

Borgarting lagmannsrett

Stavanger 17. januar 2020

Referanse: 39331/13906

Ansvarlig advokat: Kjell M. Brygfjeld. E-post: kmb@ebtas.no

PROSESSKRIV

TIL

BORGARTING LAGMANSRETT

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 Junge

Vi viser til lagmannsrettens skriv av 16. fm., samt til sakens dokumenter, herunder anke og anketilsvar.

I

Kritikken over tingrettens kjennelse opprettholdes. Det er ikke og vil ikke bli nedlagt påstand om at kjennelsen oppheves. Men kritikken av tingrettens manglende drøfting av partenes anførsler opprettholdes.

II

Den ankende part er ikke enig i statens vurdering av "de danske dommer". Poenget er at dansk rett tillater søksmål mot statens tilslutning til overstatlige ordninger hvor den danske stat må avgi suverenitet. Det fastholdes at dette ikke er «unntak» fra kravet til rettslig interesse slik Regjeringsadvokaten hevder, men ligger innenfor.

I "Irak-dommen"¹ ble søksmålet avvist. Dette i motsetning til de øvrige dommer knyttet til EUs traktater og suverenitetsavståelse. Saken var brakt inn for retten med den prinsipale påstand at beslutningen om å sende styrker til Irak under amerikansk ledelse stredd mot Grundloven.

Det er appellanternes opfattelse, at der er sket en uddelegering af forsvarschefens kommando over de udsendte styrker til den udenlandske chef for den samlede operation, at dette har indebåret en suverænitets- afgivelse, og at det er sket i strid med grundloven. (statens juridiske utdrag s. 465)

Til dette sier Høyesteret bl.a.:

Heroverfor står imidlertid, at der er tale om en beslutning på det udenrigspolitiske område, hvor regeringen i grundloven er tillagt den umiddelbare kompetence til at handle på rigets vegne.

Og videre:

Høyesteret bemærker endvidere, at der ikke er nogen særlig uklarhed om, at der ikke foreligger overladelse af beføjelser i grundlovens forstand ved udsendelse af danske militære styrker til deltagelse i internationale operationer under ledelse af en chef fra et andet land, når sådan udsendelse sker til anvendelse i overensstemmelse med et her i landet vedtaget mandat og under dansk kommando til sikring heraf, således at det alene er den operative kontrol inden for disse rammer, der er delegeret til en udenlandsk chef, jf. herved § 12, stk. 1, i lov nr. 122 af 27. februar 2001 om forsvarets formål, opgaver og organisation mv.

Dommen framstår på denne bakgrunn som en materiell avgjørelse av grunnlovsspørsmålet. De ankende parter ble da heller ikke idømt saksomkostninger. Forholdet til "Maastricht-dommen" blir av Høyesteret avgjort ved det første sitat over fra rettens drøfting.

¹ Statens juridiske utdrag s. 463 flg

I den etterfølgende sak om "Lissabon-traktaten" sier Høyesteret²:

Appellanternes realitetspåstand under hovedsagen er, at statsministeren og utenrigsministeren skal anerkende, at endringsloven om Danmarks tiltrædelse af Lissabon-traktaten er vedtaget i strid med grundlovens § 20, idet den foreskrevne procedure efter denne bestemmelse ikke har været fulgt.

Og videre:

Det følger af Højesterets dom i Maastricht-sagen, at ikke enhver uoverensstemmelse om ændring i forholdet mellem Danmark og EU kan begrunde, at alle borgere uden videre har ret til at få prøvet grundlovmæssigheden af ændringen. Men de kan have det, hvis der foreligger en uoverensstemmelse angående forhold, der må anses for at være af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed.

[...]Parterne er således uenige om betydningen i forhold til grundlovens § 20 af de ændringer i EU-institutionernes kompetence- og afstemnings-regler, der følger af Lissabon-traktaten. [...] På grund af tvistens generelle og indgribende betydning har appellanterne en væsentlig interesse i at få deres påstand prøvet. At betinge adgangen til domstolsprøvelse af, at der efter de nye traktatbestemmelser er udstedt retsakter, som konkret og aktuelt berører appellanternes forhold, ville ikke sikre et bedre grundlag for prøvelsen af tvisten (Vår utv.).

Høyesteret tillot søksmålet fremmet. Sitatet viser endog at det teoretiske skillet mellom «abstrakt» og «konkret» rettsforhold som en del av søksmålsbetingelsen viskes ut på dette området.

III

I denne sammenheng viser vi også til klimasøksmålet fra Natur og Ungdom som står for lagmannsretten. Dette er jo også "abstrakt" slik staten pretenderer i vår sak. Lisensene til boring er utdelt, og da lisenshaverne ikke er saksøkt blir søksmålet "abstrakt" etter statens mal. Søksmålet er uten rettslig betydning for noen av partene, det har kun betydning for forståelsen av Grunnloven.

IV

I denne sammenheng viser ankende part videre til dom i nederlandsk høyesterett (Hoge Raad) som 20. desember avsa dom for at den nederlandske stat må redusere CO2 utslippene i 2020 med minst 25%.

Fra Hoge Raad's egen pressemelding³:

Hoge Raad, 20 december 2019

The court order for the Dutch State to reduce Dutch greenhouse gas emissions by 25% by the end of 2020 remains in force. That is what the Supreme Court ruled today.

² Samme sted s. 480

³ <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2006>

A major cause of rapid global warming is the emission of carbon dioxide and other greenhouse gases into the atmosphere. This is a source of great danger to life on earth. Both the Urgenda Foundation and the Dutch State are of the opinion that greenhouse gas emissions should be reduced quickly, and ultimately be discontinued almost completely, but they disagree on the speed at which this is supposed to happen. The Dutch State has a EU target for 2020 of a 20% reduction compared to 1990 levels. Urgenda, on the other hand, believes that, given the serious risks of climate change, the Dutch State's target is not sufficient. Urgenda demands a reduction in Dutch emissions by at least 25% in 2020 compared to 1990 levels.

The The Hague District Court agreed with Urgenda. It ordered the Dutch State in 2015 to reduce Dutch greenhouse gas emissions by 25% by the end of 2020. This order was confirmed by the The Hague Court of Appeal in 2018. Today, the Supreme Court rejected the Dutch State's cassation appeal against this decision.

The Supreme Court based its judgment on the UN Climate Convention and on the Dutch State's legal duties to protect the life and well-being of citizens in the Netherlands, which obligations are laid down in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the ECHR). There is a large degree of consensus in the scientific and international community on the urgent need for developed countries to reduce greenhouse gas emissions by at least 25% by the end of 2020. The Dutch State has not explained why a lower reduction would be justified and could still lead, on time, to the final target accepted by the Dutch State.

The Dutch State has argued that it is up to politicians to decide on the reduction of greenhouse gas emissions. According to the Supreme Court, however, the Dutch Constitution requires the Dutch courts to apply the provisions of the ECHR. This role of the courts to offer legal protection is an essential element of a democracy under the rule of law. The courts are responsible for guarding the limits of the law. That is what the Court of Appeal has done in this case, according to the Supreme Court.

Therefore, the Supreme Court ruled that the Court of Appeal was allowed and could decide that the Dutch State is obliged to achieve the 25% reduction by the end of 2020, on account of the risk of dangerous climate change that could also have a serious impact on the rights to life and well-being of residents of the Netherlands.⁴ (vår understrekning)

Saken reiser problemstillinger relevant for vår sak. Riktignok ble den nederlandske dom avgjort etter EMK art 2 og 8 som er gjort til intern rett, men spørsmålet om forholdet mellom politikk og jus, mellom nasjonalforsamlingens autonomi og domstolenes kontroll med lover, gir parallelle problemstillinger. *Trias politica* ble understreket av staten for å avvise Urgendas krav.

Som i vår sak søkte staten å få avvist søksmålet med at Urgenda ikke var i posisjon til å kreve dom for sitt krav, dvs. ikke hadde tilstrekkelig egen personlig interesse i kravet. Dette fikk staten ikke medhold i av byrett eller appellretten. Og heller ikke i Hoge Raad.

⁴ <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Nieuws/Paginas/Dutch-State-to-reduce-greenhouse-gas-emissions-by-25-by-the-end-of-2020.aspx>

V

Ankende part pretendere at det ligger i organisasjonens og samfunnets behov å få avklart lovligheten av tilslutningen til EUs tredje energipakke nå. Det er urimelig og uheldig å henvises til å måtte vente til skaden er skjedd for å få fremmet sitt søksmål.

Ankende part viser her videre til Altakjennelsen (Rt-1980-569). Spørsmålet gjaldt om Naturvernforbundet kunne reise sak mot et regjeringsvedtak. Her ligger problemstillingen nær vår:

Ordene «rettslig interesse» gir ikke noen presis avgrensning av det som kreves for at en saksøker skal ha adgang til å reise søksmål. Særlig kan det bero på en skjønnsmessig vurdering om en interesse kan sies å være «rettslig». I et videre kjæremål er det etter tvistemålslovens § 404 nr. 3 bare «tolkningen av en lovforskrift» som kan prøves, ikke om en lovbestemmelse – her tvistemålslovens § 54 – i det konkrete tilfelle er riktig anvendt. Men når det gjelder spørsmålet om hvorvidt en saksøker har «rettslig interesse» av å reise søksmål, kan det etter omstendighetene bli en flytende overgang mellom generell lovtolkning og konkret anvendelse av lovbestemmelsen.

[..]

Selv om et reguleringsvedtak berører naturverninteresser, kan en interesseorganisasjon som Norges Naturvernforbund ikke reise søksmål med påstand om å få vedtaket underkjent eller endret av den grunn at forbundet er uenig i vedtaket. Det må som nevnt være et rettskrav som gjøres gjeldende, og det er ikke tilstrekkelig å anføre at myndighetene ut fra hensynet til naturvernet burde ha truffet en annen avgjørelse eller fastsatt andre konsesjonsvilkår eller reguleringsbestemmelser. [...]

Derimot må Norges Naturvernforbund kunne opptre som saksøker dersom forbundet gjør gjeldende at et reguleringsvedtak må kjennes ugyldig fordi det foreligger brudd på saksbehandlingsregler eller andre rettsregler som har betydning i forhold til naturverninteresser.

Ved avgjørelsen av om søksmålet skal tas under behandling eller avvises, må Naturvernforbundets pretensjoner om slike brudd på saksbehandlingsregler eller andre rettsregler legges til grunn. På dette punkt er jeg enig med lagmannsretten. Jeg kan ikke gi staten medhold i at lagmannsretten her har tolket tvistemålslovens § 54 uriktig, eller at begrunnelsen er utilstrekkelig. (s.575)

Ankende part har tilstrekkelig rettslig interesse i søksmålet.

VI

Saken er videre høyst aktuell. Energimarkedspakke 3 (EIII) er et omfattende regelverk, og det foreligger betydelig uenighet eller usikkerhet rundt det konkrete omfanget av myndighetsoverføring som følge av EØS-komiteens vedtak om innlemmelse i EØS-avtalen.

Et omstridt spørsmål er i hvor stor grad EU-regelverket hindrer eller begrenser adgangen til å disponere flaskehalsinntekter til å redusere nettleien for norske forbrukere. Flaskehalsinntekter oppstår når strøm blir solgt mellom forskjellige prissoner, blant annet gjennom utenlandsforbindelsene. Det kan dreie seg om milliardbeløp. Hittil er alle flaskehalsinntekter brukt til å redusere nettleien.

Forordning (EU) 714/2009 om grensekryssende krafthandel, som er en del EIII, utelukker eksplisitt at flaskehalsinntektene i sin helhet kan inngå som reduksjon i tariffgrunnlaget og dermed nettleien. Til slike formål kan inntektene bare brukes helt unntaksvis, og under ingen omstendigheter i sin helhet, jf forordningens art. 16.6. Det er RME som skal kontrollere og fastsette disponeringen av flaskehalsinntektene.

I et svar til stortingsrepresentant Bjørnar Moxnes datert 8. mai 2019 skriver daværende olje- og energiminister Kjell-Børge Freiberg: "Utenlandsforbindelsene genererer samtidig flaskehalsinntekter som i sin helhet inngår som reduksjon i tariffgrunnlaget for transmisjonsnettet." (Spørsmål nr. 1549 til skriftlig besvarelse – vedr nettleie i perioden 2006–2018, <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/dokumentserien/2018-2019/dok15-201819-1549-vedlegg.pdf>)

Departementet har siden gjentatt at man mener dette er riktig forståelse av regelverket (se oppslag ABC Nyheter 22.11.19). Til tross for at ordlyden i el-forordningen sier det motsatte. Det er ingenting i EØS-tilpasningsteksten som gir åpning for EFTA-statene og RME til å fravike el-forordningen på dette punkt. Verken departementet eller NVE har rett til å instruere eller påvirke RME (el-direktivet 2009/72 art 35.4), som strengt skal forholde seg til EUs regelverk. El-forordningen (714/2009) slår utvetydig fast at flaskehalsinntektene bare unntaksvis kan benyttes til annet enn utbygging og vedlikehold av nettet (artikkel 16.6). I slike unntakstilfeller kan RME godkjenne at deler av inntektene kan brukes til å redusere nettleien, men ikke under noen omstendigheter hele beløpet. Resten skal avsettes på et midlertidig separat utbyggingsfond.

RME har overfor ABC Nyheter bekreftet at dette ikke er noe nasjonale instanser kan bestemme fritt. Seksjonssjef Tore Langset i RME sier i et oppslag 02.12.19: «Statnett står imidlertid ikke fritt til å avgjøre hvordan flaskehalsinntektene skal brukes. RME skal vurdere om Statnett har oppfylt kravene i direktivet og må formelt fastsette hvor mye av flaskehalsinntektene som kan brukes til å redusere tariffene».

Den suverenitetsavståelse som vil skje gjennom EIII er omfattende. Energipolitikken er en hjørnestein i Norge. Når kjerneområder i energipolitikken overlates til EU, er suverenitetsavståelsen vesentlig på et område som berører hele samfunnet på grunnleggende måte.

Like lite som Naturvernforbundet i Altasaken kan Nei til EU vente til inngrepet er igangsatt eller gjennomført før søksmål reises.

Norsk tilslutning til EUs EIII er verken abstrakt, eller uaktuell, men tvert om et helt konkret forhold av betydning for befolkningen, og godt innenfor Nei til EUs saksområde.

VII

EIII er fra 01.11.2019 i det alt vesentligste gjennomført i norsk rett gjennom loven- dringer og i forskriftsverk. Dette innebærer at søksmålets opprinnelige påstand ikke lenger er relevant. All den tid kjernen i suverenitetsavståelsen gjelder avgivelsen av myndighet til energibyrået ACER gjennom forskrift vurderer Nei til EU det som kor- rekt å endre innretningen på søksmålet i samsvar med dette til å bestride gyldigheten av forskrift.

Nei til EU pretenderer at et søksmål om gyldigheten av denne forskriften er av en slik karakter og har slik samfunnsmessig betydning at vilkårene i søksmålsbetingelsene er tilstede. Vi viser i den anledning til forarbeidene som eksplisitt åpner for at det ligger innenfor rammene av tvl. § 1-3 å innlede søksmål om gyldigheten av forskrifter.

NAV-skandalen har på sin måte illustrert og dokumentert behovet for at domstolene fører kontroll med at gjennomføring av EU-generert lovgivning i norsk rett gjennom EØS-avtalen skjer på korrekt vis.⁵

Problemstillingen, riktignok vinklet i forhold til Stortingets behandling av slik gjen- nomføring er blant annet kommentert slik på lederplass i Nationen 11.01.2020:

Denne uka gjennomførte Stortingets kontrollkomité en åpen høring om Nav-skandalen, der kjernen er at 75 borgere urettmessig og feilaktig er straffet av staten fordi norske myndigheter ikke har lagt EØS-regelverket til grunn. EØS-regelverket har forrang framfor nasjonal rett. Det store spørsmålet er hvordan skandalen kunne utspille seg i rettsstaten Norge.

Svaret er selvsagt sammensatt, men Advokatforeningens Merete Smith og Marius Os- car Dietrichson, pekte under høringen på et avgjørende forhold:

Den nasjonale trygderetten utformes jo på "gammelt, demokratisk vis" gjennom be- handling og lovvedtak i Stortinget. EØS-regelverket, som altså har forrang, implemen- teres hovedsakelig gjennom forskrifter, og kun unntaksvis gjennom lovendringer.

I vårt rettssystem skal som kjent forskrifter ha hjemmel i norsk lov, og de skal være i tråd med loven og lovens formål, som blant annet kommer til uttrykk i lovens forarbei- der. Slik kjenner norske myndigheter norsk lov. På denne bakgrunnen blir EØS-for- skriftene en "gjøkunge" i norsk rett.

Nav-skandalen er et skremmende eksempel på at norske myndigheter ikke klarer å for- holde seg til denne "rettslige EØS-gjøkungen" – mer enn 25 år etter at EØS trådte i

⁵ Om framgangsmåten for slik gjennomføring viser vi til anken der dette gjennomgås.

kraft. Vi har fasiten på hvor galt det gikk i Nav. En rekke mennesker er urettmessig dømt – og påført alvorlige byrder de skulle vært spart for.

Mange, deriblant ansvarlig statsråd og Nav-ledelsen, har et konkret ansvar for skandalen. Samtidig er det ikke til å komme fra at uten EØS, så hadde vi heller ikke hatt Nav-skandale.

Advokatforeningen anbefaler Stortinget å behandle implementeringen av EØS på "gammelt, demokratisk vis": EU-regelverket som blir norsk lov via EØS, må behandles grundigere i Stortinget og nedfelles i norsk lov. Slik blir EØS-regelverket tydeligere, og offentligheten og norske myndigheter får forarbeider å forholde seg til.

Samtidig er det viktig å merke seg vesensforskjellen mellom nasjonal rett og EØS-rett: Stortinget står ikke fritt til å utarbeide sine egne forarbeider til EØS-reglene. EU bestemmer EØS-regelverket.

Kloke av NAV-skandale-skade, bør nå et samlet storting ta ansvar. Nytt EØS-regelverk må behandles i tråd med Advokatforeningens anbefalinger. Det vil forhåpentligvis forebygge nye skandaler.

En grundig og ansvarlig behandling av EØS-regelverket i Stortinget, vil også i langt større grad anskueliggjøre hva – og hvor mye – "gjøkungen EØS" betyr for nasjonal styring og vårt hjemlige demokrati. Og føre til en mer opplyst debatt om "handlingsrommet" i EØS.

Oppfordringen til kontroll og oppfølging er naturligvis like relevant og nødvendig når det gjelder domstolenes kontroll av gjennomføringen av slikt regelverk i norsk rett, og i særlig grad vil dette gjelde på områder der gjennomføringen i norsk rett er kontroversiell og politisk omstridt slik som situasjonen er med energimarkedspakkene som introduseres i norsk rett gjennom EØS-avtalen.

Det er altså svært sterke reelle hensyn som begrunner at Nei til EUs søksmål skal fremmes til behandling.

Ettersom det er Olje- og energidepartementet som har utstedt forskriften vil formentlig rette saksøkte måtte endres til Staten v/Olje- og energidepartementet, men denne problemstilling oppfordres regjeringsadvokaten til å avklare.

Med forbehold vil dermed påstanden i hovedsøksmålet lyde:

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) kjennes ugyldig.

