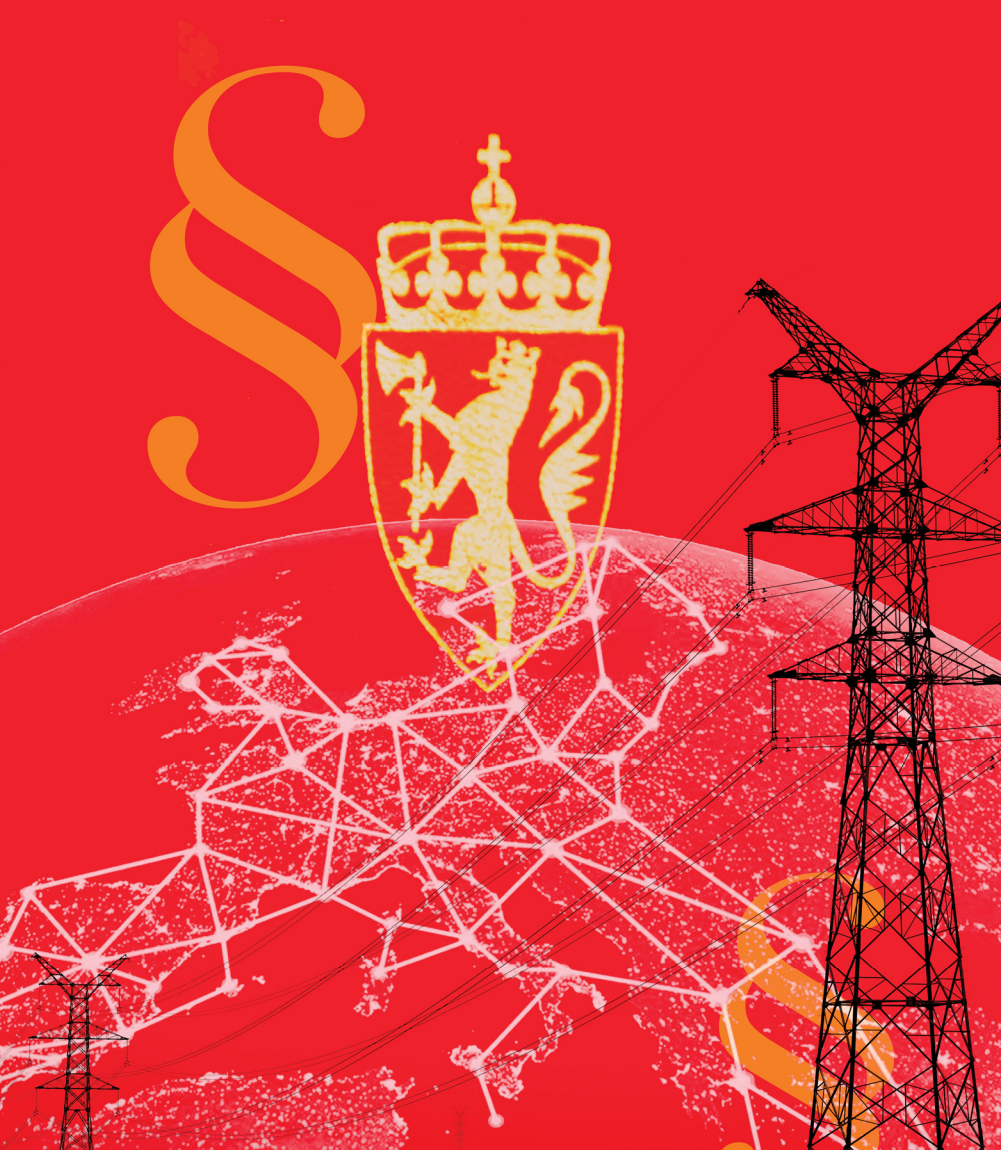


Hans Petter Graver

Grunnlovens § 115 og ACER-saken



Grunnlovens § 115 og (særlig) ACER-saken

Betenkning avgitt til Nei til EU

Av Hans Petter Graver, professor dr. juris Universitetet i Oslo

Innhold

Oppdraget	3
Problemets karakter	4
Vurdering av grunnlovsspørsmålene	
i behandlingen av saken	7
Traktatkompetansen i Grunnloven	9
Læren om «lite inngripende myndighetsoverføring»	14
Er myndighetsoverføringen i ACER-vedtaket 22/3	
«lite inngripende»?	32
Har ACER-vedtaket 22/3 kun virkninger som er rent	
folkerettslig forpliktelse?	38
Betydningen av den forvaltningspolitiske utviklingen	
av EØS-samarbeidet	42
Oppsummering	50

Grunnlovens § 115 og (særlig) ACER-saken

Betenkningen ble avgitt i september 2018

Utgitt av Nei til EU i november 2018

Spesialutgave av skriftserien Vett

ISSN: 1505-537374

ISBN: 978-82-91-02658-9

Forside: Eivind Formoe

Trykkansvarlig: Porteføljeforvaltning Norge AS

Oppdraget

Jeg viser til korrespondanse med advokat Kjell Brygfeldt og med Morten Harper i Nei til EU om å skrive en betenkning rundt Grunnlovens § 115 og (særlig) ACER-saken. Jeg er bedt om å gi en vurdering av disse problemstillingene:

- 1) Er læren om «lite inngripende myndighetsoverføring» med anført hjemmel i Grunnlovens § 26 «sikker konstitusjonell praksis»? Hvis jeg konkluderer med at lite inngripende er sikker praksis, så er det særlig interessant med en drøfting omkring når denne er blitt etablert, mer konkret: har dette skjedd gjennom behandlingen av EØS-relaterte saker?
- 2) Er myndighetsoverføringen i ACER-vedtaket 22/3 «lite inngripende»? (Formelt til overvåkingsorganet ESA, men hele konstruksjonen ACER-ESA-RME må vurderes.)
- 3) Har ACER-vedtaket 22/3 kun virkninger som er rent folkerettslig forpliktende, i tråd med unntaket i Grunnlovens § 115 andre ledd?

De særlige konstitusjonelle spørsmål som jeg er bedt om å vurdere knytter seg til det forhold at energisamarbeidets forvaltningsorgan på EU-nivå, ACER, har fått kompetanse til å koordinere de nasjonale reguleringsmyndighetene og til å stille krav til disse gjennom å treffe bindende vedtak. Slik sett er problemstilling en del av den større problemstillingen om tilknytning til EUs byråer. Jeg kommer inn på dette som en fjerde problemstilling i avslutningen av betenkningen.

Problemetets karakter

EUs byrå for samarbeidet mellom energireguleringsmyndigheter (ACER) ble lansert i 2011 og har sitt hovedkontor i Ljubljana i Slovenia. Det ble opprettet med den såkalte tredje energimarkedspakke. ACER er en uavhengig europeisk struktur som skal fremme samarbeid mellom de europeiske reguleringsmyndighetene. Innenfor rammene av EUs energipolitiske mål skal ACER sikre markedsintegrasjon og harmonisering av regelgrunnlaget. Byrådet har både egne ansatte og eksperter som er utstasjonert av de nasjonale regulerende myndighetene. Administrativt og budsjettmessig står det under tilsyn av EUs institusjoner. Byrådet ledes av en direktør, men de overordnede faglige beslutningene treffes av et styre med en representant fra hver av de nasjonale reguleringsmyndighetene og en representant for kommisjonen. Vedtak treffes med to-tredjedels flertall av de medlemmene som er til stede. EFTA-landene deltar etter EØS-tilpasningen fullt ut i ACERs arbeid og organer, men uten stemmerett.

ACERs vedtaksmyndighet omtales slik i Prop. 4 S (2017–2018) punkt 4.7:

Etter forordning (EF) 713/2009 kan ACER på nærmere vilkår fatte bindende vedtak, jf. artiklene 7, 8 og 9. I artikkel 9 er det krysshenvisning til to tilsvarende bestemmelser i direktiv 2009/73/EF (tredje gassmarkedsdirektiv) og forordning (EF) 714/2009 (om grensekryssende krafthandel), som også gir ACER vedtakskompetanse. Byrådet har vedtaksmyndighet på visse saksområder som involverer flere regulatorer.

Vedtaksmyndigheten omfatter tekniske spørsmål i den grad dette er hjemlet i direktiver og forordninger i energimarkedspakken, jf. artikkel 7. Videre omfattes regulatoriske forhold som faller innenfor kompetansen til nasjonale reguleringsmyndigheter, dersom disse ikke er kommet til enighet innen en frist på seks måneder eller dersom de i fellesskap ber om det. De regulatoriske forholdene kan omfatte vilkår og betingelser for tilgang til, eller operasjonell sikkerhet ved,

grensekryssende infrastruktur, jf. artikkel 8. Etter artikkel 9 har ACER vedtaksmyndighet dersom reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet innen seks måneder, eller i fellesskap ber om det, når det gjelder deres behandling av søknad om visse unntak for nye utenlandsforbindelser etter forordningen om grensekryssende krafthandel og etter gassmarkedsdirektivet.¹

I EØS-tilpasningen er ACERs vedtaksmyndighet lagt til EFTAs Overvåkningsorgan (ESA). ESAs beslutningsmyndighet er en EØS-tilpasning som trer i stedet for ACERs bindende beslutninger etter ACER forordningen. EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 artikkel 1 nr. 5 bokstav d i) fastslår at bestemmelser om bindende beslutninger fra ACER etter ACER-forordningen artikkel 7 til 9 skal tilpasses slik:

I saker som involverer en eller flere EFTA-stater, skal EFTAs overvåkingsorgan gjøre et vedtak rettet til nasjonale reguleringsmyndigheter i den berørte EFTA-staten/de berørte EFTA-statene.

EFTAs overvåkingsorgan treffer således i disse tilfellene en bindende instruks for de nasjonale reguleringsmyndighetene, som må legge denne til grunn for sin virksomhet og sine vedtak

Direktivene stiller også krav til de nasjonale reguleringsmyndighetene om uavhengighet. Lovavdelingen omtaler dette kravet slik i sin uttalelse fra mars 2018:

De aktuelle reglene i de to direktivene er i all hovedsak sammenfallende, og det tas i det følgende utgangspunkt i tredje elmarkedsdirektiv. Etter direktivet artikkel 35 nr. 1 skal hver medlemsstat utpeke en nasjonal reguleringsmyndighet på nasjonalt plan. Etter artikkel 35 nr. 4 skal medlemsstatene sikre reguleringsmyndighetens uavhengighet og at den utøver sin myndighet på en upartisk og åpen måte. For å

¹ Prop. 4 S (2017–2018) s. 26.

ivareta disse hensynene oppstiller bestemmelsen krav om at reguleringsmyndigheten er juridisk atskilt og funksjonelt uavhengig av ethvert annet offentlig eller privat foretak («entity»), at ansatte og personer som har ledelsesansvar opptrer uavhengig av enhver markedsinteresse, og ikke søker eller mottar direkte instruks fra noen regjering eller noe offentlig eller privat organ i utførelsen av sine reguleringsoppgaver. Dette kravet er ikke til hinder for et nært samarbeid med andre relevante nasjonale myndigheter der det er aktuelt, eller for generelle politiske retningslinjer utstedt av en regjering og som ikke vedrører reguleringsmyndighetens myndighet og oppgaver i henhold til artikkel 37.

Dette innebærer at den nasjonale reguleringsmyndigheten ikke kan inngå i det regulære forvaltningshierarkiet når den utfører oppgaver under direktivet, og at den ikke er underlagt instruksjonsmyndigheten som regjeringen etter norsk rett har overfor forvaltningen.

Vurdering av grunnlovs- spørsmålene i behandlingen av saken

Lovavdelingen har vurdert statsrettslige sider ved norsk tilknytning til EUs tredje energimarkedspakke ved fem anledninger. I brev 21. januar 2011 vurderte Lovavdelingen konstitusjonelle spørsmål i forbindelse med innlemmelse av forordning nr. 713/2009/EF om etablering av et byrå for samarbeid mellom energiregulatorer (ACER-forordningen). I brev 25. juni 2014 vurderte den reglene om opplysningsplikt etter forordning nr. 714/2009/EF om grensekryssende elektrisitetshandel og enkelte andre rettsakter, samt Kommisjonens bøteleggingskompetanse etter forordningen artikkel 22 nr. 2. I brev 25. april 2016 vurderte Lovavdelingen ACERs vedtakskompetanse etter tredje energimarkedspakke. Den kom da til at tredje energimarkedspakke med de foreslåtte tilpasningene ikke innebærer overføring av noen beføyelser til å utøve myndighet med direkte internrettslig virkning. I brev 3. februar 2017 ga den en vurdering av om artikkel 9 og artikkel 82 i kommisjonsforordning (EU) nr. 2015/1222 om fastsettelse av en retningslinje for kapasitetsfastsettelse og flaskehals-håndtering (CACM) under tredje energimarkedspakke kan innlemmes i EØS-avtalen med Stortinget samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd. Endelig avga den en grundig vurdering av konstitusjonelle spørsmål som oppstår ved at EFTAs overvåkingsorgan (ESA) ved traktat (EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017) gis myndighet til, på nærmere vilkår, å treffe vedtak om hvordan en nasjonal reguleringsmyndighet, som utpekes nasjonalt, skal utøve sin myndighet overfor private i brev 27. februar 2018 i forbindelse med at regjeringen fremmet en proposisjon hvor Stortinget ble bedt om samtykke til godkjenning av en EØS-komitebeslutning nr. 93/2017, jf. Prop. 4 S (2017–2018).²

Spørsmålene som særlig har reist tvil har for det første

2 De tre siste vurderingene er publisert i Lovdata som JDLOV-2016-244-1, JDLOV-2016-244-2 og JDLOV-2016-244-3

vært EFTAs overvåkingsorgans myndighet til å treffe vedtak i EFTA-pilaren rettet mot nasjonale myndigheter, og for det andre reglene om utveksling av informasjon fra den nasjonale myndigheten til EFTAs overvåkingsorgan. Lovavdelingen vurderte EFTAs overvåkingsorgans vedtakskompetanse på nytt i den siste uttalelsen på grunn av at det i den offentlige debatten var påpekt at spørsmålet om internrettslig virkning måtte ses i lys av at den nasjonale myndigheten ikke skulle være underlagt instruksjonsmyndighet internt. Lovavdelingen har også vurdert andre bestemmelser i tredje energimarkedspakke som gir Kommisjonen mulighet til å innhente opplysninger direkte fra markedsaktørene, og EFTAs overvåkingsorgan myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for overtredelse av denne informasjonsplikten.

I sin vurdering av februar 2018 la Lovavdelingen til grunn at traktatinngåelsen innebar visse elementer av myndighetsoverføring, det vil si overføring av myndighet som etter Grunnloven ellers ligger til statens myndigheter. Siden myndighetsoverføringen skjedde til EFTAs overvåkingsorgan, var spørsmålet om den lå innenfor Kongens traktatkompetanse etter Grunnloven § 26, eller om den skulle ha vært vedtatt i medhold av reglene i Grunnloven § 115, dvs med tre fjerdedels flertall i Stortinget.

EFTAs overvåkingsorgans vedtak er rettet mot statlige myndigheter. I sin vurdering av februar 2018 la Lovavdelingen derfor til grunn at vedtakene ikke ville ha noen direkte internrettslig virkning, og derfor kun ha folkerettslig virkning. Når det gjeldet vurderingen av EFTAs overvåkingsorgans myndighet til å treffe avgjørelser som er bindende for den nasjonale reguleringsmyndigheten, reiser Lovavdelingen likevel spørsmål om dette kan ses som en rent folkerettslig virkning siden avgjørelsen har virkning ikke bare for staten, men for et spesifisert organ innen staten, og dette organet er gitt en selvstendig stilling slik at det ikke kan instrueres. Lovavdelingen konkluderer med at dette ikke er tilfelle, og at det følger av hele EØS-avtalens system at de forpliktelser den skaper er av folkerettslig og ikke internrettslig karakter. Konstruksjonen i EUs tredje energimarkedspakke representerer etter Lovavdelingens vurdering ikke noen fravikelse av dette.

Traktatkompetansen i Grunnloven

Det har aldri vært hevdet at Grunnloven er til hinder for at Norge påtar seg folkerettslige forpliktelser ved inngåelse av traktater. Tvert imot har Grunnloven egne regler om dette i § 26, som sier at Kongen har rett til å inngå traktater, og at visse av disse krever Stortingets samtykke. Dette gjelder traktater av særlig viktighet eller som nødvendiggjør lov eller stortingsbeslutning. I tillegg har vi regelen i Grl. § 115 som sier at en organisasjon som Norge deltar i kan gis beføyelser, som ellers ligger til statens myndigheter, på et «saklig begrenset område». Slikt vedtak krever tre fjerdedels flertall i Stortinget. Denne bestemmelsen kom inn i Grunnloven i 1962 som § 93. Inngåelse av traktater som innebærer at det blir gitt myndighet til andre enn Grunnlovens organer til å treffe rettslig bindende avgjørelser har lenge vært gjenstand for diskusjon. I stortingsproposisjonen om tilslutning til Schengensamarbeidet skiller regjeringen mellom fem former for myndighet: myndighet til å endre Grunnloven, lovgivningsmyndighet, domsmyndighet, forvaltningsmyndighet og myndighet til å binde Norge folkerettslig.³ Proposisjonen oppsummerer den gjeldende læren om myndigheten etter Grunnloven til å inngå traktater. Myndighet til å endre Grunnloven kan aldri overføres ut av riket. For å overføre lovgivnings-, doms- eller forvaltningsmyndighet kreves i utgangspunktet vedtak etter Grl. § 115. Er myndighetsoverføringen «lite inngripende» kan den likevel etter den alminnelige oppfatningen overføres med vedtak etter Grl. § 26. Overføring av kompetanse til å binde Norge folkerettslig kan i utgangspunktet skje med hjemmel i § 26.

Den tradisjonelle tilnærmingen til bruken av Grl. §§ 26 og 115 bygger således på to skiller, nemlig skillet mellom traktater som overfører myndighet til å treffe avgjørelser som binder norske myndigheter eller rettssubjekter og de som ikke overfører slik myndighet, og skillet mellom forpliktelser

³ St. prp. nr. 50 (1998-99) pkt. 4.3.1.

som er folkerettslig og de som er internrettslig. Begge disse skillene er av rent formell art, og tar lite hensyn til de reelle konsekvensene av den ordningen man slutter seg til.

	Ikke-bindende	Bindende
Folkerettslig	§ 26	§ 26
Internrettslig	§ 26	§ 115

Selv om de to skillene i utgangspunktet er klare, kan man stille spørsmål ved om de kan opprettholdes fullt ut ved en nærmere analyse. I sin behandling av tilslutningen til EUs finansbyrå kritiserer Bekkedal og Herzberg skillet mellom rettslig bindende myndighet og annen myndighet som Norges tilslutning bygger på. Selv om EUs organer ikke har fått myndighet til å treffe beslutninger som er rettslig bindende for Norge, så har det helt klart etter deres oppfatning skjedd en overføring av myndighet som er av rettslig karakter.⁴ Norske myndigheter er ikke forpliktet til å følge retningslinjer som blir vedtatt i EU, men gjør de ikke det har de en plikt til å forklare hvorfor. Den norske myndigheten har også plikt til å underkaste seg mekling ved uenighet med andre nasjonale tilsynsorganer. Norske myndigheter deltar dessuten i en ordning som har som formål å utvikle en felles EU-tilsynskultur og en konsekvent tilsynspraksis, basert på ensartede prosedyrer og sammenhengende fremgangsmåter.⁵ Etter deres syn er det derfor ikke grunn til å gjøre så stor forskjell på dette skillet.

Heller ikke skillet mellom internrettslig og folkerettslig binding er helt skarpt. Det kreves uansett en norsk gjennomføringsregel for at beslutninger som treffes i medhold av en folkerettslig kompetanse skal få virkning etter norsk rett. Denne tiltredelsesregelen kan endres med den konsekvens at avgjørelser som treffes ikke lenger får direkte virkning etter norsk rett, selv om en slik endring vil være et folkerettsbrudd

4 Bekkedal og Herzberg s. 150.

5 Opprettelsesforordningen art. 29.

dersom den skjer uten at traktaten endres eller sies opp. En traktat som gir kompetanse til å treffe avgjørelser med direkte virkning oppnår derfor ikke en slik virkning før den er gjennomført i norsk rett. Hvor langt kompetansen rekker vil i siste instans bero på en internrettslig tolkning av den norske gjennomføringsregelen. Norsk rett er på dette punktet parallell med for eksempel dansk rett. I Danmark kom dette spørsmålet på spissen i Højesterets avgjørelse i saken DI mod boet efter A 6. desember 2016, der Højesteret avgjorde at den danske loven om tiltredelse til EU med direkte virkning i dansk rett ikke omfatter prinsipper som er utviklet i EU-retten etter tiltredelsen. Det skarpe skillet utviskes også av presumsjonsprinsippet, lojalitetsforpliktelsen og av den plikten norske forvaltningsorganer har til å utøve sitt skjønn i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Dessuten kan en rent folkerettslig forpliktelse bli så omfattende at det er grunn til å likestille den med en ren myndighetsoverføring. Lovavdelingen la i sin uttalelse fra mars 2018 om EUs tredje energimarkedspakke til grunn at «kjerneområdet for anvendelse av Grunnloven § 115 er tilfeller der et internasjonalt organ gis myndighet til å skape rettigheter og plikter for statens borgere direkte (uten statens mellomkomst).» Likevel uttalte den at det er «ikke grunnlag for generelt å unnta fra virkeområdet til Grunnloven § 115 myndighetsoverføringer som ikke dreier seg om å utøve myndighet med direkte internrettslig virkning overfor private».⁶

Et annet skille som må trekkes etter § 115 er skillet mellom overføring av myndighet til organisasjoner som Norge deltar i og overføring av myndighet til andre organisasjoner som for eksempel EU. På grunn av at overføring av myndighet til EU faller utenfor § 115 kan ikke dette skje uten grunnlovsendring dersom den myndigheten som overføres er mer enn «lite inngripende». Derfor må det i mange saker skje en tilpasning av regelverket slik at EFTA-organene formelt sett får en rolle, for at Norge skal kunne tilpasse seg utviklingen i EU med i stadig større grad å gi forvaltningsmyndighet til EU-organer.

Traktater som innebærer myndighetsoverføring krever

6 JDLOV-2016-2442-3

med andre ord enten et Grunnlovsvedtak som endrer Grunnloven for å gi rom for den aktuelle traktaten, eller et vedtak i henhold til den spesielle prosedyren i Grl. §115 om å utøve beføyelser som etter Grunnloven ellers tilligger statens myndigheter på et «saklig begrenset område», med mindre det er snakk om myndighet som er «lite inngripende».

Med vedtakelsen av Grl. § 115 (§ 93), ble det gitt adgang til å slutte seg til traktater som gir internasjonale organisasjoner som Norge er tilsluttet adgang til å treffe avgjørelser som ellers er lagt til statens myndigheter på et saklig begrenset område, uten å gå veien om grunnlovsendring. Det er denne som har vært hjemmel for de overnasjonale delene av EØS-avtalen og den senere EU tilpasningen. I sin opprinnelige form voldte EØS-avtalen få problemer når det gjelder Grunnlovens skranke mot overføring av myndighet. Avtalen ble konstruert slik at den i hovedsak skulle bygge på et formelt folkerettslig samarbeid, uten den overføring av myndighet som lå i det overnasjonale EU-samarbeidet. I motsetning til i EU ligger det ingen overføring av lovgivningsmyndighet, og EØS organer fikk ikke kompetanse til å gi regler med direkte virkning eller forrang i nasjonal rett. Vedtakene i EØS komiteen er bare folkerettslig forpliktende, og kan heller ikke treffes mot Norges stemme. ESA overvåker Norges gjennomføring av sine forpliktelser, men bortsett fra i konkurransesaker treffer det vedtak rettet mot staten. Det var EFTAs Overvåkningsorgans myndighet i konkurransesaker som var begrunnelsen for at man brukte § 93. Holmøyvik peker på at det var et viktig moment da man vurderte bruken av § 93 ved tilslutningen til EØS-avtalen at det var snakk om en ensidig avståelse av myndighet til et internasjonalt organ.⁷ I konkurransesaker treffer EFTAs Overvåkningsorgan vedtak uten at Norge har noen innflytelse eller noen rolle som beslutningstaker.

EFTA-domstolen har bare bindende domskompetanse til å fastlegge EFTA-statenes folkerettslige forpliktelser. I saker mellom private er dens uttalelser bare rådgitende, og nasjonale domstoler har ingen plikt til å forelegge saker for

⁷ Se Holmøyvik s. 459.

den. Utviklingen har riktignok gått i retning av å gi både lovgivningen og domsmyndigheten visse overnasjonale trekk, men det er ikke reist spørsmål ved grunnlovsmessigheten av denne utviklingen etter norsk rett.⁸

8 Se Fredrik Bøckman Finstad, Norway and the EEA i Arnesen, Fredriksen, Graver, Mestad, Vedder, Agreement on the European Economic Area A Commentary, Nomos 2018 s. 71-72.

Læren om «lite inngripende myndighetsoverføring»

Som nevnt ovenfor er det antatt at det kan overføres myndighet i en traktat som inngås i medhold av Grl. § 26 så lenge den myndigheten som overføres er «lite inngripende». Omfattende drøftelse av spørsmålet fra forvaltningens side finnes i St.prp. nr. 100 (1991–92) (EØS-avtalen) side 342 med videre henvisninger og St.prp. nr. 50 (1998–99) (Schengen) side 35, og de vedtakene som ble fattet i den forbindelse, samt beskrivelsen i Prop. 100 S (2015–2016) (om europeiske finanstilsyn) punkt 10, særlig punkt 10.2, jf. Innst. 386 S (2015–2016). I teorien er læren behandlet av Fredrik Lied Lilleby, Grunnloven § 93 og unntaket for «lite inngripende» myndighetsoverføring, Perspektiv 03/10. Eirik Holmøyvik, Grunnlova § 93 og læra om «lite inngripende» myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis, Lov og Rett 08/11. Fredrik Sejersted, Læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring – statsrettslig selvbedrag eller fornuftig grunnlovstolkning? – Kommentar til Eirik Holmøyviks artikkel «'Sikker konstitusjonell praksis'? Grunnlova og Noregs avtaler om suverenitetsoverføring», Nytt Norsk Tidsskrift 04/13. Tarjei Bekkedal, «Suverenitet og samarbeid. Grunnlovens skranker for delegasjon av statsmakt», Kritisk Juss, 2016 s. 3–37.

Før vedtakelsen av Grl. § 93 i 1962, ble overføring av myndighet til internasjonale organisasjoner oppfattet som et spørsmål om hvilke grenser som fremgår av Grunnloven, da mer spesielt Grl. §§ 1, 3, 26 og 28, 49 og 75, 88 og 90, samt de materielle grensene i bl.a. §§ 96, 97 og 105. Bestemmelsene ble ikke oppfattet som absolutte skranker mot enhver myndighetsoverføring. Særlig gjaldt dette myndigheten til å vedta folkerettslige bindende beslutninger, dvs. myndighet som ellers lå i Grl. § 26. På denne bakgrunn ble det antatt at det kunne gås nokså langt i å gi en internasjonal sammenslutning adgang til å treffe folkerettslig bindende avgjørelser for Norge. Viktige eksempler er konvensjoner om lovsamarbeid, den internasjonale domstol i Haag, FN, NATO, og den europeiske

menneskerettighetsdomstol. Castberg hevdet at “staten kan påta seg meget vidtgående folkerettslige forpliktelser og akseptere avgjørelsesmyndighet i meget stor utstrekning”, Andenæs mente dog at det gikk en grense ved at man “kan ikke forplikte seg til å rette sin lovgivning helt ut etter lovgivningen i et bestemt land”.

På den annen side lå det klare begrensninger på adgangen til å gi internasjonale organer myndighet til å treffe avgjørelser som er direkte bindende for nasjonale myndigheter eller borgere, selv om også dette ble akseptert i en viss utstrekning, blant annet i sikkerhetsrådets kompetanse til å vedta sanksjoner og kreve medvirkning i militære aksjoner, og underlegelse av flyvåpenet under NATO-kommando i fredstid.

Myndighetsoverføring som ble ansett som «lite inngripende», kunne i praksis skje ved bruk av Grunnloven § 26 (i praksis med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd). Bakgrunnen for læren om «lite inngripende myndighetsoverføring» finner vi med andre ord i praksis og teori fra før vedtakelsen av Grunnlovens § 93. Spørsmålet var da hvor langt man kunne gå i overføring av myndighet uten å komme i konflikt med Grunnlovens § 1. I tiden etter annen verdenskrig dukket spørsmålet opp både i forbindelse med FN og NATO.

I St.meld. nr. 89 1951 om Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner gikk justisdepartementet inn for en dynamisk holdning til spørsmålet om de konstitusjonelle grenser for tilslutning til internasjonale organisasjoner. Oppmerksomheten ble lagt mer på en tolkning av de forskjellige beføyelser som Grunnloven legger til statsorganene, enn på en tolkning av § 1. Departementet tok som utgangspunkt at de grenser som kan oppstilles ikke er faste og uforanderlige, at de må oppstilles på bakgrunn av holdning og praksis også i andre land, og at løsningene i første rekke må søkes i det politiske liv, ikke ut fra rettslige overveielser. Avslutningsvis pekte departementet på at det var skjedd et skifte i oppfatning om suvereniteten i forhold til tidligere, særlig på det økonomiske området.

Departementet konkluderte sin gjennomgang av det

generelle tolkningsspørsmålet med

det kan ikke oppstilles faste og uforanderlige grenser for det mål av ytre og indre handlefrihet for den norske stat som til enhver tid må være i behold for at riket skal anses for å være “fritt og selvstendig” i forhold til bestemmelsen i grunnlovens § 1. Bedømmelsen vil variere med de skiftende utenrikspolitiske forhold og vil avhenge av oppfatningen blant en overveiente flerhet av de stater som Norge har nærmere samarbeid med og hvis internasjonale status i hovedsaken faller sammen med Norges, dvs. stater hvis folketall og materielle ressurser ikke setter dem i stand til å føre en uavhengig utenrikspolitikk. Det finnes utvilsomt et minstemål av statlig selvbestemmelsesrett som det under ingen omstendighet kan gjøres inngrep i. Men de begrensninger i “suvereniteten” som det er praktisk tenkelig at flertallet av statene vil kunne samle seg om for å fremme sine egne og fellesskapets vitale interesser, vil norske statsmyndigheter kunne gi sin tilslutning uten derved å gå grunnloven for nær. Det følger av dette svaret på spørsmålet om hvor langt det i en given situasjon er berettiget å gå, fortrinnsvis må søkes på det politiske plan, ikke i forfatningsrettslige overveielser.⁹

Læren har gjennom tidene flere ganger vært kontroversiell. Frede Castberg sa i 1954 at

de statsrettslige argumenter i politikken ofte kommer til å fungere som et våpen i kampen. Grunnloven blir et arsenal, hvor partene henter våpen i striden for de standpunkter de vil fremme. Grunnlovens § 1 har, ikke minst i de senere år, vært brukt som kampmiddel på denne måte. Politiske grupper, som har vært mot den spesielle internasjonale samarbeidspolitikk det her gjelder, har hatt en tendens til å ville stemple visse traktatbestemmelser som stridende mot forfatningen og selvstendigheten.¹⁰

Departementet avsluttet gjennomgangen av de enkelte

9 St.meld. nr. 89 s. 44.

10 Castberg 1956 s. 60.

grunnlovsbeføyelser, hvor økonomiske, handelspolitiske og pengemessige tiltak er den siste gruppen, slik:

det skifte i oppfatningen av statssuvereniteten, som på så mange måter har fått uttrykk i de senere års statspraksis, har vært særlig fremtredende på det økonomiske området. De faktiske begrensninger i statenes frie selvbestemmelsesrett som årene etter krigen har gitt eksempel på når det gjelder den internasjonale side av handel, pengevesen og finanspolitikk, ville man tidligere ha stått fullstendig fremmed overfor.¹¹

Justisdepartementet gjennomgikk grundig de grenser Grunnloven setter for deltakelse i internasjonale organisasjoner inn på de forskjellige grunnlovsbeføyelser som det kan være aktuelt å gi myndighet til. Når det gjelder *lovgivning*, dvs. bestemmelser som griper inn i gjeldende rettsorden og regulerer borgernes rettsstilling, slo departementet fast at Grunnloven må “antas å forby at lovgivende myndighet av vesentlig betydning blir overført til en eller flere fremmede stater eller til en internasjonal organisasjon”.¹² Uansett hvor grensene går, kan slike lovgivningstiltak ikke få virkning i Norge hvis de strider mot Grunnlovens materielle bestemmelser, og de kan heller ikke erstatte kravet til lovbestemmelser som grunnlag for straff etter § 96.

På den annen side anførte departementet at “behovet for fellesinstitusjoner med direkte myndighet, kanskje helst på det økonomiske og finansielle område, kan under givne forhold bli så sterkt at grunnloven ikke bør anses til hinder for spesielle, avgrensede lovgivningsfullmakter selv om disse, så langt de rekker, kan være av ganske inngripende betydning for indre norske forhold”.¹³ Konkret i forhold til forløperne til det senere EU, Schuman-planen om et europeisk kull- og stålfellesskap og planene om et europeisk forsvarsfellesskap, uttalte departementet at det “må betegnes som ytterst tvilsomt hvorvidt det for tiden ville være forfatningsmessig

11 St.meld. nr. 89 s. 64.

12 St.meld. nr. 89 s. 48.

13 St.meld. nr. 89 s. 49.

adgang for norske statsmyndigheter til å medvirke til at Norge kom med i et internasjonalt fellesskap av denne eller lignende karakter.”¹⁴

Når det gjelder tilslutning til en organisasjon som får *middeibar* lovgivningsmyndighet, dvs. utferdigelse av bestemmelser som staten får en folkerettslig plikt til å gjennomføre i sin lovgivning, sondret departementet mellom de tilfelle hvor det oppstår en plikt til gjennomføring av visse konkrete angitte lovbestemmelser, det vil si slikt som i dag reguleres av forordninger i EØS-avtalen, og der hvor måten og midlene for gjennomføring overlates til de nasjonale myndigheter, det vil si det som i EØS-retten tilsvarer direktiver. For førstnevnte type forpliktelse antok departementet at avgrensningen må skje ut fra samme linjer som for den umiddelbare lovgivningsmyndighet. Den sistnevnte typen så departementet under synsvinkelen overføring av traktatmyndighet etter grl. §§ 26 og 28. Dette spørsmålet måtte etter departementets oppfatning løses ut fra de vanlige regler for delegasjon av statsmyndighet, som innebærer at delegasjon som alminnelig regel ikke kan finne sted, med mindre det er påtrengende nødvendig av hensyn til viktige statsinteresser at vedkommende myndighet utøves av andre enn de grunnlovsbestemte organer. Departementet antok at dette i utgangspunktet ville stenge for ordninger hvor det kan treffes vedtak ut fra flertallsavgjørelser eller uten noen som helst norsk medvirkning, selv om også slike ordninger kan tenkes. Vilåret er at det foreligger et sterkt moment av praktisk og politisk nødvendighet, at det dreier seg om spesielle forhold som er konkret angitt og nøye avgrenset i den opprinnelige overenskomst og antakelig at traktaten kan oppsies med rimelig varsel.¹⁵

Med hensyn til domsmyndighet, tok departementet utgangspunkt i at utviklingen hadde ført til at det ikke kunne reises tvil om at Norge kunne påta seg traktatmessige forpliktelser mht internasjonal voldgift og dom i saker som angår statens folkerettslige forpliktelser overfor andre stater. Spørsmålet var ifølge departementet mer tvilsomt i forhold

14 St.meld. nr. 89 s. 49.

15 St.meld. nr. 89 s. 47.

til den europeiske menneskerettighetsdomstol, som etter departementets syn særpregedes ved at den i realiteten ville komme til å avgjøre tvister mellom stater og enkeltindivider. Departementet anførte imidlertid at en slik internasjonal domsmyndighet bare er en naturlig konsekvens av at folkeretten anerkjenner individene som rettssubjekter. Konkret i tilknytning til den foreslåtte ordning anførte departementet at “det kan antakelig for tiden reises viktige politiske innvendinger mot å godta som obligatorisk den jurisdiksjon som i konvensjonen av 4. november 1950 er tillagt den europeiske domstol. Men slik rettens domsmyndighet er avgrenset, jfr. særlig art. 45 og 50, kan det neppe anføres avgjørende *forfatningsrettslige* grunner mot dette”.¹⁶

Departementet drøftet også militære tiltak i tilknytning til FN og NATO, og økonomiske, handelspolitiske og pengemessige tiltak. Det siste behandles særlig inngående i tilknytning til OEEC.¹⁷ I tilknytning til OEEC pekte departementet på en del konstitusjonelle tvilsspørsmål ut fra det forhold at organisasjonens myndighet er omfattende og ubestemt angitt. Rådets beslutningsmyndighet ble karakterisert som en “meget vidtgående myndighetsoverføring” knyttet til det formål å “oppnå en sunn europeisk økonomi gjennom økonomisk samarbeid mellom medlemslandene”. Organisasjonens funksjoner ble beskrevet som å forberede og sette i verk de forholdsregler som trengs for å realisere formålet med overenskomsten. Hertil skulle rådet kunne treffe vedtak som er forpliktende for medlemsstatene, inngå avtaler med deltakerstatene og rette anbefalinger til USAs regjering eller andre. Problemene med OEEC er knyttet til at “området for saker som på denne måte unndras Stortingets medbestemmelsesrett, må undergis såvidt mulig klart opptruckne grenser. Overføring av en mere omfattende, alminnelig og

16 St.meld. nr. 89 s. 51. Departementet har skiftet standpunkt i forhold til den vurdering det ga av et konvensjonsutkast i et PM til utenriksdepartementet 1949 gjengitt i meldingen på s. 32. Justisdepartementet hadde innvendinger mot at Norge skulle anerkjenne domstolens kompetanse i forbindelse med Stortingets samtykket til å tiltre konvensjonen, se St.prp. nr. 83 1951 s. 4-5. Det er ut fra dokumentene uklart om disse innvendingene var basert på de konstitusjonelle betenkeligheter fra 1949 eller de politiske betenkeligheter fra 1951.

17 St.meld. nr. 89 særlig s. 62-64

skjønnsmessig beslutningsmyndighet, kan ikke anses forenlig med grunnloven”.¹⁸

Rådets maktfullkommenhet var imidlertid etter departementets oppfatning bare tilsynelatende, siden vedtak bare kan treffes ved enstemmighet, noe som sikrer at “intet kommer i stand som ikke lar seg gjennomføre i de enkelte land i samsvar med de der gjeldende konstitusjonelle former”.

At departementet legger avgjørende vekt på dette forhold må ses i sammenheng med departementets syn på delegasjon av traktatkompetanse, hvor det på s. 47 anfører at det må anlegges en synsvinkel som er romsligere enn hvor vedtak kan treffes uten norsk medvirkning. Bedømmelsen må skje ut fra det praktiske behov det er for å nytte en slik form “for å løse de tallrike fellesoppgaver som har preget de seneste års intense og omfattende samarbeid mellom de vestlige makter. (...) I sin alminnelighet gjelder at (de forfatningsmessige innvendinger) under de hos oss rådende parlamentariske forhold neppe kan tillegges avgjørende vekt”.

Som en konklusjon på sin vurdering av de konstitusjonelle sidene ved OEEC, sier departementet at “i sin alminnelighet kan det vel også hevdes at det under nutidens forhold er grunn til å tolke grunnloven slik at den innrømmer regjeringen en forholdsvis utstrakt handlefrihet på områder som vedrører internasjonale økonomiske fellesordninger. Opprettelsen av faste, stadig virkende økonomiske fellesorganer vil videre lett føre med seg at viktige og mindre viktige avgjørelser og vedtak blir filtret inn i hverandre på en slik måte at det ikke sjelden praktisk sett vil være umulig å bryte enkelte ledd ut av kjeden. Med forbehold av Stortingets herredømme over den alminnelige økonomiske politikk og de i grunnlovens § 75 omhandlede spesielle statsfinansielle funksjoner, syntes det derfor å måtte tilligge Regjeringen en betydelig skjønnsmessig myndighet, både med hensyn til hvilke forhold som er av særlig viktighet og når det gjelder de av samarbeidet følgende praktisk nødvendige konsekvenser

18 St.meld. nr. 89 s. 47.

av tilslutningen til en internasjonal organisasjon.”¹⁹

Sett med dagens øyne, tok justisdepartementet en mer reell tilnærming til suverenitetsspørsmålet enn det som er herskende lære i dag. Det avgjørende i forhold til en vurdering av forholdet til Grunnloven, er de aktuelle forpliktelsers innhold, ikke deres karakter.²⁰ Dette ser vi bl.a. i vurderingen av lovgivningskompetansen, hvor det ikke var avgjørende om regler gitt av internasjonale organer bare pålegger staten en folkerettslig forpliktelse, eller om den også får direkte virkninger inn i nasjonal rett. Hvis den folkerettslige forpliktelse er omfattende nok, måtte den etter departementets oppfatning likestilles med lovgivning i spørsmålet om forholdet til grl. §§ 49 og 75 a. Dette gjaldt for det første ved vurderingen av den enkelte forpliktelse: Hvis forpliktelsen går ut på at de eller de lover skal utferdiges i det enkelte land, må dette bedømmes på samme måte som utferdigelse av lover som har direkte intern virkning.²¹ Det gjaldt videre ved bedømmelsen av summen av de beføyelser som er overlatt til den internasjonale organisasjonen: hvis det dreier seg om myndighet til å treffe avgjørelser som er bindende for Norge på et vidt område eller i prinsipielt viktige spørsmål, vil dette kunne være i strid med reglene i grl. §§ 26 og 28 om Stortingets samtykke til traktater, og om at saker av viktighet skal behandles av Kongen i statsråd.²² Departementet ser dette som nevnt ovenfor som spørsmål om grensene for delegasjon av traktatkompetansen.

19 St.meld. nr. 89 s. 64.

20 Departementet sier også uttrykkelig at Grunnloven må antas å bygge på et reelt selvstendighetsbegrep, ikke på et formaljuridisk, se s. 35. Men dette sies for å avvise den daværende tradisjonelle oppfatning om at det avgjørende var om de rettslige bånd på statens handlefrihet var av statsrettslig eller folkerettslig karakter, hvor folkerettslige bånd ikke ble ansett som inngrep i suvereniteten

21 St.meld. nr. 89 s. 50.

22 Her ser vi også en forskjell i forhold til dagens debatt. Når overdragelse av traktatkompetanse drøftes idag, er det under synsvinkelen det å slutte traktater med tredjeland. Justisdepartementets drøftelser i 1951 bygger på at det å gi en internasjonal organisasjon kompetanse til å skape folkerettslige forpliktelser for medlemsstatene medfører en overdragelse eller delegasjon av traktatkompetanse: beføyelse til å forplikte Norge folkerettslig, som ligger til Kongen og Stortinget etter reglene i grl § 26, overføres til det internasjonale organet i en nærmere begrenset utstrekning.

Justisdepartementets tilnærming ble kritisert av Castberg.²³ Han mente at grl. § 1 fortsatt har selvstendig betydning ved bedømmelsen av hvor grensene går. Dette får særlig betydning i forhold til traktater som forplikter staten til å akseptere som folkerettslig bindende vedtak som organisasjonen treffer. Han avviser at dette bør ses under synspunktet delegasjon av traktatmyndighet, bl.a. med den begrunnelse at adgangen til å gi internasjonale organisasjoner myndighet neppe går like langt som den statsrettslige delegasjonsadgang, samtidig som den i visse henseende går lengre. Etter Castbergs syn gjelder “forfatningens regler om Statens adgang til å forplikte seg ved traktat, derunder til å tre inn i internasjonale organisasjoner, (...) så og si på tvers av de vanlige regler for myndighetsdelegasjon innenfor Statens eget område og i forholdet mellom Statens egne myndighetsorganer”.²⁴

I bedømmelsen av om en ordning kan godtas i medhold av Grunnloven, vil det etter Castbergs syn være et “ikke uvesentlig moment hvorvidt det internasjonale myndighetsorganet retter sine direktiver til Staten eller om det skal ha direkte myndighet innenfor Statens eget område”.²⁵ Men selv når det gjelder å gi en slik internrettslig kompetanse går han ganske langt. Han anser at det er uproblematisk i forhold til Grunnloven å gi private individer rett til å stevne staten inn for en internasjonal domstol, uhindret av Grunnlovens forbud mot å revidere Høyesteretts avgjørelser. Og han mente at et eventuelt medlemskap i Den europeiske kull- og stålunion etter hans mening ikke ville stride mot Grunnloven.

I drøftelsen av Grunnloven som skjedde i 1961-62 om forholdet mellom Det europeiske økonomiske fellesskap og Grunnloven, fastholdt justisdepartementet sin tilnærming fra 1951. Departementet mente at det etter Grl. § 1 ikke var av avgjørende betydning å skille mellom tiltak som er bindende direkte i den interne retten, og tiltak som bare er folkerettslig bindende. Utgangspunktet for vurderingen må være at bestemmelsene om rikets frihet og selvstendighet ikke er

²³ Castberg 1956.

²⁴ Castberg 1956 s. 63.

²⁵ Ibid.

krenket “så lenge Norge ikke kommer i et ensidig avhengighets- eller lydighetsforhold til noen bestemt fremmed stat eller gruppe av stater. ... Avgjørende må være at Norge er berettiget til i samme eller tilsvarende forhold som de andre medlemmer når det gjelder mulighetene til å øve innflytelse ved å delta i forberedelser, forhandlinger og avstemning”.²⁶ Departementet mente at grl. § 1 ikke hindret tilslutning til fellesmarkedet.

Interessante spørsmål oppstår ved vurderingen av de enkelte bestemmelser i Grunnloven om hvem som skal utøve de forskjellige former for myndighet. Også her fastholder departementet tilnærmingen fra 1951, slik at fellesskapets myndighet til å treffe avgjørelser som binder medlemsstatene må vurderes i forhold til grl. § 26 jf. § 28. Denne gang sies klart at de deler av Romatraktaten som gir fellesskapet adgang til å treffe avgjørelser rettet til medlemsstatene, “kanskje” ikke er i strid med grl. § 26 jf. § 28. På bakgrunn av den tvil departementet la til grunn i 1951 om OEEC, kan det kanskje her sies å ha skjedd en viss oppmykning i departementets syn. Departementet finner det imidlertid “mer enn tvilsomt” om traktatkompetansen i art. 144 kan overlates. Når det gjelder avgjørelser fellesskapet kan treffe med umiddelbar virkning i Norge, anser departementet at Rådets lovgivnings- og forvaltningsmyndighet er så betydningsfull og gjelder så vidstrakte områder av næringslivet, at det “trolig ikke” er forenlig med Grunnloven. *Kommisjonens* myndighet fant derimot departementet ikke så viktig at den støter mot Grunnloven.

Castberg og Andenæs legger begge avgjørende vekt på skillet mellom myndighet til å forplikte statene og myndighet til å utøve direkte kompetanse overfor individer og selskaper i de tilsluttede land. *Castberg* fastholder sin tilnærming fra 1954. Når det gjelder adgangen til å gi organisasjoner myndighet til å treffe vedtak som binder staten, mener han at “statene kan påta seg selv meget vidtgående folkerettslige forpliktelser og akseptere avgjørelsesmyndighet av internasjonale organer i meget stor utstrekning, uten at de derved opphører å være suverene stater”.²⁷

26 Dok. nr. 3 1961-62 s. 43.

27 Dok. nr. 3 1961-62 s. 4.

Når det gjelder avgjørelser med direkte intern virkning, mener han at staten også her står ganske fritt, selv om det finnes grenser. Grensene går bl.a. ved det å gi internasjonale organisasjoner adgang til å gripe inn på Norges territorium med makt, samt "en ordning som ville gi internasjonale organisasjoner direkte myndighet på vidstrakte områder av det økonomiske, sosiale eller kulturelle liv".²⁸ Ut fra disse betraktninger mener han fellesskapets myndighet går lengre enn det som det kan inngås traktater om innenfor rammene av grl. § 1. Han har således muligens strammet inn noe på sitt syn i forhold til 1954, hvor han vurderte kull- og stålfellesskapet og kom til at norsk tilslutning ikke ville være i strid med Grunnloven.

Andenæs skiller som nevnt på samme måte, selv om han erkjenner at dette kan være en noe formell betraktningssmåte. Men han mener det ligger en realitet i at statsmyndighetene fastsetter måten forpliktelsene gjennomføres på i den interne retten både i de signaler dette gir, og i det forhold at staten har herredømme over forholdet hvis den mener at bestemmelsene går ut over den kompetanse traktaten gir. Men også *Andenæs* mener at det går en grense for hva staten kan forplikte seg til. Landet kan ikke uten å bli et lydrike forplikte seg til å "rette sin lovgivning helt ut etter lovgivningen i et bestemt land".²⁹ Betegnende i så måte er konklusjonen hans om Norges tilslutning til EEC:

«En myndighetsoverdragelse som berøvet Norge stillingen som fri og selvstendig stat, ligger utenfor det som kan foretas med hjemmel i gr. § 93. Det ville f.eks. være tilfellet om Norge gikk inn som ledd i en forbundsstat. Ethvert traktatfestet internasjonalt samarbeid legger bånd på statsmyndighetenes handlingsfrihet, og når det gjelder EEC er disse bånd betydelig sterkere enn det som man har vært vant til i internasjonalt samarbeid. Men det er her tale om samarbeid mellom likestilte stater i felles interesse, som ikke kan antas å krenke grl. § 1 (mine uthevelser).»³⁰

28 Dok. nr. 3 1961-62 s. 7.

29 Dok. nr. 3 1961-62 s. 13.

30 Dok. Nr. 10 1966-67 s. 13.

Vi ser at den vurdering Andenæs legger opp til, er om ordningen er slik at den norske rettsorden bli underordnet en annen, eller om den inngår i et likestilt samarbeide.

Når det gjelder vurderingen av kompetanse til å gi regler med bindende intern virkning, følger Andenæs justisdepartementets opplegg, og drøfter dette i forhold til lovgivningsmyndighet, beskatningsmyndighet og traktatmyndighet med tredjeland. Han finner at Romatraktaten på alle disse områdene utvilsomt går ut over det Grunnloven tillater av myndighetsoverføring.

Det er mulig at det kan leses nyanseforskjeller ut av holdningene til justisdepartementet, Castberg og Andenæs. Departementet finner at Rådets lovgivnings- og forvaltningsmyndighet "trolig ikke" er i strid med Grunnloven, Andenæs at kompetansen "utvilsomt" går ut over det som kan tillates, mens Castberg unnlater å kvalifisere sin konklusjon i noen retning. Hovedinntrykket er imidlertid at de kommer til samme konklusjon, tross den forskjellige tilnærming: fellesskapets myndighet til å gi direktiver og på annen måte skape rettslige forpliktelser rettet til medlemsstatene er ikke i strid med Grunnloven, mens myndigheten til å treffe avgjørelser med direkte bindende virkning internt i medlemsstatenes rettsorden, samt myndigheten til å inngå traktater med tredjeland er i strid med Grunnloven, og krever grunnlovsendring.

Denne gjennomgangen viser at det ikke dekning for en oppfatning om at læren om lite inngripende myndighetsoverføring «er nokså lite problematisert i norsk teori» slik blant annet Holmøyvik har hevdet, i alle fall ikke om man ser på behandlingen av spørsmålet før vedtakelsen av Grl. § 93.³¹ I alle fall er en kjensgjerning at det fra denne tiden både finnes praksis og eksempler som gir adskillig veiledning, selv om vurderingene i ytterkant var både skjønnsmessige og politiske. Vi kan også se at det er skjedd en utvikling i synet, ved at grensene for hva som aksepteres av myndighetsoverføring etter § 26 oppfattes som snevrere enn det som

31 Eirik Holmøyvik, Grunnlova § 93 og læra om «lite inngripende» myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis, LoR 2011 s. 447-471 s. 457.

var det rådende syne på 1950- og -60-tallet. Dette har sikkert sammenheng med vedtakelsen av bestemmelsen i Grl. § 115 (§93).

Da spørsmålet kom opp neste gang i 1966-67 var den rettslige situasjon endret, i og med vedtakelsen av grl. § 93. Et formål med denne bestemmelsen var å klarlegge rekkevidden av adgangen til å overføre myndighet til en internasjonal organisasjon med sikte på å gi en klar hjemmel dersom Norge skulle slutte seg til EEC. Alle tre betenkninger som ble innhentet av regjeringen og lagt frem for Stortinget i 1967, tok utgangspunkt i at norsk tilslutning til EEC ikke kunne skje uten vedtak etter § 93.³² Alle tre konkluderte også med at Stortinget innenfor rammen av § 93 kunne treffe vedtak om tilslutning til EEC. Siden dette verken da eller senere er blitt noen rettslig realitet, vil jeg ikke forfølge denne siden nærmere.³³

Komiteen ga forslagene til den nye bestemmelsen følgende omtale, jf. Innst. S. nr. 292 (1959–60) side 610:

Myndighetsoverføringen vil kunne være av lovgivende, utøvende eller dømmende art. Den vil medføre at en internasjonal organisasjon – innen de grenser den blir tillagt myndighet – vil kunne opptre med rettslig bindende virkning direkte overfor norske borgere, mens de kompetente norske statsorganer vil få sin myndighet tilsvarende begrenset. Norge har i flere tilfelle inngått traktater som gir organene for en internasjonal organisasjon fullmakt til å treffe vedtak som binder Norge folkerettslig og derfor forplikter de norske statsmyndigheter til å gjennomføre de nødvendige interne iverksettelsestiltak. Derimot har Norge hittil ikke inngått noen traktat som tillegger en internasjonal organisasjon umiddelbar myndighet til å opptre med rettslig bindende virkning overfor norske borgere uten mulighet for kontroll av norske statsmyndigheter.

Vi ser av denne gjennomgangen at læren om «lite inngripende myndighet» har en lang forankring i norsk konstitusjonell

32 Betenkninger av Castberg, Andenæs og Opsahl, dok. nr. 10 1966-67.

33 Men se Hans Petter Graver, Grunnloven § 93 og norsk EU-medlemskap, Kritisk Juss 2005 s 286-296 for spørsmålet om dette kan sies å gjelde også i dag.

praksis, også fra tiden før inngåelsen av EØS-avtalen. Etter at EØS-avtalen ble inngått har vi også en omfattende praksis med eksempler både på at den har blitt brukt som grunnlag for tilslutning til avtaler og på at den er blitt vurdert og at konklusjonen har blitt at traktaten kunne inngås i medhold av prosedyren i Grl. § 26. Det er etter hvert en rekke tilfeller i tilknytning til samarbeidet med EU der Stortinget har samtykket etter Grunnloven § 26 annet ledd basert på det synet at det har foreligget myndighetsoverføring, men at denne har vært «lite inngripende».³⁴ Eksempler på dette er St.prp. nr. 44 (2004–2005), jf. Innst. S. nr. 164 (2004–2005) (flysikkerhet - EASA-forordningen), Prop. 133 S (2011–2012), jf. Innst. 86 S (2012–2013) (resirkulert plast), Prop. 16 S (2012–2013), jf. Innst. 191 S (2012–2013) (vinforordningene), Prop. 27 S (2012–2013), jf. Innst. 146 S (2012–2013) (flysikkerhet II – revidert EASA-forordning), Prop. 4 S (2013–2014), jf. Innst. 94 S (2013–2014) (tømmerforordningen), Prop. 35 S (2013–2014), jf. Innst. 156 S (2013–2014) (markedsføring og bruk av biocidprodukter), Prop. 80 S (2014–2015), jf. Innst. 270 S (2014–2015) (konsortium for europeisk forskningsinfrastruktur – ERIC) og Prop. 123 S (2014–2015), jf. Innst. 390 S (2014–2015) (luftfartsvirksomhet utøvd av tredjestatsoperatører – «EASA III»). I tilknytning til den sistnevnte saken stemte representantene fra Sp og SV for et forslag om å sende proposisjonen tilbake til regjeringen «då Noreg ut frå Grunnlova ikkje har høve til å avgje suverenitet til overnasjonale organisasjonar landet ikkje er medlem av». Lovavdelingen anser på grunnlag av denne praksis det som lite tvilsomt at myndighetsoverføring som er «lite inngripende», kan skje ved bruk av den ordinære fremgangsmåten for traktatinngåelse, det vil si etter Grunnloven § 26.

Det er således ikke vanskelig å slutte seg til europautredningens utsagn om at læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring bygger på en konsistent og ganske omfattende parlamentarisk praksis.³⁵ Denne praksis er ikke etablert i og med behandlingen av EØS-saker, men har en langt eldre historikk. Skal man peke på en utvikling, må det være at

³⁴ Se Holmøyvik for en gjennomgang av saker.

³⁵ Europautredningen pkt. 11.3.

synet på hva som omfattes av den og som dermed kan vedtas innenfor rammene av Grl. §§ 26 og 28 er blitt snevrere etter vedtakelsen av Grl. § 115. Mange av de spørsmålene som er kontroversielle i dag ville man antakelig ha godtatt uten videre før 1960. En slik utvikling er imidlertid naturlig, idet læren etter vedtakelsen av § 115 (§ 93) ikke bare utgjør den øvre grensen for hva som kan vedtas etter Grl. § 26, men også den nedre grensen for når man må bruke § 115.³⁶

Læren om lite inngripende myndighetsoverføring har i teorien vært kritisert særlig av Holmøyvik og av Bekkedal. Mens Holmøyvik mener at læren er uklar og uheldig, og at all myndighetsoverføring derfor bør vedtas i medhold av Grl. § 115, mener Bekkedal det motsatte, at det er få grenser for at Stortinget ved vanlig lovvedtak overfører myndighet til internasjonale organisasjoner gjennom å samtykke til traktainngåelse etter § 26 og ved å følge opp et slikt samtykke ved utøvelse av vanlig lovgivningsmyndighet etter § 75.

Bekkedal tar utgangspunkt i det han kaller en negativ tilnærmingstype: at det er begrensningene i Stortingets adgang til å overføre myndighet som må begrunnes.³⁷ En viktig del av Bekkedals argumentasjon er utviklingen i Stortingets adgang til å delegere myndighet. Siden midten av forrige århundre er det skjedd en omfattende utvikling både i praksis og i synet på adgangen til delegasjon av lovgivningsmyndighet. De samme hensyn som begrunner dette må etter Bekkedals syn også kunne begrunne myndighetsoverføring til internasjonale organisasjoner, også til EU selv om Norge ikke er medlem.

En vesentlig svakhet ved Bekkedals tilnærming er at han ikke skiller mellom delegasjon og andre myndighetstildelinger. Ved delegasjon beholder det organet som tildeler myndighet sin kompetanse til å gi regler, også innenfor rammene av den delegasjonen som er gitt. Det følger av prinsippet om *lex superior*, at i tilfelle konflikt går bestemmelser gitt av det delegerende organet foran bestemmelser som organet som har fått myndighet gir i medhold av delegasjonen. Det er også et viktig moment at Stortinget beholder en adgang til å føre kontroll med hvordan delegasjonen utøves. I hvaloljesaken la

³⁶ Se Holmøyvik s. 453.

³⁷ Bekkedal 2016 s. 6.

Høyesterett ved bedømmelsen av om det var konstitusjonelt forsvarlig å gi administrasjonen en så vidtgående fullmakt som det der var snakk om «vekt på at Stortinget under vår parlamentariske statsskikk har full adgang til å føre kontroll med administrasjonens anvendelse av fullmakten: at den blir brukt i samsvar med de økonomiske retningslinjer som Stortinget trekker opp og at myndigheten ikke blir utøvet på en måte som fører til urettferdighet og urimelighet.»³⁸

Overføring av myndighet til EUs organer eller til organer innenfor rammen av EØS-avtalen er annerledes enn en internrettslig delegasjon eller fordeling av myndighet. Her er det snakk om tildeling av myndighet til organer som reguleres av en egen rettsorden, utenfor rammen av norsk rett. I den utstrekning vedtakene har skal ha internrettslig virkning i Norge, plikter Norge å gi disse virkning med forrang, og med det innholdet som fastlegges av de internasjonale organene. Verken formelt eller reelt har Stortinget eller andre norske organer noen muligheter til å føre kontroll med utøvelsen av delegasjonen, eller til å korrigere den om den skulle bli utøvd på en måte som fører til urettferdighet og urimelighet. En vurdering av lovligheten av organenes virksomhet ligger utenfor rekkevidden for norske domstoler. Bekkedal søker å tone ned disse forskjellene, og støtter sin argumentasjon på at myndigheten kan trekkes tilbake om norske myndigheter skulle være misfornøyd med utøvelsen av den. Men adgangen til å trekke tilbake en myndighetstildeling er bare et av flere elementer i vurderingen av hva den innebærer, og kan ikke erstatte de andre elementene som er viktige for vurderingen av lovligheten av en delegasjon etter intern norsk rett. En slik omgjøring får uansett ikke virkning for vedtak som allerede er truffet i medhold av tildelingen.

Bekkedals argumentasjon svikter dermed allerede på dette punkt når han sammenligner overføring av myndighet til internasjonale organisasjoner med internrettslig delegasjon. Etter min mening blir det også feil når ikke bestemmelsene i Grl. §§ 3, 75 og 88 ses som skranker mot myndighetsoverføring. Grl. § 3 legger den utøvende makten til Kongen

38 Rt. 1952 s. 1089.

eller Dronningen, § 75 sier at det tilkommer Stortinget å gi lover og § 88 sier at Høyesterett dømmer i siste instans. Det er § 75 som er hjemmel for Stortingets lovgivningsmyndighet og ikke folkesuverenitetsprinsippet. Det betyr at lovgivningsmyndigheten må utøves innenfor rammene av § 75, og dens ramme er at det er Stortinget som gir lover. Skal Stortinget gi en lov som gjør unntak fra dette, må det kunne begrunnes ut fra en tolkning av § 75, slik man har gjort ved spørsmålet om delegasjon. Men som vi har sett overfor gir ikke delegasjonslæren noen støtte til spørsmålet om overføring av myndighet til en internasjonal organisasjon. Hvis man vil overføre forvaltningsmyndighet til en internasjonal organisasjon, så er det unntaket fra § 3 som må begrunnes. Det forhold at man i en viss utstrekning aksepterer at det etableres uavhengige forvaltningsorganer i norsk rett gir ikke uten videre støtte til en konklusjon om at man kan gi slik myndighet til organer utenfor Norge. Bekkedals «negative tilnærming» til spørsmålet bærer av disse grunner galt av sted.

I en senere artikkel om EUs finansbyråer mener Hertzberg og Bekkedal at «det neppe kommer i berøring med Grunnloven om Stortinget gjennom alminnelig lovvedtak legger saklig begrenset forvaltningsmyndighet til et overnasjonalt forvaltningsorgan».³⁹ De legger vekt på at en slik myndighetsoverføring ikke vil være definitiv, og at senere Storting kan når som helst endre eller oppheve loven. Norge bevarer dermed kontrollen over intern norsk rett, og kontrollen vil være i behold så lenge gjennomføringsloven kan oppheves. Dette argumentet er imidlertid ikke avgjørende, det er ikke noe krav om at en myndighetsoverføring skal være ugjenkallelig for at det skal være nødvendig å bruke prosedyren i § 115.⁴⁰ Det er således ikke grunn til å underkjenne den tradisjonelle læren med argument om at myndighetstildelingen kan trekkes tilbake. Enhver overføring av myndighet vil kreve et internrettslig vedtak for at den skal få virkninger intern i norsk rett, og dette vedtaket vil kunne reverseres av norske myndigheter. Dette vil gjelde selv ved et eventuelt norsk medlemskap i EU. Statsrettslig sett er norsk rett på dette punkt ikke annerledes

³⁹ Bekkedal og Herzberg s. 156.

⁴⁰ Se også Europautredningen pkt. 11.3.2.

enn statsretten i for eksempel Storbritannia eller Danmark.

Leonardsen har pekt på at omfanget av rettssikkerhetsgarantier som EU-retten gir med hensyn til utøvelsen av den myndigheten som blir overført burde være en del av vurderingen av om overføringen er akseptabel innenfor rammene av § 26.⁴¹ Han peker på begrensningene i adgangen til å delegere skjønnsmessig myndigheter til byråer, klageordninger, rollen til den Europeiske ombudsmannen og muligheten for domstolskontroll ved EU-domstolen. Slik lovavdelingen ser det, er imidlertid også dette en myndighetsoverføring, ved at myndighet til å utøve domstolskontroll også overføres fra norske domstoler. Leonardsen har rett i at EU-rettens mekanismer for kontroll med byråene gjør overføring av myndighet til dem mindre betenkelig fra et rettssikkerhetssynspunkt. Men de norske reglene om myndighetsoverføring skal sikre ikke bare hensynet til rettssikkerheten, men også hensynet til folkesuvereniteten og parlamentarisk styring og kontroll. Den nasjonale parlamentariske styringen og kontrollen svekkes av de rettssikkerhetsgarantiene som er utviklet innen EU, siden disse består i å veve byråene og de samarbeidende nasjonale forvaltningene tettere inn i en politisk og rettslig kontroll på EU-nivå. Dette blir oppnådd blant annet gjennom krav om at nasjonale myndigheter skal fristilles fra nasjonal styring og instruksjon, for til gjengjeld å bli underlagt både en formell og en uformell harmonisering og styring fra EUs organer.

41 Se Leonardsen s. 155.

Er myndighetsoverføringen i ACER-vedtaket 22/3 «lite inngripende»?

Den konkrete vurderingen av om en myndighetsoverføring er lite inngripende kan i mange saker gi grunnlag for diskusjon. Vi står overfor et utpreget skjønnsmessig tema, som også i moderne tid ofte har politiske overtoner. Det er liten tvil om at man i tiden rett etter krigen la en nokså romslig vurdering til grunn. Vurderingstemaet ble strammet inn i tiden etter vedtakelsen av Grl. § 93. I dag kan vi igjen se en utvidelse av hva som kan aksepteres inn under læren.⁴²

Det finnes etter hvert en rekke tilfeller der Stortinget har samtykket etter Grunnloven § 26 annet ledd selv hvor det har foreligget myndighetsoverføring, fordi denne har vært sett som «lite inngripende». I sin siste utredning om tredje energimarkedspakke viser Lovavdelingen til flysikkerhetsmyndigheten i EASA-forordningen, ordningen med resirkulert plast, vinforordningene, tømmerforordningen, markedsføring og bruk av biocidprodukter og konsortium for europeisk forskningsinfrastruktur – ERIC.⁴³ I andre tilfeller har regjeringen, der det har vært antatt at gjennomføringen av en ny rettsakt ville innebære mer enn en «lite inngripende» myndighetsoverføring, søkt å få tilpasninger før eventuell innlemmelse av rettsakten i EØS-avtalen, slik at en holder seg innenfor Grunnlovens rammer for traktatinnngåelse. Etter at slike tilpasninger er oppnådd har tilslutningen blitt

⁴² Holmøyvik s. 467.

⁴³ St.prp. nr. 44 (2004–2005), jf. Innst. S. nr. 164 (2004–2005) (flysikkerhet – EASA-forordningen), Prop. 133 S (2011–2012), jf. Innst. 86 S (2012–2013) (resirkulert plast), Prop. 16 S (2012–2013), jf. Innst. 191 S (2012–2013) (vinforordningene), Prop. 27 S (2012–2013), jf. Innst. 146 S (2012–2013) (flysikkerhet II – revidert EASA-forordning), Prop. 4 S (2013–2014), jf. Innst. 94 S (2013–2014) (tømmerforordningen), Prop. 35 S (2013–2014), jf. Innst. 156 S (2013–2014) (markedsføring og bruk av biocidprodukter), Prop. 80 S (2014–2015), jf. Innst. 270 S (2014–2015) (konsortium for europeisk forskningsinfrastruktur – ERIC) og Prop. 123 S (2014–2015), jf. Innst. 390 S (2014–2015) (luftfartsvirksomhet utøvd av tredjestatsoperatører – «EASA III»).

vedtatt i medhold av Grl. § 26. Eksempler på dette er St.prp. nr. 49 (2007–2008), jf. Innst. S. nr. 246 (2007–2008) (REACH-forordningen) og Prop 90 S (2009–2010), jf. Innst. 258 S (2009–2010) (legemidler/markedsføringstillatelse).

I vurderingen av GMO-forordningen oppsummerte Lovavdelingen vurderingstemaet slik:

I vurderingen av om en myndighetsoverføring kan anses som «lite inngripende», står det sentralt om myndighetsoverføringen skjer i kjernen av de grunnleggende kompetansebestemmelsene i Grunnloven. Omfanget av myndighetsoverføringen må tillegges vekt. Sentralt i vurderingen av omfanget står i hvilken grad forordningen gir norske myndigheter en reell mulighet til å avbøte uheldige virkninger av den myndighetsoverføringen som i utgangspunktet har skjedd. I det foreliggende tilfellet vil det særlig ha betydning hvilken handlefrihet forordningens sikkerhetsklausul gir Norge, samt hvordan Kommisjonen kan forholde seg til slike nasjonale sikkerhetstiltak. Saksområdets art og hvilke politiske og samfunnsmessige interesser som berøres, vil også være av betydning. Andre momenter er om overføringen er basert på gjensidighet og likeverdig deltakelse i det overnasjonale organet. Stortingets tidligere vurdering av grunnlovsspørsmålet er også et viktig moment.⁴⁴

Her ble det gitt en spesialtilpasning som innebærer at Norges bruk av en sikkerhetsklausul ikke kan overprøves av kommisjonen, slik ordningen er for medlemsstatene i EU.

Det er også interessant å se på tilfeller der Lovavdelingen har ment at en foreslått myndighetsoverføring går ut over rammene for det som er «lite inngripende». Et slikt eksempel har vi i vurderingene av EBA forordningen som gir European Banking Authority (EBA) myndighet til å fatte vedtak direkte overfor finansinstitusjoner i nærmere bestemte situasjoner.⁴⁵ Lovavdelingen konkluderte sin vurdering i 2010 med at det

⁴⁴ JDLOV-2008-3772

⁴⁵ Se uttalelse 8. desember 2010 JDLOV-2010-10039A og uttalelse 15. september 2014 JDLOV-2010-10039D. Tarjei Bekkedal og Hertzberg, Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer, Lov og rett 2018 s. 131-157 gir en oversikt over EUs finansbyråer og Norges tilslutning til dem.

måtte en tilpasning av forordningen til for at den skulle kunne innlemmes i EØS-avtalen, da den overførte myndighet som går ut over det som kan regnes som «lite inngripende», til et organ Norge ikke er medlem av. Lovavdelingen uttalte i den forbindelse:

Myndighetsoverføringen er begrenset til finansmarkedsområdet. Det er heller ikke tvil om at forordningen ivaretar allment anerkjente formål (hensynet til stabilitet og effektivitet i finansmarkedene, jf. forordningen artikkel 1 nr. 4). På den annen side er reguleringen av finansmarkedene av betydelig samfunnsmessig interesse. Skulle EBA først treffe et vedtak overfor en finansinstitusjon hjemmehørende i Norge, vil dette i realiteten innebære en overprøving av Finanstilsynet, hvilket vil ha både politisk og allmenn interesse.⁴⁶

Vi ser her at det som Lovavdelingen særlig la vekt på var saksområdets art og de politiske og samfunnsmessige interesser som ble berørt av myndigheten.

I vurderingen av kredittvurderingsforordningen (CRA-forordningen) kom lovavdelingen at overføringen av myndighet til å utøve tilsyn oversteg det som er «lite inngripende» siden denne myndigheten også kunne utøves overfor en videre krets enn kredittvurderingsbyråene. Det europeiske kredittvurderingsbyrået ESMA kan i utøvelsen av sitt tilsyn rette en anmodning om informasjon til kredittvurderingsbyråer, personer involvert i kredittvurderingsaktiviteter, kredittvurderte enheter og tilknyttede tredjeparter, tredjeparter som kredittvurderingsbyråer har satt ut driftsmessige funksjoner eller aktiviteter til, samt andre personer som på annet vis har en tett og vesentlig forbindelse til eller er forbundet med kredittvurderingsbyråer eller kredittvurderingsaktiviteter. Det er ingen plikt til å etterkomme anmodningen, men feilaktige eller misvisende opplysninger kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Lovavdelingen la særlig vekt på kombinasjonen av at det var tale om en vid krets og den relativt

46 JDLOV-2010-10039A s. 4.

vide adgangen det etter forordningen er til å føre tilsyn overfor disse.⁴⁷ Det samme gjaldt overføring av myndighet til å ilegge tvangsmulkt og overtredelsesgebyr overfor en vid krets av personer.

Det er liten tvil om at virksomheten til ACER gjelder på et område av betydelig samfunnsmessig interesse. Selv om virksomheten er begrenset til regulering av energimarkedet vil det neppe være stor uenighet om at en overføring av myndighet til ACER til å treffe vedtak med internrettslig virkning går ut over det som kan vedtas i medhold av Grl. § 26. Det er i så måte neppe grunn i en grunnlovssammenheng til å vurdere ACERs virksomhet forskjellig fra virksomheten til EUs finansbyråer. Dermed blir det etter den tradisjonelle læren avgjørende om myndigheten som overføres er av internrettslig karakter, eller om det bare er en rent folkerettslig myndighet.

Med direktivenes krav om at den nasjonale myndigheten ikke skal kunne instrueres av nasjonale myndigheter skjer det også en begrensning av Kongens myndighet til å lede forvaltningen i medhold av Grl. § 3. Lovavdelingens vurdering av denne delen av myndighetsoverføringen var følgende:

Etter vårt syn kan en heller ikke se bort fra at Kongen på en rekke andre områder gjennom lov er avskåret fra å utøve instruksjonsmyndighet over forvaltningen, enten gjennom lovbestemmelser som sier noe uttrykkelig om dette, eller mer indirekte gjennom den måten forvaltningen er organisert på i lovgivningen. Trekker en inn dette perspektivet, blir den beskjæringen av Kongens instruksjonsmyndighet som det her er tale om, meget beskjeden.

Lovavdelingen anså med andre ord denne begrensning som lite inngripende i lys av at vi på mange områder i norsk rett har gjort unntak fra den alminnelige instruksjonsmyndigheten og gitt forvaltningsorganer større eller mindre grad av uavhengighet. Det er utvilsomt riktig at Kongens

⁴⁷ JDLOV-2010-10039D s. 11-12.

instruksjonsmyndighet overfor underordnede forvaltningsorganer er blitt begrenset på en rekke områder, og at dette ikke har vært sett på som noe problem i forhold til Grl. § 3. Utenfor området til de såkalte prerogativene har ikke § 3 vært ansett som noen grense for at Stortinget legger forvaltningsmyndighet til organer som ikke er utnevnt av Kongen, og som treffer avgjørelser helt uavhengig av ham.⁴⁸

Men lovavdelingen legger i liten grad vekt på at den nasjonale reguleringsmyndigheten skal inngå i et nettverk hvor de overordnede linjer trekkes opp av ACER og Kommisjonen. Lovavdelingen legger i sin vurdering bare vekt på EFTAs overvåkningsorgans kompetanse til å rette pålegg mot den nasjonale reguleringsmyndigheten. De organisatoriske endringene som direktivene innfører er likevel ikke bare av rent formell karakter. Riktignok sier fortalen til elmarkedsdirektivet at «I mange tilfælde viser erfaringerne imidlertid, at reguleringens effektivitet ofte hæmmes af, at reguleringsmyndighederne ikke er tilstrækkelig uafhængige af regeringen og ikke har tilstrækkelige beføjelser og handlemuligheder»⁴⁹ samtidig som den understreker at «dette udelukker hverken domstolskontrol eller parlamentstilsyn i overensstemmelse med medlemsstaternes forfatningsmæssige lovgivning».⁵⁰ Likevel er det på det rene at direktivet etablerer en linje mellom de nasjonale reguleringsmyndighetene og EUs organer. Den nasjonale myndigheten skal i henhold til artikkel 36 a) utføre sine oppgaver i tett samarbeid med ACER, andre medlemsstaters reguleringsmyndigheter og kommisjonen og rapportere om sin virksomhet til ACER og Kommisjonen, se art. 37 e). ACER har myndighet til å uttale seg om hvorvidt en nasjonal reguleringsmyndighet overholder retningslinjene omhandlet i de relevante direktivene, og Kommisjonen kan vedta å undersøke en sak nærmere om det er alvorlig tvil om hvorvidt en nasjonal myndighet overholder retningslinjene, jf. Art. 39. Kommisjonen har myndighet til å fastsette nærmere prosedyreregler for denne overvåkingen.

48 Se Johs. Andenæs og Arne Fliflet, Statsforfatningen i Norge 11. utgave, Oslo 2017 s. 343.

49 Fortalen pkt. 33.

50 Fortalen pkt. 34.

Selv om Kommisjonens, ACERs og EFTAs overvåkningsorgans vedtakskompetanse ikke er så omfattende, inngår den i en større sammenheng som tar sikte på styring og samordning av de nasjonale reguleringsmyndighetenes virksomhet. Den uavhengigheten som direktivene krever, er således ikke en uavhengighet i absolutt forstand, men en uavhengighet fra nasjonale myndigheters innflytelse. Med den vekten som det tradisjonelt har vært lagt på skillet mellom overføring av myndighet til å treffe bindende vedtak og andre folkerettslige avtaler er det likevel et spørsmål om dette er avgjørende i vurderingen av hva som er «lite inngripende» myndighet. Når man ser dette i sammenheng med det forhold at den styringen som EFTAs overvåkningsorgan kan gjøre av den nasjonale reguleringsmyndigheten ikke er av folkerettslig, men av internrettslig karakter, se straks nedenfor, må det likevel være tvilsomt om det er riktig at myndighetsoverføringen ikke er mer enn lite inngripende.

Har ACER-vedtaket 22/3 kun virkninger som er rent folkerettslig forpliktelse?

EFTAs overvåkningsorgans vedtak er rettet mot statlige myndigheter. I sin vurdering av februar 2018 la Lovavdelingen derfor til grunn at vedtakene ikke ville ha noen direkte internrettslig virkning, og derfor kun ha folkerettslig virkning. Som nevnt ovenfor går det et viktig skille mellom myndighet til å treffe vedtak med internrettslig virkning og myndighet som er av folkerettslig karakter. Dette skillet kan noen ganger være ganske formalistisk, da en ordning som i formen er folkerettslig reelt sett kan legge store begrensninger på den nasjonale handlefriheten. Likevel har skillet vært opprettholdt konsekvent i norsk praksis etter Grunnloven. Lovavdelingen beskriver følgene av denne praksis slik:

Det har vært innvendt at skillet mellom folkerettslig og direkte internrettslig virkning er rent formelt, det vil si at det har liten eller ingen reell betydning for statens suverenitet eller handlefrihet om de båndene som staten påtår seg, faller i den ene eller andre kategorien. Etter vårt syn er det vanskelig å komme bort fra at det har vært tatt utgangspunkt i et slikt skille i lang tid, også i helt sentrale saker, jf. særlig St.prp.nr.100 (1991-92), som det er vist til like foran, St.prp.nr.50 (1998-99) og St.prp.nr.100 (2015–2016).⁵¹

Slik EØS-tilpasningen av ACERs myndighet er, treffer EFTAs overvåkningsorgan vedtak mot Norge, med virkning direkte for den norske reguleringsmyndigheten. I vurderingen av EFTAs overvåkningsorgans kompetanse til å treffe vedtak som er rettet til og bindende for et norsk forvaltningsorgan konkluderte lovavdelingen både i januar 2011 og i mars 2018 slik:

51 JDLOV-2016-2442-3.

Vedtak rettet utelukkende mot norske myndigheter medfører normalt bare en folkerettslig binding om å følge det opp i intern rett. Det vil da i prinsippet ikke være tale om myndighetsavståelse i Grunnlovens forstand. Dette må være utgangspunktet, også om Norge vil være folkerettslig forpliktet til å treffe et tilsvarende vedtak. I St.prp. nr. 100 (1991–92) side 337 uttales at det er en avgjørende forskjell på å være herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere, og å gi slipp på denne «kontrollmuligheten».

Det forholdet at organet som plikten retter seg mot er uavhengig, fører etter lovavdelingens syn ikke til noe annet resultat. Ifølge uttalelsen av februar 2018, endrer «ikke lovfesting av en uavhengighet for det forvaltningsorganet som pålegget fra det internasjonale organet er rettet mot, (...) virkningene i intern rett av organets vedtak. (...) Den grunnleggende virkningen av pålegget i seg selv er den samme, uten hensyn til om det organet som mottar pålegget, er uavhengig av Kongen eller ikke.⁵²

På denne bakgrunn konkluderte regjeringen med at det ikke forelå myndighetsoverføring i Grunnlovens forstand.⁵³ Problemet med konstruksjonen er imidlertid ikke først og fremst at reguleringsmyndigheten er gjort uavhengig av nasjonale myndigheter, men at den samtidig er underlagt EFTAs overvåkningsorgans, og dermed i realiteten EU-organenes instruksjonsmyndighet.

Konstruksjonen i elmarkedsdirektivet artikkel 35 og 37 er at det skal etableres en nasjonal elmarkedsmyndighet som skal operere uavhengig av instruks fra regjeringen eller andre myndigheter. Denne myndigheten skal «overholde og gjennomføre alle relevante juridisk bindende beslutninger fra Byrådet og Kommisjonen, jf artikkel 37 nr. 1 bokstav d. I EØS-tilpasningen er ordet «byrådet» erstattet med «EFTAs overvåkningsorgan».

Når dette direktivet er innlemmet i EØS-avtalen og innlemmet i norsk rett, har ESA og Kommisjonen fått

⁵² JDLOV-2016-2442-3.

⁵³ Prop. 4 S (2017–2018) s. 28.

myndighet til å treffe beslutninger som den nasjonale reguleringsmyndigheten er forpliktet til å overholde og gjennomføre. Formelt er disse beslutningene rettet til nasjonale myndigheter, det vil si forvaltningen, men reelt er de ment å skape rettigheter og plikter for private. Lovavdelingen argumenterer med at det ikke er noe særegent ved denne konstruksjonen sammenlignet med EØS-avtalen for øvrig. EØS-avtalens folkerettslige forpliktelser skaper forpliktelser ikke bare for staten, men også for de enkelte forvaltningsorganer.

Ordningen skiller seg imidlertid fra EØS-avtalens vanlige system på i alle fall to måter. For det første er EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen gitt en fortløpende myndighet til å treffe rettsendrende vedtak med bindende virkning for den nasjonale reguleringsmyndigheten. Rettsendrende forpliktelser kan etter EØS-avtalen for øvrig bare treffes i organer hvor de nasjonale myndighetene medvirker da avtalen, ikke overfører noen form for lovgivningsmyndighet, heller ikke på det folkerettslige planet. Den myndigheten EFTAs overvåkningsorgan har for øvrig er av rettshåndhevende karakter, foruten en adgang til å gi utfyllende regler og dispensere fra forbud i konkurransesaker og saker om statsstøtte. Overføringen av denne myndigheten er nettopp hjemlet i vedtak i medhold av Grl. § 115 (93).

For det andre er Norge forpliktet til å gjennomføre artikkel 37 i norsk rett. Det følger av dette at EØS-loven § 2 kommer til anvendelse. Det innebærer at den nasjonale myndighetens plikt til å gjennomføre ESAs og kommisjonens vedtak går foran andre bestemmelser i norsk rett som regulerer samme forhold. Dette er en mye sterkere forpliktelse til å gjennomføre folkerettslige forpliktelser enn den som for øvrig følger av det generelle forholdet mellom folkeretten og norsk rett. Dette betyr at en delegasjon av en myndighet til å fastsette forpliktelser av folkerettslig karakter innenfor rammen av EØS-samarbeidet ikke kan sammenlignes med en delegasjon av slik kompetanse i andre sammenhenger. Dette taler for ikke å anse EFTAs overvåkningsorgans myndighet som en myndighet som er av folkerettslig karakter, siden EFTAs overvåkningsorgans vedtak vil være bindende for den nasjonale

myndigheten også på internrettslig grunnlag.

Det kan etter dette synes som om Lovavdelingen forveksler spørsmålet om hvem som er adressat for en forpliktelse, med spørsmålet om forpliktelsens karakter som folkerettslig eller internrettslig.⁵⁴ Karakteren av den forpliktelsen som følger av vedtak EFTAs overvåkningsorgan treffer i henhold til kompetansen i EØS-tilpasningen skiller seg ikke fra andre typer av vedtak truffet i internasjonale organisasjoner som har direkte virkning i den interne retten. Denne internrettslige virkningen vil alltid være avhengig av en bestemmelse i intern rett som gir den sin bindende karakter. Den avgjørende forskjellen mellom en beslutning som får internrettslig virkning, og en som bare skaper en folkerettslig forpliktelse er om det er skapt en kompetanse i den interne rett for det internasjonale organet til å treffe beslutninger, eller om den enkelte beslutning må gjennomføres ved en egen internrettslig inkorporasjon for å få internrettslig virkning. Slik energidirektivene skal gjennomføres vil en slik inkorporasjon ikke være nødvendig siden hjemmelen til å gi beslutninger er inkorporert med direktivet. Selv om beslutningen bare binder myndighetene er det således likevel bindende etter intern rett, og ikke bare som en folkerettslig forpliktelse. Det betyr blant annet at en privat part som er skadelidende ved at den nasjonale reguleringsmyndigheten ikke følger en instruksjon fra EFTAs overvåkningsorgan vil kunne reise sak for norske domstoler. Domstolene vil måtte legge instruksjonen fra EFTAs overvåkningsorgan til grunn, også der hvor den strider mot andre norske regler, i medhold av EØS-lovens § 2.

⁵⁴ Se i samme retning Halvard Haukeland Fredriksen, EU-byråene, Grunnloven og EØS-avtalens bærekraft i Tidsskrift for forretningsjus 2018 s. 7.

Betydningen av den forvaltningspolitiske utviklingen av EØS-samarbeidet

Selv om det går ut over de tre spørsmålene som jeg uttrykkelig er blitt stilt, har jeg funnet grunn til å se hvordan man kan vurdere de forfatningsmessige sidene av den forvaltningspolitiske utviklingen av EØS-avtalen som ACER er en del av. En viktig forvaltningspolitisk utvikling i EU siden EØS-avtalen ble inngått er at EU har opprettet stadig flere byråer og ulike former for tilsyn. Dette er en form for direktorater, som reflekterer et behov for å bygge opp forvaltningskapasitet på EU-nivå utover det som skjer i Kommisjonen, og ofte for et klarere skille mellom faglige og politiske vurderinger. Byråene er lokalisert i forskjellige medlemsland. Det er stor forskjell i hvordan de er organisert og hvor mye myndighet de har. Men stadig flere av dem gis en viss grad av myndighet til å treffe vedtak som er bindende enten for nasjonale myndigheter eller for private rettssubjekter. Utviklingen representerer et skifte fra et system i EU med en indirekte forvaltning av EUs regler gjennom medlemsstatenes forvaltningsorganer, til en direkte EU-forvaltning av reglene.⁵⁵

Denne utviklingen er ikke bare ny for EØS, den representerer noe nytt også i en EU-sammenheng. Heller ikke innen EU var det opprinnelig tale om opprettelsen av et overnasjonalt forvaltningsapparat med myndighet til å treffe vedtak som var bindende for private i medlemslandene. EF og det senere EU-samarbeidet bygget på et to-lagsystem av forvaltningsmyndighet, hvor EUs forvaltning var indirekte, det vil si gjennom medlemsstatens forvaltning.⁵⁶ Bortsett fra

55 Se Ellen Vos, EU agencies on the move: challenges ahead, Swedish Institute for European Policy Studies SIEPS 2018:1 s. 18.

56 Se Hans Petter Graver, Forvaltningsrett i markedsstaten Studier i europeisering av forvaltningsretten, Oslo 2002 s. 3 og Morten Egeberg and Jarle Trondal, Researching European Union Agencies: What Have We Learnt (and Where Do We Go from Here)? Journal of Common Market Studies 2017 pp. 675-690 s. 682.

i konkurransesaker, hvor EU-kommisjonen helt fra starten av har hatt direkte forvaltningsmyndighet, var ordningen den at det var nasjonale forvaltningsorganer som sto for den forvaltningsmessige oppfølgingen og gjennomføringen av EU-regler. EF hadde sin egen forvaltning som særlig dreide seg om tjenestemannsrett.

De første ti-årene hadde EU ingen myndighet til harmonisering av nasjonal forvaltningsrett, og det fantes ingen felleseuropeisk forvaltningspolitikk.⁵⁷ Dette er i ferd med å endre seg gjennom fremveksten av en rekke forvaltningsorganer på EU-nivå, de såkalte EU byråene. Disse kan ses som ledd i utviklingen av EU i retning av en reguleringsstat.⁵⁸ Denne utviklingen utfordrer den allerede asymmetriske maktbalansen som preger EØS-avtalen.

Utviklingen av EU-byråer har etter hvert ført til et omfattende apparat med 34 byråer med til sammen 5000 ansatte og et samlet budsjett på mer enn en milliard Euro i året.⁵⁹ Denne utviklingen ble anerkjent i Lisboatraktaten ved at rettsaktene til unionens organer, kontorer og agenturer ble inkludert i art. 263 i funksjonstraktaten om domstolens kompetanse. Utviklingen startet på 1990-tallet, akselererte på 1990-tallet og har skutt fart siden 2000, da antallet byråer økte fra 11 i år 2000 til 28 i 2005.

Ser vi utviklingen i sammenheng, så ser vi konturene av noe nytt, nemlig fremveksten av et eget forvaltningsapparat på EU-nivå. I økende grad ser vi nå en direkte forvaltning av EU-retten gjennom egne EU-rettslige organer. De nasjonale myndighetene er trukket inn i et nettverk på tvers av det nasjonale og det overnasjonale nivået og opptrer i økende grad med «to hatter», det vil si at i tillegg til å være utøvende organer for sine nasjonale departementer, så er de også del av en flernivå EU-forvaltning. Fra et samarbeid som til å begynne med var basert på utveksling av informasjon, er EU-forvaltningen i økende grad involvert i regulatoriske

⁵⁷ Se Graver s. 4.

⁵⁸ Se Erlend M. Leonardsen, *The EEA EFTA States and EU Agencies: Getting Along or Going Alone* i Peter-Christian Müller-Graff, Hans Petter Graver og Ola Mestad (eds.) *European Law and National Constitutions*, Berlin 2016 s. 115

⁵⁹ Voss s. 16.

oppgaver, av og til på områder som er politisk kontroversielle.⁶⁰

EU-byråene er offentlige organer på EU-nivå som er adskilt fra EUs traktatinstitusjoner, med en egen rettslig status.⁶¹ Siden de har utviklet seg gradvis, og på en ad hoc basis, fremviser de et mangfold med hensyn til rettslig konstruksjon og i definisjonen av oppgaver. De er underlagt EU-retten, men har en egen institusjonell autonomi.

Man skiller mellom utøvende forvaltningsmyndigheter og reguleringsmyndigheter.⁶² Felles er at deres fremste oppgave er å samle informasjon og å formidle denne til nasjonale forvaltningsorganer, og å koordinere virksomheten til disse. Noen er gitt myndighet til å treffe avgjørelser rettet mot private aktører, med direkte virkning i medlemsstatenes nasjonale rettsordener. Slike byråer er opprettet med oppgaver på en rekke forskjellige områder så som matsikkerhet, flysikkerhet, kontroll med legemidler, miljø, telekommunikasjon, folkehelse, grensekontroll, varemerker og finanstilsyn. Tildeling av myndighet til byråene til å treffe bindende beslutninger er omstridt i EU, og foreløpig gjelder det bare en liten andel av dem, selv om tendensen i denne retning er økende.⁶³

Hjemmelen for opprettelsen av byråene har vært omstridt, særlig når det gjelder hjemmel for å tildele dem besluttende myndighet. I saken *Meroni mod Den Høje Myndighed*, sag 9/56, Sml. 1954-1964 om delegasjon av kompetansen til Den høye myndighet under Kull- og ståunionen, uttalte domstolen at traktaten ga en viss kompetanse til delegasjon av myndighet, så lenge delegasjonen ikke omfattet en myndighet til å utøve skjønn, men er «klart avgrenset» og kan «kontrolleres nøye i forhold de objektive kriterier som den delegerende myndighet har fastsatt».⁶⁴ På nitti-tallet var det forslag om en egen hjemmelsbestemmelse i Lisboa-traktaten, men dette

60 Egerberg og Trondal s. 682-683.

61 En oversikt over byråene og de rettslige utfordringene som de reiser er gitt av Ellen Vos, EU agencies on the move: challenges ahead, Sieps Swedish Institute for European Policy Studies 2018:1.

62 Leonardsen s. 121.

63 Vos s. 27.

64 Sml. 1954-1964 s. 72.

førte ikke til noe.⁶⁵ Senere har det vært flere rettssaker, hvor EU-domstolen har akseptert at å opprette byråer ligger innenfor den alminnelige kompetansen til å harmonisere regler med sikte på å bedre det indre markedes virkemåte. En sentral dom er avgjørelsen om kompetansen til den europeiske verdipapir- og markedstilsynsmyndigheten (ESMA) i saken som var anlagt av Storbritannia mot parlamentet og rådet.⁶⁶ Domstolen slo her fast at selv om det ikke er noen bestemmelse i traktatene som gir uttrykkelig myndighet til å opprette byråer, så er det flere bestemmelser som bygger på en forutsetning om en slik myndighet, se avsnitt 79. Den viste til art. 263 TEUF som gir domstolen beføyelser over Unionens organer, kontorer og agenturer, art. 265 om at det kan rettes passivitetssøksmål mot slike organer, art. 267 om at det tiltak de vedtar kan være gjenstand for prejudisielle spørsmål om hvordan de skal fortolkes og art. 277 om at de kan være gjenstand for søksmål om lovligheten.

Innenfor EU-retten er det flere virkemidler for å øve kontroll med virksomheten til byråene. De fleste er organisert med et styre hvor representanter for medlemsstatenes reguleringsmyndigheter og kommisjonen deltar. De står under tilsyn av rådet og parlamentet gjennom budsjettmyndigheten, og er underlagt EUs revisjonsmyndighet. De som blir berørt av deres avgjørelser kan bringe saken in for den Europeiske ombudsmannen og for domstolene. Også medlemslandene kan bringe saker mot dem for EU-domstolen.⁶⁷ EU-retten setter grenser for hva slags myndighet som kan delegeres, og forbyr i utgangspunktet at de tildeles kompetanse til å utøve et skjønn som er unndratt fra domstolsprøving. Dette forhindrer ikke at avgjørelsene kan være basert på sammensatte og vanskelige faglige vurderinger, med stort rom for forskjellige oppfatninger.

EU-byråene er EU-organer, og det har ikke vært aktuelt å duplisere disse innenfor rammen av EØS-samarbeidet. Når disse skal inkorporeres i EØS-avtalen oppstår derfor andre

65 Vos s. 25.

66 Dom 22. januar 2014 i sak C-270/12.

67 Se f.eks. sak anlagt 29. mai 2017 av den østerrikske reguleringsmyndigheten E-Control mot ACER, Sak T-332/17.

spørsmål enn ved inkorporering av regulær lovgivning siden disse også har en organisatorisk side. Siden Norge ikke er medlem av EU, kan ikke § 115 brukes til å avgi nevneverdig myndighet direkte til EU eller EU-organer. For de byråene som er gitt formell vedtaksmyndighet har man valgt det Herzberg og Bekkedal kaller en to-pilar løsning med en underkastelse under EU hva angår den ikke-bindende samordningen og en egen EFTA-pilar for å treffe rettslig bindende vedtak.⁶⁸ Skal det overføres myndighet, må det formelt skje til EØS- eller EFTA-organer, som Norge er medlem av. Men som Herzberg og Bekkedal peker på kan den samordningen som skjer gjennom EU-pilaren være minst like inngripende som den som skjer ved bruk av vedtakskompetansen.

Spørsmålet om tilknytningen til EUs byråer er løst på forskjellige måter i praksis. Europautredningen skiller mellom tre kategorier av løsning som alle har vært brukt:

Byrådet (eller Kommisjonen) treffer vedtak, som ikke får formell virkning for norske aktører – i stedet forplikter Norge seg til å treffe et likelydende vedtak – enten selv eller gjennom EØS-komiteen.

Byrådet (eller Kommisjonen) treffer vedtak – men ikke formelt mot Norge – i stedet får ESA kompetanse til å treffe tilsvarende vedtak mot Norge.

Byrådet (eller Kommisjonen) får kompetanse til å treffe vedtak med virkning for norske myndigheter og/eller rettssubjekter.⁶⁹

Som vi så ovenfor, var løsningen i tredje energimarkeds-pakke en kombinasjon av disse.

Fra et rettslig og et forvaltningspolitisk synspunkt representerer utviklingen av et forvaltningsnivå på EU nivå en ganske stor utvikling. Som nevnt ovenfor var den opprinnelige tilnærmingen til forvaltning i europeisk sammenheng at mens det ble gitt en lang rekke EU-regler, var forvaltningen og håndhevelsen av disse reglene overlatt til den nasjonale forvaltningen i medlemsstatene. Fremveksten av byråene innebærer en endring av dette, og vi har etter hvert fått et

68 Herzberg og Bekkedal s. 149-150.

69 Europautredningen pkt. 11.3.6.

nytt, overnasjonalt forvaltningsnivå. Selv om myndigheten og oppgavene til byråene varierer, kan vi peke på en del trekk som er mer eller mindre gjennomgående.

Det europeiske forvaltningsnivået har koordinerende oppgaver, samler inn og formidler informasjon fra de nasjonale forvaltningene og er en møteplass for diskusjon med sikte på harmonisering av tilnærminger. Det er også et verktøy for kommisjonen og gir innspill, informasjon og forslag til regler og retningslinjer som kommisjonen kan vedta.

På en rekke områder hvor det er innført europeiske krav til registrering som vilkår for å drive virksomhet, har det europeiske forvaltningsnivået myndigheten til å ta imot slike registreringer og til å avgjøre om vilkårene for registrering er oppfylt. Det har også myndighet til å føre tilsyn med slik virksomhet, og til å vedta de nødvendige pålegg for å gjennomføre slikt tilsyn, også hos tredjeparter. Denne myndigheten ledsages ofte av myndighet til å ilegge tvangsbøter og overtredelsesgebyr.

Den europeiske forvaltningen er ellers gjerne basert på at de nasjonale forvaltningsorganene er en førstelinje som står for den vesentlige delen av håndhevelsen av reglene. Men den har myndighet til å gi veiledende retningslinjer for denne forvaltningen, og i noen tilfeller også bindende pålegg til nasjonale tilsynsorganer. Koblet med krav om at de nasjonale tilsynsorganene skal være uavhengige i sin nasjonale sammenheng, og ikke underlagt noen hierarkisk styring nasjonalt, innebærer dette en endring av forvaltningshierarkiet på disse områdene hvor den nasjonale styringen er erstattet med en styring fra det europeiske nivået. I en viss utstrekning er det europeiske nivået også gitt myndighet til å gi pålegg direkte overfor private parter.

Den europeiske forvaltningen er underlagt både rettslig og politisk kontroll fra EUs organer. Denne skal sikre varetakelsen av både hensynet til rettssikkerhet, finansiell kontroll og budsjettdisiplin og politisk styring. Samtidig har nasjonale myndigheter ikke kompetanse overfor organer på det europeiske nivået. Dette innebærer at fremveksten av en EU-forvaltning også innebærer overføring av myndighet til

å utøve domstolskontroll og politisk kontroll med forvaltningen.

Samlet sett innebærer denne utviklingen ganske store endringer i den konstitusjonelle oppbyggingen. Modellen med indirekte forvaltning av EU-retten trer mer i bakgrunnen, og EU er i ferd med å få en utøvende makt ved siden av en lovgivende og en dømmende makt. For medlemslandene innebærer dette at samarbeidet utvider seg til også å omfatte et overnasjonalt forvaltningsapparat med myndighet til å styre den nasjonale forvaltningen og også til å øve tilsyn og treffe vedtak med direkte virkning i medlemslandene. Dette innebærer at den nasjonale forvaltningen står under en mye sterkere styring og kontroll fra EUs organer enn for få år siden. Før fremveksten av byråene måtte kommisjonen nøye seg med innsamling av opplysninger og eventuelt reise traktatbrudssøksmål mot en medlemsstat dersom den ikke fulgte opp sine forvaltningsmessige oppgaver. I dag skjer en løpende påvirkning og samordning gjennom byråene, med en mulighet på en rekke områder til å treffe vedtak som er bindende for de nasjonale forvaltningsmyndighetene, samtidig som den overordnede nasjonale forvaltningen er avskåret fra å instruere fagmyndighetene.

Sammenlignet med forholdene da EØS-samarbeidet ble innledet er dette en betydelig forandring. På det daværende tidspunkt var forutsetningen at de reglene som var harmonisert under avtalen skulle håndheves av de vanlige nasjonale forvaltningsorganene underlagt regulær forvaltningsrettslig styring og kontroll, og under vanlig konstitusjonelt ansvar. Det kan være liten tvil om at dersom en slik EU-rettslig myndighet til å samordne og styre den norske forvaltningen hadde vært del av EØS-pakken, ville et vedtak i medhold av § 115 vært nødvendig for en norsk tilslutning.

Til dette kan innvendes at § 115 (§93) ble brukt da Stortinget ga samtykke til EØS-avtalen. Europautredningen mener at samtykkevedtaket etter § 93 fra oktober 1992 løper like lenge som avtalen gjør, selv om den utvikler seg underveis.⁷⁰ Utredningens begrunnelse er at avtalens dynamiske karakter

⁷⁰ Se Europautredningen pkt. 11.3.4

var godt kjent da avtalen ble godtatt. Det forhold at avtalen endrer karakter ved at den får et stadig større innslag av harmonisert forvaltning skulle derfor ikke ha noen betydning for spørsmålet om det er nødvendig med nye vedtak etter § 115 for at utviklingen skal ha konstitusjonell hjemmel i Norge. Men denne forvaltningspolitiske situasjonen var det ingen som den gangen tenkte på, og det kan vanskelig sies at den kan ha ligget innenfor rammen av Stortingets samtykke. Det er noe paradoksalt i at en ordning som ville ha krevet vedtak etter § 115 er innført stort sett gjennom en rekke små vedtak som ikke har vært behandlet etter denne bestemmelsen.⁷¹

71 Se og Holmøyvik s. 468.

Oppsummering

Grunnloven har to bestemmelser for fremgangsmåten ved Norges tilslutning til folkerettslige avtaler. Den regulære fremgangsmåten er den som Grl. § 26 gir anvisning på. Traktatmyndigheten er lagt til Kongen, men i saker av særlig stor viktighet, og i alle tilfeller traktater hvis iverksettelse krever lov eller stortingsbeslutning, må Stortinget gi sin tilslutning. Vedtak om tilslutning treffes med vanlig flertall. Dersom det er snakk om en traktat som overfører myndighet som etter Grunnloven ligger til statens organer til en organisasjon som Norge deltar i, må det treffes vedtak etter § 115. Slikt vedtak treffes med tre fjerdedels flertall i et møte hvor minst to tredjedeler av stortingsrepresentantene er til stede. Det kan ikke overføres myndighet til en organisasjon som Norge ikke deltar i etter denne bestemmelsen. Det betyr at hvis det ikke er hjemmel for å slutte seg til en slik traktat i § 26, så kan ikke tilslutning skje uten forandring i Grunnloven.

Fra før vedtakelsen av bestemmelsen i § 115 i 1962 hadde staten en praksis hvor den i en viss utstrekning kunne overføre myndighet til en internasjonal organisasjon hvis denne myndigheten ikke var inngripende. Denne læren og praksis er videreført etter 1962 som en praksis om at Stortinget ikke behøver å treffe vedtak etter § 115 hvis den myndigheten som overføres er «lite inngripende». Ut fra de samme kriterier kan det overføres myndighet til en organisasjon Norge deltar i. I tiden etter tilslutningen til EØS-avtalen er denne læren særlig videreutviklet som ledd i tilpasningen av EØS-avtalen til utviklingen i EU.

Læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring har ofte vært påberopt i saker som det har stått politisk strid om, og den har klare elementer av politisk skjønn. I spørsmålet om tilslutningen til EUs tredje energimarkedspakke var læren aktuell på grunn av opprettelsen av EUs energimarkedsbyrå ACER, med myndighet til å øve tilsyn og å treffe vedtak som binder de nasjonale energimyndighetene. Samtidig skal de nasjonale energimyndighetene gis en fri stilling og ikke være underlagt vanlig forvaltningsmessig instruksjonsmyndighet.

Stortinget la etter regjeringens forslag til grunn at den myndigheten som ble overført var lite inngripende. Avgjørende for denne vurderingen var at myndigheten til ESA etter EØS-tilpasningen av direktivene bare var bindende for det nasjonale forvaltningsorganet, og at avskjæringen av instruksjonsmyndigheten til Kongen var lite inngripende. Det er en svakhet ved den vurderingen som ble foretatt at man ikke også vurderte betydningen av at den nasjonale reguleringsmyndigheten inngår i et felleseuropeisk nettverk som norske myndigheter ikke har kontroll over, og at dette skjer på et område med stor samfunnsmessig og politisk viktighet.

Lovavdelingen la i sin vurdering til grunn at den myndigheten som ESA får bare er av folkerettslig karakter, siden ESA ikke kan treffe vedtak med direkte virkning for private. Lovavdelingen blander her sammen spørsmålet om hvem en forpliktelse er rettet til med spørsmålet om forpliktelsens rettslige karakter. Siden ESAs kompetanse skal gjennomføres i norsk rett vil ESAs vedtak ha et internrettslig grunnlag og de vil være bindende med forrang etter EØS-loven for den de er rettet til. Den nasjonale reguleringsmyndigheten vil være internrettslig forpliktet til å følge ESAs vedtak. Dette momentet skulle vært tatt i betraktning ved vurderingen av «lite inngripende» myndighet, og kunne ha ført til et annet resultat.

ACER inngår i et stadig voksende nettverk av forvaltning på overnasjonalt nivå. EUs forvaltningspolitikk endrer seg fra et utgangspunkt hvor EUs regler ble forvaltet indirekte gjennom selvstendige nasjonale forvaltninger under nasjonalt ansvar og kontroll, til et system med en økende grad av direkte forvaltning gjennom et overnasjonalt forvaltningsapparat. På stadig flere områder inngår nasjonale fagmyndigheter i et slikt nettverk på en måte som gjør at de får rollen både som nasjonal forvaltning og EU-forvaltning. Denne utviklingen overfører i sum en meget omfattende myndighet fra ledelsen av det nasjonale forvaltningsapparatet til EUs organer og forvaltning. Denne utviklingen gjelder også EØS-avtalen. Når utviklingen skjer skrittvis uten en

problematisering av de konstitusjonelle sidene, innebærer dette paradoksalt nok at Stortinget overfører en omfattende grad av myndighet uten at dette behandles etter bestemmelsen i Grl. § 115.

«ACER inngår i et stadig voksende nettverk av forvaltning på overnasjonalt nivå. EUs forvaltningspolitikk endrer seg fra et utgangspunkt hvor EUs regler ble forvaltet indirekte gjennom selvstendige nasjonale forvaltninger under nasjonalt ansvar og kontroll, til et system med en økende grad av direkte forvaltning gjennom et overnasjonalt forvaltningsapparat. På stadig flere områder inngår nasjonale fagmyndigheter i et slikt nettverk på en måte som gjør at de får rollen både som nasjonal forvaltning og EU-forvaltning. Denne utviklingen overfører i sum en meget omfattende myndighet fra ledelsen av det nasjonale forvaltningsapparatet til EUs organer og forvaltning. Denne utviklingen gjelder også EØS-avtalen.»

**Utdrag fra betenkningen av professor
dr. juris Hans Petter Graver**