områder det ikke kan forventes at jurister har stor kunnskap om.