

Oslo Tingrett
Postboks 8023, Dep.

0030 OSLO

Referanse: 37767/13369
Ansvarlig advokat: Kjell M. Brygfjeld

Stavanger, 8. februar 2019

**PROSESSKRIV
TIL
OSLO TINGRETT**

Sak: 18-167528TVI-OTIR02

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

Prosessfullmektig: Advokatene Bent Endresen og Kjell M. Brygfjeld
Advokatfirma Endresen Brygfjeld Torall AS
Postboks 155 Sentrum, 4001 Stavanger

Saksøkt: Staten v/Utenriksdepartementet
Postboks 8001, 0030 OSLO

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

Rettslig medhjelpere: Regjeringsadvokaten
v/Torje Sunde

Regjeringsadvokaten
v/advokatfullmektig Lisa-Marie Moen Jünge

Saken gjelder: Krav om å unnlate gjennomføring av EUs Energimarkedspakke III i norsk rett – krav om avvisning av søksmålet

Det vises til Statens tilsvare i saken av 19.12.2018 med rettens påtegning av 23.01.2019. I tilsvaret blir det lagt ned påstand om at søksmålet avvises på grunn av manglende rettslig interesse.

Nei til EU bestrider dette og legger ned påstand om at begjæringen ikke tas til følge.

I dette prosesskriv vil Nei til EU behandle de anførsler som knytter seg til avvisningskravet og dermed bare i meget begrenset grad berøre sakens materielle spørsmål.

Nei til EU mener at avvisningsspørsmålet bør behandles muntlig.

1 Noen ord om saksøkte.

Etter vår konstitusjonelle ordning er det Statsrådet som har ansvaret for gjennomføring av Stortingets vedtak. Som leder for Statsrådet er det Statsministeren som har det formelle og praktiske ansvaret for Statsrådets virksomhet, herunder ansvarsfordelingen i Statsrådet. Dersom myndigheten til å gjennomføre Stortingets vedtak om samtykke til at Norge tilslutter seg EUs Energimarkedspakke III er tillagt Utenriksdepartementet, har Nei til EU ingen innvendinger mot at saksøkt i saken skal være Staten v/Utenriksdepartementet.

2 Påstanden

Nei til EU legger til grunn Statens syn at det for spørsmålet om rettslig interesse ikke er avgjørende om saken er fremmet som et krav om fullbyrdelsesdom eller fastsettelsesdom. Dette er i tråd med de endringer som ble gjort ved endringene i sivilprosessen da tvistemålslovens §§ 53 og 54 ble samlet i en bestemmelse, tvl. § 1-3. Det er dermed ikke avgjørende om kravet er fastsettelsesdom eller fullbyrdelsesdom, det avgjørende er virkningene av dommen, jfr. Ot.prp. nr. 51 (2004 – 2005), s. 144, høyre spalte under pkt. 11.6.4 der det heter:

Departementet slutter seg til utvalgets vurderinger og forslag på dette punkt. Departementet er enig i at sontringen mellom fullbyrdessøksmål og fastsettelsessøksmål retter seg mot virkningene av dommen (tvangskraft eller bare rettskraft), og at dette ikke tilsier noen særskilt utforming av søksmålsbetingelsene for fullbyrdessøksmål.

Søksmålet er fremmet som et krav om fastsettelsesdom for at Staten plikter å avstå fra å treffe de vedtak som er nødvendig for å gjennomføre Energimarkedspakke III i norsk rett. Fokuset i påstanden er kravet om en rettslig bedømmelse og avgjørelse av om Staten har rettslig adgang til å gjennomføre Energimarkedspakke III. Det er imidlertid ikke noe i veien for å revidere utformingen av påstanden for å få dette klarere fram, men etter Nei til EU sitt syn skaper ikke påstanden noen uklarhet.

Det er dermed ingen uenighet om at en dom i saksøkerens favør til en viss grad vil binde Statens diskresjonære skjønn, men dette vil gjelde innenfor de klart definerte krav til gjennomføring av direktiver og forordninger som følger av EØS-komiteens vedtak om gjennomføring av Energimarkedspakke III.

Gjennomføringen av Energimarkedspakke III i norsk rett dreier seg om gjennomføring av en folkerettslig forpliktelse som Norge har påtatt seg overfor EU¹. Den underliggende anførsel for påstanden er, som Staten har oppfattet, at denne folkerettslige forpliktelse ikke er kommet i stand på lovlig måte, dvs. at Stortinget samtykke til at Norge påtar seg denne forpliktelse skulle ha vært behandlet etter Grl. § 115 og ikke etter § 26.

Det materielle spørsmål i saken er om innføringen av Energimarkedspakke III medfører overføring av suverenitet, og hvilket omfang en slik suverenitetsavståelse medfører.

3 Rettslig interesse

Nei til EU forstår Staten slik at man mener at Nei til EU ber om dom for et *abstrakt rettsforhold*, videre at Nei til EU *ikke har aktuell interesse* i kravet og *mangler tilknytning* til kravet, jfr. tvl. §§ 1-3 og 1-4. Uansett må en *samlet vurdering* av alle søksmålsbetingelsene føre til at søksmålet avvises.

På generelt grunnlag anføres det at spørsmålet om hvorvidt søksmålsbetingelsene i tvl. § 1-3 er oppfylt må vurderes i lys av tvistelovens formålsbestemmelse, jfr. § 1-1, herunder hensynet til å få "*..respektert og avklart rettsregler*" sett i sammenheng med de føringer som forarbeidene gir anvisning på. Dette kommer vi tilbake til nedenfor etter en gjennomgang av de enkelte krav som følger direkte av loven.

3.1 "Abstrakt krav"

Nei til EU bestrider at søksmålet er et krav om at Oslo tingrett skal ta stilling til et abstrakt rettslig spørsmål. Uansett anføres det at i den utstrekning retten kommer til at

¹ Vi bruker "folkerettslig forpliktelse" i prosesskrivet på tross av at Norge formelt sett først blir forpliktet når Island har gitt sin tilslutning til EØS-komiteens vedtak av 05.05.2017, jfr. om dette nedenfor

kravet er abstrakt, så er søksmålet saklig sett innenfor det området som endringen i tvisteloven konkret åpner for søksmål, nemlig prøving av gyldigheten av forskrifter, se Ot.prp. 51 (2004 – 2005), s. 142, høyre spalte der det heter:

Utvalget har uttrykkelig foreslått å senke søksmålsterskelen i tilfeller hvor det reises søksmål mot staten om gyldigheten av en forskrift, illustrert ved sakskomplekset i Rt-1984-1488 (Burhøns I). Departementet er enig i utvalgets kritikk av Rt-1984-1488. Avgjørelsen gir anvisning på en lite formålstjenlig legalitetsprøving av forskrifter, og gir også – i ytterste konsekvens – en risiko for at sakens reelle tvistetema ikke blir vurdert av retten. Samtidig understreker departementet – som Regjeringsadvokaten framhever i sin uttalelse – at det klare utgangspunkt er at domstolene skal løse konkrete tvister basert på et foreliggende faktum og gjeldende rett. Dette er også hovedbegrunnelsen for den doktrinen som har utviklet seg i forhold til såkalte «abstrakte rettsforhold». Slik departementet ser det, er det verken nødvendig eller ønskelig å fravike dette utgangspunktet i generell form. Men på den annen side ser departementet behovet for at det i en del særlige tilfeller må åpnes opp for en adgang til å angripe forskrifter ved et relativt generelt og abstrakt krav. Ellers vil en tvinge legalitetsprøvingen av forskrifter inn i mindre hensiktsmessige former, jf her blant annet mindretallet i Rt-1995-1823 (Burhøns II). Som utvalget anfører, er det behovet for en rettslig avklaring som her må være avgjørende. Når dette er tilstede, og det framstår som en forsvarlig og hensiktsmessig måte å foreta domstolsprøvingen på, bør ikke en rubrisering av søksmålet som et «abstrakt forhold» være avgjørende. (Vår utheving.)

3.1.1

I utgangspunktet er det ikke helt enkelt å forstå hvorfor Staten mener at kravet i søksmålet er abstrakt. Kravet angår det konkrete kravet om at Staten ikke skal gjennomføre EØS-komiteens beslutning 93/2017 av 05.05.2017, en beslutning som det etter Olje- og energidepartementets innstilling ble gitt samtykke til av Stortinget.

Kravet er dermed utvilsomt et "rettskrav" i tvistelovens forstand, dvs. et krav som er underlagt rettslig regulering, jfr. Ot.prp. nr. 51 (2004 – 2005), s. 364 der det heter:

Første ledd oppstiller krav om at tvistegjenstanden utgjør et «rettskrav». Det må dreie seg om et krav som er underlagt rettslig regulering, se for eksempel Rt-1998-607. Som den klare hovedregel vil krav som reguleres av rettsregler, måtte anses som «rettskrav».

Det vises også til uttalelsen i Ot.prp. nr. 51 (2004 – 2005) som er sitert like ovenfor og som knytter seg til legalitetskontroll av forskrifter.

3.1.2

Det er korrekt at kjernen i saken (se pkt. 4.3.1), *påstandsgrunnlaget*, er spørsmålet om Stortingets samtykkevedtak er gyldig eller ikke – et spørsmål der utfallet avhenger av en vurdering av det materielle innholdet i Energimarkedspakke III. *Kravet* i saken er altså at det ugyldige vedtaket ikke kan brukes som grunnlag for å gjennomføre EØS-komiteens beslutning om innføring av EUs Energimarkedspakke III i norsk rett. Dette er verken et hypotetisk, generelt eller abstrakt krav, men et høyst konkret krav grunnet på "*rettslig regulering*". Saken skiller seg således i form ikke fra hvilket som helst annet sivilt søksmål med krav om fastsettelsesdom.

Nei til EU er ikke uenig i at søksmål også kunne ha blitt reist i forbindelse med konkret bruk av regelverket, f.eks. i forbindelse med et vedtak fra RME. Dette fratar imidlertid ikke Nei til EU retten til å anlegge det søksmål som er anlagt. Hensiktsmessighetsvurderingen av *når* det er fornuftig å anlegge søksmål må ligge hos Nei til EU. Et ugyldighetssøksmål knyttet til hvilket som helst vedtak av RME ville måtte bygge på det samme påstandsgrunnlag, rettslig og faktisk, som i den aktuelle sak, men med en utforming av påstanden knyttet til det konkrete forhold. I den anledning vises det til uttalelse fra Tvistelovsutvalget gjengitt i Ot.prp. 51 (2004 – 2005), på side 141 hvor det heter:

Når man skal vurdere om søksmål skal tillates fremmet – altså om det foreligger tilstrekkelig rettslig interesse – er det behovet for rettslig avklaring som må være det sentrale. Hvis det er tilstrekkelig behov for rettslig avklaring, må belastningen med å bli saksøkt da naturlig tas av den som har gitt den omtvistete regelen, dvs. staten. I en slik situasjon er det vanskelig å se noen reell begrunnelse for å kreve at også en eller flere eggprodusenter må gjøres til saksøkt ved siden av staten.

Det aktuelle søksmål knytter seg dermed til en vurdering av den samme rettslige regulering som et evt. framtidig ugyldighetssøksmål ville ha gjort.

Saken dreier seg altså ikke om en *abstrakt* tolkning av Grl. §§ 26 og 115, men om Staten har rettslig grunnlag til å gjennomføre (og herunder anvende) de materielle bestemmelser som Energimarkedspakke III forutsetter. *Rettskravet* i saken er altså fastsettelsesdom for at Staten ikke har dette rettslige grunnlag. Nei til EU kan dermed ikke se at henvisningen til Rt. 1979, s. 572 m.fl. er relevante for bedømmelsen av kravet til rettslig interesse i den aktuelle sak. Det er heller ikke rettskildemessig grunnlag for å hevde at gjennomføringen av Energimarkedspakke III må ha medført "konkret virkning" i norsk rett for å bringe det aktuelle spørsmål inn for domstolene. I så måte er saken prinsipielt sett i samsvar med forarbeidene på det punkt som gjelder åpningen for søksmål om gyldigheten av forskrifter og de synspunkter som dannet grunnlag for den danske høyesterett i sakene inntatt i UfR 1996, s. 1300 og UfR 2012, s. 984 (Bilag 18 og 20 til tilsvaret).

I de danske sakene var det de *konkrete grunnlovsvedtak* som ble angrepet, mens i den aktuelle sak er det Statens adgang til å gjennomføre EØS-komiteens forslag i norsk rett. I de danske sakene var grunnlaget for å fremme sakene til behandling hvorvidt grunnlovsvedtakene hadde *inngrepene betydning* for den danske befolkning i alminnelighet, en problemstilling som ligner på den sentrale anførsel for ugyldighetsanførselen i den aktuelle sak, nemlig at den suverenitetsavståelse som innføringen av Energimarkeds-pakke III medfører i norsk rett ikke bare er "lite inngrepene" i forhold til flere aspekter i norsk samfunnsliv.

Etter Nei til EUs syn er det grunn til å legge stor vekt på den utvikling som har skjedd på dette området i dansk rett. Dette skyldes den ikke bare den nære forbindelse det er mellom norsk og dansk rettsordning, men også den tette sammenheng det er i utviklingen av demokratiske institusjoner og rettigheter i de to land.

I den anledning anføres det at suverenitetsavståelsen er gjort på et av samfunnslivets kjerneområder, nemlig i energisektoren. Suverenitetsavståelsen har altså i seg et potensiale til å medføre vedtak som berører *alle sider* ved samfunnet.

Dette er uansett et kvalitativt spørsmål der retten må legge til grunn saksøkers pretensjon.

Nei til EU er uenig at et krav for å fremme saken er avhengig av at det ikke finnes andre hensiktsmessige måter å få prøvd det aktuelle spørsmål på. Det dessuten utelukkende domstolsprøving som kan avklare Statens adgang til å innføre Energimarkeds-pakke III i norsk rett.

3.2 Aktuell interesse

Det er korrekt, slik som Staten anfører, at myndigheten enda ikke er overført og at nasjonal lovgivning som følge av Energimarkeds-pakke III ikke er iverksatt. Dette skyldes at Island fortsatt ikke har gitt sin tilslutning til EØS-komiteens beslutning. Søksmålet har likevel ikke uten videre et "*hypotetisk preg*". Realitetene er at alt er tilrettelagt for gjennomføring av EØS-komiteens beslutning i norsk rett gjennom Stortingets samtykke til EØS-komiteens beslutning og lovvedtak. Formålet med søksmålet er nettopp å forhindre at EØS-komiteens beslutning blir gjennomført og myndighet overført til ESA. Dette gjelder først og fremst for de elementene som medfører suverenitetsavståelse til ESA/ACER/EU-kommisjonen, og som er av sentral betydning for hele det norske samfunn og for norske samfunnsinteresser. Eventuelle framtidige beslutninger fra noen av de nevnte organer vil umiddelbart kunne få rettsvirkninger for norske borgere.

Den aktuelle situasjon gjør det også påkrevet med en rask avgjørelse på det spørsmål som er omtvistet. Som en følge av at det drøyer med tilslutning fra Island til Energi-markedspakke III ligger det fortsatt til rette for at Norge kan bruke sin "vetorett" under EØS-avtalen til å motsette seg gjennomføring av Energimarkedspakke II i norsk rett dersom tilslutningsspørsmålet, ved en evt. ny behandling i Stortinget, ikke oppnår tilstrekkelig flertall. Dersom dette vindu lukker seg ved en evt. tilslutning fra Island, er et ingen mekanisme i EØS-avtalen som gir Norge rettslig adgang til å unnlate gjennomføringen i norsk rett.

3.3 Tilknytning

Nei til EU er enig med Staten i at Nei til EU har den nødvendige tilknytning til tvisten.

3.4 Samlet vurdering

3.4.1

Ved innføringen av tvisteloven ble rettsstilstandene etter bestemmelsene i den tidligere tvistemålslovens §§ 53 og 54 i hovedsak videreført, men med en endring som framkommer i annet ledd i § 1-3. Endringen innebærer at kravet til aktuell interesse og tilknytning skal vurderes samlet med sikte på behovet for en rettslig avklaring. I Ot.prp. nr. 51(2004 – 2005), s. 365 uttales:

Annet ledd omhandler kravene til søksmålssituasjonen og partenes tilknytning til tvistegjenstanden. Saksøkeren må ha et «reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte», jf annet ledd første punktum. Kravet til søksmålssituasjonen kommer til uttrykk ved kriteriet «reelt behov» for rettslig avklaring, mens tilknytningskravet knesettes ved kriteriet «i forhold til saksøkte». I annet ledd annet punktum er det i tillegg presisert at det må foretas «en samlet vurdering av kravets aktualitet og partens tilknytning til det». Annet punktum får sterkere fram også betydningen av saksøkerens tilknytning til kravet, samt at det – særlig i grensetilfellene – vil bero på en helhetsvurdering om søksmålsbetingelsene er oppfylt.

I vilkåret om et «reelt behov» for rettslig avklaring i forhold til saksøkte, ligger først og fremst et krav om at saksøkeren må ha en aktuell interesse i søksmålet. Avgjørelsen av kravet må være av aktuell betydning, se for eksempel Rt-1989-508 og Rt-1998-300. Foreligger det et rettslig spørsmål eller reell rettsuvisshet av aktuell betydning for saksøkeren, må søksmålet fremmes, se utredningen del II kap. 5.2 (s. 187) og del III kap. 1.2 (s. 652). Avgjørelsen må ha betydning for saksøkerens rettsstilling. Det avgjørende vil her være hvilke rettsvirkninger som vil følge av en dom i saksøkerens favør.

At det må foreligge en reell rettsuvisshet, vil normalt være begrunnet i saksøktes holdning til kravet. Dersom saksøkte ikke bestrider kravet, vil det måtte bero på en nærmere vurdering om kravet til søksmålsituasjonen er oppfylt, se nedenfor vedrørende søksmål for å få tvangsgrunnlag (fullbyrdelsessøksmål). Det vil også kunne vektlegges om saken har prinsipiell betydning, se for eksempel Rt-1990-874.

Kravet om at det må foreligge et «reelt behov» for rettslig avklaring, er ikke til hinder for at søksmålet kan omhandle et fortidig eller framtidig forhold. Såframt det kan påvises et klart behov for rettslig avklaring, har rettspraksis også akseptert slike søksmål, se for eksempel Rt-1958-1290, Rt-1997-580 (fortidige forhold) og Rt-1957-860, Rt-1997-596 og Rt-1998-300 (framtidige forhold).

De synspunkter som framkommer videre i samme sekvens er ikke direkte anvendbare i den aktuelle sak, men synspunktene er overførbare til saken i den utstrekning rettsforholdet skulle bli bedømt som hypotetisk.

Som nevnt må også spørsmålet om hvilken adgang det er til å anlegge søksmål for å få tvangsgrunnlag, vurderes etter § 1-3. Departementet legger til grunn at gjeldende rett her videreføres, jf 11.6.4. Dersom saksøkeren pretenderer at kravet er forfalt, vil kravet til søksmålsituasjonen som hovedregel være oppfylt. Kravet behøver ikke være omtvistet. Motsetningsvis vil saksøkeren normalt ikke ha et «reelt behov» for å få dom for et uforfalt krav. Ofte vil kravet her ha karakter av et hypotetisk rettsforhold. Men det må foretas en konkret vurdering av om saksøkeren likevel har et klart behov for rettslig avklaring. I de tilfelle hvor det etter gjeldende rett er adgang til å reise søksmål om uforfalte krav, vil det måtte legges til grunn at saksøkeren etter § 1-3 har et reelt behov for rettslig avklaring

3.4.2

At Staten ikke liker at organisasjoner, *politiske særinteresser* som de betegnes, benytter domstolene til å etterprøve gyldigheten av stortingsvedtak der slike vedtak får stor samfunnsmessig betydning er på den annen side et uventet og udemokratisk argument. Å ta kontroversielle vedtak fra myndighetene, herunder Stortinget, til retten er ikke et brudd på vår statsskikk, men en demokratisk rett enhver borger, herunder politisk opposisjon, har rett til å benytte seg av. I særlig grad må denne retten tilkomme brede folkelige organisasjoner som organiserer bredt i samfunnspolitisk viktig spørsmål som nettopp Nei til EU gjør.

Å avvise søksmålet på det grunnlag som Staten anfører vil dermed være å innsnevre demokratiske rettighetene til en politisk opposisjon, det vil si en utvikling i strid både den utvidelse av søksmålsadgangen i tvl. § 1-3 og med utvidelsen av søksmålsadgangen i dansk rett, jfr. de avgjørelser som det er referert til i tilsvaret. I disse tilfellene er det

endog selve grunnlovsvedtakene som er omtvistet og brakt inn for domstolene til prøving, noe som ikke er tilfelle i denne sak.

3.4.3

Innføringen av Energimarkedspakke III i norsk rett under EØS-avtalen var gjenstand for en langvarig og omfattende strid i det norske samfunn. Debatten mobiliserte innlegg og sterke følelser fra alle hold i samfunnet, fra kraftkrevende industri, nettoperatører, fagforeninger, organisasjoner og sivilsamfunnet generelt.

Debatten knyttet til Energimarkedspakke III bidrar også til et økende krav om å si opp EØS-avtalen.

I denne debatten hadde, og har, Nei til EU en framtrødende plass gjennom utarbeidelse av informasjonsmaterieil, koordinering av uttalelser og aktiviteter av forskjellig karakter.

Som det er beskrevet i både stevning og tilsvar føyer vurderingen av om suverenitetsavståelsen til ESA/ACER/EU-kommisjonen seg inn i en rekke av tilsvarende problemstillinger knyttet til tidligere gjennomføringer av EU-regelverk i Norge gjennom EØS-avtalen. Samtykke i den enkelte sak er gitt etter innstilling fra Justisdepartementets Lovavdeling på problemstillinger som aldri har vært gjenstand for domstolsbehandling.

En viktig grunn for å få en rettslig avklaring på de rettslige spørsmål som er reist er utviklingen av "byråer" av typen ACER innen EU. Disse byråene har karakter av forvaltingsorganer som gis overnasjonal myndighet innen EU. Mange av byråene etableres på saksområder som i henhold til EØS-avtalen er "EØS-relevante", dvs. at det vil være nødvendig å inkorporere byråenes aktivitet og kompetanse i EØS-avtalen, vi vedlegger som

Bilag 1: Kopi av artikkel av professor Hans Petter Graver i Klassekampen 27.11.2018

I en slik utvikling er det helt sentralt å gå opp grenselinjene for hvordan saksbehandlingen av endringene av EØS-avtalen skal foregå. I denne problematikken er det et avgjørende spørsmål hvordan man skal bedømme ordninger som overfører myndighet til overnasjonal(e) myndighet(er). Det er åpenbart uholdbart at premissene for disse vurderinger skal legges av saksbehandlere i Justisdepartementets Lovavdeling.

4 Sakskostnader

Nei til EU krever dekning av sine sakskostnader i denne delen av tvisten med kr. 62.500 med tillegg av 25 % mva, til sammen kr. 78.125, jfr. tvl. § 20-8 (1), dersom saken avsluttes uten ytterligere arbeid.

5 Avslutning – påstand

Med forbehold om ytterligere anførsler og bevis legges det i avvisningsspørsmålet ned slik

påstand:

Kravet om avvisning forkastes

Staten v/Utenriksdepartementet plikter å erstatte Nei til EU utgifter til juridisk bistand med kr. 78.125.

Advokatfirma Endresen Brygfjeld Torall AS

Kjell M. Brygfjeld

Advokat (H) MNA

E-post: kmb@ebtas.no

Bent Endresen

Advokat (H) MNA

be@ebtas.no

Prosesskrift legges inn på Aktørportalen.