

Peter Ørebech

EU's Energibyrås Energipakke 3 & 4 og Kongeriket Norges Grunnlov



neitileu.no

EUs Energibyrås Energipakke 3 & 4 og Kongeriket Norges Grunnlov

Innhold

Sammenfatning	3
I. Hva saken gjelder – og hvordan gripe det an?	11
A. Siktemålet med analysen	11
B. <i>De facto</i> og <i>de jure</i> styringskompetanse.....	12
II. På hvilke punkter endres og utvides ACERs vedtakskompetanse og de facto styringsmuligheter i den reviderte forordningen	16
A. EUs energibyrå (ACER) og beslutningene: Opprinnelig EØS-ordning, 1992	16
i) EØS-medlemsstaters plikter: Påbud om MS-rapportering, samarbeid, arrangementer og andre plikter	17
ii) EØS-medlemsstaters kompetanse til å treffe lovvedtak.....	17
B. EUs energibyrå (ACER): Energipakke 3 og «Det store spranget» (1)	22
C. EUs energibyrå (ACER): Energipakke 4 og «Det store spranget» (2).....	24
i) «Endringenes endring» - en sammenligning.....	26
ii) «Berører ikke»; «ikke på noen måte berøre»	30
iii) Det skal «samarbeides tett»	33
iv) «Er forenlig med»	40
D. Oppsummering.....	42
i) ACER og EU-kommisjonens kompetanse	42
ii) Regulerende myndighet for Energi (RME), vedtakskompetanse.....	47
iii) Medlemsstatenes vedtakskompetanse	49
III. Hvordan og i hvor stor grad kan vedtak fra EU-organer (eventuelt via ESA og RME) samt EUs regelverk og plandokumenter virke inn på regulering og utbygging av grensekryssende kabel-forbindelser fra Norge	52
A. En oversikt over regelverket	54
B. ACER – fra pakke 3 og til pakke 4: Endret vedtakskompetanse	55
C. Regjeringens syn på Norges kompetanse under Energipakke 3	55
D. Nye samkjøringslinjer over grensene: Veien inn i Energipakke 4	59
IV. Myndighetsoverføring som krever bruk av Grl § 115?	67
A. Er myndighetsoverføringen i strid med Norges grunnlov? (1): grl. § 115	68
i. Et utgangspunkt	72

ii.	Ikke kun «lite inngripende»	74
iii.	«En internasjonal sammenslutning»	90
iv.	«Norge er tilsluttet eller slutter seg til»,	92
v.	Utøve beføyelser på et saklig begrenset område.....	95
vi.	«For å ... fremme internasjonal rettsorden og samarbeid.....	98
vii.	Rett til å utøve beføyelser, som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter.....	98
viii.	Formelle konstruksjoners uforbindende kraft: ESA «parallellvedtak» og norsk retts «omgåelsesnorm» og «gjennomskjæringsregel»	99
B.	Er myndighetsoverføringen i strid med Norges grunnlov? (2), grl. § 1 og «EUs små skritts politikk».....	105
C.	Konklusjon Energipakke 4 og Grunnloven §§ 1, 121 og 115.....	108
Vedlegg 1 (Regler i den tredje energimarkedspakken):		112
Vedlegg 2 (Regler i den fjerde energimarkedspakken, «Ren energi»):		113

Juridisk betenkning av Peter Ørebech, professor i rettsvitenskap, Norges arktiske universitet, Tromsø
 Skrevet på oppdrag fra Nei til EU
 Utgitt av Nei til EU i september 2020

Sammenfatning

«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».

Professor H.P. Graver ¹

1) Denne analyse tar for seg tre hovedspørsmål. For det første undersøkelse av EU-kommisjonens og ACER med underliggende organers vedtakskompetanse og de facto styringsmuligheter i de reviderte direktiver og forordninger i Energipakke 4 (Kapittel II). For det annet spørsmål om hvem som har kompetanse til regulering av grensekryssende kabelforbindelser fra Norge iht. Energipakke 4. For det tredje, om EU-reglene åpner for myndighetsoverføring som krever bruk av Grl § 115 evt. § 121.

Kapittel II

2) Det gjelder her å få en velbegrunnet oppfatning av kompetansefordelingen mht, beslutninger i energisegmentet, særlig mht kompetansen til EU-organ slik som ACER og EU-kommisjonen, herunder RME. Denne gjelder for bevilninger og konsesjoner for utbygging av fossefall, vindturbiner, overføringsnett – herunder utenlandskabler. EUs mål er full harmonisering av energiregverket i EU, dvs at energi blir en av fellespolitikkene til EU, dvs. et felt med EU enekompetanse. MS har kun kompetanse der EU-retten delegerer dette til nasjonalstatene. Energipakke 4 viser at EU har kommet langt i retning av å etablere egen tilnærmet eksklusiv lovgivningskompetanse innen energiretten.

3) Målsettingen om full harmonisering av regler som styrer energisektoren omtales *foreløpig* som «det mindstemål af harmonisering, som er nødvendigt for at

¹ Hans Petter Graver, Grunnlovens § 115 og (særlig) ACER-saken – Betenkning avgitt til Nei til EU s. 20.

nå målet med dette direktiv»,² men også som å «nå den nødvendige grad af harmonisering.»³ Kommisjonen har tydeligvis innsett at full harmonisering ikke kan tas i ett jafs. Den harmoniserte ordningen innføres derfor etappevis: «En vis harmonisering er derfor nødvendig for at undgå forvridning af samhandelen».⁴

4) ACER stiller en ytre ramme ”til rådighed” ved Kommisjonsforordninger og instruksjer , inden for hvilken de regulerende myndigheder kan delta og samarbejde. Med ”de regulerende myndigheder” menes RME i de enkelte MS og ikke MS selv. Dvs. At MS er satt helt ut av spill på alle de områder som omfattes av ACER, RME og Kommisjonens/ESA kompetanse.

Kapittel III

5) Utenlandskabler har fått en særlig oppmerksomhet fordi jo større krafteksport jo høyere strømpriser i Norge. NorthConnect som utløste mye debatt i forbindelse med Energipakke 3 er ikke skrinlagt, kun lagt i ro av eierne.⁵ Dessuten pekes det på faren for utflagging av industri som følger norsk strøm til utlandet der arbeidslønningene er lave.

6) Som jeg har vist i betenkingen gjelder at de evt. detaljer som MS kan utpensle innen rammen av Eneergipakke 3 & 4, er helt mikroskopiske. Dette gjelder i fremtidige utenlandskabler men også konsesjonsystemet for bygging av overføringslinjer og utbygging av kraftstasjoner. Selve utenlandskabelen er ikke mye tess om det ikke også sørges for kraftproduksjon i Norge og tilstrekkelig med overføringslinjer. EU-rettens gjennomgående vurdering av lovligheten av nasjonale tiltak verderes ui i fra de *virksomheter* disse har på EUs grunnprinsipper – dvs. om de strider i mot disse. Den allminnelige oppfatning er at dette berører kun kabelene. Dette er neppe korrekt. De små rester av lovgivningsmakt for Norge *utenfor* RME-kompetansen rokker ikke ved grunnfjellet i den neo-liberalistiske modellen som EU urokkelig står plantet i.

² EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU Preamblet avsnitt 92

³ OP.cit Preamblet avsnitt 88.

⁴ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet, preamblet avsnitt 17.

⁵ Nationen 10 september 2020, NorthConnect kan få konsesjon. Svenske Vattenfall, Lyse, Agder Energi og Hafslund E-CO har aldri vært så nær en konsesjon for å bygge utenlandskabelen NorthConnect som nå, se <https://www.nationen.no/motkultur/kommentar/northconnect-kan-fa-konsesjon/>

7) MS kan formelt sett opprettholde nasjonale konsesjonsordninger for utbygging av fossekraft, overføringslinjer og kabler. Nasjonal rett må imidlertid ligge innenfor ACER-og EU-kommisjonens retningslinjer. Men dette er ikke alt, MS kompetansen er direkte underlagt EU-rettens grunnleggende prinsipper – herunder de 4 friheter; jf. ”forudsat at disse foranstaltninger er forenelige med EU-retten»⁶ Det har lenge vært stilt spørsmålstegn ved om norsk energilovgivning oppfyller EU-rettens krav. Nå som det foreligger endringsforslag til energiloven paragraf 4–2,⁷ om at kun statlig norsk selskap kan eie og drive kabler ut av Norge vil kritikken nok øke: Kritikken var sterk også mht. norsk subsidiepolitikk og markedsregulering ellers som stridende mot de 4 friheter.

8) Iht Forordning (EU) 2018/1999 er det *EUs politiske målsettinger* som skal oppfylles. Det gjelder også for Norge og det gjelder uansett om disse målsettinger strider mot Norges energipolitiske mål. Dette betyr at vannfallrettighetsloven av 14 desember 1917 nr.16 § 1 må oppheves eller i det minste sterkt omskrives.

9) Ved å gå med på EUs Energipakke 4 slutter Norge seg til planene om at utvekslingkapasiteten skal utgjøre minst 15 % av landets produksjonskapasitet. Dette vil gi et press i retning av etableringen av flere utenlandskabler over de neste 10 år. Selv om Norge hevder at vi styrer dette via vår konsesjonslovgivning så er dette en sannhet med modifikasjoner. Det er ikke Norge alene som bestemmer over utenlandskablene. Dette skal skje ”i tætt samarbejde med de berørte medlemsstater”.

10) Videre gjelder at Norge ikke kan styre dette på måter som strider mot EU-rettslige grunnprinsipper, f.eks. forbudet mot eksporthindringer (EØS artikkel 12) og forbudet mot diskriminering pga. nasjonalitet (EØS artikkel 4).

11) Regjering har svært beskjedne ambisjoner når det gjelder kavet om eksklusiv beslutningskompetanse ved grensekryssende kabler for elektrisitet: I stedet for å kreve en *Felleserklæring* med garantier for det noen opposisjonspolitikere har kalt «absolutte krav» som inkorporeres i EØS-avtalen ender regjeringen opp med noe vage ytringer om det «videre arbeid for tilrettelegging for grensekryssende krafthandel»: Jf. at «Regjeringen arbeider for å sikre norske aktører innflytelse i

⁶ EU-forordning 2019/943. Artikel 62

⁷ Olje- og energidepartementet, Høringsnotat (udatert). Forslag til ny forskrift om nettregulering og energimarkedet, samt endringer i energilovforskriften, forskrift om kraftomsetning og netjtjenester, forskrift om kontroll av nettvirkosomhet, forskrift om systemansvaret i kraftsystemet, forskrift om leveringskvalitet i kraftsystemet, forskrift om rapporteringsplikt for kraftleveringsavtaler, forskrift om energiutredninger og forskrift om planlegging og gjennomføring av rekvisisjon av kraft og tvangsmessige leveringsinnkrenkninger ved kraftrasjonering

*utarbeidelsen og gjennomføringen av slike regler (sic!)».*⁸ Opposisjonene er ikke mye berde, jf. Espen Barth Eide som – i stedet for å kreve EU-garantier i en Felleserklæring, vil han ha gjennomslag for APs standpunkter om norsk eksklusiv bestemmelsesrett om utenlandskablene ”i *forhandlingane i stortingskomiteen*” (*sic!*).⁹

12) Det var ventet at pakke 4 skulle bringe nye store skritt i retning av mer EU-rettslig autonomi og samordnet styre av energisektoren sett i forhold til pakke 3. Det er ikke tilfelle. De store endringer skjedde med pakke 3, noe regjeringen også legger til grunn: ”I vurderingen av hvilke oppgaver som må legges til RME har departementet lagt til grunn kravene i tredje energimarkedspakke og føringene fra Stortingets behandling våren 2018”.¹⁰ Dette fremkommer også ved at mange av forordningene og direktivene viser til at det kun dreier seg om en ”omarbejdning”, altså justeringer. Se f.eks. Tabell 1 som sammenligner regelverket fra EØS-avtalens spede begynnelse og til 2020.

Kapittel IV

13) Det grunnleggende spørsmål er hvilke saksbehandlingsregler skal Stortinget følge mht. den løpende tilpasning til EU-retten? Kan regjeringn gang på gang smyge seg unna § 115 for så å løse alle suverenitetsavståelser inn under grl. § 26? For at § 115 skal komme til anvendelse må en rekke kumulative vilkår være oppfylt:

14) Beføyelsesovergangen må ikke være ”lite inngripende”. Er den det henhører Stortingets avgjørelse iht. en viss tids praksis under grl. § 26. Vi merker oss at det ikke er kodifisert noe skille mellom «mye» eller «lite inngripende». Den rettslige situasjon i 1962 var da at Norge ved en rent folkerettslig avtale – skulle følge reglene i § 26. Ved overnasjonale avtaler følges § 93 så fremt og så langt de kumulative vilkår er oppfylt. Disse vilkår angir den øverste rekkevidde for § 115. Kommer en over den «øvre grense» for bruk av § 93 (§ 115) paragrafens saklige virkekrets, da må en falle tilbake

⁸ Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s.18.

⁹ Nationen 10 mars 2018.

¹⁰ Olje- og energidepartementet, Høringsnotat (udatert). Forslag til ny forskrift om nettregulering og energimarkedet, samt endringer i energilovforskriften, forskrift om kraftomsetning og netjtjenester, forskrift om kontroll av nettvirksomhet, forskrift om systemansvaret i kraftsystemet, forskrift om leveringskvalitet i kraftsystemet, forskrift om rapporteringsplikt for kraftleveringsavtaler, forskrift om energiutredninger og forskrift om planlegging og gjennomføring av rekvisisjon av kraft og tvangsmessige leveringsinnskrenkninger ved kraftrasjonering

på grl. § 121, jf. f.eks. grl. § 1. Eller sagt på en annen måte; det var ikke Stortingets mening at § 115 skulle erstatte § 121. Som vist har det gått annerledes. Jeg har reist noen spørsmål om den «løsningen» som er valgt: Som jeg svarer kort på her:

15) Er «lite inngripende» en rettsregel? Stortinget har med sin «bit-for-bit» strategi havnet i en selvoppfyllende profeti. Det folkets høyeste representanter sier at er «lite inngripende» er per definisjon også «lite inngripende». Men herfra er det et langt steg til utviklingen av en konstitusjonell sedvanerett. Begrepet er i beste fall hva som rettssteorien har kalt deklamatoriske bestemmelser; «Hvem som helst kan putte hva som helst i dem, og vakre talemåter alene skaper ingen virkelige rettsfunksjoner».¹¹ Dette er tilfellet for «lite inngripende». Alle påstander om konstitusjonell sedvane eller –rett mangler ethvert rimelig grunnlag.

16) Hvordan skal en måle om overgang av beføyelser er «lite inngripende»? I dette grunnleggende spørsmål er jeg kommet til at gode rettspolitiske hensyn tilsier at det eneste mulige er en vurdering av akkumulerte myndighetsovergang; selv om dette har skjedd etappevis, altså summen av alle beføyelser i energi saker inntil et visst tidspunkt. Dvs. det EU har oppnådd i kraft av Energipakke 2,3 og 4. Det er dette som må være skjønnstema–

17) I fortsettelsen har jeg lagt til grunn at det kun er den akkumulerte overgang av beføyelser som teller. Dette kan utelukkende vurderes ved «Veis ende», Altså hvilke beføyelse hadde EU og Norge ved EØS-avtalens inngåelse (1992), og hvordan ser situasjonen nå ut i 2020?

18) Regjeringen har gjentatte ganger utesket Justisdepartementets lovavdeling om sitt standpunkt til overgang av beføyelser til EU. Hva er problemet med Lovavdelingens uttalelse? Mitt hovedinntrykk at Lovavdelingen er for vag i flere av sine analyser fordi beskrivelsen av faktum, noe som er kjernepunktet i all rettslig analyse, er mangelfull. Mitt grunnleggende ankepunkt er at Lovavdelingen konkluderer uten å ha tatt utviklingen der NVE var tiltenkt de administrative oppgaver som nå, men som i stedet ender opp med det ustyrlige organ RME som verken skal lystre norsk lov eller instruks, men utelukkende ta signaler fra EU. Før en kjenner de faktiske omstendigheter og ikke minst hva som er formålet med den omstridte ordning, kan en ikke godt konkludere i rettsanvendelsen.

¹¹ Erik Boe, Den rettslige betydningen av politiske målsettinger i stortingsmeldinger, komitéinnstillinger osv. Jussens Venner 1981 s 235-255.

19) Hvordan ser den ordningen ut som er innført? Er Norge «herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere»? Mitt svar er nei, jf. professor Graver.¹² De to helt sentrale organer i energipolitikken er Kommissjonen og agenturet som arbeider tett sammen i forbindelse med gjennomførelsen av energiforordningen og hører det europeiske nett afvtransmissionssystemoperatører for elektrisitet. Det er videre klart at ACER med sine RME-satellitter i hver MS ikke kan instrueres fra nasjonalt hold, samtidig som de kan treffe vedtak internt med virkning for private i Norge.

20) Lovavdelingen er en gren av den utøvende makt. Det er et organ for Kongen. Den har ingen fristilt posisjon. Det kan instrueres på samme måte som Olje- og energidepartementet (OED) instruerer NVE eller Oljedirektoratet (OD). Lovavdelingen er med andre ord ikke fristilt slik som den nye Reguleringsmyndigheten for Energi (RME), er. Siden mange har pekt på Lovavdelingens uttalelse som om den var en uavhengig analyse av ACERs forhold til grunnloven, må dette nødvendigvis nevnes. Derfor: uttalelsen fra Lovavdelingen er ikke noe annet eller mer enn en hvilken som helst prosessfullmektigs fremstilling av sin klients syn på tolkning, fakta og rettsanvendelse.

21) Når det gjelder skillet mellom overnasjonal- og mellomfolkelig rett har vurderingen gått på, som også Lovavdelingen påpeker; «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». Derfor; blir spørsmålet om Norge er herre over dette siste ledd i beslutningskjeden som til syvende og sist adresserer seg til norske private aktører?

22) Ved klassifiseringen er det avgjørende om RME er et organ for EU og ikke et organ for Norge. Norge har kun plikter i forhold til organet – vi må huse og finansiere det (også ACER) – men ingen rettigheter. Organet er fristilt fra norske offentlige og private interesser. Organet vil i sine vedtak som rammer private norske aktører, aldri komme til å gjøre noe annet enn det EU dikterer via ESA. Dvs. at Norge ved «den valgte konstruksjon» derved har gitt slipp på «kontrollmuligheten» og er således ikke lengre «herre» i eget hus.

¹² Hans Petter Graver, Grunnlovens § 115 og (særlig) ACER-saken – Betenkning avgitt til Nei til EU s. 20.

23) Grunnloven § 115 stiller en rekke kumulative krav som må være oppfylt for at denne paragraf skal komme til anvendelse i en sak som gjelder suverenitetsavgivelse. Kravet her er at det er den organisasjon som «Norge er tilsluttet eller slutter seg til»,

24) Jeg tolker dette slik at det organet som innmeldelsen her gjelder dvs. EU, er det organ som *de facto* har overtatt de norske «beføyelsene» som nevnt i § 115. Eller sagt på en annen måte, dersom disse «beføyelser» gjennom en internasjonal avtale gjelder EU, oppfyller det ikke kravene i § 115 å melde seg inn i et annet organ, *in casu* ESA.

25) Kravet om at overlatte beføyelser gjelder «et saklig begrenset område» Det er kun når myndighetsovergangen er *helt fasttømret* og ikke flytende (dynamisk), at området kan sies å være et «saklig begrenset område». For at det skal være tilfelle må det gjelde at EU-kompetansen ligger fast og ikke kan utvides av EU alene uten etter en ny folkerettslig avtale med Norge. Dvs. at en avtale som på papiret er statisk har i praksis blitt dynamisk. Nye forordninger og direktiver vedtas av EØS-komiteen og i Norge på «autopilot», jf. EØS artikkel 2; om avtalens saklige innhold, «... med «avtale» [menes] avtalens hoveddel, dens protokoller og vedlegg samt de rettsakter som er omhandlet i dem» (uth.her). jf. også EØS artikkel 118. Det samme følger av EØS artikkel 6 for EU-domstolens prejudikater.

26) Kan Regjering og Storting omgå Grunnlovens bud ved formalistiske og organisatoriske konstruksjoner som skjuler suverenitetstap? Eller er det realiteten som avgjør? Er det kanskje slik at norsk retts ulovfestede «omgåelsesnorm»¹³ og «gjennomskjæringsregel» - som stiller spørsmålstegn ved gyldigheten av juridiske konstruksjoner, må legges til grunn?

27) Når oppstår grunnlovsstrid? Professor Andenæs skriver at suverenitetsavgivelse er lovlig, men det forutsetter at avgivelsen skjer i et «samarbeid mellom *likestilte* stater i felles interesse» og de kontraherende parter må sammen etablere *et felles* internasjonalt organ i full gjensidighet. Ifølge Andenæs er det grunnlovsstridig myndighetsoverføring «*selv om den formelle suverenitet var respektert*».¹⁴ Ved medlemskap i ACER har ESA og RME blitt *et organ for* EU og ikke for Norge, som gjennom sin praksis følger en 1-pilar-løsning i strid med Grl. § 1.

Regjeringen har således satt Norge i en situasjon der vi har forpliktet oss til raskt og uten slingringsmonn å kopiere og gjennomføre nye EU-forordninger og direktiver,

¹³ Magnus Aarbakke, Omgåelse av skatteregler som rettsanvendelsesproblem, LoR 1970 s. 1-24.

¹⁴ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s. 265.

et forhold som professor Andenæs omtaler som «*lydrikeforhold*»¹⁵, i strid med Grunnloven § 1.

¹⁵ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s. 266.

I. Hva saken gjelder – og hvordan gripe det an?

«Historisk set har elektrisitetssystemet vært dominert av vertikalt integrerte, ofte offentlig eide, monopolvirksomheter».¹⁶

«Gjennom opprettelsen av ACER er det lagt opp til et sterkere samarbeid mellom de nasjonale reguleringsmyndighetene for elektrisitets- og gassmarkedene i Europa».¹⁷

A. Siktemålet med analysen

Iht. oppdrag fra «Nei til EU» er jeg bedt om

- *for det første* å utrede på hvilke punkter endres og utvides ACERs vedtakskompetanse og de facto styringsmuligheter i den reviderte forordningen (andre relevante deler av Energipakke 4).

- *For det annet* hvordan og i hvor stor grad kan vedtak fra EU-organer, eventuelt via ESA og den uavhengige Nasjonale Reguleringsmyndighet for Energi (RME) samt EUs regelverk og plandokumenter virke inn på regulering og utbygging av grensekryssende kabelforbindelser fra Norge – ut fra bestemmelsene i Energipakke 4.

- *For det tredje*, om EU-reglene åpner for myndighetsoverføring som krever bruk av Grl § 115? I denne vurderingen kan det legges til grunn en institusjonell ordning som i Energipakke 3.

Etter en kort innledning skal jeg i tur og orden besvare problemstillingene opplistet i kulepunktene. Regelverket som en må forholde seg til er som følger. Innenfor EU-retten: både Energipakke 3 (vedtatt, se vedlegg 1) og Energipakke 4 (ikke vedtatt tatt inn i EØS ennå, se vedlegg 2). I norsk rett står Grunnloven i fokus, i.e. §§ 1, jf. § 121 og §§ 26 og 115.

Mens mye har vært skrevet om forholdet mellom § 26 og § 115, har oppmerksomheten i liten grad vært rettet imot den saklige virkekrets for § 115 og om suverenitetsavståelse i noen tilfeller må ty til grunnlovsendring iht. § 121 jf. § 1. Det er her snakk om det professor C.A. Fleischer betegnet som «en øvre grense» for bruk

¹⁶ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet preambelet avsnitt 2

¹⁷ Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s. 17.

av § 93 (§ 115) mot myndighetsoverføring som kun kan skje ved grunnlovsvedtak etter § 112.¹⁸

Denne betenkning er et forsøk på å rette opp i dette, samtidig som jeg vil overprøve flere av regjeringens påstander om rettstilstanden, f.eks. dette:

«Det er viktig å holde fast ved at behandlingen av konsesjoner for utenlandsforbindelser fortsatt fullt og helt gjøres av norske myndigheter, og etter norsk lovverk. De premissene som fremkommer av avtalen mellom et flertall på Stortinget 20. mars 2018 om innlemmelsen av den tredje energimarkedspakken i EØS-avtalen, ligger til grunn for det videre arbeidet fra norsk side med rettsakene i ren energipakken fra EU.¹⁹

Min innledende kommentar til politiske standpunkter som serveres i ACER-debatten er at skråsikkerhet om rettstilstanden er en risikabel sport, jf. EU-domstolens «virkningstolkning»²⁰ og metoden med at EU-rettens hovedregel tolkes utvidende, mens unntak tolkes innskrenkende, se EØS artikkel 125, i kap. II. C. iv). Det eneste som nytter er at Norge får aksept for sitt syn i en EU-Norge Felleserklæring: Her «lytter norske politikere med det døde øret» F.eks. skrev avisen Nationen at «Espen Barth Eide seier han vil ha gjennomslag [for APs standpunkter om norsk eksklusiv bestemmelsesrett om utenlands kablene] i forhandlingene i stortingskomiteen».²¹ Dette er vel og bra, men feil adressat. Partiene på Stortinget kan selvsagt ikke gi noen garantier for at APs syn på hvordan ACER/RME skal operere og hva de skal kunne beslutte. Dette avgjør EU suverent uten noen innblanding fra Norge. Som jeg påpekte i Aftenposten 19. februar 2018 så må AP kreve at Regjeringen forhandler med EU om innholdet i ACERs myndighet til å avgjøre. Resultatet må de så nedfelle i en Felleserklæring som inkorporeres i EØS-avtalen. Alt annet er spillfekteri.

B. *De facto* og *de jure* styringskompetanse

Analysens siktemål er å fremstille *de facto* og *de jure* styringskompetanse til EU-energibyrået «Agency for the Cooperation of Energy Regulators» (ACER) med underliggende organer hhv. Distributionssystemoperatørene (DSO), Netværk af

¹⁸ Carl August Fleischer, «Grunnloven § 93», i: *Jussens Venner 1963 s. 73-110* på s. 93 flg.

¹⁹ Skriftlig spørsmål fra Trygve Slagsvold Vedum (Sp) til olje- og energiminister Kjell-Børge Freiberg. Dokument nr. 15:2047 (2018-2019) 14.08.2019.

²⁰ Jo Shaw, *Law of the European Union* (Palgrave 2000) s. 30.

²¹ Nationen 10 mars 2018.

Transmissionssystemoperatører for Elektrisitet (ENTSO-E), "Transmission System Operator" (TSO) og de nasjonalt funderte Nasjonale Reguleringsmyndighet for Energi (RME). Denne fremstilling er av ren EU-rettslig karakter.

Min oppgave er å gi en komparativ analyse av forholdet mellom ACERs kompetanse hhv. under pakke 3 og pakke 4, jf. «endres og utvides». Det tolker jeg slik at de mange forordninger som kun er «omarbeidet» ikke er interessante fordi de kun inneholder små justeringer (se som eks. Tabell 1). I og med at det store spranget i retning av EUs enekompetanse skjedde mellom 2009-ordningen og Energipakke 3 skal jeg først se på dette.

Politikere – også i Stortinget – har fremført det syn at «alle utenlandskabler skal være et statlig monopol, ved Statnett»,²² noe som betyr at Norge for fremtiden fortsatt vil ha enekompetanse til å treffe vedtak om utenlandskabler.²³ Dette er – som vist i fortsettelsen – ikke lett forenelig med Regjeringens oppfatning av Energipakke 3's regelfastsetting og vedtaksmyndighet mht. nye kabler ut av Norge:

“EUs medlemsstater er representert i Electricity Cross Border Committee (ECB), grensehandelskomiteen, som godkjenner den endelige versjonen av regelverket før det vedtas av Kommisjonen (komitologiprosedyre). Når et regelverk er godkjent av ECB, skal det også godkjennes av Rådet og Parlamentet. EØS/EFTA-statene deltar som observatører i ECB. Slik deltakelse, uten stemmerett, følger av EØS-avtalen, og er samtidig tydeliggjort gjennom en egen EØS-tilpasning».²⁴

Det kan innvendes at «regelverket» ikke nødvendigvis er det samme som vedtak om bygging av nye kabler. Det er selvsagt korrekt, men underslår at når vedtak om «overføringslinjer» over lande- og regionsgrenser er truffet i EU og gjort EØS-relevant, så gjelder EØS-avtalen artikkel 7; «Rettsakter ... skal være bindende».

For det annet skal betenkningen spisses slik at tema kun dreier seg om grensekryssende kabelforbindelser fra Norge. Også dette blir ren EU-rett – relatert til regelverket i pakke 4.

²² J.f. «5-parti-avtalen», Abc nyheter, «ACER og utenlandskabler: Barth Eide garanterer mot private utenlandskabler» <https://www.abcnyheter.no/nyheter/politikk/2018/03/20/195381494/barth-eide-garanterer-mot-private-utenlandskabler>

²³ Legges til grunn av Olje- og energidepartementet, Høringsnotat (udatert). Forslag til ny forskrift om nettregulering og energimarkedet, samt endringer i energilovforskriften, forskrift om kraftomsetning og netjtjenester, forskrift om kontroll av nettvirksomhet, forskrift om systemansvaret i kraftsystemet, forskrift om leveringskvalitet i kraftsystemet, forskrift om rapporteringsplikt for kraftleveringsavtaler, forskrift om energitredninger og forskrift om planlegging og gjennomføring av rekvisisjon av kraft og tvangsmessige leveringsinnskrenkninger ved kraftrasjonering.

²⁴ Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s.7

For det tredje er undersøkelsens gjenstand «om EU-reglene åpner for myndighetsoverføring som krever bruk av Grl § 115». Dette gjelder norsk statsforfatningsrett. Mens direkte fokus er på prosessuelle regler i grunnloven § 115, må denne leses i sin kontekst, dvs. den konstitusjonelle retten for øvrig, *In casu* grl. §§ 1 og 121.

Her er det tre spørsmål: Det ene gjelder hvilke *saksbehandlingsregler* som kommer til anvendelse ved vedtakelsen av Energipakke 4, dvs. enten grl. § 26 eller § 115? Eller er det ingen vei utenom grunnlovsendring iht. § 121? Det andre gjelder det *materielle* spørsmål om hvilke konstitusjonelle kompetanse- og/eller forholdsregler som evt. er overtrådt dersom pakke 4 transformeres til og inkorporeres i norsk rett. Som vist i denne betenkning er de to sentrale bestemmelse § 1, jf. § 121 og § 115: Grunnleggende og underliggende disse to spørsmål finner vi det tredje; er grunnlovens selvstendighetsbegrep, reelt og ikke formaljuridisk?

Grl. § 1:

«Kongeriget Norge er et frit, selvstændigt, udeleligt og uafhængeligt Rige. ¹ Dets Regjeringsform er indskrænket og arvelig monarkisk».

Grl. § 26

Kongen har rett til å innkalle tropper,¹ begynne krig til forsvar av landet og slutte fred, inngå og oppheve forbund,² sende og motta sendemenn.³

Traktater om saker som er av særlig stor viktighet, og i alle tilfeller traktater hvis iverksettelse etter Grunnloven nødvendiggjør en ny lov eller stortingsbeslutning, blir først bindende når Stortinget har gitt sitt samtykke dertil.⁴

Grl § 115:

«For å sikre den internasjonale fred og sikkerhet eller fremme internasjonal rettsorden og samarbeid kan Stortinget med tre fjerdedels flertall samtykke i at en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til, på et saklig begrenset område skal ha rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter, dog ikke beføyelse til å forandre denne Grunnlov. Når Stortinget skal gi sitt samtykke, bør, som ved behandling av grunnlovsforslag, minst to tredjedeler av dets medlemmer være til stede.

Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke ved deltagelse i en internasjonal sammenslutning hvis beslutninger bare har rent folkerettslig virkning for Norge».

Grl. § 121:

«Viser erfaring at noen del av denne kongeriket Norges Grunnlov bør forandres, skal forslag derom fremsettes på første, annet eller tredje storting etter et nytt valg og kunngjøres ved trykken. Men det tilkommer først det første, annet eller

tredje storting etter neste valg å bestemme om den foreslåtte forandring bør finne sted eller ei.¹ Dog må en slik forandring aldri motsi denne Grunnlovs prinsipper, men bare angå slike modifikasjoner i enkelte bestemmelser som ikke forandrer denne konstitusjons ånd, og to tredjedeler av Stortinget bør være enige i en slik forandring».

En således vedtatt grunnlovsbestemmelse underskrives av Stortingets president og sekretær³ og sendes kongen til kunngjøring ved trykken⁴ som gjeldende bestemmelse i kongeriket Norges Grunnlov».

Det er klart at grl. § 115 (herunder forløperen § 93) må tolkes i sin kontekst, jf. passusen i første setning «rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter, dog ikke beføyelse til å forandre denne Grunnlov». For å besvare dette må en kjenne innholdet i de «beføyelser som ... ellers tilligger» statsmakten, jf. ordet «ellers». Dette omfatter «de høyeste statsorganer», og sikter imot andre grunnlovsbestemmelser enn grl. § 115, f.eks. grl. §§ 1 og 121. Dvs. at den vurdering som må foretas gjelder ikke kun grunnlovmessigheten av ACERs forvaltningsvedtak – «overføringen til et overnasjonalt organ av myndighet av lovgivende, utøvende eller dømmende art med direkte virkning for norske borgere»²⁵ – men i vel så stor grad virkningen for norsk energilovgivning generelt. Dersom Energipakke 4 hindrer Norge fra å lovregulere energi-feltet, blir spørsmålet om dette strider imot grl. § 1, jf. § 49. (Se kap. IV).

²⁵ Innst.S. nr 149 (1962-63), St.forh.1962-1963 bd. 6a, s.334.

II. På hvilke punkter endres og utvides ACERs vedtakskompetanse og de facto styringsmuligheter i den reviderte forordningen

«Elsektoren i Unionen er ved at undergå en gjennomgribende forandring, ... med henblik på at sikre, at markedene og nettene fungerer optimalt til gagn for virksomheder og unionsborgere. Hensigten med nærværende forordning er at bidrage til gennemførelsen af målene for energiunionen, hvoraf energisikkerhed, solidaritet, tillid og en ambitiøs klimapolitik er en integreret del».²⁶

«Hvordan Norge skal forholde seg til det nye styringssystemet for energiunionen er for tidlig å si. Systemet blir omfattende, og EU skal nå mål som ikke nødvendigvis er tilpasset vårt energisystem. Vi må derfor finne en modell som er tilpasset vår nasjonale planlegging, samtidig som vi bidrar til energisamarbeidet i Europa, sier [Statsråd Tord] Lien».²⁷

Formålet med dette kapittel er å beskrive hvordan kompetansefordelingen mellom EU og medlemstatene (MS) har endret seg fra energiløsningen av 2003 via Energipakke 3 til Pakke 4 i 2019 dvs. er det enekompetanse for EU, delt kompetanse mellom EU og MS, evt. enekompetanse til MS. Denne metodikken er valgt fordi «lite inngripende» må ikke avhenge av om myndighetene gjennomfører myndighetsovergangen i små etapper eller om det gjennomføres alt på en gang. I motsatt fall vil jo begrepet være intetsigende, fordi en aldri ville overskredet «lite inngripende (se kap. IV A.ii).

A. EUs energibyrå (ACER) og beslutningene: Opprinnelig EØS-ordning, 1992

Utgangspunktet er å finne i spørsmålet om EU eller MS har «restkompetansen», dvs. kan bestemme over alle de tema som EU enda ikke har regulert. Eller er EU-rettens regler innrettet slik at MS kun har lovgivningsmyndighet der EU uttrykkelig har delegert dette til MS?

²⁶ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/941 af 5. juni 2019 om risikoberedskab i elsektoren og om ophævelse af direktiv 2005/89/EF, preamblet avsnitt (1).

²⁷ <https://www.europalov.no/politikkdokument/eu-tiltaksplan-for-ren-energi/id-9543> (besøkt 22 juli 2020).

EU-retten omfatter de livsområder som dekkes av EU-traktatene,²⁸ dvs. de aller fleste som har innvirkning på de 4 friheter. Etter innlemmelse i EU er MS kompetansen regulert av EUs «Tiltredelsestraktat» (Accession Treaty) og «lov om tiltredelse» (Act of Accession). Ved medlemskapet gir MS fra seg sin autonome lovgivningskompetanse for reguleringer der EU har vedtatt fellespolitikker – dvs. alle forhold som omfatter det indre marked og de 4 friheter, herunder f.eks. «the customs union» og «Common fisheries policy»²⁹

- i) EØS-medlemsstaters plikter: Påbud om MS-rapportering, samarbeid, arrangementer og andre plikter:

MS er i noen tilfeller pålagt å initiere og iverksette iht. Energipakke 3 og 4, en lang rekke oppgaver på vegne av EU. Dette nevnes for oversiktens skyld, men behandles ikke her fordi det ligger utenfor de tema som jeg skal uttale meg om.

- ii) EØS-medlemsstaters kompetanse til å treffe lovvedtak

Mitt utgangspunkt er – som vist – at medlemstaten ved sitt medlemskap i EU overfører all suverenitet som omfattes av EU-traktatene til EU, jf. Accession Treaty og Accession Act.³⁰ MS eneste mulighet for lovregulering er at EU delegerer lovgivningskompetanse til MS. Allerede dette utgangspunkt signaliserer en politisk vilje til å forlate den nasjonale autonomi som våre forfedre kjempet igjennom i Norges første år som selvstendig stat. Jeg minner om «de Castbergske konsesjonslover» i 1906, 1909 og 1917, den første også betegnet som «panikkloven» vedtatt i all hast i april 1906, som ble avløst av midlertidig lov 12. juni 1906.³¹ Hvor mye av dette er vi villig til å «gi på båten»? Hvor går smertegrensen?

Fordi EØS-statene ikke er medlemmer i EU er Island, Liechtenstein og Norge ikke bundet av disse instrumenter, heller ikke forordningene som jo har direkte

²⁸ Traktaten om den Europeiske Union og Traktaten om Den Europeiske Unions Funksjonsmåte

²⁹ Peter Ørebech, The Fisheries Issues of the 2004 Second European Union Accession Treaty: A Comparison with the 1994 First Accession Treaty, International Journal of Marine and Coastal Law, Vol 19, No 2 (Koninklijke Brill NV, 2004) s 99 flg

³⁰ Se som illustrasjon og for en detaljert analyse se Peter Ørebech, op.cit. s 99 flg

³¹ Ot.prp.nr.54 (2003–2004) Om lov om endringer i lov 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. og lov 14. desember 1917 nr. 17 om vasdragsreguleringer s.8.

virkning for rettssubjektene i MS (EØS artikkel 7 litra a). EØS-hovedavtale gir rammen for EFTA-land som er medlemmer, dvs. alle minus Sveits. Detaljene fastsettes i og i medhold av Vedlegg, Felleserklæringer og Protokoller og de der omhandlende EU-rettsakter. Etter forslag fra og ofte også vedtatt av det plutokratiske organ EU-kommisjonen forandres disse forordninger og direktiver fortløpende. Ingen norske reguleringer fra noe rettsområde er inkorporert i EØS-avtalen. Vi står således overfor en betingelsesløs og fullstendig overtakelse av EU-retten som gjelder for det indre markedet, dvs. i overkant av 12.000 reguleringer. Det er ingen likeverdighet mellom partene, jf. professor Johs. Andenæs; som la til grunn at Norge kunne bli medlem av EU *hvis* det var «tale om samarbeid mellom likestilte stater i felles interesse».³²

Det er videre ikke tale om noen gjensidig anerkjennelse av hverandres reguleringer. Det er således klart at prinsipper om samsvarsvurderinger av hverandres lovkrav som er vanlig i bi- og multilaterale avtaler, er fraværende i EØS.

I dag vet vi derfor bedre fordi vi har fått syn for segn. Ideen om EU og Norge som «likeverdige stater» som «samarbeidet» i «full gjensidighet»³³ er «luftslott».

MS-kompetansen – som her brukes om alle EØS-land – rekker så langt som EU har bestemt. Handlingsrommet avhenger fullt og helt av EU. Dvs. MS-myndighetens skranker er intet produkt av mellomfolkelige avtaler, men er helt ut avhengig av EUs unilaterale vedtak.³⁴ Evt MS-vedtak som er brudd på Kommisjonens oppfatning av MS-vedtakene, som Kommisjonen kan underkjenne.

MS' kompetanse innenfor energiretten blir gradvis snevrere og omfatter nå kun detaljerte bestemmelser: Med dette menes det utfyllende regler:

«Etter tredje energimarkedspakke har Kommisjonen kompetanse til å vedta utfyllende forordninger i form av såkalte nettverkskoder eller som bindende retningslinjer.»³⁵

Tilsynelatende gir EU-forordning 2019/943 artikkel 62 medlemstaten garantier for at kompetansen til å treffe vedtak og fastsette lover i energisektoren er i behold,

³² Johs. Andenæs, Statsforfatningen (1997) s. 265.

³³ Johs. Andenæs, Statsforfatningen (1997) s. 265.

³⁴ Se Peter Ørebech op.cit. 106.

³⁵ Prop. 4 S 2017–2018 s. 7. Se som illustrasjon, Kommissionens forordning (EU) 2017/2195 af 23. november 2017 om fastsettelse af retningslinjer for balancering af elektrisitet og Kommissionens forordning (EU) 2015/1222 af 24. juli 2015 om fastsettelse af retningslinjer for kapasitetstildeling og håndtering af kapasitetsbegrænsninger. Se også Kommissionens forordning (EU) 2016/1719 af 26. september 2016 om fastsettelse af retningslinjer for langsigtet kapasitetstildeling.

jf. overskriften; «Medlemsstaternes ret til at træffe mere detaljerede foranstaltninger». Lesing av Artikel 62 forteller oss imidlertid noe annet:

«Denne forordning *berører ikke* medlemsstaternes ret til at opretholde eller indføre foranstaltninger, der indeholder mere detaljerede bestemmelser end dem, der er fastsat i denne forordning, i de i artikel 61 omhandlede retningslinjer eller i de i artikel 59 omhandlede netregler, *forudsat at disse foranstaltninger er forenelige med EU-retten*» (uth.her)

Som påvist er MS-kompetansen begrenset til å gi mer detaljerte regler enn slike som EU har vedtatt for kraftnettet og som ikke strider imot disse, dvs. det er her kun gitt kompetanse til å etablere utfyllende regler. Det vises videre til at forordningen oppstiller flere modifikasjoner. For de første «*berører ikke*» og for det annet «*er forenlig med*».

Ett tilfelle må likevel nevnes som en kontrast til de altoverveiende tilfeller av overnasjonalitet (1-pillar ordning) innenfor energiretten. Når det gjelder adgangen til å fremme «anvendelsen af energi fra vedvarende energikilder»³⁶ opererer EU med en særegenhet som en ellers ikke er vitne til. Her vrakes den overnasjonale løsning med flertallsvedtak i EU til fordel for en ren 2-pillars ordning som krever enstemmighet mellom de MS som inngår som parter i en avtale som innbefatter flere MS:

«Dette samarbejde kan involvere private operatører og skal foregå under fuld overholdelse af folkeretten»³⁷

Dersom det er noe i at EU slett ikke stevner jevnt og trutt dypere inn i den føderale staten, så kan det spørres om hvorfor stadig flere ordninger er *for det første* forordninger som adresserer EU-statsborgerne direkte og *for det annet* hvorfor avgjørelsene mer og mer tildeles byråkratiet i Brussel samt utplasserte sektorbyråer som ACER, samtidig som EU-rådets avgjørelser treffes med kvalifisert flertall og ikke som i konføderasjonen og i folkeretten, ved enstemmighet. I EU-energiretten finnes *kun ett eneste tilfelle* av henvisning til folkerettslige skranker.

Jeg tar som utgangspunkt at forskjellen mellom den 3dje og 4dje Energipakke og de bestemmelser som disse erstattet (1992-ordningen) kommer enklest frem ved å sammenligne EU-kompetansen og styringsretten etter de nyeste pakker og EØS-avtalen Vedlegg IV pr. 2.mai 1992 slik den var i den opprinnelig avtale: Da ser vi klart

³⁶ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2018/2001af 11. december 2018, om fremme af anvendelsen af energi fra vedvarende energikilder (omarbejdning).

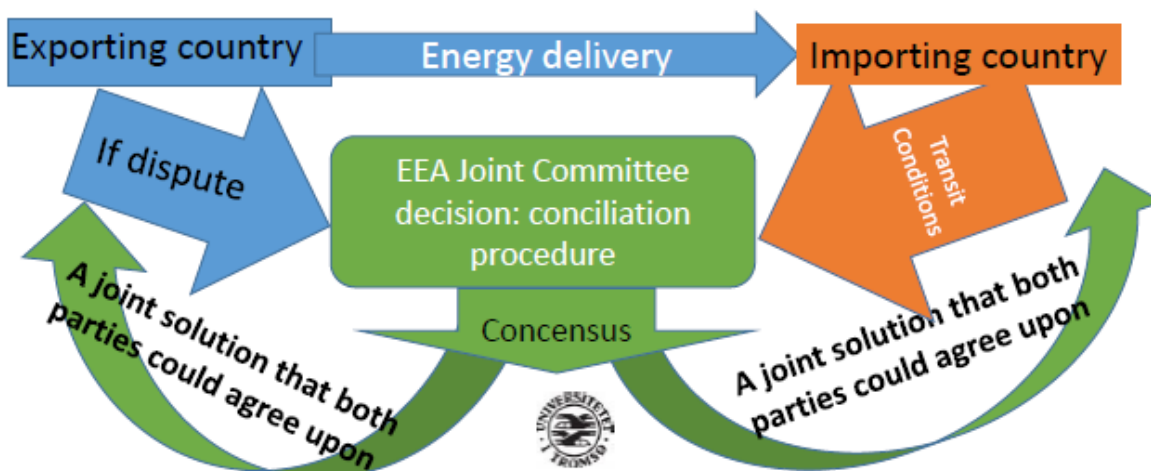
³⁷ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2018/2001af 11. december 2018, om fremme af anvendelsen af energi fra vedvarende energikilder (omarbejdning), artikkel 11 pkt.1.

trendene for utviklingen i EU-styringen av energimarkedet. Dvs. vi må undersøke vedtaksprosessen iht. opprinnelige energiregulering: Se som illustrasjon: Council Directive 90/547/EEC av 29 oktober 1990:

«Direktivets bestemmelser skal for denne avtales formål gjelde med følgende tilpasning: a) I artikkel 3 nr. 4,

...

- iii) hvert av de berørte foretak kan, med hensyn til handel mellom Felleskapet og en EFTA-stat, anmode om at vilkårene for transitt gjøres til gjenstand for en *forlikprosedyre* som skal fastsettes av EØS-komiteen (uth.her)»



Figur 1: Organiseringen av beslutninger om samkjøringsledninger, høyspentnett og grenseoverskridende kabler, et 2-pilar system

Ordningen for tvisteløsning fremgår av figur 1. Denne kopierer mellomstatlige tvisteløsninger som vanligvis brukes i internasjonale kontrakter, og i voldgiftsdomstoler. Løsningen her er normalt en 50/50 løsning – og ikke som det diktat som Energipakke 3 & 4 legger opp til. Mens EU avviser alle beslutningsmodeller som medfører bindinger av EU-organer, krever EU full underkastelse for MS-land i EØS som ikke er medlemmer av Unionen. Det vi her er vitne til har skjedd også tidligere da den felles EØS-domstol ble vraket av EU-domstolen i 1991, noe som avstedkom EFTA-domstolen. Igjen et eksempel på den totale mangel på «likestilte stater i felles interesse». jf. professor Andenæs.³⁸

EU-kommisjonen foreslo våren 2017 et forslag for Det Blandede EØS-utvalg bestående av EFTA og EU-representanter om at den tredje energipakke skulle være EØS-relevant og at denne – med de tilpasninger som EØS-avtalen krevde – ble inkorporert i EØS-avtalen Vedlegg IV (Energi):

³⁸ Johs. Andenæs, Statsforfatningen (1997) s. 265.

«*Udvidelsen* af gældende EU-ret til at omfatte EØS-EFTA-staterne ved indarbejdelse heraf i EØS-aftalen gennemføres i overensstemmelse med EØS-aftalens mål og prinsipper om at oprette et dynamisk og ensartet europæiske samarbejdsområde på grundlag af *fælles regler* og lige konkurrencevilkår. Disse bestræbelser omfatter *alle* politikker inden for området fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital såvel som ledsagepolitikker og horisontale politikker i EØS-aftalen» (uth.her).

Her fremgår det at ved inkorporering av Energipakke 3 i EØS-avtalen vil energi være ansett som en vare som fullt ut er omfattet av de 4 friheter og tilgrensende EU-politiske målsettinger – herunder også alle horisontale politikker i EØS. Dette krav er nedfelt i *EØS artikkel 7*:

«Rettsakter som er omhandlet i eller inntatt i vedlegg til denne avtale eller i EØS-komiteens vedtak, *skal være bindende* for avtalepartene og skal være eller gjøres til del av deres interne rettsorden»:

Dette omfatter følgelig alle bestemmelser som hemmer den frie flyten av energi slik vi ser det i f.eks. følgende bestemmelser:

- **EØS Artikkel 11.** «Kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene».
- **EØS Artikkel 12.** «Kvantitative eksportrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene»
- **EØS Artikkel 13.** «Bestemmelsene i artikkel 11 og 12 skal ikke være til hinder for forbud eller restriksjoner på import, eksport eller transitt som er begrunnet ut fra hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett. Slike forbud eller restriksjoner må dog ikke kunne brukes til vilkårlig forskjellsbehandling eller være en skjult hindring på handelen mellom avtalepartene».
- **EØS artikkel 40:** «*Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det mellom avtalepartene ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen. Vedlegg XII inneholder de bestemmelser som er nødvendige for å gjennomføre denne artikkel.*»
- **EØS artikkel 4.** «*Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir.*».
- **EØS artikkel 124.** «*Avtalepartene skal gi statsborgere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene den samme behandling som sine egne statsborgere med hensyn til adgangen til å plassere kapital i selskaper som definert i artikkel 34, med forbehold for anvendelsen av de øvrige bestemmelser i denne avtale.*».

- **EØS artikkel 125.** «Denne avtale skal ikke på noen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten.

B. EUs energibyrå (ACER): Energipakke 3 og «Det store spranget» (1)

Borgarting Lagmannsrett beskriver Energipakke 3 slik:

«EIII ble vedtatt i 2009. Pakken består av et sett av forordninger, direktiver og kommisjonsbeslutninger, som skal bidra til å harmonisere betingelsene for handel i EUs indre energimarked. Rettsaktene inneholder dels materielle regler om regulering av energimarkedet, og dels organisatoriske og prosessuelle regler om opprettelsen av ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators) og dette byråets forhold til nasjonale myndigheter, herunder opprettelse av en uavhengig nasjonal reguleringsmyndighet (RME).»³⁹

Vi kan fastslå at det hersker alminnelig enighet om at Energipakke 3 inneholder kompetanseregler, harmoniseringsframstøt som nærmer seg full gjennomføring; «den nødvendige grad af harmonisering».⁴⁰ Denne skal drives gjennom ved hjelp av EU-Kommisjonen, ACER og RME, iht kommisjonsforordninger og -beslutninger (se vedlegg 1), dvs. vedtak med direkte virkning for enkeltaktører i kraftbransjen.

Regjeringen tar utgangspunkt i at ACER tildeles en ny beslutningskompetanse; «ACER har etter forordningen artikkel 17 nr. 5 vedtakskompetanse knyttet til unntak for nye utenlandsforbindelser, der nasjonale reguleringsmyndigheter ikke kommer til enighet innen seks måneder, eller der de i fellesskap ber om at ACER skal fatte vedtak. Det er gjort tilpasninger for eventuelle slike saker som involverer en eller flere EØS/EFTA-stater. Kompetansen til å fatte vedtak vil ligge hos EFTAs overvåkningsorgan, og det vises til omtale i punkt 4.6».⁴¹

Videre heter det

«Tilpasningen skal sikre at gjennomføringen av forordningen skjer like effektivt i EFTA-pilaren som i EU-pilaren, og er en standard tilpasning for deltakelse i EU-byråer.»⁴²

³⁹ Kjennelse av 18.03.2020, Saks nr.: 19-177184ASK-BORG/04 s. 2.

⁴⁰ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU (omarbejdning), preamble avsnitt 88.

⁴¹ Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s.21.

⁴² Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s.24

Dette må bety at ESA ikke engang kan ha tid til å oversette EU-teksten til norsk og at meningen er at alle EØS-relevante regler automatisk skal inkorporeres i EØS-avtalen. Det eneste utløsende faktum er at EU-kommisjonen – uten å søke ESA om noen godkjenning – har bestemt seg for å endre EØS. Dette betyr altså at det som i navnet er en bilateral folkerettslig avtale viser seg i gavnet utelukkende å være en automatisk inkorporering. Dette viser klart at EØS en overnasjonal avtale.

Regjeringen legger til grunn at:

«EFTAs overvåkningsorgan skal beholde rollen som uavhengig organ som kontrollerer gjennomføring og etterlevelse av EØS-avtalen, og oppgavene på dette området er *ikke endret eller begrenset*» (*uth.her*).⁴³

Regjeringen erkjenner her at ESAs rolle skal være EU-kommisjonens «ryddegutt» som påser at Norge opphever norske lover, transformerer, iverksetter og gjennomfører EU-lovene for så deretter å være EUs «vaktbikkje», dvs. håndheve EU-retten i Norge for EU. Er det kanskje andre måter å tolke ESA *parallell- eller tilpasningsvedtak* på?⁴⁴

Det skal gjøres følgende tilpasninger når EU-rettens regler gjelder for EØS-statene. Jeg lister her opp de viktigste tilfeller av tilpasning:

- 1) «Kommisjonen» skal for EFTA-statene forstås som EFTAs overvåkingsorgan (ESA).
- 2) Bindende beslutninger fra Byrådet, omhandlet i artikkel 17 nr. 5, skal erstattes av følgende bestemmelser i saker som involverer en EFTA-stat: «Byrådet» - dvs. ACER – skal forstås som ESA når kun EFTA-land er involvert. Videre gjelder:
- 3) Henvisninger til bestemmelsene i traktaten om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft skal forstås som henvisninger til de tilsvarende bestemmelsene i EØS-avtalen.
- 4) 'Byrådet' erstattes med ordene 'EFTAs overvåkingsorgan'.
- 5) Byrådet skal ha rett til å delta fullt ut i arbeidet til EFTAs overvåkingsorgan og Overvåkingsorganets forberedende organer når EFTAs overvåkingsorgan, med hensyn til EFTA-statene, utfører Byråets funksjoner som fastsatt i denne avtale, men skal ikke ha stemmerett
- 6) EFTAs overvåkingsorgan skal ha rett til å delta fullt ut i arbeidet til Byrådet og Byråets forberedende organer, men skal ikke ha stemmerett

⁴³ Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s.26.

⁴⁴ EØS-KOMITEENS BESLUTNING nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi)

- 7) Byrået og EFTAs overvåkingsorgan skal samarbeide tett når de treffer beslutninger, vedtak, avgir henstillinger, uttalelser og anbefalinger. EFTAs overvåkingsorgans vedtak skal uten unødig opphold gjøres på bakgrunn av utkast utarbeidet av Byrået på eget initiativ eller etter anmodning.
- 8) Dersom klageinstansen endrer, opphever eller avslutter en parallell beslutning til det vedtak som er gjort av EFTAs overvåkingsorgan, skal Byrået, uten unødig opphold, utarbeide et utkast til beslutning med samme virkning for EFTAs overvåkingsorgan.⁴⁵

Som en ser: Det er etablert et system med «enveiskjøring». Byrået er «play-maker» ESA er passiv tilskuer, men med makt til å «sparke nedover», til MS, herunder Norge. Det er ingenlunde noe «samarbeid mellom *likestilte stater i felles interesse*».⁴⁶

C. EUs energibyrå (ACER): Energipakke 4 og «Det store spranget» (2)

Ikke før Energipakke 3 er i havn, er Kommisjonen langt inne i gjennomføringen av pakke 4. Her sementeres systemet med EUs enekompetanse. Rester av MS kompetanse elimineres gradvis ettersom graden av forordninger og harmonisering øker. Det som er igjen av MS kompetanse «mures inne» av et vell av detaljerte EU-forordninger og direktiver. Vi er i dag milevidt unna det som var forholdet ved undertegning av EØS-avtalen. Hva het det vel ikke i 1992:

«Forordningene brukes nokså sjelden i EF på de områder som dekkes av EØS-avtalen».⁴⁷

Har vi fått syn for segn? Spørsmålet er om pakke 4 ytterligere endrer EU-kommisjonen og ACERs kompetanse og i tilfelle hvor omfattende ACERs nye kompetanse er blitt.

Hovedreglene finnes i EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om opprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder. Denne omarbeiding må imidlertid leses i sin kontekst, dvs. i hovedsak forordning (EU) 2019/943 om det indre marked for elektrisitet (omarbejdning) og direktiv (EU) 2019/944 om fælles

⁴⁵ EØS-KOMITEENS BESLUTNING nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi) s. 60.

⁴⁶ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s. 265.

⁴⁷ St.prp.nr. 100 (1991-1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) s.318.

regler for det indre marked for elektrisitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU. Som vist i fortsettelsen vil også flere Kommissjonsbeslutninger omgjøres til Kommissjonsforordninger.⁴⁸ *Det er i 2020 full faneflukt fra 1992-standpunktet, dvs. at det knapt fantes forordninger, kun direktiver innenfor energifeltet.*⁴⁹

Forståelsen av kompetansefordelingen i energifeltet mellom EU og MS i EU herunder MS i EØS krever at en ser de mange forordninger, direktiver, beslutninger og henstillinger i sammenheng. For hvilke det er snakk om, se Vedlegg 1 og 2.

EU slår i Energipakke 4 straks an tonen:

«Statslige inngrep [i MS], ofte udformet på en ukoordineret måde, har ført til øget forvriddning af engroselectricitetsmarkedet, hvilket har haft negativ indvirkning på investeringerne og handelen på tværs af grænserne.»⁵⁰

Med «statlige inngrep» menes det ikke det store antall EU-forordninger og direktiver som ustanselig «overrisler» energifeltet, men MS-reguleringer. Mens det siste er ”fy”, så er det første ”god medisin”. Dette er muligens en treffende beskrivelse for forholdene i EU, men gjelder ikke i Norge der markedsstyring og fritt forbrukervalg for lengst er innført. Men uansett dette, så viser pakke 4 at Norge skal presses inn i malen for *EU-forbrukersamfunnet* og ikke til det som er den norske virkelighet; *produsentstaten* Norge. Dette skal nå sementeres gjennom at

«ACER spiller en viktig rolle i udarbejdelsen af overordnede retningslinjer, der efter deres beskaffenhed er ikke-bindende. Netregler bør være i overensstemmelse med disse overordnede retningslinjer. Det betragtes også som hensigtsmæssigt for ACER og i overensstemmelse med dets formål, at det spiller en rolle i revisionen og ændringen af udkastet til netregler for at sikre, at de er i overensstemmelse med de overordnede retningslinjer og sikre den nødvendige grad af harmonisering, før ACER indstiller dem *til vedtagelse* af Kommissionen» (uthev.her).⁵¹

⁴⁸ Se f.eks. KOMMISSIONENS FORORDNING (EU) 2017/1485 af 2. august 2017 om fastsættelse af retningslinjer for drift af elektrisitetstransmissionssystemer, (EU) 2016/1719 af 26. september 2016 om fastsættelse af retningslinjer for langsigtet kapacitetstildeling, (EU) 2015/1222 af 24. juli 2015 om fastsættelse af retningslinjer for kapacitetstildeling og håndtering af kapacitetsbegrænsninger, (EU) Nr. 838/2010 af 23. september 2010 om retningslinjer for ordningen for kompensation mellem transmissionssystemoperatører og en fælles fremgangsmåde for regulering af transmissionsafgifter, (EU) nr. 774/2010 av 2. september 2010 om fastsettelse av retningslinjer for kompensasjon mellom systemansvarlige nettselskaper og en fælles framgangsmåte for fastsettelse av overføringstariffer,

⁴⁹ St.prp.nr. 100 (1991-1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) s.318.

⁵⁰ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektrisitet, preamblelet avsnitt 6.

⁵¹ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om opprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder, preamble avsnitt 18 – uthev.her).

Gjennom en rekke sitater fra forordninger og direktiver i den 4de Energipakke skal jeg fremstille hvilken beslutningskompetanse som EU-retten nå har tiltenkt på den ene side ACER (med underliggende organer, sentralt, regionalt og lokalt) og EU-kommisjonen og på den annen side medlemstatene – utenfor den kompetanse som EU-retten har tillagt sine «satellitter i MS»; den såkalte Reguleringsmyndigheten for Elektrisitet (RME).

Jeg behandler først noen generelle gjennomgående problemstillinger (se pkt. i-iv) før jeg går løs på kompetansen til ACER og EU-kommisjonen. Deretter undersøkes RME og så til slutt medlemsstatene (MS).

i) «Endringenes endring» - en sammenligning

” ... et første skridt hen imod skabelsen af et fuldt liberaliseret indre marked.». (uth her).⁵²

Kan Norge virkelig – slik Regjeringen insisterer på – «gi eller opprettholde mer detaljert regelverk enn det som følger av forordningen»?⁵³ Er det grunnlag for å innta et slikt standpunkt? For å kunne ta stilling til dette må vi først undersøke om Energipakke 3's artikkel 21 i EU-forordning 714/2009 videreføres i Energipakke 4, dvs. i EU-forordning 2019/943 artikkel 62. Disse kompetanseregler for medlemsstatene er endret som følger:

Artikkel 11 [(EF) 1228/2003]

«Medlemsstaternes ret til at træffe mere detaljerede foranstaltninger
Denne forordning må ikke gribe ind i medlemsstaternes ret til i overensstemmelse med Fællesskabets lovgivning at opretholde eller indføre foranstaltninger, der indeholder mere detaljerede bestemmelser end forordningen og de retningslinjer, der vedtages på grundlag af dens artikel 8».

Artikkel 21 [EU-forordning 714/2009]

Medlemsstaternes ret til at træffe mere detaljerede foranstaltninger
«Denne forordning griber ikke ind i medlemsstaternes ret til at opretholde eller indføre foranstaltninger, der indeholder mere detaljerede bestemmelser end denne forordning eller de retningslinjer, der er omhandlet i artikel 18».

Artikkel 62 [EU-forordning 2019/943]

⁵² Se f.eks. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/72/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft og om oppheving av direktiv 2003/54/EF: «, se. Artikkel 6 pkt 1.

⁵³ Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s. 18

Medlemsstaternes ret til at træffe mere detaljerede foranstaltninger

«Denne forordning berører ikke medlemsstaternes ret til at opretholde eller indføre foranstaltninger, der indeholder mere detaljerede bestemmelser end dem, der er fastsat i denne forordning, i de i artikel 61 omhandlede retningslinjer eller i de i artikel 59 omhandlede netregler, *forudsat at disse foranstaltninger er forenelige med EU-retten*» (uth. her).

Som tekstene viser går vi fra (2003) en regulering som krever at MS kompetansen må være delegert EU-rett til en ordning i 2009 der MS kompetanse fremstilles som betingelsesløs, kun med det ene vilkår at MS-lovgivingen må utpensle EU-rettsreglene. Her stilles det ikke krav om at MS-kompetansen er hjemlet i EU-retten. Siste skudd på stammen (2019) skrur imidlertid igjen dette «smutthullet».

Felles for alle «Energipakkene» er klargjøringen av at reglene i EUs energipakker er *lex superior* til norsk energirett. Dvs. at det eksplisitt er fastsatt at verken Pakke 3 og Pakke 4 inneholder noen *derogasjonshjemmel* for EØS-statene eller EU-delstatene. Av dette kan vi slutte at all motstridende norsk rett må vike for EU-retten, herunder også Norges grunnlov. Dette er ikke tvilsomt, og jeg behøver derfor ikke levere noen omfattende dokumentasjon for det. Det greier seg å vise til EØS artikkel 7 om at

«Rettsakter som ... er inntatt i ... EØS-komiteéns vedtak, skal være bindende for avtalepartene og skal være eller gjøres til del av deres interne rettsorden»

Dernest må det påpekes at det – i den nåværende situasjon med et vell av Rådsforordninger og -direktiver og kommisjonsforordninger med hensyn til grensekryssende elektrisitetshandel, og den rettskildemetode som EU-domstolen praktiserer – dvs. «virkningstolkning⁵⁴ – skal det godt gjøres å finne lakuner som tillater Norge å beholde eller etablere norsk eksklusiv lovgivning.

Norge fikk fort lære hva det vil si å bli drevet fra «skanse til skanse».

Utgangspunktet var klart nok:

«Da EF i dag ikke har noen felles energipolitikk og det foreligger lite sekundærlovgivning på energiområdet, har energisektoren ikke hatt noen framtreddende plass i EØS-forhandlingene. EØS-avtalen innebærer *ikke* at det legges opp til en *felles* energipolitikk».⁵⁵

Den følgende besvergelse fra 1992 er en gjenganger, som det ble satt endelig punktum for i hjemfallssaken for EFTA-domstolen:

⁵⁴ Jo Shaw, *Law of the European Union* (Palgrave 2000) s. 30.

⁵⁵ Ot.prp.nr.82 (1991–1992) Om endringer i energilovgivningen som følge av en EØS-avtale s.2.

«Den del av konsesjonslovgivningen for vannfall som gjelder ressursforvaltning, berøres ikke av EØS ... Det sterke offentlige eierskap i vannkraftsektoren er forenlig med prinsippene i EØS. Det samme gjelder statens forkjøpsrett ved erverv av eiendomsrett til vannfall, hjemfall til staten ved konsesjonstidens utløp og bestemmelsene om statlig forkjøpsrett og hjemfall ved aksjeoverdragelse».⁵⁶

Det skulle imidlertid ikke gå lang tid før Norge måtte ta «rev i seilene»: Standpunktet ble raskt endret til at sektoren ikke er helt uberørt av EØS, noe som norsk lovendringer som følge av EØS klart dokumenterer, se industrikonsesjonsloven som ble endret mht. regler som innebar «forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet»⁵⁷. Men som det ble presisert;

«De fleste lovendringer som er aktuelle for å skape likebehandling, har i dag liten praktisk betydning og svekker ikke Statens mulighet for styring og kontroll av nasjonale vannkraftressurser ... og er ikke [i] samsvar med målet om en mer markedsbasert kraftomsetning.»⁵⁸

Imidlertid, det er ikke bare forskjellsbehandlingen som det måtte ordnes opp i. Selve konsesjonssystemet er satt under press: *For det første* ved fjerning av konsesjonsplikten for småkraftverk:

«å gjøre saksbehandlingen i saker om utbygging av småkraftverk mer effektiv, er NVE nå delegert kompetanse til å fatte vedtak for utbygginger med installert effekt opp til 5 MW og som bare behandles etter vannressursloven».⁵⁹

For det annet: EFTA-domstolen i hjemfallsaken avsa i 2007 dom med følgende domsslutning:

“Declares that the Kingdom of Norway has infringed Articles 31 and 40 of the EEA Agreement by maintaining in force measures as laid down in Act No 16 of 14 December 1917 Relating to Acquisition of Waterfalls, Mines and Other Real Property etc., which grant to private undertakings and all undertakings from other Contracting Parties to the EEA Agreement, a time-limited concession for the acquisition of waterfalls for energy production, with an obligation to surrender all installations to the Norwegian State without compensation at the expiry of the concession period, whereas Norwegian public undertakings benefit from concessions for an unlimited period of time”⁶⁰

⁵⁶ St.prp.nr.100 (1991-92) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde s. 200 sp. 2.

⁵⁷ Ot.prp.nr.82 (1991-1992) Om endringer i energilovgivningen som følge av en EØS-avtale s.

⁵⁸ Ot.prp.nr.82 (1991-1992) Om endringer i energilovgivningen som følge av en EØS-avtale s.5-6.

⁵⁹ Ot.prp.nr.54 (2003-2004) Om lov om endringer i lov 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. og lov 14. desember 1917 nr. 17 om vasdragsreguleringer s.6.

⁶⁰ Sak E-1/00 - 26. juni 2007.

Det er vel korrekt å si at endringen av hjemfallsreglene som også gjorde kommunale kraftverk til gjenstand for hjemfall var et resultat av EU-domstolens vraking av Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer's tolkning av eiendomsskranken (EUFT artikkel 295 (345) som tilsvarende EØS artikkel 125 og domsresultatet i tre raskt etterfølgende saker – se romertall ii) straks nedenfor.

Den samme veksten i EU-energirettens regler er også synbar i EU-forordning 2009/714 som har langt flere paragrafer enn foregående forordninger, jf. den kongelige proposisjon; «den nye forordningen [er] mer omfattende. *Artiklene 3 til 12 og artikkel 25 er nye*».⁶¹

Denne økning i EU-retten er da også politisk villet, jf. målsettingen om full harmonisering av energirettens regler, noe som nødvendigvis fortrenger medlemstatenes lovverk. Se fortalen i EU-forordning 2019/943 (preamblet) som i avsnitt 49 konstaterer at:

«Detaljerte regler for at lette effektiv deltagelse på tværs af landegrænser i kapacitetsmekanismer bør fastsættes i denne forordning».

Er det MS som skal forestå denne utpensling? Nei, svaret er at denne kompetanse er tildelt EU-kommisjonen. Når samtidig MS i det indre marked er enige om at de

«bør arbejde tæt sammen om alle spørgsmål, der vedrører udviklingen af en integreret elektricitetshandelsregion, og bør ikke træffe foranstaltninger, som hæmmer en yderligere integration af elektricitetsmarkederne eller bringer medlemsstaternes og de kontraherende parters forsyningssikkerhed i fare»⁶²

– så er nasjonal alenegang ikke lenger veien å gå.

Medlemsstatene har nå mer beskjedne handlingsrom enn etter 2003 og 2009-forordningene. Selv om det skulle finnes ørsmå handlingsrom, så går kompetansen ikke lengre enn til å lage utfyllende regler, altså innenfor rammen av EU-forordning 2019/943, EU-direktiv 2019/944 jf. EU-direktiv 2009/72 , EU-retningslinjer m.m. samtidig som de ikke strider mot EU-retten generelt, se EØS artikkel 7:

«Rettsakter som er omhandlet i eller inntatt i vedlegg til denne avtale eller i EØS-komiteens vedtak, skal være bindende for avtalepartene og skal være eller gjøres til del av deres interne rettsorden»

⁶¹ Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken. s. 17.

⁶² EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU Preamble avsnitt 89.

Dette viser at intensjonen er at medlemsstatenes handlingsrom skal være på et absolutt lavmål. Det viser for det annet at selv detaljene skal EU ta hånd om fordi verken Norge eller RME har kompetanse til å vedta forordninger.

Vi ser følgelig at norske rettsregler og videre norsk lovgivningskompetanse innen Energisektoren i det store og det hele «er en saga blott». *Men det er verre enn som så*: Nye grenseoverskridende kabler også omtalt som nye «samkjøringslinjer» skal behandles i overensstemmelse med (særlig) EU-forordning 2019/943, EU-forordning 2018/1999 og EU-direktiv 2019/944.

Med dette som bakteppe, tar jeg fatt på rettsstillingen i EU-retten mht. grenseoverskrivende kabler – også omtalt som samkjøringslinjer (Se kap. III). Men først skal jeg se på noen uttrykk som gjennomgående brukes i en rekke EU-energirettlige regler:

ii) «Berører ikke»; «ikke på noen måte berøre»

Garanterer EØS-avtalen at MS har noen autonom restkompetanse? En sentral bestemmelse finnes i FORORDNING (EU) 2019/943 Artikkel 62: Medlemsstaternes ret til at træffe mere detaljerede foranstaltninger:

«Denne forordning *berører ikke* medlemsstaternes ret til at opretholde eller indføre foranstaltninger, der indeholder mere detaljerede bestemmelser end dem, der er fastsat i denne forordning, i de i artikel 61 omhandlede retningslinjer eller i de i artikel 59 omhandlede netregler, *forudsat at disse foranstaltninger er forenelige med EU-retten.*»⁶³

Tilsynelatende er MS her sikret en lovgivningsadgang for «lakuner» i EU-retten. MS kan opprettholde eller vedta mer detaljerte reguleringer enn det som følger av EU-retten. Dette er imidlertid villedende fordi EU gjennom sitt program for harmonisering av energiretten sørger for stadig mer detaljerte regler. I tillegg gjelder dette med en viktig modifikasjon: Ingen MS-lovgivning tillates dersom denne er uforenlig med EU-retten. Derav ser vi følgende: enhver MS-regulering kan risikere å bli møtt med påstanden om at disse strider mot EUs energilovgivning eller hovedprinsippene om «de 4 friheter», og at Norge om vi har forestillinger om at energirettens regler skulle vært annerledes, jo enkelt kan fremme slikt forslag for EU-

⁶³ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet

kommissjonen som, om de deler Norges syn, kan vedta forslaget. EØS-avtalen forplikter Norge til ikke å tenke på hva som tjener Norge best, men hva som tjener EU og det indre marked, best. Hvis en ikke vil fremme det felles beste vil en – vil mange hevde – ikke ha noe i EØS å gjøre.

Situasjonen for medlemsstatene i EU og EØS er imidlertid verre enn som så. Selv klinkende klare tekster setter EU-domstolen glatt til side. Uttrykket «*berører ikke*» brukes andre steder i EU-retten, også i forsterket form, se f.eks. artikkel 125:

«Denne avtale skal *ikke på noen måte berøre* avtalepartenes regler om eiendomsretten.»⁶⁴

Denne i utgangspunktet helt klare regel er som følge av EU-domstolens avgjørelser i særlig 3 dommer på begynnelsen av 2000-tallet nesten fullstendig utradert som følge av en halsbrekkende domstolsfortolkning, se bare

– *Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer*: EU-court «appear to render devoid of all practical effect Article 345 EC» [tilsvarende EØS artikkel 125]. (Opinion 6. February 2003. Sak C-463/00 og C-98/01, ECR [2003] I-4581 section 37).

– JUDGMENT OF THE EFTA COURT, 26 June 2007, Case E-2/06: «That article [295 erstatter artikkel 345] does not have the effect of exempting the Member States' systems of property ownership from the fundamental rules of the Treaty»

– JUDGMENT OF THE EFTA COURT, 26 June 2007, Case E-2/06. “It follows from the case law of the ECJ on Article 295 EC that Article 125 EEA is to be interpreted to the effect that, although the system of property ownership is a matter for each EEA State to decide, the said provision *does not have the effect of exempting measures establishing such a system from the fundamental rules of the EEA Agreement*, including the rules on free movement of capital and freedom of establishment... In light of the above, the Defendant's submission that the contested rules do not fall within the scope of the EEA Agreement must be rejected” (section 62-63, italics added).

– «The Court holds that Article 125 EEA is to be interpreted to the effect that an EEA State's right to decide whether hydropower resources and related installations are in private or public ownership is, as such, not affected by the EEA Agreement. The corollary of this is that Norway may legitimately pursue the objective of establishing a system of public ownership over these properties, provided that the objective is pursued in a non-discriminatory and proportionate manner» (section 72).

64 For en analyse av bestemmelsen se Peter Ørebech, EØS-avtalens artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004:26 Hjemfall, Lov og Rett 2006 s. 26-45.

Hva som er disse reglers «finfortolkede» innhold er usikkert fordi det baserer seg på EFTA-domstolens anvendelse av domstolskapt rett i EU – i overensstemmelse med EU-domstolens fortolkning, jf. EØS artikkel 6:

«Ved gjennomføringen og anvendelsen av bestemmelsene i denne avtale, ... skal bestemmelsene, så langt de i sitt materielle innhold er identiske ... fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet».

Fortolkningsmakten ligger i EU-domstolen. Her er EØS-landenes uten kompetanse og således uten innflytelse.

EU-tolkningsmetode er annerledes enn den norske. Mens vi er formålsoverrettede (teleologisk) er EU-domstolens tolkning virkningsorientert.⁶⁵ Storbritannia fikk smertelig erfare dette da de ble medlemmer av EEC i 1972:

“The Court’s ruling [in Case 804/79] thus illustrates how little weight it puts, in interpreting Community Law, on the intention of the draftsmen, and how much it adopts a dynamic, policy-oriented approach to promote the interests of the Community and the further integration of its Member States”.⁶⁶

Når virkningstolkningen anvendes i EØS og binder EFTA-domstolen jf. EØS artikkel 106 («mest mulig lik fortolkning»), av f.eks. EØS artikkel 125, er det ikke utenkelig at rettspraksis resulterer i *direkte motstrid* med den alminnelige tekstuelle forståelse. Hva som til syvende og sist blir endelige resultat av Energiunionen er det kun EU som kjenner. Island, Norge og Liechtenstein «er med på lasset, okke som».

Som Generaladvokat Colomer sa: EØS artikkel 125 er i realiteten utradert fordi denne ikke – slik den gjør dersom den tolkes rettsriktig iht. vanlig språkbruk – avgrensner EØS-avtalen mot eiendomsrettslige forhold nasjonalt. Dette er i skjønn forening med EU-domstolens hovedsiktemål «to pursuit of integration through law». ⁶⁷

*Det eneste som gjenstår av artikkel 125 er retten for et medlemsland til å nasjonalisere alle energiresurser.*⁶⁸ Alle andre reguleringer av nasjonale energiresurser er omfattet av EØS-avtalen og de 4 friheter. Det er kun via nasjonalisering at Norge, Island og Liechtenstein kan komme seg utenfor EØS-

⁶⁵ Jo Shaw, *Law of the European Union* (Palgrave 2000) s. 30.

⁶⁶ R.R. Churchill, *EEC Fisheries Law* (Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1987).

⁶⁷ Jo Shaw, *Law of European Union* (Palgrave, 2000), p. 27

⁶⁸ Peter Ørebech, EØS-avtalens artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004:26 Hjemfall, Lov og Rett 2006 s. 26-45

avtalens markedsliberalistiske fundament. Milton Friedmans lære har tatt grep,⁶⁹ nå gjenstår de siste trekk i harmoniseringsfinpussen.

iii) Det skal «samarbeides tett»

Et honnørord som stadig gjentas i EU-forordninger og direktiver er «samarbeid». Dette er anvendt i Energipakke 3⁷⁰ så vel som i pakke 4⁷¹. De fleste er positive til samarbeid og det springende punkt er hvem dette omfatter. ACER selges inn som «omdreiningspunkt» for samarbeidet:

«ACER bør i samarbejde med Kommissionen, medlemsstaterne og relevante nationale myndigheder [RME] overvåge de indre markeder for elektrisitet og naturgas ... ACER stiller en integreret ramme til rådighed, inden for hvilken *de regulerende myndigheder* kan deltage og samarbejde» (uth.her).⁷²

Dette inneholder setninger som er egnet til å misforstås: Mange vil oppfatte det slik at det dreier seg om forholdet mellom ACER og MS i EU. Det er en misforståelse: De «energiregulerende myndigheter» er RME-Norge, RME-Danmark, RME-Sverige, osv. – EUs organ i medlemsstaten. Det er dette av nasjonalstaten *helt uavhengige* organ som det siktes til, slik det gjøres f.eks. i 2019:

« ... kræves det af medlemsstaterne, navnlig deres uafhængige regulerende myndigheder at de samarbejder om regulerende foranstaltninger med grænseoverskridende virkninger».⁷³

Dette betyr at RME i et energiproduserende land som Norge skal – uten innblanding av norske myndigheter eller interesser – finne felles løsninger med energikonsumerende land uten like mye fornybar energi som oss, f.eks. Danmark og Tyskland. Det er ikke utenkelig – for å si det forsiktig – at norske interesser vil bli den tapende part.

⁶⁹ Milton Friedman, *Capitalism & Freedom*, The University of Chicago Press, 1971

⁷⁰ Se f.eks. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/72/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft og om oppheving av direktiv 2003/54/EF: , se preamblet avsnitt 19

⁷¹ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om opprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder, (preamblet avsnitt 3)

⁷² EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om opprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder, (preamblet avsnitt 15-16)

⁷³ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om opprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder, (preamblet avsnitt 4)

«Danmark har generelt stor gevinst af det internationale marked for energi, og at reglerne derfor overholdes, hvilket netop er ACERs rolle. Solide rammer for grænseoverskridende handel med energi betyder, at vi kan integrere en højere andel af vedvarende energi samt sikre lavere energipriser for de europæiske forbrugere»⁷⁴

Dersom det er tale om at MS også skal være blant samarbeidspartene, brukes «medlemsstatene», se f.eks:

«Medlemsstaterne såvel som deres regulerende myndigheder samarbejder med hinanden om at integrere deres nationale markeder, i det mindste på et eller flere regionale planer som et første skridt hen imod skabelsen af et fuldt liberaliseret indre marked.» (uth her).⁷⁵

Dette er ikke til å misforstå. EUs politiske mål – allerede gjort klart før Energipakke 3 – er et fullt ut liberalisert og harmonisert marked for el-kraft. EU-konkurransetilsyn påpekte allerede i 2005 at Norge og andre land i det indre energimarked må rydde av veien en lang rekke forhold for å komme i mål med markedsstyringen.⁷⁶ ESA tok stafettpinnen i 2006:

«In comparison with other electricity markets, competition in Norway functions quite well from a competition policy point of view. Nevertheless, there are certain concerns, including:

- increasing concentration on wholesale markets;
- vertical integration between distribution and retail;
- entry barriers in generation, amongst others, caused by government regulation;
- ownership regulations on hydro generation; and
- special schemes to support power intensive industry».⁷⁷

EU/ESA tok fatt i sektor-analysen av energimarkedet i 2007: Det ble her klargjort at full harmonisering av energipolitikken da enda ikke var aktuelt:

«While rejecting the need for a common energy policy, the European Council agreed on the need for a more coherent energy policy for Europe, built upon three key principles: competitiveness, environment, and the security of supply».⁷⁸

⁷⁴ Europaudvalget 2016, KOM (2016) 0863 Bilag 9, Notat om forslag til forordning om Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energitilsynsmyndigheder (ACER) EU-kontoret, 12. juni 2018 J nr. 2018-1785.

⁷⁵ Se f.eks. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/72/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft og om oppheving av direktiv 2003/54/EF: «, se. Artikkel 6 pkt 1.

⁷⁶ Se Competition: Commission sector inquiry reveals serious problems in energy markets, MEMO/05/425 (Brussels, 15 November 2005), se rapport IP/05/1421.

⁷⁷ ESA, ENERGY SECTOR INQUIRY PRELIMINARY REPORT, 16. February 2006, Avsnitt 146, s. 38.

⁷⁸ European Economic Area Consultative Committee, resolution and report on an energy policy for Europe (Gdansk, ref. 1074125 15 may 2007) s.7.

Jeg tolker ut av dette at medlemsstatene i EU i 2007 enda ikke var modne for å tildele EU eksklusiv autonomi, dvs. enekompetanse. MS-kompetanse vil da først oppnås dersom EU finner grunn til å delegere lovgivningsmakt til MS.

ESA kommenterte på utsiktene til å få til gode felles europeiske løsninger, selv om nye energipakker måtte bli vedtatt uten at de anses å ha EØS-relevans slik at de ikke var juridisk bindende:

«It will be important for the EEA EFTA States to look at the EEA relevance of new EU proposals, and even when proposals are legally not EEA relevant, to work closely with their EU partners to achieve a coherent approach to common energy challenges in Europe». ⁷⁹

Avgjørende for om det eksisterende system med delt kompetanse vil fortsette er om EU lar seg tilfredsstillende av MS'er i forskjellige tempo og at EU med basis i ulike regelverk oppnår EUs målsettinger. De signaler som er gitt i forkant av Energipakke 4, er at den felles energipolitikk vil bli gjennomført. Harmoniseringen av regelverk er ikke tatt av agendaen.

Dvs. at nye forventede Energipakker vil med tid og stunder rydde av veien alle gjenstående MS-reguleringer. Dette klargjøres en rekke steder. Plikten til samarbeid fremheves mht. utvikling av et harmonisert sett av retningslinjer, innen hvilke nasjonalstatene må operere når de utøver den restkompetanse som EU-kommisjonen vil begunstige disse land med, se f.eks. i Energipakke 3:

«konventionen om vurdering af virkningerne på miljøet på tværs af landegrænserne (»Espookonventionen«) bør sikre, at der sker en harmonisering af de væsentligste principper for vurdering af indvirkningerne på miljøet, herunder i en grænseoverskridende sammenhæng. Medlemsstaterne bør samordne deres vurderinger af projekter af fælles interesse og gennemføre fælles vurderinger, hvor det er muligt». ⁸⁰

Denne vei til samordning av vurderinger påskyndes ytterligere i Energiakke 4. EU-kommisjonen sørger for at det blir vedtatt retningslinjer som inneholder

⁷⁹ Op.cit

⁸⁰ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) Nr. 347/2013 af 17. april 2013, om retningslinjer for den transeuropæiske energiinfrastruktur og om ophævelse af beslutning nr. 1364/2006/EF og ændring af forordning (EF) nr. 713/2009, (EF) nr. 714/2009 og (EF) nr. 715/2009 Preamble avsnitt 31.

«bindende gjennomførelsesforanstaltninger»,⁸¹ for å oppnå den nødvendige grad av harmonisering.

«Samarbeid» er den norske regjering positiv til. Ja, det er mer enn et fyndord, for mange av de inkorporeringer av EU-rett som har skjedd på energisektoren, er dette det bærende prinsipp.

«EFTAs overvåkningsorgan skal, når det fatter slike vedtak basere vedtaket på et utkast fra ACER. Et slikt utkast er ikke rettslig bindende for EFTAs overvåkningsorgan. Det er en underliggende forutsetning i den fremforhandlede modellen at EFTAs overvåkningsorgan, *kort tid etter mottak av et slikt utkast fra ACER, vil fatte et likelydende eller tilnærmet likelydende vedtak*» (uth.her).⁸²

Her kommer skismaet mellom juridisk- og faktisk bindende på spissen. ACER formulerer alle tekster som parallell-vedtaket i EFTA skal inneholde, og sender dette til ESA. Det er så viselig anlagt at dette utkast *ikke skal være rettslig bindende*. Dvs. – slik må det jo tolkes; at ESA står fritt til å treffe det vedtak som de antar at vil være rasjonelt og fornuftig. Men så kommer kontrabeskjeden, det er en underliggende forutsetning skriver Regjeringen, at ESA *skal vedta* dette uforbindtlige utkast, *straks og umiddelbart* (sic!). Og det er ikke nok med det; ESA-vedtaket skal være «likelydende eller tilnærmet likelydende». Nærmere fiksjonen kommer en neppe. *Men det er verre enn som så*, noe en ser når «Regjeringssynet» settes i sin rette kontekst:

“Commission may require the cancellation of any measures which are not in conformity with Community law”.⁸³

Sitatet er hentet fra «the common fisheries policy», men gjelder også ellers på alle de områder som omfattes av «fellespolitrikken», dvs. områder dekket av EU-retten. Det tilsvarer ESAs kompetanse til å slå ned på MS som bryter EØS-rettens regler og som ESA krever at MS skal endre. Om det ikke skjer, vil MS bli stevnet for hhv. EFTA- eller EU-domstolen. Dette gjelder forordninger, men også direktiver:

⁸¹ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU preamblet avsnitt 88).

⁸² Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken. s. 26.

⁸³ Commission of European Communities, “Communication from the Commission on the reform of the Common Fisheries Policy” (“Roadmap”), Brussels 28.5.2002, COM (2002) 181 final s. 24.

«national courts are required to interpret their national law in the light of the wording and purpose of the Directive in order to achieve the result referred to in [Art 288 TFEU]» (Van Colson).⁸⁴

Regjeringens posisjon fremprovoserer følgende spørsmål: Kan regjeringen tro at denne formalisme kan rydde av veien ethvert konstitusjonsbrudd (se kapittel IV)? Er norsk rett slik at den andre statsmakt – regjeringen – kan tilsløre virkeligheten med virkning for den tredje statsmakt – Høyesterett – slik at ESA-kopistrollen skjønnes som ordinær, frittstilt lovgivningsmakt og som så enkelt kan avverge ethvert anslag mot grunnloven – og attpåtil slippe unna med det (!). Se mer i kapittel IV (avsnitt iv om «omgåelsesnorm og gjennomskjæringsregel»).

Har ESA noen reell innflytelse og makt over de vedtak som de i navnet treffer?

Her er den rettslige plattform:

«Byrået og EFTAs overvåkingsorgan skal *samarbeide tett* når de vedtar beslutninger, vedtak, uttalelser og anbefalinger.

EFTAs overvåkingsorgans *vedtak* skal uten unødig opphold gjøres på bakgrunn av *utkast utarbeidet* av Byrået på eget initiativ eller etter anmodning fra EFTAs overvåkingsorgan.

Når Byrået utarbeider et utkast for EFTAs overvåkingsorgan i samsvar med denne forordning, skal det *underrette* EFTAs overvåkingsorgan. Sistnevnte skal angi den fristen de nasjonale reguleringsmyndigheter i EFTA-statene har til å komme med sine synspunkter, idet det tas fullt hensyn til hvor mye saken haster, dens kompleksitet og mulige følger.

«Nasjonale reguleringsmyndigheter i EFTA-statene kan anmode om at EFTAs overvåkingsorgan tar sitt vedtak opp til ny vurdering. EFTAs overvåkingsorgan skal videresende en slik anmodning til Byrået. I slike tilfeller skal Byrået vurdere å utarbeide et nytt utkast for EFTAs overvåkingsorgan og svare uten unødig opphold.

*Dersom Byrået endrer, opphever eller tilbakekaller en parallell beslutning til det vedtak som er gjort av EFTAs overvåkingsorgan, skal Byrået, uten unødig opphold, utarbeide et utkast med samme virkning for EFTAs overvåkingsorgan.» (uth.her).*⁸⁵

De politiske vedtaksprosesser viser at EØS-EU forholdet som fram til Energipakke 3 var basert på frivillig tilslutning ble som følge av 2009-forordningene rettslig bindende. Hovedprinsippene kan oppsummeres slik:

⁸⁴ Judgment of the Court of 10 April 1984. Case 14/83. *European Court Reports 1984 -1891*, § 26

⁸⁵ EØS-KOMITEENS BESLUTNING nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi). EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende Nr. 11 (7.2.2019.) Artikkel 1,b) iv.

Ordningen som siden 2003 var av *frivillig* art (*Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet.*) gikk gjennom etableringen av ACER over i en fase med bindende vedtak iht. EUs alminnelige regler om kvalifisert flertall:

«Det er imidlertid et udbredt ønske i sektoren, og i øvrigt foreslået af ERGEG [Gruppen af Europæiske Tilsynsmyndigheder for Elektricitet og Gas] selv,⁸⁶ at det frivillige samarbejde mellem de nationale regulerende myndigheder nu bør foregå *inden for* en fællesskabsstruktur med klare beføjelser og *myndighed til at vedtage individuelle reguleringsbeslutninger* i en række specifikke tilfælde» (EU-forordning (EF) 713/2009 fortalen pkt. 3).

Målet med reguleringene er å oppfylle «*målsætningerne for den europæiske energipolitik*». For å oppnå disse mål påpekes det at EU må sørge for å «fjerne hindringerne for handel på tværs af grænserne med elektricitet og naturgas».⁸⁷

1. ACER skal videre sørge «for at *utfylde hullerne i lovgivningen på fællesskabsplan*».⁸⁸ EU har bestemt at

«Agenturet bør sikre, at de reguleringsopgaver, der varetages af de nationale regulerende myndigheder ... koordineres effektivt og om nødvendigt fuldføres på fællesskabsplan» (fortalen pkt. 6).

Med «fællesskabsplan» siktes det *ikke* til at medlemsstatene «arbejde[r] tæt sammen» (fortalen pkt. 5) i et mellomfolkelig rom, men til EU-organene internt, dvs. ACER, men også andre EU-organer, herunder RME og ENTSO-E:

«Kommissionen og agenturet arbejder tæt sammen i forbindelse med gennemførelsen af denne forordning og i passende omfang hører det europæiske net af transmissionssystemoperatører for elektricitet og for gas» (fortalen pkt. 20).

Om virkemåte og organisasjon heter det følgende:

”Agenturets struktur bør tilpasses de særlige behov, der gør sig gældende for regulering på energiområdet. Der skal navnlig tages fuldt hensyn til de nationale regulerende myndigheders specifikke rolle, og til at deres uafhængighed sikres” (fortalen pkt. 20).

”Agenturet bør sikre, at de reguleringsopgaver, der varetages af de nationale regulerende myndigheder i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/72/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/73/EF af 23. juli 2009 om i denne forbindelse er det nødvendigt at fælles regler for det indre marked for

⁸⁶ Som derved ble opphevet og organet nedlagt: Kommisjonsbeslutning av 16. mai 2011 om oppheving av vedtak (EF) nr. 2003/796 om opprettelse av Gruppen av europeiske reguleringsmyndigheter for elektrisk gass og kraft

⁸⁷ Forordning (EF) 713/2009 Preamble avsnitt 5)

⁸⁸ Op.cit.

naturgas, koordineres effektivt og om nødvendig fuldføres på fællesskabsplan.garantere agenturets uafhængighed i forhold til elektricitets- og gasproducenter, transmissions- og distributionssystemoperatører, uanset om de er offentlige eller private, og forbrugerne og sikre dets virksomheds overensstemmelse med fællesskabsretten, dets tekniske og reguleringsmæssige kapacitet og dets åbenhed, modtagelighed for demokratisk kontrol og effektivitet” (fortalen pkt. 6).

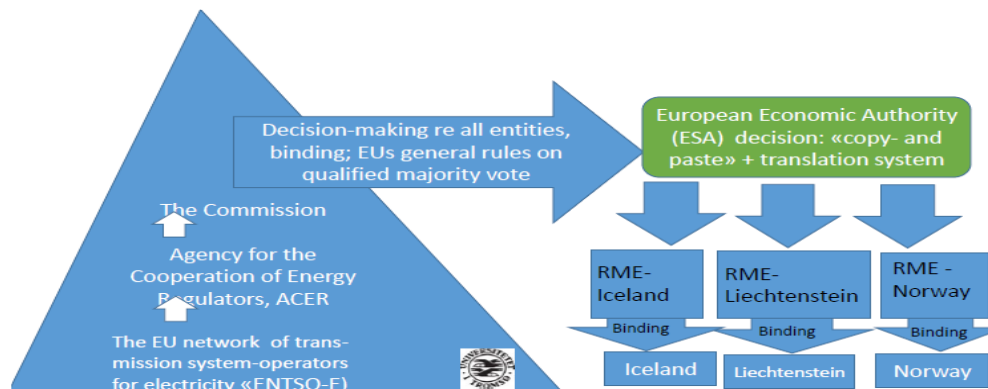
2. Forordning (EU) No 347/2013 av 17 April 2013 om retningslinjer for trans-Europeisk energinett som opphever No 1364/2006/EC og endrer Regulations (EC) No 713/2009, (EC) No 714/2009 and (EC) No 715/2009.

Kapitel II artikkel 3. «Beslutningsdygtigheten indenfor grupperne er begrenset til medlemsstaterne og Kommissionen, der med henblik herpå betegnes som gruppernes beslutningstagende instans”.

Juss-professorene Eirik Holmøyvik og Hallvard Haukeland Fredriksen trekker den slutning at

«Med dette overtar ESA regjeringens kontroll av den delen av norsk energiforvaltning som tilfaller RME ... Og om RME nøler, kan trolig *private aktører fremtvinge* effektueringen ved å anføre for norske domstoler at norsk lov pålegger RME å iverksette ESAs vedtak.»⁸⁹

Situasjonen er da den at all beslutningskompetanse som gjelder grensekryssende energi tilhører ACER og EU-Kommisjonen. Særlig viktig er det å merke seg at Energipakke 3 hjemler etablering av «fælles regler for det indre marked ... [som] koordineres effektivt og om nødvendig fuldføres på fællesskabsplan.» Dvs. at Kommisjonen forutser – etter en kort fase med retningslinjer og generelle rammevilkår – at vi går over i slutfasen der full harmonisering finner sted – trolig allerede under Energipakke 4. Den siden 2009 nye beslutningsmodell ser slik ut:



Figur 2: Tredje energipakkes innføring av én – 1- pilar beslutningsmodell

⁸⁹ <http://rett24.no/articles/grunnlovsstridig-tilknytning-til-eus-energibyra>.

Men som alltid; dette er kun en stopp på veien. EU skal videre. Føderasjonen skal drives gjennom: 2009 reglene gav intet endelig svar på fremtidig beslutningsstruktur.

«Det forventes, at behovet for koordinering af de nationale reguleringstiltag vil blive større i de kommende år. Unionens energisystem er ved at gennemgå den mest gennemgribende forandring i årtier. Øget markedsintegration og omstillingen til en mere alsidig elektricitetsproduksjon kræver en større indsats for at koordinere de nationale energipolitikker med naboerne og en større indsats for at udnytte mulighederne for grænseoverskridende handel med elektricitet..»⁹⁰

Slike harmoniserte regler er bindende for de nasjonale Regulerende myndigheter for energi (RME):

«Forordning (EU) 2019/943 fastsetter, at Kommissionen kan vedta retningslinjer eller netregler med det formål at nå den nødvendige grad af harmonisering. Sådanne retningslinjer og netregler udgør bindende gjennomførelsesforanstaltninger».⁹¹

Beslutningskompetansen hviler på EU-kommisjonen på grunnlag av forarbeid i ACER. MS har ingen beslutningsmyndighet eller faktisk innflytelse her, jf. manglende instruksjonsmyndighet og i forhold til RME. Jeg slutter meg til det professor Graver skriver.

«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».⁹²

iv) «Er forenlig med»

Den fjerde Energipakke opererer med forskjellige markeder for omsetning av elektrisiteten, jf. FORORDNING (EU) 2019/942. Noen eksempler illustrerer dette: *engrosmarked (preamble 2)*, *energimarked (preamble 21)*, *gasmarked (preamble 12)*, *detaljmarked (artikkel 15.1)*, *nasjonale markeder (DIREKTIV (EU) 2019/944 preamble 7)*, *elektricitetshandelsregion, (preamble 89)*, *regionale grænseoverskrid-*

⁹⁰ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om oprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder, (preamblet avsnitt 3)

⁹¹ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU preamblet avsnitt 88).

⁹² Hans Petter Graver, Grunnlovens § 115 og (særlig) ACER-saken. Betenkning avgitt til Nei til EU (Nei til EU, november 2018). s. 6.

ende markeder (artikkel 58), spotmarkedene, day-ahead- og intraday-markeder (artikkel 2.15), budområdet (EU-2019/943 Artikkel 2 pkt. 65) osv.

Som vist; disse indre områder omfatter mer enn MS' territorium fordi referanserammen er «budområdet», dvs. «det største geografiske område, hvor markedsdeltagerne kan udveksle energi uten kapasitetsfordeling».⁹³ Som det fremgår er dette et område som omfatter flere regioner, Norge er en del av Nord-Europa, dvs. det område for samkjøring som omfatter Sverige, Finland, Danmark, Polen og Tyskland.⁹⁴

I dette interne område kan «Medlemsstaterne, regulerende myndigheter, transmissionssystemoperatørene, distributionssystemoperatørene, markedsoperatørene og delegerede operatører» regulere virksomheten, men dog slik at reguleringen ikke strider imot «Prinsipper vedrørende driften af elektricitetsmarkeder» (EU-forordning 2019/943 artikkel 3). At de i dette interne område kan regulere virksomheten er ikke ensbetydende med en betingelsesløs kompetanse. Nei, her må MS-reguleringer ikke stride imot verken generell EU-rett og spesielle reguleringer vedtatt i den 4de Energipakke. Her kan jeg ikke gjennomgå alle – for det er en stor mengde – men jeg får nøye meg med noen få eksempler.

For det første:

«prisdannelsen baseres på efterspørsmål og udbud» (litra a). Dvs. at MS ikke kan fastsette f.eks. maksprisen for elektrisitet verken til privatkunder eller industriforetak.

For det annet: skal MS sørge for at

«hindringer for elektricitetsstrømme mellom budområder eller medlemsstater samt transaksjoner på tværs af landegrænser på elektricitetsmarkeder og markeder for beslægtede tjenester fjernes gradvist» (litra h).

For det tredje:

«markedsregler letter handelen med varer i hele Unionen, og reguleringsmessige endringer tager hensyn til virkningerne på både kortsigtede og langsigtede forward- og futuresmarkeder og -produkter» (litra p).

Dersom MS ønsker å gripe inn med markedsregulerende tiltak mht.

⁹³ EU-2019/943 Artikkel 2 pkt. 65

⁹⁴ Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 714/2009 av 13. juli 2009 om vilkår for tilgang til nett for utveksling av elektrisk kraft over landegrensene og om oppheving av forordning (EF) nr. 1228/2003, jf. *Vedlegg I: Retningslinjer for forvaltning og tildeling av tilgjengelig overføringskapasitet i forbindelsesledninger mellom nasjonale nett* pkt. 3.2.

«risikoafdækningsprodukter [som] handles på børser ... og langtidsleveringskontrakter kan indgås OTC (over the counter)» så kan det kun skje «under overholdelse af EU- konkurrenceretten» (litra o).

Av dette ser vi altså at MS evt. markedsregulerende tiltak som nevnt skal *utelukkende* kunne skje dersom de følger *EUs konkurranserett*. Fordi alle reguleringer av energifeltet ligger innenfor det indre marked, så må alle MS-reguleringer tåle å bli vurdert opp imot konkurranse retten, men selvsagt også all EU-*acquis communautaire*. Harmoniseringen gjelder først og fremst lovgivningsfasen, men stopper ikke der, siktemålet er å ha ens system for iverksetting, overvåkning og andre gjennomføringstiltak:

«For at sikre ensartede betingelser for gjennomførelsen af denne forordning bør Kommissionen tillægges gennemførelsesbeføjelser i overensstemmelse med artikel 291 i TEUF. Disse beføjelser bør udøves i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 182/2011 (15).⁹⁵ Undersøgelser-proceduren bør anvendes til vedtagelse af disse gennemførelsesretsakter»⁹⁶

D. Oppsummering

I oppsummeringen velger jeg en annen innfallsvinkel enn den jeg la til grunn i pkt. C der fokus var på noen felles begreper som forekommer i flere av de sentrale EU-regler. Her tar jeg for meg de kompetanser som hhv. ACER og EU-kommisjonen, RME og Medlemstatene i EU/EØS er utstyrt med.

i) ACER og EU-kommisjonens kompetanse

ACER og Kommisjonen har etter Energipakke 4 fått en svært omfattende kompetanse. Det grunnleggende spørsmål er hvorfor EU-medlemstater ikke selv kan avgjøre hvilke regler som best passer for utvikling, produksjon, transport og omsetning av energi. Den som leter etter en avgjørende beveggrunn, leter forgjeves. Det nærmeste en kommer er det som framholdes som overordnede mål for Energipakke 4:

«nemlig at indføre harmoniserte regler for grænseoverskridende elektricitetsudveksling, [som] ... ikke i tilstrækkelig grad [kan] opfyldes af medlemsstaterne, men kan på grund af dens omfang og virkninger bedre nås på EU-plan; Unionen kan derfor vedtage foranstaltninger i overensstemmelse med

⁹⁵ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 182/2011 af 16. februar 2011 om de generelle regler og principper for, hvordan medlemsstaterne skal kontrollere Kommissionens udøvelse af gennemførelsesbeføjelser (EUT L 55 af 28.2.2011, s. 13).

⁹⁶ EU-2019/943 preamblet, avsnitt 73

nærhedsprincippet, jf. artikkel 5 i traktaten om Den Europæiske Union. I overensstemmelse med *proportionalitetsprincippet*, jf. nævnte artikkel, går denne forordning ikke videre, end hvad der er nødvendigt for at nå dette mål». ⁹⁷

Dette er juridiske formalgrunner og de punkterer ikke innvendingene om at MS meget vel kan hanskkes med energinæringen selv. Norge er et fremragende eksempel, med diskriminering av utlendingers eierskap, offentlig eiendomsrett til krafttassjoner og kabler, hjemfallsrett for staten og strenge konsesjonslover, alt fortrinn som Norge har hatt siden 1908 og som Regjeringen nå står klar til å skrote. Det er store forskjeller mellom land med liten selvforsyningsgrad, liten prosent fornybar energi og land med overskudd av kraft, som attpåtil er fornybar. «One size fits all» passer åpenbart ikke. Likevel skal alle inn i samme lest, utelukkende som et resultat av redselen for konkurransevridning. Dette rimer dårlig med økonomisk teori, fordi her læres det at internasjonal handel er bra for alle fordi vi da får utviklet det som er våre komparative fortrinn. Er byggingen av føderalstaten viktigere enn slike økonomiske modeller som EU normalt styres etter? Norges kompetansefortrinn er nesten 100 % evigvarende, fornybar kraft. Skal Norge frivillig skusle dette bort?

Målsettingen om harmonisering av regler som styrer energisektoren omtales *foreløpig* som «det mindstemål af harmonisering, som er nødvendigt for at nå målet med dette direktiv», ⁹⁸ men også som å «nå den nødvendige grad af harmonisering.» ⁹⁹ Kommisjonen har tydeligvis innsett at full harmonisering ikke kan tas i «ett jafs». Den gradvise innføring av harmoniserte ordninger kan gjøres etappevis: «En vis harmonisering er derfor nødvendig for at undgå forvridning af samhandelen». ¹⁰⁰ EU-parlamentet og Rådet har vedtatt at

«For at sikre det mindstemål af harmonisering, som er nødvendigt af hensyn til et velfungerende marked, bør beføjelsen til at vedtage retsakter delegeres til Kommissionen i overensstemmelse med artikkel 290 i TEUF for så vidt angår ikkevæsentlige bestemmelser på visse bestemte områder af grundlæggende betydning for markedsinntegrationen. Disse retsakter bør omfatte vedtagelse og ændring af visse netregler og retningslinjer, hvor de supplerer denne forordning, det regionale samarbejde mellem transmissionssystemoperatører og regulerende

⁹⁷ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet, preamblet avsnitt 74.

⁹⁸ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU Preamblet avsnitt 92

⁹⁹ OP.cit Preamblet avsnitt 88.

¹⁰⁰ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet, preamblet avsnitt 17.

myndigheder, finansiel kompensation mellem transmissionssystemoperatører samt anvendelsen af undtagelsesbestemmelser for nye samkøringslinjer.»¹⁰¹

«Oprettelsen af ACER har åbenlyst forbedret koordineringen mellem regulerende myndigheder om grænseoverskridende spørgsmål. ACER har siden sin oprettelse fået nye vigtige opgaver vedrørende overvågning af engrosmarkederne ... og vedrørende områderne grænseoverskridende energiinfrastruktur» (EU-forordning 2019/942, preambel 2).

«For at øge gennemsigtighed og sammenlignelighed af fastsættelsen af tariffer i de tilfælde, hvor *bindende harmonisering ikke betragtes som tilstrækkelig*, bør en rapport om bedste praksis for tarifmetoderne udstedes af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (»ACER«), der er etableret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/942» (forordning (EU) 2019/943 preamble afsnitt 40).

I forordning (EU) 2019/943, preambel afsnitt 49 heter det:

«Detaljerede regler for at lette effektiv deltagelse på tværs af landegrænser i kapacitetsmekanismer bør fastsættes i denne forordning. Transmissionssystemoperatører bør lette deltagelsen på tværs af grænserne for interesserede producenter i kapacitetsmekanismer i andre medlemsstater. De bør derfor beregne kapacitetsloftet for deltagelse på tværs af landegrænser, åbne mulighed for deltagelse og kontrollere disponibiliteten. Regulerende myndigheder bør håndhæve de grænseoverskridende regler i medlemsstaterne.»

Dette systemet skal praktiseres konsekvent – og det gennemgående stikkordet er «EU-harmonisering», gransking og håndheving:

«An inquiry into the electricity sector in the EFTA States carried out by the Authority in parallel with the Commission's inquiry in the electricity sector in the Community will create the benefit of acquiring comparative knowledge of the sector for the entire EEA». ¹⁰²

«ACER skal navnlig: ... a) overvåge og analysere gennemførelsen af de netregler, som Kommissionen vedtager i overensstemmelse med artikel 59 i forordning (EU) 2019/943 og artikel 6 i forordning (EF) nr. 715/2009, og de retningslinjer, der vedtages i overensstemmelse med artikel 61 i forordning (EU) 2019/943, og deres virkning på harmoniseringen af gældende regler, der tager sigte på at lette markedsintegrationen, samt på ikke-diskrimination, reel konkurrence og et effektivt fungerende marked, og aflægge rapport til Kommissionen.» ¹⁰³

«ACER spiller en vigtig rolle i udarbejdelsen af overordnede retningslinjer, der efter deres beskaffenhed er ikke-bindende. Netregler bør være i

¹⁰¹ Op.cit, preambel afsnitt 72.

¹⁰² EFTA SURVEILLANCE AUTHORITY DECISION of 22 June 2005 opening an inquiry into the electricity sector pursuant to Article 17 of Chapter II of Protocol 4 to the Surveillance and Court Agreement (Case No: 57828, Event No: 320083, Dec. No: 152/05/COL) s.2.

¹⁰³ EU-forordning 2019/942 artikkel 5. 1. a).

overensstemmelse med disse overordnede retningslinjer. Det betragtes også som hensigtsmæssigt for ACER og i overensstemmelse med dets formål, at det spiller en rolle i revisionen og ændringen af udkastet til netregler for at sikre, at de er i overensstemmelse med de overordnede retningslinjer og sikre den nødvendige grad af harmonisering, før ACER indstiller dem til vedtagelse af Kommissionen» (EU-forordning 2019/942, preamble avsnitt 18)

«ACER stiller en integreret ramme til rådighed, inden for hvilken de regulerende myndigheder kan deltage og samarbejde. Denne ramme bør sikre *ensartet anvendelse* af lovgivningen om de indre markeder for elektricitet og naturgas i hele Unionen. Hvad angår forhold, der berører mere end én medlemsstat, har ACER beføjelse til at vedtage konkrete afgørelser. Denne beføjelse bør på klart fastsatte betingelser omfatte tekniske og reguleringsmæssige spørgsmål, der kræver regional koordinering, navnlig dem der vedrører gennemførelsen af netregler og retningslinjer»¹⁰⁴

«... de regulerende myndigheder have beføjelse til at afvise certificering af transmissionssystemoperatører, som ikke overholder kravene til adskillelse. For at sikre ensartet anvendelse af disse bestemmelser i hele Unionen bør de regulerende myndigheder tage videst muligt hensyn til Kommissionens udtalelse, når de træffer certificeringsafgørelser». ¹⁰⁵

«Det er nødvendigt, at regulerende myndigheder kan træffe afgørelser i *alle reguleringsspørgsmål og kan være fuldt uafhængige af alle andre offentlige og private interesser*, hvis det indre marked for elektricitet skal kunne fungere efter hensigten. Dette krav udelukker ikke prøvelse af lovligheden eller parlamentstilsyn i overensstemmelse med medlemsstaternes» (EU-2019/944 preamblet, avsnitt 80).

«De regulerende myndigheder bør fastsætte eller godkende individuelle nettariffer for transmissions- og distributionsnet eller en metode eller begge dele. I hvert tilfælde skal de regulerende myndigheders uafhængighed for så vidt angår fastsættelsen af nettariffer bevares i overensstemmelse med artikel 57, stk. 4, litra b), nr. ii).»¹⁰⁶

Med slike utsikter for energirettslig harmonisering i det indre marked, jf. f.eks. at RME skal ”træffe afgørelser i *alle reguleringsspørgsmål og kan være fuldt uafhængige af alle andre offentlige og private interesser*”,¹⁰⁷ så kan man imøtese en norsk faneflukt fra Lov av 14. desember 1917 nr. 16 om konsesjon for rettigheter til vannfall mv. (vannfallrettighetsloven) § 1: «Landets vannkraftressurser tilhører og

¹⁰⁴ EU-forordning 2019/942, preamble avsnitt 16.

¹⁰⁵ EU-2019/944 preamblet, avsnitt 78.

¹⁰⁶ EU-2019/944 preamblet, avsnitt 82.

¹⁰⁷ EU-2019/944 preamblet, avsnitt 80

skal forvaltes til beste for allmennheten. Dette skal sikres gjennom offentlig eierskap på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt nivå».

Det er etter teksten referert ovenfor ikke grunnlag for å hevde at ACER utelukkende skal beskjefte seg med grenseoverskridende kabler og kun der to eller flere MS er uenige om en slik kabel skal strekkes. Den situasjon som er oppstått er at etter Energipakke 4 er nasjonalstatens territorium ikke lengre «et marked» men regionene – dvs. en «integreret elektrisitetshandelsregion» – som det indre marked er inndelt i før de endelig smelter sammen som ett eneste velfungerende enhetlig marked. Det er rettsstridig av en MS hvis den «træffe[r] foranstaltninger, som hæmmer en yderligere integration».¹⁰⁸

Som en oppsummering av ACERs mange kompetanser i elektrisitetssektoren viser jeg til ACER-forordningen artikkel 2d, med videre referanser:¹⁰⁹ ACER

- *udsteder* konkrete afgørelser om fremlæggelse af oplysninger for ACER fra andre el-organer,
- *anmode* de regionale koordinationscentre om oplysninger; om godkendelse af metoderne, vilkårene og betingelserne i overensstemmelse med metoden for anvendelse af flaskehalsindtægter,
- *fremmer forslag* til fælles vilkår og betingelser eller metoder til gennemførelse af netregler og retningslinjer, der kræver godkendelse;
- beføjelse til at træffe en afgørelse, hvor de kompetente regulerende myndigheder ikke når til enighed om vilkår og betingelser eller metoder for gennemførelse af nye netregler og retningslinjer, der er vedtaget om revision af budområder; om tekniske spørgsmål;
- *forestå mægling* mellem regulerende myndigheder;
- vedtage konkrete afgørelser om reguleringsmæssige spørgsmål, der påvirker den grænseoverskridende handel eller grænseoverskridende systemsikkerhed; vedrørende de regionale koordinationscentre og træffe afgørelse om opbygningen af systemdriftsregioner;
- *godkjenner og endrer* metoder og beregninger og tekniske specifikationer vedrørende den europæiske ressourcetilstrækkelighedsvurdering og specifikationer for grænseoverskridende deltagelse i kapacitetsmekanismer;
- *godkendelse og ændring* metoder for opstilling af elkrisescenarier på regionalt niveau og kortsigtede og sæsonbestemte tilstrækkelighedsvurderinger;

¹⁰⁸ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU Preamble avsnitt 89.

¹⁰⁹ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om oprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder.

- *innvilger* undtagelser hvor de pågældende regulerende myndigheder ikke har kunnet nå til enighed inden for seks måneder eller efter fælles anmodning fra de berørte regulerende myndigheder;
- *træffe afgørelser* om investeringsanmodninger; og om spørgsmål vedrørende engrosmarkedets integritet og gennemsigtighed

Det kan ikke bestrides at ACER har et vidt spekter av beføyelser. Videre kan det ikke nektes for at harmoniseringsframstøt er «i kjømda». Og ett er sikkert; det er ikke den norske vannfallrettighetsloven EU vil flokke seg rundt, men EU-energiretten; dvs. de nåværende pakker og nye fremtidige pakker 5 og 6 osv. Det kan her verken diskrimineres mellom offentlig eller privat-, og norske eller utenlandske aktører.

ii) Regulerende myndighet for Energi (RME), vedtakskompetanse

En viktig del av tredje elmarkedsdirektiv og gassmarkedsdirektiv er nye krav til eiermessig skille mellom infrastruktur for energioverføring (transmisjon) på den ene siden og produksjon eller omsetning av energi på den andre siden. Det er satt nye krav til uavhengig og effektiv nasjonal reguleringsmyndighet og klageorgan, jf. «i *alle reguleringsspørsmål*», styrket forbrukerbeskyttelse, samt hjemmel for utvikling av mer harmonisert teknisk regelverk gjennom såkalte nettkoder og retningslinjer. Dette er juridisk bindende regelverk som Kommisjonen er gitt kompetanse til å vedta.¹¹⁰

Disse pakke 3 og 4 forordninger og direktiver må jamføres med Regjeringens oppfatninger. Olje og energidepartementet har i brev til Justisdepartementets lovavdeling ytret følgende:

«Til gjennomføring av tredje elmarkedsdirektiv og gassmarkedsdirektiv foreslås det i Prop. 5 L (2017-2018) endringer i energiloven og i Prop. 6 L (2017-2018) endringer i naturgassloven. Forslagene bygger på at oppgavene for nasjonal reguleringsmyndighet legges til RME. De enkelte oppgavene RME skal utføre etter den tredje energimarkedspakken fremgår særlig av elmarkedsdirektivet artikkel 37 og gassmarkedsdirektivet artikkel 41. For elektrisitetssektoren er dette omtalt nærmere i Prop. 5 L (2017-2018) punkt 3.2.

Energimarkedspakken innebærer at reguleringsmyndigheten i større grad enn i dag skal utføre forhåndskontroll med vilkår og betingelser for tilgang til nett. Til gjennomføring av disse oppgavene foreslås det endringer i energiloven og naturgassloven, som gir RME hjemmel til å fatte enkeltvedtak. RME skal også sørge for at vedtakene etterleves og kan ilegge sanksjoner, jf. energiloven kapittel

¹¹⁰ **Prop. 4 S (2017–2018)** Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s.8

Når det gjelder forvaltningsoppgaver hos NVE som *ikke* er å anse som oppgaver for RME, for eksempel tildeling av konsesjoner for vassdrags- og energianlegg, skal NVE fortsatt være underlagt Olje- og energidepartementet etter samme forvaltningsmodell som i dag.

Det foreslås nedfelt i energiloven § 2-3 (og naturgassloven § 4) at RME skal opptre uavhengig og ikke kan instrueres i utøvelsen av tillagt myndighet. Med begrepet "instruks" forstås enkeltvedtak og andre beslutninger knyttet til enkeltsaker, for eksempel om en sak skal tas til behandling, jf. Prop. 5. L (2017-2018) side 66. Det er forutsatt i lovforarbeidene at departementet fortsatt kan gi generelle politiske føringer, for eksempel i forskrift. Det vil være opp til RME å fortolke og praktisere regelverket innenfor de oppstilte rammene». ¹¹¹

Olje og energidepartementet legger videre til grunn at:

«RME vil være styrt av norsk lovgivning og *må forholde seg til de politiske føringene som er nedfelt i gjeldende lover og forskrifter*. Vedtak RME fatter med hjemmel i sektorlovgivningen må også tilfredsstillende krav i forvaltningsloven og annet relevant lovverk. Enkeltvedtak som RME fatter kan etter lovforslagene påklages til en uavhengig klageinstans. *Det gjøres ingen endring i norske domstolars mulighet for å prøve lovmessigheten* av RMEs vedtak. Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om RMEs organisering, oppgaver og myndighet». ¹¹²

Dette faktum ligger så til grunn for Lovavdelingens vurdering av grunnlovsmessigheten av tilslutningen til Energipakke 3. De standpunkter som OED her forfekter er ikke kun misvisende, det er direkte feil. Det er *for det første* ikke holdepunkter for at tildeling av konsesjoner for vassdrags- og energianlegg, skal NVE fortsatt være underlagt Olje- og energidepartementet etter samme forvaltningsmodell som i dag. Som sitatet ovenfor viser: RME vil ha kompetanse «i alle reguleringsspørsmål».

For det annet er det grovt feilaktig når OED henholder seg til at «RME vil være styrt av norsk lovgivning og *må forholde seg til de politiske føringene som er nedfelt i gjeldende lover og forskrifter*.»

For det tredje; Påstanden om at *det «gjøres ingen endring i norske domstolars mulighet for å prøve lovmessigheten* av RMEs vedtak». Dette er sterkt misvisende

¹¹¹ Olje- og energidepartementets brev av 9. Februar 2018 (16/1132) til Justis- og beredskapsdepartementet, Lovavdelingen «Tredje energimarkedspakke anmodning om grunnlovsvurdering» s. 2.

¹¹² Olje- og energidepartementets brev av 9. Februar 2018 (16/1132) til Justis- og beredskapsdepartementet, Lovavdelingen «Tredje energimarkedspakke anmodning om grunnlovsvurdering» s. 2.

fordi alle de regler som RME skal følge er EU-rettsens. Tolkning av EU-rettsens regler er EU- og EFTA-domstolens domene, jf. EØS artikkel 108.2.

For det fjerde er det intet marked som er begrenset til nasjonalstaten. Etableringen av regioner for utbud av elektrisk kraft – f.eks. Nord-Europa – gjør at den regionale enhet er minste referanseramme, jf. EU-forordning 2019/943 artikkel 3). Det skillet som OED opererer med mellom et tenkt hjemmemarked som da skal være forskånet fra å bli overstyrt av ACER, og den grenseoverskridende virksomhet der energibyrået styrer, er fiktivt fordi EU-rettsens rekkevidde begrenses av EU-rettsens «virkningstolkning». ¹¹³ Såfremt og så langt en nasjonal regel som sier f.eks, nei til vindturbiner i Norge påvirker mengden vannkraft som kan eksporteres får avgjørelsen virkning for EU-rettsens krav om 32% grønn kraft. Denne avgjørelse er EU-relevant og den må da tolkes slik at det ikke blir motstrid, se EØS protokoll 35; «I tilfelle av motstrid ... skal EØS-reglene gå foran».

iii) Medlemsstatenes vedtakskompetanse

“Commission may require the cancellation of any measures which are not in conformity with Community law”.¹¹⁴

MS' energirettlige myndighet er den restkompetanse som EU – på veien til ett eneste integrert og harmonisert marked – enda ikke har fratatt MS. Som nevnt var energifeltet opprinnelig ikke en del av EØS, men har gradvis blitt omfattet, og har nå på det nærmeste blitt fullstendig integrert i det planlagte harmoniserte lovsystem. Her skal jeg vise noen eksempler på myndighet som Energipakke 3 og 4 innen EU-rettsens rammer, overlater til MS.

For det første: MS har rett og plikt til å etablere «en enkelt regulerende myndighet på nasjonalt plan» - jf. *Artikkel 57*; (Udpegning af regulerende myndigheder og disses uafhængighed). MS har imidlertid verken fakultativ adgang til å opprette organet ei heller noe «fritt skjønn» mht. å fastsette nærmere innhold eller funksjoner som RME skal utføre, f.eks. «at overholde og gjennomføre relevante

¹¹³ Jo Shaw, *Law of the European Union* (Palgrave 2000) s. 30.

¹¹⁴ Commission of European Communities, “Communication from the Commission on the reform of the Common Fisheries Policy” (“Roadmap”), Brussels 28.5.2002, COM (2002) 181 final s. 24.

juridisk bindende afgørelser fra ACER og Kommissionen».¹¹⁵ Videre sikre innføring og gjennomføring av

«de netregler og retningslinjer, der er vedtaget i henhold til artikel 59, 60 og 61 i forordning (EU) 2019/943, og anden relevant EU-ret, herunder hvad angår grænseoverskridende forhold, samt ACER's afgørelser»¹¹⁶.

For det annet: Medlemsstaten kan innføre subsidieordninger for utvikling av grønn kraft, forutsatt at denne beslutning ligger innenfor EU-rettens rammer,¹¹⁷ dvs. «støtteordninger, som Kommissionen har godkendt i henhold til Unionens statsstøtteregler¹¹⁸ i henhold til artikel 107, 108 og 109 i TEUF» (Traktat om EUs funksjonsmåte).¹¹⁹

«Medlemsstaterne, regulerende myndigheter... sikrer, at elektricitetsmarkedene drives etter følgende prinsipper: markedsregler tilveiebringer egnede incitamentter til fremme af investeringer i produktion, navnlig langsigtete investeringer i et dekarboniseret og bæredygtigt elektricitetssystem, energilagring, energieffektivitet og fleksibelt elforbrug for at imødekomme markedets behov og lette fair konkurrence og dermed garantere forsyningsikkerheden». ¹²⁰

Videre er bildet ikke komplett før en har fått klarhet i overvåkning og håndheving:

«I medfør af artikel 108 i TEUF har Kommissionen enekompetence til at vurdere foreneligheten med det indre marked af de statsstøtteforanstaltninger, som medlemsstaterne måtte indføre. Denne vurdering skal foretages på grundlag af artikel 107, stk. 3, i TEUF og i overensstemmelse med de relevante bestemmelser og retningslinjer, som Kommissionen måtte vedtage med henblik herpå». ¹²¹

For det tredje: Medlemsstaten kan videre – «fastsette bevillingsprocedurer for små decentrale og/eller decentrale producenter, som tager hensyn til deres begrensede størrelse og potensielle indvirkning». ¹²² Fra 3dje til 4de Energipakke har

¹¹⁵ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU (artikkel 59.1.litra g).

¹¹⁶ Op.cit. artikkel 59.1. litra b.

¹¹⁷ Se Peter Ørebech, The art of subsidizing fuel free electricity under the European economic area agreement as illustrated by Norway reversion instrument, i *CHICAGO-KENT LAW REVIEW* [Vol 74, 1999: s. 101-129.

¹¹⁸ Om hjemfallsregler skal – for dem som slipper unna – regnes som statsstøtte, se Peter Ørebech, *Er hjemfall statsstøtte etter EØS-avtalen?* 121 *NORSK ØKONOMISK TIDSSKRIFT* (2007) s. 55

¹¹⁹ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet Artikkel 5.2, c)

¹²⁰ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet Artikkel 3 litra g)

¹²¹ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet preamble avsnitt 47)

¹²² DIREKTIV (EU) 2019/944 Artikkel 8.

gruppen av rådgivende organer blitt endret fra *nationale regulerende* myndigheter til *Regulerende* myndigheter, dvs, også en rett til innspill fra de andre RME'ene i EUs MS'.¹²³

For det fjerde: ved bevilninger til elektrisitetsproduksjon- eller formidling, gjelder følgende ordning:

«Medlemsstaterne fastsetter kriterierne for meddelelse af bevilninger til etablering af produktionskapacitet på deres område. Ved fastsættelsen af passende kriterier tager medlemsstaterne hensyn til produktionskapacitetens bidrag til opfyldelsen af Unionens overordnede mål om, at andelen af energi fra vedvarende energikilder af Unionens udvidede endelige energiforbrug udgør mindst 32 % senest i 2030»¹²⁴

En bevillingsordning kan opprettes eller opprettholdes for etablering av en isolert elektrisitetsforbindelse mellom anlegg og kunde, dvs. ikke samkjøringslinje eller kraftledninger, de såkalte «direkte linjer» (se artikkel 2.41).

«Medlemsstaterne fastsetter kriterierne for meddelelse af bevilninger til etablering af direkte linjer på deres område. Disse kriterier skal være objektive og ikkeforskelsbehandlende».¹²⁵

Det er EU og ikke MS som avgjør hvem som skal opptre på MS' vegne i energisaker. Underliggende disse to problemstillinger er spørsmålet om hvem som har kompetanse til å avgjøre hva som er rettsriktig tolkning.

«EØS/EFTA-statenes tilknytning til ACER er regulert gjennom EØS-tilpasninger til rettsaktene. I EØS-komiteens beslutning fremgår det at EØS/EFTA-statenes regulatorer gis rett til full deltakelse i ACER, men uten stemmerett i byråets besluttende organer».¹²⁶

Det står «EFTA-statenes regulatorer». Dette er RME og det er ikke MS, dvs. at MS ikke kan avgjøre hvilke tema eller standpunkter som norsk representant i RME skal kunne foreslå. De kan heller ikke instrueres av Norge. F.eks. kunne det tenkes at de kommunalt eide kraftverk ville tilby en særskilt lav tariff for lokalt fastboende eller spesielt gunstige priser for lokal industri. Dette er ikke kun umulig etter EU-rettens regler – det er slik Stortinget har opptrådt i EU-saker til nå helt utenkelig.

¹²³ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU Artikel 8.2

¹²⁴ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU, artikkel 8.2 litra j).

¹²⁵ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU, artikkel 7.2

¹²⁶ Prop. 4 S 2017–2018, Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s. 6.

Vi ser av disse sitater at selv på områder som det fra ingeniørfaglig hold forsikres om full nasjonal kontroll,¹²⁷ vil ACER alene eller i samråd med EU-kommisjonen ha rådgivende så vel som besluttede kompetanse. Medlemstatenes viktigste rolle er som adressat for EU-reguleringer og som håndhevende organ for EU i Norge i de tilfeller der RME står uten hjemmel. Medlemsstatene har – gjennom EUs organ i hver enkelt medlemsstat de uavhengige «Regulerende myndigheter (RME)» kompetanse som er begrenset til utfyllende detaljreguleringer som er åpen kun i svært få tilfelle.

III. **Hvordan og i hvor stor grad kan vedtak fra EU-organer (eventuelt via ESA og RME) samt EUs regelverk og plandokumenter virke inn på regulering og utbygging av grensekryssende kabel-forbindelser fra Norge**

EU-målet er å sørge for å «fjerne hindringene for handel på tværs af grænserne med elektricitet og naturgas».¹²⁸

«ACER er et tilsyn og kan ikke pålegge Norge å bygge nye kraftkabler til utlandet. Det er det konsesjonsmyndigheten i Norge som gjør, det vil si Olje- og energidepartementet (OED), i samarbeid med myndighetene i andre enden av kabelen. ACER gir råd til EU om hvilke kabelprosjekter som bør prioriteres og gis støtte, men ingen EU-organer har myndighet til å gi konsesjon til bygging av kabler – det bestemmer hvert enkelt medlemsland selv»

Formålet med dette kapittel er å beskrive kompetansefordelingen mellom EU-Energibyrådet og Kommisjonen, RME/ESA og med særlig henblikk på utenlandskabler, dvs. er det enekompetanse for EU, delt kompetanse mellom EU og medlemstatene (MS) evt. enekompetanse til MS, evt. RME?

La meg starte med å si at det er et vell av misforståelser om Energipakke 3 & 4 generelt og om ACER – EUs energibyrå – spesielt. Det er dessverre mye feilinformasjon som er egnet til å skape stor forvirring, jf. ingressen innledningsvis og følgende politiske ytringer:

¹²⁷ Energi Norge: «Dette må du vite om ACER og europeisk energisamarbeid» (5. september 2019), <https://www.energinorge.no/fagomrader/strommarked/nyheter/2019/dette-ma-du-vite-om-acer-og-europeisk-energisamarbeid/>

¹²⁸ Forordning (EF) 713/2009 Preamble avsnitt 5)

«Det er ingen grunn til bekymring for at Norge skal gi fra seg råderett over viktige deler av energipolitikken. Norge vil også etter innlemmelsen av tredje energimarkedspakke beholde full suverenitet over energiressursene våre. Tilknytning til ACER vil ikke påvirke eierskapet til de norske kraftressursene. Norske myndigheter skal fortsatt avgjøre konsesjoner til produksjonsanlegg, strømnnett og utenlandskabler. Vi har på den måten også kontroll over utbyggingen av strømnettet».¹²⁹

Disse forestillinger har vært konkretisert kva angår utenlandskabler: I skriftlig spørsmål til statsråd Freiberg ville representanten Slagsvold Vedum ha en bekreftelse på at følgende standpunkt var korrekt:

«I avtalen mellom Arbeiderpartiet, Høyre, Frp Venstre og MDG om suverenitetsavståelse til EUs energibyrå (ACER) ble det hevdet at det var et «ufravikelig krav» at «beslutninger om eventuelle nye utenlandskabler skal fortsatt være en suveren beslutning fattet av norske myndigheter».

Statsråd Freiberg svarte bl.a.:

«Det er viktig å holde fast ved at behandlingen av konsesjoner for utenlandsforbindelser fortsatt fullt og helt gjøres av norske myndigheter, og etter norsk lovverk. De premissene som fremkommer av avtalen mellom et flertall på Stortinget 20. mars 2018 om innlemmelsen av den tredje energimarkedspakken i EØS-avtalen, ligger til grunn for det videre arbeidet fra norsk side med rettsakene i ren energipakken fra EU».¹³⁰

Som en vil se av denne betenkning er det mye ønsketenkning som råder grunnen – både i energibransjen men også i Regjeringen og blant politikere ellers.

Det er illevarslende når energiministeren er så feilorientert at han fra Stortingets talerstol kan påstå at «behandlingen av konsesjoner for utenlandsforbindelser fortsatt fullt og helt gjøres av norske myndigheter, og etter norsk lovverk.» Som jeg skal vise er dette et umulig standpunkt. Men dette kan også ses motsatt: *Dersom det ikke er slik statsråden påstår, ja så er det full stopp for tilslutning til pakke 4.*

Det er imidlertid plass til enda en kommentar til statsråd Freiberg. Han svarer Slagsvold Vedum på dennes spørsmål om de såkalte «ufravikelige kravene»:

«Artikkel 51 i det reviderte elektrisitetsdirektivet, som representanten Vedum refererer til i begrunnelsen for spørsmålet, gjelder myndighetskontroll med nettinvesteringer i medlemsland som ikke har organisert eierskapet til

¹²⁹ Ine E. Søreide & Terje Søviknes: «Det hevdes at Norge både vil miste kontroll over energiressursene og oppleve høyere strømpriser. Slik er det ikke.» Vi skal fortsatt styre norsk energipolitikk. VG, kronikk 15. februar 2018. <https://www.vg.no/nyheter/meninger/i/1naza/det-hevdes-at-norge-baade-vil-miste-kontroll-over-energiressursene-og-oppleve-hoeyere-stroempriser-slik-er-det-ikke>

¹³⁰ Skriftlig spørsmål fra Trygve Slagsvold Vedum (Sp) til olje- og energiminister Kjell-Børge Freiberg. Dokument nr. 15:2047 (2018-2019) 14.08.2019.

transmisjonsnettet slik vi har med Statnett siden tidlig på 1990-tallet, med eiermessig skille mellom transmisjonsnett og produksjon/omsetning. Jeg kan derfor ikke se at denne direktivbestemmelsen *er relevant* for norske forhold»

Til dette er å svare, at ordet relevant er lite treffende. *For det første*; direktivet som ministeren viser til er «EØS-relevant tekst». Det er altså en del av pakke 4 som denne regjering arbeider for at skal inkorporeres i norsk rett. Den vil da i høyeste grad være «relevant for norske forhold»

For det annet. Statsråden presenterer vranglære når han skriver at artikkel 51 gjelder selskapskontroll for å sikre seg mot at noen av investorene er vertikalt integrerte selskap. For øvrig; den organisasjonsform som Statnett har «valgt» er et resultat av EUs konkurranseregler, og ikke noe fritt valg, (noe som imidlertid ligger utenfor rammene for denne analyse).

Artikkel 51 som er en del av Afdeling 3 «Uafhængige transmissionsoperatører» som bla. i artikkel 47-50 inneholder regler om «transmissionssystemoperatørens uafhængighed», tilsynsorgan, «overvågningsprogram og overvågningsansvarlig». Artikkel 51 angår «netudvikling og beføjelser til at træffe investeringsbeslutninger». Intet sted i denne artikkel finnes det regler om kontroll eller overvåkning eller håndhevelse med den selskapsstruktur som ministeren gjør til sitt hovedpunkt i artikkel 51. Kun et sted er «overvåger» nevnt og det er i artikkelens paragraf 6: «Den regulerende myndighed overvåger og evaluerer gennemførelsen af den tiårige netudviklingsplan».

Transmisjonsnettet slik EU planlegger det og hvordan det skal initieres og gjennomføres er regulert i artikkel 51. Fordi RME er det organ nasjonalt som er gitt kompetanse, er Norge og andre MS helt sjaltet ut. Norge har således ingen innflytelse på de vedtak som gjøres om nettet som Norge til nå har hatt eksklusiv kompetanse til å vedta. Dvs. direktivet har intet med selskapskontroll å gjøre, men inneholder retningslinjer for den storstilte nettutviklingsplan som Fortum, Agder Energi, E.ON, Vattenfall etc vil bygge fra f.eks. Norge til Polen. Hvilken organisasjonsform Statnett og Statskraft eller andre offentlig eide selskaper har valgt er saken fullstendig uvedkommende.

A. En oversikt over regelverket

Det er en lang rekke bestemmelser med stor detaljeringsgrad, som angår grensekryssende elektrisitetshandel, i tillegg til reglene i sentrale forordninger og direktiver (se vedlegg 2) slik som gjennomføringsbestemmelser om langsiktig kapasitetstildeling, retningslinje (nettkode) for systemdrift, kapasitetsfastsettelse og flaskehalshåndtering, bestemmelser om langsiktig kapasitetstildeling og om transmisjonsavgifter. Mange av disse EU-rettsakter er fastsatt av Kommisjonen og er EØS-relevante tekster og innlemmet i EØS-avtalen. For en mer fullstendig liste se Vedlegg 2.

B. ACER – fra pakke 3 og til pakke 4: Endret vedtakskompetanse

Mange som tar del i det offentlige ordskifte om Norges deltakelse i EUs Energibyrå – ACER – legger inn i sine vurderinger at de foreslått ordninger er statisk – dvs. at ordningen ikke ensidig kan endres av EU med virkning for Norge. Det er for så vidt korrekt, *juridisk sett*. Det som imidlertid underslås er *politikens klare tale*: at etter hvert som pakkene presser seg på, blir det en forestilling om at Norge ikke kan «bakke ut nå» bare pga. slike småendringer fordi dette vil «Ruinere alt». Se eksempel på en slik holdning i ESA:¹³¹ xxx

Ja-siden argumenterer med at vi da ikke kun vil sette «Energisamarbeidet» på spill, nei; hele EØS-avtalen vil ryke. Dvs. at vi ikke kan ofre hele EUs energipolitikk bare på grunn av noen få og små endringer i EUs energilovgivning.

Dette får oss til å forstå at de argumentene som brukes for det første innsalg av EU ikke er holdbare. Dvs. *minimalisering av ulemper og tap av selvstyre* ved de første «Pakker». Så når disse er i havn og medlemsstatenes selvstyre fjernes, snus det hele på hodet. Et nei vil på dette tidspunkt selges inn ved å *maksimalisere ulempene*. Det har hele tiden vært klart hos ja-siden at tilslutning til hele energipolitikken i EU - også den fremtidige – avgjøres ved det første «slaget» i Stortinget. Deretter er det hele kun snakk om «sandpåstrøing».

C. Regjeringens syn på Norges kompetanse under Energipakke 3

Den norske regjeringens oppfatning er at;

¹³¹ ESA, ENERGY SECTOR INQUIRY PRELIMINARY REPORT, 16. February 2006, Avsnitt 146, s. 38.

«Ved utvikling av nye nettkoder har ENTSO-E, sammen med ACER, en viktig rolle. Kommisjonen og medlemsstatene er fremdeles sentrale aktører i utarbeidelsen av slike regler, men involveres på ulike stadier ... *Artikkel 21 [EU-forordning 714/2009]* viderefører gjeldende *artikkel 11* i forordning (EF) 1228/2003 om at medlemsland kan gi eller opprettholde mer detaljert regelverk enn det som følger av forordningen».¹³²

Videre heter det:

«På visse saksområder kan ACER fatte bindende vedtak ved uenighet mellom de berørte nasjonale reguleringsmyndighetene, eller dersom disse i fellesskap ber om et slikt vedtak, se nærmere omtale i punkt 3.3. For EØS/EFTA-statenes vedkommende er denne kompetansen lagt til EFTAs overvåkningsorgan, som for Norges del kan fatte vedtak rettet mot Norges vassdrags- og energidirektorat».¹³³

Vi må se nærmere på dette sentrale punkt i den kongelige proposisjon. Det påstås at «medlemsstatene er fremdeles sentrale aktører ... men involveres på ulike stadier». Tilsynelatende, er dette ingen usannhet. EUs organer har visse funksjoner og MS har andre. Det er forskjell på å være regeladressat (Norge) og lovgiver (EU). Det er videre forskjell på å være rettighetssubjekt (EU) og pliktsubjekt (Norge). Følgende innvendinger kan reises mot Regjeringens fremstillingsmåte:

For det første: Det tegnes her et bilde som gir en uvitende person det inntrykk at EU-beslutningssystem sprer til «kleti og preti» lovkompetanse i energisaker. Dette er feil. Mens Kommisjonen «is a rising star» vandrer medlemsstatene «down the drain». Mens Kommisjonen med sine «byråer» og nasjonale satellitter (RME) har nær full kontroll over energisektoren i EU – herunder EØS – har Norge nær null kontroll. Dette må vi ta inn over oss. Norge og norsk energilovgivning er ikke det mønsterbruk som vi ynder å fremstille det og som får EU-byråkrater til å legge ned pennen og si – «look to Norway». Kommisjonen og MS kan ikke likestilles slik OED gjør det i sin kgl. proposisjon. Kommisjonen er fortsatt sentral aktør. Det kan en ikke si om MS. Det er ikke norske NVE som skal håndtere disse saker «for Norge» men EU-organet RME som skal treffe vedtakene. Norge er etter gjennomføringen av Energipakke 4 spilt helt ut over sidelinja.

For det annet er det OED nevner i sitatet ovenfor ikke poenget. Det tas visse avgjørelser. *Noen* har latt seg «involvere» i beslutningen. Sant nok. Det springende punkt er imidlertid ikke hvem som lar seg engasjere som lobbyister eller

¹³² Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s. 18

¹³³ Op.cit. s. 6.

høringsinstanser eller på andre måter deltar med «råd og dåd» i saksforberedelsen, og lager «objektive, gennemsigtige og ikke forskelsbehandlende kriterier»¹³⁴ men hvem EU utpeker som beslutningstaker i enkeltsaker. Er det et norsk *nasjonalt organ eller er det et EU-organ?* Går man gjennom Energipakke 3 og 4 ser en at «de regulerende myndigheter i de berørte medlemsstater» (artikkel 63.4) dvs. RME, er et organ for EU og ikke for MS – herunder Norge: Denne uavhengighet av norske statlige eller private interesser er nedfelt i EU–direktiv 2009/72 preambelet (34):

«Det er nødvendig, at energireguleringsmyndigheter kan træffe afgørelser i alle reguleringsspørgsmål og være fuldt uafhængige af alle andre offentlige og private interesser, hvis det indre marked for elektricitet skal kunne fungere efter hensigten».¹³⁵

Denne regel er tilsvarende under pakke 4, se DIREKTIV (EU) 2019/944 preamblet avsnitt 80. Det er videre lagt opp til uavhengighet i forholdet til medlemmer av ACER, RME og klageorgan.

«forpligter medlemmerne af bestyrelsen sig til at handle uafhængigt og objektivt i Unionens interesse som helhed og uden at søge eller modtage instrukser fra EU-institutioner, -organer, -kontorer eller -agenturer, medlemsstaters regeringer eller noget andet offentligt eller privat organ. Hvert medlem afgiver med henblik herpå en skriftlig loyalitetserklæring og en skriftlig interesseerklæring, hvori vedkommende anfører enten, at vedkommende ikke har nogen interesser» (FORORDNING (EU) 2019/942 Artikkel 18 avsnitt 7)¹³⁶

Det er ikke tvilsomt hva dette betyr: NVE formulerer det slik: RME «skal utføre oppgavene som uavhengig reguleringsmyndighet».¹³⁷ Stortinget har sluttet seg til denne forståelse og ytterligere presisert det slik. RME kan «ikke instrueres om utøvelsen av tillagt myndighet».¹³⁸

Dvs. «fuldt uafhængige af» gjelder alle nasjonale organer slik som Stortinget, Regjering, direktorater, råd og nemnder, kommuner og fylkeskommuner – f.eks. NVE. Det samme gjelder private, f.eks. Det kgl. Selskap for Norges Vel,

¹³⁴ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU, artikkel 8.1.

¹³⁵ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2009/72/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 2003/54/EF

¹³⁶ En tilsvarende regel i pakke 3 finnes i Forordning (EF) nr. 713/2009, artikkel 12.

¹³⁷ <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/om-rme/hvem-er-reguleringsmyndigheten-for-energi/> (sett 28 juli 2020).

¹³⁸ Olje- og energidepartementets brev av 9. Februar 2018 (16/1132) til Justis- og beredskapsdepartementet, Lovavdelingen «Tredje energimarkedspakke anmodning om grunnlovsvurdering» s. 2.

Landsorganisasjonen i Norge (LO), Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), Energi Norge, Norges Røde Kors, GreenPeace, Rotary, etc.

Annerledes hva gjelder EUs organer. Her er Norge rettslig forpliktet til å følge alle forordninger, direktiver, retningslinjer og beslutninger som ESA har implementert i Norge. Denne plikten gjelder generelt – og omfatter også energisektoren:

«Rettsakter som er omhandlet i eller inntatt i vedlegg til denne avtale eller i EØS-komiteens vedtak, *skal være bindende* for avtalepartene og skal være eller gjøres til del av deres interne rettsorden» (EØS artikkel 7)

Det Norge-finansierte og nyopprettede organ RME skal ha eneansvar for at vi i Norge gjennomfører EU-retten i energisektoren, jf. «træffe afgørelser i *alle reguleringsspørsmål og kan være fuldt uafhængige af alle andre offentlige og private interesser*»¹³⁹ av NVE beskrevet som «å sørge for at aktørene overholder regelverket som sikrer like konkurransevilkår i kraftmarkedet¹⁴⁰ og et effektivt drevet strømmnett».¹⁴¹ Dette gjennomføres ved at RME sørger for at ESAs kopivedtak implementeres i Norge og uten at vi har noen norsk innflytelse over verken reglene eller avgjørelsene.

«RME er fra 1. november 2019 utpekt av OED som reguleringsmyndighet i medhold av energiloven § 2-3 og naturgassloven § 4, og skal utføre oppgavene som uavhengig reguleringsmyndighet».¹⁴²

«Reguleringsmyndigheten skal samarbeide med andre lands reguleringsmyndigheter og internasjonale institusjoner i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser» (Energiloven av 29. juni 1990 nr. 50 § 2-3 i.f.).

For det tredje: Vedtak som RME måtte treffe i første instans kan påklages til en klageinstans (EU-direktiv 2019/944 artikkel 8.4),¹⁴³ også denne befolket med personer som skal være uavhengige og ikke kunne instrueres.

«Bevillingskriterierne og -procedurerne offentliggøres. Ved afslag på en bevillingsansøgning underrettes ansøgeren om grundene. Disse grunde skal være objektive, ikkeforskelsbehandlende, velfunderede og behørigt dokumenterede. Ansøgeren skal have mulighed for at påklage afgørelsen».¹⁴⁴

¹³⁹ EU-2019/944 preamblet, avsnitt 80

¹⁴⁰ Hva som er “relevant marked” varierer fra eneenergiretten og til konkurranseretten, se Competition law within the EEA OJ L 200, 16.7.1998, p. 48 and EEA Supplement to the OJ No 28, 16.7.1998, p. 3.

¹⁴¹ <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/om-rme/hvem-er-reguleringsmyndigheten-for-energi/> (sett 28.juli 2020).

¹⁴² Op.cit.

¹⁴³ Se FORORDNING (EU) 2019/942 *Artikel 26*.

¹⁴⁴ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU, Artikel 8.4.

D. Nye samkjøringslinjer over grensene: Veien inn i Energipakke 4

Dette avsnitt omhandler EUs elektrisitetsmarkeder, herunder regler om nettutviklingsplan. Grunnprinsippene dvs. regler om konkurrencesedygthet, forbrukerorientering, fleksibilitet og ikke diskriminering, gjelder generelt for alle sider av elektrisitets-sektoren, Hovedregelen finnes i det reviderte el-markedsdirektivet
 Artikel 3.1:

1. "Medlemsstaterne sikrer, at deres nationale ret ikke virker urimelig hæmmende for grænseoverskridende handel med elektrisitet, forbrugerdeltagelse, herunder gennem fleksibelt elforbrug, investeringer i navnlig variabel og fleksibel energiproduktion, energilagring, indførelse af elektromobilitet eller nye samkjøringslinjer mellem medlemsstater, og at elpriserne afspejler de reelle forhold med hensyn til udbud og efterspørgsel.
2. Medlemsstaterne tager i forbindelse med udviklingen af nye samkjøringslinjer hensyn til målene for elektrisitetssammenkobling som fastsat i artikel 4, litra d), nr. 1), i forordning (EU) 2018/1999."

1. Iht. denne bestemmelse er det *EUs politiske målsettinger* som skal oppfylles. Det gjelder også for Norge og det gjelder uansett om disse målsettinger strider mot Norges energipolitiske mål. Dette betyr at vannfallrettighetsloven av 14 desember 1917 nr.16 § 1 må oppheves eller i det minste omskrives, f.eks slik:

"Landets vannkraftressurser tilhører og skal forvaltes til beste for allmennheten. Dette skal sikres gjennom offentlig eierskap på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt nivå". .

Forslag til ny tekst;

"Landets vannkraftressurser som tilhører allmennheten og skal forvaltes til beste for EØS/EU-rettssubjekter skal sikres gjennom offentlig eierskap på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt nivå".

EUs politiske målsettinger for energisektoren er utformet slik:

"den grad af sammenkobling af elnettet, som medlemsstaten stræber efter at opnå i 2030 i lyset af målet om en grad af sammenkobling af elnettet inden 2030 på mindst 15 %, med en strategi, hvori niveauet fra og med 2021 fastsættes i tæt samarbejde med de berørte medlemsstater under hensyntagen til 2020-sammenkoblingsmålet på 10 % og hasteindikatorerne baseret på prisdifferencen på engrosmarkedet, nominel transmissionskapacitet på samkjøringslinjerne i forhold til maksimalbelastning og med installeret vedvarende produktionskapacitet som fastsat i bilag I, del 1, afdeling A, punkt 2.4.1. Hver ny

samkøringlinje underkastes en socioøkonomisk og miljømæssig cost-benefit-analyse og implementeres kun, hvis de potentielle fordele opvejer ulemperne». ¹⁴⁵

Her – ved å gå med på EUs Energipakke 4 – slutter Norge seg til planene om at utvekslingkapasiteten skal utgjøre minst 15 % av landets produksjonskapasitet. Dette vil gi et press i retning av etablering av flere utenlandskabler over de neste 10 år. Selv om Norge hevder at vi styrer dette via vår konsesjonslovgivning så er dette en sannhet med modifikasjoner. *For det første:* Det er ikke Norge alene som bestemmer over utenlandskablene. Dette skal skje ” i tæt samarbejde med de berørte medlemsstater”. *For det annet:* Norge går med på en rekke forpliktelser som følger av FORORDNING (EU) 2018/1999 (som det fører alt for langt å gå inn på her)- Det utarbeides planer for økningen i utvekslingsnivået til minst 15 %. Planene for dette sendes til

”Kommissionen [som] vurderer udkastene til integrerede nationale energi- og klimaplaner og kan fremsætte landespecifikke henstillinger til medlemsstaterne i overensstemmelse med artikkel 34 senest seks måneder før tidsfristen for indsendelse af disse integrerede nationale energi- og klimaplaner.”¹⁴⁶

Hver medlemsstat tager behørigt hensyn til Kommissionens eventuelle henstillinger i sin integrerede nationale energi- og klimaplan (Artikkel 9.3)-

3. Videre gjelder at vi ikke kan styre dette på måter som strider mot EU-rettslige grunnprinsipper, f.eks. forbudet mot eksporthindringer (EØS artikkel 12) og forbudet mot diskriminering pgl. Nasjonalitet (EØS artikkel 4).

4. MS fremgangsmåte ved behandlingen av søknader om bevilgning skal overholde EU-retten – *acquis communautaire* (så langt som den er utviklet til nå):

«Artikkel 8: 1. Ved etablering af ny produktionskapasitet anvender medlemsstaterne en bevillingsprocedure, som forløber i henhold til objektive, gennemsigtige og ikkeforskelsbehandlende kriterier.

2. Medlemsstaterne fastsetter kriterierne for meddelelse af bevillinger til etablering af produktionskapasitet på deres område. Ved fastsettelsen af passende kriterier tager medlemsstaterne hensyn til ... ”¹⁴⁷

¹⁴⁵ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2018/1999 af 11. december 2018 om forvaltning af energiunionen og klimaindsatsen, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 663/2009 og (EF) nr. 715/2009, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/22/EF, 98/70/EF, 2009/31/EF, 2009/73/EF, 2010/31/EU, 2012/27/EU og 2013/30/EU, Rådets direktiv 2009/119/EF og (EU) 2015/652 og om ophævelse af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 525/2013, artikkel 4 litra d nr.1.

¹⁴⁶ FORORDNING (EU) 2018/1999 artikkel 9.2.

¹⁴⁷ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944.

Og så listes det opp alle hensyn som MS-statene skal oppfylle for at nasjonale bevillingsvedtak skal være gyldig. Se tabell 1, høyre rubrikk, jf. venstre rubrikk om endringer i formuleringer siden 2003. EU-kravene må leses i sin kontekst, jf. F.eks. *Artikkel 63*:¹⁴⁸

1. Nye jævnstrømssamkøringlinjer kan på anmodning midlertidig indrømmes en undtagelse fra artikkel 19, stk. 2 og 3, i denne forordning og artikkel 6 og 43, artikkel 59, stk. 7, og artikkel 60, stk. 1, i direktiv (EU) 2019/944, forutsatt følgende betingelser er oppfylt:

5. Hvordan forholder Norge seg til den nye rettslige virkelighet? Norges regjering har svært beskjedne ambisjoner når det gjelder kavet om eksklusiv beslutningskompetanse ved grensekryssende kabler for elektrisitet: Om det «videre arbeid for tilrettelegging for grensekryssende krafthandel» heter det kun at «Regjeringen arbeider for å sikre norske aktører innflytelse i utarbeidelsen og gjennomføringen av slike regler (sic!)».¹⁴⁹ Spranget til uttalelser fra to statsråder i Energidepartementet – hvorav den ene til og med fra Stortingets talerstol – og regjeringens syn i den kongelige proposisjon, er milevid.¹⁵⁰

Virkemiddelet videre skal altså være *politisk press*. Innflytelsen kan rettes inn mot regler for *bevillingssystemet*¹⁵¹ eller de *retningslinjer* som gjelder for tildeling av bevillinger, se f.eks. FORORDNING (EU) 2019/943 Artikkel 61.¹⁵²

6. Regjeringen legger til grunn at når kompetansen tilligger Kommisjonen skal dette leses iht. «gjennomgående tilpasning» slik:

«Det følger av EØS-avtalen protokoll 1 om gjennomgående tilpasning punkt 4 d) at funksjoner som Kommisjonen utfører i forbindelse med fremgangsmåter for verifikasjon eller godkjenning, informasjon, underretning eller rådspørring og lignende saker, for EØS/EFTA-statene skal utøves i samsvar med fremgangsmåter som er fastsatt mellom dem. Det er derfor EFTAs overvåkningsorgan som vil gjennomgå vedtak om sertifisering av TSO i EØS/EFTA-statene. I henhold til artikkel 10 nr. 7 kan Kommisjonen kreve informasjon fra transmisjonssystemoperatører eller andre energiforetak i

¹⁴⁸ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet

¹⁴⁹ Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s.18.

¹⁵⁰ Skriftlig spørsmål fra Trygve Slagsvold Vedum (Sp) til olje- og energiminister Kjell-Børge Freiberg. Dokument nr. 15:2047 (2018-2019) 14.08.2019.

¹⁵¹ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU, Artikkel 8

¹⁵² EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet

forbindelse med prosedyren for sertifisering av en TSO. Det er klargjort at denne kompetansen ligger hos EFTAs overvåkningsorgan.»¹⁵³

7. EUs energibyrå ACER er ikke «kommisjonen», den gjennomgående tilpasning som Regjeringen legger til grunn – dvs. at ESA og ikke EU-kommisjonen treffer sitt vedtak for Norge – kommer derfor ikke til anvendelse der ACER er direkte tildelt myndighet. Regjeringen har følgende forståelse av ACERs rolle:

«ACER har etter forordningen artikkel 17 nr. 5 vedtakskompetanse knyttet til unntak for nye utenlandsforbindelser, der nasjonale reguleringsmyndigheter ikke kommer til enighet innen seks måneder, eller der de i fellesskap ber om at ACER skal fatte vedtak. Det er gjort tilpasninger for eventuelle slike saker som involverer en eller flere EØS/EFTA-stater. Kompetansen til å fatte vedtak vil ligge hos EFTAs overvåkningsorgan».¹⁵⁴

Det skrives her som overalt ellers der ACER eller EU-kommisjonen har den reelle beslutningsmyndighet, om «kompetansen» for ESA. Dette dekke av fiksjoner gjør ikke engang forsøk på å skjule norsk avmakt. Dette er «kopisme» og parallell-vedtak der Norge ikke kan så mye som å flytte et komma – noe Regjeringen med åpne øyne har folkerettslig forpliktet oss til.

Regjeringen er klar over at etter

«*artikkel 9* har ACER også vedtaksmyndighet i saker ved uenighet mellom reguleringsmyndighetene om behandlingen av søknad unntak for nye utenlandsforbindelser etter bestemmelsene i forordningen om grensekryssende krafthandel og gassmarkedsdirektivet».¹⁵⁵

På tross av dette faktum er det – som allerede nevnt – forbausende passivt av Regjeringen å nøye seg med å forsøke overtalelsens kunst vis-a-vis EUs energiforbrukende markedsinteresser:

«Regjeringen arbeider for å sikre norske aktører innflytelse i utarbeidelsen og gjennomføringen av slike regler» (sic!).¹⁵⁶

Dette er altså norsk strategi i en situasjon der vi sitter passivt i forberedende møter og har null innflytelse i vedtaksfasen. Det eneste som monner er selvsagt at Norge fremforhandler en *felleserklæring* der EU forsikrer Norge om at ved

¹⁵³ Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s. 22.

¹⁵⁴ Op.cit. s. 26, jf. s. 22.

¹⁵⁵ Op.cit. s. 17.

¹⁵⁶ Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s.18.

spørsmålet om utenlandskabler så treffes denne avgjørelse av Norge alene. Dette er eneste farbare vei:¹⁵⁷ Norge har forsømt seg, noes som medfører at EU-domstolen – om dette kommer opp som tema nødvendigvis vil avvise kravet om unntak.

Det er i denne kontekst at vi må tolke MS kompetansen til å tildele bevilinger i Norge for EU-selskap som vil bygge anlegg for vindturbiner, nye kraftgater, utenlandskabler osv.

8. Jeg skal her sammenligne reglene om bevilingsprosedyre for etablering av ny produksjonskapasitet og utenlandskabler under Energipakke 3 med tilsvarende regler i pakke 4 (Jeg stiller tekstene opp i kolonner). Samtidig må ny produksjonskapasitet transporteres inn til EU-markedet jf. nr. 714/2009, og videre. Bestemmelser om produksjon og transport av elektrisk kraft henger nøye sammen. Disse bestemmelser er nedfelt i forordning (EU) nr. 2019/242, jf. forordning (EF) nr. 713/2009:

Endring 2009 – 2019	DIREKTIV 2009/72/EF	DIREKTIV (EU) 2019/944
<p>DIREKTIV (EU) 2019/944 Preambel: «1) Formålet med det indre marked for elektrisitet, som siden 1999 gradvis er blevet gjennomført i hele Unionen, er at tilrettelægge konkurrenceprægede grænseoverskridende elektricitetsmarkeder og derved give alle slutkunder i Union-en, hvad enten der er tale om privatpers-oner eller erhvervs-drivende, reelle valgmuligheder nye forretningsmuligheder, konkurrence-dygtige priser, effektive investeringssignaler og højere servicestandarder samt at bidrage til forsyningsikkerhed og bæredygtighed. ...</p>	<p>Artikel 7: Bevillingsprocedure med henblik på ny kapacitet 1.Ved etablering af ny produktionskapacitet anvender medlemsstaterne en bevillingsprocedure, som forløber i henhold til objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier. 2. Medlemsstaterne fastsætter kriterierne for meddelelse af bevillinger til etablering af produktionskapacitet på deres område.Ved fastsættelsen af passende kriterier tager medlemsstaterne hensyn til: a) elektricitetssystemets, anlæggenes og tilhørende udstyrs sikkerhed og pålidelighed b) beskyttelse af den offentlige sundhed og sikkerhed c) miljøbeskyttelse d) arealanvendelse og lokalisering</p>	<p>Artikel 8: Bevillingsprocedure med henblik på ny kapacitet 1.Ved etablering af ny produktionskapacitet anvender medlemsstaterne en bevillingsprocedure, som forløber i henhold til objektive, gennemsigtige og ikkeforskelsbehandlende kriterier. 2.Medlemsstaterne fastsætter kriterierne for meddelelse af bevillinger til etablering af produktionskapacitet på deres område. Ved fastsættelsen af passende kriterier tager medlemsstaterne hensyn til: a) elektricitetssystemets, anlæggenes og tilhørende udstyrs sikkerhed og pålidelighed b) beskyttelse af den offentlige sundhed og sikkerhed c) miljøbeskyttelse d) arealanvendelse og lokalisering e) anvendelse af offentlige arealer</p>

¹⁵⁷ P. Ørebech, *GATT-rett, EØS-rett eller EF-rett?* (Oslo,1992), p. 139.

<p>2) "Imidlertid er Unionens energisystem ved at gennemgå en gennemgribende forandring. Det fælles mål om at dekarbonisere energisystemet skaber nye muligheder og udfordringer for alle markedsdeltagere. Samtidig åbner den teknologiske udvikling mulighed for nye former for forbrugerdeltagelse og samarbejde på tværs af landegrænserne. Det er derfor nødvendigt at tilpasse reglerne for EU-markedet til den nye markedrealitet."¹⁵⁸</p> <p>Endring 1 Artikel 3» er blitt til artikel 9</p> <p>Endring 2 «Fællesskabet» er blitt til Unionen</p> <p>Endring 3 Andelen energi fra fornybare kilder skal opp fra 20 % (2020) til 32 % om 10 år (2030)</p> <p>Endring 4 Kriterierne for meddelelse af bevillinger til etablering af produktionskapacitet på deres område: En ny bokstav l er kommet til, dvs at MS skal vektlegge ENØK-tiltak</p> <p>Endring 5</p>	<p>e) anvendelse af offentlige arealer</p> <p>f) energieffektivitet</p> <p>g) arten af de primære energikilder</p> <p>h) bevillingsansøgerens karakteristika såsom teknisk, økonomisk og finansiell formåen</p> <p>i) overensstemmelse med foranstaltninger, truffet i henhold til artikel 3</p> <p>j) produktionskapacitetens bidrag til opfyldelsen af Fællesskabets overordnede mål om, at andelen af energi fra vedvarende energikilder af Fællesskabets udvidede endelige energiforbr udgør 20 % senest i 2020, jf. artikel 3, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/28/EF af 23. april 2009 om fremme af anvendelsen af energi fra vedvarende energikilder(1)</p> <p>k) produktionskapacitetens bidrag til begrænsning af emissioner.</p> <p>3. Medlemsstaterne sikrer, at der findes særlige bevillingsprocedurer for små decentrale og/eller decentrale producenter, som tager hensyn til deres begrænsede størrelse og potentielle indvirkning. Medlemsstaterne kan fastsætte retningslinjer for denne særlige bevillingsprocedure. Nationale regulerende myndigheder eller andre kompetente nationale myndigheder, herunder planlægningsmyndigheder, gennemgår disse retningslinjer og kan komme med anbefalinger til ændringer heraf.</p> <p>Hvis medlemsstaterne har fastlagt særlige procedurer for godkendelse af arealanvendelse for store nye infrastrukturprojekter i forbindelse med produktionskapacitet, medtager medlemsstaterne i relevant omfang opførelsen af ny produktionskapacitet inden for rammerne af disse</p>	<p>f) energieffektivitet</p> <p>g) arten af de primære energikilder</p> <p>h) bevillingsansøgerens karakteristika såsom teknisk, økonomisk og finansiell formåen</p> <p>i) overensstemmelse med foranstaltninger truffet i henhold til artikel 9</p> <p>j) produktionskapacitetens bidrag til opfyldelsen af Unionens overordnede mål om, at andelen af energi fra vedvarende energikilder af Unionens udvidede endelige energiforbrug udgør mindst 32 % senest i 2030, jf. artikel 3, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/2001 (19)</p> <p>k) produktionskapacitetens bidrag til begrænsning af emissioner, og</p> <p>l) alternativer til opførelse af ny produktionskapacitet såsom løsninger med hensyn til fleksibelt elforbrug og energilagring.</p> <p>3. Medlemsstaterne sikrer, at der findes særlige, forenklede og strømlinede bevillingsprocedurer for små decentrale produktionsanlæg og/eller decentral produktion, som tager hensyn til deres begrænsede størrelse og potentielle indvirkning. Medlemsstaterne kan fastsætte retningslinjer for denne særlige bevillingsprocedure. Regulerende myndigheder eller andre kompetente nationale myndigheder, herunder planlægningsmyndigheder, gennemgår disse retningslinjer og kan komme med anbefalinger til ændringer heraf.</p> <p>Hvis medlemsstaterne har fastlagt særlige procedurer for godkendelse af arealanvendelse for store nye infrastrukturprojekter i forbindelse med produktionskapacitet, medtager medlemsstaterne i relevant omfang opførelsen af ny produktionskapacitet inden for rammerne af disse procedurer</p>
--	---	---

¹⁵⁸ Dvs. den ultra-liberalistiske lære til Milton Friedman, *Capitalism & Freedom*, The University of Chicago Press, 1971 (1962)

Ny: «forenklede og strømlinede prosedyrer for tildeling av bevillinger	procedurer og gjennomfører dem på en ikke-diskriminerende måte og inden for en passende tidsramme.	og gjennomfører dem på en ikke forskjelsbehandlende måte og inden for en passende tidsramme.
Endring 6	4. Bevillingskriterierne og -procedurerne offentliggøres. Ved afslag på en bevillingsansøgning underrettes ansøgeren om grundene. Disse grunde skal være objektive, ikke-diskriminerende, velfunderede og behørigt dokumenterede. Ansøgeren skal have mulighed for at påklage afgørelsen.	4. Bevillingskriterierne og -procedurerne offentliggøres. Ved afslag på en bevillingsansøgning underrettes ansøgeren om grundene. Disse grunde skal være objektive, ikke forskjelsbehandlende, velfunderede og behørigt dokumenterede. Ansøgeren skal have mulighed for at påklage afgørelsen.
Nationale regulerende myndigheter er blitt til Regulerende myndigheter, dvs, også de andre RME-ene.		

Tabell 1: endret formulering 2003-2020

«Direktivet *artikkel 7* krever at statlige myndigheter har et konsesjonssystem for etablering av ny produksjonskapasitet som er basert på objektive, transparente og ikke-diskriminerende kriterier. Direktivet lister opp hensyn som myndighetene skal legge vekt på i konsesjonsbehandlingen. Bestemmelsen er i all hovedsak videreført fra annet elmarkedsdirektiv. Det er i EØS-tilpasningen presisert at kriteriet i artikkel 7 om å vektlegge bidrag til å nå EUs mål for fornybar energiproduksjon i 2020 ikke gjelder for EØS/EFTA-statene, se omtalen i punkt 4.3».¹⁵⁹

Dette er lite overbevisende pga. manglende dokumentasjon. Det er vist til «punkt 4.3» (s. 22) men her er det kun gjentatt det samme som i sitatet her straks overfor. Det finnes ingen *felleserklæring* om Norges evt. Unntak, og jeg forholder meg til det.

Det politiske utgangspunkt er at nye samkjøringslinjer – herunder også over nasjonale grenser skal

«underkastes en socioøkonomisk og miljømæssig cost-benefit-analyse og implementeres kun, hvis de potensielle fordele opvejer ulemperne».¹⁶⁰

Disse kabler skal også være egnet til å oppfylle de politiske målsettinger som – om de er nasjonale – imidlertid skal være «forenelige med EU-retten».¹⁶¹ For å ta et eksempel fra den nye bestemmelse i artikkel 8 litra j:

¹⁵⁹ Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s. 11.

¹⁶⁰ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2018/1999 af 11. december 2018 om forvaltning af energiunionen og klimaindsatsen, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 663/2009 og (EF) nr. 715/2009, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/22/EF, 98/70/EF, 2009/31/EF, 2009/73/EF, 2010/31/EU, 2012/27/EU og 2013/30/EU, Rådets direktiv 2009/119/EF og (EU) 2015/652 og om ophævelse af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 525/2013 Artikel 4 d) 1).

¹⁶¹ EU-forordning 2019/943, *Artikel 62*

”produktionskapasitetens bidrag til opfyldelsen af *Unionens* overordnede mål om, at andelen af energi fra vedvarende energikilder af *Unionens* udvidede endelige energiforbrug udgør mindst 32 % senest i 2030”.

9. For en EU-lokalisert kraftprodusent – uansett nasjonalitet – som argumenterer med at f.eks Holmenkollåsen egner seg særdeles godt for vindturbiner, grunnet kort distanse til et stort marked, vil Norge ikke så lett slippe unna ACERs misnøye med avslaget, og derpå følgende omgjøring av et norsk avslag. Som følge av norsk medlemskap i Energiunionen via EØS kan Norge – selv om vi grunnet vår vannkraftproduksjon, *langt overoppfyller fornybarhetskravet* – teller dette ikke med. Ved salg av ”de grønne sertifikater” er det ca kun 15 % av norsk *fornybar* fossekraft som er ”fornybar”. Norske kraftverk har sollgt disse til produsenter av ”skitten kraft” over hele Europa, Norge må etter tilslutning til pakke 4 tenke helhet, dvs. gi vårt norske bidrag til oppfyllelse av EU-målsettingen.

Summa summarum. MS kan opprettholde nasjonale konsesjonsordninger for utbygging av fossekraft, overføringslinjer og kabler. Nasjonal rett må imidlertid ligge innenfor ACER-og EU-kommisjonens retningslinjer.¹⁶² Men dette er ikke alt, MS kompetansen er direkte underlagt EU-rettens grunnleggende prinsipper – herunder de 4 friheter; jf. ”*forudsat at disse foranstaltninger er forenelige med EU-retten*»¹⁶³ Det har lenge vært stilt spørsmålstegn ved om norsk energilovgivning oppfyller EU-rettens krav, f.eks.

”Consequently, investors face substantial regulatory risk that acts as an entry barrier to new investment in general and new entrants in particular”.¹⁶⁴

Kritikken var sterk også mht. norsk subsidiepolitikk og markedsregulering ellers som stridende mot de 4 friheter:

- if Statkraft is required to supply the market at cheaper prices below market prices, the scheme may infringe the state aid provisions of the EEA Agreement,
- to the extent that such behaviour would be imposed upon Statkraft by law, the Norwegian State could infringe Article 59(1) in conjunction with Article 54,

¹⁶² Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2019/942 av 5. juni 2019 om opprettelse av et EU-byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter (revisjon)

¹⁶³ EU-forordning 2019/943. Artikel 62

¹⁶⁴ ESA, ENERGY SECTOR INQUIRY CONCLUDING REPORT: NON-CONFIDENTIAL VERSION 10 JANUARY 2007 s. 33

- limiting the scheme to buyers in Norway would amount to an unjustifiable infringement of the free movement provisions of Article 12 EEA, which prohibits quantitative restrictions on export and all measures having equivalent effect.”¹⁶⁵

Som jeg har vist er de evt. detaljer som MS kan utpensle innen rammen av Energipakke 3 & 4, helt mikroskopiske mht. utenlandskabler men også mht konsesjonsystemet for bygging av overføringslinjer og utbygging av kraftstasjoner. De små rester av lovgivningsmakt for Norge *utenfor* RME-kompetansen rokker ikke ved grunnfjellet i den neo-liberalistiske modellen (Milton Friedman¹⁶⁶) som EU urokkelig står plantet i.

IV. Myndighetsoverføring som krever bruk av GrL § 115?

«[L]enge hersket [det] en viss tvil om Grunnloven § 93 gir hjemmel for vedtak om medlemskap i EU. Det blir vist til at de tre statsrettssakkyndige som i 1967 ble forespurt om rettsspørsmål i forbindelse med norsk tilslutning til EU, konkluderte med at § 93 ga tilstrekkelig hjemmel for medlemskap. Men det blir samtidig vist til at det fra flere hold er satt spørsmålstegn ut fra formuleringen i § 93. Og det ble fra professor Torkel Opsahls side, til tross for hans positive konklusjon om at § 93 ga den tilstrekkelige forfatningshjemmel, samtidig uttalt at «ganske rimelig tvil om dette syn har vært reist og kan reises».¹⁶⁷

Som professor Opsahl riktig poengterte er mye sagt om § 93 (§ 115), men også mye usagt. Det springende punkt om ACER er et reguleringsystem som lar Norge «være herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere»? Eller er det som den kongelige proposisjon uttrykte det; slik at Norge ved å slutte seg til ACER har gitt slipp på denne «kontrollmuligheten»?¹⁶⁸

Her er det to hovedspørsmål: Det ene gjelder hvilke *prosessregler* som kommer til anvendelse ved vedtakelsen av Energipakke 4. Det andre gjelder det *materielle* spørsmål, her kun om grunnlovens prinsipper er trått for nære, dvs. grl. §§ 1 og 121.

¹⁶⁵ ESA, ENERGY SECTOR INQUIRY CONCLUDING REPORT: NON-CONFIDENTIAL VERSION 10 JANUARY 2007 s. 26.

¹⁶⁶ Milton Friedman, *Capitalism & Freedom*, The University of Chicago Press, 1971 (1962)

¹⁶⁷ Innst.S.nr.291 (1995–1996) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen angående forslag til endring av Grunnloven § 93

¹⁶⁸ St.prp. nr. 100 (1991–92) s. 337.

Vil Regjeringen også her lande på at «alt er på stell», fordi vedtaket kun har folkerettslig virkning – og ikke overnasjonal som er den situasjonen som grl. § 115 retter seg mot?

«I tråd med en vurdering fra Justisdepartementets lovavdeling foreligger det ikke overføring av myndighet i Grunnlovens forstand, siden et slikt vedtak fra EFTAs overvåkningsorgan retter seg mot statlige myndigheter og ikke har direkte internrettslig virkning i Norge»¹⁶⁹

Regjeringen legger til grunn at hvorvidt en står overfor en suverenitetsavgivelse så er det så ubetydelig at det kan passere. Her har juridisk teori «oppfunnet» et «smutthull» som har gått under betegnelsen «lite inngripende». Dette er uten holdepunkt i noen grunnlovstekst. Videre er det tvilsomt hva som ligger i ordene « på et saklig begrenset område». Tvil er det også mht. EØS-komiteens beslutning om at

«Forordningens bestemmelser skal for denne avtales formål gjelde med følgende tilpasning: a) De nasjonale reguleringsmyndigheter i EFTA-statene skal delta full ut i arbeidet til Byrådet for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter».

De nasjonale reguleringsmyndigheter i EFTA-statene er RME i de enkelte MS. Kan EØS-komiteen bestemme hvilke personer som skal representere Norge i ACER? «De nasjonale reguleringsmyndigheter» er det organ som Norge har forpliktet seg til å etablere (som går under betegnelsen RME), og som en helt uavhengig aktør av norske myndigheter. Vi ser at EØS-komiteens avgjørelse setter de norske politiske organer helt ut av spill. Ikke får Norge noen avgjørende innflytelse over hvordan norske energiresurser skal utnyttes, vi får ikke en gang innflytelse over hvilke personer som skal representere Norge i Energibyrådet (FORORDNING (EU) 2019/942 artikkel 18.1):

«Bestyrelsen består af ni medlemmer. Hvert medlem har en suppleant. To medlemmer og deres suppleanter udnævnes af Kommissionen, to medlemmer og deres suppleanter udnævnes af Europa-Parlamentet og fem medlemmer og deres suppleanter udnævnes af Rådet»

A. Er myndighetsoverføringen i strid med Norges grunnlov? (1): grl. § 115

Et springende punkt er om hele konstruksjonen med ESA og EFTA-domstolen er et produkt hvis eneste formål er å omgå mindretallets og fremtidige generasjoners

¹⁶⁹ Prop. 4 S (2017–2018) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken s. 6.

grunnlovsværn? Har EU-tilhengerne her skapt en regel som tilsynelatende oppfyller grunnlovskravene men som i realiteten etablerer en metode som formelt fremtrer som den «høyere vilje» men som egentlig er kun et spill for galleriet; dvs. se ut som om det som er et fremmed diktat, skal se ut som det norske folks frie vilje? Er hensikten med EØS-komiteen, ESA, EFTA-domstolen og det tungroddede system med tilpasnings- og parallellvedtak kun å sette grunnlovsværnet for Stortingets mindretall og de fremtidige generasjoner ut av kraft?

Er det et korrekt standpunkt at ACER er trinn nr 3 og 4 i innføring av overnasjonale ordninger i Norge, der EØS' 2-pilar system, *i realiteten er blitt et 1-pilar system*? Er det ikke slik at EU treffer vedtak, og Norge kopierer det ord for ord? Etter kort tid blir praksisen utropt til «sikker konstitusjonell praksis». ¹⁷⁰ Regjeringen viser til «lite inngripende» myndighetsoverføring for å unngå grl. § 115, partipisk og kinkige støttepartier som kan blokkere 3/4 flertall. En slik løsning krever at direktivet ikke gjelder private personer eller selskap direkte; jf. Justisdepartementets Lovavdeling brev av 25. april 2016, snr. 2016/2442 s.2 til Olje-og energidepartementet. Dette er korrekt. Det *springende punkt* er hvilke kompetanser som forordningene – herunder endringene iht. «Den fjerde Energipakke» - tildeler ACER, Kommisjonen eller andre organer i EUs energiforvaltning, se gjennomgangen i kapittel III.

Imidlertid bommer departementet på klassifiseringen av det organ som i Norge blir direkte berørt av vedtakene i ACER; dvs. forhenværende NVE som nå står strippet for oppgaver som er overlatt til RME. Det er derfor her striden kommer til å stå. Grunnen er at departementet lar et posisjonsutkast i OED hvis faktabeskrivelse ikke er betegnende for den endelige ordning (s. 2-3) telle som faktum, uansett om det strider mot den endelige forordningsteksten. RME skyver NVE som var den norske kraftregulator – til side etter at ACER er gjennomført i Norge – og kraftregulering vil da ikke lengre være et overlatt til et statlig organ: Direktiv 2009/72 krever at det fremtidige NVE skal «være fuldt uafhængige af alle andre offentlige og private interesser» (fortalen pkt. 34).

Vedtak som ACER treffer med virkning for NVE er altså ikke vedtak som gjelder staten. Dvs. at Lovavdelingens konklusjon i brev av 25. april 2016 er uholdbar.

¹⁷⁰ Slik f.eks. Henrik Bjørnebye, Hva betyr EUs ren energi-pakke for Norge? Juridiske betenkning om innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen og ACERs rolle, Norsk klimastiftelse Rapport nr. 03/2020 s.8.

Men uansett forholdet til grl § 115 må grl. § 1 vurderes fordi førstnevnte ikke kan endre grunnloven; «... dog ikke beføyelse til å forandre denne Grunnlov»: Professor Johs. Andenæs, hevder at grl. § 1 ikke hindrer deltakelse i suverenitetsbegrensende samarbeid, men på visse vilkår:

«når det gjelder EF er disse bånd betydelig sterkere enn det som har vært vanlig i internasjonalt samarbeid som Norge har deltatt i. Men det er her tale om samarbeid mellom likestilte stater i felles interesse». Imidlertid «det er klart at et internasjonalt samarbeid *kan* gå så langt at det kommer i strid med prinsippet i grl. § 1. Særlig gjelder det når samarbeidet ikke bygger på full gjensidighet».¹⁷¹

Dvs. dersom EUs energiforordning skal godkjennes må det være tale om likestilte stater, som i fellesskap etablerer *et felles* internasjonalt *organ* i *full* gjensidighet. Ifølge Andenæs (s. 265-66) – etter å ha avvist at vernet etter grl. § 1 kan være «en status av en særlig fornem art» – er det likevel grunnlovsstridig myndighetsoverføring «når samarbeidet ikke bygger på full gjensidighet». Hva vil dette si? Andenæs peker på at det skal være «full» gjensidighet og ikke kun «gjensidighet». Av dette må det utledes at EØS-lovsystemet skal være et produkt som får gyldighet begge veier, iht. en «samsvarsvurdering» som er vanlig i bilaterale handelsavtaler og som kunne skje f.eks. i EØS-komiteen. Eller sagt i vanlig språkbruk. Nye norske lover vedtatt her i landet får gyldighet i EU på samme måte som nye EU-forordninger og direktiver får virkning her til lands.

Videre skriver Andenæs; Dette er i strid med grl. § 115 «selv om den formelle suverenitet var respektert». ACER har full kontroll over ESA og det er null gjensidighet. EU har vedtaksmyndigheten – dvs. at Norge overlater makten til et EU-organ som Norge *ikke* er medlem av. ESA har således blitt *et organ for* EU og ikke for EFTA-statene. Norge *praktiserer* en 1-pilar-løsning i strid med grl. § 1. Regjeringen har således satt Norge i et «lydrikeforhold» som strider mot grunnloven (Andenæs s. 266). Dette viser at grl. § 1 er overtrådt. Eneste løsning for regjeringen er i denne situasjon å foreslå endring av § 1.

Hva er svar på spørsmålet om det er grunn til å lytte til professorer som Bredo Morgenstjerne, Frede Castberg, Johs. Andenæs og Magnus Aarbakke? Svaret er at politikere og embetsverk ikke kun skal «streife innom» analyser gjort av så innsiktsfulle jusforskere som disse, men også bruke de prinsipper som disse har

¹⁷¹ Johs. Andenæs, Statsforfatningen (1997) s. 265.

utledet av grunnloven som et fundament for rettsanvendelsen når nye saker om suverenitetsavgivelser oppstår nå og i framtiden. Som jeg har forsøkt å vise; brukt på den suverenitetsavståelse som tilslutningen til EUs energibyrå, ACER, representerer ser vi at grunnloven § 1 er overtrådt.

Selv om mange spørsmål er avklart, er det også problemstillinger som fortsatt henhører under domstolen. Vilkårene for at grl. § 115 – og ikke § 26 – kommer til anvendelse er at vi står over for et tilfelle som gjelder:

- i.** Ikke kun «lite inngripende»
- ii.** «En internasjonal sammenslutning
- iii.** «Norge er tilsluttet eller slutter seg til»,
- iv.** «For å ... fremme internasjonal rettsorden og samarbeid
- v.** «Et saklig begrenset område,
- vi.** Skal ha rett til å utøve beføyelser, som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter»
- vii.** Formelle konstruksjoners uforbindende kraft: ESA «parallellvedtak» og norsk retts «omgåelsesnorm» og «gjennomskjæringsregel»

Det avgjørende for hvilken prosessform vi skal velge – dvs. grl § 26 eller § 115, står og faller med om myndighetsfordelingen i grunnloven er endret som følge av beføyelser som er tillagt en internasjonal sammenslutning som vi er medlem av, i dette tilfellet EU. Dette kan ikke avgjøres isolert av en analyse av §§ 26 og 115. Vi må gå inn i og undersøke om noen «beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter», dvs. særlig §§ 1, 49 og 88.

«Vi viser til at Lovavdelingen i tidligere uttalelser¹⁷² har vurdert konstitusjonelle sider av en innlemmelse av tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen. I tillegg er det gitt en uttalelse om liknende spørsmål vedrørende kommisjonsforordninger ("nettkoder") som er vedtatt i EU i medhold av tredje energimarkedspakke og som utfyller denne»¹⁷³.

Som denne fremstilling vil vise er det ikke på tolkningssiden at den største uenighet oppstår, men under fremstillingen av faktum. Jeg tar i fortsettelsen for meg

¹⁷² Lovavdelingens brev 21. januar 2011, 25. juni 2014 og 25. april 2016. Lovavdelingens brev 3. februar 2017.

¹⁷³ Olje- og energidepartementets brev av 9. Februar 2018 (16/1132) til Justis- og beredskapsdepartementet, Lovavdelingen Postboks 8005 Dep 0030 OSLO s. 2.

de enkelte komponenter i Grunnloven § 115 for så å konsentrere meg om de sider ved § 115 som fortsatt «henhører under domstolen».

i. Et utgangspunkt

1) Jeg minner om at denne betenkning gjelder grunnlovsmessigheten av varierende grad av suverenitetsavgivelse som et resultat av Norges stadig mer omfattende EØS-avtale. Jeg vil som et utgangspunkt gjøre professor Johs Andenæs ord til mine når han uttrykker følgende.

«Om det var flertall i Stortinget for at Norge skulle slutte seg til EU, kunne det ikke gjennomføres uten slikt tre fjerdedels flertall som grl. § 93 krever eller gjennom grunnlovsvedtak etter reglene i grl. § 112».¹⁷⁴

Jeg deler også Andenæs' oppfatning om at norsk EØS-tilknytning og måten det skjedde på var ekstraordinær:

«I en særstilling står EØS-loven, som er resultat av forhandlinger mellom EFTA-statene og EF, og som med ett slag gjorde store deler av EF-retten til norsk rett».¹⁷⁵

«EØS-avtalen er ... den største, mest kompliserte og rettslig mest inngripende internasjonale avtale landet noensinne har inngått».¹⁷⁶

Sett i et noe lengre historisk perspektiv kan denne tilslutning til EU-retten kun sammenlignbart med den «Reception» som keiser Maximilian I stod for i 1495 ved opprettelsen av «Reichkammergericht» som en felles overinstans for hele det Tyskromerske riket. Denne skulle dømme etter romersk rett – *Gemeines Recht* – i mangel av annen regel. «Receptionen» er imidlertid ikke direkte sammenlignbar fordi denne i motsetning til EU-retten i Norge, var av subsidiær karakter.¹⁷⁷

Jeg viser her til EØS-loven § 2:

«Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt *gå foran* andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov.»

Professor Andenæs har følgende kommentar:

¹⁷⁴ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s 57.

¹⁷⁵ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s 182.

¹⁷⁶ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s 55.

¹⁷⁷ Ole Fenger, *Romerrett i Norden* (Berlingske Forlag 1972) s. 161, jf. 166.

«Denne paragraf begrenser ikke fremtidige stortings lovgivningsmyndighet, selv om det umiddelbart kunne se slik ut. En lov kan alltid endres eller oppheves ved ny lov. Etter vår interne rett er det ikke noe til hinder for å gi lover som gjør unntak fra § 2 i –EØS-loven, eller for den saks skyld oppheve hele paragrafen, selv om dette ville være i strid med våre traktatmessige forpliktelser. EØS-loven § 2 betyr at lovgiveren må si klart fra dersom en ny lov skal gå foran ... Dette kan en regne med at Stortinget vil vike tilbake for. I *realiteten* legger derfor EØS-avtalen *sterke bånd* på norsk lovgivningsmyndighet» (uthev.her).¹⁷⁸

Dette slutter jeg meg til, jf. den totalt fraværende vetobruken. Som jeg kommer tilbake til nedenfor i underpunkt viii) er EØS-byggverket stablet opp på en halsbrekkende egg på grunnlovens ytterkant.

Jeg vil supplere Andenæs litt mht. folkerettsstrid og sjanser for at Norge vil åpent gå ut og etablere nasjonale norske lover i strid med EU-retten. Ved behandlingen av EØS-avtalen i Stortinget ble det vektlagt at det

«såkalte «presumsjonsprinsippet» om at norsk rett forutsettes å være i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser, vil likevel føre til at norske domstoler og andre myndigheter må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir for å unngå et folkerettsstridig resultat». ¹⁷⁹

Forrangsprinsippet har kommet til uttrykk i EØS-avtalens protokoll 35 og i EØS-avtalen artikkel 6. Det er klart at prinsippet ikke skiller mellom vanlige formelle lover og grunnlover. EU-retten går foran all konflikterende nasjonal rett.

Med basis i disse generelle betraktninger tar jeg fatt på spørsmålet om mulig grunnlovsstrid: Jeg behandler spørsmål som fortsatt kan sies å nære en del tvil om resultatet, eller som en sa i eldre dager, som henhører under domstolene.

2) Dag Seierstad gir en god oversikt over det politiske spill også forut for folkeavstemningen i 1972.¹⁸⁰ Forhistorien var at grl § 26 gjaldt for Norges folkerettslige avtaler, altså overenskomster med fremmede stater. For avtaler som avga norsk høyhetsrett som etter grunnloven hørte til de høyeste statsmakter – altså lovgivende, utøvende eller dømmende makt fantes det kun en vei, endring av grunnlovens bestemmelser iht § 112 (nå § 121).

¹⁷⁸ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s 189.

¹⁷⁹ St.prp.nr. 100. (1991-1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) s.318-19.

¹⁸⁰ Dag Seierstad, *Folket sa nei. Norsk motstand frå 1961 til i dag* (Samlaget 2014) s. 24-27.

Allerede Europarådets forslag til vedtekter i 1950¹⁸¹ viste at det var en viss oppslutning om at de europeiske stater måtte i fredens tjeneste gi avkall på litt suverenitet. Norge beredte grunnen for slike folkerettslige avtaler ved at vi fikk vedtatt grl. § 93 (§ 115) 8 mars 1962. Avgrensningen var klar, på visse vilkår skulle Norge kunne avgi slike beføyelser som fulgte av grunnloven, til internasjonale sammenslutninger. En nedre grense fulgte av annet ledd; § 93 var ikke anvendbar dersom den internasjonale organisasjons vedtak «har alene rent folkerettslig Virkning for Norge». Denne bestemmelse er opprettholdt i § 115.

Vi ser således at systemet er som følger: ved tilslutning til organisasjoner hvis beslutninger kun har folkerettslige virkninger – kan en følge reglene i grl. § 26 fullt ut. Slik formuleringen var – og er – skal alle tilfeller av suverenitetsavgivelse skje iht. reglene i § 93. Vi merker oss at det ikke er noe skille mellom «mye» eller «lite inngripende» (se underpunkt ii). Den rettslige situasjon i 1962 var da som følger, rent folkerettslig avtale – følges reglene i § 26. Ved overnasjonale avtaler følges § 93 så fremt og så langt de kumulative vilkår er oppfylt. Disse vilkår angir den øverste rekkevidde for § 115. Kommer en over den «øvre grense» for bruk av § 93 (§ 115) paragrafens saklige virkekrets, ja da må en falle tilbake på grl. § 121, jf. f.eks. grl. § 1. Eller sagt på en annen måte; det var ikke Stortingets mening at § 115 skulle erstatte § 121.

Læren om «lite inngripende» er et forkludrende element. Uten forsvarlig stortingsbehandling har et flertall i Stortinget – trukket bunnen ut av § 115 for så å sende saker som grunnlovskonsipistene inkorporerte i § 115 – til behandling etter § 26 selv om det inngår overnasjonalitet i beslutningene til det organ tilslutningen gjelder, jf. fortsettelsen:

ii. Ikke kun «lite inngripende»¹⁸²

Før jeg går inn på innholdet i grunnloven § 115 er det på sin plass med en analyse av hva begrepet «lite inngripende» egentlig ir uttrykk for. Vi har alle kunnet observere at ja-siden i Stortinget begjærlig har kastet seg på forestillingen om at disse to ord ikke kun betegner en vane eller fast praksis – altså en omtale av en faktisk situasjon

¹⁸¹ St.meld.nr.89 (1951) Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner s. 30-31.

¹⁸² Se Eirik Holmøyvik, «Grunnlova § 93 og læra om 'lite inngripende' myndigheitsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis», *Lov og rett* nr. 8 2011 s. 447-471

– men en fullt utviklet rettslig regel. Denne er et resultat av Stortingets praksis med å godta en viss grad av suverenitetsavgivelse uten å gå veien om § 115, så fremt Stortingets flertall finner at denne kun er «lite inngripende». Noen av de spørsmål som reiser seg her er ikke lette å ta stilling til. Jeg skal derfor begrunne hvorfor jeg er tilbakeholden med å «kaste meg ut på de store dyp»:

1. Er «lite inngripende» en rettsregel?

For det første: Min holdning til hva jeg synes at er «lite inngripende» vil være utsagn om faktum og i beste fall ha karakter av *de lege ferenda*- betraktninger. Dvs. vekten av rettsteoretikers analyser er lav, det er verken lovgivning eller domstolsprøving.

De som skaper og evt vedlikeholder «lite inngripende» er et stortingsflertall som egentlig så at grl. § 115 ble endret, men som er realistisk nok til å forstå at dette er umulig. Stortingsflertallet innser at en ny grunnlovsregel om at det Stortinget til enhver tid er villig til å anerkjenne som «lite» er rettsgyldig slik at § 115 blir kontinuerlig gjennomhullet. Altså; kunsten er å sørge for gjentakelser som sørger for å holde vanen eller sedvanen ved like og derved redusere rekkevidden av § 115. Situasjonen er da slik; de saker om EU-tilpasning som forventes å gå igjennom med $\frac{3}{4}$ flertall, behandles etter § 115, mens de saker som er mer «trøblete» presses igjennom iht, § 26 – med simpelt flertall.

Men, dette er politikk og lite egnet til å skape rettsforhold. For det formål har vi grunnlovens regler om grunnlovsendring, jf. §121. Dersom Stortingsrepresentanter mener at praksisen er så fast at den er blitt sedvanerett, er fremgangsmåten for å få dette konfirmert å sørge for kodifisering.

For det annet: Er «lite inngripende» suverenitetsavgivelse en norm, og i så fall en rettslig sådan? Eller er dette en faktisk foreteelse – som riktig nok har vært henvist til noen ganger, men som langt ifra er fasttømret og i et hvert fall ikke har rettsregelens kvaliteter. Jeg slutter meg her til professor Eirik Holmøyvik:

For «læra om «lite inngripende» myndigheitsoverføring synest heimelen like uklår og vag i dag som før vedtakinga av § 93».¹⁸³

¹⁸³ Eirik Holmøyvik, «Grunnlova § 93 og læra om 'lite inngripende' myndigheitsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis», *Lov og rett* nr. 8 2011 s. 447-471 se s. 467.

Eller sagt annerledes; selv om noen omtaler denne sedvanelige handling – ikke mye forskjellig fra Stortingets praksis med å rulle ut den røde løperen ved Stortingets åpning – som ulovfestet «sikker konstitusjonell praksis»,¹⁸⁴ så er betegnelsen «sikker» neppe korrekt fordi læren er så ufullstendig at den derfor neppe har forlatt (sed)vane-stadiet, altså setningen gir uttrykk for fakta og intet utsagn om normer. Og om den var holdbar juridisk, *så lenge fulgt, av så mange og i den tro at det var «rett»*, måtte en evt. regel hatt et presiseringsnivå som var så fast at den angav et mål for når summen av de «ubetydelige» inngrep er så omfattende at *de samlet sett* er ikke lengre ubetydelige, men *betydelige* inngrep.

Men selv her – i dette grunnleggende spørsmål om ikke lovlighetsvurderingen må være den akkumulerte myndighetsovergang altså det EU har klart å oppnå i kraft av Energipakke 2,3 og 4 – er det stor usikkerhet. Det er uklart om det ja-siden påstår at er en regel som «vingeklipper» § 115, så er regelen slik at det er hver enkel suverenitetsavgivelse som skal vurderes. Mye tyder på at ja-siden (til suverenitetsavgivelse uten bruk av § 115) vurderer hver og en av dem især. Aktive forkjempere for den «bit-for-bit» strategi som nå også «biter seg fast» i sjargongen på Stortinget, står for en linje der praksisen av noen fort vil kunne utropes til sedvanerett.

Rettspolitisk sett er dette svært uheldig fordi ja-siden samtidig er den flokken som følger den praksis som skaper det de selv utroper til sedvanerett. Vi er i en situasjon der selv det grunnleggende spørsmål – om «lite inngripende» vurderes isolert for hver enkelt runde med stadig nye energipakker eller om det er den samlede effekt, ikke er avklart. Professor C.A. Fleischer mente at avklaringen ville komme gjennom praksis.¹⁸⁵ Det har ikke skjedd i og med at forestillingen om lite inngripende enda ikke har utviklet noen rettslig norm. Likeså godt som å se på dette som en slags øvre terskel for suverenitetsovergang som ja-kreftene kan slippe unna med uten å måtte igangsette § 115-prosessen, kan vi se dette som en vakker omskrivning for å berge regjeringens handlemåte der en frykter for at nei-siden er så sterke at de faktisk kan mobilisere mer enn ¼ del av Stortingets representanter.

For det tredje: I stedet for å fokusere på regjeringens lovbrudd og bruk av «omgåelsesnormen» uten å rammes av «gjennomskjæringsregelen» (se underpunkt

¹⁸⁴ Slik f.eks. Henrik Bjørnebye, Hva betyr EUs ren energi-pakke for Norge? Juridiske betenkning om innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen og ACERs rolle, Norsk klimastiftelse Rapport nr. 03/2020 s.8.

¹⁸⁵ Carl August Fleischer, «Grunnloven § 93», i: *Jussens Venner 1963 s. 73-110* .

viii) –tolker Stortinget grl. § 115 stadig mer innskrenkende, uten at det finnes det minste kildemessige belegg for det. Jeg slutter meg til professor Holmøyvik som – hvis en «gjennomhullet» § 115 er hva Stortingsflertallet vil ha – etterlyser et lovendringsforslag som klargjør at § 115 ikke er anvendelig for en rekke navngitte områder.¹⁸⁶ Og slik kunne en fortsette etter hvert som stadig flere områder blir harmonisert og underlagt EUs eksklusive lovgivningskompetanse. En slik ny, god kandidat er energilovgivningen.

For det fjerde møter ja-siden vanskeligheter som skyldes den påståtte norm om lite inngripende som menigstom og derfor også virkningsløs: Vi er her i området for deklamatorisk- og ikke deklarasjonisk juss.¹⁸⁷

Hva min mening er om hva som kan fortone seg som små skritt inn i en fullført situasjon med EUs eksklusive autonomi kvalifiserer som noe utover «lite inngripende», er derfor umulig å besvare. Stortinget har med sin «bit-for-bit» strategi havnet i en selvoppfyllende profeti. Slik er det, det folkets høyeste representanter sier at er «lite inngripende» er da også «lite inngripende».

Professor Erik Boe stiller seg sterkt kritisk til slike deklamatoriske bestemmelser

«Hvem som helst kan putte hva som helst i dem, og vakre talemåter alene skaper ingen virkelige rettsfunksjoner».¹⁸⁸

Dette er tilfellet for «lite inngripende». Alle påstander om konstitusjonell sedvane eller –rett mangler ethvert rimelig grunnlag.

For det femte: Dette intetsigende utsagn kan umulig anvendes som normativt grunnlag for en vurdering av hvordan den *ekstra* myndighetsoverføringen som følger av Energipakke 4 slår ut i vurderingen av «lite inngripende». Av samme grunn blir det vanskelig å plassere om RME-bøteleggingsmyndighet (revidert el-markedsdirektiv art 59.3) befinner seg over eller under streken for «lite inngripende». Dersom Stortinget betegner økt suverenitetsavgivelse fra pakke 3 til pakke 4 som «lite inngripende» ja så er det «lite inngripende». Eller sagt på en folkelig måte: Det er feil med målestokken og bruken av den; den skyves på hele tiden samtidig som verken «mye» eller «lite» er avmerket.

¹⁸⁶ Slik styresmatene har innført hele EUs matvaresikkerhetslovgivningen – gjennom sin Food law til erstatning for alt som var utviklet i Norge av lover og forskrifter om kvalitetssikring av mat og fôr. Dvs. at Norge ikke lengre har kompetanse til å etablere særlige regler for norsk kvalitetsmat.

¹⁸⁷ C.J. Arnholm; *Naturvernlovens § 1* i Lov og Rett 1971 s. 277-278.

¹⁸⁸ Erik Boe, *Den rettslige betydningen av politiske målsettinger i stortingsmeldinger, komitéinnstillinger osv.* Jussens Venner 1981 s 235-255, se s.

Det er også reist spørsmål om ACERs adgang til å opprette lokale kontorer utover i MS (altså et tillegg til RME, revidert ACER-forordning artikkel 24.1(k)). Dette tilfelle havner i likedanne vanskeligheter som tilfellene ovenfor. Det er dog en vesentlig forskjell fordi kontoretablering er en faktisk handling og ingen norsk beslutningskompetanse er overflyttet eller tapt. De gjenværende Beføyelser (§ 115) er intakt uten hensyn til om EU etablerer «kontorsteder» i Norge.

I fortsettelsen har jeg derfor lagt til gunn at det kun er den akkumulerte overgang av beføyelser som teller. Dette kan utelukkende vurderes ved «Veis ende», Altså hvilke beføyelse hadde EU og Norge ved EØS-avtalens inngåelse (1992). Hvilke beføyelser står vi igjen med hvis pakke 4 vedtas? Dersom forholdet mht beslutninger i energipolitikken EU-Norge opprinnelig var 0%-100%, mens den er 100%-0% når pakke 4 er i boks i 2021, er nok all tvil ryddet av veien. Men den avveining klarer nok rettsanvender å lande uten å gå omveien om «lite inngripende».

Tolket i lys av dagens situasjon kan en si det slik: Siden det er EU via dets mange ulike styringsinstrumenter, som f.eks. EUs finanstilsyn, EUs energibyrå, EUs luftfartstilsyn osv., under medvirkning av EØS/ESA og med grunnlag i EU-traktatene og sekundærlovgivningen, som i realiteten praktiseres i forvaltningen, kan vi med en liten omskrivning av professor Fleischer si at 17. mai-grunnloven sakte men sikkert vil bli fortrent av EU-retten.

Noen kritikere vil sikkert si ja vel, men nå gjelder det energipolitikken, og da er dette likevel kun en forholdsvis ubetydelig del av norsk politisk virkelighet. Det er intet annet enn «lite inngripende» sett i den store sammenheng og kan etter det Justisdepartementet betegner som «sikker konstitusjonell praksis» vedtas etter Grunnloven § 26. Litt flåsete kan en si at tankegangen er videre at det er mye storting og styringsverk ellers kan beskjefte seg med.

Dette er jeg sterkt uenig i, noe jeg kommer mer grundig inn på i underpunkt viii) . Her må vi som ellers i norsk rett skjære igjennom formalitetene. Jeg legger til grunn at norske domstoler ikke vil la seg avspise med en påstand om at resultatet meget vel kan – og må – være forskjellig alt avhengig av om Regjeringen velger å fjerne all suvereniteten i ett jafs eller om dette skjer bit for bit.

EU og «de små skritts politikk» kan ikke «trylle bort» den virkelige virkelighet: Innen rammen av forsikringer om at EU-forordninger så å si ikke finnes i det regelverk som er en del av EØS-avtalen anno 1992, trekker kommisjonen opp veiledende «retningslinjer». Så følger det på med Ministerrådsdirektiver, som retter

seg til medlemsstatene og som etter noen tid endres ved et Kommissjonsdirektiv. Dette viser seg etter hvert for svakt – dvs. at det gir medlemslandene for stor innflytelse og mulighet for ulydighet slik at EU-parlamentet og Ministerrådets forordninger må overta feltet – dvs. at reglene har *direkte* virkning i medlemslandene for den enkelte borger og uten nasjonalt utformede regler. Denne metode er langdryg, og etter hvert finner EU-byråkratene ut at det får greie seg med vedtak i Kommissjonen,¹⁸⁹ herunder også derogasjonskompetanse.¹⁹⁰ Slik er det også i ACER-lovgivningen, se f.eks. endringer i ACERs rolle ved implementering av nettkoder og retningslinjer *vedtatt som forordninger av Kommissjonen*.¹⁹¹

Dette utløser spørsmålet om grunnlovsmessigheten av denne framgangsmåte ved etableringen av formelle lover i Norge. Er dette i strid med grunnloven §49?

Mitt svar er at det er det ikke isolert betraktet, forutsatt at de nye EU-regler gjelder et saklig begrenset område (§ 115). Men motargumentet er: På hvilket trinn i rekken av «lite inngripende» avgivelser av myndighet *er nok, nok?* Og er det ikke slik at summen av en uendelig lang rekke av små inngrep i suvereniteten til slutt resulterer i en fullstendig, 100 % avgivelse av selvstendighet? Et eller annet sted inn i fremtiden *når vi et punkt* der Kongeriket Norge ikke lenger kan grl. § 1 og kongerikets selvstendighet tillater ingen norsk inntreden i en eller annen union. Det spiller ingen rolle om unionen er en konføderasjon eller en føderasjon. Norsk tilslutning er uansett et brudd på grl. § 1.

Dette er ingen usannsynlig utvikling, når en studerer Sveriges eksempel:

«Det regering og rigsdag nu gør, er at man giver fanden i de svenske grundlovsbestemmelser både om folkeafstemning og om to rigsdagsvedtagelser med valg ind imellem. Man motiverer dette med, at Lovrådet har sagt, at folkeafstemning ikke behøves. Men man fortier Lovrådets begrundelse: nemlig at rigsdagen ved tidligere tilfælde har brudt mod grundloven ved magtoverførsel til EU, så dermed har man de facto allerede sat den svenske grundlov ud af spillet i forbindelse med EU.

¹⁸⁹ Jf. f.eks. Kommissionens forordning (EU) 2017/2195 af 23. november 2017 om fastsættelse af retningslinjer for balancering af elektricitet (EUT L 312 af 28.11.2017, s. 6), Kommissionens forordning (EU) 2015/1222 af 24. juli 2015 om fastsættelse af retningslinjer for kapacitetstildeling og håndtering af kapacitetsbegrænsninger (EUT L 197 af 25.7.2015, s. 24), Kommissionens forordning (EU) 2016/1719 af 26. september 2016 om fastsættelse af retningslinjer for langsigtet kapacitetstildeling (EUT L 259 af 27.9.2016, s. 42), 2) og Kommissionens forordning (EU) 2017/1485 af 2. august 2017 om fastsættelse af retningslinjer for drift af elektricitetstransmissionssystemer (EUT L 220 af 25.8.2017, s. 1).

¹⁹⁰ Kommissionens forordning (EU) nr. 543/2013 af 14. juni 2013 om indsendelse og offentliggørelse af data på elektricitetsmarkederne og om *ændring* af bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 714/2009 (EUT L 163 af 15.6.2013, s. 1).

¹⁹¹ Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2019/942 av 5. juni 2019 om opprettelse av et EU-byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter (revisjon)

Når en politisk ledelse ikke følger konstitusjonen og opphever landets grunnlov uten hverken at spørge eller informere borgerne, kaldes det sædvanligvis statskup.»¹⁹²

Lovavdelingen fastslo at en ved å slutte Norge til EUs 3dje Energimarkedspakke avga suverenitet. Imidlertid sier Lovavdelingen, det er ikke tale om annet enn «lite inngripende» tap av suverenitet, hvilket betyr at Stortinget kunne slutte seg til EUs Energibyrå ACER med alminnelig simpelt flertall.

Jeg skal i dette avsnitt se nærmere på Lovavdelingens uttalelse med sikte på å finne ut om dette er en konklusjon som rettslig sett vil «stå seg».

2) Hva er problemet med Lovavdelingens uttalelse?

Etter en gjennomgang av Lovavdelingens utredning for Olje og energidepartementet (OED) er mitt hovedinntrykk at Lovavdelingen er for vag i flere av sine analyser fordi beskrivelsen av faktum, noe som er kjernepunktet i all rettslig analyse, er mangelfull. Før en kjenner de faktiske omstendigheter og ikke minst hva som er formålet med den omstridte ordning, kan en ikke godt konkludere i rettsanvendelsen.

Lovavdelingen har bare flyktig vært innom faktum. Sentrale spørsmål forblir ubesvarte. Hva slags organ er RME? Er dette et organ for den norske stat? Er det et organ for EU? Er det nok for å unngå grunnlovsstrid at Regjeringen etablerer systemer som formelt og tilsynelatende gir Norge kontroll og styring, men som reelt sett kun er et «kopistkontor» der EU-forordninger og -direktiver blir oversatt, iverksatt og håndhevet av Norge på vegne av EU? Er EØS-avtalen – slik Lovavdelingen gir inntrykk av – intet annet eller mer enn en hvilken som helst folkerettslig avtale?

Hva er faren ved den manglende fakta-undersøkelse og –beskrivelse? Foruten at den skaper forvirring ved utydelige problemstillinger vil man se at feil faktum vil medføre at tolkninger av grunnloven (f.eks. §§ 1, 3, 26 og 115) kan være så riktig som de vil, men *rettsanvendelsen* blir nødvendigvis feil.

Hovedspørsmålet ifølge Lovavdelingen er hvorvidt

«det ligger innenfor Kongens traktatkompetanse etter Grunnloven § 26 ... å inngå en folkerettslig forpliktelse med et slikt innhold som fremgår av Prop. 4 S (2017-2018) ... Et første element av myndighetsoverføring ligger i den nevnte

¹⁹² Riksdagsmann (f.hv. medlem av konstitusjonsutskottet) Björn von der Esch, debatindlæg i den svenske avis *Världen idag*, 21. september 2007 (oversatt til dansk).

kompetansen som legges til ESA til å treffe vedtak rettet mot den nasjonale reguleringsmyndigheten ... Det er for det andre spørsmål om det ligger et ytterligere element av myndighetsoverføring i forbudet mot at reguleringsmyndigheten mottar instruksjoner ...» (se s. 2).

Lovavdelingen avgrensner sin vurdering «til å gjelde folkerettslige forpliktelser som – korrekt oppfylt – er ment å skape rettigheter eller plikter for private, men som formelt er rettet til norske myndigheter (forvaltningen)» (s. 11).

Det er altså snakk om myndighetsoverføring, men spørsmålet er om denne utløser krav om grunnlovsendringer (§ 121), vedtak i Stortinget med kvalifisert (§ 115) eller vanlig (§ 26) flertall. Det sistnevnte alternativ kan en ifølge Lovavdelingen lande på dersom overføringen er «lite inngripende».

Det avgjørende er om folkeretten gir nasjonalstaten kompetanse som denne så i sin tur mer eller mindre fritt kan legge til grunn i reguleringer som angår private eller om folkeretten pålegger staten plikter som den er uten muligheter for å influere på innholdet av. Som svar på dette har Lovavdelingen, med følgende kommentar vist til sin uttalelse av 21 januar 2011: «Vi anser fortsatt dette som dekkende» (s. 12):

«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».

Dette postulat begrunnes så med en henvisning til St.prp.nr.100 (1991-1992) side 337 der det

«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».

Dette er en viktig observasjon som jeg fullt ut kan dele. *Det springende punkt* blir da om ACER-ordningen er et reguleringsystem som lar Norge «være herre over det siste, avgjørende skritt ...»? Eller er det som den kongelige proposisjon uttrykte det; slik at Norge ved å slutte seg til ACER har gitt «slipp på denne «kontrollmuligheten»?

1. Feil i faktum – hva er ordningen i ACER – og i Norge under RME?

ACER, EU-finanstilsyn, luftfartstilsyn osv. innvarsler en helt ny klasse av tyngende inngrep i norsk suverenitet og politisk kontroll- og styringssystemer for EU over sitt lydrike Norge. Dette er tilfelle som ligger langt utenfor de tilfeller som noen – både juridiske og politiske miljøer – kunne tenke seg – og som en da heller ikke på

1990-tallet kunne forholde seg til. Fordi det er stadig endrede forhold står vi overfor tilfelle som krever konkrete løsninger *mutatis mutandis*.

Hvordan ser den ordningen ut som er innført? Er Norge «herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere»? Før jeg svarer på det må vi kjenne grunnstrukturen i det system som EU har konstruert.

Følgende EU-organer styrer den felles energipolitikken i det indre marked: EU-kommisjonen, Det europeiske nett av transmisjonssystemoperatører for elektrisitet («ENTSO for elektrisitet», ENTSO-E), organisasjonen for systemoperatører – TSO, og distribusjonsselskaper – DSO og Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER.¹⁹³ Alle er tildelt beslutningsmyndighet. ENTSO-Es oppgave er først og fremst «sikring af, at elektricitetstransmissionsnettet forvaltes optimalt, og der åbnes mulighed for elektricitetshandel og elektricitetsforsyning på tværs af grænserne i Fællesskabet» (fortalen pkt. 7).¹⁹⁴ Gjennomføringen av dette «bør løses i overensstemmelse med Fællesskabets konkurrenceregler, som fortsatt vil være gældende for beslutninger, der træffes af ENTSO-E for elektricitet». Dette er ikke eneste styringsmål: ENTSO-E skal sørge for at «resultaterne på regionalt plan er forenelige med netregler og ikke-bindende tiårige europæiske netudviklingsplaner». Oppretting, organisering og bruk av nettet skal styres av «[n]etregler, der udarbejdes af ENTSO for elektricitet» (fortalen pkt. 7).¹⁹⁵

ENTSO-E skal samarbeide med EU-kommisjonen om regelutvikling, se f.eks. fortalen pkt. 10. Dersom ENTSO-E ikke makter å «sy sammen» et regelverk, går oppgaven over til EU-kommisjonen:

«Kommissionen kan, hvis ENTSO for elektricitet eller agenturet ikke har utviklet netregler eller ikke har udarbejdet et udkast til netregler som omhandlet i stk. 10 i denne artikel, på eget initiativ eller efter henstilling fra agenturet i henhold til stk. 9 i denne artikel vedtage et eller flere sæt netregler på de områder, der er nævnt i artikel 8, stk. 6» (fortalen pkt. 11).

¹⁹³ Europa-parlamentets og Rådets forordning (EF) 713/2009 af 13. juli 2009 om opprøttelse af et byrå for samarbeide mellem energireguleringsmyndigheder (Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER). Når jeg i det følgende viser til EUs forordninger og direktiver, benytter jeg meg av teksten slik den fremkommer i dansk språkdrakt.

¹⁹⁴ Europa-parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 714/2009 af 13. juli 2009 om betingelserne for netadgang i forbindelse med grænseoverskridende elektricitetsudveksling og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1228/2003.

¹⁹⁵ *L.c.*

Krumtappen i elektrisitetssystemet i EU er imidlertid det, i 2009, etablerte energibyrå ACER. Organets formål er å sikre elektrisitetfordelingen internt i EU, en ordning som også EØS-land er invitert til å delta i. Ordningen som siden 2003 var av frivillig art,¹⁹⁶ gikk gjennom etableringen av ACER over i en fase med bindende vedtak iht. EUs alminnelige regler om kvalifisert flertall:

«Det er imidlertid et udbredt ønske i sektoren, og i øvrigt foreslået af ERGEG [Gruppen af Europæiske Tilsynsmyndigheder for Elektricitet og Gas] selv, at det frivillige samarbejde mellem de nationale regulerende myndigheder nu bør foregå inden for en fællesskabsstruktur med klare beføjelser og myndighed til at vedtage individuelle reguleringsbeslutninger i en række specifikke tilfælde» (fortalen pkt. 3).¹⁹⁷

Målet med reguleringene er å oppfylle

«målsætningerne for den europæiske energipolitik». For å oppnå disse mål påpekes det at EU må sørge for å «fjerne hindringerne for handel på tværs af grænserne med elektricitet og naturgas». ACER skal videre sørge «for at utfylde hullerne i lovgivningen på fællesskabsplan» (fortalen pkt. 5). EU har bestemt at «Agenturet bør sikre, at de reguleringsopgaver, der varetages af de nationale regulerende myndigheder [RME] ... koordineres effektivt og om nødvendigt fuldføres på fællesskabsplan» (fortalen pkt. 6).

Med «fællesskabsplan» siktes det *ikke* til at medlemsstatene «arbejde[r] tæt sammen» (fortalen pkt. 5¹⁹⁸) i et mellomfolkelig rom, men til et EU-internt samarbeid organene i mellom, dvs. RME og ACER, men også andre EU-organer, herunder ENTSO-E:

«Kommissionen og agenturet arbejder tæt sammen i forbindelse med gennemførelsen af denne forordning og i passende omfang hører det europæiske net af transmissionssystemoperatører for elektricitet og for gas.»¹⁹⁹

ACER er et saksforberedende organ for Kommisjonen:

«Det vil også være hensigtsmæssigt og i overensstemmelse med agenturets formål, at det spiller en rolle i revisionen af netreglerne ... for at sikre, at de er i tråd med de overordnede retningslinjer, før agenturet kan indstille dem til vedtagelse af Kommissionen» (fortalen pkt. 9, jf. også pkt. 11).²⁰⁰

¹⁹⁶ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet.

¹⁹⁷ EU-forordning (EF) 713/2009.

¹⁹⁸ *Op. cit.*

¹⁹⁹ *Op. cit.*, fortalen pkt. 20.

²⁰⁰ *Op. cit.*

Kommisjonen er imidlertid også sikret vedtakskompetanse på energiområdet uten deltakelse fra ACER, se f.eks. fortalen pkt. 26:

«De nødvendige foranstaltninger til gjennomførelse af denne forordning bør vedtages i overensstemmelse med Rådets afgørelse 1999/468/EF af 28. juni 1999 om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen.»

En slik selvstendig vedtaksmyndighet finnes omtalt i fortalen pkt. 27:

«Kommissionen bør navnlig tillægges beføjelser til at vedtage de nødvendige retningslinjer i situationer, hvor agenturet får beføjelse til at træffe beslutning om vilkår og betingelser for adgang til og operativ sikkerhed i forbindelse med grænseoverskridende infrastruktur.»

ACER er også tillagt håndhevingsoppgaver, se f.eks. artikkel 6:

«Opgaver vedrørende samarbejdet mellem transmissionssystemoperatører», jf. pkt. 6: «Agenturet overvåger og analyserer gjennomførelsen af de netregler og retningslinjer, som Kommissionen vedtager», og pkt. 8: «Agenturet overvåger gjennomførelsen af de europeiske netutviklingsplaner. Hvis der konstateres uoverensstemmelser mellom en sådan plan og dens gjennomførelse, skal det undersøge årsagerne til uoverensstemmelserne og udarbejde henstillinger til de berørte transmissionssystemoperatører og nationale regulerende myndigheter eller andre kompetente organer med henblik på gjennomførelse af investeringerne i overensstemmelse med de europeiske netutviklingsplaner.»

I Energipakke 4 (FORORDNING (EU) 2019/942, artikkel 11(b)) heter det om det samme tema følgende:

«ACER [skal] i tèt samarbejde med de regulerende myndigheter og ENTSO for elektrisitet ... overvåge gjennomførelsen af de EU-dækkende netutviklingsplaner. Hvis ACER konstaterer uoverensstemmelser mellom disse planer og deres gjennomførelse, undersøger det årsagerne til uoverensstemmelserne og udarbejder henstillinger til de berørte transmissionssystemoperatører, regulerende myndigheter eller andre kompetente organer med henblik på gjennomførelse af investeringerne i overensstemmelse med de EU-dækkende netutviklingsplaner»

Vi ser slik det også er de fleste andre steder et nær samsvar med regelen i Energipakke 3. Når det gjelder håndheving ser vi at forskjellen er *for det første* at mens ACER alene rådet grunnen i pakke 3, så er kompetansen i pakke 4 tenkt utøvd i «tèt samarbeid» med RME i alle MS og ENSO-E. *For det annet* er «de europeiske netutviklingsplaner» erstattet med «EU-dækkende netutviklingsplaner». Vi ser en geografisk utvidelse her, som vil nå omfatte netutviklingsplaner over til bl.a. Storbritannia og Russland. Dette er minimale – og ikke dramatiske endringer, som

isolert betraktet ikke vil regnes som annet enn «lite inngripende». Noe tilsvarende finner vi ved instruksjons-reglene.

Hvilke oppgaver det er snakk om, fremstilles mer detaljert i EU-forordning nr. 714/2009, artikkel 9.²⁰¹ Det er videre klart at ACER ikke kan instrueres fra nasjonalt hold:

«I denne forbindelse er det nødvendig at garantere agenturets uafhængighed i forhold til elektricitets- og gasproducenter, transmissions- og distributionssystemoperatører, uanset om de er offentlige eller private, og forbrugerne og sikre dets virksomheds overensstemmelse med fællesskabsretten» (fortalen pkt. 6).²⁰²

Disse bestemmelser er ikke svekket i Energipakke 4, noe en vil se ved å sammenholde de tilsvarende regler i de to pakkene med hverandre, se f.eks.

FORORDNING (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om oprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (ACER)
FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet, og DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU. Jeg viser til at det i alle disse tilfeller er det kun tale om *omarbeiding* av regler, det er ikke tale om endring. Disse små justeringer fremstiller jeg ved hjelp av et eksempel – se kap. III, *Tabell 1: endret formulering 2003-2020-*

2. Feil i Faktum (2): Hva er ordningen i Norge under RME?

Norge følger denne ordning, jf. forarbeidene til den endrede energilov.²⁰³ I korte trekk er ordningen konstruert slik at for å unngå direkte myndighetsoverføring til ACER har Norge fått EU med på en konstruksjon der bindende vedtak som i realiteten er rettet til EFTA-statenes reguleringsmyndigheter, vil bli truffet av EFTAs overvåkingsorgan (ESA), som deretter instruerer det fra staten fristilte norske organ RME.

Professor Henrik Bjørnebye karakteriserer RME og ACER-kompetansene på følgende måte, noe jeg – med strek under «i hovedsak» – kan slutte meg til:

²⁰¹ EU-forordning (EF) 714/2009.

²⁰² EU-forordning (EF) 713/2009.

²⁰³ Prop. 5 L (2017–2018) Endringer i energiloven (tredje energimarkedspakke) s. 6 sp. 1.

«RME skal opptre uavhengig og være unntatt fra instruksjonsrett ved utøvelsen av tillagt myndighet. Denne myndigheten gjelder i hovedsak forvaltning av regelverket for overføring og omsetning av kraft. Organet skal samarbeide med øvrige nasjonale reguleringsmyndigheter og ACER, og er forpliktet til å gjennomføre ESAs «ACER-vedtak» internt i norsk rett». ²⁰⁴

«ACER [har] fått utvidet myndighet til å fatte vedtak om metoder og vilkår på områder som sannsynligvis vil få stor betydning for regulering av kraftmarkedet». ²⁰⁵

Det jeg savner i Bjørnebyes arbeid er konklusjoner som klargjør rettsvirkningene for norsk energirett. Han presiserer at «fjerde energimarkedspakke er så omfattende og komplisert»²⁰⁶ og det kan selvsagt være en forklaring. For meg er dette imidlertid utilfredsstillende. Jeg må derfor finne svar på følgende: Har Norge overhodet noen gjenværende vedtaksmyndighet? Betyr dette –i klartekst – at vi må skrote både industrikonsesjonsloven (1917) og konsesjonslovgivningen for vannkraft (1917)? Og om så er tilfelle, burde ikke dette avspeiles i vurderingen av grunnlovsspørsmålet om inngrepet likevel er lite inngripende?

Professorene Holmøyvik og Haukeland Fredriksen trekker den slutning – som jeg deler – at

«Med dette overtar ESA regjeringens kontroll av den delen av norsk energiforvaltning som tilfaller RME ... Og om RME nøler, kan trolig private aktører fremtvinge effektueringen ved å anføre for norske domstoler at norsk lov pålegger RME å iverksette ESAs vedtak. Da tilsier både ordlyden i grunnlovens paragraf 115, så vel som Stortingets egen praksis, at Norges tilknytning til ACER må skje med tre fjerdedels flertall i Stortinget.»²⁰⁷

Et moment som ikke har vært særlig fremme i debatten er den viktige forskjell mellom EUs administrative avgjørelser med virkning for norske forvaltningsvedtak, og EU-domstolens innvirkning på Norges høyesterett. Sistnevnte er av rettskildemessig art, en kilde av stor viktighet og rang. På samme måte som Høyesterett plikter å forholde seg til Norges folkerettslige forpliktelser i sin tolkning og rettsanvendelse, må Høyesterett forholde seg til EØS, som den folkerettslige avtale

²⁰⁴ Henrik Bjørnebye, Hva betyr EUs ren energi-pakke for Norge? Juridiske betenkning om innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen og ACERs rolle, Norsk klimastiftelse Rapport nr. 03/2020 s.5.

²⁰⁵ Henrik Bjørnebye, Hva betyr EUs ren energi-pakke for Norge? Juridiske betenkning om innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen og ACERs rolle, Norsk klimastiftelse Rapport nr. 03/2020 s.7.

²⁰⁶ Op.cit. s. 30.

²⁰⁷ <http://rett24.no/articles/grunnlovsstridig-tilknytning-til-eus-energibyra>.

den er. Avtalen viser selv til at partene (EU og medlemsstatene på den ene- og Norge, Liechtenstein og Island på den andre side) er enige om å fremme EØS-avtalens formål, «med full respekt for domstolenes uavhengighet», der målet er «å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale».²⁰⁸

En tilsvarende regel gjelder ikke mht. administrative organ og vedtak. Mens Høyesterett fortsatt dømmer i siste instans (Grl. § 88), og der resultatet avhenger av «den høist ærverdige rett, Norges øverste domstols» tolkning og rettsanvendelse, er flere av de administrative avgjørelser i energifeltet bindende²⁰⁹ – og må følges ord for ord, jf. forordningsformen. I motsetning til Norges høyesterett, som er overlatt tvistemål til avgjørelse iht. domstolens beste skjønn, der den folkerettslige EØS-avtalen *kun* inngår som et *tolknings-moment*, er de norske administrative organer – herunder RME – bundet til å gjennomføre EU-forordningene ord for ord. Dette forhold henger sammen med følgende:

«Traktater millom sjølvstendige rike skapar folkerettshøve. Ei traktat kann ikkje skapa det juridiske grunnlaget for andre rettshøve enn folkerettshøve. Ei traktat kann soleis ikkje vera det juridiske grunnlaget for statsrettshøve.»²¹⁰

«Domstolane må døma etter retten i landet, anten han so er i samhøve med folkeretten eller ei ... Når det her er sagt at domstolane må døma etter retten i landet, anten han so er folkerettsstridig eller ei, går ein ut ifrå at vår rett hev positive reglar um eit spursmål som kjem upp. Gjev vår rett derimot ikkje noko svar eller noko klårt svar, går domstolane ut ifrå at han samstavar med folkeretten».²¹¹

I tråd med sikker norsk praksis er *domstolenes* plikt til å anvende norsk internrett, og kun den, slik det nedfeller seg i konstitusjonell sedvanerett, kommet til uttrykk i EØS artikkel 6:

«Ved gjennomføringen og anvendelsen av bestemmelsene i denne avtale ... skal bestemmelsene, så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler i Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske felleskap ... *fortolkes i samsvar med* de relevante rettsakter som De europeiske felleskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale» (uthevet her).

Mens EØS følgelig kun er tolkningsmoment ved norske domstolers avgjørelser, er bildet annerledes hva angår den utøvende makt, dvs. regjering, departementer,

²⁰⁸ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Særskilt vedlegg nr. 1 til St.prp.nr. 100 (1991–92), fortalen.

²⁰⁹ Se f.eks. direktiv 2009/72/EF artikkel 3.7 og EU-forordning (EF) 713/2009 fortalen pkt. 3.

²¹⁰ Nikolaus Gjelsvik, Innledning i rettsstudiet (Olaf Norlis forlag, 1945) s. 36.

²¹¹ Op.cit. s. 143..

direktorater, råd og nemnder, se EØS artikkel 7: «Rettsakter som er omhandlet i eller inntatt i vedlegg til denne avtale eller i EØS-komiteens vedtak, *skal være bindende* for avtalepartene» (uthevet her).

3. *Mine slutninger*

Min innfallsvinkel er at Lovavdelingen er en gren av den utøvende makt. Det er et organ for Kongen. Den har ingen fristilt posisjon. Det kan instrueres på samme måte som Olje- og energidepartementet (OED) instruerer NVE eller Oljedirektoratet (OD). Lovavdelingen er med andre ord ikke fristilt slik som den nye Reguleringsmyndigheten for Energi (RME), er. Siden mange har pekt på Lovavdelingens uttalelse som om den var en uavhengig analyse av ACERs forhold til grunnloven, må dette nødvendigvis nevnes. Derfor: uttalelsen fra Lovavdelingen er ikke noe annet eller mer enn en hvilken som helst prosessfullmektigs fremstilling av sin klients syn på tolkning, fakta og rettsanvendelse.

Oppsummert gjelder at fundamentet for vurderingen er som også Lovavdelingen påpeker; «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». Derfor; er Norge herre over dette siste ledd i beslutningskjeden som til syvende og sist adresserer seg til norske private aktører?

Som fremstillingen viser er svaret klart nei. Jeg er her på linje med Professor Hans Petter Graver om at det ved etableringen av ACER og RME

«er skapt en kompetanse i den interne rett for det internasjonale organet til å treffe beslutninger ... 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 § 2.²¹²

RME er et organ for EU og ikke et organ for Norge. Alle sine direktiver mottar det fra EU. Norge har kun plikter i forhold til organet – vi må huse og finansiere det (også ACER) – men ingen rettigheter. Organet er fristilt fra norske offentlige og private interesser. Organet vil i sine vedtak som rammer private norske aktører, aldri komme til å gjøre noe annet enn det EU dikterer via ESA. Dvs. at Norge ved «den valgte

²¹² Hans Petter Graver, Grunnlovens § 115 og (særlig) ACER-saken – Betenkning avgitt til Nei til EU s. 20.

konstruksjon» derved har gitt slipp på «kontrollmuligheten» og er således ikke lengre «herre» i eget hus.

4. Oppsummering

Lovavdelingens standpunkt er feil: Olje og energidepartementets syn fremstår som et fromt ønskemål, uten støtte i EU-rettens regler. Snarere tvert imot:

«Agenturets struktur bør tilpasses de særlige behov, der gør sig gældende for regulering på energiområdet. Der skal navnlig tages fuldt hensyn til «specifikke rolle, og til at deres uafhængighed sikres ...»

Bestyrelsen bør handle uafhængigt og objektivt ud fra almene samfundshensyn og bør ikke søge eller efterleve politiske instrukser

Dette utdypes på følgende måte:

«... ikke søge eller efterleve instrukser eller acceptere henstillinger fra en medlemsstats regering, Kommissionen eller en anden offentlig eller privat enhed». ²¹³

Tilsvarende formuleringer gjenfinnes i Energipakke 4.²¹⁴ Denne tar opp i seg alle EUs «gevinster» i Energipakke 3 pluss noen skritt videre i retning av å frata MS all beslutningskompetanse. Ingen legger skjul på at målet er full harmonisering. Det er ikke mulig å lage en komplett komparativ studie av pakke 3 og 4. innen de rammer om er gitt for mitt arbeid. Det får holde med noen få eksempler, jf. tabell 1. Som jeg har alt argumentert for er dette da heller ikke noe stort poeng, det ville være det samme som å spørre om «gjeldende rett» og så få som svar den rettshistoriske stilling for år tilbake. Jeg oppfatter mitt oppdrag som rettsdogmatisk – studier av EU-retten «*acquis communautaire*» og ikke

Som en vil se: Her gjøres det for det første tindrende klart at «de særlige behov» sikter til ACER og underliggende organer og ikke MS' behov. For det annet, med «de nationale regulerende myndigheter» menes de nasjonale RME og ikke MS. For det tredje; det er ACER med underliggende organer –herunder RME – og ikke MS, hvis «uafhængighed sikres» som ikke skal «søge eller efterleve politiske instrukser eller

²¹³ (EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EF) Nr. 713/2009 af 13. juli 2009 om oprettelse af etagentur for samarbejde mellem energireguleringsmyndigheder (preamblet avsnitt 16-18).

²¹⁴ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om oprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder, Fortalen avsnitt 32-33,

acceptere henstillinger fra en medlemsstats regering». Dette er et strengt krav; ikke kun rettslig bindende instruksjoner er tillatt, men også mer uforpliktende henstillinger.

Også her er OED og Regjeringen på ville veier. Påstanden er at RME «vil være styrt av norsk lovgivning og må forholde seg til de politiske føringene som er nedfelt i gjeldende lover og forskrifter»²¹⁵ er uten holdepunkter. *Det korrekte er* at RME vil være styrt av EU-retten fullt og helt, allerede fra implementeringen av Energipakke 3. Dette er klart formulert i Energipakke 4:

«ACER handler ved utførelsen af sine opgaver uafhængigt, objektivt og i Unionens interesse».²¹⁶

Agenturet bør også give de nationale regulerende myndigheder mulighed for at styrke deres samarbejde på fællesskabsplan og på et gensidigt grundlag deltage i udøvelsen af funktioner med en fællesskabsdimension. (EU-forordning (EF) 713/2009, preamble 5)

«Agenturet bør sikre, at de reguleringsopgaver, der varetages af de nationale regulerende myndigheder i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/72/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet ... - koordineres effektivt og om nødvendigt fuldføres på fællesskabsplan» (preamble 6)

«Der bør etableres en integreret ramme, inden for hvilken de nationale regulerende myndigheder kan deltage og samarbejde. Denne ramme bør sikre ensartet anvendelse af lovgivningen om de indre markeder for elektricitet og naturgas i hele Fællesskabet» (preamble 10).

«Det [ACER] bør også have pligt til at underrette Kommissionen, hvis det finder, at ... en national regulerende myndighed, der har truffet en beslutning i strid med retningslinjerne, ikke i tilstrækkelig grad indretter sig efter agenturets udtalelse, henstilling eller beslutning» (preamble 11).

iii. «En internasjonal sammenslutning»

Grl. § 115 åpner for at Norge gir fra seg suverenitet til en internasjonal sammenslutning som Norge er medlem av. Dette reiser to spørsmål. Det første som behandles her i pkt. i gjelder hvilke som er omfattet av begrep «internasjonal

²¹⁵ Olje- og energidepartementets brev av 9. Februar 2018 (16/1132) til Justis- og beredskapsdepartementet, Lovavdelingen «Tredje energimarkedspakke anmodning om grunnlovsvurdering» s. 2.

²¹⁶ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om opprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder, Artikkel 1.3

sammenslutning». Det andre gjelder Norges tilslutning til en slik organisasjon, jf. pkt. ii.

Det springende punkt er hvilke typer organisasjoner som grunnlovskonsipientene tenkte på i 1962 da de gav § 93?

Norge er ikke medlem av EU, men jeg vil likevel ha fokus på EU fordi – som vil bli vist i fortsettelsen – det springende punkt er om formalitetene avgjør eller om vi må ha fokus på realitetene. *Norge er i navnet ikke medlem av EU, men derimot i gavnet.* At EFTA og herunder ESA, er en internasjonal sammenslutning er klart nok, og jeg bruker ikke mer «trykksverte» på dette forhold.

Et historisk utgangspunkt skisseres i St.meld.nr.89 (1951) Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner. Her legges det til grunn at de 4 allierte stormakter (USA, UK, Sovjet og China) skulle «anerkjenne nødvendigheten av så snart som praktisk mulig å opprette en alminnelig internasjonal organisasjon, bygget på prinsippet om selvstendighet og likestilling ... med formål å opprettholde mellomfolkelig fred og sikkerhet». ²¹⁷ Selv om mellomfolkelige forbindelser dominerte innså stormaktene at det var behov for noe overnasjonalitet, jf. sikkerhetsrådets avgjørelser.

Ønsket om en viss grad av overnasjonalitet – jf. den norske 1951-posisjon mht. Europarådet – var der følgelig,²¹⁸ men samtidig ble det i Norge klargjort at grunnloven setter grenser, og at ikke alle internasjonale utspill harmonerte med vår grunnlov: Bekymringen for at norsk deltakelse i det internasjonale samfunn av stater skulle begrense Norges selvstendighet manifesterte seg tidlig, jfr. Medlemskapet i Folkeforbundet for over 100 år siden.

«Besvarelsen av dette spørsmål avhang først og fremst av [Folke]forbundets *alminnelige rettslige karakter*. Hvis det i og med opprettelsen av forbundet ble skapt en *forbundsstat eller et uopløselig statsforbund*, ville norske statsmyndigheters handlefrihet i fremtiden i de saker det her gjaldt, *ikke kunne bindes uten gjennom endringer av grunnloven*. Forbundspakten stiftet imidlertid etter komiteens oppfatning hverken noen ny *overstat* eller noe *uopløselig statsforbund ... Lovgivningsmyndighet*, direkte bindende for forbundets enkelte medlemmer eller deres statsborgere, var ikke tillagt forbundet eller noe av dettes organer ...

²¹⁷ St.meld.nr.89 (1951) Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner s. 7.

²¹⁸ St.meld.nr.89 (1951) Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner s. 24.

Flertallet i Stortingets forsterkede konstitusjonskomite tiltrådte i det vesentlige Justisdepartementets uttalelse om at det ikke var noen grunnlovsmessig hindring for Norges tilslutning til Folkeforbundet». ²¹⁹

Senere har medlemskap i De forenede nasjoner (FN) blitt vurdert på samme måte, noe jeg ikke går nærmere inn på her. Hva skal en si om EU? Professor Andenæs viser til EUs forordninger og konstaterer at EU

«står i så måte i en annen stilling enn andre organisasjoner som Norge har sluttet seg til. Er det konflikt mellom den nasjonale lovgivning og felleslovgivningen, forutsetter Romtraktaten at den siste har forrang». ²²⁰

Konklusjonen er klar nok: En «internasjonal sammenslutning» omfatter ikke statsforbund eller forbundstater. Grunnloven tillater ikke at Norge slutter seg til en forbundsstat eller et uopløselig statsforbund uten å gå veien om grunnlovsendring (grl. § 1, jf. § 121). Det springende punkt er kun om EU nå er en forbundsstat eller så langt kommet på veien dit at endepunktet med sikkerhet er forbundsstaten?

Dersom analysen av grl. § 115 lander på at det er realiteten og ikke formalitetene som gjelder (se pkt. ii og vii), så er konklusjonen at grl. § 115 ikke er tilstrekkelig hjemmel for norsk tilslutning til EU, grunnlovsendring må til.

iv. «Norge er tilsluttet eller slutter seg til»,

1) Grunnloven § 115 stiller en rekke kumulative krav som må være oppfylt for at denne paragraf skal komme til anvendelse i en sak som gjelder suverenitetsavgivelse. Kravet her er at det er den organisasjon som «Norge er tilsluttet eller slutter seg til», som skal ha rett til å utøve beføyelser», dvs. *intet annet* enn det av Norge tilsluttede organ skal kunne utøve disse «beføyelser». Dvs. der organet er ESA – så er det ESA som skal ha beslutningskompetansen. Er det EU vi er medlem av, er det EU som har kompetansen derved tilfredsstiller kravet i § 115. Dette er imidlertid ikke situasjonen:

2) I norsk rett fyller ESA rollen som det organ i § 115 som bærer hele EØS-konstruksjonen, jf. kravet om at norsk suverenitetsavgivelse – om dette skal skje iht. § 115 – må overdras til en «internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til». Som vist; «sammenslutningen» kan ikke være en nasjonalstat, uansett om den er en konføderasjon eller en føderasjon (kap.IV.A.i).

²¹⁹ St.meld.nr.89 (1951) Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner s. 27.

²²⁰ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s. 262.

Her vil noen trolig bemerke at siden Norge ikke er medlem av EU hvorfor så trekke fram dette? Mitt svar på det er at selv om EU er en stat, så er ESA helt klart ikke det. ESA er en sammenslutning, den er internasjonal og Norge er tilsluttet denne.²²¹ Altså en organisasjon som kunne vært velegnet for å fremme overnasjonale bestemmelser med virkning for Norge hadde det bare ikke vært for at ESA ikke er overlatt de beføyelser som § 115 omhandler, jf. EØS artikkel 7: «*Rettsakter som er omhandlet i eller inntatt i vedlegg til denne avtale ... skal være bindende for avtalepartene og skal være eller gjøres til del av deres interne rettsorden*». Som det fremgår av EØS' subsidiære lovgivning – de «omhandlede rettsakter» – vedtatt i vedlegg eller protokoller til EØS-avtalen omfatter dette både EU-forordninger og direktiver, men ingen ESA-reguleringer. Dvs. ESA fastsetter ikke de materielle krav i de lovregler som retter seg til norske borgere, de formidler kun hva EU har bestemt at skal gjelde som lov for norske statsborgere. Dette er udiskutabelt. Se f.eks. «omhandlede rettsakter» til Protokoll 21 (om gjennomføring av konkurransebestemmelser for foretak), Kommisjonsforordning (EF) nr. 622/2008 av 30. juni 2008 om endring av forordning (EF) nr. 773/2004 med hensyn til forliksbehandling i kartellsaker skal innlemmes i avtalen – EUT L 171 av 1.7.2008, s. 3.

Situasjonen er altså som følger: Det organ som Norge er medlem av – ESA – er ikke tilgodesett med noen beføyelser til å etablere materiell rett jf. § 115. Det organ som er overlatt de norske materielle beføyelser er EU, altså et organ som Norge ikke er medlem av. ESA er tildelt en beføyelse som ikke tidligere er utøvd i Norge, dvs. gjennomføre rollen som kopist og «vedta» parallellover – identiske med EU-lovene. Håndhevingen av disse som ESA i stor utstrekning forestår, er utøvelse av beføyelse for EU og ikke en beføyelse som tidligere var utøvd av den norske stat. Dette er – som daværende professor Fredrik Sejersted poengterte – en gordisk knute: dvs. et «forsøk på å gjøre det umulige».²²²

3) Det er ikke hvilken som helst sammenslutning som er omfattet av § 115. Grunnlovkonsipistene har gjort dette helt klart, se § 115 annet ledd: Paragrafen «gjelder ikke ved deltagelse i en internasjonal sammenslutning hvis beslutninger bare har rent folkerettslig virkning for Norge».

²²¹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, mellom Republikken Island, fyrstedømmet Liechtenstein og kongeriket Norge.

²²² Fredrik Sejersted (m.fl.), EØS-rett (universitetsforlaget 1995) s.61.

Vi kan altså ekskludere en lang rekke internasjonale organisasjoner, f.eks. Verdens handelsorganisasjon (WTO), Europarådet, Organisasjon for samarbeid og utvikling (OECD) osv. Verken ESA eller EFTA-domstolen tilhører denne kategori. Selv om ESAs beslutninger har folkerettslig virkning, så gjelder dette ikke alle, jf. «bare har rent ...». Medlemskap i ESA er omfattet av § 115. Hva er da problemet?

Grunnlovskonsipistene tilla med tanke på EF-medlemskap (1962), det daværende frihandelsforbundet beslutningskompetanse over norske rettssubjekter direkte og uten grunnlovsendring, altså som om vedtakene var truffet av norske nasjonale organer. Konsipistene så ikke for seg at om folket ved folkeavstemning sa nei, så gav samme passus i § 93 Regjering og Storting kompetanse til å slutte Norge til *en annen* sammenslutning enn EU – f.eks. et ESA-liknende organ, men som på vegne av EU gjennomførte EU-retten i Norge som en slags «stand in» dvs som «formidler av EF-vedtak». Det var ingen i Norge som – da EEC slo feil – gikk inn for at Europarådet med sikte på å få innført EEC-identiske lovbestemmelser i alle de 48 europeiske stater. Vi kan derfor med stor sikkerhet – bygget på så vel *tekstuell som kontekstuell tolkning* – si at meningen med formuleringene i § 93 var klart at den sammenslutning som Norge sluttet seg til *også* var den som traff de overnasjonale vedtak med direkte virkning for norske rettssubjekter. Dvs. vi står overfor *kumulative betingelser* her. Organet vi slutter oss til skal ikke være en føderal stat samtidig som organet skal være det som utøver den beslutningskompetanse som Norge hadde tidligere.

4) Slik må da også teksten forstås sett i *sin historiske kontekst*: Det er den internasjonale sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til, som «skal ha rett til å utøve beføyelser» som Norge ellers utøver til vanlig.

5) Dette har da også *gode grunner* for seg. Grl. § 93 ble til 30 år før EØS. Den situasjon som oppstod i 1992 var det ingen som hadde i tankene i 1962. Det samme gjaldt tydeligvis også *etter at avtalen ble inngått*, sml. Grunnlovsforslaget fra Erna Solberg 8 år etter EØS-avtalen, endringsforslaget skulle komme til anvendelse ved norsk medlemskap i EU: «Dette forslaget har som siktemål å etablere klare regler for innmelding i Den europeiske Union».²²³ Det samme legges til grunn i andre

²²³ Grunnlovsforslag 14 (1999–2000), Dok.nr.12:14 (1999–2000) Grunnlovsforslag fra Erna Solberg om endring av Grunnloven § 93. (Norsk tilslutning til Den europeiske Union s. 1.

grunnlovsforslag: Dette forslag til «regel formaliserer den realpolitiske situasjonen (EU-medlemskap)».²²⁴

Jeg tolker dette slik at det organet som innmeldelsen her gjelder dvs. EU, er det organ som *de facto* har overtatt de norske «beføyelsene» som nevnt i § 115. Eller sagt på en annen måte, dersom disse «beføyelser» gjennom en internasjonal avtale gjelder EU, oppfyller det ikke kravene i § 115 å melde seg inn i et annet organ, *in casu* ESA.

6) En *annen god grunn* for at § 115 ikke omfatter en slik ordning med «surrogati» er at som medlem i det besluttende organ (EU) har norske representanter ikke kun talerett men også stemmerett. I saker der sammenslutningens regler krevde enstemmighet hadde Norge sågar *vetorett*.

EØS-konstruksjonen er annerledes. Det er ESA som Norge er medlem av og ikke EU. Det er imidlertid EUs vedtak som norske borgere er styrt av. Det er klargjort av hver bidige EU-sekundærlov som i hopetall transformeres og implementeres. Altså, Norge er medlem av ESA, men overdynges av EU-forordninger som et resultat av norsk medlemskap i ESA.

7) Som et *støtteargument* kan en vise til at norsk rett via de ulovfestede regler om «gjennomskjæring» og «omgåelse» avviser at, de formfulle løsninger til tross, det er de reelle forhold som avgjør (kap. IV,A,vii).

Svaret på spørsmålet om Norges forhold til ESA oppfyller kravet om å være «tilsluttet» det organ som overtar de materielle «beføyelsene» som vanligvis utøves av den norske stat, er svaret nei. De beføyelser som ESA har er slike som norske styresmakter ikke tidligere har praktisert. Dersom dette skal fortsette må Stortinget hente kompetansen der denne finnes og det er *grunnloven § 121*. Grl. § 115 er utilstrekkelig.

v. Utøve beføyelser på et saklig begrenset område

«*Forslagene i dag berører alle sektorer, der er relatert til ren energi: forskning og innovation, kvalifikasjoner, byggeri, industri, transport, det digitale område og finanssektoren for blot at nævne nogle få*» (uth.her)

Energiunionens nestformann, Maroš Šefčovič,²²⁵

²²⁴ Grunnlovsforslag 13 (1999–2000), Dok.nr.12:13 (1999–2000) Grunnlovsforslag fra Thomas Chr. Wyller, vedtatt til fremsettelse av Anne Enger Lahnstein og John Dale, om endring av Grunnloven § 93. (Rådgivende folkeavstemning) s. 1.

²²⁵ <https://www.europalov.no/politikkdokument/eu-tiltakspakke-for-ren-energi/id-9543> (sett 22 juli 2020.)

«Beføyelser» er et fellesnavn på de høyeste statsorganers høyhetsrett, dvs, lovgivning, forvaltning, tvisteløsning og rettspleie ellers. Professor Andenæs legger til grunn at overføring av suverenitet kan skje, men ikke helt ubegrenset. For å illustrere grensen for slik overføring bruker han følgende tenkte eksempel. Sett at Stortinget ga

«en delegasjonslov om at Fellesskapets organer skulle ha den myndighet som Romatraktaten forutsetter, kan det ikke være tvil om at dette ville være å gå lenger enn grunnloven tillater. Man kan ikke her trekke noen analogi fra den delegasjon av lovgivningsmyndighet som skjer til Kongen eller andre norske myndigheter ... Den delegasjon til Fellesskapets organer som Romatraktaten forutsetter, har derimot til formål å sette disse organer i stand til å føre en ensartet økonomisk politikk for hele fellesskapsområdet uten å være avhengig av lovgivningsmakten i de enkelte land». ²²⁶

Her er de til EU, overlatte beføyelser ikke konkretisert. EU kan vedta alle de forordninger og direktiver som EU-kommisjonen har behov for innen hvilket som helst samfunnsområde og uten å søke MS om tillatelse. En slik overføring gjelder etter mitt skjønn ikke «et saklig begrenset område». Slik også Professor Hans Petter Graver i intervju med Aftenposten 29. mai 2004 som

«mener de omfattende endringene som har skjedd i EU, gjør Grunnlovens paragraf 93 uegnet til å melde Norge inn i EU. Paragraf 93 tillater overføring av suverenitet kun på et "saklig begrenset Omraade". Ifølge Graver kan ikke EU-samarbeidet lenger defineres som ... saklig begrenset».

Et forsiktig forsøk på overnasjonalitet – og nok også modell for EU – var Europarådet som ble stiftet i 1949. Her fulgte det av Statuttene for opprettelse av Europarådet at de skulle nyte godt av vidtrekkende lovgivningskompetanse, jf. utkast til artikkel 35 litra a-c:

- (a) “Every Rule duly made by the Council of Europe shall bind the Governments of all the Member States.
- (b) The Government of each Member State undertakes without delay to take all steps necessary to secure that every Rule made by the Council of Europe shall become part of the laws of each of the Member States.
- (c) When the conditions in sub-paragraph (b) above have been fulfilled by all the Member States, the Rule shall become a European law so that
 - i. it shall have full force and effect as part of the law of each Member State, and
 - ii. any law or part of any law of any Member State, either in existence or existing subsequently, which is inconsistent therewith shall be null and void and of no effect, and

²²⁶ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s. 263

- iii. each and every person or institution to whom the laws of any Member State apply shall observe every Rule of the Council of Europe”.²²⁷

Justisdepartementet – som av Utenriksdepartementet ble bedt om å uttale seg – fastslo i 1951 – som en merknad til et endringsforslag til rådets statutter at hvis det var meningen at rådets lovvedtak skulle

«være umiddelbart bindende på norsk territorium ... Man antar at utkastets bestemmelser vil kunne tiltres av Norge uten hinder av prinsippet i Grl. § 1. Man har da lagt avgjørende vekt på den vetorett som man går ut fra at utkastet art. 30 sikrer ... Derimot antar man at bestemmelsene i art. 35. litr. a og b ... vil innebære delegasjon av myndighet i videre utstrekning enn det er grunnlovsmessig adgang til ...

Annerledes dersom medlemsstatene skal være folkerettslig forpliktet til å utferdige de nødvendige interne lovbestemmelser når Europarådet har truffet lovvedtak ... eller dersom det er meningen at Europarådets vedtak ... skal få umiddelbar virkning på norsk territorium ... Nyere tids lovgivning inneholder tallrike eksempler på delegasjon til Kongen, men det har alltid gjelt delegasjon på *begrensede felter*. Europarådets legislative kompetanseområde er imidlertid så omfattende (art. 34, jfr. § 1) at det ikke kan være adgang til å delegerer lovgivningsmakt til Kongen i *tilsvarende* utstrekning ...

Man antar videre at bestemmelsen i utkastets *art. 35 litr. c punkt ii* ikke i noe høve kan tiltres av Norge *uten grunnlovsendring*. Det fins nemlig i den norske forfatning ingen hjemmel for en slik bestemmelse for så vidt som denne tilsikter ikke bare å binde fremtidig norsk lovgivning ved folkerettslig forpliktende bånd, men også å sikre de såkalte «europeiske» lovbestemmelser *en direkte overordnet gyldighet* i intern norsk rett, slik at en mulig motstridende fremtidig norsk lovgivning (derunder endog grunnlovsendring) *uten videre skal være ugyldig og uten rettsvirkning*. En slik direkte og umiddelbar begrensning av norsk lovgivende myndighet antas ikke å kunne skje uten ved grunnlovsbestemmelse» (uthev. her).²²⁸

Jeg mener at dette standpunkt må gjelde ikke kun der en ser alle samfunnsområder under ett, men også der en enkelt sektor er overlatt til EU uten at grensene for EU-kompetansen *på dette saklige område* er eksakt angitt. F.eks. ved ACER og Energipakke 4 må det følge av grunnlovens krav at rammene for kompetansen er positivt angitt, ACER kan bestemme x,y og z, men ikke hvem som kan eie fossefallene, kraftverkene, hjemfallsretten,²²⁹ bygge og eie overføringslinjer for elektrisk kraft, bestemme priser pr. kwh, om Holmenkollåsen, Hafjell, Norefjell etc. skal være vindturbinfri eller ei osv. Det er kun når myndighetsovergangen er *helt fasttømret* og

²²⁷ Hentet fra St.meld.nr.89 (1951) Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner s. 30-31.

²²⁸ St.meld.nr.89 (1951) Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner s. 31.

²²⁹ Se Peter Ørebech, *Er hjemfall statsstøtte etter EØS-avtalen?* 121 NORSK ØKONOMISK TIDSSKRIFT (2007) s. 55

ikke flytende (dynamisk), at området kan sies å være et «saklig begrenset område» For at det skal være tilfelle må det gjelde at EU-kompetansen ligger fast og ikke kan utvides av EU alene uten etter en ny folkerettslig avtale med Norge. Dvs. at en avtale som på papiret er statisk har i praksis blitt dynamisk ved at nye forordninger og direktiver vedtas av EØS-komiteen og deretter Norge på «autopilot», jf. EØS artikkel 2; om avtalens saklige innhold, «... med «avtale» [menes] avtalens hoveddel, dens protokoller og vedlegg samt de rettsakter som er omhandlet i dem» (uth.her). jf. også EØS artikkel 118. Det samme følger av EØS artikkel 6 for EU-domstolens prejudikater; «... har truffet før undertegningen av denne avtale». Slik er situasjonen ikke i dag. Jeg minner her om at min forutsetning er at «lite inngripende», selv om det er en norm, ikke kan måles for hvert lille skritt på veien til fullharmonisert energiregelverk i EU, men at det må vurderes i sin totalitet. Er suverenitetsovergangen fra et nullpunkt i 1992 til i dag med nær full harmonisering «lite» eller «mye» inngripende? Jeg har kommet til at vi står overfor sistnevnte tilfelle. Det gjenstående spørsmål er da om tilfellet faller innenfor grl. § 115 – eller er vi over den øvre grense for § 115's saklige virkekrets. Etter mitt skjønn er ordningen som stortingsflertallet trolig vil driver igjennom mht. Energipakke 4 i strid med grl. § 115. Dvs. at eneste vei som står åpen da vil være å benytte grl. § 121 – for å endre f.eks. grl. §§ 1, 49, 88 m.fl.

vi. «For å ... fremme internasjonal rettsorden og samarbeid

Dette vilkår er så generelt formet at det dekker det aller meste av bi- eller multilaterale avtaler i det internasjonale samfunn. Dette er uproblematisk og trenger ikke videre oppmerksomhet.

vii. Rett til å utøve beføyelser, som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter

Hva som er disse beføyelser er problemfritt. Det dreier seg om statens høyhetsrett, *in casu* slik myndighet som er tildelt «internasjonale organisasjoner ... hvis organer ved traktat er tillagt lovgivende, utøvende og dømmende myndighet

direkte over de tilsluttede staters borgere».²³⁰ Hva slags kompetanse som «sendes utenlands» er klart nok, og trenger ikke mer oppmerksomhet her.

viii. Formelle konstruksjoners uforbindende kraft: ESA «parallellvedtak» og norsk retts «omgåelsesnorm» og «gjennomskjæringsregel»

EØS-avtalen «er et forsøk på å gjøre det umulige; å forene formell suverenitet for EFTA-statene med reell underkastelse under EF-retten».²³¹

Kan Regjering og Storting omgå Grunnlovens bud ved formalistiske og organisatoriske konstruksjoner som skjuler suverenitetsbud? Eller er det realiteten som avgjør? Er det kanskje slik at norsk retts ulovfestede «omgåelsesnorm»²³² og «gjennomskjæringsregel» - som lagt til grunn i en lang rekke dommer vedrørende gyldigheten av juridiske konstruksjoner, må legges til grunn? Skal domstolene være bundet av fiksjoner; dvs. «luftslott» som forblinder den almene oppfatning av den normative virkelighet. Det er i dette lys at det system med ESA *parallell- eller tilpasningsvedtak* som regjeringen praktiserer *må vurderes*. Disse prinsipper er ikke tatt ut av den løse luft.

Er konstruksjonen et luftslott hvis eneste formål er å omgå og skrote det vern for det norske folks suverenitet som grunnlovsfedrene kjempet gjennom i 1814 og som fram til EU-kampene begynte på midten av 1960-tallet var i trygge hender, men som nå er i spill?

Flere forhold må nevnes her. *For det første*, hvordan kan en sak være «av særlig stor viktighet» fordi det er tale om myndighetsoverføring samtidig som denne myndighetsoverføring er «lite inngripende»? *For det annet*, hvordan kan Justisdepartementet, når oppdraget er å «belyse konstitusjonelle spørsmål som oppstår ved at ... (ESA) ... gis myndighet til ... å treffe vedtak om hvordan nasjonal reguleringsmyndighet ... skal utøve sin myndighet overfor private», unnlate å vurdere om f.eks. Grl. § 49 er overtrådt? Det er ikke tilfredsstillende å kun forholde seg til spørsmålet om en skal følge de prosessuelle regler i § 26 eller om Stortinget tvinges å følge reglene i § 115. Særlig gjelder dette når Lovavdelingen særskilt nevner at

²³⁰ Frede Castberg, Norges Statsforfatning II (universitetsforlaget 1964) s.135.

²³¹ Fredrik Sejersted (m.fl.), EØS-rett (universitetsforlaget 1995) s.61.

²³² Magnus Aarbakke, Omgåelse av skatteregler som rettsanvendelsesproblem, LoR 1970 s. 1-24.

«Grunnen til at de konstitusjonelle spørsmålene oppstår, er at traktatinngåelsen innebærer visse elementer av myndighetsoverføring ... det dreier seg her om myndighet som etter Grunnloven eller ligger til statens myndigheter ... overføres til en internasjonal organisasjon». ²³³

«Det fremgår av samtykkeproposisjonen punkt 1 at gjennomføring av EØS-komiteens beslutning vil kreve lovendringer, bevilgningsvedtak og antas å være en sak av særlig stor viktighet siden noen av EØS-tilpasningene innebærer myndighetsoverføring til EFTAs overvåkingsorgan (ESA). Det fremgår at Stortingets samtykke er ansett å være nødvendig, jf. Grunnloven § 26 annet ledd». ²³⁴

To spørsmål oppstår her: For det første: Hvordan kan det ha seg at Justisdepartementet gjentatte ganger lander på at alle myndighetsoverføringer er «lite inngripende»? ²³⁵

Alle elementene av myndighetsoverføring som ligger i Prop. 4 S (2017–2018), må vurderes samlet. I tidligere vurderinger av tredje energimarkedspakke, jf. punkt 1.3, har vi lagt til grunn at myndighetsoverføringen som skjer ved at ESA kan rette pålegg om utlevering av informasjon til foretak i Norge og tilhørende sanksjonsbestemmelser, innebærer en svært begrenset utvidelse i forhold til de gjeldende EØS-rettslige forpliktelser. Vi kan derfor ikke se at denne myndighetsoverføringen får betydning for konklusjonen.

Vår konklusjon er at myndighetsoverføring av et slikt innhold som fremgår av Prop. 4 S (2017–2018), må regnes som «lite inngripende». Det ligger dermed innenfor Kongens traktatkompetanse etter Grunnloven § 26 (med Stortingets samtykke etter § 26 annet ledd) å inngå en folkerettslig forpliktelse med et slikt innhold.

Det vi ser her er følgende: Innledningsvis sier Lovavdelingen at «[a]lle elementene av myndighetsoverføring ... må vurderes samlet» for så deretter kun å vurdere noen nærmest mikroskopiske tilfeller av slik overføring: «utlevering av informasjon ... og tilhørende sanksjonsbestemmelser». Det går selvsagt ikke an. Se følgende sitat som beskriver Lovavdelingens oppdrag (se s. 1):

Lovavdelingen bedt om å belyse 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.

²³³ Lovavdelingens brev til Olje- og energidepartementet av 27 februar 2018 s. 1.

²³⁴ Olje- og energidepartementet brev til Lovavdelingen av 9 februar 2018 s.1.

²³⁵ Svaret finnes i Lovavdelingens brev til Olje- og energidepartementet av 27 februar 2018 s, 25:

Det Lovavdelingen her er satt til å undersøke er de «konstitusjonelle spørsmål» som oppstår som følge av at Norge slutter seg til EUs *tredje energipakke* i sin helhet, jf. at det vises til EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017. Da er det ingen god besvarelse på oppgaven kun å forholde seg til perifere informasjonsplikter med sanksjoner. Dette er ikke bare perifert i Norge, men også i EU. Her hoppes det fullstendig bukk over at nesten hele lovområdet er overtatt av EU (ACER med underliggende organer) fra Medlemstatene (MS) og at ESA (med én ny ansatt) og norske organer – dvs. Reguleringsmyndigheten for energi (RME – med bevilgning 50 mill. kr.), er tildelt kopistens rolle, få forordningene og direktivene oversatt til norsk, og i sistnevnte tilfelle også utarbeide norske regler innen direktivets rekkevidde.

Men det er verre enn som så: Den akkumulerte virkning av de «lite inngripende» overføringer av lovgivningskompetanse blir nødvendigvis svært omfattende når norsk rett etter hvert blir tømt for innhold og alle vesentligste bestemmelser for det norske samfunn er EU-rett. Eller sagt på en annen måte – hvor mange ganger kan Regjeringen dra «lite inngripende -kortet» før det er ikke lenger er «lite» men meget inngripende?

Dette spørsmål henger sammen med forestillingen om hvor lenge må Norge henge med i reisen til føderalstaten før vi skjønner at vi for lengst har havnet i den raskt utviklende EU-forbundsstat?²³⁶ Ser vi på professor Frede Castbergs studier i statsrett viser det i klartekst følgende:

«Hvis det skulle bli spørsmål for Norge om å tre inn i en forbundsstat, med en egen forbundsstatsforfatning og derved opphør av Norges stilling som selvstendig stat, - da ville noe slikt ikke kunne gjøres selv ved beslutning i henhold til grunnloven § 93».²³⁷

Fellesmarkedet (EF) er for lengst gått over fra et frihandelsområde og til en politisk union, noe som manifesterer seg både formelt (EU – fra og med 1 januar 1994) og reelt med de høyeste statsmakter for lengst på plass (Regjering, parlament og domstoler). Pr dags dato står EU ikke tilbake for føderalstaten USA, selv om graden av overnasjonalitet har sine grenser og det derfor er mulig å diskutere om EU

²³⁶ Peter Orebech: The EU competency confusion: limits, “extension mechanisms,” split power, subsidiarity, and “institutional clashes”^{*} *J. Transnational law & policy* [vol. 13:1] 2003 pp. 99-151, s. 100-108.

²³⁷ Frede Castberg, Statsforfatningen i Norge II (Universitetsforlaget 1964)s. 137.

fortsatt er en konføderasjon²³⁸ eller er blitt en føderasjon.²³⁹ Forestillingen om EU som et fellesmarked og ingen stat, at det er ESA som treffer avgjørelser for Norge osv. og ikke EU-kommisjonen er fiksjoner som er gitt en organisatorisk ramme som domstolene ved den kommende rettslig prøving i ACER-saken ikke kan legge til grunn. Dette har kun ett eneste formål, og det er å omgå Norges grunnlovs bærende prinsipper, jf. f.eks. §§ 1, 49, 88, 115 og 121. Dette er ikke aktverdig, men illojalt og i realiteten et forsøk på statskupp: Innføring av norsk inngang i en Union som stiller 400-års natten i Danmark-Norge som en parentes.

Professor Magnus Aarbakke har behandlet det han omtaler som «omgåelsesnormen» fra et teoretisk, filosofisk og til dels også juridisk grunnlag:

«Vi kan således fastslå at omgåelsesnormen har et forholdsvis klart avgrenset *anvendelsesområde* innenfor vårt rettssystem: Normen gjelder for bedømmelse av forholdet mellom lovregler og den type av saksforhold som vi kaller rettsforhold ... normen gjelder formentlig også rettsforhold som har grunnlag i andre fakta enn avtale, f.eks. en forvaltningsakt.

...

Omgåelsesnormens *rettsvirkning*: det normen begrunner, er to ting. Enten kan virkningen være at det saksforhold som bedømmes skal falle inn under en tyngende lovregel som er (forsøkt) omgått. Eller virkningen kan være at det saksforhold som bedømmes, faller utenfor en begunstigende regel som er (forsøkt) utnyttet. Hva dette nærmere innebærer, beror på den enkelte lovregel. Det kan innebære at rettsforholdet er ugyldig».²⁴⁰

Den tyngende lovregel som forsøkes omgått er bl.a. grl. § 115, jf. §§1 og 121. Vurderingen høyesterett må gjøre når saken om ACER kommer opp for retten, er om det betydelige byggverk som er reist for å kunne omgå grunnlovens bestemmelser, skal ende med at «saksforhold som bedømmes skal falle inn under en tyngende lovregel som er (forsøkt) omgått».

Dette viser etter mitt skjønn at den «ulovfestede gjennomskjæringsregel» og «omgåelsesnorm» ikke kun begrenser seg til skatterettens regler. Domstolene plikter ikke å legge til grunn forhold som utvilsomt er proformaverk:

«Jeg anser det som gjeldende norsk rett at forat et ved en formelt gyldig kontrakt istandbragt rettsforhold skal kunne kjennes ugyldig som proformaverk maa hensikten ha vært at omgaa en bestemt lovbestemmelse. ... Omgaaelseshensikten

²³⁸ En ofte brukt definisjon: En konføderasjon er et statsforbund, i motsetning til en føderasjon, som er en forbundsstat. Det vil si at den er et forbund av (del-)stater der suvereniteten ligger hos de autonome statene forbundet består av, mens i tradisjonelle føderasjoner forstås suvereniteten i forbundet selv. For mer omfattende omtale se <https://snl.no/konf%C3%B8derasjon>

²³⁹ Daniel J. ELAZAR, *The New Europe: a Federal State or a Confederation of States?* *Swiss Political Science Review* 4(4) (1998): pp. 119-138.

²⁴⁰ Magnus Aarbakke, *Omgåelse av skatteregler som rettsanvendelsesproblem*, LoR 1970 s. 1-24, s. 5.

maa med andre ord antas at ha vært til stede og i relasjon til den lov det gjelder.»²⁴¹

Aarbakke drar denne konklusjon:

«Omgåelse foreligger når rettsanvenderen ved en foreløpig betraktning opplever forholdet mellom et saksforhold og en lovregel slik, at den som er interessert i saksforholdet, ville oppnå en fordel dersom forholdet mellom saksforholdet og lovregelen ble opprettholdt, og at det ville være en illojal utnyttelse av lovregelen å la ham oppnå denne fordel»²⁴²

Da det videre er antatt at «[g]runnloven må antas å bygge på et reelt selvstendighetsbegrep, ikke på et formaljuridisk»,²⁴³ har jeg ikke vanskelig for å slutte meg til *ratio decidendi* i en enstemmig høyesterettsdom²⁴⁴ som viser til de treffende uttalelser av skatterettsjuristen Kvisli:

«Det vil neppe i noe tilfelle være tilstrekkelig å påvise at en transaksjon er fremkalt av skattemessige hensyn. Men *jo mer formålsløs transaksjonen vil bli hvis de skattemessige hensyn kuttet ut, jo sterkere vil preget av arrangement være*. Har transaksjonene ikke en viss egenverdi m.h.t. økonomiske realiteter, vil de skatterettslig sett ligge i faresonen selv om de privatrettslig sett er uangripelige» (uth. her).²⁴⁵

Jeg slutter av dette at Høyesterett anså det rettsstridig å legge til grunn en rettstilstand kun ut ifra en beskrivelse av formelle kjennetegn ved et oppkonstruert rettsforhold og ignorere de klare, reelle virkninger og de faktiske utslag som transaksjonen har for rettssubjektene.

Disse betraktninger om «omgåelsesnormens» innhold må gjelde også utenfor skatteretten, jf. at professor Aarbakke spesielt nevner forvaltningsretten; «en forvaltningsakt». Anvendt på EØS-rettens område – *in casu* på norsk tilslutning til energibyrådet ACER – skulle normen få følgende innhold: *Jo mer formålsløs ESA-mellomspillet med reglene i Energipakke 3 og 4 virker, jo sterkere vil preget av ESA som «et gjort» arrangement være. Dersom «omveien» om ESA ikke kan fremvise en viss egenverdi mht. EØS-landenes endringskompetanse – vil de EØS-rettslige organisasjonstekniske grep komme i faresonen selv om de EU-rettslig sett er uangripelig.*

²⁴¹ HRD i Rt. 1933 s. 1050 (dommer Schjelderup)

²⁴² Magnus Aarbakke, Omgåelse av skatteregler som rettsanvendelsesproblem, LoR 1970 s. 1-24, s. 7.

²⁴³ St. meld nr.89 (1951) Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner s.35.

²⁴⁴ Rt. 1966 s.1189 (Bergesen) se. s.1193.

²⁴⁵ Kåre H. Kvisli: Innføring i skatteretten (Oslo 1962) s. 109.

Et stikkord for EØS-systemet er «parallellisme» og «kopisme». Norges grunnlov stiller krav om et «dualistisk system»²⁴⁶ - det som ligger under EØS-retten og der går under betegnelsen «de to pilarene». Det som berger grunnlovsmessigheten er å «være herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere»?²⁴⁷

Dette berger EØS-avtalens folkerettslige preg samtidig som EU får gjennomført sin lovgivning ubeskåret og uendret.

Meningsløsheten av hele seansen fra EØS-komiteens «avstemning» av om EU-regelen har «EØS-relevans» – hvilket den alltid har når EU-kommisjonen så sier – og til ESA-tilpasning av EU-retten til den obligatoriske «på liksom lovgivning» er formålløs når en ser bort ifra formålet med å skjule at norsk autonom lovkompetanse er opphørt og at grunnloven § 115, 121 og § 1 er etter fattig evne, omgått.

At ACER ikke kun nyter en uttalerett til ESA-versjonen av EU-lover som skal implementeres i EØS-landene, men faktisk står for utarbeidingen av hele dokumentet,²⁴⁸ viser ESAs avmektige rolle og det anstaltmakeriet som må til kun for å «skreddersy» ESA ordningen for å omgå den brysomme veien om grunnlovsendring iht. § 121 jf. § 1.

Når vi kjenner vedtaksprosessen ser vi at Norge utmerket vel kunne unnvært ESA-søylen fordi den materiellrettslige virkningen ville ha vært den samme om EU-forordningene fikk direkte virkning i Norge, grunnet parallelliteten mellom EU- og ESA vedtak. Dvs. at Norge i stedet for det dualistiske system som følges i dag - fulgte det monistiske system. Ulempen da ville imidlertid vært at Norge måtte gå den tunge vei om grunnlovsendring av § 1 jf. § 121» – som da også avklarer grunnen til at dette alternativ måtte oppgis.

Omveien om ESA er intet annet enn «et skalkeskjul». Forberedelser, utkast, innspill, høringer, lovforslag – alt som hører med til gyldige vedtak styres av EU-kommisjonen:

«Når Byrået utarbeider et utkast for EFTAs overvåkingsorgan i samsvar med denne forordning, skal det underrette EFTAs overvåkingsorgan» (uth.her).²⁴⁹

²⁴⁶ Jan Erik Helgesen, Teorier om «Folkerettens stilling i norsk rett» (Aschehoug, Oslo 1982) se særlig s.54 flg.

²⁴⁷ St.prp. nr. 100 (1991–92) s. 337.

²⁴⁸ EØS-KOMITEENS BESLUTNING nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi)

²⁴⁹ EØS-KOMITEENS BESLUTNING nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi) s. 53.

Vi ser at initiativretten ligger hos ACER. De utarbeider vedtak for ESA. ACER pålegger så ESA å gjøre sine vedtak til ESAs egne. ACER plikter så å underrette ESA om dette (skulle bare mangle, kan en vel si!)

«Dersom klageinstansen endrer, opphever eller avslutter en parallell beslutning til det vedtak som er gjort av EFTAs overvåkingsorgan, skal Byrådet, uten unødig opphold, utarbeide et utkast til beslutning med samme virkning for EFTAs overvåkingsorgan».²⁵⁰

Vi ser at et ESA-vedtak blir påklaget og at klageinstansen underkjenner ESA-vedtaket som har «sin tvilling» i EU-systemet. Dersom det var noen grad av selvstendighet og autonomi i ESA-pilaren, og ikke kun omgåelseshensynet, ville det omgjorte vedtak ikke kun vært forberedt men også vedtatt av ESA. Slik er det ikke. Tvert imot. Det er ACER som forestår alle faser i saksforberedelsen og vedtaksprosessen. ESA er avskrivningsbyrået og ellers overflødiggjort. Vi ser derfor at ESA kan tenkes helt borte uten at det materiellrettslig ville gjort noen forskjell. Dette illustrerer på overbevisende måte at formålet med ESA-pilaren var å omgå plikten til å endre grunnloven § 1, jf. § 121.

B. Er myndighetsoverføringen i strid med Norges grunnlov? (2), grl. § 1 og «EUs små skritts politikk».

Statslige indgreb, ofte udformet på en ukoordineret måde, har ført til øget forvridning af engroselectricitetsmarkedet, hvilket har haft negativ indvirkning på investeringerne og handelen på tværs af grænserne.²⁵¹

Professor Bredo Morgenstjerne uttaler med bred penn at det at «den norske stat er en suveræn stat, betyr i forholdet utad at den ikke lyder nogen høyere vilje og ikke bindes av andre baand enn selvpaatagne».²⁵² Denne oppfatning har i teorien vært utdypet slik: At

«Riget er selvstændigt, vil sige, at det skal have ikke blot sine særskilte Statsmagter, sin særegne Nationalrepresentation og Regjering, men overhovedet sine særskilte Institutioner. Norge kan altsaa ikke have Retspleie, Forsvarsvæsen, Finantser, Pengevæsen eller lignende Institutioner som alene Staten kan grundlegge og bestyre, felles med noget andet Rige».²⁵³

²⁵⁰ EØS-KOMITEENS BESLUTNING nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi) s. 60.

²⁵¹ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet, preambelet avsnitt 6.

²⁵² Bredo Morgenstjerne, Lærebok i den norske statsforfatningsret II (Oslo 1927) s.343.

²⁵³ Torkel H. Aschehoug, Norges nuværende statsforfatning I (Christiania 1891) s. 139.

«Den af Rigets Selvstændighed flydende Hindring mod Fællesskab med andre Riger i offentlige Institutioner ligger altsaa deri, at norsk offentlig Myndighed hverken maa bortgives til eller deles med fremmede»²⁵⁴

Professor Johs. Andenæs standpunkter synes – uten at det er uttrykkelig sagt – å bygge på disse eldre oppfatninger. Det er som vist (kap. IV.A.iv) ved feilaktig å anvende en formell tolkning av grunnloven § 1 som avgjørende målestokk om suvereniteten er tapt, at Regjeringen og Stortingets flertall kan «trylle bort» grunnlovsstriden: Professor Andenæs skriver at suverenitetsavgivelse er lovlig men det forutsetter at avgivelsen skjer i et «samarbeid mellom *likestilte* stater i felles interesse» og de kontraherende parter må sammen etablere *et felles* internasjonalt organ i full gjensidighet. Ifølge Andenæs er det grunnlovsstridig myndighetsoverføring «*selv om den formelle suverenitet var respektert*».²⁵⁵ Ved medlemskap i ACER har ESA og RME blitt *et organ for* EU og *ikke for* Norge, som gjennom sin praksis følger en 1-pilar-løsning i strid med Grl. § 1.

Regjeringen har således satt Norge i en situasjon som professor Andenæs omtaler som «*lydrikeforhold*»²⁵⁶, i strid med Grunnloven.

Tilslutningen til EUs energiunion (ACER) bygger på det system at norske politiske myndigheter ikke kan gripe inn mot RME/ESAs selv klart uønskede kopivedtak fordi norsk EU-transformert lov pålegger det nye norske reguleringsorgan (RME) å iverksette EUs vedtak.

RME er finansiert av Stortinget og med ledelse utpekt av Olje- og energidepartementet, *uten* at det er et *organ for* den norske stat, men et *organ for EU*. Denne uavhengighet av norske statlige eller private interesser er nedfelt i 2009/207-direktivet: «RME skal være *fuldt uafhængig af* alle andre offentlige og private interesser». Dvs alle andre enn EUs organer. Dette system av kopivedtak er – i tråd med professor Andenæs' syn – klart også i tråd med eldre statsrettslig teori – i strid med grunnloven § 1 (uth.her)

Grunnloven § 1 jf. § 121 oppstiller skranker for Stortinget og regjeringen mht. suverenitetsavgivelse. Professor Johs. Andenæs skriver at suverenitetsavgivelse er lovlig, men forutsetter at det skjer i et «samarbeid mellom *likestilte stater i felles*

²⁵⁴ Torkel H. Aschehoug, Norges nuværende statsforfatning I (Christiania 1891) s. 141.

²⁵⁵ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s. 265.

²⁵⁶ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s. 266.

interesse» (uth. her), og de kontraherende parter må sammen etablere et felles internasjonalt organ i full gjensidighet. Ifølge Andenæs er det grunnlovsstridig myndighetsoverføring «*selv om den formelle suverenitet var respektert»*.

Tilslutningen til EUs energiunion (ACER) bygger på det system at norske myndigheter ikke kan gripe inn mot RME/ESAs uønskede kopivedtak fordi norsk lov pålegger det nye reguleringsorgan (RME.Norge) å iverksette EUs vedtak. RME er finansiert av Stortinget og med ledelse utpekt av Olje- og energidepartementet, uten at det er et organ for den norske stat, *men et organ for EU*. Dette er gjort klinkende klart allerede i Energipakke 3:

«Agenturet bør primært finansieres over Den Europæiske Unions almindelige budget og ved gebyrer og frivillige bidrag. Navnlig bør de finansielle ressurser, hvormed de regulerende myndigheder [RME] i dag i fællesskab bidrager til deres samarbejde på fællesskabsplan, *fremover stilles til rådighed for agenturet.*²⁵⁷

Og det konfirmeres i Energipakke 4:

ACER bør have tilstrækkelige ressurser til at udføre sine opgaver. ACER bør primært finansieres over Unionens almindelige budget ... De ressurser, hvormed de regulerende myndigheder i dag i fællesskab bidrager til deres samarbejde på EU-plan, *bør fortsat være til rådighed for ACER.*²⁵⁸

Altså, ikke kun er RME et organ for EU det skal samtidig hente – årvisst – ut de penger som EU ber om av den norske statskasse. Norge skal altså betale EU hundrevis av millioner kroner får å «slippe» å ha den ubehagelige – må Regjeringen tenke – makten til å styre norske energiresurser. Denne uavhengighet av norske statlige eller private interesser er nedfelt en rekke steder, men mest utførlig formulert i 2009/72-direktivet (som vist forrige side).

Dette system av kopivedtak er – også her i tråd med professor Andenæs' syn – i strid med Grunnloven § 1. Professor Frede Castberg deler dette syn:

«Endelig har grunnlovens § 1 fremdeles sin rettslige betydning ved siden av § 93 [np § 115]. Hvis det skulle bli spørsmål for Norge om å tre inn i en forbundsstat ... da ville noe slikt ikke kunne gjøres selv ved beslutning i henhold til grunnloven § 93. Det ville måtte skje ved grunnlovsendring i henhold til grunnlovens § 112

²⁵⁷ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EF) Nr. 713/2009 af 13. juli 2009 om opprettelse af et agentur for samarbejde mellem energireguleringsmyndigheder, preambelet avsnitt 20.

²⁵⁸ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om opprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder, preambelet avsnitt 37.

[nå § 121]. Og overfor et slikt skritt ville spørsmålet om grunnlovens «ånd og prinsipper melde seg med full styrke».²⁵⁹

Konklusjonen blir derved at ved innføringen av ACER og RME etableres det en ordning som ikke kvalifiserer som mellomfolkelig. Derved er konstruksjonen ikke tilfredsstillende sett i forhold til Regjeringens forslag om å gjennomtvinge ordningen ved alminnelig flertall iht. grl. § 26. Dette betyr at de aktuelle kongelige proposisjoner som snart ligger på Stortingets bord ikke kan gjennomføres som foreslått.

Veien videre består i at Regjeringen erkjenner at ACER/RME-konstruksjonen er *overnasjonal* og at private rammes av EU-vedtakene uten at Norge kan influere på vedtakene. EU er en stat som Norge ikke er medlem av.

Avslutningsvis: vedtak om å slutte seg til ACER kan heller ikke skje via grl. § 115 fordi Regjeringen ønske om å slutte Norge til EUs energibyrå ACER, gjelder en internasjonal sammenslutning som Norge *ikke* er medlem av. Dette hopper Lovavdelingen over i og med at Lovavdelingen ikke drøfter betydningen av *medlemskap i det organ som reelt sett treffer vedtak i energisaker med virkning for RME*. I og med at det er realiteten og ikke formalia som avgjør om Norge er bundet – jfr. neste underpunkt (v). Som en der vil se er Andenæs' standpunkt at det er grunnlovsstridig myndighetsoverføring «selv om den formelle suverenitet var respektert» (Andenæs s. 266). – så betyr dette enkelt sagt at dersom Regjeringen fortsatt har ønske om å slutte seg til ACER må Regjeringen fremme forslag om endring av grunnloven § 1.

C. Konklusjon Energipakke 4 og Grunnloven §§ 1, 121 og 115

Kan Energipakke 4 «bankes igjennom» i Stortinget uten bruk av grl. § 115? Og i tilfelle er grl. § 26 svaret eller kanskje må en ta «den tunge vei» via grl. § 121, jf. § 1? Mens mye av teoribyggingen har vært opptatt av skisma mellom § 26 og § 115, har oppmerksomheten i liten grad vært rettet imot forholdet mellom § 115 og § 121. Min oppgave har vært å forsøke å rette opp i dette.

I denne betenkning har jeg saumfart grunnlovsspørsmålene og funnet følgende:

1) Utgangspunktet er at norske rettssubjekter (herunder Storting og styringsverk) ikke skal «lyde nogen høyere vilje og ikke bindes av andre baand enn

²⁵⁹ Frede Castberg, Statsforfatningen i Norge II (Universitetsforlaget 1964)s. 137.

selvpaatagne» (Morgenstjerne).²⁶⁰ Skjærer en igjennom formalitetene ser en at Norge i realiteten *praktiserer* en «1-pilar-løsning» – dvs. at EU-retten faktisk blir direkte bindende for norske undersåtter – i strid med grl. § 115. Hvis det skjer uten gyldig myndighetsovergang – i.e. norsk medlemskap i EU – har Regjeringen satt Norge i et «lydrikeforhold» i strid med grunnloven § 1 (Andenæs).²⁶¹ Om dette blir konklusjonen avhenger av om norsk statsrett forholder seg til formalitetene kun eller realitetene (se prinsipielt standpunkt – i pkt 2-5)

2) Mitt prinsipielle standpunkt er at en «internasjonal sammenslutning» (§ 115) ikke omfatter konføderasjoner eller føderale stater. Norsk tilslutning til sistnevnte kan ikke skje via grl. § 115 (Castberg).²⁶² Dersom Norge vil bli medlem av «en fremmed stat» (f.eks. EU anno 2020) må dette skje via grl. § 121 og bl.a. endring av grl. § 1 (Andenæs).²⁶³

3) Juridisk teori legger til grunn at grunnlovens § 1 fremdeles har sin rettslige betydning ved siden av § 115. Endring av §1 jf. § 121 ville vært korrekt fremgangsmåte som følge av at jeg legger til grunn at EU er en føderal stat. Grunnlovens § 1 måtte da endres i henhold til § 112 (Castberg).²⁶⁴

4) Grl. § 115 oppstiller kumulative vilkår som må være oppfylt for at paragrafen skal komme til anvendelse. Den retter seg mot en situasjon som oppstod tidlig på 1960-tallet da bl.a. Norge ønsket å bli medlem av EF. § 115 var tilpasset denne situasjon, dvs. Norge søkte medlemskap i EF, og ville blitt medlem om det ikke var for at den franske president de Gaulle 14. januar 1963 satte foten ned for medlemskap for søkerlandene Storbritannia og Danmark og søkerland *in spe*, Norge.²⁶⁵ I motsatt tilfelle ville § 115 vært skreddersydd; vi var da medlemmer av EF, samtidig som Norge godtok at EF kunne vedta «beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter»

5) Dette er ikke den situasjon som § 115 antas å komme til anvendelse for i dag; dvs, ESA medlemskapet og automatisk tilslutning til EU-forordninger og direktiver med EØS-relevans. Det fortøner seg som om stortingsflertallet flytter virkekretsen til § 115 slik at de minst inngripende saker derfra overføres til § 26. Det videre forløp kan

²⁶⁰ Bredo Morgenstjerne, Lærebok i den norske statsforfatningsret II (Oslo 1927) s.343.

²⁶¹ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s. 266.

²⁶² Frede Castberg, *Statsforfatningen i Norge II* (Universitetsforlaget 1964)s. 137.

²⁶³ Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s. 266.

²⁶⁴ Frede Castberg, *Statsforfatningen i Norge II* (Universitetsforlaget 1964)s. 137.

²⁶⁵ Mer om forhistorien til EEC-oppkjøringen, se Dag Sejerstad, *Folket sa nei. Norsk motstand frå 1961 til i dag* (Samlaget 2014) s. 24-27.

da tenkes slik at det § 115 mister under en ny nedre grense tas igjen «på toppen» ved å skyve «den øvre grense» langt inn i virkeområdet for § 121.

6) Organet som Norge er tilsluttet er ESA, og ikke EU. Når § 115 anvendes på ESA faller vi etter mitt skjønn, utenfor den situasjon som grunnlovskonsipistene hadde for øye da Grl. § 115 ble vedtatt i 1962. Det organ som Norge er medlem av – ESA – er ikke tilgodesett med noen av statsstyrets «beføyelser» med virkning for norske statsborgere, kun en rolle som formidler av EU-rett allerede vedtatt i EU, uten at de normale, statsrettslige prosesser er fulgt i ESA. Denne «surrogati-modellen» med det treffende betegnelse «tilpasningsvedtak», tilfredsstillende ikke fakta-siden av § 115. Vi ser således at EU som vi ikke er medlem av er det organ som er overlatt de norske beføyelser. ESA, altså et organ som Norge er medlem av er uten den høyhetsrett som tar stilling til innholdet i den materielle retten. Norge avgir suverenitet hver gang EU treffer vedtak som EU-kommisjonen klassifiserer vedtaket som EØS-relevante. Denne «gordiske knute»: løses kun ved grunnlovsendring av bl.a. §§ 1, 25, 49 og 88 jf. § 121.

7) Jeg legger til grunn at «[g]runnloven må antas å bygge på et reelt selvstendighetsbegrep, ikke på et formaljuridisk».²⁶⁶ Dette kommer til uttrykk ved at domstolene vektlegger en vital «omgåelsesnorm»²⁶⁷ og «gjennomskjæringsregel»²⁶⁸ (kap. IV. A. vii). Vurderingen høyesterett – *subsidiært* – må gjøre når saken om ACER kommer opp for retten, er om ESA-byggverket vurderes som noe som utelukkende er reist for å kunne omgå grunnlovens bestemmelser. I så fall må det undersøkes om det «saksforhold som bedømmes skal falle inn under en tyngende lovregel som er (forsøkt) omgått». ²⁶⁹ Jeg henholder meg til at norsk rett vil kjenne ugyldig et rettsforhold som proformaverk når hensikten har vært å omgå en bestemt lovbestemmelse, *in casu* grunnlovens § 121. Jeg antar at omgåelseshensikten har vært til stede og virksom i relasjon til grunnloven.

Kort oppsummert: Dersom Norge skal gå videre på EØS-veien må nye tilslutningsvedtak til ny og dramatisk – når den akkumulerte virkning for norsk rett fremtrer i sitt velde – rettsutviklingen siden 1992 ses i sammenheng. EU-rett som skal vedtas her til lands må følge prinsippene i grl. § 121, fordi § 115 ikke strekker til som

²⁶⁶ St. meld nr.89 (1951) Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner s.35.

²⁶⁷ Magnus Aarbakke, Omgåelse av skatteregler som rettsanvendelsesproblem, LoR 1970 s. 1-24, s. 5.

²⁶⁸ Rt. 1966 s.1189 (Bergesen) se. s.1193.

²⁶⁹ Magnus Aarbakke, Omgåelse av skatteregler som rettsanvendelsesproblem, LoR 1970 s. 1-24, s. 5.

vist i denne betenkning. Veien via § 26 er heller ikke åpen fordi ACER i realiteten innfører over-nasjonal kompetanse. Grl. § 26 hjemler kun folkerettslige avtaler.

Hvis «lite inngripende» suverenitetsangivelse skal falle innen rammen av § 26, forutsetter det at «lite inngripende» er en norm som reduserer virkekretsen til § 115. I og med at jeg fastslår at dette kun er en praksis vil den ikke sette til side § 115. I tillegg gjelder at «lite inngripende» må tolkes ikke i forhold til hver beskjedne kompetanse som EU overtar «bit-for-bit», men i stedet vurderes som om hele kompetansen overdras i et trekk.

Hvilke grunnlovsbestemmelser som må endres og hvilket innhold endringene skal ha, er ikke blant de tema jeg er bedt om å undersøke i denne omgang.

Tromsø, 12.september 2020
Peter Ørebech
Professor i rettsvitenskap,
Norges arktiske universitet, Tromsø

Vedlegg 1 (Regler i den tredje energimarkedspakken):

1) Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009 av 13. juli 2009 om opprettelse av et byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter(1) skal innlemmes i EØS-avtalen.

2) Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 714/2009 av 13. juli 2009 om vilkår for tilgang til nett for utveksling av elektrisk kraft over landegrensene og om oppheving av forordning (EF) nr. 1228/2003(2) skal innlemmes i EØS-avtalen.

3) Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 715/2009 av 13. juli 2009 om vilkår for tilgang til transmisjonsnett for naturgass og om oppheving av forordning (EF) nr. 1775/2005(3), rettet ved EUT L 229 av 1.9.2009, s. 29, og EUT L 309 av 24.11.2009, s. 87, i skal innlemmes i EØSavtalen.

4) Kommisjonsforordning (EU) nr. 543/2013 av 14. juni 2013 om innsending og offentliggjøring av opplysninger på markedene for elektrisk kraft og om endring av vedlegg I til europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 714/2009(4) skal innlemmes i EØS-avtalen.

5) Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/72/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft og om oppheving av direktiv 2003/54/EF(5) skal innlemmes i EØSavtalen.

6) Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/73/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for naturgass og om oppheving av direktiv 2003/55/EF(6) skal innlemmes i EØS-avtalen.

7) Kommisjonsbeslutning 2010/685/EU av 10. november 2010 om endring av kapittel 3 i vedlegg I til europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 715/2009 om vilkår for tilgang til transmisjonsnett for naturgass(7) skal innlemmes i EØS-avtalen.

8) Kommisjonsbeslutning 2012/490/EU av 24. august 2012 om endring av vedlegg I til europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 715/2009 om vilkår for tilgang til transmisjonsnett for naturgass(8) skal innlemmes i EØS-avtalen.

9) Forordning (EF) nr. 714/2009 opphever europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1228/2003(9), som er innlemmet i EØS-avtalen, og som følgelig skal oppheves i EØS-avtalen.

10) Forordning (EF) nr. 715/2009 opphever europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1775/2005(10), som er innlemmet i EØS-avtalen, og som følgelig skal oppheves i EØS-avtalen.

11) Direktiv 2009/72/EF opphever europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/54/EF(11), som er innlemmet i EØS-avtalen, og som følgelig skal oppheves i EØS-avtalen.

12) Direktiv 2009/73/EF opphever europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/55/EF(12), som er innlemmet i EØS-avtalen, og som følgelig skal oppheves i EØS-avtalen.

13) Kommisjonsbeslutning 2011/280/EU(13) opphever kommisjonsbeslutning 2003/796/EF(14), som er innlemmet i EØS-avtalen, og som følgelig skal oppheves i EØS-avtalen.

14) EFTA-statenes operatører av transmisjonsnett skal ikke anses som tredjestatsoperatører i forbindelse med ENTSO for elektrisk kraft og ENTSO for gass.

Vedlegg 2 (Regler i den fjerde energimarkedspakken, «Ren energi»):

- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/941 af 5. juni 2019 om risikoberedskab i elsektoren og om ophævelse af direktiv 2005/89/EF.

- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om opprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (ACER - omarbejdning).

- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet (omarbejdning).

- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU (omarbejdning)

- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2018/2002 af 11. december 2018 om ændring af direktiv 2012/27/EU om energieffektivitet.

- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2018/2001 af 11. december 2018 om fremme af anvendelsen af energi fra vedvarende energikilder (omarbejdning)

- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2018/1999 af 11. december 2018 om forvaltning af energiunionen og klimaindsatsen, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 663/2009 og (EF) nr. 715/2009, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/22/EF, 98/70/EF, 2009/31/EF, 2009/73/EF, 2010/31/EU, 2012/27/EU og 2013/30/EU, Rådets direktiv 2009/119/EF og (EU) 2015/652 og om ophævelse af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 525/2013.

- KOMMISSIONENS GENNEMFØRELSESFORORDNING (EU) 2020/1001 af 9. juli 2020 om nærmere regler for anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF med henblik på driften af Moderniseringsfonden til støtte for investeringer i modernisering af energisystemer og forbedring af energieffektiviteten i visse medlemsstater.

- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2018/844 af 30. maj 2018 om ændring af direktiv 2010/31/EU om bygningers energimæssige ydeevne og direktiv 2012/27/EU om energieffektivitet.

- KOMMISSIONENS HENSTILLING (EU) 2016/2125 af 30. november 2016 om retningslinjer for selvregulerende foranstaltninger, der er vedtaget af industrien i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/125/EF.

- KOMMISSIONENS DELEGEREDE FORORDNING (EU) 2017/254 af 30. november 2016 om ændring af Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 1059/2010, (EU) nr. 1060/2010, (EU) nr. 1061/2010, (EU) nr. 1062/2010, (EU) nr. 626/2011, (EU) nr. 392/2012, (EU) nr. 874/2012, (EU) nr. 665/2013, (EU) nr. 811/2013, (EU) nr. 812/2013, (EU) nr. 65/2014, (EU) nr. 1254/2014, (EU) 2015/1094, (EU) 2015/1186 og (EU) 2015/1187 for så vidt angår brug af tolerancer i verifikationsprocedurer

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN TIL EUROPA-PARLAMENTET, RÅDET, DET EUROPÆISKE ØKONOMISKE OG SOCIALE UDVALG, REGIONSUDVALGET OG DEN EUROPÆISKE INVESTERINGSBANK Ren energi til alle europæere. COM/2016/0860 final/2

KOMMISSIONENS FORORDNING (EU) 2017/1485 af 2. august 2017 om fastsættelse af retningslinjer for drift af elektricitetstransmissionssystemer

KOMMISSIONENS FORORDNING (EU) 2016/1719 af 26. september 2016 om fastsættelse af retningslinjer for langsigtet kapacitetstildeling

KOMMISSIONENS FORORDNING (EU) 2015/1222 af 24. juli 2015 om fastsættelse af retningslinjer for kapacitetstildeling og håndtering af kapacitetsbegrænsninger

KOMMISSIONENS FORORDNING (EU) Nr. 838/2010 af 23. september 2010 om retningslinjer for ordningen for kompensation mellem transmissionssystemoperatører og en fælles fremgangsmåde for regulering af transmissionsafgifter.

KOMMISJONSFORORDNING (EU) nr. 774/2010 av 2. september 2010 om fastsettelse av retningslinjer for kompensasjon mellom systemansvarlige nettselskaper og en felles framgangsmåte for fastsettelse av overføringstariffer