

EØS setter suvereniteten i spill

Energibyrået ACER, Jernbanebyrået
ERA, EUs finansilsyn og andre
konstitusjonelle krumpring



*«EØS-avtalens
overvåkingsorgan ESA og
EFTA-domstolen står fritt til å
tolke EØS-avtalen i strid med
hva norsk Høyesterett og
Grunnloven sier.»*

Per Andreas Bjørgan

Høyesterettsadvokat og tidligere avdelingsdirektør i ESA
ABC Nyheter 12.02.18

Hefter i skriftserien VETT

3-2017: *EU-guiden*, ny utgave

2-2017: Morten Harper (red.): *Kampen om kraften*

1-2017: Agneta Amundsson (red.): *Lærdommens pris*

2-2016: Morten Harper og Helle Hagenau (red.):

Stormen om Storbritannia

1-2016: Morten Harper: *Folkestyre eller fjernstyre?*

3-2015: Morten Harper (red.): *I tjeneste for samfunn eller selskap?*

2-2015: *EU-guiden*

1-2015: Morten Harper (red.): *Alternativet til EØS er en fornyet*

handelsavtale

4-2014: Morten Harper (red.): *Handel med høy pris*

3-2014: Morten Harper (red.): *Truer EU velferdsstaten?*

2-2014: Morten Harper og Eva Marie Mathisen (red.):

Knaker det i konstitusjonen?

1-2014: Helle Hagenau og Morten Harper (red.):

Rettferdig handel?

3-2013: Peter Ørebech og Rolf-Arne Nicolaisen:

Fiskeri og fiks fakseri

2-2013: Morten Harper (red.): *EU-kontroll*

1-2013: Morten Harper: *Tull om toll*

Spesialutgave 2012: *Fremmer EU freden?*

4-2012: Morten Harper (red.): *Hvordan rammer eurokrisen?*

3-2012: Jens Kihl og Morten Harper (red.):

Hva betyr EØS for kommunene?

2-2012: Hildegunn Gjengedal og Morten Harper (red.):

Hva gjør EØS med landbruket?

1-2012: Morten Harper: *Hva er galt med EØS?*

4-2011: Marianne Granheim Trøyflat (red.): *Kvinner i krise*

3-2011: Boye Ullmann og Hilde Nylén (red.): *På kollisjonskurs*

Hvert hefte koster kr 60,- + porto.

Medlemmer av Nei til EU kan abonnere gratis på VETT.

Send bestillingen din til: bestilling@neitileu.no

VETT-utgivelsene kan også lastes ned på www.neitileu.no

Innhold

EFTA-landene og EU skulle være hver sin suverene pilar i EØS

Suverenitet som salami	6
Vetoretten skulle sikre suvereniteten	16
Island kritisk til EU-makt i EØS	26

Byråene i unionens tjeneste

EUs energiunion og ACER	30
Finanstilsyn og andre EU-byråer	33
Jernbane, personvern og arbeidsliv under EU-tilsyn?	35

I strid med Grunnloven

Når Stortinget omgår Grunnlovens krav	40
Bør § 115 endres?	47

EØS setter suvereniteten i spill

Heftet er skrevet av Morten Harper, utredningsleder i Nei til EU og jurist

Nei til EUs skriftserie VETT nr. 1 2018

Layout og illustrasjoner: Eivind Formoe

Forsidetegning: Jørgen Bitsch

Trykkansvarlig: Porteføljeforvaltning Norge AS

ISSN: 1504-5374

ISSN elektronisk utgave: 1891-4837

Opplag: 6000



EFTA-landene og EU skulle
være hver sin suverene
pilar i EØS-avtalen

Har de to pilarene tålt
EØS-avtalens dynamikk?

Suverenitet som salami

EØS-avtalen har vist seg å være verken saklig begrenset eller en alminnelig folkerettslig avtale. Det går på Grunnloven løs når den nasjonale suvereniteten begrenses, stykkevis og delt, og myndighet overføres til overvåkingsorganet ESA i Brussel og EUs byråer.

Stortingets vedtak av EUs tredje energimarkedspakke 22. mars 2018, der Norge i realiteten blir underlagt energibyrådet ACER, viser hvordan Norge gjennom EØS-avtalen avstår suverenitet selv på helt sentrale samfunnsområder som energi.

Da EØS-avtalen ble godkjent av Stortinget drøyt 25 år tidligere, i oktober 1992, var det en sentral forutsetning at avtalen skal være folkerettslig eller mellomstatlig, og ikke overnasjonal som et EU-medlemskap. EFTA-landene, som Norge og Island, og EU skulle være to atskilte «pilarer». Lovgivende, utøvende og dømmende myndighet skulle fortsatt være nasjonal, med noen få avtalte unntak. Med andre ord: EØS-avtalen skulle ikke utfordre nasjonal suverenitet, og det var begrunnelsen for at saken skulle avgjøres av Stortinget og ikke i en folkeavstemning, slik man hadde hatt om EU-medlemskap i 1972 og senere i 1994.

Saklig begrenset område?

EØS-avtalen ble vedtatt av Stortinget etter grunnlovens § 115 (som den gangen var § 93) med tre fjerdedels flertall, som hjemler suverenitetsavståelse på et «saklig begrenset område» til en internasjonal organisasjon Norge er medlem av. Den vanlige forståelsen er at kravet om saklig begrenset område gjelder der organisasjonen får myndighet til å treffe direkte bindende vedtak overfor norske borgere eller firma. I paragrafens andre ledd heter det at den ikke gjelder tilfeller som er rent folkerettslige, det vil si der bare Norge som stat blir bundet. Ifølge Brundtland-regjeringen i 1992 var det ESAs tvangsmyndighet i konkurranse saker som gjorde det nødvendig å bruke § 115, EØS-avtalen mente regjeringen ellers var en folkerettslig avtale. Dette ble lagt til grunn av Stortinget.

I dag ser vi at EØS-avtalen har utviklet seg utover det som med rimelighet kan kalles et saklig begrenset område. Tvert imot har suverenitetsavståelsene gjennom EØS vist seg å være vidtrekkende og uklart avgrenset.

Den norske forutsetningen om en saklig avgrenset avtale har kommet i konflikt med EUs like klare forutsetning om en ekspansiv avtale som tilpasses EU-retten. Det kan man politisk velge å gjøre, men ikke uten konstitusjonelle omkostninger. Ulike norske regjeringer og stortingsflertall har dessuten akseptert og også tatt initiativ til innføring av EU-regelverk utenfor de handels- og konkurranseforholdene som EØS-avtalen i utgangspunktet skulle gjelde. Det kan man politisk velge å gjøre, men det er ikke uten omkostninger for den nasjonale suvereniteten.

EØS-avtalens overskridelser

Det er blitt enklere å liste opp hva som har gått fri av EØS-avtalen, enn å oppsummere alle de mange og ulike samfunnsområdene der EØS overstyrer. Råderetten over naturressursene, alkoholpolitikken, likestilling, distrikts- og regionalpolitikken og ivaretagelse av faglige rettigheter er noen eksempler der avtalen griper inn i en helt annen grad enn forutsatt av Stortinget. Vi ser også EØS-avtalen slå inn på så ulike rettsområder som forvaltningsrett, erstatningsrett og regelverket for offentlige anskaffelser.

EØS-avtalen har fått en vidtrekkende, tosidig dynamikk: For det første er det tatt inn nytt regelverk som ikke naturlig faller innenfor EØS-avtalens markedsområde. For det andre bedrives det en utstrakt nytolkning av eksisterende regelverk. Overvåkingsorganet ESA, EFTA-domstolen og endog norske domstoler følger EU-domstolens nye praksis, og lar hensynet til rettsenhet med EU avgjøre, slik at det i realiteten er den som i siste instans fortolker avtalen.

ESA har i enkelte saker i realiteten gått inn i forhandlinger med norske myndigheter om hvilke løsninger som bør velges når overvåkingsorganet mener Norge bryter EØS-avtalen. Det er utenfor mandatet. ESA har ikke kompetanse til å si hvilke lovendringer Norge må gjøre, bare å vurdere hva de mener ikke kan godtas innenfor EØS-retten og eventuelt ta saken inn for EFTA-domstolen.

Binder Norge til EU-domstolen?

I EU kan rettsakter ha direkte virkning i medlemslandene, selv om de ikke er gjennomført nasjonalt. I EØS må de formelt gjennomføres av norsk lovgiver før de regnes som gjeldende rett. Gjennom rettspraksis er det likevel utviklet prinsipper som langt på vei gir samme direkte virkning som for EUs medlemsland. Det er en klar tendens at norsk rett tolkes i overensstemmelse med ikke-gjennomførte rettsakter. Staten kan bli erstatningsansvarlig hvis noen lider tap som følge av manglende gjennomføring.

EØS-avtalen satte etter ordlyden klare begrensninger for ESA og EFTA-domstolens muligheter til dynamisk tolkning. Artikkel 6 slår fast at avtalen skal fortolkes i samsvar med relevante rettsavgjørelser fra tiden før den ble undertegnet, det vil si 2. mai 1992. Likevel ser vi at ESA og EFTA-domstolen også følger EU-domstolens nyere praksis. EØS har altså vist seg å binde Norge til den rettsskapende virksomheten til domstolen i en organisasjon vi ikke er medlem av. Norske domstoler følger også i stor grad EU-domstolens praksis, med direkte konsekvenser for norske borgere og firma.

Sentralt for EU-domstolens praksis er det å fremme unionens videre integrasjon, det vil si overføring av myndighet fra landene til EU-nivå. Når denne praksisen er styrende for EØS, betyr avtalen en fortolkningsmåte på tvers av Grunnlovens suverenitetsvern. Et eksempel er EFTA-domstolens avgjørelse i hjemfallsaken, som fastsatte forholdet mellom offentlig og privat eierskap til norske vannkraftressurser selv om det i EØS-avtalens artikkel 125 står at den «skal ikke på noen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten».

EØS og Grunnloven

I forbindelse med grunnlovsjubileet i 2014 ble det presentert en meningsmåling der 93 prosent av de spurte svarte at Grunnloven er viktig for demokratiet. Bare 5 prosent mente at EU-regler skal kunne overstyre Grunnloven.¹ Grunnlovsbestemmelser er imidlertid ikke fredet i overvåkingsorganet ESAs tilsyn med at Norge følger EU-reglene i EØS-avtalen. Tvert imot kan ESA kreve at Norge endrer Grunnloven, hvis noen av bestemmelsene er i strid med EØS-lovverket, og eventuelt reise sak for EFTA-domstolen.

Det er flere bestemmelser i Grunnloven som står i motsetning til det som er blitt realitetene for norske nasjonale myndigheter i EØS. Her skal vi se nærmere på den lovgivende kompetansen i Grunnlovens § 49 og den dømmende makt i §§ 88-90. Bestemmelsene om utenrikskompetansen og suverenitetsavståelse i § 26 og 115 behandles i en senere del i dette heftet.

Uthuler Stortinget som lovgiver

Grunnlovens § 49 sier: «Folket utøver den lovgivende makt ved Stortinget.» Med EØS-avtalen er i realiteten utformingen av lovene på de områdene som EØS-avtalen gjelder, flyttet til EU. Over 11 000 lover fra EU er gjort gjeldende for Norge gjennom EØS. Bare i 2017 ble 514 rettsakter tatt inn i EØS-avtalen. Selv om mesteparten av direktivene og forordningene kan være fornuftige nok, uthuler dette i praksis Stortingets rolle som lovgiver og regjeringen som forskriftsmyndighet. For å omskrive grunnlovsbestemmelsen med realitetene: Folket vedtar Norges lover gjennom Stortinget, men gjennom EØS-avtalen vedtas mange lover med påholden penn fra EU.

Professor i rettsvitenskap Peter Ørebech ved Universitetet i Tromsø mener norsk lovgivningskompetanse skulle være i behold også under EØS-avtalen, med unntak av de reglene som ikke kan skille mellom norske borgere og EØS-borgere (prinsippet om ikke-diskriminering). Han viser til EØS-avtalens artikkel 97, første ledd:

«Denne avtale berører ikke den enkelte avtaleparts rett til å endre sin interne lovgivning på de områder som omfattes av denne avtale, med forbehold for prinsippet om ikke-diskriminering og etter å ha underrettet de andre avtaleparter».

Artikkel 97 forutsetter at lovgivningen godkjennes i EØS-komiteen, det vil si av de andre EFTA-landene samt EU. Ørebech påpeker at artikkel 97 er blitt en sovende bestemmelse:

«Prinsippet i artikkel 97 praktiseres ikke og er i dagens Norge redusert til formell sandpåstrøing. Dette kan eksemplifiseres ved den utvidede veterinæravtalen fra 1999 som har medført

at Norge fullt ut har harmonisert kvalitetsregler for sunn og god menneskeføde med «EU-foodlaw». Dvs. at vi – hver gang EU endrer reglene for sunn mat – slavisk kopierer reglene og inkorporerer EU-versjonen i norsk rett.»²

Hastig saksbehandling

En vesentlig kritikk av EU-parlamentet er hastig og overfladisk saksbehandling. To avstemninger i minuttet er normalhastigheten når EU-parlamentet samles i plenum. Dette er en generell utfordring for de fleste politiske organ, men på Stortinget ser vi at det ikke minst kommer på spissen i behandlingen av EØS-reglene.

Vanlig praksis er at nye regelverk fra EU månedlig tas inn i EØS-avtalen gjennom vedtak i EØS-komiteen, der representanter fra EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein møter EU. Måten regjeringen forankrer godkjenningen, er gjennom en relativt summarisk gjennomgang i Stortingets Europautvalg. Det utarbeides grundige bakgrunnsdokument av Stortinget før møtene i Europautvalget, men det grunnleggende problemet består: Mange saker på kort tid gjør det svært utfordrende å få realitetsdrøftinger av hva de nye regelverkene faktisk betyr. Direktiver og forordninger som krever lovendringer blir rett nok gjenstand for egen stortingsbehandling før de blir innført.

Selv om gjennomføringen av EØS-avtalen har skjedd med et betydelig flertall på en rekke storting, har det vært et fravær av åpen og opplyst offentlig samtale – som Grunnloven foreskriver – fra Stortingets side om de mange EU-tilpasningene. Det er kun i noen få enkeltsaker, som tilknytningen til energibyrået ACER våren 2018, at det blir debatt rundt Stortingets behandling.

Høyesterett dømmer ikke i siste instans

I Grunnlovens § 88 heter det: «Høyesterett dømmer i siste instans.» I § 90 står det videre: «Høyesteretts dommer kan i intet tilfelle påankes.» Saker som berører EU/EØS-rett har imidlertid en annen siste rettsinstans: EFTA-domstolen i Luxembourg.

EFTA-domstolen er øverste domsmyndighet i EØS-relaterte saker for de tre EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein (Sveits er EFTA-medlem, men ikke del av EØS). EFTA-domstolen avgjør saker fra ESA og tvister mellom EFTA-landene i EØS. Avgjørelsene er bindende for Norge, og kan ikke ankes. Slik sett

står EFTA-domstolen over norsk Høyesterett. Domstolen gir også uttalelser til saker for de nasjonale domstolene, men disse uttalelsene er rådgivende. Slik sett står Høyesterett og de andre domstolene fritt til å tolke EØS-reglene annerledes. Denne motsetningen er typisk for EØS-avtalens såkalte topilarsystem, som vakler mellom overnasjonale forpliktelser og nasjonal suverenitet.

Ifølge en studie av jusprofessor Halvard Haukeland Fredriksen fra 2011, er norske domstoler betydelig preget av EU-retten – også på områder som er utenfor EØS-avtalen som strafferett og skatterett.³ Rapporten dokumenterer at én av ti sivile saker i Høyesterett er relatert til EØS-rett. Norske domstoler unngår i det lengste å fastslå motstrid mellom EØS-regler og norske lover. Høyesterett er tilbakeholden med å spørre EFTA-domstolen om råd. I stedet, hevder rapporten, innordner Høyesterett seg i praksis EU-domstolen direkte.

Verftsdommen

I 2013 gikk EFTA-domstolens nå nylig avgåtte president Carl Baudenbacher til angrep på Høyesterett.⁴ Han hevdet at Høyesterett undergraver EØS-avtalen ved ikke alltid å tilpasse dommene sine til europeisk rett, det vil si EFTA-domstolens praksis. Det, mente Baudenbacher, fører til at det vokser frem en «norsk EØS-rett» og at EØS-retten dermed splittes opp – i strid med avtalen.

Baudenbachers kroneksempel er verftsdommen om allmenngjøring av lønnsforhold. På vegne av flere skipsverft gikk NHO til sak mot norske myndigheter. NHO mente det var i strid med EØS-avtalen at en utstasjonert arbeider fra et EU-land skulle få godtgjøring for reise, kost og losji samt utenbystillegg, i tillegg til norsk tariff lønn.

Borgarting lagmannsrett ba EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Svaret fra Baudenbacher og hans kolleger i Luxembourg var at to av bestemmelsene i allmenngjøringen var i strid med utstasjoneringsdirektivet. Lagmannsretten valgte derimot å ikke følge rådet, og ga ikke NHO medhold. Det samme gjorde Høyesterett da de avgjorde ankesaken i mars 2013. Dette mener Baudenbacher er å undergrave selve hovedprinsippet i EØS-avtalen: at alle landene i det indre marked skal ha samme regler for de fire frihetene.

Høyesterettsdommen ble påklaget til ESA. Høsten 2015 varslet ESA at overvåkingsorganet mener Høyesteretts avgjørelse er i strid med EØS-avtalen, og at de – satt på spissen – var beredt til å ta saken til EFTA-domstolen. ESA aksepterte imidlertid at partene i arbeidslivet, Fellesforbundet og NHO, fikk mulighet til å endre de omstridte bestemmelsene i tariffoppgjøret 2018. Hvorvidt resultatet er spiselig for ESA gjenstår å se.

Helikopterdommens paradoks

Det kanskje tydeligste eksemplet på at Høyesterett følger EU-domstolen er den såkalte helikopterdommen fra 2012, der en gruppe piloter vant frem med sin sak om å få fly også etter fylte 60 år, som er aldersgrensen i tariffavtalen. Med andre ord: EØS-reglene satte den norske tariffavtalen til side.

Saken var først oppe i tingretten og lagmannsretten, som fant at aldersgrensen var både saklig og lovlig. Høyesterett viser imidlertid til den såkalte Priggeddommen fra EU-domstolen i 2011, der tre eldre Lufthansa-piloter gikk til sak for å kunne fortsette i arbeid. Med henvisning til EU-direktivet om likebehandling i arbeidslivet, ga EU-domstolen pilotene medhold.

Likebehandlingsdirektivet er del av EØS-avtalen, og ble innført i Norge i 2004, som en endring av arbeidsmiljøloven. Her kommer paradokset: På den ene siden heter det i stortingsbehandlingen at man skal legge vekt på praktiseringen av reglene i EU. På den andre

ESA: Blikket fra Brussel

EØS-avtalen bygger ikke bare på like regler med EU, men også mest mulig lik håndheving. Overvåkingsorganet ESA i Brussel passer på hvordan regelverket gjennomføres og praktiseres i EFTA-landene. ESA kan, enten på eget initiativ eller etter klage, pålegge Norge å endre både regelverk og praksis. I 2017 åpnet ESA ifølge årsrapporten 173 nye saker om brudd på reglene for det indre markedet, og overvåkingsorganet mottok 49 klagesaker om markedsreglene. I tillegg åpnet ESA 53 nye saker om offentlig støtte. Hvis et land ikke retter seg etter ESAs krav, kan saken tas til EFTA-domstolen for bindende avgjørelse.

Da EØS-avtalen ble inngått fikk ESA en direkte kontrollmyndighet over norske bedrifter i konkurransesaker og kan treffe bindende vedtak. Siden er direkte beslutningsmyndighet over norske borgere og bedrifter i flere tilfeller overført til ESA, og ESA er også blitt et mellomledd for bindende vedtak fra EUs byråer.

siden står det i proposisjonen at lovendringen var «...ikke ment å innebære et forbud mot å innføre eller opprettholde bestemmelser og avtaleklausuler som fastsetter en bestemt avgangsalder.»⁵

«Konstitusjonell katastrofe»

Både fra juridisk og statsvitenskapelig hold er det gjentatte ganger påpekt at Norges forhold til EU og særlig EØS-avtalen er udemokratisk og en svekkelse av norsk suverenitet. For femten år siden fastslo Makt- og demokratiutredningen (2003) at folkestyret er svekket. Makt er overført til markedet, multinasjonale konserner, uavhengige forvaltningsorganer og rettslige institusjoner – i Norge og i utlandet. Et sentralt element i denne utviklingen er EØS-avtalen. Likeledes påpekte Europautredningen (2012) at EØS-avtalen – og annen EU-tilpasning – skaper et betydelig demokratisk underskudd i Norge.

Allerede under Stortingets høring om Schengenavtalen i 1997, advarte professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo Eivind Smith om at EØS-avtalen gir et misvisende skinn av suverenitet:

«... EØS er mye mer bindende for oss enn det formelt sett ser ut som. I noen sammenhenger, men aldri før i Stortingets bygninger, har jeg sagt at på sett og vis er EØS en konstitusjonell katastrofe, ikke økonomisk eller på annen måte, men en konstitusjonell katastrofe rett og slett fordi den går på at vi later som om vi er suverene i ganske mye større grad enn vi reelt sett er.»⁶

I boken *Folkestyrets varige spenninger* påpeker professor emeritus Johan P. Olsen at EØS-avtalen gjør reglene for EUs indre marked til norsk lov på en måte som uthuler Stortingets rolle som lovgiver.⁷ Professorene Erik Oddvar Eriksen og John Erik Fossum ved ARENA beskriver i boken *Det norske paradoks* EØS-avtalen som «demokratisk selvskading»⁸. Gunnar Fermann, førsteamanuensis ved NTNU i Trondheim, argumenterer i boken *Utenrikspolitik og norsk krisehåndtering* for at EØS-avtalen virker negativt inn på evnen til å føre en selvstendig norsk utenrikspolitikk, fordi den svekker statens autoritetsgrunnlag.⁹

Suverenitet som fiksjon?

Den teoretiske manøveren for å forsone EØS-avtalen med

Grunnloven har vært å gjøre et skarpt skille mellom formell og reell suverenitetsavståelse. Argumentet er at avtalen ikke bryter Grunnloven så lenge nasjonale myndigheter og rettsapparat har et formelt siste ord. Slik EØS-avtalen har utviklet seg er det ikke bare formalistisk, men direkte misvisende å tviholde på et slikt skille. Gjennom EØS-avtalen foregår det i 2018 myndighetsutøvelse i Norge fra EU/EØS-organer på flere ulike nivåer og områder. Overvåkingsorganet ESA kan bøtelegge og fatte vedtak med direkte virkning for norske borgere og selskap. Stortingets og regjeringens vedtak overprøves, med uforutsigbarhet for norske borgere som direkte konsekvens. Høyesteretts avgjørelser kan overprøves. EU-domstolen er blitt styrende for nasjonal rettspraksis på en rekke områder.

Det skarpe skillet mellom formell og reell suverenitetsavståelse er tilslørende for de konsekvenser suverenitetsavståelsen har hatt og har for landets borgere. Det er nærliggende å minne om noe jusprofessor Erik Boe skrev i sin konstitusjonelle vurdering til regjeringen i Schengen-saken: «En frihet uten realitet blir en fiksjon. Og grunnlovens grenser står ikke og faller med en fiksjon.»¹⁰

Er det god konstitusjonell beredskap å akseptere en rent teoretisk rest av suverenitet på de områdene EØS-avtalen regulerer? Målt opp mot realitetene er EØS-avtalen på flere punkter i strid med Grunnloven. EØS-avtalens dynamikk, med stadig tilpasning til EUs regelverk og rettspraksis, kutter opp suvereniteten stykke for stykke. Dette skjer gradvis, men det er med suvereniteten som med salami. På et eller annet tidspunkt er det ikke noe igjen.

Noter

1 NTB 09.01.14.

2 Nei til EUs skriftserie Vett nr. 2 2014, side 26.

3 *EU/EØS-rett i norske domstoler*, Europautredningens eksterne rapport nr. 3 2011.

4 «EFTA-domstolen og dens samhandling med de norske domstolene», Lov og rett nr. 8 2013, basert på et foredrag holdt i Tromsø samme år.

5 Ot.prp. nr. 104 (2002-2003).

6 Sitert i Dagbladet 9. juni 1997.

7 Universitetsforlaget 2014.

8 Universitetsforlaget 2014, side 19.

9 Cappelen Damm 2013.

10 Gjengitt i St.prp. nr. 50 (1998-99).

«For hver gang Stortinget legger til grunn at EØS er dynamisk, blir den nettopp det. Dermed settes demokratiet ut av kraft for det området som da fullt og helt avgjøres i EU. Det betyr at Norge frivillig forlater prinsippet om EØS som mellomstatlig avtale for å godta at den er overnasjonal akkurat slik som et fullt EU-medlemskap er det.»

Peter Ørebech

Professor ved Norges fiskerihøgskole, Universitetet i Tromsø,
med EU-rett og havrett blant spesialfeltene
Nei til EUs skriftserie Vett nr. 2 2014

Vetoretten skulle sikre suvereniteten

EØS-avtalens vetorett, også kalt reservasjonsretten, er omdiskutert – og nesten ikke brukt. Da Stortinget godkjente EØS ble vetoretten holdt frem som et hovedargument for at avtalen ikke medførte overføring av lovgivningsmyndighet fra Stortinget.

En grunnleggende forskjell mellom et EU-medlemskap og EØS-avtalen, er at i EØS har Norge formelt ikke overført noen lovgivningsmyndighet. Det betyr at norske – og islandske og liechtensteinske – myndigheter hver gang står fritt til å akseptere eller avvise nye regler fra EU når de skal innføres i EØS.

Vetoretten, også kalt reservasjonsretten, innebærer på ingen måte noe avtalebrudd. Den følger tvert imot av den avtalefestede prosedyren for hvordan ny EU-lovgivning skal behandles i EØS. Avtalen setter også rammer for eventuelle motreaksjoner fra EUs side. Uten vetoretten ville EØS-avtalen være i strid med Grunnloven. Da EØS-avtalen ble vedtatt høsten 1992 la både stortingsflertallet og regjeringen vekt på at lovgivningsmyndighet ikke overføres til EU- eller EØS-organer, og viste særlig til vetoretten som begrunnelse.

Hva er vetoretten?

Vetoretten er en avtalefestet del av saksgangen i EØS. Når en lov er vedtatt i EU, blir den lagt frem for de tre EFTA-landene som er tilsluttet EØS. De nye lovene godkjennes i EØS-komiteen der EU-ambassadørene fra Norge, Island og Liechtenstein hver måned møter EU-kommisjonen. Det er normalt EU som legger frem nye direktiver og forordninger for EØS-komiteen.

I EØS-komiteen fattes vedtak med enstemmighet (EØS-avtalens artikkel 93). Norge, Island og Liechtenstein samordner først sine standpunkt i EFTAs faste komité, som ikke kan godkjenne en ny lov uten at alle tre landene er enig. Derfor har Norge vetorett mot enhver ny EØS-lov. Det følger av EØS-avtalens artikkel 93 og

artikkel 6 i Avtalen om EFTA-statenes faste komité.

Hvis ett EFTA-land sier nei, blir direktivet eller forordningen heller ikke gjeldende for de to andre. Det er ikke noe rettslig krav til begrunnelse for å bruke vetoretten, og den er heller ikke tidsbegrenset. Et norsk nei betyr både at vi unntas fra å innføre regelverket her hjemme (reservasjonsaspektet) og at det ikke tas inn i EØS-avtalen (vetoaspektet). Regelverket gjelder selvsagt fortsatt for EU-landene, men ikke for de tre EFTA-landene.

Vetorettens to sider

La oss se litt nærmere på saksgangen i EØS og vetorettens rolle i dette. Et hovedprinsipp i EØS-avtalen er at EFTA og EU utgjør to pilarer i samarbeidet, og hver pilar taler med én stemme. De to partene må altså samordne sine standpunkter før de møtes i EØS-organene. Avgjørelsene om å innlemme nytt regelverk fra EU i EØS-avtalens vedlegg treffes i EØS-komiteen.

EØS-avtalens artikkel 93 bestemmer at EFTA-landene skal opptre samstemte i EØS-komiteen, som betyr at de tre landene Norge, Island og Liechtenstein har gjensidig vetorett. Hvis ett land sier nei, blir direktivet heller ikke gjeldende for de to andre.

Endringer i EØS-avtalen er formelt en ny folkerettslig avtale. Et nytt direktiv eller forordning er en utvidelse av EØS-avtalen, som Norge står fritt til å avvise.

Det er regjeringen som representerer Norge i EØS- og EFTA-organene, og som derfor må fremme et krav om reservasjon. Stortinget kan på alminnelig måte instruere regjeringen, og kan dermed indirekte avvise et regelverk. I tillegg kan man i EØS-komiteen ta forbehold om at nasjonale forfatningsrettslige krav må oppfylles før en bestemmelse kan tre i kraft. Det vil i praksis si tilfeller hvor Stortingets samtykke er nødvendig, typisk når det kreves lovendring. Da vil et «nei» i Stortinget fungere som veto. Vetoretten har altså to sider:

- De norske EFTA-representantene kan i EØS-komiteen nekte innføringen av en ny rettsakt i EØS. Dette følger av EØS artikkel 102, jf. artikkel 93.
- EFTA-landene kan ved behandlingen i EØS-komiteen ta forbehold om nasjonal godkjenning av parlamentet eller ved folkeavstemning. Hvis det tas et slikt forbehold, og Stortinget ikke

gir samtykke, blir Norge ikke folkerettslig bundet til å innføre regelverket. Dette følger av artikkel 103.

Som nevnt tas nye EU-regler inn i EØS-avtalen etter enstemmige vedtak i EØS-komiteen. Her har EU og EFTA hver sin stemme. Det er altså EFTAs representant som på vegne av Norge, Liechtenstein eller Island kan nedlegge veto. Det betyr at et norsk «nei» må legges fram på forhånd når saken behandles i EFTA-statenes faste komité. Det er ikke krav om noen begrunnelse for et slik avvisning. Denne vetoretten ble fastslått slik ved behandlingen av EØS-avtalen i St.prp. nr. 100 (1991-92):

«Vedtaket i EØS-komiteén skjer med enstemmighet. Dersom ett EFTA-land på forhånd skulle motsette seg et bestemt vedtak i EØS-komiteén, vil vedtaket ikke kunne fattes. Dette følger av prinsippet om at EFTA-landene skal opptre samstemt. Hvert enkelt EFTA-land har rett til å gå mot et forslag til nye EØS-regler og derved hindre at det gjøres vedtak.»¹

De fleste EØS-reglene har et teknisk preg og kan innføres i norsk lovgivning enten direkte av fagdepartementene eller av regjeringen etter behandling i statsråd. Andre direktiver og forordninger er mer omfattende og krever lovendring i Stortinget. EØS-avtalens artikkel 103 gir i disse viktige tilfellene Stortinget en vetorett i forhold til vedtakene i EØS-komiteen. Hovedregelen er at vedtaket i EØS-komiteen ikke skal tre i kraft før det er meddelt at de nasjonale, statsrettslige kravene er oppfylt. Også denne siden av vetoretten innebærer at det aktuelle regelverket ikke innføres i noen av EFTA-landene.

Sentral i stortingsdebatten

Da EØS-avtalen ble vedtatt av Stortinget høsten 1992 la flertallet vekt på at avtalen var noe annet enn et EU-medlemskap og ikke medførte noen overføring av lovgivningsmyndighet. Både St.prp. nr. 100 (1991-92) og det mer folkelige bakgrunnsheftet *Informasjon om EØS-avtalen* la stor vekt på at avtalen ikke skulle føre til at lovgivningsmakt blir overført fra Stortinget, og viste særlig til vetoretten som begrunnelse.

I Stortingets EØS-debatt 15.-16. oktober 1992 uttalte daværende

statsminister Gro Harlem Brundtland:

«Regjeringen vil aktivt bruke de nye mulighetene til å forme morgendagens regelverk i Europa. Og vi vil være rede til å bruke den retten avtalen gir oss, til å motsette oss at forslaget blir til felles EØS-regel, dersom vi finner det nødvendig.»²

Brundtland sa videre at Ap ville bruke vetoretten mot oljedirektivet og direktiv om sosial dumping: «Vi har ikke kjempet fram det regelverket i EØS-avtalen uten grunn. Vi har gjort det fordi om nødvendig skal det også tas i bruk.»

I samme stortingsdebatt omtalte også Høyres Jan Petersen vetoretten:

«Det er viktig at det i avtaleverket er en betryggende mekanisme for å behandle de nye spørsmål som kommer opp. En ny regel blir ikke en EØS-regel uten at vi er enig i den, og den er ikke en del av norsk rett uten at Stortinget har foretatt sitt lovvedtak.»

Krav om veto i mange saker

Vetoretten er kun brukt én gang, mot EUs tredje postdirektiv. Stoltenberg-regjeringen varslet overfor EU i 2011 at Norge ikke ville innføre direktivet. Dette skjedde uten noen motreaksjoner fra EU. Etter regjeringsskiftet i 2013 trakk imidlertid Solberg-regjeringen denne reservasjonen, og direktivet ble innført i Norge i 2015.

Særlig Senterpartiet og SV (ofte i fellesskap) har flere ganger krevd veto mot nye rettsakter. Når Rødt har vært representert på Stortinget har partiet krevd veto i disse sakene. KrF har også støttet flere av vetokravene, det gjelder for eksempel oljedirektivet, kriterier for tilsetningsstoffer og finanstillsyn. Det er av partier på Stortinget krevd veto mot blant annet:

Konsesjonsdirektivet (1994-95)

Emballasjedirektivet (1995-96)

Jernbanedirektivet (1995-96)

Miljømerking, kriteriene ble vurdert som svake (1995-96)

Plantevernmidler (1995-96)

Infrastruktur og telefoni, liberalisering av telesektoren (1996-97)

Matsminkedirektivene (1998-99)

Barnemattdirektivet (1998-99)
Gassdirektivet (1998-99)
Patentdirektivet (1999-2000)
Tjenestedirektivet (2005-06)
Datalagringsdirektivet (2010-11)
EUs tredje postdirektiv (2010-11)
Vikarbyrådirektivet (2011-12)
Finanstilsyn (2015-16)
EUs energibyrå (2017-18)

EØS-avtalens tre plikter

EØS-avtalens viktigste rettslige formål er å skape et økonomisk samarbeidsområde med felles regler og like konkurransevilkår (jfr. avtalens artikkel 1). Dette formålet om lik rettsutvikling («ensartet») er forstått som en politisk erklæring, ikke et rettslig krav.

EØS-avtalens artikkel 3 går betydelig lengre enn de alminnelige folkerettslige kravene til god tro og redelighet ved gjennomføring av traktater. Formuleringene er generelle, men bestemmelsen pålegger partene tre gjensidige plikter:

- For det første har partene en aktiv plikt til å treffe tiltak for å gjennomføre avtalen (lojalitetsplikt).
- For det andre har partene en samarbeidsplikt.
- For det tredje er det en unnlatesplikt som bestemmer at ingen av partene skal vanskeliggjøre samarbeidet. Omfanget avgrenses av artikkel 97. Bestemmelsen gir retningslinjer for tolkningen av artikkel 112 og 114 om beskyttelsestiltak.

Når det gjelder bruk av reservasjonsretten peker disse formålsbestemmelsene for så vidt i begge retninger. Selv om det på ingen måte er noe avtalebrudd eller irregulært i å nekte å innføre nytt regelverk fra EU i EØS-avtalen, er det likevel et avvik fra målsetningen om lik rettsutvikling (den såkalte homogenitetsmålsetningen). Det taler for at reservasjonsretten ikke bør brukes ofte og bare i særlig viktige saker. På den andre siden medfører alle de tre pliktene, om lojalitet, samarbeid og unnlatesplikt, at også eventuelle reaksjoner fra EU skal rokke minst mulig ved EØS-avtalens innhold og funksjon. Av formålet følger det altså en retningslinje

for partene om å begrense seg, både i bruk av reservasjonsretten og når det gjelder suspensjon og andre tiltak.

Hvordan kan EU reagere?

I debatten om EUs energibyrå ACER ble det av enkelte hevdet at et nei i Stortinget ville true norsk eksport og tusenvis av arbeidsplasser – ja, sette hele EØS-avtalen settes i spill. Dette er ren og skjær skremsepropaganda. Ikke bare er vetoretten en avtalefestet rettighet, EØS-avtalen setter rammer for eventuelle motreaksjoner fra EUs side. EØS-avtalen krever ingen begrunnelse for å bruke vetoretten. EU kan primært reagere på to ulike måter:

- EU kan akseptere at det er visse forskjeller i regulering mellom EU og Norge (og de andre EFTA-landene).
- EU kan reise krav om at den direkte berørte delen av EØS-regelverket suspenderes, altså settes ut av kraft.

EU kan godta reservasjonen uten noen bestemt motreaksjon. Hensynet til forutsigbarhet for partene og lojalitet til avtalen taler for dette. EØS-avtalens artikkel 3 pålegger som nevnt en lojalitetsplikt som fastsetter at ingen av partene skal vanskeliggjøre samarbeidet. Det taler for at eventuelle reaksjoner fra EU skal rokke minst mulig ved EØS-avtalens innhold og funksjon. Sagt med andre ord: at dagens frihandel skal bestå. EØS-avtalens artikkel 102 instruerer partene om å bestrebe seg på å bli enige. Det er i EØS-komiteen at dette vil bli diskutert og avgjort.

Avklaring gjennom forhandlinger

EU kan ikke iverksette straffetiltak mot Norge, men kan sette den delen av EØS-regelverket som er *direkte berørt* ut av kraft (suspensjon, artikkel 102). Hensikten er å balansere de fordelene som Norge oppnår ved å reservere seg mot det aktuelle direktivet eller forordningen. Avtalens hoveddel og protokollene vil gjelde som før. Reglene om blant annet fri varehandel og forbudet mot antidumpingtiltak blir altså uansett ikke berørt.

I et skriftlig svar til Stortinget om ACER-saken bekrefter energiminister Terje Søviknes at det er den direkte berørte delen av EØS-regelverket som eventuelt kan settes ut av kraft. Ministeren skriver videre: «Spørsmålet om hva som er den direkte berørte

del av vedlegget er et politisk spørsmål, som ikke kan gjøres til gjenstand for tvisteløsning ved EFTA- eller EU-domstolen.»³ Med andre ord skal partene finne en løsning gjennom forhandlinger.

Begrenset suspensjon

EØS-avtalen gir ikke presise retningslinjer for hva som ligger i at den direkte berørte delen av avtalen kan suspenderes, men den har enkelte holdepunkt. Alle direktiver og forordninger som omfattes av EØS-avtalen er systematisert i 22 tematiske vedlegg, og hvert vedlegg har mange kapitler. Suspensjonen kan ikke strekke seg utover det underkapitlet i vedlegget til EØS-avtalen som det avviste regelverket ville tilhørt. EUs tredje energimarkedspakke med ACER-forordningen tilhører for eksempel vedlegg fire om energi.

Det er EØS-komiteen som avgjør om og hvilken del av avtalen som skal suspenderes. Her er EU og EFTA likeverdige parter, og et vedtak forutsetter enstemmighet. Artikkel 102 sier at det bare er en *del*, den som er «direkte berørt», av vedlegget som settes ut av kraft. Det må bety at suspensjonen ikke skal gjelde hele vedlegget. EØS-avtalens vedlegg er inndelt i kapitler, og denne systematikken taler for at suspensjonen heller ikke skal omfatte mer enn akkurat det relevante kapitlet.

Ettersom det heter «direkte berørt» taler ordlyden for en ytterligere avgrensning. Alle tiltak og reaksjoner i EØS-samarbeidet er dessuten underlagt et generelt proporsjonalitetsprinsipp (jf. artikkel 6). Sammen med den tidligere nevnte lojalitetsplikten innebærer dette at «direkte berørt» skal tolkes snevert. Den naturlige forståelsen er da å begrense suspensjonen kun til det regelverket som de nye reglene eventuelt skulle endre eller erstatte. Sven Norberg m.fl. argumenterer i lovkommentaren *EEA Law* for at suspensjonen ikke kan ha større omfang enn dette.⁴ Det gjør også ARENA-notatet *Vetoretten i EØS*: «Etter vårt syn vil dette føre til at bare de rettsakter som endres eller direkte berøres av et omtvistet direktiv, vil i utgangspunktet være «berørte» deler av vedlegget.»⁵

Klokken går ved suspensjon

Det heter i EØS-avtalen at EU og EFTA (herunder Norge) «skal

bestrebe seg på å komme til enighet» i de sakene som er relevante for avtalen (artikkel 102 nr. 3).

Hvis EU og EFTA ikke blir enig, har EØS-komiteen i første omgang en seks måneders frist på seg. Prosedyren fremgår av artikkel 102 nr. 4 til 6. Komiteen skal i denne perioden «undersøke alle andre muligheter for at denne avtale fortsatt skal kunne virke tilfredsstillende, og treffe enhver beslutning for dette formål». Dette er en oppfordring om å finne løsninger som gjør at skadevirkningene ved suspensjon, og dermed den ulikheten som oppstår mellom EU og EØS, blir så små at de politisk kan aksepteres av alle parter. EØS-komiteen kan også avslutte saken ved å «konstatere at lovgivningen skal anses likeverdig» (art. 102 nr. 4). Prosessen er lagt opp slik at hvis EFTA-siden tar i bruk reservasjonsretten, vil det gi en suspensjonsvirkning hvis ikke EU og EFTA blir enig om en annen løsning.

Denne seks månedersfristen løper fra den dagen saken er forelagt EØS-komiteen. Etersom beslutninger i EØS-komiteen er basert på enstemmighet, har vi sett at saker i praksis ikke blir forelagt komiteen for behandling før man vet at det foreligger en slik enighet. Forhandlinger i forkant av EØS-komiteens behandling kan skje uten noen tidsfrist. Saken skal likevel forelegges EØS-komiteen før fristen for at direktivet eller forordningen trer i kraft i EU. På tidspunktet for ikrafttredelse i EU begynner seks månedersfristen uansett å løpe.

Suspensjonen får virkning først ytterligere seks måneder etter utløpet av den første seks månedersfristen, altså totalt ett år etter at fristen i EØS-komiteen begynner å løpe. Artikkel 102 nr. 5 sier dessuten at suspensjonen uansett ikke er virksom før den dagen regelverket er *gjennomført* i EU. Alle EUs medlemsland må altså ha gjennomført rettsakten i praksis før det midlertidige opphøret i EØS får virkning.

I mellomtiden skal EØS-komiteen «fortsette sine bestrebelser på å komme til enighet om en gjensidig godtakbar løsning slik at opphøret kan avbrytes så snart som mulig» (artikkel 102 nr. 5). EØS-komiteen har altså hele tiden et ansvar for å finne løsninger som fører til at suspensjonen oppheves. At suspensjonen er midlertidig (jf. artikkel 102) betyr at den bare gjelder inntil EU og EFTA har funnet en tilfredsstillende løsning i EØS-komiteen.

Suspensjonen, når den først er virksom, gjelder til partene blir enig om noe annet.

Etablerte rettigheter

Hvis prosessen etter artikkel 102 ikke fører frem, kan det være aktuelt å anvende regelverket for beskyttelsestiltak i EØS-avtalens artikkel 111-113. Bruk av veto retten i seg selv utløser ikke noen rett for EU til å iverksette beskyttelsestiltak. Det er en forutsetning at reservasjonen anses å forrykke balansen i EØS-avtalen for at EU skal kunne innføre et beskyttelsestiltak. Artikkel 112 fastsetter de situasjonene hvor beskyttelsestiltak kan brukes. Det må være i ferd med å oppstå alvorlige og potensielt langvarige økonomiske, samfunnsmessige eller miljømessige vanskeligheter i en sektor eller et distrikt. Terskelen for å innføre beskyttelsestiltak er med andre ord lagt veldig høyt, og det er EU som må påvise at det foreligger en slik alvorlig situasjon.

Uansett om EU skulle kreve suspensjon for deler av regelverket, kan norske selskaper fortsatt operere som før i de EU-/EØS-landene man har aktiviteter. Det samme gjelder utenlandske firma som allerede driver i Norge. EØS-avtalen skal verne om personer og bedrifters etablerte rettigheter, som det står i artikkel 102: «Rettigheter og forpliktelser som personer og markedsdeltagere allerede har ervervet i henhold til denne avtale, skal fortsatt bestå.»

Noter

1 St.prp. nr. 100 (1991-92), side 324.

2 St. tid. (1992-1993), side 216.

3 Brev til Stortingets energi- og miljøkomité 05.03.18.

4 Sven Norberg, Karin Hökborg, Martin Johansson, Dan Eliasson og Lucien Dedichen: *EEA Law – A Commentary on the EEA-agreement*, Stockholm: 1993. Fritzes. Side 144.

5 Finn Arnesen, Hans Petter Graver og Ulf Sverdrup: *ARENA Working Papers: Vetoretten i EØS*. Oslo: 2001. ARENA / Senter for Europarett.

««Medlemskap uten medlemskap»-konstruksjoner, som EØS og Schengen, er i strid med Grunnlovens medlemskapsprinsipp. Konstitusjonelt er avtalene blitt forsvart med henvisning til at Norge, formelt, har adgang til å si nei til å innlemme nye EU-beslutninger i norsk rett – vi har vår statssuverenitet i behold. Hadde man tolket grunnloven § 115 riktig, ville man sett at dette er en avsporing – det er gal «suverenitet».»

Tarjei Bekkedal

Professor ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo
Klassekampen 15.12.15

Island kritisk til EU-makt i EØS

Norges EØS-nabo Island er bekymret over at to-pilarsystemet i EØS-avtalen bryter sammen, fordi EU-byråer får beslutningsmyndighet og EFTA-landene mister nasjonal styring.

Islands finansminister Bjarni Benediktsson tok bladet fra munnen i en redegjørelse for Alltinget i februar 2018. Han påpekte at EU gang på gang krever at EØS-landene skal motta direkte styring fra Brussel, og uttalte:

«Tiden er etter min mening inne for at vi i Alltinget gjør alvorlige vurderinger om hva EFTA-landenes posisjon bygger på i EØS-avtalen, når slike krav fremmes av EU. Et raskt blikk viser at disse kravene faktisk ikke er i tråd med den grunnleggende tanken bak EØS-avtalen.»¹

Benediktsson, som også er leder for Selvstendighetspartiet som er Islands største parti, la til at utviklingen undergraver det såkalte to-pilarsystemet i EØS, altså at EFTA-land som Island og Norge bare skal være underlagt institusjoner i EFTA-regi og ikke EUs organer.

Denne bekymringen ble fulgt opp av utenriksminister Guðlaugur Þór Þórðarson som i april i Alltinget fortalte at det var vanskelig å få EU til å fortsette å bruke to-pilarsystemet. Han beskrev EUs holdning som en «trussel mot EØS-avtalen»².

Vedtak mot ACER

Det er særlig EUs tredje energimarkedspakke med tilknytning til energibyrådet ACER som har utløst den uttalte frustrasjonen over utviklingen i EØS. Alltinget har ennå ikke behandlet denne saken, og to av de tre partiene i Islands regjering har landsmøtevedtak mot å avstå suverenitet på energiområdet til EU.

11. mars gjorde Fremskrittspartiets landsmøte dette vedtaket: «Fremskrittspartiet står vakt for Islands suverene makt over energisektoren og sier nei til at EUs energilovverk vil bli integrert

i EØS-avtalen.» Til tross for navnet er dette norske Senterpartiets søsterparti. I Selvstendighetspartiets landsmøtevedtak 18. mars heter det: «Selvstendighetspartiet avviser videre overføring av makt over det islandske energimarkedet til EU sine byråer.»

Hvis Island sier nei til energipakken, skal regelverket ikke tas inn i EØS-avtalen. Det er helt grunnleggende for avtalens system at EØS-reglene i Norge skal være de samme som i Island (se også det foregående kapitlet om vetoretten).

Brudd på Grunnloven

Jusprofessorene Eyvind G. Gunnarsson og Stefán Már Stefánsson skriver i notatet «EFTA-domstolen i lys av demokratiske forhold»³ at EFTA-domstolens «dynamiske rettslige fortolkning har forårsaket visse dilemma». I notatets sammendrag heter det:

«EØS-avtalen tar sikte på å være ensartet med EUs regelverk på de områdene avtalen gjelder. (...) Hvis EFTA-domstolen bruker fritt prinsippet om homogenitet, oppstår det en åpenbar risiko for at domstolens konklusjoner kan føre til et demokratisk underskudd i EFTA/EØS-landenes disfavør, som verken kunne vært forutsatt eller forventet.»

Stefánsson har også beskrevet en rekke problematiske sider ved EØS-avtalen som gjør at avtalen er i strid med Islands grunnlov. Professorene peker på særlig fem forhold: Ubalansen mellom EFTA og EU, ugjennomtrengelig lovgivning (mangel på innsyn), overføring av domsmyndighet til et overnasjonalt organ, overføring av utøvende myndighet samt overnasjonal myndighet over individers livsforhold.⁴

I april vedtok Alltinget at det skal lages en offentlig utredning om positive og negative sider ved EØS-medlemskapet. Det er ventet at rapporten vil foreligge før sommerferien eller tidlig høst 2018.

Noter

1 Iceland Monitor 13.02.18.

2 Iceland Monitor 14.04.18.

3 Ulfjotur.com 10.04.18, <https://ulfjotur.com/2018/04/10/efta-domstollinn-i-ljosi-lydraedishalla/>

4 Referat fra møte i Reykjavik 10.04.18.



Byråene i unionens tjeneste

Hvilken myndighet er
overført til EU gjennom
konstitusjonelle
krumspring?

EUs energiunion og ACER

ACER-debatten viste at Norge reelt sett avstår suverenitet til EUs energibyrå.

EU har rundt førti byråer på ulike områder som finans, matvarer og luftfart, og byrået for energi holder til i Slovenias hovedstad Ljubljana. European Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER) ble etablert i 2010. ACER har ikke bare en rådgivende rolle overfor EUs organer eller bidrar til utviklingen av nytt regelverk på energiområdet. Energibyrådet har også håndhevnings- og vedtaksmyndighet. ACER skal overvåke både nasjonale reguleringsmyndigheter og systemoperatører i landene. Hensikten er å påse at EUs regelverk for elektrisitets- og gassmarkedet følges og gjennomføres.

EU-forordning nr. 713/2009 om opprettelsen av energiregulatorbyrået ACER er del av EUs tredje energimarkedspakke. Den omfatter også det tredje el-markedsdirektivet, direktivet om indre gassmarked og forordningen om grensekryssende krafthandel. Energimarkedspakken ble godkjent av et flertall i Stortinget 22. mars 2018, men er ennå ikke tatt inn i EØS-avtalen (se kapitlet om Island side 26-27).

Overnasjonal myndighet

ACER har allerede truffet bindende vedtak om kostnadsfordeling mellom EU-land som gjelder verdier for flere hundre millioner kroner. I 2014 fastsette energibyrådet kostnadene for en gassforbindelse mellom Polen og Baltikum, der Latvia, Litauen og Estland måtte betale store millionbeløp til Polen.¹ ACER kan også avgjøre fordeling av kapasitet i det grensekryssende energinettet. Dette er ikke hva enkelte har fremstilt som megling, men overnasjonal myndighet.

Hvis Norge og EU-land vikles inn i en energikonflikt, kan ACER bestemme. ACER-forordningen gir vedtaksmyndighet på flere måter:

- Artikkel 7 gir ACER myndighet til å treffe vedtak om såkalte tekniske spørsmål. Slik vil byrådet bestemme reglene for flyt av strøm gjennom overføringskablene.

- Artikkel 8 gir ACER myndighet til å avgjøre saker der det er uenighet mellom de nasjonale organene, eller byrået mener det er manglende tilgang til overføringskabler eller rør over landegrensene. Som nevnt kan ACER avgjøre hvem som skal betale hva i et samarbeidsprosjekt mellom to eller flere land.

Vedtakene skrives av ACER

Norge blir ikke medlem av ACER og har heller ikke stemmerett. Reelt sett blir Norge likevel bundet av energibyråets vedtak. For EFTA-landene er det laget en konstruksjon der overvåkingsorganet ESA formelt skal gjøre vedtak på vegne av ACER, men vedtakene skrives av ACER. ESAs vedtak går deretter via Reguleringsmyndighet for energi i Norge (RME), som ifølge EU-regelverket må være uavhengig av nasjonale myndigheter. RME skal kopiere og gjennomføre vedtakene fra ESA, og kan ikke instrueres verken av regjering eller storting. Det lages med andre ord en kjede av kopivedtak fra EU-byrået til norske aktører.

Andre deler av energimarkedspakken – forordning 714/2009 om grensekryssende elektrisitet – medfører myndighetsoverføring til ESA overfor private om å hente inn opplysninger og gi bøter dersom det er brudd på opplysningsplikten. Dette gir ESA en direkte myndighet i Norge.

EUs nettutviklingsplan

Norge er en stor energinasjon, og etter Russland den viktigste leverandøren til EU av gass. Vi husker EUs første gassmarkedsdirektiv fra 1998 som fratok selskap på norsk sokkel rett til å gå sammen i forhandlingene om gassleveransene og prisen på gass. EU arbeider nå med å samordne seg for å opptre felles mot norsk sokkel på gassleveranser. Slik endrer de styrkeforholdet i norsk disfavør. Det er i denne sammenheng en må se ACER som et skritt for å skaffe EU kontrollen over infrastrukturen, ikke ved å eie, men gjennom å kontrollere bruk.

Med planlagte eksportkabler for strøm kan halvparten av norsk strøm eksporteres til EU. I ACER-debatten ble det hevdet at energipakken ikke hadde noe å gjøre med utenlandskabler eller styring av energipolitikken. Da overser man at ACER har som oppgave å påse at Norge følger EUs nettutviklingsplan. Dermed er dette

en oppgave også for den nye reguleringsmyndigheten RME. Den omstridte privateide NorthConnect-kabelen til Skottland, står på EUs liste over prioriterte prosjekter av felles interesse (PCI). EU har bevilget 10 millioner euro (100 millioner kroner) til prosjektering. Et norsk nei eller en vesentlig utsettelse av prosjektet vil RME være forpliktet til å rapportere inn til ACER som et brudd på nettutviklingsplanene.

Det er liten tvil om at EU vil oppfatte dette som å stride mot prinsippene i den tredje energipakken, der økt samhandel med kraft er en grunnleggende målsetning. Eierne av NorthConnect kan prøve et avslag på konsesjon både for norsk rett og EFTA-domstolen. EU-retten bestemmer til sist.

Energiunionen skal styrke ACER

Den tredje energimarkedspakken ble vedtatt i 2009. Siden har EU lagt frem, og til dels vedtatt, planer for en mer omfattende energiunion. I meldingen om energiunionen uttrykker EU-kommisjonen ambisiøse planer for Norge: «EU vil fortsette å integrere Norge fullt ut i unionens indre energipolitikk.»²

Et sentralt element i energiunionen er økt myndighet til ACER. EU-kommisjonens mål er å sentralisere beslutningsprosessen for de energiregulerende myndighetene, og styrke ACER ikke minst i saker som berører flere medlemsland. Blant annet vil det gjelde utviklingen av nettverkskoder, som regulerer hvordan strøm flyter fra ett lands nett til et annet. Vedtak skal kunne fattes med simpelt flertall i stedet for kvalifisert flertall, som det kreves i dag. Når den tredje energimarkedspakken tas inn i EØS, vil det komme krav fra EU om at også det nye regelverket innføres.

I en innspillsrunde til EUs energiunion argumenterte regjeringen på Norges vegne mot at ACER skulle få utvidet myndighet. Forslagene som EU nå behandler viser at dette fikk regjeringen ikke gjennomslag for.

Noter

1 Hele avgjørelsen: https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Individual%20decisions/ACER%20Individual%20Decision%2001-2014.pdf

2 EU-kommisjonen februar 2015, <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-80-EN-F1-1.PDF>

Finanstilsyn og andre EU-byråer

Norge er tilknyttet de fleste av EUs byråer, og mange av dem har overnasjonal myndighet.

EU har bygd ut et omfattende forvaltningsapparat, også utover EU-kommisjonen i Brussel. De rundt førti EU-byråene dekker områder som finans, miljø, samferdsel, forsvar og justis. Noen, som miljøbyrået i København, håndterer informasjon og rådgivning, men stadig flere byråer har overnasjonal beslutningsmyndighet.

Norge deltar i 31 av EU-byråene¹. EU-byråer og overvåkingsorganet ESA har dermed fått direkte myndighet i Norge på ulike områder. Det europeiske flysikkerhetsbyrået i Köln kan for eksempel bestemme typesertifisering for nye fly og gi påbud om reparasjon og kontroll overfor norske flyselskap. Overvåkingsorganet ESA i Brussel kan bøtelegge norske flyselskap som bryter lisensen eller regelverket. ESA har også fått myndighet til å bøtelegge firma i Norge som ikke følger EU-regelverket for legemidler. EUs kjemikaliebyrå i Helsinki avgjør hvilke kjemikalier som kan brukes i Norge. Via kopivedtak i ESA kan EUs finanstilsyn gjøre vedtak overfor norske banker, pensjonskasser og andre finansinstitusjoner samt overstyre det norske finanstilsynet.

Striden om finanstilsynet

Stortinget vedtok i juni 2016 å innordne Norge i EUs finanstilsyn. Senterpartiet, Krf, SV, MDG samt én representant fra Venstre stemte mot. Regjeringen hadde gitt opp den opprinnelige norske posisjonen om å beholde nasjonal kontroll over finanstilsynet. I stedet ble overvåkingsorganet ESA et formelt mellomledd, men det er EU-tilsynene som skriver utkast til vedtak og det er i praksis en forutsetning at ESA gjør likelydende vedtak. Reelt ligger altså myndigheten hos EU-byråene.

EUs system for finanstilsyn – ESFS, The European System of Financial Supervisors – består av tre ulike tilsyn og et risikoråd. De tre tilsynene er: Den europeiske banktilsynsmyndigheten (EBA), Den europeiske tilsynsmyndigheten for forsikring og

tjenestepensjon (EIOPA) og Den europeiske verdipapir- og markedstilsynsmyndigheten (ESMA).

Tilsynet kan gripe inn og å gjøre vedtak direkte overfor nasjonale banker, pensjonskasser og andre finansinstitusjoner, og kan fatte bindende beslutninger dersom nasjonale tilsynsmyndigheter i EFTA-landene ikke kommer til enighet. Det kan treffes bindende vedtak og ilegge bøter som gjelder direkte i Norge. Tilsynet har også myndighet til å regulere forbud av spareprodukter og visse typer finanshandel.

Bøteleggingsmyndighet

Finanstilsynet ble vedtatt etter Grunnlovens § 115 om suverenitetsavståelse. De andre myndighetsoverføringene til EU-byråer og ESA har Stortinget vedtatt med vanlig flertall etter Grunnlovens § 26. Her er noen sentrale saker:

- 2005: Det europeiske flysikkerhetsbyrået i Köln (EASA) får kompetanse til å bestemme typesertifisering for nye fly og gi påbud om reparasjon og kontroll overfor norske flyselskap. Tvister avgjøres av EU-domstolen.
- 2008: Det europeiske kjemikaliebyrået i Helsinki (ECHA) setter vilkår for registrering av kjemikalier. Adgangen til å innføre nasjonale forbud eller avgifter mot skadelige stoffer er svært begrenset. Tvister avgjøres av EU-domstolen.
- 2012: Stortinget gir overvåkingsorganet ESA kompetanse til å bøtelegge norske flyselskap som bryter lisensen eller regelverket. EFTA-domstolen avgjør klagesaker.
- 2017: Aksept av pediatriforordningen om kontroll av legemidler for barn innebærer at ESA får direkte bøteleggingsmyndighet i Norge.

Note

1 «EU-byråene Norge deltar i», 07.06.17, <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/eos1/byra-program-samarbeid/eu-byraer/id685101/>

Jernbane, personvern og arbeidsliv under EU-tilsyn?

EUs personvernråd, jernbanebyrået ERA og et nytt arbeidslivsbyrå er bare noen av de kommende EØS-sakene om å avstå suverenitet.

De omfattende lekkasjene av personopplysninger fra Facebook har løftet diskusjonen om personvern. EUs personvernforordning fra 2016 (General Data Protection Regulation – GDPR) har som mål å sikre bedre beskyttelse av personopplysninger og like regler mellom landene. Regelverket er når dette skrives, i april 2018, til behandling i Stortinget.¹

Forordningen bygger på at ansvaret for å håndheve personvernlovgivningen skal ligge hos den enkelte virksomheten. Det skal ikke lenger være krav om forhåndsgodkjenning fra Datatilsynet. Dette betyr et økt ansvar for de som behandler persondata. Både offentlige og private virksomheter må treffe tiltak for å følge opp regelverket og redusere risikoen for misbruk av persondata. Store virksomheter må ha et eget personvernombud.

Baksiden er at dette er et byråkratisk system. Alle virksomhetene må hver for seg sørge for at de har ressurser og kompetanse til å håndtere kravene til behandling av persondata. Regelverket må tolkes og praktiseres, og eventuelle krav om innsyn eller sletting av opplysninger vurderes og avklares. Når meldeplikten til Datatilsynet fjernes betyr det også at myndighetskontrollen blir svakere. Forordningen pålegger hver virksomhet en utvidet plikt til å vurdere konsekvensene som behandlingen av opplysninger har for hver enkelt person, men meldeplikt for lagring av persondata til en tilsynsmyndighet gir trolig en mer forutsigbar og oversiktlig praksis.

EU-domstolens rolle

Tidligere universitetsprofessor Anne Johanne Søgaard advarer mot at EU-forordningen skaper problemer for forskning.² Forskere kan

i dag kan avklare datatilgang gjennom en sentral instans som vurderer de etiske problemstillingene. Etter forordningen må de også søke hver enkelt dataeier. Fortolkningen av regelverket er hittil gjort av Datatilsynet, men skal nå gjøres av hver enkelt registreier. «Dette vil ta tid og faren for forskjellsbehandling er meget stor», påpeker Søgaard.

Det mest problematiske i forordningen er likevel at EUs personvernråd (EDPB) har myndighet til å treffe bindende vedtak. Rådet kan avgjøre tvister mellom to eller flere nasjonale tilsynsmyndigheter om håndteringen av en grenseoverskridende sak, eller der det er uenighet om hvilken nasjonal tilsynsmyndighet som kan gripe inn overfor en virksomhet som opererer i flere land. De nasjonale tilsynsmyndighetene er i flere tilfeller forpliktet til å innhente uttalelser fra Personvernrådet, EU-byrået kan følge opp med bindende vedtak hvis pliktene ikke blir fulgt.

EU-byrået skal også gjøre vedtak som er bindende for Datatilsynet i Norge, uten at vedtaket går via overvåkingsorganet ESA. Dette bryter opplagt med EØS-avtalens to-pilarsystem, der EFTA-landene og EU skal være atskilt. For øvrig skal den nasjonale myndigheten, altså Datatilsynet, være uavhengig og ikke kunne instrueres.

Jusprofessor Halvard Haukeland Fredriksen ved Universitetet i Bergen mener ordningen etterlater ubesvarte spørsmål om domstolskontrollen med vedtakene som gjøres. Han skriver om EU-domstolens rolle:

«Det kan nok likevel være politisk sensitivt at Norge på personvernområdet nå aksepterer EU-domstolen som øverste domsmyndighet, noe som kanskje er forklaringen på at departementet ikke gjør noe nummer ut av dette. Det hører med at Datatilsynet trolig «bare» blir folkerettslig bundet av EU-domstolens avgjørelser, slik at det neppe er snakk om myndighetsoverføring i grunnlovens forstand, men situasjonen er uansett at Datatilsynet må anerkjenne og etterleve dommer fra en domstol uten noen norsk dommer.»³

Jernbane og arbeidsliv

Jernbanepakke IV er kanskje mest kjent for å pålegge full konkurranse på jernbanen, gjennom anbud om den nasjonale

passasjertrafikken. Pakken omfatter også rettsakter som betyr myndighetsoverføring, blant annet den reviderte forordningen om jernbanebyrået ERA. Byrået, som ligger i franske Lille, har beslutningsmyndighet relatert til samtrafikk, sikkerhet og sertifisering av førere. Det er ERA og selskapene som godkjenner togmateriell. Byrået skal legge til rette for et grenseløst europeisk jernbanemarked, og arbeider for å fjerne nasjonale sikkerhetskrav. Den norske, nasjonale opplæringsstandarden for lokførere kan dermed stå for fall.

I mars 2018 la EU-kommisjonen frem forslag til en forordning om et nytt EU-byrå for arbeidsliv, ELA. Formålet er at EUs regler om fri bevegelse av arbeidskraft skal håndheves på en effektiv måte. Arbeidslivsbyrået skal kunne avgjøre tvister i grensekryssende konflikter. Omfanget av den overnasjonale myndigheten er ennå ikke avklart, men et slikt byrå betyr at det norske Arbeidstilsynet ikke uten videre kan avgjøre om for eksempel utstasjonerte polske arbeidere har vilkår i tråd med norske krav. EU-byrået skal også bidra til koordinering av trykkesystemer og på HMS-området.

Skred av saker

En rekke andre saker er til behandling eller på vei i EØS.⁴ En sak som har ligget på vent i EØS en stund er forordning 391/2009 om inspeksjon av skip. Den gir EU-kommisjonen myndighet til å bøtelegge klassifikasjonsselskap som de har godkjent. Regjeringen vil at ESA skal få tilsvarende myndighet.

Den såkalte prosedyreforordningen (734/2013) handler om lik håndheving av statsstøttereglene, med overnasjonal myndighet til bøtelegging. EU har avvist EFTA-landenes forslag om å legge den formelle bøteleggingskompetansen til et nasjonalt organ i stedet for ESA. Gjennomføring i EØS vil da bety at ESA vil få økt adgang til å ilegge bøter og tvangsmulkt i Norge.

Noter

1 Behandling av Prop. 56 LS (2017-2018), <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=71720>

2 «Forskningen vil lide under nytt EU-lovverk», Aftenposten 24.04.18.

3 Rett24.no, 05.04.18, <http://rett24.no/articles/ubesvarte-sporsmal-om-domstolskontroll-i-forslaget-til-ny-personopplysningslov>

4 Stortingsbiblioteket lister også opp kommende saker som er vedtatt eller foreslått i EU i faktaarket «Myndighetsoverføring og EU», april 2018, https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/eu_open/faktaark_myndighetsoverforing.pdf



I strid med Grunnloven

Er Stortingets vedtak i
ACER-saken ugyldig?

Når Stortinget omgår Grunnlovens krav

Stortinget fulgte ikke kravene i Grunnlovens § 115 om suverenitetsavståelse da ACER-saken ble behandlet. Nei til EU mener vedtaket derfor er grunnlovsstridig og arbeider for en rettslig prøving.

Etter Stortingets behandling av EUs tredje energimarkedspakke 22. mars kom det påstander om at vedtaket ble gjort med tre fjerdedels flertall, i tråd med Grunnlovens krav til suverenitetsavståelse.¹ Da er det grunn til å minne om det som står i Grunnlovens § 115 (første ledd):

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

§ 115 setter som vilkår at det er tre fjerdedels flertall og at minst to tredjedeler av stortingsrepresentantene er til stede. 113 av de 169 representantene må være i salen for å gjøre et gyldig vedtak.

Stortingets viteringsoversikt viser at det var det ikke i ACER-behandlingen. Stortinget godkjente at energipakken tas inn i EØS-avtalen med 73 for (Høyre, Frp, V, Ap og MDG) og 23 mot (Sp, SV, Krf og Rødt), der partigruppene stemte i felles flokk. Det vil si totalt 96 representanter. Altså et godt stykke unna kravet Grunnlovens § 115 setter for gyldig vedtak.²

Grunnlovens § 115 ble avvist

Et forslag fra Senterpartiet og SV om å behandle saken etter

Grunnlovens § 115 ble nedstemt med 24 stemmer for (Sp, SV, Krf, Rødt og MDG) og 72 mot (Høyre, Frp, V og Ap). Energipakken ble i stedet behandlet etter Grunnlovens § 26 som bare krever alminnelig flertall. Bestemmelsen er benyttet i flere EØS-saker med begrunnelsen at suverenitetsavståelsen er «lite inngripende».

Nei til EU mener suverenitetsavståelsen i ACER-saken i alle fall er mer enn «lite inngripende», og derfor skulle vært behandlet etter § 115. Juridisk fagekspertise ved universitetene i Oslo, Bergen og Tromsø påpekte før Stortingets behandling at tilknytningen til ACER enten var i strid med Grunnloven eller måtte behandles i henhold til § 115.

Kjede av kopivedtak fra EU-byrået

EUs tredje energimarkedspakke består av flere regelverk, og det er særlig forordningen om energibyrået (ACER-forordningen 713/2009) og el-markedsdirektivet (direktiv 2009/72) som utløser spørsmålet om suverenitetsavståelse. Striden sto altså om Stortinget skulle behandle saken med alminnelig flertall etter Grunnlovens § 26, slik regjeringen ønsket, eller følge Grunnlovens § 115 med krav om tre fjerdedels flertall. §115 (tidligere 93) er benyttet to ganger, ved behandlingen av EØS-avtalen i 1992 og tilknytningen til EUs finanstillsyn i 2016.

ACER har ikke bare en rådgivende rolle. Energibyrået har også håndhevs- og vedtaksmyndighet. ACER gjør vedtak med kvalifisert flertall.

For Norge er det overvåkingsorganet ESA som skal gjøre det formelle vedtaket. Det er imidlertid en uttrykt forutsetning at ESAs vedtak skal følge det utkastet til vedtak som ACER lager, altså et kopivedtak.

Eirik Holmøyvik og Halvard Haukeland Fredriksen – begge professorer ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen – kommenterer situasjonen der det er uenighet mellom de nasjonale myndighetene slik:

«Her er den mildt sagt pragmatiske løsningen at Acer fatter et vedtak som binder reguleringsmyndighetene i EU, mens Esa samtidig fatter et forutsetningsvis likelydende vedtak som binder norske myndigheter. At vedtakene i realiteten skal treffes av Acer,

reflekteres også i en rekke EØS-tilpasninger til saksbehandlings-reglene som i praksis reduserer Esa til en mellommann som formidler kontakt mellom norske reguleringsmyndigheter og Acer.»³

Eivind Smith – professor ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo – mener at ESAs vedtak får direkte konsekvenser for norsk rett. I et intervju med Klassekampen sier han det slik:

«Det er jo nettopp tale om vedtak som får direkte verknad i nasjonal rett i Noreg og som grip inn i den råderetten over forvaltningsapparatet som Grunnlova legg til den lovgjevande makta.»⁴

Smith sier videre: «Den nye Reguleringsstyresmakten for energi (RME) skal vere uavhengig av politisk styring på eit vis som ikkje gjeld for noko anna uavhengig organ i forvaltninga.»

Vedtakene er ikke rettet til et norsk, statlig organ

ESAs vedtak skal rettes til en uavhengig enhet i NVE, kalt Reguleringsmyndigheten for energi (RME). RMEs uavhengighet er nedfelt i en egen bestemmelse i energiloven (§ 2-3), som gjør det klart at RME ikke skal kunne instrueres av politiske myndigheter. RME får også egne budsjetttildelinger. Holmøyvik og Haukeland Fredriksen mener ESA dermed overtar regjeringens kontroll av den delen av norsk energiforvaltning som tilfaller RME:

«Bindingsvirkningen av Esas vedtak vil dessuten fremgå av EØS-regelverk som vil bli gjort til en del av intern norsk rett. Norske politiske myndigheter vil ikke kunne gripe inn mot intern effektivering av et uønsket kopivedtak fra Esa uten å bryte norsk lov. Og om RME nøler, kan trolig private aktører fremtvinge effektiveringen ved å anføre for norske domstoler at norsk lov pålegger RME å iverksette Esas vedtak.»⁵

De fastslår deretter: «Da tilsier både ordlyden i grunnlovens § 115 så vel som Stortingets egen praksis at Norges tilknytning til Acer må skje med tre fjerdedels flertall i Stortinget.»

Peter Ørebech – professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø – påpeker også at Reguleringsmyndigheten skal motta verken juridiske vedtak eller politiske signaler fra Norge. Han mener det betyr at RME ikke er et norsk statlig organ:

«Tilslutningen til EUs energiunion (herunder ACER) bygger på det system at norske politiske myndigheter ikke kan gripe inn mot RME/ESAs uønskede kopivedtak fordi norsk lov pålegger det nye norske reguleringsorgan (RME) å iverksette EUs vedtak. RME er finansiert av Stortinget og med ledelse utpekt av Olje- og energidepartementet, uten at det er et organ for den norske stat, men et organ for EU.»⁶

Lovavdelingen måtte skrive ny vurdering

Regjeringen hevdet i sine proposisjoner til Stortinget at det ikke foreligger noen direkte myndighetsoverføring eller suverenitetsavståelse.⁷ Man baserte seg på en uttalelse fra Lovavdelingen 25. april 2016, men denne var skrevet før den endelige EØS-løsningen var avklart med EU.

I ACER-debatten ble regjeringen presset til å innhente en ny uttalelse fra Lovavdelingen, som kom 27. februar i år.⁸ Lovavdelingen har her vurdert om vedtaksmyndigheten til overvåkingsorganet ESA og kravet om uavhengighet for den norske reguleringsmyndigheten for energi innebærer myndighetsoverføring i Grunnlovens forstand. Dette er avgjørende for om Grunnlovens § 115 må anvendes eller ikke.

Lovavdelingen fastslår at ACER-saken innebærer myndighetsoverføring. Reguleringsmyndighetens uavhengighet fra nasjonale organer avskjærer den instruksjonsretten som regjeringen har etter Grunnlovens § 3. Konklusjonen er likevel at myndighetsoverføringen er «lite inngripende» og derfor kan godkjennes av Stortinget med alminnelig flertall. Det er ikke overbevisende.

Frasier seg kontrollmuligheten

Lovavdelingen forsøker å fremstille det slik at tilknytningen til EUs energibyrå ikke bryter med det grunnleggende systemet i EØS-avtalen, der Norges forpliktelser overfor EU og virkninger i

norsk rett er atskilt (den såkalte to-pilarstrukturen).

Konstruksjonen i EØS er, som nevnt ovenfor, at overvåkingsorganet ESA formelt skal gjøre vedtak på vegne av EUs energibyrå ACER, men vedtakene skal være likelydende. ESAs vedtak går deretter via Reguleringsmyndighet for energi i Norge (RME), som er uavhengig av nasjonale myndigheter. RME skal kopiere og gjennomføre vedtakene fra ESA. Regjeringen har med andre ord akseptert at et EU-vedtak via ESAs kopivedtak får virkning for private i norsk rett.

Lovavdelingen trekker en parallell mellom bindingsvirkningen av ESAs vedtak i denne saken og det som generelt gjelder når EØS-komiteen, der EU og EFTA-landene møtes, godkjenner nytt EØS-regelverk. Dette er misvisende. Når EØS-komiteen gjør vedtak er det med forbehold om nasjonal godkjennelse. Når ESA skal treffe vedtak er forutsetningen tvert imot at RME effektuerer et likelydende vedtak. Det er RME forpliktet til ifølge el-markedsdirektivet artikkel 37, som er del av energimarkedspakken.

Som rett er, påpeker lovavdelingen at det er en avgjørende forskjell på å være herre over det siste avgjørende skrittet som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere og å gi slipp på denne «kontrollmuligheten».

Dette er ikke et holdbart poeng her. ACER-konstruksjonen, med et RME som må følge ESAs vedtak og er uavhengig fra nasjonal myndighet, innebærer tvert imot at Norge skal forplikte seg til å gi slipp på den siste nasjonale kontrollmuligheten.

Grunnlovens bestemmelse

Stortinget har i flere EØS-saker gjort vedtak med alminnelig flertall etter Grunnlovens § 26, med den begrunnelsen at suverenitetsavståelsen er «lite inngripende». Dette begrepet fremgår ikke i Grunnlovens ordlyd og praksisen er bestridt i juridisk teori, selv om lovavdelingen mener den er «sikker».

Når Grunnloven har en egen bestemmelse om suverenitetsavståelse, § 115, burde respekten for Grunnlovens system tilsi at det også er denne bestemmelsen Stortinget benytter – uavhengig av hvordan regjeringens lovavdeling fra sak til sak vurderer omfanget av suverenitetsavståelsen. Det vil ofte by på problemer å forutse fremtidige konfliktsituasjoner og hva suverenitetsavståelsen

vil bety i en noe lengre tidshorisont. Derfor kan skillet mellom lite inngripende og det som er noe mer vanskelig bli en eksakt vitenskap. I det hele tatt fremstår teorien om lite inngripende myndighetsoverføring først og fremst motivert av politiske bekvemmelighetsgrunner for å unngå vilkårene i § 115 om et større flertall og at Norge må være med i organisasjonen det gjelder.

Mer enn «lite inngripende»

Lovavdelingen argumenterer med at suverenitetsavståelsen gjelder et bestemt og avgrenset saksområde, og hevder at Stortinget kan trekke opp rammer for RMEs virksomhet gjennom lovgivning. Det er en meget tvilsom vurdering. EU-regelverket pålegger at organet er uavhengig, og nasjonale myndigheter kan ikke begrense rammene for de enkeltvedtakene fra ACER og ESA som RME skal kopiere og iverksette.

EUs energibyrå ACER, som skriver vedtakene for ESA, har i EU truffet avgjørelser som gjelder verdier for flere hundre millioner kroner. ACER kan også avgjøre fordeling av kapasitet i det grensekryssende energinettet. Dessuten gis det fullmakt til å hente inn opplysninger hos private energiaktører og å gi bøter dersom noen ikke retter seg etter denne opplysningsplikten.

I tillegg kommer det at energi er et sentralt og sensitivt område for Norge som stat, private selskaper og borgerne. Beslutningene kan få særlig omfattende konsekvenser. Gir det da mening å hevde noe annet enn at enhver myndighetsoverføring er inngripende?

Noter

1 Se for eksempel stortingsrepresentant Else-May Botten (Ap) sitt innlegg i Nationen 03.04.18.

2 Stortinget.no, Voteringsoversikt 22.03.18, <https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/Voteringsoversikt/?p=70034&dnid=13>
3 Kronikk i Klassekampen 05.01.18.

4 Klassekampen 29.01.18.

5 Klassekampen 05.01.18.

6 Artikkel «Grunnloven § 1 og EU – med særlig vekt på implementeringen av vedtak truffet av EU-kommisjonen og EUs energibyrå ACER» i Lov og Rett nr. 3 2018.

7 Se bl.a. Prop. 4 S (2017-2018) om samtykke til at energimarkedspakken innlemmes i EØS-avtalen.

8 Lovavdelingen 27.02.18, «Tredje energimarkedspakke – grunnlovsvurdering», <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/tredje-energimarkedspakke--sporsmal-om-grunnlovsvurdering/id2592083/>

«Eit problem knytt til den noverande tolkinga av § 26 andre avsnitt frå sak til sak er at ein dermed får fleire stegvise myndigheitsoverføringar, som kvar for seg blir vurdert som «lite inngripende», men som i sum nettopp vil medføre eit reelt og vesentleg inngrep i Grunnlovas kompetansereglar.»

Eirik Holmøyvik

Professor ved Det juridiske Fakultet, Universitetet i Bergen
Artikkelen «Grunnlova § 93 og læra om «lite inngripende» myndigheitsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis»,
Lov og rett nr. 8 2011

Bør § 115 endres?

Fire fremtredende jusprofessorer vil endre Grunnlovens § 115. Det er svar på feil spørsmål.

Noen uker etter Stortingets vedtak i ACER-saken, skrev professorene Halvard Haukeland Fredriksen og Eirik Holmøyvik fra Det juridiske fakultet i Bergen samt Eivind Smith og Hans Petter Graver fra Det juridiske fakultet i Oslo en felles kronikk der de tar til orde for å endre Grunnlovens § 115.¹ De fire markerte seg i ACER-debatten med at Stortinget ikke kunne gjøre vedtak etter Grunnlovens § 26, men i stedet burde følge § 115 om suverenitetsavståelse.

Professorene skriver at bestemmelsene om overføring av myndighet til overnasjonale institusjoner «... ikke er tilpasset Norges temmelig spesielle tilknytningsform til EU.» § 115 åpner nemlig ikke for myndighetsoverføring til internasjonale organisasjoner som Norge ikke er medlem av. Situasjonen beskrives:

«I stedet har man dels utviklet et uskrevet og statsrettslig diskutabelt unntak for myndighetsoverføring som et flertall på Stortinget vurderer som «lite inngripende», og dels fått EU med på kreative konstruksjoner med EFTAs overvåkingsorgan som budbringer mellom EU-byråene og norske myndigheter. Vanskelige spørsmål om norske domstolers forhold til EU-domstolen og EFTA-domstolen er ignorert...»

Myndighet uten medlemskap

Professorene foreslår å «myke opp» Grunnlovens forbud mot å overføre myndighet til EUs byråer, som ACER. De skriver: «Innenfor rammene av EØS-avtalen bør disse betraktes som felles EØS-organer som Stortinget med kvalifisert flertall kan beslutte å overføre myndighet til.» De understreker at kravet om tre fjerdedels flertall skal bestå, og ved å gjøre § 115 mer anvendelig kan mindretallsvernet bli mer av en realitet.

Endringen som de fire foreslår kan gi en rettslig sett mer avklart og konsekvent situasjon enn i dag. Konstruksjonene i flere EØS-saker er både rettslig tvilsomme og politisk tildekkende.

Uklarhetene omkring domstolsprøving av byråene eller ESAs vedtak er satt på spissen en trussel mot rettssikkerheten.

Unntaksbestemmelse

Det er flere innvendinger mot å endre § 115. Når Stortinget har unnlatt å bruke § 115, skyldes det i større grad ja-sidens vegring mot å innrømme at det faktisk skjer en suverenitetsavståelse og kravet om tre fjerdedels flertall, enn kriteriet om medlemskap. Det er derfor tvilsomt om forslaget vil rydde opp i situasjonen.

Endringen kan tvert imot legitimere mer vidtrekkende former for suverenitetsavståelse enn vi hittil har sett. § 115 er en unntaksbestemmelse fra Grunnlovens helt grunnleggende prinsipp om nasjonal suverenitet. Derfor er forslaget svar på et feil stilt spørsmål. Problemstillingen bør ikke være hvordan grunnlovsbestemmelsen skal gi smidighet for Stortingets praksis, men hvordan praksis bør tilpasses Grunnloven.

Folkesuvereniteten

Det er ikke bare i EØS-landet Norge at EUs overnasjonalitet utfordrer Grunnloven. Mange medlemsland har endret sine grunnlover. I land som Tyskland, Irland og Danmark har det vært rettsaker om brudd på Grunnloven som følge av EU-integrasjonen. Dypere sett er det opplysningstidens idealer om folkesuverenitet som er under press. Verken EU-kommisjonen eller det lovgivende EU-rådet er direkte folkevalgt. EU-kommisjonen har ikke bare utøvende myndighet, men også en betydelig vedtaksmyndighet.

Et hovedargument for at EØS-avtalen kunne godkjennes av Stortinget, i stedet for gjennom en folkeavstemning, var at Norge (og de andre EFTA-landene) og EU skulle være to atskilte «pilarer». Myndighetsoverføring til EU-organer bryter med dette to-pilarsystemet. Forslaget om å endre § 115 svarer ikke på dette grunnleggende problemet ved utviklingen i EØS. For å klare opp i situasjonen og gi forholdet til EU legitimitet, er ikke veien å gå en slik grunnlovsendring, men en folkeavstemning om EØS.

Note

1 «Grunnloven hindrer en opplyst samtale om EØS», Aftenposten 12.04.18.

Stopp suverenitetsavståelse til EU

Innsamling for ACER-søksmål

Nei til EU mener at Norges avståelse av suverenitet til EU, sist til energibyrået ACER, er grunnlovsstridig. Innsamlingens mål er en rettslig prøving av dette.

Å forberede og gjennomføre en rettssak er kostbart, og vi trenger all den støtte vi kan få. Om 1000 personer gir 1000 kroner hver er vi et godt stykke på vei, men alle monner drar, gi det du kan!

Om en rettslig prøving ikke lar seg gjøre, vil innsamlede midler spesifikt brukes til å motarbeide nye suverenitetsavståelser.

Send bidrag til **kontonummer 1506.06.57308**

Eller **Vipps et bidrag til 516595**

Du kan også støtte oss på **spleis.no/35023**

Les mer om ACER-saken og arbeidet mot å avgi suverenitet til EU på neitileu.no

