

REGJERINGSADVOKATEN

Oslo, 19.12.2018
2018-0963
FSE/TSU/LMJ

TILSVAR

TIL

OSLO TINGRETT

Sak nr: 18-167528TVI-OTIR/02

Saksøker: Nei til EU
Schweigaards gate 34B
0191 OSLO

Prosessfullmektig: advokatene Bent Endresen og Kjell M. Brygfjeld
Advokatfirma Endresen Brygfjeld Torall AS
Postboks 155
4001 STAVANGER

Saksøkt: Staten v/Utenriksdepartementet
Postboks 8114 Dep
0032 OSLO

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

Rettslige medhjelpere: Regjeringsadvokaten
v/advokat Torje Sunde

Regjeringsadvokaten
v/advokatfullmektig Lisa-Mari Moen Jünge

REGJERINGSADVOKATEN

1 HOVEDTREKK

1.1 Innledning

Det vises til stevning av 8. november 2018, som forkynt for staten den 28. november, med tilsvarende frist 19. desember 2018. Jeg melder meg med dette som prosessfullmektig for staten ved Utenriksdepartementet, som vil være rett angivelse av saksøkte.

Den 3. november 2017 fremmet regjeringen ved Utenriksdepartementet forslag for Stortinget om samtykke til innlemmelse i EØS-avtalen av reglene i EUs såkalte tredje energimarkedspakke. På bakgrunn av flere utredninger fra Lovavdelingen, var det regjeringens anbefaling at Stortinget kunne vedta dette etter den vanlige prosedyren for samtykke til særlig viktige folkerettslige forpliktelser i Grunnloven (Grl.) § 26 annet ledd, og at det ikke var nødvendig å bruke den særskilte hjemmelen for myndighetsoverføring i § 115 (som krever tre fjerdedels flertall).

Under Stortingets behandling av saken vinteren 2018 var det omfattende debatt både om de materielle sidene av saken og om de konstitusjonelle rammene. Da saken kom opp i plenum den 22. mars 2018 ble det først votert særskilt over valg av prosedyre, som endte med at Stortinget med 72 mot 24 stemmer besluttet å behandle saken etter Grl. § 26 annet ledd. Etter at dette var avklart, ble samtykke deretter besluttet med 73 mot 23 stemmer. Samme dag traff Stortinget også vedtak om de nødvendige endringene i energiloven og naturgassloven.

Det er dette vedtaket på Stortinget den 22. mars 2018 som nå søkes bragt inn for domstolene gjennom stevningen fra Nei til EU. Saksøkers rettslige hovedanførsel er at Stortinget skulle behandlet spørsmålet om samtykke etter Grl. § 115, og ikke etter Grl. § 26 annet ledd.

Statens syn er at Stortingets vedtak er klart innenfor de rammer som etter norsk statsrett gjelder for samtykke etter Grl. § 26 annet ledd.

Før retten eventuelt behandler dette, må den imidlertid ta stilling til om de spørsmål saken reiser er av en karakter som saksøker vil kunne ha rettslig interesse av å få prøvet.

1.2 Til det prosessuelle

Staten skal innledningsvis påpeke at valget mellom Grl. § 26 annet ledd og § 115 er et spørsmål som etter Grunnloven ligger til Stortinget selv. Det er fast praksis at regjeringen gir en anbefaling om fremgangsmåte i proposisjonen, slik man gjorde i denne saken. Men konstitusjonelt er dette Stortingets avgjørelse. Slik sett er kjernen i saken en beslutning truffet av Stortinget, og ikke av regjeringen, og dette er sentralt for forståelse av sakens karakter, og rammene for domstolens prøving. Når det er sagt, vil ikke staten motsette seg at søksmålet prosessuelt reises mot staten ved den utøvende makt, slik det undertiden også gjøres i andre konkrete saker som reelt sett dreier seg om grunnlovsmessigheten av Stortingets vedtak.

Før retten kan ta stilling til de konstitusjonelle spørsmålene i saken, vil den av eget tiltak måtte ta stilling til om saken slik den er anlagt reiser rettslige spørsmål som det etter norsk prosessrett er anledning til å få dom for. Etter statens syn er dette høyst tvilsomt.

Påstanden i stevningen er at staten «plikter å unnlate å gjennomføre Energimarkedspakke III i norsk rett». Dette fremstår etter sin karakter som forsøk på et fullbyrdelsessøksmål, som går ut på at staten skal pålegges å unnlate å utøve offentligrettslig myndighet. Etter statens syn er det

REGJERINGSADVOKATEN

ikke adgang for domstolene til å gi denne typen pålegg om rammene for fremtidig utøvelse av offentlig myndighet, som det ikke vil kunne kreves tvangsfullbyrdelse av. Og når saksøker ikke kan få dom i henhold til påstand, vil man heller ikke ha reelt behov etter tvl. § 1-3 annet ledd.

Påstanden slik den er formulert må derfor etter statens syn avvises. Hvorvidt saksøker i så fall ønsker å endre påstanden, er opp til dem. Det må i så fall være en form for fastsettelsessøksmål. Realiteten i saken er imidlertid at Nei til EU gjennom dette søksmålet søker å oppnå en form for abstrakt og generell normkontroll med Stortingets vedtak, som det verken er tradisjon for i norsk statsrett eller prosessrett. Etter statens syn er det ikke enkelt å se for seg en påstandsutforming i denne saken som tilfredsstillende krav til «rettskrav» og «reelt behov» som normalt gjelder etter tvl. § 1-3. Det har ikke tidligere vært noen lignende søksmål i norsk rett, og det er vanskelig å se hvordan denne saken kan antas til behandling uten at man dermed fraviker de krav som tradisjonelt gjelder etter § 1-3, på en måte som det rettskildemessig neppe er dekning for, og som etter statens syn vil være betenkelig av flere grunner.

De prosessuelle spørsmålene i saken er nærmere drøftet nedenfor i punkt 4, og statens vil be om at retten tar stilling til disse før man eventuelt går videre med saken, enten skriftlig eller ved at det avholdes egen muntlig forhandling om dette.

1.3 Til den konstitusjonelle vurderingen

Dersom retten skulle ta saken til behandling, vil det sentrale rettslige spørsmålet være forholdet mellom Grl. § 26 annet ledd og § 115 (tidligere § 93). Dette er et klassisk spørsmål i norsk statsforfatningsrett, som har vært oppe i parlamentarisk praksis en rekke ganger, særlig de siste 25 årene, og som Stortinget har tatt stilling til i en rekke saker. Det foreligger også en rekke uttalelser fra Lovavdelingen, og en relativt omfattende juridisk teori. Problemstillingen har derimot så langt ikke vært oppe for domstolene. Staten vil for retten komme grundig tilbake til rettskildebildet og de nærmere tolkingsspørsmålene, og det som skisseres i dette tilsvaret må følges kun sees som noen foreløpige merknader.

Det rettslige utgangspunktet er at det er Kongen (regjeringen) som etter Grl. § 26 første ledd har kompetanse til å binde Norge folkerettslig. Men dersom det gjelder forpliktelser som vil kreve senere lovendring eller annet stortingsvedtak, eller som ellers er «av særlig stor viktighet», kreves det samtykke fra Stortinget (med vanlig flertall) etter Grl. § 26 annet ledd.

Dette er hovedregelen, som brukes løpende. I tillegg er så det en bestemmelse i Grl. § 115 med krav til kvalifisert flertall (3/4). Den er i praksis kun brukt to ganger (i 1992 for tilslutning til EØS-avtalen og i 2015 for tilslutning til EUs finansstilsyn), selv om den har vært vurdert en rekke ganger. Kriteriet er at det må gjelde overføring av «beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter». Det følger videre av annet ledd at den ikke gjelder ved deltagelse i en internasjonal sammenslutning hvis beslutninger «bare har rent folkerettslig virkning for Norge». I slike tilfeller er man tilbake i Grl. § 26 annet ledd.

Tradisjonelt har § 115 blitt tolket slik at bestemmelsen kun er aktuell ved overføring av myndighet til å treffe beslutninger med *direkte virkning* i norsk rett. Det gjelder etter fast praksis uavhengig av hvor omfattende og viktige de reelle folkerettslige bindingene måtte være. Videre er det tolket inn en terskel, som går ut på at selv om det måtte være elementer av myndighetsoverføring, så kan samtykke likevel gis etter Grl. § 26 annet ledd dersom myndighetsoverføringen må anses som «lite inngripende». De nærmere kriteriene for læren om «lite inngripende» er særlig utviklet gjennom en serie uttalelser fra Lovavdelingen i EU/EØS-

REGJERINGSADVOKATEN

saker, som løpende er gitt tilslutning fra Stortinget, og som må anses å utgjøre sikker konstitusjonell praksis.

Slik staten forstår stevningen synes det langt på vei å være enighet mellom partene om den generelle grunnlovstolkningen, men likevel slik at det er uenighet på noen nærmere bestemte punkter, i første rekke om elementene av myndighetsoverføring overstiger grensen for «lite inngripende» på en slik måte at samtykke ikke kan skje etter Grl. § 26 annet ledd.

Hva gjelder den statsrettslige vurderingen i den konkrete saken, vil staten vise til at rammene for tilslutning til EUs tredje energimarkedspakke ble vurdert av Lovavdelingen i hele fire offentlige uttalelser, i 2011, 2014, 2016 og 2018, som gjelder de ulike sidene ved saken, og som konkluderte med at det var innenfor Grunnlovens rammer å gi samtykke etter Grl. § 26 annet ledd. Staten vil for retten vise til disse utredningene, som ble lagt til grunn av Stortinget, og som etter vårt syn er uttrykk for en statsrettslig korrekt vurdering av saken.

Videre vil staten vise til at de konstitusjonelle spørsmålene i saken ble grundig behandlet av Stortinget selv, som tok stilling til dem ved særskilt votering. Etter statens syn må det etter norsk statsrett gjelde en høy terskel for at domstolene skal overprøve og eventuelt sette til side Stortingets syn, særlig når det som her gjelder Stortingets eget valg av vedtaksform. I dette tilfellet er denne terskelen etter statens syn under ingen omstendighet overskredet.

Til det materielle vil staten vise til at Norge gjennom EØS-avtalen siden 1994 har deltatt fullt ut i EUs felles energimarked, som er av stor betydning for Norge som energinasjon. Den såkalt tredje energimarkedspakken, som EU vedtok i 2009, er en videreføring av dette. Den inneholder dels materielle regler om reguleringen av energimarkedet, og dels nye organisatoriske og prosessuelle regler, herunder om opprettelsen av byrået for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter (ACER) og forholdet til nasjonale myndigheter.

I forbindelse med at tredje energimarkedspakke ble innlemmet i EØS-avtalen ble det blant annet foretatt tilpasninger i reglene om vedtakskompetanse, slik det er vanlig i EØS, i tråd med EØS-avtalens såkalte «topilarsystem», der hovedregelen er at beslutninger som retter seg mot EØS/EFTA-statene skal treffes av et organ i EFTA-pilaren.

Det er enkelte av disse reglene om vedtakskompetanse som reiser konstitusjonelle spørsmål om grensene for myndighetsoverføring. Av hele tredje energimarkedspakke er det med andre ord bare et fåtall bestemmelser som er direkte relevante for saken.

I stevningen er det særlig to elementer ved tredje energimarkedspakke som er anført å være myndighetsoverføring som krever samtykke etter § 115:

- Kompetansen for EFTAs Overvåkingsorgan (ESA) til å treffe vedtak i noen nærmere bestemte saker, på nærmere bestemte vilkår, etter forslag fra ACER, med virkning for det norske forvaltningsorganet RME («Reguleringsmyndigheten for energi»), som vil være organisert som en uavhengig enhet i NVE.
- Kompetansen for ESA til å kreve utlevert relevant informasjon fra visse norske rettssubjekter (energiselskaper) som ledd i sitt arbeid, og om nødvendig ilegge bøter (overtredelsesgebyr) dersom dette ikke imøtekommes.

Under det første punktet har saksøker blant annet anført at ESAs nye kompetanse i realiteten innebærer en form for direkte virkning, siden vedtakene vil være bindende for RME, som så i sin

REGJERINGSADVOKATEN

tur vil kunne treffe bindende vedtak for private rettssubjekter, samt at dette vil ha et omfang som går ut over terskelen for «lite inngripende» myndighetsoverføring.

Etter statens syn er dette ikke riktig. Så lenge vedtakene fra ESA bare er bindende for et norsk forvaltningsorgan (slik som her RME) utgjør ikke dette myndighetsoverføring som utløser krav om bruk av § 115, som påpekt i Lovavdelingens uttalelse fra april 2016. Det faktum at RME er uavhengig i den forstand at organet i visse typer saker ikke kan instrueres av Kongen (regjeringen) endrer ikke i seg selv dette. I den grad kombinasjonen av ESAs påleggskompetanse overfor RME og Kongens avskårede instruksjonsmyndighet likevel skulle anses å innebære myndighetsoverføring, er dette uansett en «lite inngripende» myndighetsoverføring. Dette er vurdert i Lovavdelingens uttalelse fra februar 2018.

Under det andre punktet har saksøker anført at ESAs nye kompetanse til å kreve informasjon fra visse private energiselskaper, og bøtelegge manglende etterlevelse av slike pålegg, utgjør en myndighetsoverføring som går ut over terskelen for å være «lite inngripende».

På dette punktet er staten enig i at det i utgangspunktet er tale om en form for myndighetsoverføring. Ut fra gjeldende tolking og praksis er det imidlertid klart at dette er av såpass beskjedent omfang at det må anses som «lite inngripende», slik at Stortinget kan gi sitt samtykke i medhold av Grl. § 26 annet ledd. Dette er vurdert i Lovavdelingens uttalelse fra 2014.

Etter statens syn er de to elementene heller ikke samlet sett av et slikt omfang at de overskrider terskelen for slik myndighetsoverføring som krever samtykke fra Stortinget etter § 115.

I tillegg er det også uttalelser i stevningen som kan tolkes slik at saksøker mer generelt angriper den tradisjonelle sondringen i norsk statsrett mellom formelle og reelle forpliktelser, som grunnlag for en anførsel om at det i realiteten er overført myndighet direkte til EU-byrået ACER, og at modellen med vedtak i ESA er en «konstruksjon» som utgjør en «omgåelse» av Grunnlovens krav. Det er imidlertid uklart hvor langt denne anførselen gjelder. Etter tradisjonell tolkning vil den innebære at det heller ikke var adgang for Stortinget til å gi samtykke etter § 115, siden den bare åpner for overføring av myndighet til internasjonale organisasjoner som Norge er tilsluttet, hvilket ikke er tilfelle for EU-byrået ACER.

Etter statens syn kan dette åpenbart ikke føre frem. Både ordlyden i Grl. § 115, og hele den statsrettslige doktrine som har utviklet seg gjennom årene, ikke minst i EU/EØS-saker, bygger på en sontring mellom formelle og reelle forpliktelser. Når de institusjonelle løsningene i EØS-samarbeidet tilpasses til dette, er ikke det uttrykk for noen «omgåelse», men for en legitim og nødvendig tilpasning til den modellen som gjelder for EFTA-statenes deltagelse i europeisk samarbeid.

På denne bakgrunn vil staten anføre at Stortinget la riktig statsrettslig forståelse til grunn da man kom til at samtykke til tredje energimarkedspakke mest korrekt kunne gis etter Grl. § 26 annet ledd, og at det ikke var nødvendig å bruke Grl. § 115.

1.4 Videre opplegg

I det følgende skal vi punkt 2 først gjennomgå prosessen i saken frem til Stortingets samtykkevedtak av 22. mars 2018, med angivelse av de mest sentrale dokumentene i saken. Deretter er det i punkt 3 gitt en kort beskrivelse av hva EUs tredje energimarkedspakke omfatter, samt hvordan den er tilpasset EØS-avtalens system, og nærmere gjennomført i norsk

REGJERINGSADVOKATEN

rett. I punkt 4 kommer vi nærmere tilbake til de prosessuelle spørsmålene i saken. Gjennomgangen er her gjort relativt utførlig, siden dette er spørsmål retten etter statens syn bør ta stilling til før den eventuelt går videre med saken.

I punkt 5 er det en kort foreløpig gjennomgang av de konstitusjonelle spørsmål som saken reiser, og hvordan de etter statens syn må vurderes.

For ordens skyld skal det presiseres at staten ved brev av 9. november besvarte saksøkers prosessvarsel av 24. oktober i år (stevningen bilag 3). På dette tidspunktet var stevningen allerede sendt inn.

Bilag 1: Brev av 9.11.2018 fra Regjeringsadvokaten ved advokat Torje Sunde til advokat Kjell M. Brygfjeld som svar på saksøkers prosessvarsel

2 PROSESSEN I SAKEN FREM TIL STORTINGETS VEDTAK

Tredje energimarkedspakke ble vedtatt i EU i 2009, og trådte i kraft i 2013. Allerede ved vedtakelsen i EU var det klart at rettsaktene i tredje energimarkedspakke var EØS-relevante. Det tok imidlertid åtte år før EØS-komiteen traff beslutningen om å innlemme rettsaktene i EØS-avtalen, som først ble vedtatt i mai 2017.

Tidsbruken skyldtes ikke uenighet om det materielle innholdet i regelverket, men den tid som var nødvendig for å utarbeide tilpasningstekster for EØS, herunder tilpasse de institusjonelle reglene til det EØS-avtalens topilarsystem, der myndighet som i EU ligger til Kommisjonen eller egne byråer (som her ACER) i EFTA-pilaren skal ligge til et EFTA-organ.

Den løsningen avtalepartene kom frem til, ble nedfelt i EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017, som er inntatt som bilag 2 til stevningen.

For regjeringen var det ikke tvilsomt at tredje energimarkedspakke både ville kreve lovendringer og var av «særlig stor viktighet», og dermed ville kreve Stortingets samtykke etter Grl. § 26 annet ledd. I forbindelse med vedtakelsen av EØS-komiteens beslutning 5. mai 2017, tok derfor Norge forbehold om Stortingets samtykke, slik det er adgang til etter EØS-avtalen artikkel 103.

Regjeringen ba deretter Stortinget om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning gjennom fremleggelse av Prop. 4 S (2017–2018), som ble godkjent i statsråd 3. november 2017 etter tilrådning fra Utenriksdepartementet (UD). Samtidig fremmet regjeringen forslag til lovvedtak om endringer i energiloven og naturgassloven, se henholdsvis Prop. 5 L (2017–2018) og Prop. 6 L (2017–2018). Disse ble godkjent i statsråd samme dag etter tilrådning fra Olje- og energidepartementet (OED).

Bilag 2: Prop. 4 S (2017–2018) om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/207 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken

Bilag 3: Prop. 5 L (2017–2018) om endringer i energiloven (tredje energimarkedspakke)

Bilag 4: Prop. 6 L (2017–2018) om endringer i naturgassloven (tredje energimarkedspakke)

REGJERINGSADVOKATEN

Av særlig interesse for saken er s. 27–28 i Prop. 4 S, der regjeringen gir sin konstitusjonelle vurdering til Stortinget, og viser til at samtykke vil kunne gis etter prosedyren i Grl. § 26 annet ledd.

Denne vurderingen fra regjeringens side bygget i stor grad på utredninger foretatt av Lovavdelingen i Justisdepartementet. Allerede tidlig i prosessen med tilpasning av tredje energimarkedspakke til EØS hadde OED innhentet Lovavdelingens syn på de konstitusjonelle spørsmålene i saken, og på tidspunktet for fremleggelse av proposisjonen forelå det til sammen tre relevante uttalelser.

To av vurderingene gjaldt spørsmål om vedtakskompetanse for ACER og ESA. I den første uttalelsen fra 21. januar 2011, uttrykte Lovavdelingen usikkerhet knyttet til spørsmålet om ACER kunne fatte vedtak direkte mot borgere, eller bare mot nasjonale myndigheter. Etter nærmere avklaring og med bakgrunn i de tilpasninger som var foreslått, konkluderte Lovavdelingen i brev 25. april 2016 med at byråets vedtakskompetanse ikke ville ha direkte virkning overfor norske borgere ettersom ESA skal treffe vedtak i EFTA-pilaren og disse skulle rettes mot nasjonale myndigheter.

Bilag 5: Lovavdelingens uttalelse 21. januar 2011

Bilag 6: Lovavdelingens uttalelse 25. april 2016

Den tredje vurderingen ble avgitt den 25. juni 2014, og gjaldt ESAs adgang til å innhente opplysninger fra markedsaktører, samt den tilhørende kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr (bøteleggingskompetansen) etter forordningen om grensekryssende krafthandel. Lovavdelingen vurderte myndighetsoverføringen til å være «lite inngripende». Vurderingen bygde i stor grad på en tidligere vurdering Lovavdelingen hadde gjort i 2004 for tilsvarende bestemmelser etter forordning (EF) nr. 1228/2003, som den nye forordningen om grensekryssende krafthandel nå erstattet. For ordens skyld er også denne vurderingen vedlagt.

Bilag 7: Lovavdelingens uttalelse 25. juni 2014 (Opplysningsplikt og sanksjonsmyndighet)

Bilag 8: Lovavdelingens uttalelse 8. desember 2004 (tidligere elektrisitetsforordning)

Som det fremgår av uttalelsen fra 2014, vurderte Lovavdelingen ESAs vedtakskompetanse også etter andre bestemmelser som gjelder opplysningsplikt inntatt andre rettsakter i tredje energimarkedspakke. Lovavdelingen konkluderte med at også denne myndighetsoverføringen måtte anses som «lite inngripende», og la særlig vekt på at overtredelser ikke kunne sanksjoneres av ESA.

Mens stortingsbehandlingen pågikk var det omfattende debatt om en rekke sider ved tredje energimarkedspakke, herunder også om de konstitusjonelle sidene.

Den 9. februar 2018 henvendte OED seg til Lovavdelingen på nytt, og bad om en konstitusjonell vurdering av sider ved tredje energimarkedspakke som Lovavdelingen tidligere ikke hadde uttalt seg om. Lovavdelingen konkluderte 27. februar 2018 med at de kombinasjoner av ulike myndighetsoverføringer tredje energipakke ville innebære, måtte anses som «lite inngripende».

Bilag 9: OEDs brev til Lovavdelingen av 9. februar 2018

REGJERINGSADVOKATEN

Bilag 10: Lovavdelingens uttalelse av 27. februar 2018

Uttalelsen ble oversendt til Stortinget samme dag.

Bilag 11: Oversendelsesbrev fra statsråd Terje Søviknes til Stortinget av 27. februar 2018

På Stortinget avga energi- og miljøkomiteen sin innstilling om samtykke til godkjenning av beslutningen om innlemmelse av tredje energimarkedspakke den 20. mars 2018. Et flertall bestående av medlemmer fra Arbeiderpartiet, Høyre, Fremskrittspartiet, Venstre og Miljøpartiet De Grønne, tilrådet Stortinget å samtykke til EØS-komiteens beslutning om innlemmelse av tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen. Samtidig avga komiteen to innstillinger der flertallet tilrådet Stortinget å vedta de nødvendige endringene i energiloven og naturgassloven.

Bilag 12: Innst. 178 S (2017–2018) (samtykket)

Bilag 13: Innst. 175 L (2017–2018) (endringene i energiloven)

Bilag 14: Innst. 176 L (2017–2018) (endringene i naturgassloven)

Stortinget behandlet saken 22. mars 2018. Det ble votert særskilt over valget av prosedyre, og her kom flertallet med 72 mot 24 stemmer til at saken skulle behandles etter GrL § 26 annet ledd, og ikke etter § 115.

Deretter samtykket Stortinget med 73 mot 23 stemmer til godkjenning av EØS-komiteens beslutning om å innlemme tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen. Endringene i energi- og naturgassloven ble vedtatt samme dag.

Stortingets samtykkevedtak er inntatt som bilag 1 til stevningen. For å vise den bredere konteksten, fremlegges også referatene fra debatten, samt voteringsprotokollen.

Bilag 15: Debatten på Stortinget 22. mars 2018, St. tid 2017–2018 s. 2945 flg.

Den 27. april 2018 meldte Norge til EØS-komiteen at Stortingets samtykke var innhentet, i henhold til prosedyren i EØS-avtalen artikkel 103.

Bilag 16: Brev 27. april 2018 fra Norges ambassadør Oda Sletnes til EØS-komiteen ved formannen, Claude Maerten

Med dette har Norge folkerettslig erklært sin tilslutning til EØS-komiteens beslutning om innlemmelse av rettsaktene i tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen. Komiteen avventer imidlertid fortsatt en tilsvarende erklæring fra Island, og det betyr at beslutningen ennå ikke har trådt i kraft. Staten er per i dag ikke kjent med når en eventuell avklaring fra Island vil komme.

Selv om EØS-komiteens beslutning ennå ikke har trådt i kraft, har arbeidet med gjennomføringen av reglene i tredje energimarkedspakke i norsk rett pågått i lengre tid. For det første ble de nødvendige lovendringene som nevnt vedtatt allerede samtidig med samtykkevedtaket, og de vil tre i kraft fra den tid Kongen bestemmer. For det andre har de ansvarlige myndigheter allerede i noen tid forberedt andre nødvendige elementer ved gjennomføringen, herunder utarbeidelse av forskrifter. Dette er nærmere beskrevet nedenfor.

3 NÆRMERE OM INNHOLDET I TREDJE ENERGIMARKEDSPAKKE

3.1 Innledning

I det følgende vil staten redegjøre for innholdet i tredje energimarkedspakke, innlemmelsen av den i EØS-avtalen og gjennomføringen av den i norsk rett. Staten er ikke enig i saksøkers fremstilling, som gir et skjevt og stykkevis bilde av pakken og dens betydning for norsk rett. For det første må det skilles mellom de konstitusjonelt omtvistede elementene og tredje energimarkedspakke som helhet. For det andre fremstiller saksøker de konstitusjonelt omtvistede elementene som mer omfattende og mer inngripende enn de egentlig er. Staten anser det derfor nødvendig å gi en relativt utfyllende faktisk fremstilling.

Fremstillingen vil konsentreres rundt elementene som innebærer myndighetsoverføring, men ettersom disse må sees i en større kontekst, vil staten også omtale enkelte andre sider ved pakken som *ikke* reiser konstitusjonelle spørsmål. Formålet her er å gi et visst overblikk over hva pakken inneholder, og hvilke løsninger som er valgt på henholdsvis EU-, EØS- og nasjonalt nivå. Avslutningsvis, i punkt 3.5, vil staten knytte noen kommentarer til saksøkers fremstilling av faktum i stevningen.

Den bredere konteksten for denne saken er utviklingen av det felles europeiske energimarkedet, som bygger på EØS-avtalens prinsipper om fri bevegelse og reglene om statsstøtte og konkurranse. Norge har gjennom EØS-avtalen deltatt fullt ut i utviklingen av det felles europeiske energimarkedet siden 1994, og som er av stor betydning for nasjonale interesser. Tredje energimarkedspakke er et av mange elementer i dette. Staten tar forbehold om å komme grundigere tilbake til dette temaet, men nevner allerede nå at dette er beskrevet blant annet i Europautredningen fra 2012.

Bilag 17: NOU 2012: 2, Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU, kap. 19.1 (s. 546–563) om Norges deltagelse i det europeiske energimarkedet

3.2 Tredje energimarkedspakke

3.2.1 Overordnet om innholdet

EUs tredje energimarkedspakke ble vedtatt i 2009 for å videreføre og styrke reguleringen av EUs indre markeder for elektrisk energi og naturgass. Pakken inneholder et sett av direktiver og forordninger som skal bidra til å harmonisere betingelsene for handel i EUs indre energimarked. Med enkelte senere tillegg, omfatter den tredje energimarkedspakke:

- **ACER-forordningen**, forordning (EF) nr. 713/2009 om opprettelse av et byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter (Agency for the Cooperation of Energy Regulators – ACER)
- **Forordningen om grensekryssende krafthandel**, forordning (EF) nr. 714/2009 om vilkår for tilgang til nett for utveksling av elektrisk kraft over landegrensene/ om adgang til nettverket for grensekryssende elektrisitet
- **Gasstransmisjonsforordningen**, forordning (EF) nr. 715/2009 om vilkår for tilgang til overføringsnett for naturgass,

REGJERINGSADVOKATEN

- **Transparensforordningen**, forordning (EU) nr. 543/2013 om innsending og offentliggjøring av opplysninger på markedene for elektrisk kraft
- **Tredje elmarkedsdirektiv**, direktiv 2009/72/EF om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft
- **Tredje gassmarkedsdirektiv**, direktiv 2009/73/EF om felles regler for det indre marked for naturgass
- Tre kommisjonsbeslutninger

De enkelte rettsaktene er omtalt i Prop. 4 S (2017–2018), og trykket som vedlegg til denne proposisjonen, se bilag 2.

Tredje energimarkedspakke erstattet andre energimarkedspakke, som er inntatt i EØS-avtalen vedlegg IV (energi). Det vil si at pakken i stor grad viderefører det som var gjeldende regelverk. Samtidig innebærer pakken noen sentrale endringer.

For det første stiller pakken skjerpede krav til *organiseringen av nettvirksomhet* for å sikre nettselskapenes nøytralitet. Dette gjelder først og fremst for operatører av transmisjonsnett, som er det høyeste nettnivået («TSO»). For slike nettselskaper er det oppstilt et krav til eiermessig skille mellom overføringsnett på den ene siden, og produksjon og omsetning av elektrisk kraft på den andre siden. For nettselskaper på lavere nettnivåer, operatører av distribusjonsnett («DSO»), er kravene til juridisk og selskapsmessig skille som fulgte av andre energimarkedspakke, videreført.

For det andre inneholder pakken styrkede krav til en uavhengig *nasjonal reguleringsmyndighet* for elektrisitet og naturgass. Også andre energimarkedspakke inneholdt krav til nasjonale reguleringsmyndigheters uavhengighet fra markedsoperatører, men den tredje pakken stiller krav om at reguleringsmyndighetene også skal være uavhengige fra politiske myndigheter. I tillegg er det krav om at berørte parter skal kunne påklage reguleringsmyndighetens vedtak til en uavhengig klageinstans.

For det tredje ble EU-byrået ACER opprettet i 2011. Byrået skal sikre samarbeid og koordinering mellom de nasjonale reguleringsmyndighetene. ACER erstattet dermed Den Europeiske regulatorgruppen for elektrisitet og naturgass (ERGEG), som samme år ble lagt ned.

For det fjerde er Kommisjonen gitt utvidet kompetanse til å vedta såkalte nettkoder og retningslinjer. Disse vedtas som forordninger. ACER medvirker i utformingsprosessene sammen med organisasjonen for operatører av transmisjonssystemer i Europa, som er ENTSO-E for elektrisitet, og ENTSO-G for gass.

For det femte innebærer den tredje energimarkedspakken nye krav til sluttbrukermarkedet og styrkede forbrukerrettigheter.

3.2.2 *Nasjonal reguleringsmyndighet*

Kravene til en styrket nasjonal reguleringsmyndighet følger av tredje elmarkedsdirektiv kapittel IX. Etter direktivet skal alle medlemsstatene utpeke en reguleringsmyndighet på nasjonalt plan.¹

¹ Se tredje elmarkedsdirektiv artikkel 35 nr. 1

REGJERINGSADVOKATEN

Den nasjonale reguleringsmyndighetens myndighet og plikter er regulert i direktivet, først og fremst artikkel 37.

Medlemsstatene plikter etter artikkel 37 nr. 4 å sørge for at reguleringsmyndigheten gis myndighet til å utføre oppgaver nevnt i blant annet artikkel 37 nr. 1, på en rask og effektiv måte. Det følger av sistnevnte bestemmelse at reguleringsmyndigheten blant annet skal fastsette eller godkjenne transmisjons- eller distribusjonstariffer, eller metodene for disse. Videre skal den føre tilsyn med TSOer og DSOer for å sikre overholdelse av direktivet.² Listen over reguleringsmyndighetens arbeidsoppgaver er mer utførlig i tredje elmarkedsdirektiv, sammenlignet med andre elmarkedsdirektiv.³ Reguleringsmyndigheten plikter dessuten å «overholde og gjennomføre alle relevante juridisk bindende beslutninger» fra ACER og Kommisjonen.⁴ Dette omtales nærmere nedenfor under punkt 3.2.3 og 3.2.4.

Medlemsstatene plikter å sikre at reguleringsmyndighetene har nødvendig grunnlag i nasjonal rett til å «treffe beslutninger som er bindende for elektrisitetsforetak».⁵ Reguleringsmyndigheten skal også ha myndighet til å pålegge elektrisitetsforetak sanksjoner, herunder overtredelsesgebyr på inntil 10 % av årsomsetning dersom de «ikke oppfyller sine forpliktelser i henhold til dette direktiv eller eventuelle juridisk bindende beslutninger truffet av reguleringsmyndigheten eller byrået».⁶

Reguleringsmyndighetenes uavhengighet må også sikres av medlemsstatene.⁷ For å ivareta disse hensynene er det oppstilt krav om at reguleringsmyndigheten skal være uavhengig «fra noen regjering eller noe offentlig eller privat organ i utførelsen av sine reguleringsoppgaver».⁸ Det er også krav om at ansatte opptrer uavhengig fra markedsinteresser, og ikke lar seg instruere av offentlige myndigheter. Kravet om uavhengighet er ikke til hinder for samarbeid med andre relevante nasjonale myndigheter, der det er aktuelt. Det er heller ikke til hinder for at nasjonale myndigheter oppstiller generelle retningslinjer for reguleringsmyndighetenes kompetanse og oppgaver, utover de som er beskrevet i artikkel 37.

3.2.3 ACER

Organiseringen og oppgavene for ACER fremgår av ACER-forordningen, som er fremlagt som bilag 5 til stevningen. Det følger av forordningen at ACER har et administrativt styre, et regulatorisk styre, en direktør med stab og en klageinstans. I det regulatoriske styret er reguleringsmyndighetene fra hver EU-stat representert med én stemme hver. Kommisjonen er representert uten stemmerett. Byråets direktør skal følge anvisningene fra regulatorstyret. Beslutninger i regulatorstyret fattes med 2/3 flertall av de fremmøtte, og representantene skal opptre uavhengig og kan ikke instrueres av sin hjemstat.

Hovedoppgavene til byrået er å gi råd, anbefalinger og uttalelser. ACER kan gi ikke-bindende uttalelser og anbefalinger til nasjonale reguleringsmyndigheter, TSOer og EUs institusjoner (Europaparlamentet, Rådet og Kommisjonen). ACER overvåker markedene for elektrisitet og naturgass, og utarbeider årlige rapporter om markedsutviklingen. ACER følger med på planer for

² Tredje elmarkedsdirektiv artikkel 37 nr. 4 bokstav a og b

³ Andre elmarkedsdirektiv artikkel 23

⁴ Tredje elmarkedsdirektiv artikkel 37 nr. 1 bokstav d

⁵ Tredje elmarkedsdirektiv artikkel 37 nr. 4 bokstav a

⁶ Tredje elmarkedsdirektiv artikkel 37 nr. 4 bokstav d

⁷ Tredje elmarkedsdirektiv artikkel 35 nr. 4

⁸ Se særlig artikkel 35 nr. 4 bokstav b nr. ii

REGJERINGSADVOKATEN

utvikling av infrastruktur på EU-nivå, og gir begrunnede standpunkter til ENTSO-Es årlige arbeidsprogram og tiårige investeringsplaner. ACER kan gi en ikke-bindende anbefaling til TSOer, nasjonale reguleringsmyndigheter eller andre myndigheter om endring i planene.

Videre skal ACER medvirke i prosessene for å utvikle regelverk (nettkoder og retningslinjer) som utfyller og supplerer bestemmelsene i forordningen om grensekryssende krafthandel. Det er imidlertid Kommisjonen som vedtar slike regler som forordning, etter at medlemslandene har vært involvert. ACER har ikke lovgivende myndighet. I tillegg bistår byrået med å kontrollere at regelverket etterleves.

ACERs vedtakskompetanse er regulert i ACER-forordningen artikkel 7, 8 og 9, og gjelder på avgrensede områder knyttet til grensekryssende infrastruktur for overføring av elektrisk kraft og naturgass. Etter forordningens ordlyd er ikke vedtakskompetansen begrenset til å rette seg kun mot de nasjonale reguleringsmyndighetene. Det er denne myndigheten til å fatte vedtak som først og fremst reiser konstitusjonelle spørsmål i saken.

Det følger av artikkel 7 at vedtaksmyndigheten omfatter tekniske spørsmål i den grad dette er hjemlet i direktiver og forordninger i energimarkedspakken. Bestemmelsen gir derfor ingen selvstendig vedtakskompetanse. Etter artikkel 8 har byrået myndighet til å treffe vedtak som gjelder reguleringsspørsmål for grensekryssende infrastruktur, innenfor områder som normalt tilligger nasjonale myndigheters kompetanse. Vedtakene kan for eksempel dreie seg om uenighet om metoder i utøvelsen av systemansvaret, TSOenes metoder for å tildele kapasitet i kraftnettet, håndtering av flaskehals i nettet som begrenser grensekryssende krafthandel, og operasjonell sikkerhet. Vedtakskompetansen utløses ved uenighet mellom ulike nasjonale reguleringsmyndigheter, eller ved felles forespørsel fra reguleringsmyndighetene.⁹ ACERs vedtakskompetanse er på den måten avledet av den nasjonale reguleringsmyndighetens kompetanse.

ACER-forordningen artikkel 9 har krysshenvielse til to andre regelverk hvor ACER er gitt tilsvarende vedtaksmyndighet når det gjelder reguleringsmyndighetenes behandling av søknad om unntak for nye utenlandsforbindelser etter forordningen om grensekryssende krafthandel og etter gassmarkedsdirektivet. Forordningen om grensekryssende krafthandel artikkel 17 gir nasjonale myndigheter anledning til å innvilge unntak fra deler av regelverkspakken for nye forbindelsesledninger. Hvis de berørte nasjonale myndighetene ikke blir enige innen seks måneder etter at søknad om unntak er fremsatt, eller i fellesskap ber om det, er det byrået som skal treffe avgjørelsen etter artikkel 17 nr. 5.¹⁰ ACER-forordningen artikkel 9 har også en krysshenvielse til gassmarkedsdirektivet artikkel 36 nr. 4, hvor ACER er gitt en viss vedtakskompetanse. Bestemmelsen er av mindre betydning for Norge så lenge vi ikke har et transmisjonssystem for naturgass i tråd med direktivet, og omtales derfor ikke nærmere.

Berørte personer og reguleringsmyndigheter kan klage på vedtak fattet av ACER etter forordningen.¹¹ Klagen vil behandles av et uavhengig organ. Vedtakene fattet av ACER blir offentliggjort på byråets hjemmesider.

⁹ ACER-forordningen artikkel 8 nr. 1 bokstav a og b

¹⁰ Se både ACER-forordningen artikkel 9 og forordningen om grensekryssende krafthandel artikkel 17 nr. 5

¹¹ ACER-forordningen artikkel 19 første ledd

3.2.4 Kompetanse tillagt Kommisjonen

I tillegg til å ha et overordnet ansvar for tilsyn og kontroll av markedet, er Kommisjonen tillagt kompetanse til å innhente markedsopplysninger direkte fra markedsaktørene. De mest sentrale bestemmelsene er inntatt i forordningen om grensekryssende krafthandel.

Etter forordningens artikkel 20 nr. 1 skal medlemsstatene og ansvarlige nasjonale reguleringsmyndigheter på forespørsel gi Kommisjonen alle nødvendige opplysninger for å utføre oppgaver etter forordningen 13 nr. 4 og artikkel 18. Bestemmelsen angir videre at reguleringsmyndighetene regelmessig skal oversende opplysninger om de nasjonale TSOenes faktiske påløpte kostnader, så vel som data og all relevant informasjon om de fysiske strømmene i nettene til operatørene av overføringsnett og om nettkostnadene, med hensyn til formålet til artikkel 13 nr. 4 og 6. Sistnevnte bestemmelse fastsetter Kommisjonens plikt til å treffe vedtak om kompensasjon til TSOer for utgifter som er påløpt som følge av at deres nett er brukt til grensekryssende overføring av energi, mens kravene til Kommisjonens retningslinjer for kompensasjonsmekanismer reguleres av artikkel 18. For ordens skyld bemerker staten at tilsvarende bestemmelser også var inntatt i den forrige forordningen som inngikk i andre energimarkedspakke.¹² Opplysningsplikten etter regelverket er imidlertid gitt en begrenset utvidelse ved at et nytt tredje ledd i artikkel 18 tatt inn.

Etter artikkel 20 nr. 2 kan Kommisjonen anmode berørte foretak direkte om å utlevere ovennevnt informasjon i tilfeller hvor nasjonale myndigheter ikke overholder tidsfristene som Kommisjonen har fastsatt etter nr. 1 tredje ledd. Kommisjonens adgang til å fatte påleggsvedtak direkte mot markedsaktørene er således subsidiær. Etter artikkel 22 nr. 2 kan Kommisjonen ilegge selskapene bøter opp mot 1 % av årsomsetningen hvis de, forsettlig eller uaktsomt, gir uriktige, ufullstendige eller misvisende informasjon, eller dersom informasjonen ikke inngis innen fastsatt frist.

Kommisjonen kan også anmode systemansvarlige nettselskaper eller andre foretak som ivaretar produksjons- eller forsyningsoppgaver om opplysninger i forbindelse med en sertifiseringsprosess.¹³ I tillegg har Kommisjonen mulighet til å innhente opplysninger direkte fra markedsaktørene på nærmere bestemte vilkår i henhold til enkelte bestemmelser inntatt i andre rettsakter som inngår i tredje energimarkedspakke.¹⁴ Disse bestemmelsene dreier seg i hovedsak om sertifiseringsprosedyrer for systemansvarlige nettselskaper og journalføringsforpliktelser for forsyningsvirksomheter. Staten kan ikke se at brudd på noen av disse bestemmelsene kan medføre sanksjoner.

Kommisjonens funksjon som overordnet tilsynsorgan innebærer også at den kan treffe andre typer vedtak mot reguleringsmyndighetene for å sikre overholdelse av regelverket.. Kommisjonen kan kreve at nasjonale reguleringsmyndigheter trekker sitt vedtak tilbake dersom det strider mot tredje elmarkedsdirektiv eller forordningen om grensekryssende krafthandel eller retningslinjer i medhold av denne. Dette følger av en prosedyre fastsatt i tredje elmarkedsdirektiv artikkel 39. Som det fremgår av bestemmelsen vil prosedyren innledes av at ACER gir en uttalelse om hvorvidt et vedtak fattet av en reguleringsmyndighet er i samsvar med

¹² Forordning (EF) nr. 1228/2003

¹³ Jf. tredje elmarkedsdirektiv artikkel 10 nr. 7 og forordningen om grensekryssende krafthandel artikkel 3 nr. 3

¹⁴ Se forordningen om grensekryssende krafthandel artikkel 15 nr. 6, gasstransmisjonsforordningen artikkel 3 nr. 3 og artikkel 20, artikkel 40 nr. 1, samt tredje gassmarkedsdirektiv artikkel 10 nr. 7 og artikkel 44 nr. 1

REGJERINGSADVOKATEN

retningslinjene i nevnte rettsakter, dersom en reguleringsmyndighet eller Kommisjonen ber om det. En tilsvarende prosedyre følger av tredje gassmarkedsdirektiv artikkel 43.

Til slutt vil staten bemerke at forordningen om grensekryssende krafthandel har bestemmelser som gir Kommisjonen hjemmel til å vedta bindende regelverk som utfyller og supplerer bestemmelsene i forordningen (nettkoder og retningslinjer).

3.3 Prosessen med tilpasning av tredje energimarkedspakke til EØS-avtalen

De materielle reglene i tredje energimarkedspakke er i hovedsak inntatt i sin helhet i EØS-avtalen. Dette er vanlig på områder der EFTA-statene deltar fullt ut, slik de gjør i det felles energimarkedet. For å tilpasse tredje energimarkedspakke til EØS-avtalen, har det imidlertid vært behov for å gjøre en del tilpasninger av blant annet institusjonell karakter – både på EØS- og nasjonalt nivå. De tilpasninger som er gjort av rettsaktene i tredje energimarkedspakke til EØS-avtalen, følger av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017, som er inntatt som bilag 2 til stevningen. I det følgende behandler staten tilpasningene på EØS-nivå, mens gjennomføringen av tredje energimarkedspakke i norsk rett omtales i punkt 3.4.

ACER er ikke gitt kompetanse til å treffe bindende vedtak overfor EFTA-statenes reguleringsmyndigheter eller markedsaktører hjemmehørende i en EFTA-stat, slik byrået har overfor reguleringsmyndigheter og markedsaktører i EU-statene. Kompetansen som tilligger byrået etter ACER-forordningen artikkel 7, 8 og 9, er for EFTA-statene tillagt ESA.¹⁵ Ved utarbeidelsen av slike vedtak vil det være et tett samarbeid mellom ACER og ESA. Byrået skal kunne delta fullt ut i arbeidet til ESA, når ESA utfører byråets funksjoner, men ACER skal ikke ha stemmerett over vedtak ESA fatter. På samme måte skal ESA kunne delta fullt ut i arbeidet til ACER, men uten å ha stemmerett.¹⁶

ESAs vedtak fattes på bakgrunn av et utkast utarbeidet av ACER på eget initiativ, eller etter anmodning fra ESA.¹⁷ Nasjonale reguleringsmyndigheter i EFTA-statene vil samtidig få anledning til å komme med sine synspunkter i forbindelse med at ACER utarbeider et utkast.¹⁸ Reguleringsmyndighetene har også adgang til å anmode ESA om å ta opp sitt vedtak til ny vurdering, som så anmoder ACER om å utarbeide et nytt utkast. Utkastet er ikke rettslig bindende for ESA, men det er en underliggende forutsetning for den fremforhandlede modellen at ESA vil fatte et «likelydende vedtak eller tilnærmet likelydende vedtak».¹⁹ Ved uenighet mellom ACER og ESA, er det inntatt et eget punkt som regulerer prosedyren for å sikre enighet.²⁰ Dersom enighet ikke oppnås, kan ACER eller ESA anmode avtalepartene om å bringe saken inn til tvisteløsning i EØS-komiteen etter EØS-avtalen artikkel 111.

Bestemmelsen om ESAs kompetanse avviker fra det som gjelder etter ACER-forordningen, som etter sin ordlyd ikke utelukker at ACER også kan rette vedtak direkte mot private aktører. Formålet med tilpasningen har vært å sikre at vedtakene kun har folkerettslig virkning, for å ivareta konstitusjonelle hensyn hos EFTA-statene. ACER og ESA skal samarbeide tett i sitt arbeid. ESAs vedtak skal fattes på bakgrunn av et utkast fra ACER og vedtaket skal rettes mot den

¹⁵ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 artikkel 1 nr. 5 bokstav d. Se også artikkel 1 nr. 1 bokstav b hva gjelder forordningen om grensekryssende krafthandel artikkel 17 nr. 5

¹⁶ EØS-komiteens beslutning artikkel 1 nr. 5 bokstav d punkt ii og iii

¹⁷ EØS-komiteens beslutning artikkel 1 nr. 5 bokstav d punkt iv

¹⁸ EØS-komiteens beslutning artikkel 1 nr. 5 bokstav d punkt iv

¹⁹ Prop. 4 S (2017–2018) s. 26 andre spalte

²⁰ EØS-komiteens beslutning artikkel 1 nr. 5 bokstav d punkt v

nasjonale reguleringsmyndigheten i den aktuelle EFTA-staten. Den nasjonale reguleringsmyndigheten vil deretter, innenfor rammene av nasjonal lovgivning, følge opp vedtaket og sikre nødvendig gjennomføring internt. Både EFTA-statene og fysiske og juridiske personer vil ha adgang til å reise søksmål for EFTA-domstolen mot et vedtak fattet av ESA.²¹

Også Kommisjonens vedtaksmyndighet etter forordningen om grensekryssende krafthandel artikkel 20 og 22 nr. 2, som redegjort for i punkt 3.2.4, er i saker som berører EFTA-statene lagt til ESA.²² Det vil si at ESA kan fatte overtredelsesgebyr (bøtevedtak) mot markedsaktører i EFTA-statene, dersom de ikke oppfyller sin opplysningsplikt etter forordningen. Også for de øvrige tilfellene hvor Kommisjonen har mulighet til å pålegge markedsaktører å utgi opplysninger, men hvor brudd på opplysningsplikten ikke kan sanksjoneres, er vedtaksmyndighet lagt til ESA.²³

I EØS-komiteens beslutning er det ikke inntatt en særskilt tilpasningstekst som gjelder Kommisjonens adgang til å kreve at nasjonale reguleringsmyndigheter trekker sine vedtak tilbake i nærmere bestemte tilfeller.²⁴ Her vil imidlertid de alminnelige prinsippene i EØS-avtalen om gjennomgående tilpasninger få anvendelse, slik at også denne vedtaksmyndigheten ligger hos ESA i saker som involverer reguleringsmyndigheten i en EFTA-stat.²⁵

3.4 Gjennomføringen av tredje energimarkedspakke i norsk rett

3.4.1 Endringer av konstitusjonell og ikke-konstitusjonell karakter

Tredje energimarkedspakke inneholder et omfattende regelsett, som gjør det nødvendig med endringer i norsk rett. I tillegg til at pakken medfører lov- og forskriftsendringer, innebærer den også endringer av budsjettmessig- og organisatorisk karakter. Det er bestemmelsene i rettsaktene om elektrisitet som vil ha størst praktisk betydning for norske aktører, siden det norske innenlandske markedet for naturgass er begrenset i både omfang og volum.²⁶

Ansvaret for forsyningsikkerhet, tildeling av konsesjoner til kraftproduksjon og overføringsnett, tilsyn og kontroll med gitte konsesjoner, eierskapet til og disponering av energiressursene, utkobling av kraft og overordnet energi- og næringspolitikk, ligger fortsatt hos de nasjonale myndighetene. Dessuten har nye regler om forbrukervern mindre betydning i Norge, ettersom forbrukernes rettigheter er ivaretatt fra før gjennom forbrukerlovgivningen, først og fremst forbrukerkjøpsloven. De mest omfattende endringene i norsk rett som følge av den tredje energimarkedspakken knytter seg til de nye bestemmelsene om transmisjon, uavhengig reguleringsmyndighet og opprettelse av en klagenemnd.

Norge har siden tidlig på 1990-tallet fulgt et prinsipp om eiermessig skille gjennom innføringen av energiloven. OED forvalter statens eierskap til transmisjonsnettet gjennom Statnett SF, mens Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) forvalter statens eierskap til kraftproduksjon gjennom Statkraft SF. For Statnett ble det innført selskapsmessig og funksjonelt skille allerede ved

²¹ EØS-komiteens beslutning artikkel 1 nr. 5 bokstav d punkt vi, jf. ODA-avtalen artikkel 36 og 37

²² EØS-komiteens beslutning artikkel 1 nr. 1 bokstav c og d

²³ Se EØS-komiteens beslutning artikkel 1 nr. 1 bokstav a, artikkel 1 nr. 4 bokstav b, artikkel 1 nr. 2 bokstav e og i, artikkel 1 nr. 3 bokstav f

²⁴ Tredje elmarkedsdirektiv artikkel 39. Se beskrivelsen i punkt 3.2.4

²⁵ EØS-avtalens protokoll 1 artikkel 4. Se også Prop. 4 S (2017–2018) punkt 4.3 og Lovavdelingens uttalelse 27. februar 2018 s. 7, inntatt som bilag 10 hva gjelder prosedyren i tredje elmarkedsdirektiv artikkel 39. Det samme må gjelde for den tilsvarende prosedyren inntatt i tredje gassmarkedsdirektiv artikkel 43

²⁶ Se Prop. 6 L (2017–2018)

REGJERINGSADVOKATEN

innføringen av energiloven i 1991. Kravene til eiermessig skille får først og fremst betydning for de delene av transmisjonsnettet som eies av andre enn Statnett, og innebærer i praksis at andre eiere må overdra anlegg til Statnett. Dersom forhandlinger ikke fører frem, er det gitt hjemmel for ekspropriasjon gjennom Prop. 5 L (2017–2018). I de siste årene har Statnett foretatt oppkjøp av flere slike nettanlegg basert på avtaler etter forhandlinger.

Etter dereguleringen av kraftmarkedet på tidlig 1990-tallet har organiseringen av den norske kraftsektoren på mange måter vært sammenfallende med hovedprinsippene som senere fulgte i den første, andre og tredje energimarkedspakken. Norge startet også en ensidig tilpasning til deler av tredje energimarkedspakke før 2017 for oppfølging av nasjonal energipolitikk.²⁷ Endringen knyttet til definisjonen av transmisjonsnett er alt satt i kraft.²⁸ Uavhengig av de EØS-rettslige kravene har Norge gått lenger i å kreve selskapsmessig og funksjonelt skille mellom nettvirksomhet og annen virksomhet på lavere nivå enn transmisjon.²⁹

Til gjennomføring av kravene om eiermessig skille og sertifisering, er det vedtatt nye bestemmelser i energiloven som ennå ikke er trådt i kraft.³⁰ OED har sendt på høring forslag til forskrifter som inkorporerer forordningene om elektrisitet i den tredje energimarkedspakken, på tilsvarende måte som i den andre energimarkedspakken.³¹

I et helhetsbilde er det få sider ved tredje energimarkedspakke som reiser konstitusjonelle spørsmål om myndighetsoverføring. Dette er illustrerende for pakkens brede nedslagsfelt. De mest sentrale endringene, som også griper inn i de konstitusjonelle spørsmålene, er knyttet til opprettelsen av et ny og (mer) uavhengig nasjonal reguleringsmyndighet.

3.4.2 Reguleringsmyndigheten for energi (RME)

Reguleringsmyndigheten for elektrisitetssektoren og naturgassektoren i Norge inngår som en egen enhet i NVE, og kalles Reguleringsmyndigheten for energi («RME»). RME skal blant annet utføre forhåndskontroll med vilkår og betingelser for tilgang til nett. Vedtatte endringer i energiloven og naturgassloven gir RME hjemmel til å fatte enkeltvedtak. RME skal også sørge for at vedtakene etterleves og kan ilegge sanksjoner.³² OED har høsten 2018 på offentlig høring en rekke forslag til endringer i forskrifter til energiloven for å klargjøre RMEs oppgaver. Høringsfristen utløper rett før jul.³³

Myndighet for tildeling av konsesjoner for energianlegg etter energiloven vil fortsatt tilligge NVE, som et direktorat underlagt OED etter den ordinære forvaltningsmodellen. Konsesjoner og andre enkeltvedtak for erverv av vannfall og regulering av vassdrag, gis fortsatt av Kongen eller departementet i henhold til konsesjonslovgivningen for vannkraft av 1917. Ansvaret for energiplanlegging, forsyningsikkerhet og beredskap ligger også hos departementet, og øvrige deler av NVE er organisert etter den ordinære forvaltningsmodellen. RMEs oppgaver avgrenses derfor mot dette.

²⁷ Se Prop. 35 L (2015–2016), som ble vedtatt av Stortinget 29. mars 2016

²⁸ Energiloven § 1-5

²⁹ Energiloven §§ 4-6 og 4-7

³⁰ Energiloven §§ 4-8 til 4-10, jf. endringslov 25. mai 2018 nr. 21

³¹ Energiloven § 10-6

³² Dette fremgår av endringslov 25. mai 2018 nr. 21, se særlig endringene i energiloven kapittel 10, som ennå ikke er trådt i kraft

³³ En gjennomgang av de enkelte oppgavene for RME er gitt i Prop. 5 L (2017–2018) om endringer i energiloven og Prop. 6 L (2017–2018) om endringer i naturgassloven

REGJERINGSADVOKATEN

RME skal opptre uavhengig og kan ikke instrueres i utøvelsen av tillagt myndighet.³⁴ Med begrepet «instruks» forstås enkeltvedtak og andre beslutninger knyttet til enkeltsaker, for eksempel om en sak skal tas til behandling.³⁵ RME vil samtidig 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 dessuten tilfredsstillende krav i forvaltningsloven og annet relevant lovverk. Det er forutsatt i lovforarbeidene at departementet fortsatt kan gi generelle politiske føringer, for eksempel gjennom forskrifter. Det vil være opp til RME å fortolke og praktisere regelverket innenfor de oppstilte rammene.

Enkeltvedtak som RME fatter kan påklages til en uavhengig klageinstans. Det skal opprettes en egen klagenemnd for energireguleringssaker, «Energiklagenemnda», som ventes å skjje formelt i 2019. Norske domstoler kan på vanlig måte prøve lovmessigheten av RMEs vedtak.

Som nevnt ovenfor vil ESA få kompetanse til å fatte vedtak mot RME på visse områder når det er uenighet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter, eller etter en felles anmodning. ACER vil ikke kunne fatte bindende vedtak mot RME. Vedtak overfor RME fattes av ESA på bakgrunn av et utkast fra ACER. ESAs vedtak vil være bindende for RME.

ESA vil også kunne treffe vedtak mot RME om å trekke tilbake vedtak som strider mot tredje elmarkedsdirektiv eller forordningen om grensekryssende krafthandel jf. punkt 3.3 over. Utover det som alt er nevnt der, viser staten til at ESA også kan kreve at NVE endrer eller trekker tilbake vedtak som gjelder grunnlag for å unnta enkelte geografiske områder fra angitte bestemmelser i tredje gassmarkedsdirektiv.³⁶

Myndigheten ACER (ESA) har etter ACER-forordningen artikkel 9, antas ikke å ha praktisk betydning for Norge.³⁷ Etter denne bestemmelsen, med videre henvisning, har ACER vedtaksmyndighet i saker om søknad om unntak for nye utenlandsforbindelser. Kompetansen til å fatte slike vedtak om unntak skal fortsatt ligge hos OED.³⁸ Det er åpnet for en slik vedtakskompetanse i forordningen om grensekryssende krafthandel artikkel 17 nr. 6.

3.4.3 ESAs vedtakskompetanse mot private rettssubjekter og RME

En annen sentral endring som får betydning for norsk rett gjennom ikrafttredelse av tredje energimarkedspakke, er at ESA gis adgang til å pålegge foretak å utlevere informasjon etter forordningen om grensekryssende krafthandel, og å sanksjonere overtredelser av opplysningsplikten, jf. punktene 3.2.4 og 3.3 over.³⁹

³⁴ Energiloven § 2-3, jf. endringslov 25. mai 2018 nr. 21 og naturgassloven § 4, jf. endringslov 25. mai 2018 nr. 22. Endringene er ikke trådt i kraft

³⁵ Prop. 5. L (2017–2018) s. 66

³⁶ EØS-komiteens beslutning artikkel 1 nr. 3 punkt 1. Kriteriene for unntak fremgår av direktivets artikkel 49 nr. 4 og 5

³⁷ Prop. 5 L (2017–2018) punkt 3.5.4

³⁸ I forskrift 20. desember 2006 nr. 1563 § 2 er denne kompetansen lagt til OED etter forordning 1228/2003 som er forgjengeren til forordningen om grensekryssende krafthandel. Etter forordningen artikkel 17 nr. 6 har medlemslandene fortsatt mulighet til å definere hvem som er «relevant myndighet» til å fatte formelt vedtak, som altså kan være et departement

³⁹ Energiloven § 10-7 sjetten ledd, jf. endringslov 25. mai 2018 nr. 21. Loven har ikke trådt i kraft

3.4.4 Kort om nye forordninger (nettkoder og retningslinjer)

Som nevnt i punkt 3.2.4 har Kommisjonen kompetanse til å vedta retningslinjer og nettkoder etter nærmere prosedyreregler i forordningen om grensekryssende krafthandel. Det er til nå vedtatt flere retningslinjer og nettkoder i form av kommisjonsforordninger, som i EØS-rettslig sammenheng må følges opp med egne vedtak i EØS-komiteen, i samsvar med ordinære prinsipper. Kommisjonens kompetanse til å gi forordninger medfører derfor ingen nye elementer av myndighetsoverføring. Stortingets samtykke vil, på vanlig måte, innhentes ved behov dersom spørsmålet om myndighetsoverføring til ACER eller ESA skulle oppstå i forbindelse med innlemmelse av nettkoder og retningslinjer i EØS-avtalen og gjennomføring i norsk rett. NVE har deltatt i forberedelsene av regelverket gjennom uformell deltakelse i ACER. Statnett har også bidratt gjennom ENTSO-E.

3.5 Noen merknader til saksøkers fremstilling av faktum

Etter statens syn gir saksøker en unyansert fremstilling av tredje energimarkedspakke og i hvilken grad den innebærer myndighetsoverføring. Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor, er pakken omfattende. Det er likevel bare to elementer ved tredje energimarkedspakke som er konstitusjonelt omtvistet. ESA er for det første gitt myndighet til å fatte overtredelsesgebyr (bøtevedtak) overfor norske markedsaktører dersom de har gitt uriktig, ufullstendig eller misvisende informasjon som de er pålagt å gi i forbindelse med ESAs utvikling av retningslinjer på nærmere områder, eller dersom informasjonen ikke inngis innen fastsatt frist. For det andre er ESA gitt en avledet kompetanse til å fatte vedtak mot RME, som bare gjelder ved uenighet mellom RME og en annen nasjonal reguleringsmyndighet, eller etter felles anmodning.

Saksøker gir særlig en feilaktig fremstilling av ACERs vedtakskompetanse, og betydningen av den for norsk rett. Det er riktig at ESAs vedtak vil gjøres på bakgrunn av utkast fra ACER og at formålet med ordningen er at ESA skal fatte «likelydende eller tilnærmet likelydende vedtak».⁴⁰ Det er derimot ikke riktig at RME skal gjøre en «blåkopi» av vedtak fattet av ACER.⁴¹

Til dette kommer at ESAs vedtak utelukkende skal rette seg mot RME, og ikke norske borgere. Det blir opp til RME å følge opp med nødvendige og tilsvarende vedtak overfor relevante aktører i Norge. En rekke mekanismer skal sikre kontradiksjon for RME og norske aktører. RME skal delta fullt ut i ACER, herunder arbeidsgrupper o.l., og vil derigjennom delta i samarbeidet i tråd med norske interesser. RME kan fremme sine synspunkter på et utkast fra ACER, og derfor kunne påvirke utkastteksten allerede ved utformingen. RME kan også anmode om at ESA tar vedtaket opp til ny vurdering. Både RME og norske aktører vil kunne reise søksmål for EFTA-domstolen om ESAs vedtak. ESA må foreta en selvstendig og grundig vurdering for å kunne forsvare sitt eget vedtak for domstolen. Også vedtak fra RME vil kunne påklages til Energiklagenemnda, og bli gjenstand for domstolskontroll for norske domstoler på vanlig måte som andre forvaltningsvedtak.

I lys av dette blir det feil når saksøker skriver at «realitetene for den norske borgeren er den samme som om vedtaket ble truffet direkte av ACER».⁴² Det blir også feil når saksøker skriver at «det finnes ... ingen muligheter til å avbøte uheldige sider av vedtak som ACER/ESA pålegger RME å gjennomføre», og at slike vedtak vil kunne «overstyre myndigheten til NVE og

⁴⁰ Prop. 4 S (2017–2018) s. 26 andre spalte

⁴¹ Stevningen punkt 3.2 på s. 4

⁴² Stevningen punkt 7.3 s. 11

REGJERINGSADVOKATEN

Oljedirektoratet». ⁴³ Staten bemerker dessuten at Oljedirektoratet ikke har myndighet av betydning for tredje energimarkedspakke. Det er videre uklart hva saksøker mener når det anføres at ACER kan «etablere ordninger som angår, og kan komme på tvers av, nasjonale interesser». ⁴⁴

I forlengelsen av dette bemerkes at det til sammen vil være en rekke forhold definerer, regulerer og avgrenser myndigheten hos ACER, EFTAs overvåkingsorgan og RME. Saksøker kommer med flere utsagn knyttet til ACERs virksomhet, uten å forankre anførselene i relevant lovverk, hverken EU-rettslig, EØS-rettslig eller internrettslig i Norge. ⁴⁵

For det første inneholder EU-retten begrensninger for hvor mye kompetanse som kan legges til EU-byråer. ⁴⁶ Saksøker går imidlertid ikke inn på de EU-rettslige rammene som definerer ACERs hjemmelsgrunnlag, byråets oppgaver og myndighet. Selv om ACER kan avgjøre visse saker knyttet til grensekryssende infrastruktur etter ACER-forordningen, er hovedoppgavene for ACER å gi råd, uttalelser og vurderinger.

For det andre må ESAs kompetanse utøves innenfor de EØS-rettslige rammene som fremgår av de relevante deler av EØS-avtalen, ODA-avtalen og EØS-tilpasningene som er vedtatt til den tredje energimarkedspakken. Dette definerer kompetansen hos ESA, regulerer prosedyren for hvordan ESA fatter vedtak og sikrer judisiell kontroll hos EFTA-domstolen.

For det tredje vil norsk energirett og alminnelig forvaltningsrett materielt og prosessuelt definere og avgrense RMEs kompetanse. I tråd med blant annet legalitetsprinsippet, må RME ha tilstrekkelig hjemmel i medhold av energiloven til å fatte vedtak. Forvaltningsloven vil gjelde for RMEs saksbehandling. Retten til domstolskontroll gjelder på vanlig måte når RME fatter vedtak overfor foretak i energisektoren i Norge. Det blir derfor unyansert når saksøker skriver at RME vil være et organ som er «helt frikoplet» fra statsmaktenes instruksjonsrett. ⁴⁷ Generelle politiske føringer, for eksempel gitt i forskrifts form, vil fortsatt ligge hos departementet.

Staten er av de samme grunner som nevnt over ikke enig i at ACER-ESA-RME-mekanismen kan omtales som en «by pass»-ordning. ⁴⁸ En slik benevnelse tilslører, snarere enn beskriver, det rettslige innholdet i mekanismen. Løsningen baserer seg på eksisterende organer innenfor EFTA, og sikrer en mulighet for bindende avgjørelser basert på faglige vurderinger, også overfor EFTA-landene, og ivaretar behovet for å kunne løse opp i eventuelle uenigheter mellom nasjonale myndigheter i spørsmål som gjelder grensekryssende infrastruktur.

Det er heller ikke korrekt at «Kommissjonen legger rammer for ESA» fordi Kommissjonens kompetanse til å vedta retningslinjer etter ACER-forordningen artikkel 8 nr. 4 ikke er EØS-tilpasset. ⁴⁹ Slike «retningslinjer» skal vedtas av Kommissjonen etter prosedyren for komitologi,

⁴³ Stevningen s. 15 fjerde avsnitt

⁴⁴ Stevningen s. 14 nest siste avsnitt

⁴⁵ Se også stevningen punkt 4.1 hvor saksøker hevder «at regelverket inneholder bestemmelser som gir ACER rett til å treffe avgjørelser som etter norsk rett tilligger norske myndigheter», og punkt 7.3 hvor saksøker viser til at «ACER etter forordning 713/2009 [kan] treffe beslutninger som har direkte virkning for borgere i EU (og EØS-området). Dette er beslutninger som etter vår ordning bare kan treffes av norske myndigheter.»

⁴⁶ Jf. den såkalte «Meroni»-doktrinen

⁴⁷ Stevningen s. 8 punkt 5.4.6 annet avsnitt

⁴⁸ Stevningen s. 5 punkt 4.3

⁴⁹ Stevningen s. 8 punkt 5.4.7

der medlemslandene er representert, og hvor Norge har observatørstatus.⁵⁰ Som beskrevet i punkt 3.4.4, vil slike rettslig bindende «retningslinjer» vedtatt som forordninger, bli gjenstand for egne vedtak av EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen, i tråd med EØS-avtalens alminnelige prosedyrer.

Til slutt vil staten legge til at den ikke er enig i at Stortinget har undervurdert de samfunnsmessige konsekvensene tredje energimarkedspakke kan innebære for Norge, «uten at norske myndigheter har nødvendig innflytelse».⁵¹ Kommisjonen, ACER og ENTSO-E omtales videre av saksøker som en «troika» og et «tvangssystem» som legger et rammeverk for sektoren som vil få stor virkning for Norge, og saksøker viser særlig til at interessen for å produsere strøm i Norge og «transportere» den til kontinentet vil bli stor. Disse anførselene er verken rettslig eller faktisk underbygget. Det er mange forhold som har betydning for Norges forhold til EU, og handelen med våre naboland. Valget av politikk og løsninger i de mange avveininger man her møter, tilligger de norske lovgivende og utøvende myndigheter. Det å ikke innlemme tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen ville ha hatt betydelige konsekvenser for norsk energisektor. Som et land med en liten, åpen økonomi, har Norge interesse av forutsigbar og transparent handel, og at saker om grensekryssende infrastruktur kan avgjøres etter faglige vurderinger ut fra et rettslig vedtatt rammeverk. Dette er hensyn som har inngått i lovgivers behandling av energimarkedspakken.

4 PROSESSUELT

4.1 Innledning

Nei til EU har lagt ned påstand om at «Staten v/Statsministerens kontor plikter å unnlate å gjennomføre tredje energimarkedspakke i norsk rett». Dette fremstår som et fullbyrdelsessøksmål. I punkt 4.2 redegjøres det for hvorfor søksmålet av denne grunn må avvises.

Selv om søksmålet formuleres som et fastsettelsessøksmål, mener staten også at søksmålvilkårene etter tvisteloven (tvL.) § 1-3, slik de tradisjonelt har vært tolket, vanskelig kan anses oppfylt i vår sak. Siden et fastsettelsessøksmål uansett vil innebære et betydelig avvik fra tradisjonell norsk domstolsprøving, behandles de generelle innvendingene mot et slikt søksmål allerede her i tilsvarets punkt 4.3.

4.2 Påstanden slik den er formulert

Saksøker har ikke presisert hva kravet i saken går ut på. Formålet med søksmålet synes å være å få avgjort om Stortingets samtykke til innlemmelse av tredje energimarkedspakke skulle ha vært behandlet etter prosedyrene i GrL § 115, og ikke etter § 26 annet ledd. Påstanden er imidlertid formulert som at «Staten v/Statsministerens kontor plikter å unnlate å gjennomføre tredje energimarkedspakke i norsk rett».

Påstanden går ut på at myndighetene skal unnlate å gjennomføre en rekke regler i norsk rett. Flere av reglene i tredje energimarkedspakke er allerede gjennomført, og det er kun et fåtall av disse som innebærer en myndighetsoverføring, jf. punkt 3. Påstanden favner altså betydelig

⁵⁰ ACER-forordningen artikkel 32 nr. 2

⁵¹ Stevningen s. 9 punkt 5.4.10

REGJERINGSADVOKATEN

videre enn saksøkers rettslige grunnlag gir støtte for, noe som vil kunne være et selvstendig grunnlag for krav om retting, jf. (tvf.) § 16-5.

Statens sentrale innvending mot søksmålet slik påstanden er formulert, er imidlertid at det fremstår som et fullbyrdelsessøksmål. Et fullbyrdelsessøksmål er et søksmål som anlegges for å bringe den faktiske situasjonen i samsvar med den rettslige, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 138. En forutsetning for å kunne anlegge et fullbyrdelsessøksmål er dermed at man kan få en dom som etter sitt innhold kan tvangsfullbyrdes etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven.

Det følger av tvangsfullbyrdelsesloven § 1-1 at den gjelder tvangsfullbyrdelse av privatrettslige og offentligrettslige «krav». «Krav» må her forstås som «krav som etter den materielle rett på området kan resultere i at domstolene gir pålegg om naturaloppfyllelse», jf. Ot.prp. nr. 65 (1990–1991) s. 70.

Tvangsfullbyrdelsesloven gir grunnlag for å tvangsfullbyrde «krav» som springer ut av subjektive rettsforhold og tingsrettslige rettigheter, jf. Ot.prp. nr. 65 (1990–1991) s. 70. Søksmålet i vår sak går i realiteten ut på at staten skal unnlate å utøve offentligrettslig kompetanse i fremtiden. Når domstolen som den klare hovedregel må begrense seg til å avsi dom for ugyldighet ved kontroll med offentligrettslig myndighetsutøvelse, jf. Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 96, kan domstolen heller ikke gi pålegg om hvordan forvaltningen skal utøve sin diskresjonære kompetanse i fremtiden. At man ikke kan få dom for fullbyrdelse om fremtidig utøvelse av kompetanse, underbygges for øvrig av at namsfogden ikke vil kunne tvinge den faktiske situasjonen i samsvar med den rettslige, jf. tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 13.

Når saksøker ikke kan få dom i henhold til sin påstand, har saksøker heller ikke et «reelt behov» for å få slik dom, jf. tvf. § 1-3 annet ledd. At saksøker ikke har et «reelt behov» for et fullbyrdelsessøksmål her, understrekes av at staten alltid vil respektere en fastsettelsesdom.

Slik påstanden nå er formulert, må søksmålet avvises.

4.3 Alternativet – et fastsettelsessøksmål?

4.3.1 Innledning og beskrivelse av søksmålet

Slik staten forstår Nei til EUs søksmål, er formålet å få domstolen til å ta stilling til om Stortinget hadde kompetanse til å samtykke til å innlemme tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen ved å anvende GrL § 26 annet ledd, eller om § 115 skulle vært benyttet. Et søksmål hvor domstolen må ta stilling til dette rettslige spørsmålet, kan formuleres på flere måter. Det naturlige ville være å prøve dette i forbindelse med at RME eventuelt fatter et vedtak som bygger på vedtak fra ESA. Men myndighetsoverføringen til ESA har ennå ikke skjedd, og ESA har ikke truffet noen vedtak overfor Norge som bygger på myndighetsoverføringen. Søksmålet er følgelig løsrevet fra en konkret anvendelse av den omtvistede myndighetsoverføringen.

Statens grunnleggende innvending mot søksmålet er at det ikke knytter seg til et konkret faktum, og medfører at domstolen må ta stilling til et generelt og abstrakt rettslig spørsmål om tolkningen av GrL §§ 26 annet ledd og 115. En domstolsprøving av et slikt abstrakt rettsforhold, ville innebære en utvidelse av søksmålsadgangen i strid med rettskildene tilknyttet tvisteloven, og i siste instans forutsetningene i Grunnloven.

REGJERINGSADVOKATEN

4.3.2 Overordnet om vurderingstemaet etter tvl. § 1-3

For å reise søksmål for domstolene må vilkårene for rettslig interesse være oppfylt, jf. tvl. § 1-3. Etter bestemmelsens første ledd må søksmålet gjelde et «rettskrav» (søksmålgjenstand). Vilkaoret etter annet ledd er at saksøker har et «reelt behov» for å få avgjort kravet, som avgjøres basert på en samlet vurdering av kravets aktualitet (søksmållssituasjon) og partens tilknytning til det (partstilknytning).

Tradisjonelt har man forstått dette som tre selvstendige vilkår som alle må være oppfylt for at det skal foreligge rettslig interesse. I forarbeidene til tvisteloven og rettspraksis er det presisert at det i tvilstilfeller må foretas en samlet vurdering av om de tre vilkårene er oppfylt, se blant annet Rt. 2008 s. 362 avsnitt 52 til 61.

Som nevnt er statens grunnleggende innvending mot søksmålet at det reises uten at de omtvistede reglene er anvendt på et konkret faktum. Dette er i litteraturen ofte omtalt som søksmål om «abstrakte rettsforhold», hvor innfallsvinkelen har vært at slike søksmål ikke angår «rettskrav». Gitt den tradisjonelle innfallsvinkelen vil tilsvaret derfor ta utgangspunkt i rettskravs-vilkåret, men det vil fremgå at vurderingen her glir over i saksøkers reelle behov for å få avgjort kravet, se punkt 4.3.3.3. Etter statens syn kan det også stilles spørsmål ved om saksøker har en tilstrekkelig aktuell interesse, se punkt 4.3.4. Staten mener også at Nei til EUs partstilknytning ligger i yttergrensen for hvilke organisasjoner som har søksmålsadgangen etter tvl. § 1-4. Dette får betydning for helhetsvurderingen. Samlet sett er det statens syn at søksmålet ikke bør tillates fremmet.

4.3.3 Saken angår ikke et «rettskrav»

4.3.3.1 Rettslige utgangspunkter etter tvisteloven

Det klare utgangspunktet i norsk rett er at domstolene kun tar stilling til konkrete rettstvister basert på et konkret faktum og som angår nærmere avgrensede og definerte rettsspørsmål mellom bestemte rettssubjekter, se blant annet Rt. 2008 s. 873 avsnitt 18. Ettersom domstolenes rolle tradisjonelt har vært forstått som å løse konkrete rettstvister, har man vært negativ til å akseptere krav om dom for såkalte «abstrakte rettsforhold», for eksempel om et organ har kompetanse til å gi bestemte generelle regler og om en rettsregel er i strid med regler av høyere rang, jf. Schei m.fl. (2013, 2. utg., Bind I) s. 24.

Det er lagt til grunn i plenumsdommen inntatt i Rt. 1979 s. 572 (Bankdemokratiseringsdommen) at man ikke kan gjøre en lovs grunnlovsstrid til selvstendig tvistegjenstand (s. 592). Spørsmål om grunnlovsstrid må prøves i tilknytning til et konkret vedtak fattet med hjemmel i loven – først da står man overfor et «krav» i prosesslovgivningens forstand. Den tradisjonelle begrensningen i adgangen til å anlegge søksmål om abstrakte rettsforhold fremgår i flere relasjoner av Høyesteretts praksis. Det er lagt til grunn at domstolen ikke kan prøve om Stortinget hadde kompetanse til å foreta grunnlovsendringer (Rt. 1991 s. 173), om en lov er i strid med EMK (Rt. 1998 s. 87) eller om en forskrift er i strid med hjemmelsloven (Rt. 1984 s. 1488 (Burhøns) – som så blir fraveket i tvistelovens forarbeider, se rett nedenfor).

Den underliggende begrunnelsen for disse avgjørelsene er domstolens rolle som tvisteløsningsorgan i enkeltsaker. Etter Grunnloven har vi ikke en konstitusjonsdomstol som avgjør generelle rettsspørsmål eller abstrakt prøver Stortingets vedtak opp mot Grunnloven. Ved at domstolen ikke kan avgjøre konstitusjonelle spørsmål før en aktuell sak med et konkret

REGJERINGSADVOKATEN

faktum finner veien til domstolen, begrenses domstolens myndighet. Etter GrL. § 83 kan Stortinget innhente en juridisk betenkning om et abstrakt rettsspørsmål, noe som ble foreslått, men nedstemt, i forbindelse med stortingsbehandlingen av tredje energimarkedspakke. For øvrig må domstolen som den store hovedregel begrense seg til å avgjøre konkrete enkeltsaker.

I vår sak er Stortingets vedtak om å samtykke til innlemming av tredje energimarkedspakke angrepet av saksøker før myndighetsoverføringen er gitt konkret virkning i norsk rett ved å påvirke norske rettssubjekter. Hvis søksmålet fremmes, vil domstolen måtte vurdere om en rekke ulike rettsakter kan gjøres til folkerettsforpliktelser for Norge med hjemmel i GrL. § 26 annet ledd, sml. GrL. § 115. Søksmålet er også anlagt før de norske lovbestemmelsene som skal gjennomføre myndighetsoverføringen er iverksatt, jf. punkt 3.4.2. Prosessuelt må søksmålet derfor likestilles med et abstrakt søksmål om disse lovbestemmelsenes grunnlovsmessighet. Uavhengig av hvordan saksøker formulerer kravet, går søksmålet ut på om et stortingsvedtak er i strid med Grunnloven. Det angår således et abstrakt rettsforhold som det tradisjonelt ikke er adgang til å få prøvet for domstolene.

Det er på den annen side lagt til grunn i forarbeidene til tvisteloven at det skal foretas en viss oppmyking i adgangen til å fremme søksmål om abstrakte rettsforhold sammenliknet med praksis etter tvistemålsloven, særlig «med sikte på spørsmål av prinsipiell rekkevidde», jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142. Spørsmålet er dermed om tvisteloven åpner for søksmålet i vår sak.

Det fremgår av proposisjonen at søksmålsterskelen etter departementets syn «stort sett» bør videreføres, men at det er et «visst rom» for å senke terskelen, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142. I proposisjonen vurderes dette imidlertid kun i relasjon til to særskilte problemstillinger som knytter seg til abstrakte rettsforhold. For det første åpnes det for abstrakt prøving av gyldigheten av forskrifter, og for det andre «anvendelsen av generelle normer i lovgivningen på saksforhold, for eksempel lovfestede aktsomhets- og hensynsregler», jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142–143. Disse uttalelsene får sin tilslutning av justiskomiteen, som også begrenser seg til å nevne de samme to eksemplene på utvidelse av adgangen til abstrakt prøving, jf. Innst.O. nr. 110 (2004–2005) punkt 9.2.

De lovvedtaksnære forarbeidene gir altså ikke holdepunkter for at den oppmykningen man så for seg skulle gjelde ved abstrakt prøving av forholdet mellom stortingsvedtak og Grunnloven. Det er her verdt å nevne at dette typetilfellet skiller seg vesentlig fra gyldighetsprøving av forskrifter, som forarbeidene uttaler seg om. Hensikten med å åpne for slike søksmål er å effektivisere kontrollen med *forvaltningens* myndighetsutøvelse. Ved gyldighetsprøving av vedtak fra Stortinget er det imidlertid tale om «overprøving av Stortinget som vårt øverste folkevalgte organ», se Backer (2015) s. 211. Det rettskildemessige grunnlaget for å åpne for slike søksmål er etter statens syn svakt.

Også i NOU 2001: 32 tas det i det alt vesentlige til orde for å videreføre rettstilstanden fra før tvisteloven når det gjelder prøving av abstrakte rettsforhold. På s. 192 uttales det at «mer abstrakte rettsspørsmål i en viss utstrekning vil kunne prøves for domstolene», men det presiseres at slik abstrakt prøving bare kan skje hvis det ikke lar seg gjøre på «noen hensiktsmessig måte å konkretisere tvisten».

Tvistemålsutvalget viser i denne sammenheng til en dom fra Danmarks Højesteret, inntatt i UfR 1996 s. 1300, som er av interesse for vår problemstilling (s. 192). Her kom domstolen til at et søksmål om Danmarks tilslutning til EU gjennom Maastricht-traktaten var grunnlovstridig kunne fremmes fordi tilslutningen «innebar overføring av lovgivningskompetanse på en rekke områder

REGJERINGSADVOKATEN

som kunne ha inngripende betydning for den danske befolkning i sin alminnelighet, og at saksøkerne derfor hadde en vesentlig interesse i å få kravet prøvd. Hensett til dette kunne de vilkår som tidligere var stilt, om at saksøkerne måtte være konkret og aktuelt berørt, ikke gjelde.» Tvistemålsutvalget uttaler til dette at «samme type resonnement ville gjelde for en tilsvarende problemstilling i Norge». Slik staten forstår uttalelsene fra Tvistemålsutvalget, må det legges til grunn at man står overfor en unntakssituasjon der særlige hensyn tilsier at man likevel kan få dom for abstrakte rettsforhold som ikke konkret berører private parter. For øvrig viser staten til at dette er utvalgets vurdering av rettstilstanden, og at uttalelsen ikke er kommentert i de etterfølgende lovforarbeidene. Uttalelsen må derfor anses å ha begrenset rettskildemessig vekt.

Så vidt staten er kjent med finnes det i norsk rett ingen saker som tilsvarer vårt søksmål eller søksmålet om Maastricht-traktaten i dansk rett. Om det kan oppstilles et tilsvarende unntak fra kravet om konkretisering av saken etter norsk rett, er derfor høyst usikkert.

Problemstillingen er til dels behandlet i litteraturen. Schei m.fl. (2013) s. 24–25 har den mest inngående drøftelsen av problemstillingen, og oppstiller som utgangspunkt at «[e]n abstrakt prøving også er tenkelig i forhold til andre regler enn forskrifter, for eksempel hvor det er spørsmål om lover eller vedtak er i strid med Grunnloven». Det vises også i denne sammenheng til Danmarks Højesterets dom i UfR 1996 s. 1300, og det konkluderes med at «hvor det er spørsmål av grunnleggende betydning for befolkningen eller grupper av befolkningen, må det gi grunnlag for prøving av grunnlovsmessigheten – nettopp ut fra de hensyn Danmarks Højesteret vektla». Til dette presiserer Schei at «Danmarks Højesterets dom om Den europeiske union må forstås ut fra det særlige og helt spesielt tungtveiende behov for rettslig prøving som forelå ...». Ifølge Schei må utgangspunktet være at det gjelder strenge rammer for en slik prøving: Søksmål om å abstrakt få prøvet om en lov er i strid med Grunnloven, er kun aktuelt når det foreligger et «særlig og helt spesielt tungtveiende behov for rettslig prøving» og det ikke vil «være mulig, eller i det minste klart uhensiktsmessig, å få prøvd spørsmålet på annen måte» (s. 25). Skoghøy (3. utg. 2017) s. 407 viser til uttalelsene i Tvistemålsutvalgets utredning, og mener at det må være snevre rammer for adgangen til å gå til slikt fastsettelsessøksmål.

Ifølge Skoghøy må det være tale om et «prinsipielt rettsspørsmål av stor samfunnsmessig betydning, og at det er mest hensiktsmessig å få spørsmålet prøvd i et fastsettelsessøksmål om grunnlovsbrudd». Backer (2017) s. 211–212 er som nevnt ovenfor tydelig i sitt generelle utgangspunkt om at gyldighetsprøving av lov- og grunnlovsvedtak stiller seg annerledes enn gyldighetsprøving av forskrifter, og begrenser seg til en uttalelse om at å det er et åpent spørsmål om man i Norge ville kunne få fremmet et søksmål tilsvarende det danske om Maastricht-traktaten.

Slik staten ser det, er det ikke klart at det gjelder et tilsvarende unntak i norsk rett som etter dansk rett. Som det vil fremgå av punkt 4.3.3.3, er det statens syn at det i vår sak uansett ikke foreligger slike særlige og helt spesielle tungtveiende behov som juridisk teori og dansk praksis oppstiller som vilkår. I den grad man kan anvende dansk rettspraksis som illustrasjonsmateriale for problemstillingen i vår sak, mener staten at dette klart underbygger at saksøker ikke har rettslig interesse i det søksmålet som er anlagt. Ettersom rettspraksis fra Danmarks Højesteret er av sentral betydning i diskusjonen i norsk juridisk teori, vil dette tilsvaret vie mer plass til utenlandsk rettspraksis enn vanlig er.

REGJERINGSADVOKATEN

4.3.3.2 Om praksis fra Danmarks Højesteret; presisering av vurderingstema

I NOU 2001: 32 (s. 192) og Schei m.fl. (2013) s. 24–25 tas det til orde for at man i en norsk rett ville kunne komme til samme resultat som i Danmarks Højesterets dom i UfR 1996 s. 1300. Dommer fra Danmarks Højesteret har ingen formell rettskildemessig betydning i norsk rett, men i redegjørelsen for søksmålsadgangen etter dansk rett i NOU 2001: 32 s. 189 uttales det at de «relevante momenter ved avgjørelsen av om tilstrekkelig rettslig interesse foreligger [etter dansk rett] er sammenfallende med norsk rett». Det skal derfor ikke utelukkes at dansk rettspraksis bør ha en viss overføringsverdi for vurderingen etter norsk rett.

I dansk rett har man tre avgjørelser fra Højesteret som tar stilling til rettslig interesse ved søksmål om grunnlovsmessigheten av traktater i relasjon til EU. Den danske grundlovens regler om myndighetsoverføring har på sentrale punkter likhetstrekk med den norske Grunnloven. I tillegg til UfR 1996 s. 1300, som angikk Maastricht-traktaten, har Danmarks Højesteret tatt stilling til spørsmål om rettslig interesse i søksmål om grunnlovsmessigheten av Schengen-avtalen (UfR 2001 s. 2065) og Lisboa-traktaten (UfR 2012 s. 984). For ordens skyld vedlegges disse avgjørelsene som bilag til tilsvaret:

Bilag 18: Danmarks Højesterets dom 12. august 1996 (Maastricht-traktaten)

Bilag 19: Danmarks Højesterets dom 26. juni 2001 (Schengen-avtalen)

Bilag 20: Danmarks Højesterets dom 11. januar 2011 (Lisboa-traktaten)

Den terskelen for å anlegge abstrakte søksmål om grunnlovsmessighet som oppstilles i disse avgjørelsene fra dansk rettspraksis, tilsier etter statens syn at vilkårene for søksmålsadgang ikke er oppfylt i vår sak.

Avgjørelsen i UfR 1996 s. 1300 er omtalt flere steder ovenfor. For ordens skyld oppsummeres det likevel at dommen gjaldt spørsmålet om en gruppe danske borgere hadde rettslig interesse i et søksmål om Danmarks tilslutning til EU gjennom Maastricht-traktaten var grunnlovsstridig. Højesterett kom som nevnt til at søksmålet kunne fremmes fordi traktaten innebar overføring av lovgivningskompetanse på en rekke områder som kunne ha inngripende betydning for den danske befolkning i sin alminnelighet, og at saksøkerne derfor hadde en vesentlig interesse i å få kravet prøvd.

I UfR 2001 s. 2065 var spørsmålet om en gruppe danske borgere hadde rettslig interesse i et søksmål om loven som gjennomførte Schengen-avtalen i dansk rett, medførte overføring av utøvende makt i strid med grundloven § 3. Højesterets flertall på fem dommere (mot to i mindretall) besvarte spørsmålet benektende. Det ble tilsynelatende lagt avgjørende vekt på at reglene i Schengen-avtalen ikke innebar «overførsel av myndighetsbeføjelser inden for en række almene og væsentlige livsområder og ikke i sig selv er af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed. Appellanterne har således ikke som følge heraf en væsentlig interesse i at få prøvet deres påstande om, at tiltrædelsesloven er i strid med grundloven» (s. 9). Højesteret bygger altså på det vurderingstemaet som ble oppstilt i UfR 1996 s.1300, og konkluderer med at vilkårene ikke var oppfylt.

Spørsmålet i UfR 2011 s. 984 var om gjennomføringen av Lisboa-traktaten var i strid med grundloven. Lisboa-traktaten medførte mindre dramatiske endringer i forholdet mellom Danmark og EU enn Maastricht-traktaten, og man hadde vedtatt loven uten å benytte grundloven § 20, en bestemmelse med likheter til Grl. § 115. Højesteret holdt fast ved at det må

REGJERINGSADVOKATEN

være uenighet om forhold som kan sies å være av «indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed» (s. 15). Selv om det var uklart om Lisboa-traktaten faktisk overførte mer myndighet til EU, så medførte den en endring i kompetanseforholdet mellom EUs organer. Loven var derfor av «indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed», og søksmålet ble tillatt fremmet.

Sakene om Maastricht- og Lisboa-traktaten angikk spørsmål om overføring av kompetanse innenfor den lovgivende makt, mens Schengen-avtalen gjaldt myndighetsoverføring innenfor den utøvende makt. Dette kan forklare forskjellen mellom resultatene i avgjørelsene. Konsekvensene av myndighetsoverføring innenfor den utøvende makt vil være begrenset til ett område og være oversiktlige, mens overføring av lovgivningsmyndighet kan ha betydning for borgerne på mange livsområder, og er i sin karakter mer uforutsigbar. I avgjørelsene uttrykkes dette ved at loven måtte ha inngripende betydning for den danske befolkning i «almindelighet» for at søksmål skulle kunne reises. Dette vilkåret er hverken omtalt eller presisert i fremstillingen hos Schei m.fl. (2013) av Maastricht-saken, men etter dansk rettspraksis synes det å være grunnlag for at dette vilkåret utgjør en sentral del av vurderingstemaet.

4.3.3.3 Subsumsjonen

På denne bakgrunn er spørsmålet hvordan den konkrete vurderingen faller ut i vår sak. Som det fremgår av punkt 4.3.3.1 mener staten at det klare utgangspunktet etter norsk rett er at det ikke er søksmålsadgang for gyldighetsprøving av et Stortingsvedtaks grunnlovsmessighet som sådan. Dersom det skulle åpnes for slike søksmål, kan det kun gjøres i tilfeller der det foreligger et særlig og spesielt tungtveiende behov for å gjøre unntak fra kravet om at søksmålet må knytte seg til et konkret faktum. Søksmålet må være av grunnleggende betydning for befolkningen i alminnelighet, og det må være klart uhensiktsmessig å få prøvet spørsmålet på en annen måte. Dette er kumulative vilkår. I dette vurderingstemaet inngår det momenter som er sentrale etter tvl. § 1-3 annet ledd.

Ved den konkrete subsumsjonen kan vurderingen av om man står overfor en slik unntakssituasjon knyttes til to forskjellige forhold: For det første kan vurderingen knyttes til spørsmålet om den konkrete kompetanseoverføringen fra regjeringen til ESA. For det andre kan vurderingen knyttes til spørsmålet om når Stortinget kan overføre myndighet med alminnelig flertall etter Grl. § 26 og ikke må anvende § 115, som krever kvalifisert flertall.

Når det gjelder spørsmålet om den konkrete kompetanseoverføringen, kan muligheten for at ESA, på grunnlag av et utkast til vedtak fra ACER, i fremtiden fatter vedtak som RME må gjennomføre overfor norske foretak, vanskelig sies å skape et særlig og helt spesielt tungtveiende behov for søksmål. Denne kompetanseoverføringen er ikke et stort innhogg i norske myndigheters kompetanse etter Grunnloven, da den er begrenset til et bestemt og avgrenset saksområde. Det skal mye til for at vilkårene for å treffe vedtak er oppfylt, se punkt 3.2.3 og 3.3. Vedtakene vil rette seg mot et begrenset antall foretak i energisektoren, og ikke mot enkeltborgere.

Det kan her vises til UfR 2001 s. 2065, hvor det ble lagt til grunn at lovgivningen som gjennomførte Schengen-avtalen ikke i seg selv ble ansett å være av «indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed». For den norske befolkningens vedkommende må Schengen-avtalen sies å ha vesentlig større betydning for borgerne i alminnelighet enn tredje energimarkedspakke. Selv om norsk deltakelse i det europeiske energisamarbeidet er viktig, og uansett vil ligge fast, så er de myndighetsoverførende delene av pakken av svært begrenset

REGJERINGSADVOKATEN

betydning for den alminnelige borger, slik at det vanskelig kan sies at et søksmål av denne grunn er av grunnleggende betydning for befolkningen i alminnelighet.

Videre kan rettslig interesse-vurderingen knyttes til behovet til å få prøvet tolkningen av Grl. §§ 26 og 115. Det underliggende poenget til saksøker synes å være at tredje energimarkedspakke innebærer overføring av deler av den utøvende makt til ESA, og at slik myndighetsoverføring kun kan skje ved kvalifisert flertall og etter prosedyren i Grl. § 115. I dette tilfellet har saksøker i realiteten kun en prejudikatsinteresse i å prøve rekkevidden av Grl. § 115. En prejudikatsinteresse er imidlertid ikke tilstrekkelig til at det foreligger rettslig interesse, se Rt. 1997 s. 1983.

Et krav som gjelder prøving av tolkningen av Grl. §§ 26 og 115 innebærer at søksmålet gjelder et helt abstrakt rettsforhold. Det er i så fall ingenting spesielt ved denne myndighetsoverføringen som gir saksøker et særskilt tungtveiende og spesielt behov for å få fremme saken. Søksmålet kunne da i prinsippet vært anlagt i forbindelse med tidligere myndighetsoverføringer hvor Stortinget har benyttet Grl. § 26 annet ledd.

Forutsetningen i de norske kildene for en unntaksvis søksmålsadgang for abstrakte krav som ikke knytter seg til et konkret faktum, er imidlertid at gjennomføringen av den konkrete loven har så vidtrekkende konsekvenser at det er behov for å prøve grunnlovsmessigheten. Dette bekreftes av de danske sakene. Det var betydningen av innholdet i Maastricht-traktaten og Lisboa-traktaten for danske borgere som gjorde at saksøkerne fikk fremmet søksmål. Søksmålet om Schengen-avtalen innebar imidlertid ikke en like omfattende overføring av myndighet, og ble ikke tillatt fremmet.

For at kravet om at søksmål må knytte seg til et konkret faktum, og ikke angå abstrakte rettsforhold, skal ha et reelt innhold, må terskelen for å fremme slike søksmål ikke settes for lavt. Dersom det åpnes opp for søksmål om stortingsvedtaks grunnlovsmessighet uavhengig av hvor viktig den konkrete saken er for borgerne, vil det kunne åpnes for politisk omkamp om saker som er tapt i Stortinget. Det vil bli mulig med søksmål mot Stortingets lov- og plenarvedtak, med en maktforskyvning vekk fra den lovgivende makt som konsekvens. I en sak som gjelder valg av prosedyre slik som i vår sak, vil dette også påvirke styrkeforholdet mellom et flertall og et mindretall innad på Stortinget.

Eksempler på søksmål domstolen vil risikere å måtte åpne for dersom søksmålet i vår sak fremmes, er den generelle grunnlovsmessigheten av Stortingets årlige beskatningsvedtak eller søksmål om Stortinget har bevilget de «nødvendige» midler til å dekke statens utgifter etter Grl. § 75 bokstav a og d. Organisasjoner kan tenkes å gå til søksmål mot den generelle gyldigheten av en lov fordi saksbehandlingsreglene i Grl. §§ 76 til 79 ikke er overholdt.

På samme måte som for de nevnte eksemplene, vil det også i vår sak være mulighet for ta ut søksmål om gyldigheten av konkrete vedtak fra RME i fremtiden. Det er altså ikke u hensiktsmessig å vente på vedtak. I den grad myndighetsoverføringen til ESA skulle få stor betydning for norske rettssubjekter, ville man snart kunne reise søksmål om et konkret vedtaks gyldighet. I den grad det ikke kommer til vedtak, er det særskilte behovet for avklaring betydelig mindre eller ikke-eksisterende.

Som det vil fremgå av punkt 5, mener staten at samtykke til tredje energimarkedspakke kunne vedtas i medhold av Grl. § 26 annet ledd. Stortinget var enig i dette, og fattet vedtak nettopp om dette. Selv om den nærmere grensdragningen mellom Grl. §§ 26 annet ledd og 115 beror på

REGJERINGSADVOKATEN

rettsregler, er den forutsatt håndhevet av Stortinget. Vi har i Norge ingen tradisjon for at Stortingets egen saksbehandling gjøres til gjenstand for søksmål. Det klare utgangspunktet i norsk prosesslovgivning er at det er den konkrete myndighetsutøvelsen fra den utøvende makt mot norske borgere som kan prøves av domstolene. En slik myndighetsutøvelse har foreløpig ikke funnet sted.

Etter statens syn er ikke myndighetsoverføringen i tredje energimarkedspakke av så stor betydning at den når opp til den høye terskelen for abstrakte søksmål om et stortingsvedtaks grunnlovsmessighet etter norsk prosesslovgivning.

4.3.4 «Reelt behov» – aktuell interesse og tilknytning

4.3.4.1 Innledning

Etter tvl. § 1-3 annet ledd må saksøker ha et «reelt behov» for å få saken avgjort overfor saksøkte. Dette igjen avgjøres etter en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.

Mens aktualiteten særlig knytter seg til om saksøker på nåværende tidspunkt har behov for en avgjørelse av kravet, handler tilknytningskravet om hvem som kan reise sak om et krav. I vår sak er det en organisasjon som har anlagt søksmålet. For organisasjoner gjelder det unntak fra tilknytningskravet etter § 1-3 annet ledd, da de kan reise søksmål om forhold som ligger «innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde» å ivareta, jf. tvl. § 1-4.

Etter tvl. § 1-3 annet ledd skal det foretas en samlet vurdering. Ettersom det skal foretas en samlet vurdering etter tvl. § 1-3 som helhet, er den samlede vurderingen utskutt til punkt 4.3.5. De selvstendige vilkårene etter tvl. § 1-3 annet ledd behandles her.

4.3.4.2 «Aktuell interesse»

For at det skal foreligge aktuell interesse, må det foreligge en konkret foranledning og et tilstrekkelig behov for rettslig avklaring, se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 364. Det fremgår videre av s. 365 at «[a]vgjørelsen må ha betydning for saksøkerens rettsstilling. Det avgjørende vil her være hvilke rettsvirkninger som vil følge av en dom i saksøkerens favør», se også Rt. 2010 s. 880 avsnitt 19.

Som det fremgår av punkt 4.3.3, glir rettskravvurderingen ved abstrakte rettsforhold over i vurderingen av saksøkers reelle behov for å få avgjort kravet. I den grad saksøkers interesse i søksmålet kan sies å angå prøving av hvilken myndighetsoverføring Stortinget kan vedta etter § 26 annet ledd, illustreres betenkelighetene ved å få dom for et utpreget abstrakt rettsforhold. Det er ikke noe ved den konkrete situasjonen i dag som tilsier at det er noe større behov for søksmålet enn tidligere. Snarere tvert imot – hvis saksøker hadde fått sin avklaring tidligere, kan man si at Stortinget ville ha hatt bedre forutsetninger for vurderingen av om det var nødvendig å anvende Grl. § 115 i vår sak. Dette understreker at dersom det skal gjøres unntak fra kravet om et konkret faktum, så må saken i seg selv være viktig. Gjennomføringen av myndighetsoverføringen i tredje energimarkedspakke er ikke selv så viktig, jf. punkt 4.3.3.

I den grad søksmålet knytter seg til den konkrete myndighetsoverføringen til ESA, kan to andre sider ved saksøkers manglende aktualitet fremheves. For det første at myndighetsoverføringen

REGJERINGSADVOKATEN

ennå ikke har skjedd. For det andre at saksøker mangler aktuell interesse fordi utkast til vedtak fra ACER, som skal behandles og vedtas av ESA, under alle omstendigheter ligger inn i fremtiden.

Den omtvistede myndighetsoverføringen i saken vil først inntre når de folkerettslige forpliktelsene oppstår og energilovens bestemmelser er i kraft. Videre har heller ikke de norske bestemmelsene som skal gjennomføre instruksjonsavskjæringen i norsk rett, eller bestemmelsene som gir kompetanse til ESA og RME, trådt i kraft. Det har derfor ikke skjedd noen myndighetsoverføring.

Ettersom den omtvistede myndighetsoverføringen ligger i en usikker fremtid, kan saksøker ikke sies å ha tilstrekkelig aktuell interesse på nåværende tidspunkt. ESA er foreløpig ikke gitt noen kompetanse overfor norske rettssubjekter, slik at søksmålet får et hypotetisk preg.

Ved vurderingen av om saksøker har aktuell interesse er det også av betydning at det finnes en mer hensiktsmessig måte å anlegge søksmålet på, nemlig ved å vente med søksmålet til EØS-komiteebeslutningen og energilovens bestemmelser trer i kraft, se Skoghøy (2017) s. 430 og Rt. 2013 s. 1127. Det understrekes imidlertid at staten naturligvis fortsatt vil mene at saksøker mangler rettslig interesse av andre grunner dersom myndighetsoverføringen skulle skje under saksanlegget.

Som det fremgår av punkt 3 er ESA kun gitt en snever adgang til å fatte vedtak overfor RME. I de relevante bestemmelsene som inngår i tredje energimarkedspakke, er det lagt inn tidsfrister og mekanismer for å sikre at de nasjonale reguleringsmyndighetene skal bli enige, slik at ESA ikke behøver fatte vedtak. Et søksmål om disse mulige fremtidige vedtakene rettet mot aktører i kraftmarkedet i Norge vil være gyldige, fremstår ikke som en problemstilling Nei til EU har særskilt reelt behov å få avgjort av domstolene, jf. for øvrig punkt 4.3 og 4.5.

4.3.4.3 Tilknytningsvilkåret

Etter statens syn er Nei til EUs tilknytning til søksmålet i ytterkanten av hva tvisteloven åpner for. Etter tvl. § 1-4 kan foreninger reise søksmål om «forhold» som det ligger innenfor organisasjonens «formål og naturlige virkeområde å ivareta». Ordlyden legger allerede opp til at det må foretas en vurdering av hvilke «forhold» søksmålet skal ivareta. «Forhold» kan mer presist forstås som «interesser», se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 156.

Bestemmelsen skal gi et sikkert grunnlag for «representative søksmål for å ivareta mer allmenne interesser», jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 156. Det avgjørende er de virkinger som det omtvistede forhold har når det gjelder organisasjonens formål. Det følger av proposisjonen at man derfor først må kartlegge foreningens formål og de interessene organisasjonen skal ivareta, og deretter vurdere om det å vinne frem i søksmålet har betydning for disse interessene.

Ved vurderingen av foreningens formål må det tas utgangspunkt i vedtektene, men ordene «naturlige virkeområde» åpner for at man også ser på organisasjonens arbeidsfelt i praksis. Det fremgår av Nei til EUs vedtekter «§ 1. Formål» at foreningen arbeider for «at Norge ikke skal bli medlem i Den europeiske union», dette blant annet for å sikre «full handlefrihet til ansvarlig forvaltning av miljø og ressurser». Videre skal man arbeide for å forhindre at norske lover og regler «tilpasses til EUs indre marked på tvers av flertallets grunnholdninger ved folkeavstemningene i 1972 og 1994».

Det kan stilles spørsmål ved i hvilken grad det ligger innenfor Nei til EUs formål å fremme interessene til deler av energisektoren, eller om Nei til EU er en naturlig representant for denne

REGJERINGSADVOKATEN

sektoren. Selv om det ligger innenfor foreningens formål å arbeide for full handlefrihet over norske naturressurser, knytter tredje energimarkedspakke seg til reguleringen av det foredlede resultatet av norske naturressurser (strøm), og myndighetsoverføringen angår ikke den faktiske utnyttelsen av naturressurser. ESA, via RME, vil treffe vedtak som retter seg mot energiselskaper, og bransjeforeninger som Energi Norge eller Norsk olje og gass eller fagforeninger som EL og IT Forbundet er mer naturlige representanter for å beskytte energisektoren mot regulatorisk harmonisering med EØS-landene.

Staten vil også peke på at det ikke kan være slik at Nei til EU alltid skal anses å ha partsinteresse alene fordi en rettsakt innlemmes i EØS-avtalen og dermed innebærer en nærmere integrering med EU. Det må trekkes et skille mellom saker hvor Nei til EU har en særlig interesse, og saker hvor de ikke når opp til kriteriet.

Staten vil likevel, i denne konkrete saken, ikke anføre at saksøker mangler partstilknytning i lovens forstand, men understreker samtidig at den knytter seg til prøving av et helt abstrakt rettsforhold, og derfor må anses å være i ytterkanten av tilknytningskravet.

4.3.5 Samlet vurdering av rettslig interesse

Det følger av forarbeidene til tvisteloven og rettspraksis at det i tvilstilfeller skal foretas en helhetsvurdering av om søksmålsbetingelsene i tvl. § 1-3 er oppfylt. I litteraturen er det fremholdt at det grunnleggende vurderingstemaet da synes å være behovet for å få avgjort av domstolene det kravet som er fremmet, jf. Schei m.fl. (2013) s. 24. Dette behovet må imidlertid sees i lys av de mothensyn som gjør seg gjeldende. Det må også holdes fast ved at det i utgangspunktet er tre selvstendige vilkår som alle må være oppfylt. En utglidning av dette utgangspunktet vil kunne føre til vanskeligere grensedragninger i fremtiden.

Som staten har fremhevet i punkt 4.3.3, angår saken ikke et «rettskrav» i tradisjonell forstand. Søksmålet innebærer et brudd med alminnelig norsk domstolsprøving ved å angå den abstrakte grunnlovsmessigheten av en stortingsbeslutning, og tredje energimarkedspakke er ikke en pakke rettsakter av en slik betydning at den er av grunnleggende betydning for befolkningen i alminnelighet. Å tillate et søksmål i denne saken vil kunne åpne for en type abstrakt og generell grunnlovsprøving som man til nå ikke har hatt i norsk statskikk. Etter statens syn vil det være uheldig om politiske særinteresser får en generell adgang til omkamper i domstolene etter at Stortinget har fattet vedtak. Utgangspunktet om at søksmål skal knyttes til et konkret faktum, i vår sak et konkret vedtak fattet av RME, må fastholdes i vår sak.

Det sies tidvis at når vurderingen av om et søksmål angår et «rettskrav» er tvilsomt, må spørsmålet avgjøres basert på hvor «hvor sterk interesse» saksøker har i å få rettslig avklaring, se blant annet Rt. 2008 s. 484. Det kan da blant annet legges vekt på om noen av de andre vilkårene gjør seg sterkt gjeldende.

Som påpekt er det flere forhold ved saksøkers aktuelle interesse som reduserer det reelle behovet for avklaring på nåværende tidspunkt. Staten finner også grunn til å fremheve at saksøker er en ideell organisasjon med politiske mål som angriper et vedtak fattet med bredt flertall i Stortinget. I så måte må terskelen for «sterk interesse» være høy for Nei til EU. Partstilknytningen ligger i ytterkant av tilknytningskravet, og kan ikke veie opp for svak oppfyllelse av de øvrige vilkårene.

REGJERINGSADVOKATEN

Samlet sett anser staten derfor at også et eventuelt fastsettelsessøksmål vil måtte avvises av domstolene.

5 DEN KONSTITUSJONELLE VURDERINGEN

5.1 Innledning

Dersom retten ikke avviser søksmålet, vil det i hovedsak være to materielle rettslige problemstillinger som skal vurderes. *Det første spørsmålet* er om det foreligger såkalt myndighetsoverføring etter Grl. § 115, og i så fall omfanget av denne. *Det andre spørsmålet* er om myndighetsoverføringen er «lite inngripende», slik at Stortinget kan samtykke etter Grl. § 26 annet ledd.

I det følgende vil staten først redegjøre for de rettslige utgangspunktene i saken (se punkt 5.2). Staten oppfatter det slik at det i hvert fall et stykke på vei synes å være enighet mellom partene om sentrale deler av dette. Særlig vil staten vise til at det synes å være enighet mellom partene om at «lite inngripende» myndighetsoverføring kan skje med hjemmel i Grl. § 26 annet ledd.

Deretter vil staten redegjøre for sitt syn på subsumsjonen. Først omtales spørsmålet om det foreligger myndighetsoverføring etter Grl. § 115 overhodet, og i hvilket omfang (punkt 5.3). Deretter omtales spørsmålet om myndighetsoverføringen er «lite inngripende» (punkt 5.4.).

5.2 Rettslige utgangspunkter

5.2.1 Virkeområdet for Grl. §§ 26 og 115

Etter Grl. § 26 første ledd tilligger det Kongen å inngå traktater. Dette gjelder også ved innlemmelse av nye rettsakter i EØS-avtalen og ved tilslutning til andre avtaler med EU.

I to tilfeller presiserer imidlertid Grunnloven at Stortinget må samtykke for at traktater skal bli bindende etter norsk intern rett. For det første presiserer Grl. § 26 annet ledd at Stortingets samtykke er nødvendig når Norge skal inngå traktater som er av «særlig stor viktighet», eller som nødvendiggjør ny lov eller stortingsbeslutning. Bestemmelsen gjelder traktater som innebærer myndighetsoverføring til både sammenslutninger Norge er medlem av, og sammenslutninger som Norge ikke er medlem av. Et alminnelig flertall i Stortinget er nok for samtykke.

For det andre presiserer Grl. § 115 første ledd at Stortingets samtykke – med kvalifisert flertall – er nødvendig når en internasjonal sammenslutning Norge er tilsluttet, gis «beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter». Med den siterte ordlyden tar man sikte på såkalt myndighetsoverføring. Bestemmelsen omfatter i utgangspunktet all slags myndighetsoverføring (utover myndigheten etter § 121 til å endre Grunnloven) – det vil si lovgivende, forvaltningsmessig og dømmende myndighet, samt myndighet til å forplikte Norge folkerettslig (traktatbindingskompetanse).

Første ledds virkeområde begrenses imidlertid av annet ledd, hvor det fremgår at § 115 likevel ikke gjelder for vedtak som «bare har rent folkerettslig virkning». I slike tilfeller gjelder Grl. § 26. Annet ledd må sees på bakgrunn av at det ikke er noe kjennetegn på suverenitet at en stat har

REGJERINGSADVOKATEN

fullstendig folkerettslig handlefrihet. Alle stater påtar seg i større eller mindre grad begrensninger i handlefriheten ved å inngå traktater eller ved å gå med i internasjonale organisasjoner som kan fatte vedtak som er bindende for medlemslandene. Grunnloven bygger derfor på at inngåelse av traktater som overfører myndighet til å fatte vedtak som bare har rent folkerettslig virkning, skal kunne skje etter Grl. § 26. Så lenge vedtakene bare har rent folkerettslig virkning, er Grl. § 26 tilstrekkelig selv om vedtakene fra de internasjonale organisasjonene kan være detaljerte. Som det fremgår av St.prp. nr. 100 (1991–92) s. 337, er det 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». Se også om dette i St.prp. nr. 50 (1998–99) punkt 4.4.5 s. 43–44. På denne bakgrunn anvender staten ordet «myndighetsoverføring» om overføring av myndighet som ikke bare har rent folkerettslig virkning.

Ved vurderingen av om et vedtak «bare har rent folkerettslig virkning» etter Grl. § 115 annet ledd må det tas utgangspunkt i kompetansen det internasjonale organet er tildelt, og hvilke virkninger organets vedtak får i det interne norske rettssystemet. Herunder må det vurderes om disse går utover slike som normalt følger av at Norge har påtatt seg en folkerettslig forpliktelse. Se her Lovavdelingens uttalelse 27. februar 2018 s. 12.

Kjerneområdet for det som dermed omfattes av Grl. § 115, er myndighet til å treffe beslutninger med direkte virkning overfor private – det vil si slike beslutninger som norske borgere eller juridiske personer kan utlede internrettslige rettigheter og plikter direkte fra, uten at norske myndigheter trenger å fatte en mellomliggende beslutning.

5.2.2 Læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring

Selv om det skulle være tale om myndighetsoverføring som ikke bare har rent folkerettslig virkning, følger det av sikker konstitusjonell rett at Stortinget kan samtykke til myndighetsoverføring som anses «lite inngripende» med alminnelig flertall etter Grl. § 26 annet ledd. Som nevnt synes det å være enighet mellom partene om denne rettsforståelsen. Rettsforståelsen har grunnlag i konstitusjonell praksis og teori, og eksisterte også før vedtakelsen av Grl. § 93 (nåværende § 115) i 1962.

Hva som er «lite inngripende» avgjøres på bakgrunn av en skjønnsmessig helhetsvurdering, jf. St.prp. nr. 100 (1991–92) s. 342. Vurderingen av hva som kan aksepteres, må prinsipielt ta utgangspunkt i den enkelte kompetansebestemmelse i Grunnloven som det er tale om å gripe inn i. Gjennom en serie uttalelser har Lovavdelingen utviklet et sett kriterier som er av betydning for hva som regnes som «lite inngripende» myndighetsoverføring: I) arten av myndigheten som overføres, ii) myndighetsoverføringens omfang, herunder om det skjer på et bestemt og avgrenset område, III) i hvilken grad det skjer en gjensidig myndighetsoverføring, IV) i hvilken grad Norge deltar i beslutningsprosessene i det organet myndigheten overføres til, V) i hvilken grad norske myndigheter har mulighet til å avbøte uheldige virkninger av myndighetsoverføringen, VI) saksområdets art, dvs. hvilke politiske og samfunnsmessige interesser myndighetsoverføringen gjelder og VII) Stortingets eget standpunkt til grunnlovsspørsmålet.

5.2.3 Om domstolskontrollen

Ved domstolsprøving av saker hvor Stortinget har gitt sitt syn på grunnlovsbestemmelser som regulerer den innbyrdes kompetansen til de øvrige statsmaktene, skal domstolene «i vid

REGJERINGSADVOKATEN

utstrekning» respektere Stortingets eget syn, jf. Rt. 1976 s. 1 (Kløfta), på s. 6. Dette er gjentatt i plenum så sent som i Rt. 2010 s. 1445 (Krigsforbryter), se avsnitt 89 med videre henvisninger.

De omtvistede bestemmelsene, Grl. §§ 26 annet ledd og 115, fastsetter begrensninger på den utøvende makts konstitusjonelle frihet til å utøve utenrikspolitikk og inngå traktater, jf. Grl. § 26 første ledd. Vår sak gjelder hvilken grunnlovsbestemmelse Stortinget kan anvende for å samtykke til at Norge blir folkerettslig bundet. Dette er i kjernen av grunnlovsbestemmelser som regulerer den innbyrdes kompetansen mellom statsmaktene.

I denne saken har Stortinget votert over at samtykket til innlemmelse av tredje energimarkedspakke skal skje etter Grl. § 26 annet ledd, og ikke § 115. Denne grunnlovstolkningen var som vist godt opplyst gjennom flere uttalelser fra Lovavdelingen. Det følger av dette at domstolene «i vid utstrekning» må respektere Stortingets syn på grunnlovsspørsmålet.

5.3 Foreligger det myndighetsoverføring etter Grl. § 115 her?

Det første spørsmålet er om innlemmelsen av tredje energimarkedspakke innebærer myndighetsoverføring etter Grl. § 115. Saksøker anfører at det er tilfellet. I stevningen er det særlig to elementer ved tredje energimarkedspakke som er anført å være slik myndighetsoverføring:

- Kompetansen for ESA til å treffe vedtak i noen nærmere bestemte saker, på nærmere bestemte vilkår, etter forslag fra ACER, med virkning for det norske forvaltningsorganet RME, som vil være organisert som en uavhengig enhet i NVE. Saksøker anfører blant annet at ESAs nye kompetanse i realiteten innebærer en form for direkte virkning, siden vedtakene vil være bindende for RME, som så i sin tur vil treffe bindende vedtak for private rettssubjekter
- Kompetansen for ESA til å kreve utlevert relevant informasjon fra visse norske rettssubjekter (energiselskaper) som ledd i sitt arbeid, og om nødvendig ilagge bøter (overtredelsesgebyr) dersom dette ikke imøtekommes

Staten er enig med saksøker i at det kan sies å foreligge visse elementer av myndighetsoverføring i denne modellen, men er imidlertid uenig i omfanget.

Staten er enig med saksøker i at ESAs adgang til i enkelte typer saker å rette pålegg om utlevering av informasjon og å sanksjonere brudd på opplysningsplikten, utgjør et element av myndighetsoverføring etter Grl. § 115. Dette innebærer myndighetsoverføring etter Grl. § 115 første ledd, samtidig som at den ikke «bare har rent folkerettslig virkning» etter annet ledd.

Når det gjelder ESAs kompetanse til å fatte vedtak overfor RME (beskrevet i første kulepunkt), er imidlertid ikke staten enig med saksøkers anførsler.

Utgangspunktet synes her klart. ESAs vedtak rettes mot et norsk forvaltningsorgan (RME). Det er da bare tale om overføring av myndighet til ESA til å treffe vedtak med folkerettslig virkning for norske myndigheter. Dette omfattes i utgangspunktet av Grl. § 115 første ledd, men faller utenfor som følge av annet ledd («bare har rent folkerettslig virkning»). Dermed kan samtykke til overføring av slik myndighet skje med hjemmel i Grl. § 26 annet ledd.

REGJERINGSADVOKATEN

Det gjør ingen forskjell på dette utgangspunktet at vedtaket fra ESA er rettet mot RME, og ikke for eksempel mot staten som sådan. Det er i dag et sikkert statsrettslig utgangspunkt at alle forvaltningsorganer har en plikt til å etterleve en relevant folkerettslig forpliktelse. Det faktum at en folkerettslig plikt er adressert til et bestemt forvaltningsorgan, endrer altså ikke den slutningen at den «bare har rent folkerettslig virkning».

Det har heller ikke betydning atplikten til å følge den folkerettslige forpliktelsen er kommet til særskilt uttrykk i norsk intern rett – her i energiloven og naturgassloven. Dette gir bare et ytterligere internrettslig grunnlag *i tillegg* til den statsrettslige forpliktelsen norske forvaltningsorganer generelt har til å etterleve folkerettslige forpliktelser rettet mot staten som rettssubjekt. Tilsvarende kan ikke en lovfesting av RMEs uavhengighet i energiloven og naturgassloven i seg selv endre det faktum at ESAs vedtak «bare har rent folkerettslig virkning».

Saksøker har vist til at EØS-loven § 2 innebærer at man ikke kan sammenligne myndighetsoverføring innenfor EØS-samarbeidet med myndighetsoverføring i andre folkerettslige sammenhenger. Etter statens syn er ikke dette riktig. Selv om gjennomført EØS-rett i visse tilfeller skal gå foran tradisjonell norsk rett, jf. EØS-loven § 2, endrer ikke det at den EØS-rettslige forpliktelsen bare har rent folkerettslig virkning. Se her også Lovavdelingens uttalelse 27. februar 2018 s. 13 med videre henvisninger.

I tillegg er det også uttalelser i stevningen som kan tolkes slik at saksøker mer generelt angriper den tradisjonelle sontringen i norsk statsrett mellom formelle og reelle forpliktelser, som grunnlag for en anførsel om at det i realiteten er overført myndighet direkte til EU-byrået ACER, og at modellen med vedtak i ESA er en «konstruksjon» som utgjør en «omgåelse» av Grunnlovens krav. Etter statens syn kan dette åpenbart ikke føre frem. Både ordlyden i Grl. § 115, og hele den statsrettslige doktrine som har utviklet seg gjennom årene, ikke minst i EU/EØS-saker, bygger på en sontring mellom formelle og reelle forpliktelser.

Ut fra dette ovenstående er det statens syn at det i utgangspunktet ikke foreligger myndighetsoverføring etter Grl. § 115 når ESA får kompetanse til å fatte vedtak overfor RME.

I den grad det likevel skulle foreligge myndighetsoverføring som ikke «bare har rent folkerettslig virkning», er det eventuelt som følge av en kombinasjon av de ulike momentene ovenfor. Etter Grl. § 3 ligger utøvende myndighet til Kongen. I vår sak blir imidlertid Kongen avskåret fra å instruere RME, kombinert med at ESA gis kompetanse til å treffe pålegg mot reguleringsmyndigheten. Ved at Kongens kontroll- eller styringsmulighet dermed begrenses, kan det hevdes at myndighetsoverføringen får en mer internrettslig karakter enn «bare ... rent» folkerettslig virkning, jf. § 115 annet ledd. Lovavdelingen har i deres uttalelse av 27. februar 2018 bygget på et slikt syn.

5.4 Myndighetsoverføringen er uansett «lite inngripende»

Saksøker har anført at myndighetsoverføringen som foreligger, ikke kan anses «lite inngripende». Ifølge saksøker kan altså ikke myndighetsoverføringen skje med hjemmel i Grl. § 26 annet ledd. Saksøker anfører i stedet at Grl. § 115 første ledd må anvendes.

Staten er ikke enig i dette. Etter statens syn er myndighetsoverføringen i vår sak «lite inngripende», slik at Grl. § 26 annet ledd kan benyttes.

REGJERINGSADVOKATEN

ESAs adgang til å rette pålegg om utlevering av informasjon til foretak i Norge, samt tilhørende sanksjonsbestemmelser, innebærer en svært begrenset utvidelse sammenlignet med de gjeldende EØS-rettslige forpliktelser etter andre energimarkedspakke. Staten viser her til Lovavdelingens uttalelse 25. juni 2014, inntatt som bilag 7.

ESAs kompetanse til å rette pålegg mot RME er som nevnt av rent folkerettslig karakter, hvor Grunnloven gir en vid adgang for staten til å forplikte seg. I utgangspunktet kan altså ikke dette anses å være tale om myndighetsoverføring som faller inn under Grl. § 115 overhodet.

I den grad det likevel anses å innebære myndighetsoverføring at Kongen er avskåret fra å instruere RME, i kombinasjon med ESAs påleggskompetanse overfor RME, er dette uansett en «lite inngripende» myndighetsoverføring. Begrensningen av Kongens styrings- og kontrollmuligheter gjelder forvaltningsmyndighet på et bestemt og avgrenset saksområde. Det er heller ikke slik at RME vil utøve sin virksomhet helt uten kontrollmuligheter for norske statsmyndigheter. RMEs virksomhet skjer innenfor et EØS-rettslig rammeverk som gjennomføres av norske myndigheter på ordinært vis. Tilsvarende vil ESAs myndighet til å rette pålegg til RME, være begrenset av EØS-rettslige rammer. Til dette kommer at Stortinget fortsatt kan trekke opp ytterligere rammer for RMEs virksomhet gjennom lovgivningen, med videre rett for Kongen eller underordnede organer til å gi forskrifter. RMEs vedtak vil dessuten være underlagt norsk domstolskontroll på lik linje med andre forvaltningsvedtak. Staten viser for øvrig til Lovavdelingens uttalelse 27. februar 2018.

På denne bakgrunn mener staten at myndighetsoverføringen som følger av Norges tilslutning til tredje energimarkedspakke må anses å være lite inngripende, også dersom de ulike elementene vurderes samlet under ett. Dette innebærer at Stortinget kunne samtykke til innlemmelsen av tredje energimarkedspakke etter Grl. § 26 annet ledd.

At Stortinget kan samtykke til innlemmelsen av tredje energimarkedspakke med hjemmel i Grl. § 26 annet ledd, har også vært Stortingets eget syn. Stortinget voterte særskilt over dette spørsmålet. Etter statens syn, og i samsvar med det som fremgår av punkt 5.2.3, skal dermed retten i «vid utstrekning» respektere Stortingets syn ved domstolsprøvingen.

6 DEN VIDERE PROSESSEN

Staten anmoder om at retten tar stilling til avvisningsspørsmålet i saken først, jf. tvl § 9-6 tredje ledd. Hovedregelen er at dette skjer etter skriftlig behandling. Staten stiller imidlertid gjerne til muntlig rettsmøte om dette, dersom retten anser det hensiktsmessig, jf. tvl. § 9-6 fjerde ledd.

REGJERINGSADVOKATEN

7 PÅSTAND

På vegne av Staten v/Utenriksdepartementet legges ned slik

P Å S T A N D:

1. Prinsipalt: Saken avvises
2. Subsidiært: Staten v/Utenriksdepartementet frifinnes
3. I begge tilfeller: Staten v/Utenriksdepartementet tilkjennes sakskostnadene

* * * * *

Dette tilsvaret er lastet opp via Aktørportalen.

* * * * *

Oslo, 19. desember 2018
REGJERINGSADVOKATEN

Fredrik Sejersted
regjeringsadvokat