

Oslo tingrett

Via Aktørportalen

Referanse: 41581/13369

Ansvarlig advokat: Kjell M. Brygfjeld

E-post: kmb@ebtas.no

Stavanger, 21. desember 2021

ANKE

TIL

BORGARTING LAGMANNSRETT

Sak: 18-167528TVI-OTIR/02

Saksøker: Nei til EU
Schweigaardsgt.34 B, 0191 OSLO

Prosessfullmektig: Advokat Kjell M. Brygfjeld
Advokatfirma Endresen Brygfjeld Torall AS (EBT AS)
Postboks 155 Sentrum, 4001 Stavanger

Rettslig medhjelper: Advokat Bent Endresen, EBT AS

Saksøkt: Staten v/Utenriksdepartementet
Postboks 8001, 0030 OSLO

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

Rettslig medhjelper: Regjeringsadvokaten
v/advokatfullmektig Lisa-Marie Moen Jünge

Oslo tingrett avsa 22. november 2021 dom i sak nr. 18-167528TVI-OTIR/02 mellom overstående parter med slik slutning:

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

Dommen i sin helhet påankes med dette.

Det ankes over tingrettens bevisvurdering og rettsanvendelse.

I INNLEDNING

Saken gjelder spørsmålet om Stortinget brøt med Grunnlovens § 115 da Stortinget 22. mars 2018 med simpelt flertall ga samtykke til at regjeringen kunne innlemme EUs tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen (heretter E III).

Nei til EU anfører at den myndighetsavståelse som skjer gjennom innlemmelsen av E III er mer enn «lite inngripende» og at Stortingets samtykke ikke kan gjøres med simpelt flertall etter Grl. § 26, men først etter samtykke fra et kvalifisert flertall i henhold til regelen i Grl. § 115.

Nei til EU anfører at tingretten har vurdert bevisene i saken uriktig når det gjelder realiteten i myndighetsoverføringen.

Når det gjelder lovanvendelsen så anføres det at tingretten har lagt nivået for prøvingsintensiteten av Stortingets vedtak for lavt.

II «KUMULASJON»

I 2021 samtykket Stortinget til at fire nye kommisjonsforordninger som utdyper og presiserer innholdet i E III skal gjennomføres i norsk rett. Forordningene ble vurdert av Justisdepartementets Lovavdeling i 2019 og samtykket ble gitt av Stortinget i 2021 (se faktisk utdrag for tingretten side 718 og side 1527). Det anføres at forordningene innebærer ytterligere overføring av kompetanse til ACER/ESA. Innholdet av forordningene var kjent på det tidspunkt E III ble vedtatt.

Nei til EU anfører at lagmannsretten, ved vurderingen av spørsmålet om myndighetsoverføringen til ACER/ESA er «lite inngripende» må ta det samlede omfang av myndighetsavståelsen etter E III i betraktning, dvs. også den som følger av de sist godkjente forordninger, i tillegg til situasjonen på vedtakstidspunktet.

Nei til EU legger til grunn at effekten av disse fire forordningene kan trekkes inn i retens avgjørelsesgrunnlag.

III FAKTUM

1

Elektrisitetsforsyningen er essensiell for Norge, for befolkningen og for store deler av industrien, og helt essensiell for den kraftkrevende industri. Dette er industriforetak som ble plassert nært der elektrisitet blir produsert og som er kjernen i samfunn som Sauda, Odda, Årdal, Sunndal, Rana, mv. El-forsyningen som grunnlag for det norske samfunn har aktualisert seg i disse dager. Den norske el-forsyning er i all hovedsak basert på vannkraft. Produksjonen har doblet seg de siste 30 år. Vi har videre svært stor magasinkapasitet, tilsvarende 70 % av forbruket. Sjøl om vannkraft er en robust og stabil kraftkilde, har det vært formålstjenlig å bygge forbindelser i første rekke til de nordiske land. Alt på tidlig 1980-tall var overføringskapasiteten her tilstrekkelig til å sikre forsyning av kraft til befolkning og industri.

Overføringskapasiteten er imidlertid blitt vesentlig øket ved nye kabler til Danmark og nå senest til Tyskland og UK. De siste kablene har en stor kapasitet for overføring av el-kraft. En anslår at samlet sett kan over 50 % av produksjonen eksporteres.

Samtidig har EU utviklet sitt program for energi. Det uttalte mål for EUs energipolitikk er et felles europeisk (dvs. innenfor EU/EØS) energimarked – et marked hvor energien omsettes som en hvilken som helst annen vare og flyter fritt uten hindringer. Og prisen skal være uavhengig av hvor man befinner seg. Resultatet av denne politikken ser vi i disse dager. Prisen på strøm er på et helt uakseptabelt nivå. Husholdningene klarer ikke å betale. Industri må stenge ned og arbeidere permitteres.

EUs program for å gjennomføre et fritt el-marked i EU/EØS-området framkommer i det som kalles Energipakker - fra pakke I til IV. I E III etableres ACER som et nytt byrå i EU-systemet – et overnasjonalt organ med det fremste formål å sikre fri flyt av energi mellom statene og i markedet.

2

ACER har ikke kompetanse til å vedta ny utbygging av transnasjonale kabler eller forbindelser, men har på sentrale områder kompetanse til å regulere *bruken* av eksisterende mellomnasjonale overføringslinjer/kabler. Dette er nå aktualisert bl.a. i tvist for ACER mellom Finland og Sverige, hvor Sverige søker å sørge for sin egen forsynings-sikkerhet på tvers av fri flyt.

For Norges del utøver ACER sin myndighet via EFTAs overvåkingsorgan ESA, som skal fatte likelydende vedtak, som deretter effektueres av Reguleringsmyndigheten for energi (RME).

3

På side 20 i dommen heter det: *«Elementene av myndighetsoverføring er av begrenset karakter, jf. punkt 5.2, 5.3 og 5.4 over. Myndigheten som overføres til ESA er i begge tilfeller dessuten av subsidiær karakter. Det innebærer at norske myndigheter i utgangspunktet selv kontrollerer myndighetsutøvelsen.»*

Dette er ikke en riktig beskrivelse. ACER/ESAs myndighet som det her snakkes om er subsidiær i den forstand at den slår inn hvis RME-ene ikke blir enige og henviser saken til ACER eller uenigheten går over en viss tid (6 måneder, jfr ACER-forordningen art 8.1), men dette er ikke noe «norske myndigheter» kontrollerer. Dels skal RME være uavhengig av norske myndigheter, og dels er man også prisgitt hvordan RME-ene i andre land i samme område reagerer. Hvis bare en av dem ikke er enig med «norske» RME vil saken uansett havne på ACERs bord etter seks månedersfristen.

På dommens side 21 heter det videre:

«Nei til EU har anført at ACER-ESA-RME-modellen er en «by-pass»-ordning; ESA kopierer ACERs vedtak, slik at det i realiteten er ACER som treffer vedtak som er bindende for norske virksomheter. Retten kan ikke se at anførselen er holdbar. EØS-avtalen er bygget opp slik at EU-retten skal speiles nasjonalt gjennom EFTA-organer. Selv om Norge vil være forpliktet til å treffe likelydende vedtak som i EU, er det prinsipielt en «avgjørende forskjell på å være herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere, og å gi slipp på denne «kontrollmuligheten»», jf. St.prp.nr. 100 (1991-92) side 337.»

Tingretten overser langt på vei den uavhengigheten som RME skal ha, og hvordan ACER-ESA-RME-konstruksjonen er noe annet enn den alminnelige to-pilaren i EØS.

Konstruksjonen er at overvåkingsorganet ESA formelt skal gjøre vedtak på vegne av EUs energibyrå ACER, men vedtakene skal være likelydende. ESAs vedtak går deretter via Reguleringsmyndighet for energi i Norge (RME), som er uavhengig av nasjonale myndigheter, jf. el-direktivet (72/2009) artikkel 35. RME skal gjennomføre vedtakene fra ESA i Norge. Dette er RME forpliktet til i el-direktivet artikkel 37. Dermed får et EU-vedtak via ESAs kopivedtak virkning for aktører i norsk el-forsyning.

Eirik Holmøyvik og Halvard Haukeland Fredriksen beskriver vedtaksmodellen som «kopivedtak» i en kronikk i Klassekampen 05.01.2018:

«At vedtakene i realiteten skal treffes av Acer, reflekteres også i en rekke EØS-tilpasninger til saksbehandlingsreglene som i praksis reduserer Esa til en mellommann som formidler kontakt mellom norske reguleringsmyndigheter og Acer. Denne konstruksjonen med «kopivedtak» kjenner vi igjen fra Norges tilknytning til EUs finanstilsyn i 2016.»

Hans Petter Graver skriver dette om vedtaksmodellen i sin betenkning «Grunnlovens § 115 og (særlig) ACER-saken» (september 2018):

«Problemet med konstruksjonen er imidlertid ikke først og fremst at reguleringsmyndigheten er gjort uavhengig av nasjonale myndigheter, men at den samtidig er underlagt EFTAs overvåkningsorgans, og dermed i realiteten EU-organenes instruksjonsmyndighet.

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

Når dette direktivet er innlemmet i EØS-avtalen og innlemmet i norsk rett, har ESA og Kommisjonen fått myndighet til å treffe beslutninger som den nasjonale reguleringsmyndigheten er forpliktet til å overholde og gjennomføre. Formelt er disse beslutningene rettet til nasjonale myndigheter, det vil si forvaltningen, men reelt er de ment å skape rettigheter og plikter for private.»

Det er en avgjørende forskjell på å være herre over det siste avgjørende skrittet som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere og å gi slipp på denne «kontrollmuligheten», som dommen peker på med referanse til EØS-proposisjonen. Men dette er ikke et holdbart poeng i denne saken. ACER-konstruksjonen, med et RME som må følge ESAs vedtak og ifølge regelverket er uavhengig fra nasjonal myndighet, innebærer tvert imot at Norge har gitt slipp på den siste nasjonale kontrollmuligheten.

Her kan det videre vises til ESAs undersøkelser av at den norske RME-konstruksjonen kan være i strid med EØS-avtalen, fordi det er tvil om RME er så uavhengig som regelverket i E III krever.

Dessuten viser vi til EU-domstolens avgjørelse i saken EU-kommisjonen mot Tyskland 02.09.21 (C-718/18), der det fremkommer at uavhengigheten skal forstås som et vern mot nasjonale føringer.

4

I tingrettens dom side 16 sies det:

«Det følger av ACER-forordningen artikkel 7 at ACER kan treffe individuelle beslutninger om tekniske spørsmål med hjemmel i øvrig regelverk i den tredje energimarkedspakke. Bestemmelsen gir altså ikke en selvstendig vedtakskompetanse. Staten har opplyst at man ikke er kjent med at det finnes noen slik hjemmel i øvrig regelverk. Retten legger dette til grunn.»

I El-markedsdirektivet 2009/72/EF artikkel 6 nr. 4 (om regionalt samarbeid) framgår det imidlertid:

«Dersom vertikalt integrerte operatører av overføringsnett deltar i et fellesforetak opprettet med sikte på å gjennomføre slikt samarbeid, skal fellesforetaket

opprette og gjennomføre et samsvarsprogram som fastsetter tiltakene som skal treffes for å sikre at forskjellsbehandling og konkurransebegrensende atferd utelukkes. Dette samsvarsprogrammet skal fastsette hvilke forpliktelser de ansatte skal ha for å oppfylle målet om å utelukke forskjellsbehandling og konkurransebegrensende atferd. Det skal være gjenstand for Byråets godkjenning. De samsvarsansvarlige hos de vertikalt integrerte operatørene av overføringsnett skal uavhengig kontrollere samsvar med programmet.»

Den ankende part anfører at tingrettens drøftelse over må modifiseres vesentlig. ACER har beslutningsmyndighet utover det tingretten legger til grunn.

5

På side 16 i dommen sier tingretten: *«I artikkel 9 er ACER tillagt myndighet til å behandle søknader om unntak for nye utenlandsforbindelser etter grensehandelsforordningen artikkel 17 nr. 5. Denne bestemmelsen antas ikke å ha praktisk betydning i Norge, da kompetansen her er lagt til departementet.»*

Dette er omtalt av Lovavdelingen i deres uttalelse 27.02.2018, s. 7. OED har vist til at artikkel 17 nr. 6 åpner for at kompetansen ligger hos departementet.

Tingretten nevner imidlertid ikke ACERs myndighet til å gi unntak angående gass. ACER-forordningen artikkel 9 nr. 1 lyder:

«Byrådet kan innrømme unntak som fastsatt i artikkel 17 nr. 5 i forordning (EF) nr. 714/2009. Byrådet kan også innrømme unntak som fastsatt i artikkel 36 nr. 4 i direktiv 2009/73/EF dersom den berørte infrastruktur strekker seg over mer enn én medlemsstats territorium.»

Artikkel 36 nr. 4 i direktiv 2009/73/EF sier:

«Dersom den aktuelle infrastrukturen strekker seg over mer enn én medlemsstat, kan Byrådet legge fram en rådgivende uttalelse for reguleringsmyndighetene i de berørte medlemsstatene, som kan brukes som grunnlag for deres beslutning, innen to måneder fra datoen da anmodningen om unntak ble mottatt av den siste av de berørte myndighetene.

Dersom alle de berørte reguleringsmyndighetene er kommet til enighet vedrørende anmodningen om unntak innen seks måneder fra datoen da anmodningen ble mottatt av den siste av reguleringsmyndighetene, skal de underrette Byrådet om sin beslutning.

Byrådet skal utføre de oppgavene som i denne artikkel tillegges de berørte medlemsstatenes reguleringsmyndigheter

a) dersom ikke alle de berørte reguleringsmyndighetene har kunnet komme til enighet innen seks måneder fra den dato da anmodningen om unntak ble lagt fram for den siste av disse reguleringsmyndighetene, eller

b) ved en felles anmodning fra de berørte reguleringsmyndighetene.

De berørte reguleringsmyndighetene kan i fellesskap anmode om at tidsrommet i tredje ledd bokstav a) forlenges med inntil tre måneder.»

Nei til EU bestrider altså at ACER ikke har vedtakskompetanse etter det øvrige regelverk i E III.

6

RME har som en av sine oppgaver å fastsette nettselskapenes inntektsrammer og involverer seg også i dagens kritiske situasjon og markerer sin uavhengighet av departement og Regjering. Fra RMEs hjemmeside for i dag hitsettes som illustrasjon:

«I forbindelse med Stortingets behandling av strømskadedloven har et flertall i energi- og miljøkomiteén bedt regjeringen om å utsette ikrafttredelsen av forskriftsendringen som omhandler utforming av tariff for nettleie. I den forbindelse har det oppstått uklarhet om hvilket handlingsrom nettselskapene har til å endre tariffene innenfor gjeldende regelverk.

I nytt regelverk, som nå er utsatt, pålegges nettselskapene å differensiere fastleddet på grunnlag av kundens etterspørsel etter effekt. I tillegg kan energileddet ha et påslag når nettet er høyt belastet. Det er denne endringen som eventuelt skal utsettes.

Etter gjeldende regelverk skal tariffen ha et fastledd og et energiledd. Det er ikke regler i forskriften som forbyr nettselskapene å differensiere fastleddet etter kundens etterspørsel etter effekt. Det er heller ikke forbud mot å differensiere energileddet over døgnet.

En differensiering av fastledd og energiledd må skje i henhold til forskriftens § 13-1. Her står det blant annet at tariffene skal utformes slik at de i størst mulig grad gir signaler om effektiv utnyttelse og effektiv utvikling av nettet, og at tariffene kan differensieres etter objektive og kontrollerbare kriterier basert på relevante nettforhold.

Virkningen av å utsette forskriftsendringen er at nettselskapene ikke pålegges å endre tariffen for nettleie. I den grad det er teknisk mulig står nettselskapene fritt til å utsette endringene, men de må i så tilfelle varsle kundene om dette.»
(vår utheving)

IV RETTSANVENDELSEN

Tingretten tar i sitt punkt 4 (side 14) et korrekt rettslig utgangspunkt. Men tingretten anvender dette utgangspunkt feil, og dommen blir da uriktig.

Tingretten legger nivået for prøvningsintensiteten for lavt. Tingretten konkluderer om dette på side 11:

«Rettens konklusjon er derfor at domstolene på prinsipielt grunnlag må utvise tilbakeholdenhet ved prøvingen av Stortingets vedtak. »

Tingretten bygger her på Kløftadommen og siterer på side 10 følgende passus:

«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 statsmakters 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.»

Kløftadommen drøfter prøvningsintensitet angående personlig frihet og sikkerhet, ved økonomiske rettigheter og ved statsmakters arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse. Vår sak handler imidlertid om Stortingets adgang til å avgi suverenitet. Dette spørsmålet var ikke drøftet i Kløftadommen.

Tingretten viser samtidig til Høyesteretts kjennelse i herværende sak, avsnitt 62 at Grl. §§ 26 og 115 er en form for kompetanse og saksbehandlingsregel. Avsnittet lyder:

«Grunnlovsbestemmelsene i § 26 og § 115 gir regler om forholdet mellom regjeringen og Stortinget og om hvordan en sak skal behandles i Stortinget. Det er altså tale om en form for kompetanse- og saksbehandlingsregler. De atskiller seg dermed fra reglene i Grunnloven som gir borgerne individuelle rettigheter, som for eksempel bestemmelsene om ytringsfrihet, rett til rettferdig rettergang og vern mot tilbakevirkende lover. Bestemmelsene i § 26 og § 115 har likevel betydning utover å regulere forholdet mellom Stortinget og regjeringen og å gi regler om saksbehandlingen i Stortinget.»
(Vår uthevning)

I sin sammenheng framgår det at Grl. §§ 26 og 115 er noe annet og mer enn kompetanse- og saksbehandlingsregel. Dette ser ikke tingretten.

Tingretten viser videre til at spørsmålet om forholdet til Grunnlovens bestemmelser har vært vurdert av Lovavdelingen, og konkluderer med; «... at Stortingets egen vurdering av grunnlovsmessigheten vil være tungtveiende.» (s. 11)

Tingretten legger en for lav terskel til grunn for sin prøvning av grunnlovsmessigheten av Stortingets vedtak. Det er heller ikke Lovavdelingen som har kompetanse til å avgjø-

re spørsmålet. Lovavdelingens synspunkt må også modifiseres noe utover tingrettens gjengivelse.

Tingrettens henvisning til Høyesteretts betenkning over fjerde jernbanepakke blir også misvisende i det tingretten siterer betenkningen på at den *ikke* går inn på spørsmålet om prøvningsintensiteten, fordi Høyesterett kom med sin betenkning *før* vedtak i Stortinget om fjerde jernbanepakke.

I tillegg anføres det at Høyesterett i sin avgjørelse av om Nei til EU hadde rettslig interesse i å få fremmet saken ikke låser prøvningsintensiteten til en særskilt modell eller terskel. Jeg viser her videre til Høyesteretts kjennelse i saken avsnitt 115:

«Å tillate dette søksmålet fremmet ligger også fjernt fra slik prøving som stortingskomiteen advarte mot i 2020. Det er ikke tale om en prøving som er «fremmed for norsk rettstradisjon». En prøving av om Stortinget holdt seg innenfor Grunnlovens rammer da det ga sitt samtykke, utfordrer heller ikke «forholdet mellom domstoler og dagens politikk». Tvert om er det tale om legalitetskontroll av et stortingsvedtak. Omfanget og intensiteten ved en slik prøving vil bli et tema dersom hovedsaken fremmes.»

Den ankende part anfører at tingretten, ved nærmest å akseptere at Stortingets flertall selv bestemmer hvordan Grunnlovens bestemmelser er å forstå, ikke gjennomfører den legalitetskontroll som kjennelsen gir grunnlag for at domstolen skal foreta.

Tingretten unnlater også å drøfte det mindretallsvern som ligger i Grl. § 115. Den rettsanvendelse tingretten legger opp til innebærer at mindretallsvernet effektivt settes til side i situasjoner der det er strid om karakteren og omfanget av suverenitetsavståelser.

Tingretten understreker på s. 13 videre at:

«Det som er avgjørende i denne sammenheng, er om avtalen formelt sett innebærer en myndighetsoverføring fra norske statsorganer som er mer enn lite inngripende.» (Vår utheving).

Ankende part anfører at også dette er et for snevert utgangspunkt. Man må vurdere myndighetsoverføringen i sin helhet og i sin sammenheng. Dersom realiteten er en myndighetsoverføring utover grensen for Grl § 26, må Grl § 115 nyttes. Tingretten er inne på dette når den på side 14 gjengir Høyesteretts kriterier, bl.a. om

«..helhetsvurdering, som vil få preg av et "blandet skjønn".", og «... at fremtidige saker kan gjøre det nødvendig å videreutvikle eller supplere kriteriene».

I dette lys må man, som beskrevet ovenfor, også vurdere det regelverk som er kommet med hjemmel i E III, men etter Stortingets samtykke i 2018. Tingretten velger i stedet å

isolere og begrense myndighetsoverføring til ACER/ESA/RME ved kun å vurdere myndighetsoverføringen i Stortingets opprinnelige samtykkevedtak.

V AVSLUTNING OG PÅSTAND

For øvrig fastholdes våre anførsler for tingretten.

Med forbehold om ytterligere anførsler og bevis nedlegges 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 annet ledd.
2. Staten v/Utenriksdepartementet plikter å erstatte Nei til EUs sakskostnader for tingrett og for lagmannsretten.

Advokatfirma Endresen Brygfjeld Torall AS

Kjell M. Brygfjeld
Advokat (H) MNA

Anken legges inn i Aktørportalen