

Borgarting lagmannsrett
Postboks 8017 Dep.

0030 OSLO

Referanse: 39770/14120
Ansvarlig advokat: Kjell M. Brygfjeld

Stavanger, 23. april 2020

**ANKEERKLÆRING
TIL
NORGES HØYESTERETT**

Sak: 19-177184ASK-BORG/04

Ankende part: Nei til EU
Schweigaardsgt. 34 B, 0191 OSLO

Prosessfullmektig: Advokatene Bent Endresen og Kjell M. Brygfjeld
Advokatfirma Endresen Brygfjeld Torall AS
Postboks 155 Sentrum, 4001 Stavanger

Ankemotpart: Staten v/Utenriksdepartementet
Postboks 8001, 0030 OSLO

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten
v/regjeringsadvokat Fredrik Sejersted
Postboks 8012 Dep. 0030 OSLO

Rettslig medhjelpere: Regjeringsadvokaten
v/Torje Sunde

Regjeringsadvokaten
v/advokatfullmektig Lisa-Marie Moen Jünge

Saken gjelder: Anke over Borgarting lagmannsretts kjennelse av 18.03.2020

Innledning

(1)

Borgarting lagmannsrett avsa 18.03.2020 kjennelse i ovennevnte sak med følgende slutning:

1. Anken forkastes.

2. Sakskostnader tilkjennes ikke, hverken for ting- eller lagmannsretten.

(2)

Med dette erklæres det anke over kjennelsen idet det anføres at lagmannsretten har gjort feil i lovtolkningen og saksbehandlingen.

Sakens realiteter

(3)

I korte trekk gjelder saken overprøving av Oslo tingretts kjennelse om å avvise et søksmål fra organisasjonen Nei til EU mot Staten. Søksmålet er avvist på grunn av manglende rettslig interesse, jfr. tvl § 1-3.

(4)

Lagmannsretten har innledningsvis konkludert med at kravet mot staten er «abstrakt» og at Nei til EU ikke har rettslig interesse i få fremmet kravet for behandling i retten. Retten har likevel konkludert med at det etter omstendighetene er adgang til å prøve «abstrakte» grunnlovsspørsmål for retten så lenge det er snakk om alvorlige spørsmål av grunnleggende betydning for befolkningen.

(5)

Ved vurderingen av om tvistespørsmålet har grunnleggende betydning skal retten legge til grunn saksøkerens pretensjoner om dette spørsmål, og lagmannsretten har da konkludert med at søksmålet må avvises da retten mener at søksmålet mangler slik betydning. I denne sammenheng anføres det fra ankende part at uansett om lagmannsrettens lovtolkning er korrekt så kan vedtak generert fra ACER via EØS-avtalens overvåkingsorgan ESA og gjennomført av RME ha meget store samfunnsmessige effekter, jfr. den videre drøftelse nedenfor i avsnitt (27) følgende.

Anførsler om lovtolkningen

(6)

Når det gjelder lovtolkningen så anføres det at lagmannsretten har tatt feil når det gjelder forståelsen av tvl. § 1-3. I alle fall når det gjelder adgangen til å gjøre gyldigheten av en forskrift til tvistegenstand i et sivilt søksmål.

(7)

Det anføres i denne anledning at søksmålets innretning, både når det gjelder påstand og påstandsgrunnlag, ikke dreier seg om en direkte prøving av Stortingets vedtak om godkjenning av Energimarkedspakke III (heretter EIII), men en prøving av om et knippe forskrifter¹, gitt med hjemmel i Energiloven etter at den ble endret som følge av inkorporeringen av EIII, skal kjennes ugyldig.

(8)

Påstandsgrunnlaget er at hjemmelsgrunnlaget for forskriftene ikke strakk til siden lovendringen bygger på inkorporering av EU-generert lovgivning gjennom EØS-avtalens system. Denne lovgivningen er ikke gyldig gjennomført i norsk rett. Den EU-genererte lovgivning medfører så omfattende suverenitetsavståelse at gjennomføringen krever godkjenning av Stortinget etter Grl. § 115. Godkjenningen ble gitt i medhold av Grl. § 26.

(9)

Det er ikke uenighet mellom partene om at forskriftene medfører avståelse av suverenitet. Det avgjørende tvistepunkt i saken er altså karakteren og omfanget av den suverenitetsavståelse som forskriftene innebærer.

(11)

Det anføres at adgangen til å overprøve gyldigheten av forskrifter der det ultimate rettslige spørsmål er om Stortinget kunne samtykke til inkorporeringen av EIII i norsk rett, uten å gå veien om Grl. § 115, er videre enn det som lagmannsretten kommer fram til i vurderingen i kjennelsen på side 12-13.

(12)

Lagmannsrettens avvisning av muligheten for en «abstrakt» kontroll av suverenitetsavståelsen og insisteringen på at kontroll krever en «konkret» rettstvist, i denne sak vil det si et vedtak fra RME, tilsier i realiteten en avskjæring av enhver form for domstols-

¹ Forskrift FOR-2019-10-24-1434 om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen vedlegg IV nr. 47 (forordning (EF) nr. 713/2009 om opprettelse av et byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter), FOR-2019-10-24-1438, som gjennomfører el-forordningen (714/2009) og FOR-2019-10-24-1413, om netregulering og energimarkedet (NEM).

prøving så snart EUs tredje energimarkedspakke er trådt i kraft som en folkerettslig forpliktelse i EØS, og gjennomført i norsk rett. Dette har sammenheng med at det åpenbart vil bli anført at Stortingets kompetanse som lovgiver ikke berøres av tvisten, og at en domstolsavgjørelse ikke rokker ved den folkerettslige forpliktelse som er etablert gjennom samtykkevedtaket - og det påfølgende varsel til EU. Tvistes spørsmålet vil dermed være like «abstrakt» i tvistelovens forstand slik som det framstår i den aktuelle sak.

(13)

Det mindretallsvern mot myndighetsoverføring som Grl. § 115 etablerer vil dermed ikke ha et reelt innhold dersom brudd på bestemmelsen ikke får konsekvenser for den etterfølgende gjennomføringen av den omstridte myndighetsoverføringen.

(14)

Det betyr ikke at overprøvingen forutsetter at Nei til EU krever at den inkorporerte EU-lovgivning gjennom søksmålet settes til side som grunnlovsstridig (abstrakt normkontroll), men konsekvensen er at loven kan ikke fungere som hjemmelsgrunnlag for å gi vedtak truffet av Acer via overvåkningsorganet ESA og reguleringsmyndigheten RME rettsvirkninger i Norge. Dette må også gjelde for regjeringens vedtak av forskrifter med hjemmel i inkorporert lovgivning.

(15)

Ut over dette fastholdes de anførsler som er gjort gjeldende for lagmannsretten. Vi viser i den anledning til ankeerklæringen av 01.11.2019 samt vårt prosesskriv av 31.01.2020. En sentral anførsel i den anledning er de utfordringer for lovgivningsprosessen som inkorporering av EU-generert regelverk, og for så vidt også internasjonalisering generelt, stiller hele det norske samfunnet, dvs. parlamentarikerne, forvaltning og administrasjon og ikke minst sivilsamfunnet,

(16)

Som anført har Norges tilslutning til EUs indre marked gjennom EØS-avtalen skapt en ny rettslig situasjon gjennom den betydelige import av lovgivning gjennom EØS-avtalens mekanisme. Implementering skjer ved at den partssammensatte EØS-komiteen legger grunnlaget for gjennomføringen. Dette foregår i en dialog mellom EFTA-landene og EU der både relevansen og gjennomføringsmåten blir en del av den beslutning som senere danner grunnlaget for nødvendige samtykker og lovvedtak, nettopp slik som i ACER-saken. Det har vært et betydelige antall grensetilfeller om avståelse av suverenitet i forbindelse med slike gjennomføringer. Disse har regelmessig blitt forelagt Justisdepartementets lovavdeling og vitner om at det er en utfordring å håndtere denne nye situasjonen innenfor en tradisjonell oppfatning om forholdet mellom Stortinget og domstolene.

(17)

Først og fremst har dette sammenheng med at EU-regelverk gjennomføres i norsk rett med en mye mer begrenset forberedelse og gjennomarbeidelse enn den tradisjonelle lovgivning som genereres nasjonalt. I tillegg skjer gjennomføring av EU-rett ofte innenfor rammene av den politiske konflikt det er i samfunnet om hvilken innflytelse EU skal ha på samfunnsutviklingen i Norge. I en slik konflikt kan den politiske viljen til gjennomføring av EU-retten fort overstige en presis forståelse av Grunnlovens rammer, materielt og prosessuelt.

(18)

I en slik sammenheng er det lite tilfredsstillende at spørsmålet om grensene for hva som er inngripende og «lite inngripende» suverenitetsavståelse utelukkende avgjøres av Justisdepartementets Lovavdeling, uten å kunne gjøres til gjenstand for overprøving i rettssystemet.

(19)

I tilslutning til den gjennomgang som det under saksforberedelsen for Borgarting ble vist til om utviklingen av konseptet «rettslig interesse» i sivilprosessen i land som det er naturlig å sammenlikne Norge med, vises det i tillegg til en avgjørelse fra den tyske Bundesverfassungsgericht av 13.02.2020 (BvR 739/17) som i en pressemelding på engelsk er beskrevet slik:

An act of approval to an international treaty that is supplementary to or otherwise closely tied to the European Union's integration agenda (Integrationsprogramm) must be measured against Art. 23(1) of the Basic Law (Grundgesetz – GG). Insofar as such an act amends or supplements the Basic Law in substantive terms, or makes such amendments or supplements possible, it requires a two-thirds majority in the legislative bodies pursuant to Art. 23(1) third sentence in conjunction with Art. 79(2) GG. An obligation under international law, assumed in violation of these requirements, that exposes German citizens to the influence of a supranational public authority, violates their right equivalent to a fundamental right derived from Art. 38(1) first sentence and Art. 20(1) and (2) in conjunction with Art. 79(3) GG. In order to safeguard their rights to influence the process of European integration, citizens, in principle, can also claim that sovereign powers be conferred only in the ways provided for by the Basic Law in Art. 23(1) second and third sentence in conjunction with, Art. 79(2) GG (review of the formal aspects of conferral – formelle Übertragungskontrolle). This is because competences conferred on another entity under international law are usually “lost” and cannot easily be regained by the legislator. However, without an effective conferral of sovereign powers, each subsequent measure issued by the EU or a supranational organization would lack democratic legitimation. Furthermore, the substantive limits to the

conferral of sovereign powers that follow from Art. 79(3) GG must always be adhered to. (Vår utheving.)

(20)

Som det framgår av sammendraget inneholder denne avgjørelsen flere av de elementer som er omtvistet i den aktuelle sak, men avgjørelsen er først og fremst relevant ved at en tysk borger fikk medhold i å ha rettslig interesse i å få overprøvd spørsmålet om suverenitetsavståelsen var besluttet i samsvar med kravene i den tyske grunnlov. Et sentralt element er at søksmålet endog ble tillatt fremmet ved landets *konstitusjonsdomstol* og ikke ved de ordinære domstoler. I forhold til de problemstillinger som er gjennomgått ovenfor, og som reiser problemet med prøving av beslutninger som har medført folkerettslig binding hadde myndighetene utsatt gjennomføringen inntil grunnlovsspørsmålet var avklart.

(21)

For det annet så anføres det at lagmannsretten har lagt til grunn en for snever adgang til «abstrakt» grunnlovsprøving innenfor rammene av tvl. § 1-3, jfr. første hele avsnitt på side 16 i kjennelsen.

(22)

Utgangspunktet er at den utvidelse av søksmålsadgangen som det ble lagt opp til ved innføringen av ny prosesslov i sivile saker var ment å gjelde situasjoner der det var spørsmål av grunnleggende betydning for befolkningen eller *grupper av befolkningen*, se sitatet i kjennelsen fra første hovedavsnitt på side 14.

(23)

Lagmannsretten konkluderer likevel med at det å tillate søksmål av denne karakter krever at det «..., *må være tale om et spørsmål av grunnleggende betydning, som er inn- gripende på en rekke allmenne og vesentlige livsområder, for befolkning i alminnelighet, og hvor en abstrakt prøving er den eneste reelle eller praktiske mulighet for å få spørsmålet prøvd.*»

(24)

Nei til EU anfører dermed at lagmannsretten på dette punkt har lagt en altfor høy terskel til grunn for forståelsen av tvl. § 1-3 for å tillate et søksmål av denne karakter. Dette gjelder kravet til at effekten må gjelde befolkningen i alminnelighet, at effekten må ramme på en rekke allmenne og vesentlige livsområder, og at «abstrakt» prøving er den eneste reelle og praktiske mulighet for en overprøving.

(25)

Disse kumulative vilkår ville for alle praktiske formål gjøre det umulig å få reist søksmål av den karakter som forarbeidene peker på.

Saksbehandlingen

(26)

Subsidiært anføres det at kjennelsen har mangelfulle grunner.

(27)

Premissene i kjennelsen gir uansett ikke tilstrekkelig grunnlag for å vurdere hvilken betydning suverenitetsavståelsen har «for befolkningen i sin alminnelighet».

(28)

Lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at vurderingen må bygge på saksøkers pretensjoner når det gjelder grunnlaget for søksmålet, men fullt ut prøve pretensjonen når det gjelder søksmålsbetingelsene. Avgjørende i denne sammenheng er en vurdering av hvilken effekt suverenitetsavståelsen kan få, slik retten har formulert det, for befolkningen i alminnelighet.²

(29)

Ved vurderingen av effekten har lagmannsretten unnlatt å vurdere hvilken betydning vedtak fra reguleringsmyndigheten (heretter RME) kan få. Analyser av situasjonen medfører at selv mindre økninger av prisen på elektrisk kraft kan få ødeleggende virkning for en rekke industrivirksomheter som har basert sin virksomhet på rimelig tilgang på elektrisk kraft, dvs. i første rekke prosessindustri. Dette er virksomheter som ligger på mindre steder i det som ofte beskrives som «utkantnorge». Det er gjerne ensidige industristeder der virksomheten representerer en «hjørnestein» i stedets livsgrunnlag, eksempelvis Sauda, Odda, Høyanger, Sunndalsøra, Mosjøen osv. I den anledning vises det til

Bilag 1: Rapport nr 1:2019 - EUs energiunion, strømprisene og industrien (De Facto 2019)

Det vises særlig til rapportens kapittel 8.

(30)

I tillegg er det slik at RME sin kompetanse nettopp ligger i at myndighetsoverføringen gjelder *utøvende myndighet* der det sentrale element er at de øvrige norske myndigheter ikke kan overprøve RME sine vedtak eller instruere RME i sin myndighetsutøvelse. Reelt sett er dermed myndighetsutøvelsen overlatt til EU sitt energibyrå ACER som via sitt overvåkingsorgan ESA skal utforme vedtak RME effektuerer.

² Dersom Nei til EU får medhold i sin innsigelse mot lagmannsrettens lovtolkning om at det er tilstrekkelig at effekten bare rammer grupper i befolkningen blir lagmannsrettens kjennelse ytterligere mangelfull.

(31)

Det er riktig at RME sin myndighetsutøvelse er rettet til et begrenset antall samfunnsaktører, men realitetene er likevel at virksomheten til denne/disse samfunnsaktør(er), f.eks. Statnett, berører alle brukere av elektrisk kraft i hele landet. Statnett koordinerer hele det norske kraftsystemet, bygger og driver det nasjonale transportnettet for elektrisk kraft og bygger og driver de kabler som utveksler elektrisitet mellom Norge, UK og land i EU (mellomlandsforbindelser).

(32)

Det er nettopp aktiviteten til disse mellomlandsforbindelser som er gjenstand for ACERs kompetanse, og sammenhengen med effekten av vedtak for «allmennheten» er at vedtak som angår mellomlandsforbindelsene kan få betydning for priser m.v. i det innenlandske kraftmarkedet. De tiltak Statnett blir pålagt av ACER, via RME, vil få betydning for alle som får sin strøm via Statnett. Som beskrevet kan konsekvensene være av stor samfunnsmessig betydning.

Avslutning og påstand

Det legges til grunn at saken er tilstrekkelig opplyst til at Høyesterett kan treffe en realitetsavgjørelse.

Med forbehold om ytterligere anførsler og bevis legges det ned slik

påstand:

Prinsipalt:

1

Saken fremmes

Subsidiært:

1

Borgarting lagmannsretts kjennelse oppheves.

Under begge omstendigheter:

2

Staten v/Utenriksdepartementet plikter å erstatte Nei til EU deres sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.

Advokatfirma Endresen Brygfjeld Torall AS

Kjell M. Brygfjeld
Advokat (H) MNA

Bent Endresen
Advokat (H) MNA

Ankeerklæringen legges inn i Aktørportalen.