**Lovavdelingens uttalelse av 27. februar 2018: Noen merknader**

Lovavdelingen fastslår at en ved å slutte Norge til EUs 3dje Energimarkedspakke vil Norge avgi suverenitet. Imidlertid sier Lovavdelingen, det er ikke tale om annet enn «lite inngripende» tap av suverenitet, hvilket betyr at Stortinget kan slutte seg til EUs Energibyrå ACER med alminnelig simpelt flertall. Jeg skal i dette notat se nærmere på Lovavdelingens uttalelse med sikte på å finne ut om dette er en konklusjon som rettslig sett vil «stå seg».

1. **Hva er problemet med Lovavdelingens uttalelse?**
2. Etter en gjennomgang av Lovavdelingens utredning for Olje og energidepartementet (OED) er mitt hovedinntrykk at Lovavdelingen er for vag i flere av sine analyser fordi beskrivelsen av faktum, noe som er kjernepunktet i all rettslig analyse, er mangelfull. Før en kjenner de faktiske omstendigheter og ikke minst hva som er formålet med den omstridte ordning, kan en ikke godt konkludere i rettsanvendelsen.
3. Lovavdelingen har bare flyktig vært innom faktum. Sentrale spørsmål forblir ubesvarte. Hva slags organ er RME? Er dette et organ for den norske stat? Er det et organ for EU? Er det nok for å unngå grunnlovsstrid at Regjeringen etablerer systemer som formelt og tilsynelatende gir Norge kontroll og styring men som reelt sett kun er et «kopistkontor» der forordninger og direktiver blir oversatt, iverksatt og håndhevet? Er EØS-avtalen – slik Lovavdelingen gir inntrykk av – intet annet eller mer enn en hvilken som helst folkerettslig avtale?
4. Hva er faren ved den manglende fakta-undersøkelse og –beskrivelse? Foruten at den skaper forvirring ved utydelige problemstillinger vil man se at feil faktum vil medføre at tolkninger av grunnloven (f.eks. §§ 1, 3, 26 og 115) kan være så riktig som de vil, men retts*anvendelsen* blir nødvendigvis feil.
5. Hovedspørsmålet ifølge Lovavdelingen er hvorvidt «det ligger innenfor Kongens traktatkompetanse etter Grunnloven § 26 … å inngå en folkerettslig forpliktelse med et slikt innhold som fremgår av Prop. 4 S (2017-2018) … Et første element av myndighetsoverføring ligger i den nevnte kompetansen som legges til ESA til å treffe vedtak rettet mot den nasjonale reguleringsmyndigheten … Det er for det andre spørsmål om det ligger et ytterligere element av myndighetsoverføring i forbudet mot at reguleringsmyndigheten mottar instrukser …» (se s. 2).
6. Lovavdelingen avgrenser sin vurdering «til å gjelde folkerettslige forpliktelser som – korrekt oppfylt – er ment å skape rettigheter eller plikter for private, men som formelt er rettet til norske myndigheter (forvaltningen)» (s. 11).
7. Det er altså snakk om myndighetsoverføring, men spørsmålet er om denne utløser krav om grunnlovsendringer (§ 121), vedtak i Stortinget med kvalifisert (§ 115) eller vanlig (§ 26) flertall. Det sistnevnte alternativ kan en ifølge Lovavdelingen lande på dersom overføringen er «lite inngripende».
8. **Det avgjørende er** om folkeretten gir nasjonalstaten kompetanse som denne så i sin tur mer eller mindre fritt kan legge til grunn i reguleringer som angår private eller om folkeretten pålegger staten plikter som den er uten muligheter for å influere på innholdet av. Som svar på dette har Lovavdelingen, med følgende kommentar vist til sin uttalelse av 21 januar 2011: «Vi anser fortsatt dette som dekkende» (s. 12):
9. «Vedtak rettet utelukkende mot norske myndigheter medfører normalt bare en folkerettslig binding om å følge det opp i intern rett. Det vil da i prinsippet ikke være tale om myndighetsavståelse i Grunnlovens forstand. Dette må være utgangspunktet, også om Norge vil være folkerettslig forpliktet til å treffe et tilsvarende vedtak». Dette postulat begrunnes så med en henvisning til St.prp.nr.100 (1991-1992) side 337 der det «uttales at det er 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».
10. Dette er en viktig observasjon som jeg fullt ut kan dele. **Det springende punkt** blir da om ACER-ordningen er et reguleringssystem som lar Norge «være herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere»? Eller er det som den kongelige proposisjon uttrykte det; slik at Norge ved å slutte seg til ACER har gitt «slipp på denne «kontrollmuligheten»?
11. **Faktum – hva er ordningen i ACER – hva er ordningen i Norge under RME?**
12. ACER, EU-finanstilsyn, luftfartstilsyn osv. innvarsler en helt ny klasse av byrdefulle inngrep i norsk suverenitet og politisk kontroll- og styringssystemer. Dette er tilfelle som ligger langt utenfor de tilfeller som noen – både juridiske og politiske miljøer – kunne tenke seg – og som en da heller ikke på 1900-tallet kunne forholde seg til. Fordi det er stadig endrede forhold står vi overfor tilfelle som krever konkrete løsninger *mutatis mutandis*.
13. Hvordan ser den ordningen ut som Regjeringen ønsker å innføre? Er Norge «herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere»? Før jeg svarer på det må vi kjenne grunnstrukturen i det system som EU har konstruert.
14. Følgende EU-organer styrer den felles energipolitikken i det indre marked: EU-kommisjonen, Det europeiske nett av transmisjonssystemoperatører for elektrisitet («ENTSO for elektrisitet», ENTSO-E), organisasjonen for systemoperatører – TSO, og distribusjonsselskaper – DSO og Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER.[[1]](#footnote-1) Alle er tildelt beslutningsmyndighet. ENTSO-Es oppgave er først og fremst «sikring af, at elektricitetstransmissionsnettet forvaltes optimalt, og der åbnes mulighed for elektricitetshandel og elektricitetsforsyning på tværs af grænserne i Fællesskabet» (fortalen pkt. 7).[[2]](#footnote-2) Gjennomføringen av dette «bør løses i overensstemmelse med Fællesskabets konkurrenceregler, som fortsat vil være gældende for beslutninger, der træffes af ENTSO-E for elektricitet». Dette er ikke eneste styringsmål: ENTSO-E skal sørge for at «resultaterne på regionalt plan er forenelige med netregler og ikke-bindende tiårige europæiske netudviklingsplaner». Oppretting, organisering og bruk av nettet skal styres av «[n]etregler, der udarbejdes af ENTSO for elektricitet» (fortalen pkt. 7).[[3]](#footnote-3)
15. ENTSO-E skal samarbeide med EU-kommisjonen om regelutvikling, se f.eks. fortalen pkt. 10. Dersom ENTSO-E ikke makter å «sy sammen» et regelverk, går oppgaven over til EU-kommisjonen:

«Kommissionen kan, hvis ENTSO for elektricitet eller agenturet ikke har udviklet netregler eller ikke har udarbejdet et udkast til netregler som omhandlet i stk. 10 i denne artikel, på eget initiativ eller efter henstilling fra agenturet i henhold til stk. 9 i denne artikel vedtage et eller flere sæt netregler på de områder, der er nævnt i artikel 8, stk. 6» (fortalen pkt. 11).

1. Krumtappen i elektrisitetsmarkedssystemet i EU er imidlertid det, i 2009, etablerte energibyrå ACER. Organets formål er å sikre elektrisitetsfordelingen internt i EU, en ordning som også EØS-land er invitert til å delta i. Ordningen som siden 2003 var av frivillig art,[[4]](#footnote-4) gikk gjennom etableringen av ACER over i en fase med bindende vedtak iht. EUs alminnelige regler om kvalifisert flertall:

«Det er imidlertid et udbredt ønske i sektoren, og i øvrigt foreslået af ERGEG [Gruppen af Europæiske Tilsynsmyndigheder for Elektricitet og Gas] selv, at det frivillige samarbejde mellem de nationale regulerende myndigheder nu bør foregå inden for en fællesskabsstruktur med klare beføjelser og myndighed til at vedtage individuelle reguleringsbeslutninger i en række specifikke tilfælde» (fortalen pkt. 3).[[5]](#footnote-5)

1. Målet med reguleringene er å oppfylle «målsætningerne for den europæiske energipolitik». For å oppnå disse mål påpekes det at EU må sørge for å «fjerne hindringerne for handel på tværs af grænserne med elektricitet og naturgas». ACER skal videre sørge «for at utfylde hullerne i lovgivningen på fælleskabsplan» (fortalen pkt. 5). EU har bestemt at «Agenturet bør sikre, at de reguleringsopgaver, der varetages af de nationale regulerende myndigheder … koordineres effektivt og om nødvendigt fuldføres på fællesskabsplan» (fortalen pkt. 6).

Med «fælleskabsplan» siktes det *ikke* til at medlemsstatene «arbejde[r] tæt sammen» (fortalen pkt. 5[[6]](#footnote-6)) i et mellomfolkelig rom,men til EU-organene internt, dvs. ACER, men også andre EU-organer, herunder ENTSO-E: «Kommissionen og agenturet arbejder tæt sammen i forbindelse med gennemførelsen af denne forordning og i passende omfang hører det europæiske net af transmissionssystemoperatører for elektricitet og for gas.»[[7]](#footnote-7)

1. ACER er et saksforberedende organ for Kommisjonen: «Det vil også være hensigtsmæssigt og i overensstemmelse med agenturets formål, at det spiller en rolle i revisionen af netreglerne … for at sikre, at de er i tråd med de overordnede retningslinjer, før agenturet kan indstille dem til vedtagelse af Kommissionen» (fortalen pkt. 9, jf. også pkt. 11).[[8]](#footnote-8) Kommisjonen er imidlertid også sikret vedtakskompetanse på energiområdet uten deltakelse fra ACER, se f.eks. fortalen pkt. 26: «De nødvendige foranstaltninger til gennemførelse af denne forordning bør vedtages i overensstemmelse med Rådets afgørelse 1999/468/EF af 28. juni 1999 om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen.»

En slik selvstendig vedtaksmyndighet finnes omtalt i fortalen pkt. 27: «Kommissionen bør navnlig tillægges beføjelser til at vedtage de nødvendige retningslinjer i situationer, hvor agenturet får beføjelse til at træffe beslutning om vilkår og betingelser for adgang til og operativ sikkerhed i forbindelse med grænseoverskridende infrastruktur.»

1. ACER er også tillagt håndhevingsoppgaver, se f.eks. artikkel 6 «Opgaver vedrørende samarbejdet mellem transmissionssystemoperatører», jf. pkt. 6: «Agenturet overvåger og analyserer gennemførelsen af de netregler og retningslinjer, som Kommissionen vedtager», og pkt. 8: «Agenturet overvåger gennemførelsen af de europæiske netudviklingsplaner. Hvis der konstateres uoverensstemmelser mellem en sådan plan og dens gennemførelse, skal det undersøge årsagerne til uoverensstemmelserne og udarbejde henstillinger til de berørte transmissionssystemoperatører og nationale regulerende myndigheder eller andre kompetente organer med henblik på gennemførelse af investeringerne i overensstemmelse med de europæiske netudviklingsplaner.» Hvilke oppgaver det er snakk om, fremstilles mer detaljert i EU-forordning nr. 714/2009, artikkel 9.[[9]](#footnote-9)
2. Det er videre klart at ACER ikke kan instrueres fra nasjonalt hold:

«I denne forbindelse er det nødvendigt at garantere agenturets uafhængighed i forhold til elektricitets- og gasproducenter, transmissions- og distributionssystemoperatører, uanset om de er offentlige eller private, og forbrugerne og sikre dets virksomheds overensstemmelse med fællesskabsretten» (fortalen pkt. 6).[[10]](#footnote-10)

1. **Faktum (2): Hva er ordningen i Norge under RME?**
2. Norge følger denne ordning, jf. forarbeidene til den endrede energilov.[[11]](#footnote-11) I korte trekk er ordningen konstruert slik at for å unngå direkte myndighetsoverføring til ACER har Norge fått EU med på en konstruksjon der bindende vedtak som i realiteten er rettet til EFTA-statenes reguleringsmyndigheter, vil bli truffet av EFTAs overvåkingsorgan (ESA), som deretter instruerer det fra staten fristilte norske organ RME. Professorene Holmøyvik og Haukeland Fredriksen trekker den slutning at

«Med dette overtar ESA regjeringens kontroll av den delen av norsk energiforvaltning som tilfaller RME … Og om RME nøler, kan trolig private aktører fremtvinge effektueringen ved å anføre for norske domstoler at norsk lov pålegger RME å iverksette ESAs vedtak. Da tilsier både ordlyden i grunnlovens paragraf 115, så vel som Stortingets egen praksis, at Norges tilknytning til ACER må skje med tre fjerdedels flertall i Stortinget.»[[12]](#footnote-12)

1. Et moment som ikke har vært særlig fremme i debatten er den viktige forskjell mellom EUs administrative avgjørelser med virkning for norske forvaltningsvedtak, og EU-domstolens innvirkning på Norges høyesterett. Sistnevnte er av rettskildemessig art, en kilde av stor viktighet og rang. På samme måte som Høyesterett plikter å forholde seg til Norges folkerettslige forpliktelser i sin tolkning og rettsanvendelse, må Høyesterett forholde seg til EØS, som den folkerettslige avtale den er. Avtalen viser selv til at partene (EU og medlemsstatene på den ene side og Norge, Liechtenstein og Island på den andre) er enige om å fremme EØS-avtalens formål, «med full respekt for domstolenes uavhengighet», der målet er «å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale».[[13]](#footnote-13) En tilsvarende regel gjelder ikke mht. administrative organ og vedtak. Mens Høyesterett fortsatt dømmer i siste instans (Grl. § 88), og der resultatet avhenger av «den høist ærverdige rett, Noriges øverste domstols» tolkning og rettsanvendelse, er flere av de administrative avgjørelser i energifeltet bindende[[14]](#footnote-14) – og må følges ord for ord, jf. forordningsformen. I motsetning til Norges høyesterett, som er overlatt tvistemål til avgjørelse iht. domstolens beste skjønn, der den folkerettslige EØS-avtalen *kun* inngår som et *tolknings-moment*, er de norske administrative organer – herunder RME – bundet til å gjennomføre EU-forordningene ord for ord. Dette forhold henger sammen med følgende:

«Traktater millom sjølvstendige rike skapar folkerettshøve. Ei traktat kann ikkje skapa det juridiske grunnlaget for andre rettshøve enn folkerettshøve. Ei traktat kann soleis ikkje vera det juridiske grunnlaget for statsrettshøve.»[[15]](#footnote-15)

«Domstolane må døma etter retten i landet, anten han so er i samhøve med folkeretten eller ei ... Når det her er sagt at domstolane må døma etter retten i landet, anten han so er folkerettsstridig eller ei, går ein ut ifrå at vår rett hev positive reglar um eit spursmål som kjem upp. Gjev vår rett derimot ikkje noko svar eller noko klårt svar, går domstolane ut ifrå at han samstavar med folkeretten.[[16]](#footnote-16)

1. I tråd med sikker norsk praksis er *domstolenes* plikt til å anvende norsk internrett, og kun den, slik det nedfeller seg i konstitusjonell sedvanerett, kommet til uttrykk i EØS artikkel 6:

«Ved gjennomføringen og anvendelsen av bestemmelsene i denne avtale ... skal bestemmelsene, så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler i Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske felleskap ... *fortolkes i samsvar med* de relevante rettsakter som De europeiske felleskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale» (uthevet her).

Mens EØS følgelig kun er tolkningsmoment ved norske domstolers avgjørelser, er bildet annerledes hva angår den utøvende makt, dvs. regjering, departementer, direktorater, råd og nemnder, se EØS artikkel 7: «Rettsakter som er omhandlet i eller inntatt i vedlegg til denne avtale eller i EØS-komiteens vedtak, *skal være bindende* for avtalepartene» (uthevet her).

1. **Mine slutninger**
2. **Innledningsvis** må det sies atLovavdelingen er en gren av den utøvende makt. Det er et organ for Kongen. Det har ingen fristilt posisjon. Det kan instrueres på samme måte som Olje- og energidepartementet (OED) instruerer NVE eller Oljedirektoratet (OD). Lovavdelingen er med andre ord ikke fristilt som det nye Reguleringsmyndigheten for Energi (RME). Siden mange har pekt på Lovavdelingens uttalelse som om den var en uavhengig analyse av ACERs forhold til grunnloven, må dette nødvendigvis nevnes. Derfor: uttalelsen fra Lovavdelingen er ikke noe annet eller mer enn en hvilken som helst prosessfullmektigs fremstilling av sin klients syn på tolkning, fakta og rettsanvendelse.
3. **Oppsummert** gjelder at fundamentet for vurderingen er som også Lovavdelingen påpeker; «at det er 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». Derfor; er Norge herre over dette siste ledd i beslutningskjeden som til syvende og sist adresserer seg til norske private aktører?
4. Som fremstillingen viser er svaret klart nei. RME er et organ for EU og ikke et organ for Norge. Norge har kun plikter i forhold til organet – vi må huse og finansiere det – men ingen rettigheter. Organet er fristilt fra norske offentlige og private interesser. Organet vil i sine vedtak som rammer private norske aktører, aldri komme til å gjøre noe annet enn det EU dikterer via ESA. Dvs. at Norge ved «den valgte konstruksjon» derved har gitt slipp på «kontrollmuligheten» og er således ikke lengre «herre» i eget hus.
5. **Konklusjonen** blir derved at ved innføringen av ACER og RME innføres det en **overnasjonal** ordning som følgelig ikke kvalifiserer som mellomfolkelig. Derved er konstruksjonen ikke tilfredsstillende sett i forhold til Regjeringens forslag om å gjennomtvinge ordningen ved alminnelig flertall iht. grl. § 26. Dette betyr at de aktuelle kongelige proposisjoner som nå ligger på Stortingets bord ikke kan gjennomføres som foreslått.
6. Veien videre består i at Regjeringen erkjenner at ACER/RME-konstruksjonen er **overnasjonal** og at private rammes av EU-vedtakene uten at Norge kan influere på vedtakene. EU er en stat som Norge ikke er medlem av.
7. Til slutt: vedtak om å slutte seg til ACER kan heller ikke skje via grl. § 115 fordi Regjeringen ønske om å slutte Norge til EUs energibyrå ACER, gjelder en internasjonal sammenslutning som Norge **ikke** er medlem av. Dette hopper Lovavdelingen over i og med at Lovavdelingen ikke drøfter betydningen av **medlemskap i det organ som reelt sett treffer vedtak i energisaker med virkning for RME**. I og med at det er realiteten og ikke formalia som avgjør om Norge er bundet – jfr. Andenæs. Jeg minner her om Andenæs’ standpunkt om at det er grunnlovsstridig myndighetsoverføring «selv om den formelle suverenitet var respektert» (Andenæs s. 266). – så betyr dette enkelt sagt at dersom Regjeringen fortsatt har ønske om å slutte seg til ACER må Regjeringen fremme forslag om endring av grunnloven § 1.

Tromsø, 3.mars 2018

Peter Th Ørebech

Professor i rettsvitenskap

UIT Norges arktiske universitet, 9037 Tromsø

1. Europa-parlamentets og Rådets forordning (EF) 713/2009 af 13. juli 2009 om opprættelse af et byrå for samarbeide mellem energireguleringsmyndigheder (Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER). Når jeg i det følgende viser til EUs forordninger og direktiver, benytter jeg meg av teksten slik den fremkommer i dansk språkdrakt. [↑](#footnote-ref-1)
2. Europa-parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 714/2009 af 13. juli 2009 om betingelserne for netadgang i forbindelse med grænseoverskridende elektricitetsudveksling og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1228/2003. [↑](#footnote-ref-2)
3. *L.c.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet. [↑](#footnote-ref-4)
5. EU-forordning (EF) 713/2009. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Op. cit.* [↑](#footnote-ref-6)
7. *Op. cit.*, fortalen pkt. 20. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Op. cit.* [↑](#footnote-ref-8)
9. EU-forordning (EF) 714/2009. [↑](#footnote-ref-9)
10. EU-forordning (EF) 713/2009. [↑](#footnote-ref-10)
11. Prop. 5 L (2017–2018) Endringer i energiloven (tredje energimarkedspakke) s. 6 sp. 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. <http://rett24.no/articles/grunnlovsstridig-tilknytning-til-eus-energibyra>. [↑](#footnote-ref-12)
13. Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Særskilt vedlegg nr. 1 til St.prp.nr. 100 (1991–92), fortalen. [↑](#footnote-ref-13)
14. Se f.eks. direktiv 2009/72/EF artikkel 3.7 og EU-forordning (EF) 713/2009 fortalen pkt. 3. [↑](#footnote-ref-14)
15. Nikolaus Gjelsvik, Innleiding i rettsstudiet (Olaf Norlis forlag, 1945) s. 36. [↑](#footnote-ref-15)
16. Op.cit. s. 143.. [↑](#footnote-ref-16)