



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 07.12.2022

Saksnr.: 22-012528ASD-BORG/02

Dommere:

Lagdommer	Kristin Robberstad
Lagdommer	Øistein Aamodt
Ekstraordinær lagdommer	Axel Slettebøe

Meddommere:

Seniorrådgiver	Hanne Marie Huitfeldt
Selvstendig næringsdrivende	Jan Petter Synnestvedt

Ankende part

Nei til EU

Advokat Kjell Magnus
Brygfjeld

Rettslig medhjelper:
Advokat Bent Endresen

Ankemothpart

Staten
v/Utenriksdepartementet

Advokat Fredrik
Sejersted

Rettslig medhjelper:
Advokat Lisa-Mari
Moen Jünge

Saken gjelder grunnlovsmessigheten av Stortingets vedtak 22. mars 2018 om å samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsakter som inngår i EUs tredje energimarkedspakke (energimarkedspakke III). Samtykket ble gitt etter Grunnloven § 26 andre ledd.

Sakens hovedspørsmål er om Stortinget hadde adgang til å gi dette samtykket med alminnelig flertall etter Grunnloven § 26 andre ledd. Alternativet er at Stortinget skulle behandlet saken etter Grunnloven § 115, som stiller krav om tre fjerdedels flertall med minst to tredjedeler av Stortingets medlemmer til stede under behandlingen.

Sakens bakgrunn

EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 og Stortingets samtykke 22. mars 2018 gjaldt følgende rettsakter i energimarkedspakke III:

- Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009 av 13. juli 2009 om opprettelse av et byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter (Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER) («*ACER-forordningen*»)
- Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 714/2009 av 13. juli 2009 om vilkår for tilgang til nett for utveksling av elektrisk kraft over landegrensene og om oppheving av forordning (EF) nr. 1228/2003 (grensekryssende krafthandel) («*grensehandelsforordningen*»)
- Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 715/2009 av 13. juli 2009 om vilkår for tilgang til overføringsnett for naturgass og om oppheving av forordning (EF) nr. 1775/2005, rettet ved EUT L 229 av 1. september 2009 s. 29 og EUT L 309 av 24. november 2009 s. 87 («*andre gasstransmisjonsforordning*»)
- Europaparlaments- og rådsdirektiv nr. 2009/72/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft og om oppheving av direktiv 2003/54/EF («*tredje elmarkedsdirektiv*»)
- Europaparlaments- og rådsdirektiv nr. 2009/73/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for naturgass og om oppheving av direktiv 2003/55/EF («*tredje gassmarkedsdirektiv*»)
- Kommisjonsforordning (EU) nr. 543/2013 av 14. juni 2013 om innsending og offentliggjøring av opplysninger på markedene for elektrisk kraft og om endring av vedlegg I til europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 714/2009
- Kommisjonsbeslutning av 10. november 2010 om endring av kapittel 3 i vedlegg I til europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 715/2009 om vilkår for tilgang til overføringsnett for naturgass

- Kommisjonsbeslutning av 24. august 2012 om endring av vedlegg I til europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 715/2009 om vilkår for tilgang til overføringsnett for naturgass
- Kommisjonsbeslutning av 16. mai 2011 om oppheving av vedtak (EF) nr. 2003/796 om opprettelse av Gruppen av europeiske reguleringsmyndigheter for elektrisk gass og kraft

Nei til EU tok 8. november 2018 ut søkmål med påstand om at staten plikter å unnlate å gjennomføre energimarkedspakke III i norsk rett. Påstanden er senere endret. I tilsvaret påsto staten at søksmålet måtte avvises fordi prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3, jf. § 1-4 ikke var oppfylt. Saken ble først begrenset til å gjelde dette spørsmålet.

Oslo tingrett avsa kjennelse 10. oktober 2019 om å avvise saken. Nei til EU påanket kjennelsen til Borgarting lagmannsrett, som avsa kjennelse 18. mars 2020 om å forkaste anken. Nei til EU påanket kjennelsen til Høyesterett, som i plenum (under dissens 12-5) avsa kjennelse 1. mars 2021 (HR-2021-417-P *Nei til EU*) om at saken fremmes.

Om sakens bakgrunn fremgår det av Høyesteretts kjennelse:

EUs tredje energimarkedspakke

- (4) Siden slutten av 1980-tallet har EU arbeidet for å utvikle et indre marked for energi. Norge har vært tilknyttet dette gjennom EØS-samarbeidet, blant annet ved at regler i tidligere energimarkedspakker er blitt tatt inn i EØS-avtalen.
- (5) EU vedtok den tredje energimarkedspakken i 2009. I denne «pakken» er det samlet en rekke forordninger og direktiver. Pakken viderefører i stor grad det som var gjeldende regelverk, men inneholder også noen sentrale endringer, som jeg straks kommer inn på.
- (6) Bakgrunnen for, og formålet med, EUs tredje energimarkedspakke er beskrevet i regjeringens forslag til Stortinget om å gi samtykke til at Norge slutter seg til pakken, se Prop. 4 S (2017–2018) side 8. Her heter det blant annet:

«Formålet med EUs tredje energimarkedspakke er å bidra til videre utvikling av det indre markedets funksjon innenfor energisektoren, herunder å overvinne hindringer for et indre marked for elektrisitet og naturgass.»
- (7) Et hovedformål er altså å lette omsetningen av elektrisitet og naturgass over landegrensene. Partene er enige om at det først og fremst er elektrisitetsmarkedet som er relevant for Norge.
- (8) For å avgjøre om søksmålsvilkårene er oppfylt, er det ikke nødvendig å gå detaljert inn på innholdet i den tredje energimarkedspakken. Jeg nøyer meg

med å nevne noen hovedtrekk knyttet til spørsmålet om myndighetsoverføring.

- (9) En av rettsaktene – forordning (EF) nr. 713/2009 – inneholder organisatoriske og prosessuelle regler om opprettelse av ACER – Agency for the Cooperation of Energy Regulators. ACER skal blant annet bidra til å lette energihandelen over landegrensene gjennom å fremme samarbeid mellom de nasjonale myndighetene for energiregulering. Byrået skal også arbeide med å utvikle regelverket for denne handelen, se Prop. 4 S (2017–2018) side 6. På side 8 i proposisjonen oppsummeres ACERs oppgaver slik:
- «Opprettelsen av energibyrådet ACER innebærer et styrket samarbeid mellom reguleringsmyndighetene i Europa. Byrået har en sentral rolle i utviklingen av nytt regelverk til utfylling av den tredje pakken. ACER fungerer også som rådgiver, fører tilsyn og har vedtaksmyndighet på visse saksområder.»
- (10) I forordningens kapittel II er det gitt nærmere regler om ACERs myndighet. Særlig artikkel 7, 8 og 9 i dette kapittelet har interesse i saken. Av artikkel 8 nr. 1 fremgår blant annet at ACER i visse tilfeller, knyttet til infrastruktur over landegrensene, kan treffe beslutning «om de regulerings spørsmål som hører inn under de nasjonale reguleringsmyndigheters myndighet, herunder eventuelt vilkårene for tilgang og driftssikkerheten». Staten har som et eksempel nevnt at ACER vil kunne treffe vedtak knyttet til bruk av en strømkabel som krysser landegrenser. Det fremgår av artikkel 8 nr. 1 at et slikt vedtak bare kan treffes ved uenighet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter eller etter felles anmodning fra disse myndighetene.
- (11) I direktiv 2009/72/EF er det fastsatt at det skal utpekes én nasjonal reguleringsmyndighet, se artikkel 35 følgende. Den nasjonale myndigheten plikter å overholde og gjennomføre alle juridisk bindende beslutninger fra ACER og Kommisjonen. Reguleringsmyndigheten skal være uavhengig av regjeringen og andre offentlige eller private organer ved utøvelsen av sine reguleringsoppgaver.
- (12) I forordning (EF) nr. 714/2009 er det bestemt at EU-kommisjonen blant annet kan innhente opplysninger direkte fra markedsaktørene og ilegge foretak bøter ved brudd på pålegg om å gi opplysninger, se artikkel 20 og 22.

Den tredje energimarkedspakken i norsk rett – elementene av myndighetsoverføring

- (13) Etter langvarige forhandlinger av hensyn til EØS-samarbeidet vedtok EØS-komiteen 5. mai 2017 å ta rettsaktene i EUs tredje energimarkedspakke inn i EØS-avtalen med avtalte tilpasninger. Til bruk i dette arbeidet var det innhentet tre uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling om de konstitusjonelle kravene ved tilslutning til energimarkedspakken. Av

betydning for saken her nevner jeg at beslutninger rettet mot reguleringsmyndighetene i EFTA-statene ikke skal treffes av EU-organene ACER eller Kommisjonen, men av EFTA-statenes eget overvåkingsorgan – EFTA Surveillance Authority (ESA). Et spørsmål i hovedsaken er betydningen av å organisere samarbeidet på en slik måte at det ikke er et EU-organ som direkte treffer bindende vedtak overfor norske aktører.

- (14) I Norge er den nasjonale reguleringsmyndigheten som er omhandlet i direktiv 2009/72/EF, opprettet som en uavhengig avdeling i Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) – Reguleringsmyndigheten for energi (RME). Avdelingen forvalter regelverket i Norge. RME skal delta i arbeidet i ACER, men har ikke stemmerett.
- (15) Norge tok i medhold av EØS-avtalen artikkel 103 forbehold om at endelig godkjenning av den tredje energimarkedspakken var avhengig av oppfyllelse av norske «forfatningsrettslige krav». Artikkelens første ledd har denne ordlyden:
- «Dersom en beslutning i EØS-komiteen kan bli bindende for en avtalepart først etter at forfatningsrettslige krav er oppfylt, skal beslutningen tre i kraft på den dag den måtte ha fastsatt, forutsatt at vedkommende avtalepart har meddelt de andre avtaleparter innen den nevnte dag at de forfatningsrettslige krav er oppfylt.»
- (16) Regjeringen la altså til grunn at det var nødvendig å innhente Stortingets samtykke før EØS-komiteens beslutning kunne bli bindende.
- (17) Regjeringen la frem sitt samtykkeforslag for Stortinget i november 2017, se Prop. 4 S (2017–2018). Med støtte i de nevnte uttalelsene fra Lovavdelingen mente regjeringen at Stortingets samtykke kunne gis med alminnelig flertall i medhold av Grunnloven § 26 andre ledd. Regjeringen fremmet samtidig forslag til lovvedtak om endringer i energiloven og naturgassloven, jf. Prop. 5 L og 6 L (2017–2018).
- (18) I Stortinget var det ulike syn på hvordan saken burde behandles, se Innst. 178 S (2017–2018). Etter debatt i Stortinget 22. mars 2018 ble det stemt over flere forslag. Ett av forslagene gikk ut på at samtykket måtte gis med tre fjerdedels flertall etter prosedyren i Grunnloven § 115. Forslaget ble nedstemt med 72 mot 24 stemmer. Stortinget tok altså selv uttrykkelig stilling til hva som var den riktige fremgangsmåten etter Grunnloven. Deretter samtykket Stortinget – i medhold av Grunnloven § 26 andre ledd – til regjeringens godkjenning av EØS-komiteens beslutning om å ta EUs regler i den tredje energimarkedspakken, med tilpasninger, inn i EØS-avtalen. Jeg nevner for fullstendighetens skyld at det under stortingsbehandlingen ble innhentet ytterligere én uttalelse om de konstitusjonelle spørsmålene fra Lovavdelingen.
- (19) Norge underrettet 27. april 2018 EØS-komiteen om at det forfatningsrettslige kravet nå var oppfylt. De nødvendige lovendringene ble vedtatt 25. mai 2018. Fordi man måtte vente på at også det islandske Alltinget skulle gi sitt samtykke, trådte EØS-komiteens beslutning om å ta

inn rettsaktene i EØS-avtalen først i kraft 3. oktober 2019. EUs tredje energimarkedspakke med tilpasninger ble dermed folkerettslig bindende for Norge.

- (20) Rettsaktene er gjennomført i norsk rett ved endringer i energiloven og naturgassloven med forskrifter, som trådte i kraft høsten 2019.
- (21) Partene er enige om at gjennomføringen av EUs tredje energimarkedspakke innebærer en viss *overføring av myndighet fra norske statsorganer til en internasjonal organisasjon*. Det er to elementer som kan reise spørsmål om det var tilstrekkelig at Stortinget ga sitt samtykke etter Grunnloven § 26 andre ledd.
- (22) *For det første* gjelder det overføring av kompetanse til ESA til å treffe vedtak etter forslag fra ACER i de typer av saker hvor ACER har slik kompetanse i EU. Slike vedtak vil i tilfelle rettes mot RME, som igjen kan treffe bindende vedtak overfor norske aktører – i første rekke Statnett. I denne sammenheng nevner jeg at Nei til EU mener at den reelle beslutningen treffes av ACER, som ESA uten videre må følge i sitt vedtak. Den norske myndigheten – RME – er deretter forpliktet til å gjennomføre ESAs vedtak overfor den norske operatøren, i praksis Statnett. Det er dermed – hevder organisasjonen – i realiteten et EU-organ som treffer disse beslutningene.
- (23) *For det andre* gjelder det overføring av kompetanse til ESA til å kreve utlevert relevant informasjon fra norske energiselskaper og ilegge bøter dersom ESAs informasjonspålegg blir brutt.
- (24) Jeg går ikke nærmere inn på karakteren av disse to elementene av myndighetsoverføring, herunder hvor inngripende de er. Dette er spørsmål som hører under hovedsaken dersom den fremmes. Jeg nevner imidlertid at det hittil ikke er innført tiltak – eller truffet vedtak rettet mot norske myndigheter eller aktører – som innebærer noen form for myndighetsutøvelse. Om norske energiselskaper har gitt ESA informasjon uten å ha fått et pålegg om det, er ikke opplyst.
- (25) Etter den opprinnelige vedtakelsen av EUs tredje energimarkedspakke er det vedtatt ytterligere rettsakter innenfor rammen av denne pakken. EØS-komiteen har besluttet å ta også disse inn i EØS-avtalen. Det er opplyst at regjeringen våren 2021 vil be om Stortingets samtykke til å ta dette regelverket inn i EØS-avtalen. EU har også vedtatt en fjerde energimarkedspakke. Her foreligger det foreløpig ikke beslutning av EØS-komiteen. De nye rettsaktene i pakke III og den nye pakke IV faller utenfor rammene for denne saken. Men de illustrerer at det for tiden pågår et betydelig arbeid i EU på dette feltet.

I etterkant av kjennelsen har ytterligere fire kommisjonsforordninger i energimarkedspakke III blitt innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett, jf. EØS-komiteens beslutninger nr. 204–207/2020 av 11. desember 2020 og Stortinget vedtak

11. juni 2021 om å samtykke til godkjenning av disse fire beslutningene. Også dette samtykket ble gitt etter Grunnloven § 26 andre ledd. De fire kommisjonsforordninger er utfyllende retningslinjer, som er fastsatt med hjemmel i grensehandelsforordningen artikkel 18:

- Kommisjonsforordning (EU) nr. 2015/1222 om fastsettelse av retningslinjer for kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering («CACM»)
- Kommisjonsforordning (EU) nr. 2016/1719 om fastsettelse av retningslinjer for langsiktig kapasitetsfastsettelse («FCA»)
- Kommisjonsforordning (EU) nr. 2017/1485 om fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnettet for elektrisk kraft («SOGL»)
- Kommisjonsforordning (EU) nr. 2017/2195 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av kraftsystemet («EB»)

I energimarkedspakke III er det videre noen kommisjonsforordninger om blant annet nettkoder som per i dag ikke er blitt innlemmet i EØS-avtalen, og derfor heller ikke gjennomført i norsk rett, se Prop. 199 LS (2020–2021) side 12-13.

EUs fjerde energimarkedspakke (energimarkedspakke IV) – som også kalles «vinterpakken» og «ren energi-pakken» – inneholder rettsakter som i EU trådte i kraft fra 1. januar 2020. Rettsaktene reviderer og erstatter blant annet rettsaktene i energimarkedspakke III. For eksempel er sentrale bestemmelser i ACER-forordningen videreført, samtidig som ACER har fått en styrket posisjon. Rettsaktene er merket som EØS-relevante. Olje- og energidepartementet gjennomførte i 2020 en høring om energimarkedspakke IV. Ingen av rettsaktene har vært til behandling i EØS-komiteen. Det er usikkert når dette eventuelt vil skje. Per i dag er altså ikke energimarkedspakke IV innlemmet i EØS-avtalen og dermed heller ikke gjennomført i norsk rett.

Oslo tingrett avsa 21. november 2021 dom med slik slutning:

1. Staten v/Utenriksdepartementet frifinnes.
2. Partene bærer sine egne sakskostnader.

Nei til EU har påanket dommen til Borgarting lagmannsrett. Staten har inngitt anketilsvar.

Etter krav fra Nei til EU er lagmannsretten satt med to meddommere fra det alminnelige utvalget, jf. tvisteloven § 29-17, jf. Rt-2009-345 avsnitt 25.

Ankeforhandling ble holdt i Borgarting lagmannsretts hus 31. oktober til 4. november 2022. Om hvem som var til stede og bevisførselen, vises det til rettsboken.

Ankende part, **Nei til EU**, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Stortingets samtykke 22. mars 2018 innebar suverenitetsavståelse og myndighetsoverføring som er mer enn lite inngripende. Stortinget skulle derfor behandlet saken etter Grunnloven § 115, ikke Grunnloven § 26 andre ledd.

Ved vurderingen av om et samtykke til myndighetsoverføring er mer enn lite inngripende, må domstolene foreta en inngående og grundig prøving. Saken gjelder ikke spørsmål om statsmaktenes arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, men om Stortingets adgang til å avgi suverenitet, jf. også Grunnloven § 1, og om mindretallsvernet i Grunnloven § 115. Dette er ikke drøftet i Rt-1976-1 *Kløftadommen* og senere praksis. At domstolene skal foreta en inngående prøving, understøttes også av at saken gjelder energiforsyning og samfunnets funksjonsdyktighet.

Det gjelder et kumulasjonsprinsipp, som gjør at både tidligere overført myndighet og fremtidig utvikling må tas i betraktning. Dette er lagt til grunn av Høyesterett i HR-2021-655-P *Betenkning* og støttes av hensynet til et effektivt mindretallsvern.

Elektrisitetsforsyningen er vital og helt essensiell for Norge, både for befolkningen og næringslivet, ikke minst landets kraftkrevende industri. Det uttalte målet for EUs energipolitikk er et felles europeisk energimarked, hvor energi flyter fritt uten hindringer og hvor prisen skal være lik uavhengig av hvor man befinner seg. Gjennom energimarkedspakke III har Norge sluttet seg til dette. Kombinert med utenlandskablene er resultatet blitt uakseptable høye strømpriser, som gjør at norske husholdninger ikke klarer å betale strømrregningene sine og at norsk industri står i fare for å måtte stenge ned. Kraftkrevende industri mister sitt konkurransefortrinn.

Energimarkedspakke III etablerer ACER som et nytt EU-byrå med overnasjonal myndighet for å sikre fri flyt av energi. ACER har blant annet på sentrale områder myndighet til å regulere bruken av kabler mellom landene, jf. ACER-forordningen artikkel 7–9 sammenholdt med tredje elmarkedsdirektiv artikkel 37. Dette gjelder blant annet spørsmål om prosedyrer for kapasitetstildeling, tidsramme for tildeling, deling av inntekter som oppstår ved begrensninger i overføringskapasitet fra et prisområde til et annet (flaskehalsinntekter), avgifter innkrevd fra brukerne og avslag på søknader om etablering av grenseoverskridende infrastruktur. ACER har også myndighet til å pålegge utlevering av informasjon, herunder bøtekompetanse, jf. ACER-forordningen artikkel 20 og artikkel 22. Samlet sett er det tale om en suverenitetsavståelse på et vitalt samfunnsområde som har sterkt inngripende konsekvenser for det norske samfunnet.

For Norges del utøver ACER denne myndigheten via ESA, som kan rette pålegg til RME, som igjen er uavhengig av norske myndigheter. Denne konstruksjonen med «kopivedtak»

er noe annet enn den alminnelige to-pilaren i EØS-retten. Realiteten er at ACER treffer beslutninger som blir bindende for norske virksomheter. Norge har dermed gitt avkall på den siste nasjonale kontrollmyndigheten. For store deler av energiområdet kan derfor ikke norske myndigheter regulere etter nasjonale behov, men overstyres av EU gjennom ACER, ESA og RME. At RME foreløpig ikke har truffet noen beslutninger etter pålegg fra ACER/ESA, er ikke avgjørende, fordi myndighetene og øvrige aktørene i praksis innretter seg i visshet om at det ellers vil komme bindende vedtak.

I tillegg overfører grensehandelsforordningen artikkel 18 myndighet til EU-kommisjonen til å fastsette generelle retningslinjer med bindende virkning for Norge.

Kumulasjonsprinsippet gjør at det skal ses hen til det samlede omfanget av suverenitetsavståelsen som senere har skjedd. Dette innebærer at de fire kommisjonsforordningene fra 2015–2017, som er omfattet av Stortingets samtykke 11. juni 2021, må tas i betraktning. Disse fire forordningene utfyller og presiserer ACERs myndighet etter ACER-forordningen. Norge ble dessuten folkerettslig bundet av forordningene allerede ved Stortingets samtykke i 2018, jf. EU-kommisjonens kompetanse etter grensehandelsforordningen artikkel 18.

Videre må det ses hen til energimarkedspakke IV, som i EU har opphevet og erstattet energimarkedspakke III. Dette har utvidet ACERs overnasjonale myndighet nokså betydelig, og kan også anses som en kodifisering av ACERs myndighet etter ACER-forordningen, som må brukes til å fortolke denne myndigheten. Energimarkedspakke IV viser retningen i utviklingen av EUs energiunion, mot en stadig sterkere overnasjonal styring av energimarkedet.

Det er saklig og tett tilknytning mellom alle reglene i disse to energimarkedspakkene, som gjør at de må vurderes i sammenheng. Da samtykket i 2018 ble gitt, var både regjeringen og Stortinget godt kjent med både de fire vedtatte kommisjonsforordningene og utkast til energimarkedspakke IV. I så måte inngår samtykket i 2018 i en dynamisk prosess. Da Norge i 2018 forpliktet seg til energimarkedspakke III, ga det ingen mening å tro at Norge ikke også ville måtte innføre de fire forordningene og energimarkedspakke IV, med tilhørende avgivelse av suverenitet. I praksis er også energimarkedspakke IV allerede virksom i norsk rett. I samhandlingen med aktører i EU er norske myndigheter, Statnett og andre norske aktører allerede nødt til å forholde seg til det samme regelverket, herunder ACERs beslutninger i henhold til energimarkedspakke IV. Noe annet vil skape uhåndterlige juridiske og praktiske problemer, og derfor være umulig i det praktiske liv.

Samlet sett er innholdet i suvereniteten som er avstått til EU-kommisjonen og ACER/ESA, og virkningene av bruken av myndigheten på et så viktig politisk og essensielt samfunnsområde som kraftforsyning, så omfattende at myndighetsavståelsen er langt mer enn lite inngripende.

Nei til EU har lagt ned slik påstand:

1. Stortingets samtykke av 22. mars 2018 til EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 innebar godkjenning av elementer av myndighetsoverføring som ikke kan vedtas etter grunnloven § 26 andre ledd.
2. Staten v/Utenriksdepartementet plikter å erstatte Nei til EUs sakskostnader for tingrett og for lagmannsretten.

Ankemotparten, **staten ved Utenriksdepartementet**, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Tingretten har korrekt kommet til at Stortingets samtykke 22. mars 2018 kunne gis etter Grunnloven § 26 andre ledd, og at vedtaket ikke er i strid med Grunnloven.

Ved prøvingen bør domstolene legge betydelig vekt på Stortingets eget syn og være varsom med å sette til side Stortingets vurdering. Saken gjelder ikke forholdet mellom staten og borgerne, men reglene om statsmaktenes egen arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse. Domstolene skal da respektere Stortingets eget syn i vid utstrekning, jf. blant annet Rt-1976-1 *Kløftadommen*. Hensynet til det parlamentariske mindretallet og allmennheten er ivaretatt gjennom adgangen til domstolskontroll. Dette er en tilstrekkelig garanti mot misbruk. Reelle hensyn tilsier også varsomhet ved etterprøving av stortingsflertallets vurderinger.

Det er ikke rettslig grunnlag for en generell lære om å slå flere stortingsvedtak om myndighetsoverføring sammen ved vurderingen av om det foreligger mer enn lite inngripende myndighetsoverføring. Med et mulig unntak for klare omgåelsestilfeller, må hver enkelt myndighetsoverføring vurderes for seg. I HR-2021-655-P *Betenkning* antar riktignok Høyesterett at det gjelder en kumulasjonsregel, men uttalelsen er et obiter dictum som er åpen for tolkninger og ikke nærmere begrunnet. Det kan også reises spørsmål om den rettskildemessige betydningen av en betenkning fra Høyesterett. Kumulasjon har ikke støtte i stortingspraksis. Samlet sett taler reelle hensyn mot kumulasjon. Under enhver omstendighet er det ikke grunnlag for å trekke inn mulige fremtidige myndighetsoverføringer.

Domstolskontrollen med Stortingets samtykke 22. mars 2018 er en etterfølgende prøving som må skje ut fra hva det ble gitt samtykke til på vedtakstidspunktet. Det avgjørende er en vurdering av omfanget av den myndigheten som er overført gjennom dette vedtaket. Det må derfor avgrenses mot myndighetsoverføringen som ligger i de fire kommisjonsforordningene, som ble behandlet gjennom Stortingets samtykke 11. juni 2021. I denne saken har retten heller ikke prosessuell kompetanse til å prøve Stortingets samtykke 11. juni 2021, ettersom grunnlovsmessigheten av dette vedtaket ikke er brakt inn som et prosessuelt krav i saken. En annen sak er at de fire kommisjonsforordningene

utfyller ACER-forordningen, og viser hvilken myndighet som kan gis til ACER/ESA under ACER-forordningen artikkel 8.

Det må også avgrenses mot myndighetsoverføring som vil kunne følge av energimarkedspakke IV. Denne er ikke behandlet av EØS-komiteen og er ikke en del av verken EØS-retten eller norsk rett. At EU-landene følger regelverket i energimarkedspakke IV, gir noen faktiske utfordringer for Norge og norske aktører, men reiser ikke spørsmål om myndighetsoverføring. I den grad norske aktører tilpasser seg dette regelverket, er det tale om ensidig tilpasning.

Det som reiser spørsmål om myndighetsoverføring i denne saken, er bare områder hvor ESA er tildelt forvaltningsmyndighet etter rettsaktene som Stortinget samtykket til i 2018. Det materielle regelverket som Norge folkerettslig har bundet seg til gjennom EØS-avtalen, herunder energimarkedspakke III, reiser ikke spørsmål om myndighetsoverføring. Det samme gjelder ESAs alminnelig tilsyn. Retten skal derfor ikke vurdere Norges tilknytning til EUs energimarked som sådan og hvordan dette påvirker Norge.

Samtykket 22. mars 2018 innebar to elementer av myndighetsoverføring. Etter ACER-forordningen artikkel 8 har ESA fått beslutningsmyndighet overfor RME, samtidig som RME er et uavhengig organ som ikke kan instrueres. Dette gjelder utelukkende tekniske spørsmål om bruk av utenlandskabler. ESAs kompetanse er dessuten subsidiær, idet den forutsetter uenighet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter eller at de i fellesskap ber om en beslutning. Dernest kommer ESAs påleggs- og bøtekompetanse etter grensehandelsforordningen artikkel 20 og artikkel 22. Verken hver for seg eller samlet utgjør disse to elementene mer enn lite inngripende myndighetsoverføring. Stortinget har også etter en grundig vurdering kommet til at myndighetsoverføringen er lite inngripende.

Det bestrides at grensehandelsforordningen artikkel 18 gir EU-kommisjonen kompetanse til å fastsette retningslinjer med bindende virkning for Norge. For at nye rettsakter skal bli en del av EØS-avtalen, må de først innlemmes etter reglene i EØS-avtalen artikkel 102, jf. artikkel 93 og 103.

Subsidiært anføres det at heller ikke de fire nevnte kommisjonsforordningene utgjør en myndighetsoverføring som er mer enn lite inngripende, verken alene eller sammen med den øvrige myndighetsoverføringen i energimarkedspakke III.

Staten ved Utenriksdepartementet har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Utenriksdepartementet tilkjennes sakskostnadene for tingretten og lagmannsretten.

Lagmannsrettens syn på saken:

1 Innledning

Saken gjelder prøving av om Stortingets samtykke 22. mars 2018 ble gitt i strid med behandlingsmåten fastsatt i Grunnloven. Hovedspørsmålet er om Stortinget hadde adgang til å gi samtykket etter Grunnloven § 26 andre ledd, eller om saken skulle vært behandlet etter Grunnloven § 115.

Grunnloven § 26 lyder:

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

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

Grunnloven § 115 lyder:

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

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

Mens det for samtykke etter Grunnloven § 26 andre ledd er tilstrekkelig med alminnelig flertall, krever Grunnloven § 115 tre fjerdedels flertall med minst to tredjedeler av Stortingets representanter til stede under behandlingen.

Forut for vedtaket drøftet Stortinget hvilken bestemmelse som skulle benyttes. Det ble først votert over forslag om at saken skulle behandles etter Grunnloven § 115. Forslaget ble med 72 mot 24 stemmer ikke bifalt. Deretter ble samtykket etter Grunnloven § 26 andre ledd gitt med 73 mot 23 stemmer. Lagmannsretten bemerker for ordens skyld at antall avgitte stemmer utgjør mindre enn to tredjedeler av Stortingets medlemmer.

I likhet med det Stortinget la til grunn under behandlingen, er partene enige om at samtykket innebar overføring av norsk myndighet til ESA. Det avgjørende for hvilken grunnlovsbestemmelse som skulle anvendes, er derfor – som det vil fremgå nedenfor – om myndighetsoverføringen er lite inngripende.

Det følger av HR-2021-417-P *Nei til EU* at domstolenes grunnlovskontroll omfatter stortingsvedtak etter Grunnloven § 26 og § 115. Det er tale om en legalitetskontroll, jf. avsnitt 115. Det faller utenfor dette å ta stilling til konsekvensene av at behandlingsmåten i Grunnloven § 26 andre ledd eventuelt ikke kunne benyttes, jf. avsnitt 114 og 185.

Rettsaktene som samtykket gjelder, omhandler både elektrisitet og naturgass. Også for lagmannsretten er partene enige om at saken i all hovedsak skal avgrenses mot det som gjelder naturgass, ettersom dette har mindre betydning for Norge, jf. også Prop. 4 S (2017–2018) side 27.

I det følgende går lagmannsretten først nærmere inn på hva som er sakens prosessuelle tvistegjenstand, se punkt 2. Deretter gis det en redegjørelse for den generelle forståelsen av og grensen mellom Grunnloven § 26 andre ledd og § 115, herunder spørsmål om kumulasjon og domstolenes prøvingsintensitet, se punkt 3. Dernest gis det, som et supplement til det som er sagt ovenfor under sakens bakgrunn, en kort redegjørelse for EØS-avtalen og Norges deltakelse i EUs indre energimarked, se punkt 4. Lagmannsretten ser så på hvilken myndighetsoverføring som er omfattet av Stortingets samtykke 22. mars 2018, se punkt 5, før lagmannsretten vurderer om det er tale om en lite inngripende myndighetsoverføring, se punkt 6.

2 Tvistegjenstand – Prosessuell avgrensning

Før lagmannsretten går nærmere inn på sakens materielle sider, vil lagmannsretten klargjøre sakens tvistegjenstand.

Nei til EUs påstand gjelder bare Stortingets samtykke 22. mars 2018. Nei til EU anfører imidlertid at lagmannsretten også må ta i betraktning myndighetsoverføringen som er omfattet av Stortingets samtykke 11. juni 2021. Dette gjelder fire kommisjonsforordninger fra 2015–2017. Etter at Nei til EU satte frem anførsel om dette i anken til lagmannsretten, reiste staten i anketilsvaret spørsmål blant annet om Nei til EUs mening var å trekke inn et nytt krav for lagmannsretten, som gikk ut på at også Stortingets samtykke 11. juni 2021 er gitt i strid med behandlingsmåten fastsatt i Grunnloven, jf. tvisteloven § 29-4 andre ledd. I prosesskriv 4. juli 2022 avkreftet Nei til EU dette. Samtidig presiserte Nei til EU anførselen til at eksistensen av de fire kommisjonsforordningene som er omfattet av samtykket 11. juni 2021, var en del av det relevante beslutningsgrunnlaget for samtykket fra 2018, og at Stortinget derfor skulle lagt vekt på disse fire forordningene ved vurderingen av den samlede suverenitetsavståelsen da Stortinget ga samtykket i 2018. Nei til EU opprettholdt dette under ankeforhandlingen.

Lagmannsretten legger derfor til grunn at det bare er Stortingets samtykke 22. mars 2018 som prosessuelt er brakt inn som et krav i saken, og at lagmannsretten i denne saken ikke har prosessuell adgang til å foreta en legalitetskontroll av Stortingets samtykke

11. juni 2021. Denne avgrensningen ble for øvrig også lagt til grunn i Høyesteretts kjennelse om å fremme saken, jf. HR-2021-417-P *Nei til EU* avsnitt 25.

Lagmannsretten kommer tilbake til om myndighet som ble overført ved samtykket 11. juni 2021, er relevant ved legalitetskontrollen av samtykket 22. mars 2018, se punkt 5.5 nedenfor.

3 Grunnloven og myndighetsoverføring til internasjonale organer

3.1 Utgangspunkter

Etter Grunnloven § 26 første ledd ligger utenrikskompetansen hos Kongen, som i praksis betyr regjeringen. Dette omfatter også kompetansen til å inngå traktater, det vil si kompetansen til å binde Norge folkerettslig. I de tilfellene som er nevnt i Grunnloven § 26 andre ledd, er imidlertid Stortingets samtykke nødvendig for at traktaten skal bli bindende. Grunnloven § 26 andre ledd kom inn i Grunnloven i 1931, og var en kodifisering av lang praksis. Den gang hadde det imidlertid ennå ikke vært spørsmål om å overføre myndighet til internasjonale organer. Denne problemstillingen oppstod første gang i etterkrigstiden.

En traktat kan ha bestemmelser om overføring av myndighet til internasjonale organer. Det må her skilles mellom to kategorier av myndighetsoverføring, jf. HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 3.1 sjette avsnitt. For det første overføring av myndighet til å treffe vedtak som bare er bindende *for* Norge, det vil si vedtak med rent folkerettslig virkning for Norge. Dette kan karakteriseres som en avledet traktatkompetanse. For det andre overføring av myndighet til å treffe vedtak som også er direkte bindende *i* Norge; med dette menes vedtak som pålegger innbyggere eller foretak i Norge plikter uten at det er nødvendig med egne gjennomføringsvedtak fra norske myndigheter.

Når det gjelder den første kategorien, gir Grunnloven § 26 andre ledd vid kompetanse til å samtykke til medlemskap i organisasjoner som bare treffer vedtak med folkerettslig virkning *for* Norge, jf. Grunnloven § 115 andre ledd, jf. HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 3.1 sjette avsnitt. Vår sak reiser ikke spørsmål om dette, og det er ikke nødvendig for lagmannsretten å gå nærmere inn på grensene for denne avledede traktatkompetansen.

Når det i denne dommen tales om «myndighetsoverføring», menes derfor bare formell overføring av myndighet som gir internasjonale organer kompetanse til å treffe vedtak som er direkte bindende *i* Norge, med mindre noe annet fremgår.

Grunnlovens ordning er at slik myndighetsutøvelse bare tilligger norske myndighetsorganer, jf. HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 3.1 femte avsnitt:

De sentrale formene for myndighetsutøvelse som etter Grunnloven «tilligger statens myndigheter», er lovgivende (§ 75), utøvende (§ 3) og dømmende myndighet (§ 88). En overføring av slik myndighet og annen kompetanse som etter Grunnloven

tilkommer norske myndigheter, til organer som ikke utleder sin kompetanse av Grunnloven selv, kan anses som en derogasjon – et unntak – fra Grunnloven. Dette er begrunnelsen for at samtykke etter § 26 andre ledd i utgangspunktet ikke er tilstrekkelig i disse tilfellene. Særlig tidligere har også selvstendighetskravet i Grunnloven § 1 stått sentralt i debatten om hvor langt utenrikskompetansen strekker seg.

Spørsmål om myndighetsoverføring til internasjonale organer har de senere tiårene fått økt aktualitet, ikke minst som følge av EØS-avtalen, som trådte i kraft fra 1. januar 1994. Dette har særlig sammenheng med at EU-samarbeidet stadig har gått i retning av styrket samordning og kontroll gjennom fremveksten av EU-byråer med overnasjonal myndighet til å treffe vedtak med direkte virkning i EU-landene. Innenfor EØS-samarbeidet har løsningen som regel vært å gi ESA tilsvarende myndighet til å treffe vedtak med virkning i EFTA-landene, med den forutsetning at vedtakene i det store og hele skal gjenspeile vedtakene truffet på EU-siden. Det er imidlertid også eksempler på at myndighet har blitt overført til EU-organer. Det vises til redegjørelsen i HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 3.3–3.8.

I 1962 ble Grunnloven § 115 vedtatt. Bestemmelsen ble opprinnelig vedtatt som Grunnloven § 93. Bakgrunnen var spørsmålet om norsk medlemskap i det daværende EF. Bestemmelsen åpner for at Stortinget med kvalifisert flertall kan overføre myndighet til en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til. Bestemmelsen har vært brukt to ganger. Første gang var i 1992 da Norge ble med i EØS-avtalen. Andre gangen var i 2016 da Norge sluttet seg til EUs ordning for finansmarkedstilsyn.

Gjennom årene er det imidlertid en rekke eksempler på at Stortinget har overført myndighet uten bruk av Grunnloven § 115, men med grunnlag i Grunnloven § 26 andre ledd. På EØS-avtalens område har dette skjedd 22 ganger. I tillegg til de 19 gangene som Høyesterett omtaler i HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 3.7, har det senere skjedd ved innlemmelsene av EUs fjerde jernbanepakke i 2021, de ovennevnte fire kommisjonsforordningene i energimarkedspakke III i 2021 og EUs tobakkdirektiv i 2022.

Det er nå sikker rett at Grunnloven § 26 andre ledd kan benyttes til å gi internasjonale organer myndighet til å treffe vedtak som er direkte bindende i Norge. Forutsetningen er at myndighetsoverføringen er «lite inngripende». Det vises til HR-2021-655-P *Betenkning* med særlig henvisning til stortingspraksis. I betenkingen, som ble gitt til Stortinget i medhold av Grunnloven § 83, konkluderte Høyesterett i plenum konkret med at Stortinget kunne gi samtykke til innlemmelse av fjerde jernbanepakke i EØS-avtalen med hjemmel i Grunnloven § 26 andre ledd.

Er myndighetsoverføringen derimot mer enn lite inngripende, er overføringen betinget av samtykke etter Grunnloven § 115. I så måte faller den øvre grensen for bruk av Grunnloven § 26 andre ledd sammen med den nedre grensen for når Grunnloven § 115 må

brukes. Ettersom Grunnloven § 115 også omfatter lite inngripende myndighetsoverføring, så fremt medlemskapskriteriet er oppfylt, går imidlertid den nedre grensen for når Grunnloven § 115 *kan* brukes, lavere. Det er med andre ord en viss overlapping mellom bestemmelsene.

Lagmannsretten understreker at praksis bygger på et strengt skille mellom formell og reell myndighetsoverføring, se NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU (Europautredningen) side 235:

Slik dette i flere tiår har vært tolket og praktisert – både i statsrettslig teori og av regjering og Storting – er sontringen mellom formell og reell myndighetsoverføring bortimot absolutt. Så lenge det ikke er tale om formell overføring, kan selv overføring av massive mengder reell myndighet godkjennes av Stortinget med vanlig flertall. Dersom det tale om formell overføring, skal det derimot lite til før det anses nødvendig med 3/4 flertall etter § 93 [§ 115].

Dette har sammenheng med dualismen mellom folkeretten og det interne norske rettssystemet, og at det prinsipielt – som uttrykt i St.prp. nr. 100 (1991–92) side 337 – er «en avgjørende forskjell 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’».

Illustrerende for skillet mellom formell og reell myndighetsoverføring er samtykket som i 1992 ble gitt til Norges tilslutning til EØS-avtalen, se NOU 2012: 2 side 237:

[...] Det var klart for alle parter at EØS-avtalen reelt sett ville innebære en betydelig overføring av lovgivningsmyndighet, og i noen grad også dømmende og utøvende myndighet. Men dette ble ikke ansett avgjørende for den konstitusjonelle vurderingen.

I stedet ble bruken av § 93 [§ 115] begrunnet i den ganske beskjedne overføringen av formell myndighet til ESA til å treffe bindende vedtak i konkurransesaker. ESA fikk kompetanse til å treffe vedtak med direkte virkning for norske bedrifter, herunder bøter, som også kan prøves og stadfestes av EFTA-domstolen. Dette var det formelle grunnlaget for å bruke § 93 [§ 115]. Hvor beskjeden denne myndighetsoverføringen faktisk var, skjønner man når man ser at det tok over 16 år før ESA første gang traff en slikt vedtak, mot Posten Norge i juli 2010.

Lagmannsretten bemerker for ordens skyld at en myndighetsoverføring til et internasjonalt organ ikke er ugjenkallelig, men etter intern norsk statsrett en fullmakt som kan tilbakekalles, se Andenæs og Fliflet, Statsforfatningen i Norge, 11. utgave (2017) side 390–391.

3.2 De generelle momentene ved vurderingen av lite inngripende myndighetsoverføring

Om de generelle momentene for å avgjøre om en myndighetsoverføring er lite inngripende, viser lagmannsretten til HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 4:

I praksis har det etter hvert utviklet seg et sett kriterier for å vurdere om en myndighetsoverføring er lite inngripende. Disse kriteriene fremgår særlig av ulike proposisjoner og uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling i de sakene som er nevnt i punkt 3.7. For så vidt som Stortinget har sluttet seg til vurderingene uten bemerkninger, må også Stortinget anses å ha basert sin praksis på disse kriteriene. Det samme gjelder saker der et mindretall har vært uenig i at myndighetsoverføringen var lite inngripende, uten å legge et alternativt sett med kriterier til grunn for vurderingen. Kriteriene er oppsummert slik i en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling 30. mai 2017, gjentatt i brev 25. august 2020 til Samferdselsdepartementet om fjerde jernbanepakke:

«Etter praksis er relevante momenter bl.a. den nærmere arten av myndigheten som overføres, omfanget av myndighetsoverføringen og i den forbindelse om overføringen gjelder et bestemt og avgrenset saksområde. Det har videre betydning om overføringen er basert på gjensidighet og likeverdig deltakelse. I praksis er det også lagt vekt på i hvilken grad norske myndigheter har mulighet til å avbøte uheldige virkninger av myndighetsoverføringen. Det må også legges vekt på arten av de samfunnsmessige og politiske interessene som berøres gjennom myndighetsoverføringen. I grensetilfeller kan Stortingets standpunkt i det enkelte tilfellet bli avgjørende for spørsmålet om Grunnloven § 26 kan brukes.»

Som det fremgår, er kriteriene dels av praktisk-politisk karakter – arten av de samfunnsmessige og politiske interessene som berøres – og dels av mer juridisk-formell natur – typisk arten og omfanget av myndighetsoverføringen. Helhetsvurderingen vil dermed få preg av et «blandet» skjønn. Kriteriene synes å bygge på de mer overordnede synspunktene som tidligere er fremført i artiklene av Fleischer og Eckhoff nevnt foran. De samsvarer med den rettspolitiske begrunnelsen for å forstå Grunnloven slik at samtykke til lite inngripende myndighetsoverføringer kan skje med vanlig flertall i medhold av § 26 andre ledd.

Høyesterett legger etter dette kriteriene til grunn, men bemerker at de i praksis kan gli noe over i hverandre. Arten av de samfunnsmessige og politiske interessene som er berørt, vil for eksempel ofte henge sammen med arten og omfanget av myndighetsoverføringen. Videre kan fremtidige saker gjøre det nødvendig å videreutvikle eller supplere kriteriene.

Som nevnt i punkt 3.10 kommer spørsmålet i en særlig stilling dersom myndigheten overføres til en organisasjon der Norge ikke er medlem. Rammene for å anse myndighetsoverføringen for lite inngripende vil da naturlig være snevrere enn dersom tilsvarende myndighet var blitt overført til en organisasjon der Norge var medlem. Innflytelsen vil være større i slike organisasjoner. Dette tilsier at det i den konkrete vurderingen vil ha betydning hvor nært Norge i praksis vil være et regulært medlemskap. Her vil adgang til å delta med rett til å ta ordet i ulike beslutende og rådgivende fora ha betydning, selv om dette måtte være uten stemmerett.

Man kan etter Høyesteretts syn ikke oppstille generelle avgrensninger basert på rent formelle kriterier for hva slags myndighet som kan overføres, for eksempel slik at myndighet til å fastsette generelle regler aldri skulle kunne overføres til en

organisasjon Norge ikke er regulært medlem av. Graden av skjønnsfrihet som det internasjonale organet har når det treffer vedtak, har likevel betydning. Myndighet til å fastsette generelle regler innebærer ofte en større grad av skjønnsfrihet enn myndighet til å treffe vedtak i enkeltsaker.

Den reelle samfunnsmessige betydningen av den konkrete myndighetsoverføringen må tillegges stor vekt, også ved myndighetsoverføring til EU-organer. Dette må vurderes konkret ut fra hvilket samfunnsområde det dreier seg om, hvor avgrenset myndighet det gjelder, og om det i stor grad dreier seg om utøvelse av et faglig eller på andre måter avgrenset skjønn snarere enn å foreta bredere samfunnsmessige avveininger. Hva slags muligheter norske myndigheter har til å gripe inn dersom det skulle vise seg at vedtakene har utilsiktede uheldige virkninger, vil også ha betydning.

Den konkrete vurderingen i vår sak kommer lagmannsretten som nevnt tilbake til under punkt 6. For å angi rammene for legalitetskontrollen av denne vurderingen, går lagmannsretten nedenfor inn på spørsmålene om det gjelder en regel om kumulasjon og hvor intensiv domstolenes prøving skal være, se punkt 3.3 og 3.4 nedenfor.

3.3 Kumulasjon ved vurderingen av lite inngripende myndighetsoverføring

Et særlig spørsmål er om det ved vurderingen av om en myndighetsoverføring er lite inngripende, gjelder en regel om kumulasjon. Det vil si om det bare er den myndigheten som blir overført ved det aktuelle stortingssamtykket, som skal vurderes, eller om det i tillegg skal tas i betraktning myndighet som tidligere har blitt overført. Videre er det spørsmål om det også skal ses hen til mulig fremtidig overføring av myndighet.

Under drøftelsen av argumenter mot læren om at lite inngripende myndighet kan overføres etter Grunnloven § 26 andre ledd, uttalte Høyesterett i HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 3.10 ellefte og tolvte avsnitt dette:

Et annet motargument som har vært fremme, er knyttet til det man kan kalle kumulasjonseffekten: Gjennom stadige myndighetsoverføringer som hver for seg anses som «lite inngripende», kan man til slutt stå overfor en myndighetsoverføring som, om den var blitt presentert under ett, ville ha krevd kvalifisert flertall.

Læren om lite inngripende myndighetsoverføring er imidlertid ikke til hinder for at man vurderer om man nå er kommet «over grensen», i forbindelse med den enkelte sak. Slik Høyesterett forstår stortingspraksis, stenger den ikke for dette. Høyesterett antar at det må gå en slik grense også ved trinnvise myndighetsoverføringer. Det følger imidlertid ikke av dette at en slik vurdering må baseres på mer eller mindre sikre antakelser om hva neste skritt kan tenkes å bli. Den må primært foretas i tilknytning til den enkelte myndighetsoverføring det er aktuelt å samtykke i.

Det er tale om en enstemmig betenkning fra Høyesterett i plenum til Stortinget om et prinsipielt spørsmål av stor samfunnsmessig betydning, basert på veloverveide og grundige vurderinger. Betenkningen bygger riktignok ikke på en partsprosess med kontradiksjon,

men interesserte fikk anledning til å inngi skriftlige innlegg etter mønster av tvisteloven § 15-8. Både staten og Nei til EU var blant de som innga innlegg. Etter lagmannsrettens oppfatning må betenkningen regnes som rettspraksis med samme rettskildemessige vekt som et prejudikat fra Høyesterett i plenum. Ved vektingen av ovennevnte uttalelse må det imidlertid tas i betraktning at Høyesterett er noe forbeholden ved at det blant annet tales om «antar» og at uttalelsen ikke var nødvendig for å begrunne resultatet, men er et obiter dictum.

Staten har vist til at et kumulasjonsprinsipp verken kan utledes av Stortingets egen praksis, Lovavdelingens praksis eller juridisk teori. Lagmannsretten legger til grunn at Stortingets egen praksis må tillegges stor vekt ved fastleggelsen av læren om lite inngripende myndighetsoverføring, jf. HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 3. Frem til Høyesteretts betenkning kan imidlertid ikke lagmannsretten se at det har vært noen saker i Stortingets praksis hvor dette har kommet på spissen, jf. betenkningen punkt 3.3–3.7. Stortingets praksis kan da ikke stenge for en regel om kumulasjon. At kumulasjon ikke ble omtalt av Stortinget i forbindelse med samtykket 11. juni 2021 til de fire kommisjonsforordningene i energimarkedspakke III, gir heller ikke uttrykk for en forståelse eller praksis som stenger for en kumulasjonsregel, selv om Stortinget på dette tidspunktet var klar over Høyesteretts betenkning.

En regel om kumulasjon støttes av hensynet til et reelt og effektivt mindretallsvern. Dersom en myndighetsoverføring bare vurderes isolert, og ikke ses i sammenheng med tidligere overført myndighet, vil det over tid – «bit for bit» – kunne bli overført myndighet som er langt mer enn lite inngripende. Dette vil kunne åpne for et samlet sett omfattende unntak (derogasjon) fra Grunnlovens ordning om at myndighetsutøvelse i Norge tilligger norske myndighetsorganer, uten at Stortinget i tråd med Grunnloven § 115 har samtykket til dette med kvalifisert flertall.

Staten har anført at andre reelle hensyn må veie tyngre. Det er vist til demokratihensyn, ved at en kumulasjonsregel innskrenker flertallets muligheter til å samtykke til folkerettslige forpliktelser og slik utvider mindretallets vetomakt. Det er også vist til at en kumulasjonsregel reiser en rekke retts tekniske spørsmål, blant annet om hva som skal kumuleres med hva og avgrensning i tid. Staten har fremholdt at en eventuell kumulasjonsregel må konstrueres på et prinsipielt grunnlag, og at detaljeringen av en slik regel ikke er egnet for å bli utviklet av domstolene; dette er oppgaver for Stortinget som grunnlovsgiver. På ulovfestet grunnlag er det etter statens syn tilstrekkelig med et mulig unntak for klare omgåelsestilfeller.

På bakgrunn av Høyesteretts enstemmige betenkning og hensynet til et reelt og effektivt mindretallsvern legger imidlertid lagmannsretten til grunn at det gjelder en regel om kumulasjon. Etter lagmannsrettens syn rekker mindretallsvernet lenger enn til bare å hindre klare omgøelser. De hensyn som staten viser til, vil likevel kunne ha betydning for

innholdet i regelen. I mangel av en mer detaljert grunnlovsregulering vil regelen måtte bli nærmere utviklet gjennom praksis, både gjennom Stortingets egen praksis og eventuell rettspraksis.

Lagmannsretten antar at det ved spørsmål om å samtykke til overføring av myndighet til EU/EØS-organer på energiområdet må tas i betraktning myndighet som tidligere er overført på dette området. Ettersom det tidligere ikke er overført myndighet på energiområdet, verken gjennom selve EØS-avtalen eller senere rettsakter frem til og med energimarkedspakke II, går ikke lagmannsretten nærmere inn på hvilke mer spesifikke krav som må stilles til for eksempel den saklige og tidsmessige sammenhengen mellom myndighetsoverføringene.

Nei til EU har anført at også mulige fremtidige myndighetsoverføringer må vurderes ved valg av behandlingsmåte. Etter lagmannsretten syn kan imidlertid en kumulasjonsregel bare virke «bakover tid». Dette gjelder uavhengig av hvor sterk saklig eller tidsmessig nærhet det er til en mulig fremtidig overføring. Det kan heller ikke ha betydning om det er kjent for Stortinget at det i nær fremtid vil bli spørsmål om ytterligere myndighetsoverføring. Når Stortinget gir samtykke til myndighetsoverføring etter Grunnloven § 26 andre ledd, må situasjonen på samtykketidspunktet være avgjørende. På dette tidspunktet har Stortinget konstitusjonelt bare gitt samtykke til den myndigheten som tidligere har blitt overført og den myndigheten som blir overført ved det siste samtykket. Selv om det skulle fremstå som mer eller mindre sikkert at det innenfor samme området vil bli spørsmål om overføring av ytterligere myndighet i fremtiden, står Stortinget ved den senere behandlingen av dette statsrettslig fritt til å nekte samtykke. Dette ga også flertallet i energi- og miljøkomiteen uttrykk for i forbindelse med samtykket 22. mars 2018, jf. Innst. 178 S (2017–2018) side 5. I HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 3.10 tolvte avsnitt ga Høyesterett som nevnt også uttrykk for at det av en kumulasjonsregel ikke følger at vurderingen «må baseres på mer eller mindre sikre antakelser om hva neste skritt kan tenkes å bli». Det vises også til betenkningen punkt 6 åttende avsnitt, hvor det uttales at anvendelse av nye rettsakter før de er gjort til en del av EØS-avtalen, ikke vil ha direkte virkning i Norge uten et eventuelt nytt stortingsvedtak. Etter lagmannsrettens vurdering blir hensynet til et reelt og effektivt mindretallsvern tilstrekkelig ivarettatt gjennom en kumulasjonsregel «bakover i tid».

Oppsummert legger lagmannsretten til grunn at domstolskontrollen er en etterfølgende legalitetskontroll. Det avgjørende for vurderingen av om en myndighetsoverføring er lite inngripende, er omfanget av den myndigheten som har blitt overført på samtykketidspunktet. Dette henspiller ikke bare på den myndigheten som overføres ved det aktuelle samtykket, men også på tidligere relevant overført myndighet. Som nevnt går ikke lagmannsretten nærmere inn på kriteriene for det sistnevnte. Det skal derimot ikke tas hensyn til mulige fremtidige myndighetsoverføringer.

Dette utelukker imidlertid ikke at etterfølgende forhold kan ha betydning, men det forutsetter at det er tale om forhold som er egnet til å kaste lys over innholdet i eller omfanget av myndighetsoverføringen som har skjedd frem til og med samtykketidspunktet, jf. tilsvarende prinsipp i forvaltningsretten, jf. HR-2021-1209-A avsnitt 61.

3.4 Domstolenes prøvingsintensitet – Betydningen av Stortingets egen grunnlovsvurdering
Domstolenes legalitetskontroll med Stortingets samtykke reiser spørsmål om prøvingsintensitet. Dette er i realiteten et spørsmål om hvilken vekt Stortingets eget syn på grunnlovsmessigheten skal ha ved domstolenes grunnlovsprøving.

Om dette uttalte Høyesterett i Rt-1976-1 *Kløftadommen*:

Det er imidlertid forskjellige oppfatninger av hvor meget det skal til for at domstolene skal sette en lov til side som grunnlovsstridig. Jeg finner ikke grunn til å uttale meg i sin alminnelighet om dette. Løsningen vil i noen grad avhenge av hvilke grunnlovsbestemmelser det er tale om. Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg som førstvoterende i plenumssaken inntatt i Rt-1952-1089, særlig side 1098 (hvalavgiftssaken), at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn.

Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.

Om denne mellomstillingen fremgår det av videre av *Kløftadommen* at Stortingets syn må spille en betydelig rolle og at domstolene må vise varsomhet med å sette sin grunnlovsvurdering over Stortingets. Deretter uttales det:

Ut fra dette vil jeg for min del vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil, og hvor Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven. Men skal prøvelsesretten ha noen realitet, må domstolene benytte den der de finner det hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med grunnloven.

Det samme ble lagt til grunn i Rt-2010-535 *Opplysningsvesenets fond* avsnitt 148.

Denne tredelingen er lagt til grunn i senere rettspraksis, jf. blant annet Rt-2010-535 *Opplysningsvesenets fond* avsnitt 146 og Rt-2010-143 *Rederibeskatning* avsnitt 138. Den er også lagt til grunn i forarbeidene til Grunnloven § 89 om domstolenes rett og plikt til grunnlovsprøving, jf. Innst. 263 S (2014–2015) side 11. Prøvingsintensiteten ble for øvrig ikke nærmere vurdert i HR-2021-655-P *Betenkning*, ettersom Stortinget hadde bedt om Høyesterett syn *før* et eventuelt stortingsvedtak, se betenkningen punkt 3.10 andre avsnitt.

Som påpekt i Rt-2010-143 *Rederibeskatning* avsnitt 138, er denne tredelingen relativt grov, og innenfor hver enkelt gruppe er det rettigheter av svært forskjellig karakter. Lagmannsretten legger derfor til grunn at det for den enkelte grunnlovsbestemmelse må foretas en særskilt vurdering, men med et klart utgangspunkt i den kategorien bestemmelsen tilhører.

Grunnloven § 26 andre ledd regulerer Stortingets og regjeringens arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse, og er ikke en bestemmelse som gir borgerne rettigheter. Bestemmelsen faller etter sin art i kategorien hvor domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Den delen av bestemmelsen som avgrensner kompetansen mellom Stortinget og regjeringen, er imidlertid ikke tema i vår sak, ettersom traktater med myndighetsoverføring til internasjonale organer alltid skal behandles av Stortinget, enten etter Grunnloven § 26 andre ledd eller § 115. Vår sak gjelder den delen av bestemmelsen som regulerer Stortingets egen saksbehandling, nærmere bestemt om vi står overfor mer enn en lite inngripende myndighetsoverføring som fordrer kvalifisert flertall i Stortinget – med andre ord grensen mot Grunnloven § 115.

Lagmannsretten understreker at myndighetsoverføring er et unntak (derogasjon) fra Grunnlovens ordning om at myndighetsutøvelse tilligger norske myndighetsorganer. Som Høyesterett fremholdt i HR-2021-417-P *Nei til EU* avsnitt 62, har Grunnloven § 26 og § 115 betydning utover å regulere forholdet mellom Stortinget og regjeringen og å gi regler om saksbehandlingen i Stortinget. Om kravet til kvalifisert flertall i Grunnloven § 115 fremheves det i avsnitt 64:

[...] I dette ligger det en demokratisk garanti for at den myndighet som omfattes av bestemmelsen, ikke overføres uten støtte fra et tilstrekkelig stort flertall blant de valgte representantene. Grensdragningen mellom § 26 andre ledd og § 115 kan derfor være av betydelig interesse for allmenheten – velgerne – og den aktualiseres i hovedsaken her.

Kravet til kvalifisert flertall i Grunnloven § 115 gir på denne måten indirekte også et vern for borgerne når det kommer til suverenitetsavståelse, jf. avsnitt 79. Høyesterett tok i kjennelsen ikke stilling til prøvingsintensiteten, jf. avsnitt 115.

Prinsipielt vil det etter lagmannsrettens oppfatning være problematisk om et alminnelig stortingsflertall i en sak skal kunne bestemme om det er nødvendig med tre fjerdedels flertall etter Grunnloven § 115, samtidig som domstolene ved en etterfølgende legalitetskontroll i vid utstrekning skal måtte respektere dette alminnelige flertallets syn om at det ikke var nødvendig med kvalifisert flertall. Hensynet til mindretallsvernet taler med tyngde for en mer inngående prøving. I forlengelsen av dette nevner lagmannsretten også at et mindretall ikke har en selvstendig adgang til å be om Høyesteretts

forhåndsvurdering av grunnlovsmessigheten, idet en forespørsel til Høyesterett etter Grunnloven § 83 forutsetter at flertallet går inn for det.

Staten har gjort gjeldende at reelle hensyn tilsier varsomhet med å etterprøve stortingsflertallets vurderinger. En mer intensiv prøving vil forrykke balansen på Stortinget. Alle andre saker med unntak for grunnlovsendringer vedtas med alminnelig flertall. Dette omfatter mange saker som i realiteten er viktigere og har større samfunnsmessig betydning enn sakene som så langt har omfattet myndighetsoverføring. Staten har vist til at det er behov for politisk handlingsrom og fleksibilitet i utenrikspolitikken, særlig i en tid med et stadig større behov for et forpliktende internasjonalt samarbeid. Staten har også vist til at domstolene ved sin legalitetskontroll uansett kan slå ned på misbruk av flertallsmakt. Lagmannsretten er enig i at dette er tungtveiende reelle hensyn som taler for å respektere Stortingets eget syn.

Kriteriene for å vurdere om en myndighetsoverføring er lite inngripende, er dels av praktisk-politisk karakter og dels av mer juridisk-formell natur, se HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 4 andre avsnitt. Helhetsvurderingen vil få preg av et «blandet skjønn». Lagmannsretten vil imidlertid understreke at det ikke er tale om noe rent politisk hensiktsmessighetsskjønn, og at skjønnets rettslige elementer gjør det godt egnet for domstolskontroll. I HR-2021-417-P *Nei til EU* avsnitt 115 påpekte dessuten Høyesteretts flertall at en prøving av om Stortinget holdt seg innenfor Grunnlovens rammer da det ga sitt samtykke, er en legalitetskontroll som ikke utfordrer «forholdet mellom domstoler og dagens politikk».

I Lovavdelingens uttalelse 27. februar 2018, som ligger til grunn for Stortingets samtykke 22. mars 2018, fremgår det at «[i] grensetilfeller kan Stortingets standpunkt i det enkelte tilfellet bli avgjørende for spørsmålet om Grunnloven § 26 kan brukes». Lovavdelingen har angitt dette blant momentene ved vurderingen av om en myndighetsoverføring er lite inngripende, men systematisk gir det uttrykk for hvilken vekt Stortingets syn bør ha ved en legalitetskontroll.

I juridisk teori har professor Ola Mestad ved det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, gitt uttrykk for at dette skjønnet er lite egnet for domstolskontroll på annet grunnlag enn at Stortinget ikke har hatt tilstrekkelig informasjon om hva et vedtak har gjeldt. Dersom Stortinget har blitt godt informert og grensetrekningen er usikker, er hans syn at domstolene må la være å overprøve vedtaket, se Mestad/Michalsen (red.), Grunnloven – Historisk kommentarutgave 1814–2020 (2021) side 1304.

Etter en samlet vurdering har lagmannsretten – under tvil – kommet til at domstolenes prøving av om en myndighetsoverføring er lite inngripende, bør være noe mer intensiv enn hva som i alminnelighet gjelder for grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse. I lys av kravet om kvalifisert flertall

i Grunnloven § 115 og at det er tale om å gjøre unntak fra Grunnlovens ordning om at myndighetsutøvelse tilligger norske myndighetsorganer, legger lagmannsretten større vekt på hensynet til mindretallsvernet enn på de reelle hensynene staten har vist til. I relasjon til tredelingen mener derfor lagmannsretten at prøvingen må ligge opp mot det som gjelder for mellomkategorien økonomiske rettigheter.

Videre gjelder det et kvalitetskrav i den forstand at Stortingets standpunkt må bygge på et korrekt rettslig vurderingstema og være basert på et overveid syn. Stortinget må også ha hatt et korrekt og tilstrekkelig faktisk grunnlag, herunder vært oppmerksom på vesentlige konsekvenser av vedtaket. I dette ligger det også at det vil være et moment hvor grundig Stortingets vurdering har vært. Det vises til Rt-2007-1281 *Øvre Ullern* avsnitt 76 og Rt-2010-143 *Rederibeskatning* avsnitt 172. – Som en annen side av kravet om et korrekt rettslig vurderingstema nevnes for sammenhengens skyld at Stortingets egen praksis vil være en rettskilde av betydelig vekt ved den generelle fortolkningen av Grunnloven § 26 andre ledd og § 115, jf. HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 3.

Etter dette legger lagmannsretten til grunn at Stortingets syn må spille en betydelig rolle ved legalitetskontrollen og at domstolene må vise varsomhet med å sette Stortingets syn til side. Domstolene skal ikke overprøve Stortingets vurdering om at Grunnloven § 26 andre ledd var anvendelig i et konkret tilfelle, med mindre det er hevet over rimelig tvil at myndighetsoverføringen er mer enn lite inngripende. Dette innebærer at Stortingets syn vil være avgjørende i grensetilfeller.

4 EØS-avtalen og Norges deltakelse i EUs indre energimarked

Gjennom EØS-avtalen er Norge en del av EUs indre marked med fri bevegelighet for varer, tjenester, personer og kapital. For å være med i dette samarbeidet, har Norge påtatt seg en lang rekke og svært omfattende folkerettslige forpliktelser. Omfanget har økt sterkt gjennom de snart tre tiårene som har gått siden EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994. Frem til nå har det blitt innlemmet om lag 14 000 rettsakter fra EU i EØS-avtalen, hvorav noe over halvparten fortsatt er gjeldende, jf. Faktaark fra stortingsbiblioteket om Stortinget og EØS-avtalen, oppdatert september 2022. For å sikre den frie bevegeligheten og like konkurransevilkår, herunder regler om offentlige anskaffelser, regler om offentlig støtte og konkurranseregler, omfatter dette blant annet inngripende materielle regler med detaljerte krav til norsk lovgivning.

EØS-avtalen omfatter også energiområdet. Elektrisk kraft regnes som en «vare» etter EØS-avtalen artikkel 8. Også for eksport av elektrisk kraft har Norge helt siden 1994 vært forpliktet av forbudet i EØS-avtalen artikkel 12 mot kvantitative eksportrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning. For å kunne ta del i EUs indre energimarked er det imidlertid en faktisk forutsetning at det finnes kabler som kan overføre kraft mellom Norge og EU. EØS-avtalen forplikter ikke Norge til å bygge utenlandskabler, men for

eksisterende utenlandskabler kommer reglene om fri bevegelighet av kraft til anvendelse. Dette gjelder også for nye kabler som Norge skulle velge å bygge.

Også på energiområdet har EØS-regelverket – gjennom nye rettsakter fra EU som er blitt tatt inn i EØS-avtalen vedlegg IV, jf. EØS-avtalen artikkel 24 – stadig blitt mer omfattende og detaljert. Frem til energimarkedspakke III ble vedtatt i 2009, lå imidlertid norsk energilovgivning stort sett i forkant av EUs lovgivning. Allerede ved energiloven av 1990, før EØS-avtalen ble inngått, ble norsk energipolitikk sterkt liberalisert. Blant annet ble det åpnet for fri konkurranse mellom norske kraftprodusenter, og det ble handlet strøm med andre land i Norden gjennom grenseoverskridende infrastruktur.

Energimarkedspakke III innebar større endringer i EU. Det ble gitt en rekke fellesregler om reguleringen av kraftmarkedet og kraftutveksling for å bidra til en forsterket harmonisering av det indre markedet for handel med elektrisitet og gass. Som et hovedelement vises det til grensehandelsforordningens formål om å «fastsette rettferdige regler for utveksling av elektrisk kraft over landegrensene og dermed øke konkurransen på det indre marked for elektrisk kraft, idet det tas hensyn til de nasjonale og regionale markeders særtrekk», jf. forordningen artikkel 1 bokstav a. Som illustrasjon på de materielle forpliktelsene, viser lagmannsretten til grensehandelsforordningen artikkel 16 om alminnelige prinsipper om håndtering av kapasitetsbegrensninger, hvor det i nr. 3 heter:

For de forbindelseslinjene og/eller overføringsnettene som har betydning for grensekryssende strømmer, skal størst mulig kapasitet stilles til markedsdeltakernes rådighet, samtidig som det tas hensyn til sikkerhetsstandardene for nettdrift.

Som en del av energimarkedspakke III ble EU-byrået ACER opprettet for å sikre og styrke integrasjonen. ACER skal fremme samarbeidet mellom de nasjonale reguleringsmyndighetene, koordinere og utfylle arbeidet deres, overvåke energimarkedene, gi uforpliktende råd og anbefalinger, og delta i EUs lovgivningsarbeid. Lagmannsretten kommer nærmere tilbake til ACERs beslutningsmyndighet etter ACER-forordningen, se punkt 5.2 nedenfor. ACER kan imidlertid ikke ilegge bøter ved brudd på regelverket.

Før rettsakter i energimarkedspakke III ble tatt inn i EØS-avtalen, pågikk det et større arbeid for å gjøre nødvendige tilpasninger. Særlig utfordrende var arbeidet med å finne løsninger for ACERs virksomhet. Løsningen ble blant annet at beslutningsmyndighet ble lagt til ESA, se nærmere punkt 5.2 nedenfor, og at Norges nasjonale reguleringsmyndighet får delta fullt ut i arbeidet i ACERs styre og øvrige organer, men uten å ha stemmerett.

Norges deltakelse i EUs indre energimarked og våre folkerettslige forpliktelser på dette området har stor betydning for norsk energipolitikk. Det påvirker for eksempel både norsk forsyningssikkerhet og prisdannelsen på strøm i Norge. I likhet med EØS-avtalen som sådan innebærer dette *reelt sett* en betydelig overføring av myndighet. Disse inngripende

og omfattende folkerettslige forpliktelser ligger imidlertid i seg selv utvilsomt innenfor traktatkompetansen etter Grunnloven § 26 andre ledd, og står ikke til prøving i vår sak. Det konstitusjonelle spørsmålet – legalitetskontrollen – i vår sak gjelder bare den *formelle* myndigheten som ble overført ved Stortingets samtykke 22. mars 2018, jf. punkt 3.1 ovenfor.

Fortsatt pågår det utviklingsarbeid i EU, med tanke på ytterligere integrasjon og harmonisering av energiområdet, herunder styrking av ACERs overnasjonale rolle. Energimarkedspakke IV er allerede iverksatt i EU. Selv om rettsaktene i denne pakken ikke er en del av EØS-avtalen og Norges folkerettslige forpliktelser, er ikke Norge og norske aktører upåvirket. Samarbeidet og deltakelsen i EUs indre energimarked medfører betydelige politiske og praktiske bindinger, som gjør at også energimarkedspakke IV får betydning for hvilke energipolitiske valg Norge vil ta, både nå og i fremtiden. Som påpekt av flertallet i Innst. 178 S (2017–2018) side 5, innebærer imidlertid ikke Norges tilslutning til energimarkedspakke III at Norge automatisk sier ja til fremtidige endringer som kan komme på energifeltet i EU. I den grad norske aktører i sin samhandling med EU rent faktisk forholder seg til EU-regelverk som ikke er innlemmet i EØS-avtalen, er det tale om en frivillig og ensidig tilpasning, som det ikke ligger noen EØS-rettslige forpliktelser eller myndighetsoverføring i.

5 Myndighetsoverføringen ved Stortingets samtykke 22. mars 2018

5.1 Innledning

Stortinget samtykke 22. mars 2018 lyder slik:

Stortinget samtykker i godkjenning av EØS-komiteen beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken.

Lagmannsretten presiserer at dette ikke omfatter alle rettsaktene i energimarkedspakke III, men bare de ni rettsaktene som inngår i EØS-komiteen beslutning nr. 93/2017, se ovenfor under sakens bakgrunn.

For tingretten – og i forbindelse med Høyesteretts behandling av om saken skulle fremmes – var partene enige om at Stortingets samtykke 22. mars 2018 innebar to elementer av formell myndighetsoverføring. For det første myndighet til å treffe beslutninger etter ACER-forordningen artikkel 7–9, se punkt 5.2. For det andre myndighet til å treffe beslutninger etter grensehandelsforordningen artikkel 20 og til å ilegge bøter etter artikkel 22 nr. 2, se punkt 5.3. For lagmannsretten har Nei til EU i tillegg anført at samtykket innebar overføring av myndighet til EU-kommisjonen etter grensehandelsforordningen artikkel 18, se punkt 5.4.

Energimarkedspakkene I og II innebar ikke elementer av myndighetsoverføring. På energiområdet er det derfor ikke noe tidligere overført myndighet å kumulere med. Lagmannsretten vil avslutningsvis under punkt 5.5 vurdere hvilken betydning senere rettsakter fra EU på energiområdet har ved legalitetskontrollen.

5.2 Beslutninger etter ACER-forordningen artikkel 7–9

ACER-forordningen artikkel 4 bokstav d gir ACER myndighet til å «treffe individuelle beslutninger i de særskilte tilfeller nevnt i artikkel 7, 8 og 9». Dette er beslutninger som rettes til nasjonale reguleringsmyndigheter i EU-landene.

I saker som involverer én eller flere EFTA-land, har ESA fått myndighet til å fatte beslutninger etter artikkel 7–9 rettet mot nasjonale reguleringsmyndigheter i berørte EFTA-land, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017. I EØS-komiteens beslutning slås det videre fast at ACER og ESA skal samarbeide tett, blant annet skal begge organer ha rett til å delta fullt ut i hverandres arbeid og forberedende organer når det utarbeides beslutninger, men uten stemmerett. Når det er aktuelt med en beslutning fra ESA, skal ACER utarbeide et utkast før ESA fatter sin beslutning. ESA er ikke rettslig forpliktet til følge utkastet, men ordningen bygger på en forutsetning om at ESAs beslutninger skal være likelydende eller tilnærmet likelydende med utkast fra ACER, se Prop. 4 S (2017–2018) side 26.

Denne forutsetningen medfører at ACERs utkast blir tungtveiende, og lagmannsretten antar at det i praksis skal mye til for at ESA fraviker et utkast. I tråd med EØS-avtalens topilar-system legger imidlertid lagmannsretten til grunn at den avgjørende formelle beslutningsmyndigheten ligger hos ESA, og at verken ACER-forordningen eller EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 gir ACER noen myndighet overfor nasjonale reguleringsmyndigheter i EFTA-land. Når lagmannsretten nedenfor taler om «ACER/ESA», menes derfor den myndigheten som ACER har overfor EU-land og den myndigheten som ESA har overfor EFTA-land.

ACER-forordningen *artikkel 7* gjelder oppgaver for de nasjonale reguleringsmyndighetene. Artikkel 7 er en henvisningsbestemmelse som gir ACER/ESA myndighet til å treffe beslutninger om tekniske spørsmål med hjemmel i grensehandelsforordningen, andre gasstransmisjonsforordning, tredje elmarkedsdirektiv og tredje gassmarkedsdirektiv. Lagmannsretten er imidlertid ikke kjent med at det i disse rettsaktene finnes hjemler som gir ESA aktuell beslutningsmyndighet overfor den norske reguleringsmyndigheten.

Etter ACER-forordningen *artikkel 8* har ACER/ESA i forbindelse med grenseoverskridende infrastruktur myndighet til å «treffe beslutning om de reguleringsspørsmål som hører inn under de nasjonale reguleringsmyndigheters myndighet, herunder eventuelt vilkårene for tilgang og driftssikkerheten». De nasjonale reguleringsmyndigheters oppgaver og beføyelser er nærmere regulert i tredje

elmarkedsdirektiv kapittel IX, se særlig artikkel 37. Av artikkel 8 nr. 2 følger det at «[v]ilkårene for tilgang til tverrnasjonal infrastruktur» omfatter fremgangsmåte for kapasitetstildeling, for tidsramme for fordeling, for deling av flaskehalsinntekter (inntekter som oppstår ved kapasitetsbegrensninger mellom ulike prisområder) og for innkreving av avgifter fra visse brukerne av infrastruktur. ACERs myndighet gjelder tekniske og faglige spørsmål om bruken av grenseoverskridende infrastruktur, det vil si utenlandskabler. Bakgrunnen for myndigheten etter artikkel 8 er behovet å avklare tekniske og faktiske spørsmål på det operative nivået. For at systemet skal fungere, må alle aktører være koordinert for å sikre at kraftoverføringen mellom landene fungerer og skjer på en effektiv og sikker måte. Det er derfor nødvendig med nært faglig samarbeid og felles tekniske «kjøreregler». Dette er spørsmål som aktørene i de berørte landene tidligere avklarte på avtalenivå.

Lagmannsretten understreker at artikkel 8 ikke gir kompetanse til å fatte beslutninger om for eksempel bygging av nye kabler, utbygging av kraftverk, eierskapsregler eller konsesjoner. Dette er forhold som Norge fullt ut bestemmer over selv. Det kan heller ikke fattes konkrete beslutninger om hvem som skal ha hvor mye av flaskehalsinntekter, bare om beregningsmåten. ACER/ESA har heller ingen beslutningsmyndighet dersom Norge skulle beslutte å innføre restriksjoner på eksport av kraft etter EØS-avtalen artikkel 13. Også reguleringer om og fastsettelse av prisen på strøm faller utenfor ACER/ESAs myndighet. Strømprisen fastsettes av markedet. Den markedsmessige prisfastsettelsen påvirkes naturligvis av Norges deltakelse i EUs indre energimarked. Nei til EU har rett i at ACER/ESA gjennom sitt bidrag til at dette er et effektivt marked med en fungerende grenseoverskridende infrastruktur, indirekte kan påvirke strømprisene. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at det er noen holdepunkter for at ACER/ESAs formelle beslutningsmyndighet er en faktor som påvirker strømprisene.

Artikkel 8 er basert på et utgangspunkt om at de nasjonale reguleringsmyndighetene selv skal komme til enighet om de forhold som bestemmelsen gjelder. ACER/ESAs beslutningsmyndighet er derfor subsidiær i den forstand at den er betinget av at de aktuelle nasjonale reguleringsmyndighetene enten ikke har blitt enige senest seks måneder etter at saken ble forelagt for den siste av dem, eller at de i fellesskap anmoder om en beslutning fra ACER/ESA. Prinsipielt kan dette dreie seg om to vidt forskjellige situasjoner. Ved uenighet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter vil ACER/ESA i realiteten opptre som en tvisteløser, mens en felles anmodning ikke nødvendigvis trenger å ha sin bakgrunn i uenighet, men i et felles ønske om en overordnet avklaring fra ACER/ESA.

For lagmannsretten er det opplyst at verken ACER eller ESA foreløpig har truffet beslutninger utelukkende med hjemmel i ACER-forordningen artikkel 8. ACER har truffet flere beslutninger overfor EU-land, men disse beslutningene har hatt hjemmel i både artikkel 8 og utfyllende kommisjonsforordninger.

ACER/ESAs beslutninger rettes som nevnt mot nasjonale reguleringsmyndigheter. Det følger av tredje elmarkedsdirektiv artikkel 35 nr. 4 at de nasjonale reguleringsmyndighetene skal være uavhengige og at det skal sikres at de utøver sin myndighet upartisk og åpent. Mer detaljert er det blant annet stilt krav om de nasjonale reguleringsmyndighetene skal være juridisk atskilt og funksjonelt uavhengige av ethvert annet offentlig eller privat foretak. Det skal sikres at ansatte og ledere ikke søker eller mottar direkte instruksjoner fra noen regjering eller noe offentlig eller privat organ i utførelsen av sine reguleringsoppgaver.

For Norges del rettes ESAs beslutninger etter ACER-forordningen artikkel 8 mot RME, som er Norges nasjonale reguleringsmyndighet, jf. forskrift om elektrisk kraft over landegrensene § 2 første ledd første punktum. RME skal følge opp ESAs beslutninger, og i nødvendig utstrekning fatte bindende enkeltvedtak overfor norske aktører. Ettersom det er Statnett som på norsk side er eier av og systemansvarlig for alle elektrisitetskabler til og fra utlandet, vil dette i praksis si overfor Statnett, som er et statsforetak og selvstendig rettssubjekt med egne rettigheter og plikter.

For å oppfylle kravene i tredje elmarkedsdirektiv artikkel 35 nr. 4, er RME gjort til et uavhengig forvaltningsorgan, som ikke kan instrueres om utøvelsen av tillagt myndighet og disponeringen av tildelte budsjettmidler, jf. energiloven § 2-3 andre og tredje ledd. Videre fremgår det av § 2-3 fjerde ledd at RME skal samarbeide med andre lands reguleringsmyndigheter og internasjonale institusjoner i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser. I forskrift om netregulering og energimarkedet (NEM) § 2-4 andre ledd er det uttrykkelig fastsatt at RME skal sørge for at beslutninger som blir truffet av ESA i henhold til ACER-forordningen, blir gjennomført i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser, jf. også tredje elmarkedsdirektiv artikkel 37 nr. 1 bokstav d. – I tråd med ACER-forordningen artikkel 19 kan RMEs vedtak bare påklages til en uavhengig klagenemnd (Energiklagenemnda), jf. energiloven § 2-3 andre ledd.

Ettersom endelig vedtak med virkning i Norge fattes av RME, som er et norsk forvaltningsorgan, er ESAs myndighet overfor RME isolert sett bare av folkerettslig art. I tråd med tradisjonell lære kan det derfor anføres at det ikke har skjedd noen myndighetsoverføring til ESA. At RME – for å oppfylle EØS-regelverkets krav – er gjort til et uavhengig forvaltningsorgan som ikke kan instrueres, samtidig som ESA er gitt kompetanse til å treffe rettslig bindende pålegg overfor RME, gjør imidlertid at lagmannsretten – i likhet med partene – anser at det har skjedd en formell myndighetsoverføring til ESA. I tråd med de synspunkter som Lovavdelingen ga uttrykk for i sitt brev 27. februar 2018, og som ble lagt til grunn av Stortinget, jf. Innst. 178 S (2017–2018) side 11, mener lagmannsretten at denne konstruksjonen innebærer en overføring av regjeringens instruksjonsmyndighet etter Grunnloven § 3 til ESA. Som Lovavdelingen ser lagmannsretten det slik at ESA dermed også er gitt en kompetanse av internrettslig art.

ESAs beslutning kan prøves for EFTA-domstolen etter ODA (Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol) artikkel 36 og artikkel 37. Det foreligger likevel ingen overføring av domsmyndighet, idet gyldigheten av RME og Energiklagenemndas vedtak kan prøves av norske domstoler, jf. forskrift om Energiklagenemnda § 3, jf. Prop. 199 LS (2020–2021) side 22.

Når det gjelder ESAs myndighet etter ACER-forordningen *artikkel 9*, er det bare innvilgelse av unntak etter grensehandelsforordningen artikkel 17 nr. 5 som har aktualitet for Norge. Dette reiser imidlertid ikke spørsmål om myndighetsoverføring, fordi det i relasjon til denne myndigheten er Olje- og energidepartementet som er norsk nasjonal reguleringsmyndighet, jf. forskrift om elektrisk kraft over landegrensene § 2 første ledd andre punktum, jf. grensehandelsforordningen artikkel 17 nr. 6, se Prop. 5 L (2017–2018) side 60. På dette punkt foreligger det derfor ingen overføring av norsk internrettslig instruksjonsmyndighet til ESA.

5.3 Påleggs- og bøtekompetanse etter grensehandelsforordningen artikkel 20 og 22 nr. 2

Etter grensehandelsforordningen artikkel 20 nr. 1 skal statene og reguleringsmyndigheter på anmodning og innen en rimelig fastsatt tidsfrist gi EU-kommisjonen alle opplysninger som er nødvendige for å utarbeide generelle retningslinjer og regler etter artikkel 13 nr. 4 og artikkel 18. Dersom dette ikke overholdes, kan EU-kommisjonen innhente nødvendige opplysninger direkte fra energiselskaper, og på nærmere vilkår pålegge dem å utlevere opplysningene, jf. artikkel 20 nr. 2–5. Og hvis et foretak forsettlig eller uaktsomt ikke oppfyller sine forpliktelser etter artikkel 20, kan EU-kommisjonen ilegge det bøter, jf. artikkel 22 nr. 2.

Overfor foretak i et EFTA-land ligger denne påleggs- og bøtekompetansen hos ESA, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017. I norsk rett er dette gjennomført ved energiloven § 10-7 femte ledd. Det er uomstridt at dette innebærer en myndighetsoverføring til ESA. For norske foretak er det i praksis overfor Statnett at det kan bli aktuelt med slike pålegg fra ESA.

I tillegg kommer at ESAs pålegg og vedtak om ileggelse av bøter ikke kan prøves for norske domstoler, men i utgangspunktet hører inn under EFTA-domstolen. I dette ligger det også overføring av domsmyndighet til et internasjonalt organ, jf. HR-2021-417-P *Nei til EU* avsnitt 182.

For lagmannsretten er det opplyst at det foreløpig ikke er truffet noen beslutninger etter artikkel 20, verken av EU-kommisjonen eller ESA.

Det er også enkelte andre bestemmelser som gir ESA hjemmel til å innhente opplysninger fra norske foretak, se grensehandelsforordningen artikkel 3 nr. 3 og tredje

elmarkedsdirektiv artikkel 10 nr. 7 og artikkel 40 nr. 1. Disse opplysningspliktene knytter seg til sertifisering av operatører for overføringsnett samt forsyningsforetak som blir pålagt arkiveringsforpliktelser. ESA har imidlertid ikke hjemmel for å sanksjonere overtredelser av disse pliktene med bøter.

5.4 Myndighet til EU-kommisjonen etter grensehandelsforordningen artikkel 18?

For lagmannsretten har Nei til EU også anført at det er overført myndighet til EU-kommisjonen etter grensehandelsforordningen artikkel 18 til å fastsette generelle retningslinjer med bindende virkning for Norge og de øvrige partene i EØS-avtalen.

Etter grensehandelsforordningen artikkel 18 nr. 5 kan EU-kommisjonen fastsette retningslinjer («Guidelines») om en rekke detaljerte spørsmål til utfylling av forordningen. Med hjemmel i bestemmelsen har EU-kommisjonen gitt flere forordninger til utfylling av grensehandelsforordningen, blant annet de fire kommisjonsforordningene som er omfattet av Stortingets samtykke 11. juni 2021.

EU-kommisjonens myndighet til å fastsette retningslinjer er en form for lovgivningsmyndighet som gir kompetanse til å vedta forordninger som er bindende i EU.

Etter EØS-avtalen artikkel 102 er det imidlertid EØS-komiteen som har kompetanse til å gjøre nye rettsakter fra EU til en del av EØS-avtalen. EØS-komiteen består av to parter, EU på den ene siden og EFTA-landene som opptrer samstemt på den andre siden, og komiteen treffer sine beslutninger ved enstemmighet, jf. EØS-avtalen artikkel 93 nr. 2. Når EØS-komiteen har besluttet at en ny rettsakt inntas i et vedlegg til EØS-avtalen, er rettsakten innlemmet i EØS-avtalen. I forbindelse med innlemmelsen kan EØS-komiteen gjøre enkelte materielle endringer og foreta særskilte institusjonelle tilpasninger i rettsaktene. Dette er en grunnleggende del av EØS-avtalens topilar-system. Denne prosedyren gjelder også for forordninger som EU-kommisjonen fastsetter med hjemmel i en forordning som allerede er en del av EØS-avtalen. At grensehandelsforordningen er innlemmet i EØS-avtalen og folkerettslige bindende for Norge og de andre EFTA-landene, betyr dermed ikke at EU-kommisjonen har fått myndighet til å fastsette utfyllende rettsakter med bindende virkning for EØS-avtalen og EFTA-landene. Folkerettslig bindende for Norge blir en ny rettsakt fra EU først når EØS-komiteen har innlemmet den i EØS-avtalen og Norges forfatningsrettslige krav er oppfylt, jf. EØS-avtalen artikkel 102 og artikkel 103.

Illustrerende for dette er behandlingen av de fire kommisjonsforordningene som er omfattet av EØS-komiteens beslutninger nr. 204–207/2020 og Stortinget vedtak 11. juni 2021. Verken EØS-komiteens beslutninger eller Stortingets samtykke hadde vært nødvendige dersom grensehandelsforordningen hadde gitt EU-kommisjonen myndighet til å fastsette retningslinjer med bindende virkning også for partene i EØS-avtalen. At det var nødvendig å innlemme disse forordningene etter EØS-avtalens prosedyre for nye

rettsakter, ble også lagt til grunn da Stortinget ga samtykket 22. mars 2018, jf. Prop. 4 S (2017–2018) side 20.

Lagmannsretten bemerker at dette er en annen problemstillingen enn den som ble vurdert i HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 5.8, jf. også punkt 6. Også der var spørsmålet om det var overført myndighet til EU-kommisjonen. Bakgrunnen var at EUs jernbanebyrå (ERA) kunne tenkes å treffe beslutninger basert på supplerende regler vedtatt av EU-kommisjonen *før* de tas inn i EØS-avtalen. Til forskjell fra vår sak har EU-byrået ERA fått forvaltningsmyndighet til å fatte beslutninger med virkning i EFTA-landene, mens myndighet etter ACER-forordningen artikkel 8 for EFTA-landenes vedkommende ikke er lagt til EU-byrået ACER, men til EFTA-organet ESA. Og i motsetning til ERA (som et EU-byrå) har ESA (som et organ i EFTA-pilaren) bare adgang til å treffe beslutninger på grunnlag av rettsakter fra EU som er innlemmet i EØS-avtalen.

På denne bakgrunn kan lagmannsretten ikke se at Stortingets samtykke 22. mars 2018 innebar noen myndighetsoverføring til EU-kommisjonen etter grensehandelsforordningen artikkel 18, verken i form av lovgivningsmyndighet eller avledet traktatkompetanse.

5.5 Betydningen av de fire senere kommisjonsforordningene og energimarkedspakke IV
Saken reiser likevel spørsmål om hvilken betydning myndighetsoverføringen som ligger i de fire kommisjonsforordningene som omfattes av Stortingets samtykke 11. juni 2021, har ved legalitetskontrollen av behandlingsmåten da Stortinget ga sitt samtykke 22. mars 2018.

Ved den etterfølgende legalitetskontrollen er det ikke adgang til å kumulere med den senere myndighetsoverføringen som skjedde i 2021, jf. punkt 3.3 ovenfor. Det samme gjelder da naturligvis også for myndighetsoverføring som vil ligge i rettsakter som ikke er innlemmet i EØS-avtalen, herunder energimarkedspakke IV, selv om de er iverksatt i EU.

Derimot er det spørsmål om de fire kommisjonsforordningene kan kaste lys over innholdet i eller omfanget av myndighetsoverføringen i 2018. I forbindelse med samtykket til de fire kommisjonsforordningene, ble det identifisert to forhold som reiser spørsmål om myndighetsoverføring, jf. Prop. 199 LS (2020–2021) side 21-22.

For det første ble ESAs myndighet til å fatte beslutninger rettet mot RME som uavhengig reguleringsmyndighet utvidet. På samme måte som etter ACER-forordningen artikkel 8 er myndigheten subsidiær, slik at utgangspunktet er at de nasjonale reguleringsmyndighetene selv skal komme til enighet. Den utvidede beslutningsmyndigheten gjelder såkalte vilkår og metoder som nasjonale systemansvarlige selskap og kraftbørser skal utarbeide og få godkjent av nasjonale reguleringsmyndigheter. Et eksempel er en felles modell for beregning av tilgjengelig kapasitet i nettet. Det er tale om tekniske forhold som må koordineres mellom aktørene for å sikre en effektiv og sikker

bruk av infrastrukturen for elektrisk kraft. Tidligere ble disse forholdene i stor grad regulert gjennom avtalebasert praksis mellom landene.

De fire kommisjonsforordningene er vedtatt i medhold av grensehandelsforordningen artikkel 18, og supplerer og presiserer de rettsaktene som Stortinget ga samtykke til i 2018. Stortinget var på dette tidspunktet godt kjent med forordningene. Og som påpekt i Prop. 199 LS (2020–2021) side 29, er innlemmelsen av de fire forordningene en oppfølging av Stortingets samtykke 22. mars 2018. I praksis er det også først og fremst når det reiser seg spørsmål under disse mer detaljerte kommisjonsforordningene at ACER-forordningen artikkel 8 vil få anvendelse. Dette illustreres av at alle beslutningene som ACER hittil har truffet med hjemmel i artikkel 8, også har vært med hjemmel i en utfyllende kommisjonsforordning. I så måte er ACER-forordningen artikkel 8 i stor grad et rammeverk, som blir utfyllt av mer detaljert myndighet i kommisjonsforordninger.

Det er likevel slik at den utvidede myndigheten som de fire kommisjonsforordningene gir ESA til å treffe ulike typer beslutninger, gir hjemmel til å treffe beslutninger som ikke alene kunne vært truffet med hjemmel i forordningene som ble innlemmet i 2018, herunder ACER-forordningen artikkel 8 i seg selv. Med andre ord er de fire mer detaljerte kommisjonsforordningene som er gitt med hjemmel i grensehandelsforordningen artikkel 18 nødvendige utfyllende hjemmelsgrunnlag for å treffe slike beslutninger. Overført til norsk sammenheng kan dette sammenlignes med forholdet mellom en hjemmelslov og en forskrift med mer detaljerte kompetanseregler. Den utvidede myndigheten som følger av de fire kommisjonsforordningene viser således hvilken generell hjemmelskompetanse som ligger i ACER-forordningen og grensehandelsforordningen. Utover dette kaster ikke de fire kommisjonsforordningene lys over hva som følger av ACER-forordningen artikkel 8. Lagmannsretten understreker at EU-kommisjonens bruk av denne hjemmelskompetansen ikke har direkte virkning verken for eller i Norge; nye rettsaker må først innlemmes i EØS-avtalen, jf. punkt 5.4 ovenfor. Lagmannsretten kan derfor ikke se at ESAs utvidede myndighet etter de fire kommisjonsforordningene er relevant ved vurderingen av innholdet i eller omfanget av den formelle myndigheten som i seg selv ble overført til ESA i 2018.

For det andre fikk ACER og ENTSO-E – det europeiske nettverket for operatører av transmisjonsnett for elektrisk kraft – myndighet til å innhente opplysninger fra ulike aktører. Det er ikke hjemmel å ilegge sanksjoner. Dette er en ny opplysningsplikt.

På denne bakgrunn kan lagmannsretten ikke se at de fire kommisjonsforordningen rettslig sett kaster lys over innholdet i og omfanget av den myndigheten som ble overført i 2018.

5.6 Oppsummering

Oppsummert innebar Stortingets samtykke 22. mars 2018 to elementer av myndighetsoverføring.

For det første ble det overført myndighet til ESA til å gi RME pålegg om tekniske spørsmål i forbindelse med bruk av grenseoverskridende infrastruktur, jf. ACER-forordningen artikkel 8.

For det andre ble det overført påleggs- og bøtekompetanse til ESA etter grensehandelsforordningen artikkel 20 og artikkel 22 nr. 2, herunder domsmyndighet til EFTA-domstolen. I tillegg kommer enkelte andre opplysningsplikter, se punkt 5.3 ovenfor.

6 Konkret vurdering av om myndighetsoverføringen er lite inngripende

Under punkt 3.4 ovenfor har lagmannsretten kommet til at Stortingets syn må spille en betydelig rolle og at domstolene må vise varsomhet med å sette Stortingets syn til side. Domstolene skal ikke overprøve Stortingets vurdering om at Grunnloven § 26 andre ledd kunne benyttes, med mindre det er hevet over rimelig tvil at myndighetsoverføringen er mer enn lite inngripende.

Stortinget la til grunn at den samlede myndighetsoverføringen er lite inngripende. Stortingets syn er basert på grundige utredninger fra Lovavdelingen, jf. Innst. 178 S (2017–2018) side 11. Det vises til Lovavdelingens brev 27. februar 2018 med videre henvisninger til tidligere vurderinger fra Lovavdelingen. Etter lagmannsrettens syn oppfyller Stortingets grunnlovsvurdering de kvalitetskrav som stilles, jf. punkt 3.4 ovenfor. Stortinget var klar over de to elementene av myndighetsoverføring og var kjent med de vesentlige konsekvensene av vedtaket. Stortingets standpunkt bygde på et korrekt rettslig vurderingstema, basert på de momentene som følger av HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 4. Det hefter derfor ikke svakheter ved Stortingets grunnlovsvurdering, som fratår den vekt ved vurderingen domstolene skal foreta.

Med dette som utgangspunkt går lagmannsretten over til den konkrete vurderingen av om myndighetsoverføringen som Stortinget 22. mars 2018 samtykket til, er lite inngripende. Vurderingen bygger på de generelle momentene som følger av HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 4, se under punkt 3.2 ovenfor.

Lagmannsretten ser først på ESAs myndighet etter ACER-forordningen artikkel 8.

Når det gjelder arten av myndighetsoverføring, er det tale om utøvende myndighet i form av forvaltningsmessig instruksjonsmyndighet overfor et forvaltningsorgan. Dette er en begrensning i den utøvende makts overordnede myndighet. Det innebærer at regjeringens kontroll- og styringsmuligheter skjæres bort. Det får også betydning for den parlamentariske kontrollen og det konstitusjonelle ansvaret. Lagmannsretten anser likevel at dette ikke ligger i kjernen av hva som regnes som formell myndighetsoverføring, ettersom vedtak fra det norske forvaltningsorganet RME vil være nødvendig for å gjennomføre og håndheve ESAs beslutninger overfor foretak i Norge. Det er RME som

nærmere bestemmer hvordan den interne gjennomføringen i norsk rett skal skje, gjennom å treffe egne vedtak i tråd med norsk regelverk. Selv om RME er uavhengig, anser lagmannsretten derfor at slik myndighet i alminnelighet betraktes som mindre inngripende enn der et internasjonalt organ selv har fått myndighet til å treffe vedtak med direkte virkning for innbyggere eller foretak i Norge.

Myndighetens subsidiære karakter trekker i samme retning, idet utgangspunktet ikke er overnasjonal styring, men at nasjonale reguleringsmyndigheter selv skal søke å bli enige. Dette modifieres imidlertid av at ordningen i realiteten langt på vei vil fungere som en tvisteløsningsmekanisme ved uenighet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter. Når det ikke oppnås enighet fordi norske reguleringsmyndigheter ønsker en annen løsning enn andre lands reguleringsmyndigheter, vil spørsmålet for Norges del bli avgjort av ESA.

Det er naturlig å se spørsmålet om myndighetsoverføringens omfang i sammenheng med arten av de samfunnsmessige og politiske interessene som er berørt, jf. HR-2021-655-P *Betenkning* punkt 6 tolvte avsnitt, hvor det videre fremgår at det er disse momentene som må veie tyngst i vurderingen av om myndighetsoverføringen kan anses som lite inngripende.

Energimarkedspakke III regulerer energiområdet og handelen med strøm. Dette berører samfunnsmessige og politiske interesser av svært stor betydning. Kraftforsyningen er en del av Norges vitale infrastruktur, som hele samfunnet – hver enkelt innbygger, hele næringslivet og det offentlige – er avhengig av. Norge må ha tilstrekkelig energi til å dekke landets behov, og infrastrukturen må til enhver tid fungere effektivt og sikkert. Strømprisene har stor betydning for den norske økonomien. Energiområdet berører også vesentlige miljøverninteresser. Som helhet har energimarkedspakke III stor betydning for norsk energipolitikk.

ESAs myndighet etter ACER-forordningen gjelder imidlertid tekniske og faglige spørsmål på det operative området, begrenset til bruken av grenseoverskridende infrastruktur (utenlandskabler). Det er tale om forhold som krever felles løsninger for at overføringen av kraft mellom landene skal fungere effektivt og sikkert. Beslutningene treffes på grunnlag av et regelverk som langt på vei allerede er harmonisert i EØS, og baseres på et faglig skjønn snarere enn et politisk betont grunnlag. I praksis vil dessuten Statnett være det eneste foretaket i Norge som blir berørt av ESAs beslutninger. Og Statnett ville uansett vært avhengig av enighet med reguleringsmyndighetene i andre EU-land for å få utenlandskablene dit til å fungere. RME vil for øvrig fortsatt stå for det daglige tilsynet med at regler og vilkår overholdes.

I likhet med flertallet i Innst. 178 S (2017–2018) side 11 vil lagmannsretten også understreke Norges fortsatte suverenitet på energiområdet:

Dette flertallet viser til at de grunnleggende elementene i norsk energipolitikk ligger fast. Det nasjonale regelverket om konsesjoner til strømmnett, utenlandskabler og kraftverk vil fortsatt gjelde. Ytterligere vil dette flertallet understreke at forsyningssikkerhet og kraftforsyningsberedskap fortsatt er et nasjonalt anliggende, hvor ansvaret fortsatt vil ligge i OED. Dette flertallet understreker at norske kommuner, fylkeskommuner og staten samlet eier om lag 90 pst. av produksjonskapasiteten i landet. Selv om Norge tar del i et mer harmonisert regelverk for energimarkedene gjennom EØS-avtalen, har vi fortsatt suverenitet over disponeringen av våre unike energiressurser og utformingen av vår energipolitikk. Når det gjelder konsesjoner til strømmnett og kraftverk, gjelder fortsatt norsk regelverk uavhengig av virksomheten til ACER. Spørsmål om eventuell finansiering av overføringsforbindelser mellom land reguleres av den såkalte infrastrukturforordningen. Den er ikke del av EØS-avtalen i dag.

Lagmannsretten kan ikke se at ESAs myndighet etter ACER-forordningen artikkel 8 rokker ved det som uttales her. Lagmannsretten viser også til punkt 5.2 ovenfor, hvor lagmannsretten har nevnt flere energipolitiske spørsmål av stor samfunnsmessig og politisk betydning, som faller utenfor ESAs beslutningsmyndighet.

Slik lagmannsretten ser det, gjelder myndighetsoverføringen til ESA etter ACER-forordningen artikkel 8 tekniske og faglige spørsmål på et avgrenset saksområde, med et begrenset omfang. Selv om energiområdet berører sentrale samfunnsmessige og politiske interesser, kan ikke lagmannsretten se at denne konkrete myndighetsoverføringen påvirker disse i særlig grad. Samlet sett mener lagmannsretten at myndighetsoverføringens reelle samfunnsmessige betydning er liten og tilsier at den er lite inngripende.

Også momentet gjensidig og likeverdig deltakelse taler for at myndighetsoverføringen er lite inngripende. Myndigheten er lagt til ESA, som inngår i EFTA-pilaren, som Norge tilhører. ESA skal fatte beslutninger basert på ikke-bindende utkast fra ACER. RME deltar både i ACERs styre og øvrige organer. På dette området har Norge lang erfaring og høy kompetanse. Selv om RME ikke har stemmerett i ACER, vil RME gjennom deltakelsen i ACERs arbeid i praksis kunne øve stor innflytelse. RME har også rett til å uttale seg om ACERs utkast før ESA fatter sin beslutning, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 artikkel 1 nr. 5 bokstav d (iv).

Den norske ekspertdeltakelsen gir videre mulighet til å avbøte uheldige virkninger av at beslutninger treffes av ESA. RME kan dessuten anmode om at ESA tar sin beslutning opp til ny vurdering, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 artikkel 1 nr. 5 bokstav d (iv). Norske myndigheter kan videre bringe ESAs beslutninger inn for EFTA-domstolen. Mulige uheldige virkninger kan til en viss grad også avbøtes gjennom RMEs nærmere gjennomføring av beslutninger fra ESA. RMEs vedtak kan videre påklages til Energiklagenemnda, og vedtak både fra RME og Energiklagenemnda kan prøves for norske domstoler.

Etter en helhetsvurdering anser lagmannsretten det klart at overføringen av myndighet til ESA etter ACER-forordningen artikkel 8 er lite inngripende.

Lagmannsretten ser så på ESAs myndighet til å pålegge norske energiselskaper å utlevere opplysninger og adgangen til å bøtelegge ved manglende oppfyllelse, jf. grensehandelsforordningen artikkel 20 og artikkel 22 nr. 2.

Arten av myndighetsoverføringen er forvaltningsmyndighet med avledet domsmyndighet til EFTA-domstolen. Det er tale om en subsidiær og avgrenset opplysningsplikt, som ikke gjelder tilsyn, men EU-kommisjonens behov for opplysninger ved utarbeidelse av generelle retningslinjer og regler. Av grensehandelsforordningen artikkel 20 nr. 6 fremgår det uttrykkelig at opplysningene bare kan brukes for dette formålet, samt at opplysningene ikke skal gis videre dersom de er omfattet av taushetsplikt.

Myndighetsoverføringen har etter lagmannsrettens vurdering svært begrenset omfang, og påvirker ikke nevneverdig de samfunnsmessige og politiske interessene som gjør seg gjeldende på energiområdet. Denne konkrete myndighetsoverføringen har derfor liten samfunnsmessig betydning. Myndigheten er videre overført til et ESA, som er et organ i EFTA-pilaren, og er betinget av at norske myndigheter ikke oppfyller sin opplysningsplikt etter grensehandelsforordningen artikkel 20 nr. 1. Norske myndigheter har dessuten rett til å delta i komiteer som bistår EU-kommisjonen i utviklingen av aktuelle retningslinjer og regler. ESAs beslutninger kan også prøves for EFTA-domstolen.

Lagmannsretten har kommet til at denne påleggs- og bøtekompetansen i seg selv er en svært lite inngripende myndighetsoverføring. Det samme gjelder de øvrige opplysningspliktene som er nevnt under punkt 5.3 ovenfor, som dessuten ikke er straffesanksjonert.

Også etter en samlet vurdering kan det etter lagmannsrettens syn ikke være tvil om at de to elementene av myndighetsoverføring som denne saken gjelder, er lite inngripende. Lagmannsretten tilføyer at det er illustrerende at det per i dag ikke har vært truffet noen beslutninger utelukkende etter ACER-forordningen artikkel 8, verken fra ACER eller ESA, eller etter grensehandelsforordningen artikkel 20, verken fra EU-kommisjonen eller ESA.

På denne bakgrunn er det ikke grunnlag for å sette til side stortingsflertallets standpunkt om at myndighetsoverføringen som Stortinget 22. mars 2018 samtykket til, er lite inngripende.

7 Konklusjon

Lagmannsrettens konklusjon er at Stortinget kunne gi samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 etter behandlingsmåten i Grunnloven § 26 andre ledd. Anken fra Nei til EU skal derfor forkastes.

8 Sakskostnader

Staten har vunnet saken og har som hovedregel krav på å få dekket sine sakskostnader for tingretten og lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 første og andre ledd, jf. § 20-9 første og andre ledd. Lagmannsretten har ikke vært i noen tvil om domsresultatet, men saken har likevel reist omstridte, uavklarte og prinsipielle rettsspørsmål av betydelig samfunnsmessig interesse. Etter en samlet vurdering har lagmannsretten kommet til at tungtveiende grunner gjør det rimelig at Nei til EU fritas for sakskostnadsansvaret for både tingretten og lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke.

Kristin Robberstad

Øistein Aamodt

Axel Slettebøe

Hanne Marie Huitfeldt

Jan Petter Synnestvedt

Dokument i samsvar med undertegnet original:
Eirik Hvaal Stenberg (signert elektronisk).