



# NORGES HØYESTERETT

## D O M

avsagt 31. oktober 2023 av Høyesterett i plenum med

justitiarius Toril Marie Øie  
dommer Bergljot Webster  
dommer Wilhelm Matheson  
dommer Aage Thor Falkanger  
dommer Kristin Normann  
dommer Henrik Bull  
dommer Per Erik Bergsjø  
dommer Arne Ringnes  
dommer Wenche Elizabeth Arntzen  
dommer Ingvald Falch  
dommer Espen Bergh  
dommer Cecilie Østensen Berglund  
dommer Borgar Høgetveit Berg  
dommer Erik Thyness  
dommer Kine Steinsvik  
dommer Knut Erik Sæther  
dommer Thom Arne Hellerslia

**HR-2023-2030-P, (sak nr. 23-025348SIV-HRET)**  
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 7. desember 2022

Nei til EU

(advokat Kjell Magnus Brygfjeld)  
(rettslig medhjelper:  
advokat Bent Endresen)

mot

Staten v/Utenriksdepartementet

(Regjeringsadvokaten  
v/advokat Fredrik Sejersted  
advokat Lisa-Mari Moen Jünge – til prøve)

## S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Sæther:**

**Sakens spørsmål**

- (2) Saken gjelder spørsmål om Grunnlovens regler ble brutt da Stortinget i 2018 samtykket i at EUs tredje energimarkedspakke ble tatt inn i EØS-avtalen og dermed bindende for Norge. Opprettelsen av EUs energibyrå ACER er en del av denne pakken.
- (3) Samtykket ble gitt i medhold av Grunnloven § 26 andre ledd, som krever alminnelig flertall. Dette er en fremgangsmåte som kan følges ved overføring av myndighet til et internasjonalt organ når myndighetsoverføringen er «lite inngripende». Er denne terskelen overskredet, er det nødvendig med vedtak etter Grunnloven § 115, som krever tre fjerdedels flertall, og at minst to tredjedeler av Stortingets medlemmer er til stede, eller eventuelt grunnlovsendring etter Grunnloven § 121. Sakens hovedspørsmål er om gjennomføringen av tredje energimarkedspakke innebærer en så inngripende myndighetsoverføring at vedtaket ikke kunne treffes etter Grunnloven § 26 andre ledd.
- (4) Med myndighetsoverføring menes som regel at en internasjonal organisasjon gis myndighet til å treffe vedtak som er direkte bindende for innbyggere og foretak i Norge uten at det er nødvendig med egne gjennomføringsvedtak fra norske myndigheter.
- (5) En problemstilling i saken er hvilken vekt domstolene skal legge på Stortingets eget syn på grunnlovsspørsmålet. Videre er det spørsmål om myndighetsoverføringen i den tredje energimarkedspakken skal vurderes isolert eller i sammenheng med tidligere myndighetsoverføringer på energisektoren.

**Bakgrunnen for saken*****Kort om grensekryssende handel med elektrisk kraft og energisamarbeidet med EU***

- (6) Norge deltar i internasjonalt energisamarbeid for å importere og eksportere elektrisk kraft.
- (7) Det er en forutsetning for et slikt internasjonalt energisamarbeid at det går kraftkabler fra Norge til andre land, såkalte utenlandskabler. Fra Norge går det kraftkabler til land i EU og til Storbritannia. Overføring av energi i grensekryssende kabler krever internasjonal koordinering for å sikre at kraftoverføringen mellom landene skjer på en effektiv og sikker måte.
- (8) Opprinnelig var alt samarbeid basert på bilaterale avtaler, og dette er situasjonen for samarbeidet mellom Norge og Storbritannia. Som jeg skal gjøre nærmere rede for, er samarbeidet med EU regulert dels gjennom grunnprinsippene om fri bevegelse i EØS-avtalens hoveddel og dels gjennom EUs sekundærlovgivning, i dette tilfellet samlet i EUs «energimarkedspakker». Sekundærlovgivningen gjøres til del av EØS-avtalen gjennom vedtak i EØS-komiteen.

- (9) Elektrisk kraft regnes som en vare etter EØS-avtalen artikkel 8 og omfattes av Norges deltakelse i det indre markedet med fri bevegelighet for blant annet varer. EU-domstolen har slått fast at det ikke er adgang til å legge begrensninger på eksport av elektrisk kraft for å skjerme nasjonale markeder mot prisøkning, jf. dom 17. september 2020 i sak C-648/18 *Hidroelectrica* avsnitt 42 og 43.
- (10) EUs kraftmarked er, utover de generelle bestemmelsene om fri bevegelighet for varer, regulert av et omfattende regelverk. Den første energimarkedspakken ble vedtatt i EU i den siste halvdel av 1990-tallet, den andre i 2003. Reglene som inngår i disse pakkene, ble innlemmet i EØS-avtalen. Ettersom Norge hadde åpnet for konkurranse på kraftmarkedet allerede med energiloven av 1990, fikk de to første pakkene ikke så stor praktisk betydning her. Den andre pakken etablerte likevel omfattende folkerettslige forpliktelser. Denne pakken er senere erstattet av den tredje energimarkedspakken, som tvisten her gjelder.

### *EUs tredje energimarkedspakke*

- (11) EU vedtok den tredje energimarkedspakken i 2009. Den består blant annet av europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/72/EF (det tredje el-markedsdirektivet), europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009 (ACER-forordningen) og europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 714/2009 (grensehandelforordningen). Etter hvert er pakken supplert med flere kommisjonsforordninger. Pakken viderefører i stor grad det som tidligere var gjeldende rett, men inneholder også noen sentrale endringer, som jeg straks kommer tilbake til.
- (12) Bakgrunnen for EUs tredje energimarkedspakke er beskrevet i regjeringens forslag til Stortinget om å samtykke i norsk tilslutning, se Prop. 4 S (2017–2018) side 8. Her heter det at formålet «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».
- (13) Et hovedformål er altså å lette omsetningen av elektrisitet og naturgass over landegrensene. I saken her står elektrisitetsmarkedet sentralt.
- (14) I den tredje energimarkedspakken inngår opprettelsen av ACER – Agency for the Cooperation of Energy Regulators. Byrådet skal blant annet bidra til å lette samarbeidet om energihandelen over landegrensene.
- (15) EU-landene er pålagt å utpeke en nasjonal reguleringsmyndighet, se det tredje el-markedsdirektivet artikkel 35 følgende. Reguleringsmyndigheten skal være uavhengig av regjeringen og andre offentlige eller private organer ved utøvelsen av sine reguleringsoppgaver, jf. artikkel 35 nr. 4 bokstav b.
- (16) ACER kan ved uenighet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter eller etter felles anmodning fra disse myndighetene treffe beslutninger om for eksempel driften av kabler som overfører strøm mellom land, jf. ACER-forordningen artikkel 8. Hvor langt beslutningsmyndigheten rekker, står sentralt i saken. Den nasjonale reguleringsmyndigheten plikter å overholde og gjennomføre slike juridisk bindende beslutninger fra ACER.

- (17) I grensehandelforordningen er det bestemt at EU-kommisjonen kan innhente opplysninger direkte fra de berørte energiforetakene og ilegge bøter ved brudd på pålegg om å gi opplysninger, se artikkel 20 og 22.

### *Gjennomføringen av den tredje energimarkedspakken i norsk rett*

- (18) Etter langvarige forhandlinger vedtok EØS-komiteen 5. mai 2017 å ta rettsaktene i EUs tredje energimarkedspakke inn i EØS-avtalen med avtalte tilpasninger. Tilpasningene gjør at beslutninger ikke treffes av EU-organene ACER eller Kommisjonen, men av EFTAs overvåkingsorgan – EFTA Surveillance Authority, gjerne forkortet ESA.
- (19) I Norge er den nasjonale reguleringsmyndigheten opprettet som en uavhengig avdeling i Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) – Reguleringsmyndigheten for energi (RME).
- (20) 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». Regjeringen la altså til grunn at det var nødvendig å innhente Stortingets samtykke før EØS-komiteens beslutning kunne bli bindende.
- (21) Regjeringen la frem sitt samtykkeforslag for Stortinget i november 2017, se Prop. 4 S (2017–2018). Det var innhentet tre uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling om konstitusjonelle rammer av betydning for tilslutning til energimarkedspakken. Med støtte i uttalelsene mente regjeringen at Stortingets samtykke kunne gis med alminnelig flertall etter Grunnloven § 26 andre ledd. Regjeringen fremmet samtidig forslag til lovvedtak om endringer i energiloven og naturgassloven, jf. Prop. 5 L (2017–2018) og Prop. 6 L (2017–2018).
- (22) I Stortinget var det ulike syn på hvordan saken burde behandles, se Innst. 178 S (2017–2018). Derfor ble det 27. februar 2018 innhentet ytterligere én uttalelse fra Lovavdelingen. 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 og minst to tredjedeler av Stortingets medlemmer til stede etter fremgangsmåten 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.
- (23) Deretter samtykket Stortinget – i medhold av Grunnloven § 26 andre ledd – i regjeringens godkjenning av EØS-komiteens beslutning om å ta EUs regler i den tredje energimarkedspakken, med tilpasninger, inn i EØS-avtalen.
- (24) Norge underrettet 27. april 2018 EØS-komiteen om at det forfatningsrettslige kravet var oppfylt. De nødvendige lovendringene ble vedtatt 25. mai 2018. Etter at også det islandske Alltinget hadde samtykket, trådte EØS-komiteens beslutning om å ta rettsaktene inn i EØS-avtalen i kraft 3. oktober 2019. EUs tredje energimarkedspakke med tilpasninger ble ved dette folkerettslig bindende for Norge.
- (25) Rettsaktene er gjennomført i norsk rett ved endringene i energiloven og naturgassloven med forskrifter, som trådte i kraft høsten 2019.

- (26) Den tredje energimarkedspakken innebærer i stor grad forpliktelser av folkerettslig karakter, uten direkte virkning for innbyggere og foretak i Norge. Enkelte bestemmelser i to av rettsaktene – ACER-forordningen og grensehandelforordningen – har imidlertid elementer av myndighetsoverføring, som dermed reiser spørsmål om det var tilstrekkelig at Stortinget ga sitt samtykke etter Grunnloven § 26 andre ledd.
- (27) Partene er enige om at energimarkedspakken innebærer to elementer av myndighetsoverføring:
- (28) *Det første* elementet gjelder overføring av myndighet til ESA til å treffe vedtak etter forslag fra ACER i de saker hvor ACER har myndighet i EU. Slike vedtak vil rettes mot RME, som igjen treffer bindende vedtak overfor norske aktører – i første rekke Statnett. Statsforetaket Statnett eier og er systemansvarlig for alle elektrisitetskabler til og fra utlandet og skal sikre at det nasjonale strømmettet er i balanse til enhver tid.
- (29) *Det andre* elementet gjelder overføring av myndighet til ESA til å kreve relevant informasjon direkte fra norske energiforetak og ilegge bøter hvis pålegg om å gi informasjon ikke blir etterkommet.
- (30) I ettertid er ytterligere fire kommisjonsforordninger i den tredje energimarkedspakken blitt innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett, blant annet Kommisjonens forordning (EU) 2015/1222 om fastsettelse av retningslinjer for kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering (CACM-forordningen). Dette skjedde i en egen prosess med vedtak av EØS-komiteen 11. desember 2020 og av Stortinget 11. juni 2021.
- (31) Disse fire kommisjonsforordningene, som ble vedtatt i EU i tidsrommet 2015 til 2017, inneholder detaljerte regler som ifølge Prop. 199 LS (2020–2021) skal legges til rette for et mer velfungerende kraftmarked mellom landene og utfylle reglene som allerede var gitt. Basert på proposisjonen la Stortinget til grunn at CACM-forordningen inneholdt et element av myndighetsoverføring, men at det var lite inngripende. Stortingets samtykkevedtak i 2021 ble derfor fattet etter Grunnloven § 26 andre ledd. Det er for øvrig noen kommisjonsforordninger i den tredje energimarkedspakken som ikke er innlemmet i EØS-avtalen, se proposisjonen side 12.
- (32) Den 24. april 2023, fem og et halvt år etter Stortingets samtykkevedtak, fattet ESA sitt første – og til nå eneste – vedtak rettet til RME, med hjemmel i ACER-forordningen artikkel 8 og CACM-forordningen artikkel 15 nr. 1. Jeg kommer tilbake til vedtaket.
- (33) Den politiske debatten i Stortinget om ACER har fortsatt, se for eksempel representantforslag 102 S (2022–2023) om å reversere endringene i intern lovgivning som følge av vedtaket om å innlemme rettsaktene i den tredje energimarkedspakken og å trekke Norge ut av ACER-samarbeidet. Forslaget ble forkastet av Stortinget 18. april 2023 i tråd med komitéflertallets tilråding i Innst. 277 S (2022–2023).

### ***EUs fjerde energimarkedspakke***

- (34) I EU ble en fjerde energimarkedspakke vedtatt i 2019. Her står omstilling til fornybar energi sentralt. Pakken blir derfor gjerne kalt «Ren Energi-pakken». Rettsaktene reviderer og erstatter blant annet rettsaktene i den tredje energimarkedspakken.

- (35) Rettsaktene er ansett som EØS-relevante, men er til nå ikke innlemmet i EØS-avtalen og dermed heller ikke gjennomført i norsk rett.

### **Saksgangen for domstolene**

- (36) Nei til EU gikk 8. november 2018 til søksmål med påstand om at staten pliktet å unnlate å gjennomføre EUs tredje energimarkedspakke i norsk rett. Dette var før gjennomføringen, og påstanden var en noe annen enn for Høyesterett nå. Tvistepunktene er imidlertid de samme.
- (37) Staten påsto prinsipalt at saken måtte avvises fordi prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3 ikke var oppfylt. Saken ble foreløpig begrenset til å gjelde dette spørsmålet.
- (38) Oslo tingrett avviste saken 10. oktober 2019. Nei til EU anket til Borgarting lagmannsrett, som forkastet anken 18. mars 2020. Etter anke fra Nei til EU avsa Høyesterett i plenum 1. mars 2021 under dissens kjennelse om at saken skulle fremmes, jf. HR-2021-417-P *ACER I*.
- (39) Etter krav fra Nei til EU var Oslo tingrett satt med to meddommere fra det alminnelige meddommerutvalget, jf. tvisteloven § 9-12, da tingretten behandlet realiteten i saken. Domsslutningen i dom 22. november 2021 er denne:
- «1. Staten v/Utenriksdepartementet frifinnes.
  2. Partene bærer sine egne sakskostnader.»
- (40) Nei til EU anket til Borgarting lagmannsrett.
- (41) Under saksforberedelsen trakk Nei til EU Stortingets samtykke 11. juni 2021, som gjaldt de fire kommisjonsforordningene fra 2015 til 2017, inn i argumentasjonen. Staten tok da opp spørsmålet om Nei til EU hadde fremmet et nytt krav, noe Nei til EU avkreftet. Stortingets samtykke fra 2021 er dermed ikke en del av tvistegjenstanden.
- (42) Etter krav fra Nei til EU deltok to meddommere fra det alminnelige meddommerutvalget også ved lagmannsrettens behandling, jf. tvisteloven § 29-17 og Rt-2009-345 avsnitt 25.
- (43) Borgarting lagmannsrett avsa 7. desember 2022 dom med slik domsslutning:
- «1. Anken forkastes.
  2. Sakskostnader tilkjennes ikke.»
- (44) Nei til EU har anket til Høyesterett over rettsanvendelsen og bevisvurderingen.
- (45) Justitiarius besluttet 10. mars 2023 at saken skulle avgjøres av Høyesterett i plenum, jf. domstolloven § 5 fjerde ledd siste punktum, jf. § 6 andre ledd, se HR-2023-441-J.
- (46) Dommer Indreberg og dommer Noer har hatt forfall og har ikke deltatt under behandlingen av saken. Dommer Stenvik tiltrådte sitt embete først etter ankeforhandlingen.

- (47) Saken står i det vesentlige i samme stilling som for de tidligere instansene.

### **Partenes syn på saken**

- (48) Den ankende part – *Nei til EU* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (49) Gjennomføringen av EUs tredje energimarkedspakke i norsk rett medførte overføring av myndighet fra norske statsmakter til EU og til EØS-organer. For at myndighetsoverføring skal kunne skje med alminnelig flertall etter Grunnloven § 26 andre ledd, må den regnes som «lite inngripende». Det er ikke tilfellet i saken her. Stortinget skulle derfor i 2018 i stedet ha behandlet saken etter Grunnloven § 115, som krever tre fjerdedels flertall med minst to tredjedeler av representantene til stede.
- (50) Domstolene må foreta en selvstendig og inngående prøving av Stortingets samtykkevedtak. Vedtaket overfører lovgivnings-, forvaltnings- og domsmyndighet til EU- og EØS-organer. Prøvingen av om myndighetsoverføringen var lite inngripende, kan ikke sammenliknes med domstolsprøving av lovers grunnlovsmessighet. Tredelingen av prøvingsintensiteten som Høyesterett foretok i Kløfta-dommen, jf. Rt-1976-1, er derfor ikke direkte anvendbar. Det er ikke alene spørsmål om statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, men om å avgi suverenitet til en utenlandsk organisasjon og om å verne et mindretall i Stortinget. Grunnlovens ord må da tillegges betydelig vekt. At domstolene skal foreta en intensiv prøving, understøttes også av at saken gjelder energiforsyning og dermed samfunnets funksjonsdyktighet.
- (51) *Nei til EU* er enig med lagmannsretten i at det ved vurderingen av omfanget av myndighetsoverføring skal legges vekt på relevant myndighetsavståelse som tidligere er gjort.
- (52) Høyesterett må ved prøvingen trekke inn alt materiale om myndighetsoverføring som var kjent for Justisdepartementets lovavdeling og Stortinget da samtykket ble gitt. Dette gjelder ikke bare rettsaktene som var omfattet av Stortingets samtykke i 2018. Man må se hen til de fire kommisjonsforordningene som ble vedtatt av EU i 2015–2017, og som Stortinget i 2021 samtykket i at ble gjort til del av EØS-avtalen. Det samme gjelder forslaget til EUs fjerde energimarkedspakke og EUs strategi fra 2015 om å utvikle en «energiunion». Ved Høyesteretts prøving er det også relevant å se hen til etterfølgende praksis fra ACER, ESA, RME og EU-domstolen.
- (53) Dersom dette materialet blir tatt i betraktning ved vurderingen av om det var adgang til å behandle saken etter Grunnloven § 26 andre ledd, er det klart at ACERs og ESAs myndighetshjemler er mer vidtrekkende enn det Stortinget la til grunn, og at § 26 andre ledd ikke kunne anvendes.
- (54) Ved vurderingen av om myndighetsavståelsen er mer enn «lite inngripende», må myndighetsoverføringens omfang og karakter klarlegges, og det må tas i betraktning hvilke samfunnsmessige effekter – rettslige og faktiske – som myndighetsoverføringen vil kunne ha.

- (55) I ACER-forordningen artikkel 7, 8 og 9 og grensehandelforordningen er ACER gitt myndighet til å regulere viktige sider ved drift av transnasjonale el-nett. Særlig artikkel 8 er vidtrekkende, noe de fire kommisjonsforordningene fra 2015 til 2017 viser. Det dreier seg om myndighet til å avgjøre langt mer enn tekniske og faglige spørsmål. ACER kan treffe beslutninger som kan påvirke energisituasjonen og strømprisene i Norge. Etter EØS-tilpasninger utøves denne myndigheten overfor Norge gjennom ESA, som etter forslag fra ACER retter pålegg til RME. Ettersom RME ikke kan instrueres eller kontrolleres av norske myndigheter, må RME regnes som et EU/EØS-organ. Realiteten er derfor at ACER via ESA og RME treffer beslutninger som blir bindende i Norge.
- (56) Kommisjonen kan etter grensehandelforordningen artikkel 20 kreve informasjon fra energiselskaper og ifølge artikkel 22 sanksjonere manglende oppfyllelse med høye bøter. Gjennom EØS-tilpasninger er denne myndigheten lagt til ESA, som dermed treffer beslutninger som har direkte virkning for norske foretak. Norske foretak er avskåret fra å bringe bøtene inn for norske domstoler.
- (57) På begge disse områdene blir norske myndigheter overstyrt av EU.
- (58) Elektrisitetsforsyningen er vital for Norges befolkning og næringsliv. Målet for EUs energipolitikk er et felles europeisk energimarked, der energi flyter fritt, og prisen er lik uavhengig av hvor man befinner seg. Gjennom den tredje energimarkedspakken har Norge sluttet seg til dette. Det leder til høyere strømpriser i Norge, dårligere konkurransevne for norsk kraftkrevende industri og svekket beredskap. Avståelse av myndighet er en del av dette, og samlet sett er myndighetsavståelsen langt mer enn lite inngripende.
- (59) 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 annet ledd.
  2. Staten v/Utenriksdepartementet plikter å erstatte Nei til EUs sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.»
- (60) Ankemotparten – *staten ved Utenriksdepartementet* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (61) Stortinget hadde adgang til å gi samtykke til innlemmelsen av tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen etter fremgangsmåten i Grunnloven § 26 andre ledd med alminnelig flertall. Elementene av myndighetsoverføring i tredje energimarkedspakke er «lite inngripende».
- (62) Den tredje energimarkedspakken inneholder i det alt vesentlige EØS-forpliktelser av rent folkerettslig karakter, som ikke regnes som myndighetsoverføring, og som faller utenfor rammene for saken her. Kun en liten del av pakken reiser spørsmål om myndighetsoverføring.
- (63) Det ene elementet av myndighetsoverføring er at ESA kan treffe vedtak i nærmere bestemte saker og på nærmere bestemte vilkår, basert på et utkast fra ACER, med virkning for RME i Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE). RME er forpliktet til å følge opp vedtakene og eventuelt treffe vedtak som i praksis vil rette seg mot Statnett, jf. ACER-forordningen artikkel 8 med tilpasninger som følger av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017. Dette er overføring av forvaltningsmyndighet som ligger nær



myndighet til å treffe vedtak med bare rent folkerettslig bindende virkning for Norge. ESAs vedtak binder formelt sett kun forvaltningsorganet RME og må gjennomføres i Norge for å ha virkning her. Det må være en høy terskel for at slik myndighetsoverføring skal anses som mer enn «lite inngripende». Artikkel 7 og 9 i ACER-forordningen gir ikke myndighet til ESA.

- (64) Det klareste elementet av myndighetsoverføring er at ESA kan kreve utlevert informasjon fra norske energiforetak, i praksis Statnett, og om nødvendig sanksjonere brudd på informasjonsplikten ved å ilegge bøter, jf. grensehandelforordningen artikkel 20 og 22. Dette er overføring av myndighet til å treffe vedtak som er bindende i Norge, men på et svært avgrenset område. Myndigheten til å gi pålegg gjelder utelukkende informasjon som er nødvendig i Kommisjonens arbeid med å utforme retningslinjer, og sanksjoner er kun aktuelt når informasjonsplikten ikke overholdes.
- (65) Enten en ser dem hver for seg eller samlet, utgjør disse elementene kun lite inngripende myndighetsoverføring.
- (66) Domstolenes kontroll med grunnlovsmessigheten av Stortingets vedtak etter Grunnloven § 26 andre ledd må ta utgangspunkt i det vedtaket som ble truffet, og de overveielene Stortinget gjorde, på vedtakstidspunktet. Å ta utgangspunkt i faktum på domstidspunktet ville innebære at domstolene fikk en annen rolle enn rent kontrollerende. Det ville være prinsipielt problematisk av hensyn til rollefordelingen mellom den lovgivende og dømmende makt.
- (67) Dette legger rammer for domstolskontrollen av vedtaket og innebærer blant annet at Stortingets samtykke fra 2021 om å innlemme fire kommisjonsforordninger, formelt sett ikke er en del av prøvingen. En annen sak er at det kan ses hen til kommisjonsforordningene for å belyse ACERs myndighet, slik Stortinget gjorde i 2018. På samme måte kan Høyesterett forholde seg til utfyllende regelverk og aktuell praksis fra blant annet ACER.
- (68) Ved domstolenes etterprøving av Stortingets vurderinger må prøvingsintensiteten avpasses til vedtakets karakter. Saken gjelder spørsmål om statsmakters arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse. Her er prøvingsintensiteten lav, og stortingsflertallets syn må respekteres i vid utstrekning. Særlig gjelder det når Stortingets vurdering bygger på grundige utredninger og omfattende debatt. Det er derfor en høy terskel for å overprøve stortingsflertallets vurdering. Dette er imidlertid ikke avgjørende i saken her, ettersom Stortingets vedtak fra 2018 under enhver omstendighet utvilsomt er i samsvar med Grunnloven.
- (69) I motsetning til lagmannsretten mener staten at Stortinget, ved vurderingen av om myndighetsoverføringen er lite inngripende, ikke har noen plikt til å trekke inn tidligere myndighetsoverføring. Det samme gjelder for mulige fremtidige saker. Når Stortinget vurderer å samtykke etter § 26 andre ledd i en konkret sak, er det denne saken – slik den er lagt frem av regjeringen og tatt til behandling av Stortinget – som må danne rammene for vurderingen.

(70) Staten ved Utenriksdepartementet har lagt ned slik påstand:

- «1. Anken forkastes.
2. Staten v/Utenriksdepartementet tilkjennes sakens kostnader for alle instanser.»

### **Mitt syn på saken**

#### ***Grunnlovsbestemmelsene om myndighetsoverføring til internasjonale organer***

(71) Grunnloven § 26, som Stortinget anvendte i saken her, lyder slik:

«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.»

(72) I utgangspunktet kan regjeringen altså inngå internasjonale avtaler uten Stortingets samtykke – utenrikskompetansen er lagt til Kongen, i praksis altså regjeringen. Dette er ofte kalt utenriksprerogativet.

(73) Regjeringen må likevel ha Stortingets samtykke for å inngå traktater «av særlig stor viktighet» og når det er nødvendig med «en ny lov eller stortingsbeslutning». Etter fast praksis er samtykke nødvendig etter disse kriteriene når Norge skal gi tilslutning til at nye rettsakter tas inn i EØS-avtalen, se Høyesteretts betenkning til Stortinget om EUs fjerde jernbanepakke – HR-2021-655-P *jernbanebetenkningen* – punkt 3.1.

(74) Samtykke etter § 26 andre ledd gis ved alminnelig flertall.

(75) Grunnloven § 115, som også gjelder inngåelse av traktater, krever tre fjerdedels flertall og at minst to tredjedeler av stortingsrepresentantene er til stede ved avstemningen. Fremgangsmåten etter denne bestemmelsen må i utgangspunktet anvendes dersom Stortinget skal 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 ...».

(76) De sentrale beføyelsene, det vil si de formene for myndighetsutøvelse som etter Grunnloven «tilligger statens myndigheter», er lovgivende (§ 75), utøvende (§ 3) og dømmende myndighet (§ 88).

(77) Om innholdet i Grunnloven § 115 heter det i jernbanebetenkningen punkt 3.1:

«Paragraf 115 gjelder etter annet ledd ikke for deltakelse i internasjonale organisasjoner som bare treffer vedtak med rent folkerettslig virkning for Norge. Det skilles altså, enkelt sagt, mellom vedtak som bare er bindende *for* Norge, og vedtak som også er direkte bindende *i* Norge, det vil si pålegger innbyggere eller foretak i

Norge plikter uten at det er nødvendig med egne gjennomføringsvedtak fra norske myndigheter. Samtykke til medlemskap i organisasjoner som bare treffer vedtak med folkerettslig virkning *for* Norge, kan med andre ord som utgangspunkt gis i medhold av § 26 annet ledd. Det kan reises spørsmål om hvor langt dette gjelder. Ubegrenset adgang til å binde Norge til et slikt folkerettslig samarbeid kan Kongen neppe ha selv med samtykke etter § 26 annet ledd.»

- (78) Det er altså bare overføring av myndighet til å treffe vedtak som er direkte bindende i Norge uten egne gjennomføringstiltak, som faller inn under den særlige vedtaksbestemmelsen i § 115. Vedtak som utelukkende skaper folkerettslige forpliktelser for Norge, omfattes derimot – iallfall som den store hovedregel – ikke.
- (79) Paragrafene 26 og 115 har til en viss grad overlappende anvendelsesområder. Selv om det ikke går uttrykkelig frem av ordlyden i Grunnloven § 26, ble det i jernbanebetenkningen lagt til grunn at samtykke til overføring av myndighet til et internasjonalt organ kan skje ved alminnelig flertall etter § 26 andre ledd dersom myndighetsoverføringen er *lite inngripende*. Det gjelder også når myndighetsoverføringen skjer til en organisasjon som Norge ikke er tilsluttet. Er en slik myndighetsoverføring mer enn lite inngripende, kreves grunnlovsendring etter § 121.
- (80) Paragraf 26 andre ledd har vært hjemmel for samtykke til alle viktige internasjonale avtaler som Norge har inngått siden § 115 – den gang § 93 – ble vedtatt i 1962, unntatt to – EØS-komiteens beslutninger om henholdsvis deltakelse i EØS-avtalen i 1992 og deltakelse i EUs finansmarkedstilsyn i 2016. Stortinget har ved en rekke anledninger overført myndighet med grunnlag i § 26 andre ledd – 22 ganger på EØS-området.
- (81) I jernbanebetenkningen kom Høyesterett i plenum enstemmig til at Stortinget kunne gi sitt samtykke til å innlemme fjerde jernbanepakke i EØS-avtalen med hjemmel i § 26 andre ledd. I den saken gjaldt det overføring av myndighet til EUs jernbanebyrå, det vil si et organ i en organisasjon som Norge ikke er medlem av.

***Skal myndighetsoverføringen vurderes isolert eller i sammenheng med tidligere myndighetsoverføring?***

- (82) Problemstillingen er blitt omtalt som et spørsmål om «kumulasjon». Jeg er enig med partene i at dette er en lite hensiktsmessig ordbruk, og jeg bruker derfor ikke begrepet i det følgende.
- (83) Stortinget står fritt til å se flere myndighetsoverføringer i sammenheng. Spørsmålet for Høyesterett er om Stortinget – og domstolene ved en eventuell domstolskontroll – ved «lite inngripende»-vurderingen har *plikt* til å gjøre det. Dette må avgjøres ut fra en tolkning av Grunnloven § 26 andre ledd.
- (84) Ingen av partene har anført at det gjelder noen plikt til å se myndighetsoverføring som Stortinget er bedt om å gi samtykke til, sammen med fremtidig myndighetsoverføring. Jeg er enig i at det ikke kan oppstilles en slik plikt. Nei til EUs anførsel om at det må ses hen til alle kilder som kan si noe om arten og omfanget av myndighetsoverføringen, også EU-rettsakter som på samtykketidspunktet ikke er gjort til del av EØS-avtalen, kommer jeg tilbake til ved tolkningen av ACER-forordningen. Spørsmålet er i det følgende om det

gjelder en plikt til å se myndighetsoverføring i sammenheng med tidligere myndighetsoverføring på samme område.

- (85) Slik Grunnloven § 26 andre ledd er utformet, er det naturlige utgangspunktet at det er den traktaten Stortinget er bedt om å samtykke i, som danner rammen for vurderingen av om myndighetsoverføringen er lite inngripende – her EØS-komiteens beslutning 5. mai 2017 om å innlemme rettsaktene i den tredje energimarkedspakken i EØS-avtalen.
- (86) Samtykkesaken som ble behandlet av Stortinget i 2018, inneholdt flere elementer av myndighetsoverføring. De enkelte elementene må da, i tillegg til å vurderes isolert, ses i sammenheng. Dersom vurderingen skal være bredere enn dette, og inkludere tidligere myndighetsoverføring, krever det et særskilt grunnlag – også når det har skjedd en trinnvis myndighetsoverføring på det samme området.
- (87) Det er ikke noe i *ordlyden* i § 26 som gir grunnlag for en plikt til å vurdere myndighetsoverføringen sammen med tidligere myndighetsoverføring. Heller ikke er det sagt noe i *forarbeidene* til § 26 eller tidligere § 93, nå § 115, om dette.
- (88) *Stortingets praksis om samtykkevedtak* er omfattende. Praksisen inneholder imidlertid ikke eksempler på at det, ved vurderingen av om myndighetsoverføringen er lite inngripende, er lagt vekt på tidligere myndighetsoverføring. I noen grad kan det skyldes at problemstillingen ikke har vært aktuell. Men i flere saker hvor det har skjedd trinnvis myndighetsoverføring på et saksfelt, har Stortinget hatt foranledning til å vurdere om det skal foretas en samlet vurdering. En samlet vurdering har likevel ikke blitt foretatt.
- (89) Jeg nevner først to saker om trinnvis overføring av Kongens militære kommandomyndighet. Norges tilslutning til NATO i 1949 var av folkerettslig art. Men i 1951 ble det besluttet at Norge skulle ta del i opprettelsen av felles kommandosystemer og felles forsvarsstyrker for Atlanterhavspaktens land, jf. Innst. S. nr. 40 (1951) side 66. Forholdet til Grunnloven § 25 om Kongens kommandomyndighet sto sentralt i diskusjonen. I 1962 ble det så gitt samtykke til norsk deltakelse i opprettelsen av et felles luftforsvarssystem for den europeiske delen av NATO-området, jf. Innst. S. nr. 149 (1962–1963) side 331. Dette gikk ut på at det felles luftforsvarssystemet ble underlagt ledelsen til sjefen for Europakommandoen, som med visse begrensninger fikk operativ kommando over medlemslandenes luftforsvarsstyrker. Igjen var det diskusjon om myndighetsoverføringen, men spørsmålet ble ikke sett i sammenheng med myndighetsoverføringen i 1951.
- (90) I 2021 samtykket Stortinget i at det ble inngått en tilleggsavtale, den såkalte SDCA-avtalen om forsvarssamarbeid mellom Norge og USA, som i relasjonen mellom de to statene supplerer og delvis erstatter NATO-avtalen fra 1951 og tidligere bilaterale avtaler. På enkelte punkter innebærer tilleggsavtalen nye elementer av myndighetsoverføring til USA, og den går dermed lenger enn tidligere avtaler i å gi amerikanske styrker rettigheter i Norge. Men verken samtykkeproposisjonen eller stortingsinnstillingen, som i stor grad knytter tilleggsavtalen til samarbeidet innenfor rammen av NATO, ser spørsmålet om myndighetsoverføring i sammenheng med sakene fra 1951 og 1962, jf. Prop. 90 S (2021–2022) side 25 og Innst. 395 S (2021–2022).
- (91) På dette tidspunktet var regjeringen og Stortinget gjort kjent med problemstillingen om trinnvis myndighetsoverføring gjennom en uttalelse i Høyesteretts jernbanebetenkning,

som jeg snart kommer tilbake til. Man hadde slik sett en foranledning til å ta opp spørsmålet. I proposisjonen på side 29 heter det at det er «den samlede myndighetsoverføring innen samme avtalekompleks som må vurderes». Det går imidlertid frem av sammenhengen at det med «avtalekompleks» kun siktes til SDCA-avtalen. Verken flertallet eller mindretallet i stortingskomiteen gir uttrykk for at det ses hen til tidligere myndighetsoverføring.

- (92) Også på luftfartsområdet er det eksempler på trinnvis myndighetsoverføring, her til Det europeiske byrå for flysikkerhet (European Union Aviation Safety Agency, EASA). Norge sluttet seg til EASA ved innlemmelse i EØS-avtalen i 2002, jf. St.prp. nr. 44 (2004–2005) og Innst. S nr. 164 (2004–2005), der forholdet til Grunnloven ble vurdert. I 2008 ble EASAs myndighet utvidet til nye flysikkerhetsområder, jf. Prop. 27 S (2012–2013) og Innst. 146 S (2012–2013), og i 2015 fikk byrået myndighet til å godkjenne tredjelandsoperatører, jf. Prop. 123 S (2014–2015) side 3 og Innst. 390 S (2014–2015). Det var likevel kun den siste forordningen, 452/2014, som i 2015 inngikk i vurderingen av forholdet til Grunnloven § 26 andre ledd, jf. proposisjonen side 4.
- (93) Under stortingsbehandlingen av den sistnevnte EASA-forordningen i 2015 sluttet flertallet seg til proposisjonen, mens et mindretall fra Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti så det «som problematisk at regjeringa legg opp til ei løysing der Noreg gjev frå seg suverenitet utan ein meir omfattande og prinsipiell debatt om spørsmålet», jf. Innst. 390 S (2014–2015) side 2. Jeg tolker imidlertid ikke mindretallet slik at det argumenterte for å trekke inn tidligere myndighetsoverføring. Innvendingen var at det ikke var satt av tid til å behandle saken grundig nok.
- (94) Det finnes ytterligere tilfeller fra Stortingets praksis om trinnvis myndighetsoverføring, blant annet samtykke til EØS-forpliktelser med elementer av myndighetsoverføring på områdene for veitransport og reguleringen av helse- og miljøfarlige stoffer. Heller ikke her er «lite inngripende»-vurderingen foretatt i lys av tidligere myndighetsoverføring. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på disse.
- (95) Når Stortinget selv aldri synes å ha vært inne på å oppstille et krav om at trinnvis myndighetsoverføring må vurderes under ett i saker der det kunne ha vært et spørsmål, taler heller ikke Stortingets praksis for å oppstille et slikt krav. Dette gjelder ikke minst for praksisen etter at regjeringen og Stortinget ved jernbanebetenkningen var gjort kjent med problemstillingen.
- (96) Spørsmålet om å vurdere myndighetsoverføringer samlet ble berørt i *Høyesteretts jernbanebetenkning* som ledd i drøftelsen av om det gjelder en lære om lite inngripende myndighetsoverføring etter Grunnloven § 26 andre ledd. Foranledningen var at det i juridisk teori ble pekt på som et argument mot læren at man ved flere lite inngripende myndighetsoverføringer til slutt kan stå overfor en myndighetsoverføring som, om den var blitt presentert under ett, ville utelukket bruk av § 26 andre ledd. Synspunktet gikk blant annet også frem av et innlegg fra to professorer til Høyesterett i forbindelse med arbeidet med jernbanebetenkningen, jf. betenkningen punkt 3.9.
- (97) I tilknytning til dette heter det i punkt 3.10:
- «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.»

- (98) Utsagnet må forstås i lys av sammenhengen. De to første setningene slår fast at en lære om lite inngripende myndighetsoverføring ikke *tvinger* Stortinget til å vurdere en sak om myndighetsoverføring isolert. Stortinget står fritt til å foreta en bredere vurdering om det anses hensiktsmessig. Dette er et poeng som svekker vekten av argumentasjonen mot læren om lite inngripende myndighetsoverføring. Jeg kan derimot ikke se at utsagnet gir veiledning for spørsmålet i saken her, som er om Stortinget kan ha en *plikt* til å se hen til tidligere saker. Ved behandlingen av den fjerde jernbanepakken var denne problemstillingen ikke aktuell.
- (99) Fortsettelsen i det jeg har gjengitt fra jernbanebetenkningen, ligger det nær å forstå slik at det i noen tilfeller kan være en plikt til å ta hensyn til tidligere myndighetsoverføring. Dette gjelder særlig uttalelsen om at det må gå «en slik grense også ved trinnvise myndighetsoverføringer». Rekkevidden av en slik plikt sies det imidlertid ikke noe om, men det presiseres at vurderingen primært knytter seg til myndighetsoverføringen det er aktuelt å samtykke i.
- (100) Før jeg går inn på reelle hensyn, kan rettskildene så langt *oppsummeres* slik: Verken Grunnlovens ordlyd eller forarbeider tilsier at en myndighetsoverføring må vurderes sammen med tidligere saker om myndighetsoverføring. Heller ikke Stortingets praksis tilsier at det gjelder en slik plikt. Jernbanebetenkningen gir derimot en viss støtte for at det ved trinnvise myndighetsoverføringer må antas å gå en grense for når man kan nøye seg med å vurdere den aktuelle myndighetsoverføringen isolert. Uttalelsen inngår imidlertid i drøftelsen av en annen problemstilling. Spørsmålet om trinnvis myndighetsoverføring er dessuten bedre belyst i saken her, og Stortinget har som nevnt videreført sin praksis etter at betenkningen forelå.
- (101) Enkelte hensyn kan tale for at det gjelder en plikt til å se den aktuelle myndighetsoverføringen i sammenheng med tidligere myndighetsoverføring. Det internasjonale samarbeidet, og ikke minst samarbeidet innenfor EU/EØS, er i stadig utvikling. I saksforhold som henger sammen, kan hver myndighetsoverføring isolert sett være lite inngripende, men kan fremstå som mer inngripende dersom de enkelte myndighetsoverføringene ses samlet. Det kan derfor hevdes at en isolert vurdering ville svekke de hensyn som ligger bak kravet i Grunnloven § 115 om kvalifisert flertall.
- (102) Et internasjonalt samarbeid på et område kan utvikles trinnvis, men også ved at en regelpakke erstatter tidligere rettsakter. Ikke sjelden vil begge deler skje innenfor en sektor: Etter en periode med trinnvise regelendringer kan det være behov for en totalrevisjon av regelverket, inkludert ytterligere elementer av myndighetsoverføring. Det kan, slik det er pekt på i jernbanebetenkningen, virke ulogisk at måten nye internasjonale forpliktelser utvikles og legges frem for Stortinget på, skal kunne ha betydning for om § 26 andre ledd er anvendelig. Det kan tilsi at det må foretas en samlet vurdering. Omgåelsesbetraktninger trekker i samme retning.
- (103) Andre reelle hensyn taler på sin side mot en slik plikt. Dersom Stortinget skulle ha plikt til å foreta en samlet vurdering, ville det oppstå vanskelige avgrensningsspørsmål knyttet til

hva som utgjør samme sakskompleks og om det gjelder en grense i tid fra forrige myndighetsoverføring. Det ville kunne gi manglende forutberegnelighet og uforholdsmessig krevende beslutningsprosesser.

- (104) Samlet sett kan jeg ikke se at reelle hensyn taler avgjørende mot den løsningen som har støtte i de øvrige kildene. Min konklusjon blir dermed at Stortinget ved vurderingen av om en myndighetsoverføring er lite inngripende etter Grunnloven § 26 andre ledd, ikke har plikt til å se myndighetsoverføringen i sammenheng med tidligere myndighetsoverføring. Det samme må da gjelde ved domstolenes grunnlovskontroll.
- (105) Om det i spesielle tilfeller kan tenkes unntak, gir denne saken ikke foranledning til å gå nærmere inn på.

### ***Domstolenes grunnlovskontroll***

#### *Generelt*

- (106) Domstolenes rett og plikt til å utøve grunnlovskontroll er utviklet i saker om prøving av om anvendelsen av en lovbestemmelse er i strid med Grunnloven. Læren har vært i endring og blitt tilpasset nye samfunnsforhold og rettsutviklingen på andre områder. Retten og plikten til å foreta grunnlovskontroll ble i 2015 tatt inn i Grunnloven § 89.
- (107) Kontrollen er ikke begrenset til lover. Den omfatter også vedtak som Stortinget treffer etter Grunnloven § 26 andre ledd og § 115, jf. ACER I-kjennelsen avsnitt 71 følgende.
- (108) Jeg presiserer at domstolsprøvingen i saken her kun gjelder vurderingen av om myndighetsoverføringen er lite inngripende, slik at § 26 andre ledd er anvendelig. Prøvingen knytter seg med andre ord til de *konstitusjonelle rammene* for samtykkevurderingen – om Stortinget overholdt saksbehandlings- og kompetansereglene da vedtaket ble truffet. Om samtykke *burde* vært gitt eller ikke, er et politisk spørsmål som domstolene ikke kan overprøve.
- (109) Hensynet til rollefordelingen mellom den lovgivende og den dømmende makt tilsier videre at grunnlovskontrollen tar utgangspunkt i de faktiske forholdene på tidspunktet da Stortinget traff sitt vedtak. Dette er forutsetningsvis også lagt til grunn i rettspraksis, jf. for eksempel Rt-2007-1308 *Sørheim* avsnitt 42.

#### *Vekten av Stortingets syn på grunnlovsspørsmålet*

- (110) Staten har anført at domstolene bare skal etterprøve om Stortingets beslutningsprosess har vært betryggende. Grunnloven § 88 om at Høyesterett dømmer i siste instans, innebærer imidlertid at Høyesterett – og dermed underordnede rettsinstanser – også ved den grunnlovskontrollen som saken her gjelder, må tolke Grunnloven på selvstendig grunnlag. Hensynet til rettsstaten, jf. Grunnloven § 2, medfører at andre myndigheter ikke bør kunne binde domstolene til å bygge grunnlovskontrollen på en annen forståelse av Grunnloven enn den domstolene finner riktig. Stortingets syn vil likevel kunne få betydning både ved domstolenes tolkning av Grunnloven og ved den konkrete vurderingen, i dette tilfellet av hvor inngripende myndighetsoverføringen må anses å være i den aktuelle saken.

- (111) Spørsmålet er hvor langt domstolene skal gå i sin kontroll, eller sagt på en annen måte, hvor stor vekt som skal legges på Stortingets syn på grunnlovsspørsmålet. Dette får først og fremst betydning når grunnlovstolkningen byr på tvil.
- (112) Kløfta-dommen, Rt-1976-1, er sentral. Før jeg går inn på den, er det imidlertid hensiktsmessig å se hen til to plenumssaker fra 1950-tallet om delegasjon av lovgivningsmyndighet.
- (113) I Rt-1952-1089 *hvalavgift* var det spørsmål om grensen for Stortingets adgang til å delegere lovgivningsmyndighet på avgiftsområdet til et forvaltningsorgan, Prisdirektoratet. Grunnlovsmessigheten av delegasjonen måtte ifølge dommen avgjøres «etter de foreliggende reelle hensyn». Avgiftene kunne bli betydelige, men det var nødvendig å handle raskt for å fastsette en rekke ulike avgifter, og det store antallet avgjørelser ville ellers ha lagt beslag på Stortingets tid. Det ble også lagt vekt på at Stortinget kunne utøve kontroll med forvaltningen.
- (114) Flertallet i Høyesterett, alle dommerne unntatt én, kom ut fra dette til at domstolene ikke hadde «grunnlag for å sette seg ut over lovgivningsmaktens skjønn om hvor langt det etter forholdene er nødvendig og konstitusjonelt forsvarlig å gå». I denne sammenheng heter det videre på side 1098:
- «Jeg fremhever i denne forbindelse at det konstitusjonelle spørsmål som domstolene her skal ta standpunkt til, er et spørsmål om grensen for Stortingets adgang til å delegere sin myndighet til andre statsorganer. Selv om dette spørsmål også har en side som vender mot borgerne, er det etter min oppfatning større grunn for domstolene til å utvise varsomhet med å sette seg ut over lovgivningens skjønn i et slikt tilfelle enn når det gjelder spørsmålet om en lov er i strid med en grunnlovsbestemmelse som direkte tar sikte på å være til vern for borgerne, f. eks. Grunnlovens §§ 97 og 105.»
- (115) Høyesterett skilte altså mellom grunnlovsbestemmelser som direkte verner borgerne, og skranker for delegasjon til andre statsorganer. I det siste tilfellet hadde Stortingets syn stor vekt.
- (116) Resultatet i saken var utslag av en sammensatt vurdering og bygger på at Stortinget var nærmere til å foreta både den skjønnsmessige vurderingen av om det var nødvendig å delegere, og om det var konstitusjonelt forsvarlig.
- (117) Synspunktene i hvalavgiftdommen ble fulgt opp i en dom fra 1956 om gyldigheten av Finansdepartementets beslutning om eksportavgift på treforedlingsprodukter, jf. Rt-1956-952. Igjen var det spørsmål om delegasjon av myndighet var i strid med Grunnloven, og også denne gang kom Høyesterett til at det ikke var grunnlag for domstolene til å sette fullmakten til side som grunnlovsstridig. Det ble vist til uttalelsen fra hvalavgiftdommen og fremhevet at grunnlovsspørsmålet var blitt «nøye drøftet» av Stortinget, se dommen side 960.
- (118) Kløfta-dommen gjelder spørsmålet om nye lovregler om utmåling av ekspropriasjonserstatning var i strid med kravet om full erstatning i Grunnloven § 105. Flertallet i Høyesterett kom til at loven var uforenlig med § 105.



- (119) Både flertallet og mindretallet mente at innholdet i prøvingsretten stiller seg forskjellig etter hvilke grunnlovsbestemmelser det dreier seg om. Flertallet uttrykker det slik på side 5–6 i dommen:

«Det er ... 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.»

- (120) Om grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter, heter det i tillegg på side 6:

«Jeg finner det klart at Stortingets forståelse av lovens forhold til slike grunnlovsbestemmelser må spille en betydelig rolle når domstolene skal avgjøre grunnlovmessigheten, og domstolene må vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgiverens.»

- (121) Det er i dommen presisert at domstolene uten videre må akseptere lovgiverens «politiske vurderinger». Spørsmålet for domstolene kunne følgelig «bare være om den måte Stortinget har realisert sine intensjoner på, er forenlig med Grunnloven».
- (122) Kløfta-dommen bygger på læren om at innholdet i grunnlovskontrollen avhenger av hvilken type grunnlovsbestemmelse det er tale om. Todelingen i hvalavgiftsdommen ble videreutviklet til en tredeling.
- (123) Grunnlovsbestemmelser til vern om enkeltmenneskers personlige frihet eller sikkerhet har ifølge Kløfta-dommen betydelig gjennomslagskraft. Om bestemmelser som regulerer statsmaktenes arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, heter det i Kløfta-dommen derimot at domstolene «i vid utstrekning» må respektere Stortingets eget syn.
- (124) Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter kommer i en mellomstilling. Stortingets forståelse av forholdet mellom Grunnloven og loven spiller her en «betydelig rolle» når domstolene skal avgjøre grunnlovmessigheten, og domstolene må «vise varsomhet» med å sette sin vurdering over lovgiverens.
- (125) I tilknytning til denne mellomkategorien fremhever Høyesterett i Kløfta-dommen videre betydningen av om det er «rimelig tvil» om loven vil føre til resultater som er i strid med Grunnloven. Når det foreligger en rimelig tvil, og Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med Grunnloven, skal domstolene vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid. Men hvis domstolene finner at det er hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med Grunnloven, må loven vike.
- (126) Kravet om at Stortinget ved grunnlovskontroll «klart» må ha «vurdert og bygd» på at loven ikke er i strid med Grunnloven, innebærer også at Stortingets grunnlovsvurderinger må være av en viss *kvalitet* for at vurderingene skal tillegges betydning ved

grunnlovskontrollen. I Rt-2007-1281 *Øvre Ullern Terrasse* heter det at «... Stortingets standpunkt må være basert på et overveid syn, og at eventuelle misforståelser kan ha betydning for hvilken vekt Stortingets standpunkt kan tillegges».

- (127) I praksis etter Kløfta-dommen har Høyesterett opprettholdt tredelingen og sett den som «grunnleggende riktig», jf. Rt-1996-1415 *Borthen*. Senere praksis gjelder særlig økonomiske rettigheter som er vernet i Grunnloven § 97 om forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft og § 105 om rett til full erstatning ved ekspropriasjon, se foruten *Borthen*-dommen også Rt-2006-293 *Arves trafikkskole*, Rt-2007-1281 *Øvre Ullern Terrasse*, Rt-2007-1308 *Sørheim*, Rt-2010-143 *rederiskatt* og Rt-2010-535 *Opplysningsvesenets fond*. Det understrekes her at inndelingen er grov og omfatter rettigheter av forskjellig karakter, se for eksempel rederiskattedommen avsnitt 138.
- (128) Innenfor mellomkategorien bestemmelser til vern om økonomiske rettigheter innebærer de nevnte dommene at reglene om grunnlovskontroll er bekreftet og utviklet.
- (129) Høyesterett har ikke på samme måte hatt foranledning til å utdype hvor inngående prøvingen skal være i tilknytning til grunnlovsbestemmelser om statsmaktenes arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse. Utover uttalelsen i Kløfta-dommen om at domstolene «i vid utstrekning» må respektere Stortingets syn, er det i liten grad avklart hvordan grunnlovskontrollen ved denne tredje kategorien skiller seg fra mellomkategorien om vern av økonomiske rettigheter. Det ligger imidlertid i tredelingen at domstolsprøvingen ved den tredje kategorien – i hvert fall som det klare utgangspunkt – er mindre inngående.
- (130) Da Grunnloven § 89 om domstolenes grunnlovskontroll ble vedtatt i 2015, anerkjente Stortinget tredelingen fra Kløfta-dommen, jf. Innst. 263 S (2014–2015) side 11. Flertallet i kontroll- og konstitusjonskomiteen sa seg enig med Stortingets menneskerettighetsutvalg i at prøvingens intensitet er «sammensatt og derfor lite egnet for generell regulering». Det heter videre at «prøvingens intensitet langt på vei vil avhenge av den enkelte rettighets innhold, formål og utforming, samt de faktiske forhold i hvert enkelt tilfelle».
- (131) Min konklusjon så langt er at tredelingslæren har god forankring i rettspraksis etter Kløfta-dommen og er lagt til grunn av Stortinget ved vedtakelsen av Grunnloven § 89. Det er ingen tvil om at læren fortsatt er gjeldende rett. Men det er også på det rene at læren har utviklet seg. Høyesterett har videre pekt på at inndelingen er relativt grov, og at bestemmelsene, også innenfor hver kategori, kan være nokså forskjellige. De samme hensyn som førte til at Stortinget valgte ikke å regulere hvor langt domstolsprøvingen rekker, tilsier at domstolene ikke anvender tredelingen på en rigid måte.
- (132) Selv om tredelingslæren og plasseringen av hver enkelt bestemmelse i en av de tre kategoriene gir et utgangspunkt for hvor inngående domstolsprøvingen skal være, må det altså foretas en nærmere vurdering i det enkelte tilfellet av om bestemmelsen har særtrekk som gir grunn til å justere prøvingsgraden. I denne vurderingen vil bestemmelsens art, formål og utforming samt faktiske forhold i saken spille inn.
- (133) Som det er fremhevet i ACER I-kjennelsen avsnitt 62, gir Grunnloven § 26 andre ledd og § 115 regler om forholdet mellom regjeringen og Stortinget, og om hvordan en sak skal behandles i Stortinget. Det er altså tale om kompetanse- og saksbehandlingsregler. Videre er det snakk om å gi samtykke til generelle forpliktelser. Reglene atskiller seg derfor fra reglene i Grunnloven som gir borgerne individuelle rettigheter. Etter mitt syn hører § 26 og

§ 115 etter sin art hjemme i kategorien av bestemmelser om statsmaktenes arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse.

- (134) Denne plasseringen gir imidlertid ikke grunnlag for å trekke endelige slutninger om hvor langt domstolene skal gå i sin prøving. Ved den konkrete vurderingen må det tas hensyn til at bestemmelsene i § 26 andre ledd og § 115 har betydning utover å regulere statsmaktenes arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse. Jeg viser til det som er sagt om dette i ACER I-kjennelsen avsnitt 63 og 64:

«Det ligger en garanti for allmenheten i at norske myndigheter bare kan inngå særlig viktige avtaler med andre land eller internasjonale organer med samtykke fra de folkevalgte representantene. Den nedre grensen for når saken må forelegges Stortinget etter Grunnloven § 26 andre ledd er dermed av betydning for den demokratiske kontrollen med regjeringen. I saken her er det imidlertid enighet om at regjeringen ikke kunne ha inngått avtalen om å ta reglene i energimarkedspakken inn i norsk rett uten Stortingets samtykke.

Dernest fremhever jeg den parlamentariske mindretallsgarantien som er fastsatt i Grunnloven § 115: Myndighetsoverføring – på et saklig begrenset område – til en internasjonal organisasjon som Norge er eller blir medlem av, kan bare skje dersom minst tre fjerdedeler av stortingsrepresentantene stemmer for en slik suverenitetsavståelse, og minst to tredjedeler av dem er til stede ved avstemningen. 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. Grensedragningen mellom § 26 andre ledd og § 115 kan derfor være av betydelig interesse for allmenheten – velgerne – og den aktualiseres i hovedsaken her.»

- (135) Overføring av myndighet ut av riket gir Grunnloven § 26 andre ledd og § 115 en tilleggsdimensjon som skiller dem fra andre bestemmelser i kategorien statsmaktenes arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse. Myndighetsoverføring berører grunnleggende prinsipper i Grunnloven. Etter mitt syn tilsier bestemmelsenes nærmere karakter at domstolene skal være mindre tilbakeholdne ved prøvingen her enn ved grunnlovsbestemmelser som utelukkende regulerer den innbyrdes kompetansen og arbeidsmåten mellom statsmaktene.
- (136) Hvalavgiftdommen bygger i stor grad på at Stortinget selv var nærmest til å foreta den skjønnsmessige vurderingen av nødvendigheten av delegasjon og også av den konstitusjonelle forsvarligheten. Som jeg har vært inne på, var det behov for å treffe et stort antall avgiftsvedtak som, dersom delegasjon til Prisdirektoratet ikke fant sted, ville legge beslag på Stortingets tid og ressurser. Det ble også lagt vekt på at Stortinget kunne føre etterkontroll.
- (137) Vårt tilfelle er av en annen art, og det er ikke slik at Stortinget i alle sammenhenger på dette området er bedre rustet til å foreta vurderingen enn domstolene. Som det er pekt på i jernbanebetenkingen, beror «lite inngripende»-vurderingen på et praktisk-politisk skjønn, men har også innslag av rettslige vurderinger av hva som er en myndighetsoverføring, og betydningen av den. Det sistnevnte er vurderinger som domstolene er godt skikket til å foreta.
- (138) På denne bakgrunn mener jeg at prøvingen av «lite inngripende»-vurderingen etter Grunnloven § 26 andre ledd bør gå lenger enn det som i alminnelighet gjelder ved

Kløfta-dommens tredje kategori av grunnlovsbestemmelser. Jeg er enig med lagmannsretten i at grunnlovskontrollen kan sammenlignes med det utgangspunktet som er beskrevet for mellomkategorien økonomiske rettigheter.

- (139) Dette betyr at Stortingets syn på grunnlovsspørsmålet spiller en betydelig rolle når domstolene skal ta stilling til det, forutsatt at Stortinget klart har vurdert og bygd på at myndighetsoverføringen ikke er mer enn lite inngripende. Betydningen av Stortingets syn kommer likevel først på spissen dersom grunnlovsspørsmålet volder rimelig tvil. Hvis domstolene finner at det er hevet over rimelig tvil at stortingsflertallets valg av fremgangsmåte ikke er forenlig med Grunnloven, må Stortingets syn vike.
- (140) For at Stortingets syn skal tillegges så stor vekt, må Stortinget ha lagt til grunn en riktig forståelse av *hva* som utgjør myndighetsoverføring i den konkrete saken. Stortinget må videre ha foretatt «lite inngripende»-vurderingen ut fra de kriteriene som Høyesterett sluttet seg til i jernbanebetenkningen punkt 3.10, som jeg kommer tilbake til.
- (141) Stortinget må i tillegg ha fått tilstrekkelig informasjon om myndighetsoverføringen til at det har vært i stand til å foreta en reell vurdering i den aktuelle samtykkesaken. Og denne vurderingen må faktisk være foretatt. Som det fremgår i Rt-2007-1308 *Sørheim* avsnitt 42, «kan uttalelser holdt på et generelt plan om at forholdet til Grunnloven er vurdert og funnet i orden, vanskelig tillegges avgjørende vekt av domstolene».
- (142) Prøvningsnormen jeg har redegjort for, kan oppsummeres slik:
- (143) Ved vurderingen av hvor inngående domstolenes grunnlovskontroll skal være, må det – med utgangspunkt i tredelingen fra Kløfta-dommen – først tas stilling til hvilken kategori grunnlovsbestemmelsen etter sin art hører hjemme i. Deretter må det vurderes om bestemmelsen har særtrekk som gir grunn til å justere prøvningsgraden. Overføring av myndighet etter Grunnloven § 26 andre ledd har særtrekk som gjør at prøvingen må være mer inngående enn det som i alminnelighet gjelder for bestemmelser i kategorien om statsmaktenes arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse. I praksis vil prøvingen være sammenfallende med den som i utgangspunktet gjelder ved grunnlovsvernet av økonomiske rettigheter. Stortingets syn på grunnlovsspørsmålet skal dermed tillegges betydelig vekt, men hvis det er hevet over rimelig tvil at stortingsflertallets valg av fremgangsmåte ikke er i samsvar med Grunnloven, må Stortingets syn vike.

### ***Myndigheten som er overført***

#### *ACERs myndighet*

- (144) Jeg går nå over til å vurdere omfanget av myndighetsoverføringen i denne saken og tar utgangspunkt i ACERs oppgaver. Deretter vender jeg blikket mot rollene til henholdsvis ESA og den nasjonale reguleringsmyndigheten RME, før jeg tar for meg hjemlene som innebærer myndighetsoverføring.
- (145) På side 8 i Prop. 4 S (2017–2018) oppsummeres ACERs oppgaver slik:

«Opprettelsen av energibyrådet ACER innebærer et styrket samarbeid mellom reguleringsmyndighetene i Europa. Byrådet 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.»

- (146) Som jeg allerede har vært inne på, kan ACER treffe bindende individuelle vedtak som nevnt i ACER-forordningen artikkel 7, 8 og 9, jf. artikkel 4 bokstav d, noe jeg kommer tilbake til. ACERs virksomhet er nærmere regulert i ACER-forordningen kapittel II. Et hovedformål med å opprette byrået er ifølge fortalen til forordningen punkt 5 å «fylle hullene i fellesskapsregelverket og bidra til å sikre at de indre markeder for elektrisk kraft og naturgass fungerer tilfredsstillende». Byrået skal videre «gjøre det mulig for de nasjonale reguleringsmyndighetene å styrke sitt samarbeid på fellesskapsplan og medvirke på gjensidig grunnlag til utførelsen av fellesskapsrelaterte oppgaver».
- (147) Som jeg allerede har vært inne på, kan ACER treffe bindende individuelle vedtak som nevnt i ACER-forordningen artikkel 7, 8 og 9, jf. artikkel 4 bokstav d, noe jeg kommer tilbake til.
- (148) ACER skal også gi råd og anbefalinger til EU-institusjoner, nasjonale myndigheter, operatører og systemansvarlige for det øverste nasjonale nettnivået, såkalte «Transmission System Operators» (TSO-er). Byrået skal videre utarbeide rapporter om markedet for elektrisk kraft og bistå Kommisjonen ved utformingen av regelverk på området.

#### *ESA og samarbeidet med ACER*

- (149) I samsvar med EØS-avtalens topilar-system er det ESA, og ikke ACER, som treffer beslutninger etter ACER-forordningen artikkel 7, 8 og 9 rettet mot nasjonale reguleringsmyndigheter i EFTA-landene, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017.
- (150) Etter tilpasningsreglene i EØS-komiteens beslutning artikkel 1 skal ACER og ESA samarbeide tett når de treffer beslutninger og gir uttalelser og anbefalinger. De har rett til å delta i hverandres arbeid, og ESA kan delta i ACERs forberedende organer når det utarbeides beslutninger.
- (151) ACER utarbeider et utkast før ESA fatter sitt vedtak. Det følger av tilpasningsreglene artikkel 1 bokstav b at ESAs vedtak «uten unødig opphold [skal] gjøres på bakgrunn av utkast» utarbeidet av ACER. Ifølge Prop. 4 S (2017–2018) side 26 er det en forutsetning at ESA fatter «et likelydende eller tilnærmet likelydende vedtak». Også jeg forstår regelverket slik.
- (152) Lagmannsretten antar at det i praksis skal mye til for at ESA fraviker et utkast fra ACER. Det er jeg enig i. Men som lagmannsretten også peker på, er den formelle beslutningsmyndigheten lagt til ESA, og verken ACER-forordningen eller EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 gir ACER noen direkte myndighet overfor nasjonale reguleringsmyndigheter i EFTA-landene.
- (153) Det er vedtatt en egen tvisteløsningsprosedyre ved uenighet mellom ESA og ACER, jf. tilpasningsreglene artikkel 1 nr. 3, gjengitt i Prop. 4 S (2017–2018) side 38.
- (154) ESAs vedtak kan prøves for EFTA-domstolen etter avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA) artikkel 36 og 37.

*Nasjonale reguleringsmyndigheter*

- (155) Hver medlemsstat skal som nevnt opprette en nasjonal reguleringsmyndighet, jf. det tredje el-markedsdirektivet artikkel 35 nr. 1. Medlemsstatene skal sikre at de nasjonale reguleringsmyndighetene utøver sin myndighet upartisk og åpent, jf. artikkel 35 nr. 4, og at de er juridisk atskilt fra og funksjonelt uavhengige av andre offentlige eller private organer. Medlemsstatene skal videre se til at ansatte og ledere i reguleringsmyndigheten ikke søker eller mottar direkte instruksjoner fra noen regjering eller noe offentlig eller privat organ i utførelsen av sine reguleringsoppgaver. Bakgrunnen for kravet om uavhengighet går frem av fortalen til direktivet punkt 33. Det vises her til at mangel på uavhengighet på dette området erfaringsmessig leder til mindre effektiv oppgaveløsning.
- (156) Den norske reguleringsmyndigheten RME er som nevnt organisert som en egen, uavhengig enhet, jf. forskrift om nettregulering og energimarkedet § 2-1 andre ledd. RME er administrativt underlagt Olje- og energidepartementet, men kan ifølge energiloven § 2-3 andre ledd «ikke instrueres om utøvelsen av tillagt myndighet». I forskriften § 2-1 fjerde ledd har man valgt en noe annen formulering. Her heter det at RME ikke kan «instrueres i det enkelte tilfellet om utøvelsen av oppgaver og tillagt myndighet».
- (157) RME skal sørge for at beslutninger truffet av ESA i henhold til den tredje energimarkedspakken blir gjennomført i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser, jf. forskriften § 2-4 andre ledd. RME skal dessuten etter energiloven § 2-3 fjerde ledd samarbeide med andre lands reguleringsmyndigheter og internasjonale institusjoner i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser.
- (158) RME kan i denne sammenhengen ikke stille seg fritt til om ESAs vedtak skal gjennomføres i norsk rett eller ikke, jf. det tredje el-markedsdirektivet artikkel 37 nr. 1 bokstav d. RMEs plikt til å gjennomføre vedtak forutsetter imidlertid at ESA har fattet vedtak som er forenlig med rettsakter som er en del av EØS-avtalen. RME må følge norsk lovgivning, som for at vedtakene skal være bindende i Norge, må inneholde de nødvendige hjemlene for å gjennomføre vedtakene fra ESA. Vedtakene må videre tilfredsstillende krav blant annet i forvaltningsloven.
- (159) RMEs vedtak kan påklages til en uavhengig klagenemnd – Energiklagenemnda – jf. energiloven § 2-3 andre ledd. Gyldigheten av RMEs og Energiklagenemndas vedtak kan på vanlig måte prøves av norske domstoler, jf. forskrift om Energiklagenemnda § 3 og Prop. 199 LS (2020–2021) side 22. Det er altså ikke tale om overføring av domsmyndighet. ESA kan reise sak for EFTA-domstolen dersom ESA mener at RME ikke har oppfylt plikten til å gjennomføre ESAs vedtak i norsk rett, jf. ODA artikkel 31 om traktatbruddssøksmål, men en avgjørelse fra EFTA-domstolen vil utelukkende ha folkerettslig virkning for Norge.
- (160) Det er etter dette ikke tvilsomt at RME er et norsk forvaltningsorgan. Jeg viser til at RME er opprettet av norske myndigheter, og til at ESAs myndighet overfor RME er av folkerettslig art. Kravet om at RME skal være uavhengig av blant annet regjeringen, gjør ikke RME til et overnasjonalt organ.

*ACER-forordningen artikkel 7*

- (161) Etter ACER-forordningen artikkel 4 bokstav d skal ACER treffe enkeltbeslutninger i de særskilte tilfellene som er nevnt i artikkel 7, 8 og 9. Jeg ser først på artikkel 7.
- (162) Partene er uenige i om artikkel 7 er en ren henvisningsbestemmelse, eller om den i seg selv gir hjemmel til å treffe vedtak som innebærer myndighetsoverføring. Uenigheten knytter seg særlig til forståelsen av artikkel 7 nr. 1, som lyder slik:
- «Byrået skal treffe enkeltbeslutninger i tekniske spørsmål når slike beslutninger er fastsatt i direktiv 2009/72/EF, direktiv 2009/73/EF, forordning (EF) nr. 714/2009 eller forordning (EF) nr. 715/2009.»
- (163) Nei til EU forstår artikkel 7 nr. 1 slik at den i seg selv gir ACER hjemmel til å treffe vedtak om forhold som er regulert i de rettsaktene som bestemmelsen henviser til. Det er derfor, hevder organisasjonen, uten betydning hvorvidt rettsaktene det vises til i artikkel 7 nr. 1, inneholder mer spesifikke hjemler for ACER til å utøve myndighet.
- (164) Til støtte for sitt syn fremhever organisasjonen fortalen til ACER-forordningen punkt 10:
- «Det bør etableres en integrert ramme for de nasjonale reguleringsmyndighetenes medvirkning og samarbeid. Denne rammen bør sikre ensartet anvendelse av regelverket for de indre markeder for elektrisk kraft og naturgass i hele Fellesskapet. I tilfeller som berører mer enn én medlemsstat, bør Byrået ha myndighet til å treffe enkeltbeslutninger. Denne myndighet bør under visse omstendigheter omfatte tekniske spørsmål, reguleringsordningen for elektrisitets- og naturgassinfrastruktur som forbinder eller kan forbinde minst to medlemsstater, og, som en siste utvei, unntak fra reglene for det indre marked for nye forbindelsesledninger for elektrisk kraft og ny gassinfrastruktur som befinner seg i mer enn én medlemsstat.»
- (165) Tolkningen av forordninger må skje ut fra EU/EØS-rettslig metode, der det legges stor vekt på ordlyd, formål og kontekst.
- (166) Ordlyden i artikkel 7 nr. 1, især formuleringen «når slike beslutninger er fastsatt i» nærmere bestemte rettsakter, tilsier etter mitt syn at bestemmelsen er en henvisningsbestemmelse som ikke i seg selv gir beslutningsmyndighet.
- (167) Fortalen punkt 10 sier noe om formålet med å legge beslutningsmyndighet til ACER og er generelt utformet. Men også fortalen presiserer at myndigheten bør gjelde «under visse omstendigheter», slik at det forutsetningsvis gjelder mer spesifikke vilkår for når byrået har vedtaksmyndighet. Uttalelsene i fortalen passer godt med artikkel 8 og 9, som på nærmere vilkår gir vedtaksmyndighet, men ville harmonere dårlig med at artikkel 7 gir en mer generell vedtaksfullmakt.
- (168) Artikkel 7 nr. 2 til 6 gjelder ikke vedtaksmyndighet, men anbefalinger, rammer for samarbeid, uttalelser og underretning. I artikkel 7 nr. 7 er det bare vist til artikkel 8.
- (169) Jeg legger etter dette til grunn at artikkel 7 ikke i seg selv gir myndighet til å treffe vedtak, men henviser til vedtaksmyndighet som er tillagt ACER – og dermed ESA – etter andre bestemmelser i den tredje energimarkedspakken. I likhet med lagmannsretten kan jeg ikke se at det, utover det som følger av artikkel 8, og de bestemmelsene som artikkel 9 nr. 1

henviser til, på samtykketidspunktet fantes andre hjemler som ga ESA beslutningsmyndighet overfor RME.

- (170) Spørsmålet blir etter dette hvilken myndighet som er overført etter ACER-forordningen artikkel 8 og 9.

*ACER-forordningen artikkel 8*

Innledning

- (171) I artikkel 8 nr. 1 heter det innledningsvis:

«I forbindelse med grensekryssende infrastruktur skal Byrådet treffe beslutning om de regulerings spørsmål som hører inn under de nasjonale reguleringsmyndighetenes kompetanse, herunder eventuelt vilkår for tilgang og driftssikkerhet ... »

- (172) Jeg minner om at myndigheten til ACER også på dette punktet gjelder tilsvarende for ESA, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 artikkel 1 nr. 5.

- (173) Etter artikkel 8 nr. 1 bokstav a og b gjelder vedtaksmyndigheten kun

- «a) dersom vedkommende nasjonale reguleringsmyndigheter ikke har kunnet komme til enighet innen seks måneder fra den dato saken ble framlagt for den siste av disse reguleringsmyndighetene, eller
- b) etter en felles anmodning fra vedkommende nasjonale reguleringsmyndigheter».

ACERs subsidiære myndighet

- (174) Utgangspunktet er altså at de nasjonale reguleringsmyndighetene selv skal komme til enighet om de forhold som bestemmelsen gjelder. ACERs/ESAs beslutningsmyndighet er betinget av at de nasjonale reguleringsmyndighetene enten ikke selv har blitt enige senest seks måneder etter at saken ble forelagt for den siste av dem, eller at de i fellesskap ber om en beslutning fra ACER/ESA. Vilårene gjør at ACERs/ESAs kompetanse er en tvisteløsningsmekanisme som kan anvendes når forhandlingene mellom de nasjonale myndighetene ikke fører frem. Myndigheten er subsidiær og avledet av de nasjonale reguleringsmyndighetenes kompetanse.

- (175) Nei til EU har anført at begrensningene i bokstav a og b har mistet mye av sin betydning. Det er vist til en avgjørelse fra Underretten i EU-domstolen, se dom 15. februar 2023 i sak T-606/20 *Austrian Power Grid*.

- (176) Saksforholdet var her at nasjonale reguleringsmyndigheter, som hadde fått til godkjenning et utkast til regelverk utarbeidet av systemoperatørene, hadde blitt enige om alt unntatt to punkter. De nasjonale reguleringsmyndighetene valgte å forelegge saken for ACER ved en felles anmodning. ACER tok stilling til spørsmålene det var uenighet om, men avgjorde også spørsmål som de nasjonale reguleringsmyndighetene var enige om.



- (177) Dommen kan etter mitt syn ikke forstås slik at artikkel 8 nr. 1 bokstav a og b har mistet sin betydning. Jeg leser dommen slik at når vilkårene i bokstav a eller b først er oppfylt, er ikke ACER i sine vurderinger bundet av delvis enighet mellom de nasjonale reguleringsmyndighetene. Som det er sagt i dommen avsnitt 42, står ACER da fritt til å avgjøre spørsmålet om rammeverkets innhold «som en uadskillelig helhet», slik at hele forslaget kan ses under ett uten at ACER er bundet av de punktene som de nasjonale reguleringsmyndighetene er enige om. Det er opplyst at dommen er påanket, men ikke på det punktet jeg nå har omtalt.
- (178) Jeg legger derfor til grunn at ett av de alternative vilkårene i artikkel 8 nr. 1 bokstav a og b må være oppfylt for at ACER skal kunne behandle saken, slik at ACERs kompetanse er subsidiær. Men når saken først er tatt til behandling, har ACER kompetanse til å ta stilling til alle sider ved det aktuelle metodespørsmålet.

#### ACERs myndighet etter artikkel 8

- (179) De sentrale spørsmålene ved tolkningen av artikkel 8 er hva slags myndighet bestemmelsen hjemler, og hvor langt myndigheten rekker.
- (180) Myndigheten til ACER – og dermed også ESA – er etter artikkel 8 nr. 1 avgrenset til vedtak om grensekryssende regulerings spørsmål som i utgangspunktet hører under de nasjonale reguleringsmyndighetene.
- (181) Den myndigheten følger av andre bestemmelser i den tredje energimarkedspakken, blant annet i det tredje el-markedsdirektivet kapittel IX, se særlig artikkel 37. Her konkretiseres forpliktelsene som de nasjonale reguleringsmyndighetene har til å sikre at kraftoverføringen mellom landene skjer på en effektiv og sikker måte.
- (182) Hva som ligger i formuleringen «vilkår for tilgang og driftssikkerhet» i artikkel 8 nr. 1, er også utdypet i artikkel 8 nr. 2 bokstav a til d. Her nevnes «en framgangsmåte for kapasitetstildeling», «en tidsramme for tildeling», «deling av flaskehalsinntekter» – det vil si inntekter som oppstår ved kapasitetsbegrensninger mellom ulike prisområder – og «innkreving av avgifter fra brukerne av infrastrukturen».
- (183) Bruken av disse stikkordsmessige fagbegrepene gjør det klart at beslutningsmyndigheten gjelder på et avgrenset område og for å oppnå god funksjonalitet i infrastrukturen, men ordlyden i artikkel 8 etterlater ikke noe helt presist inntrykk av hvor vidtrekkende beslutningsmyndigheten til ACER/ESA er. Regelverket er utformet slik at det gir fleksibilitet, og er av den grunn noe vagt.
- (184) Ut fra ordlyden i artikkel 8, fortalen i ACER-forordningen og regelverket for øvrig kan det likevel oppstilles noen sikre utgangspunkter.
- (185) Myndigheten til ACER/ESA omfatter utvilsomt å treffe vedtak om tekniske og faglige spørsmål knyttet til driften av utenlandskablene, slik at kapasiteten kan utnyttes best mulig. Primæransvaret for å sikre god funksjonalitet ligger hos de nasjonale reguleringsmyndighetene, men ACER/ESA skal bidra til at de er «hensiktsmessig samordnet og ved behov kompletteres på fellesskapsplan», jf. fortalen i ACER-forordningen punkt 6.

- (186) Det er videre klart at artikkel 8 *ikke* gir myndighet til å fastsette strømpriser eller treffe beslutninger om å bygge nye utenlandskabler eller kraftverk, å fastsette eierskapsregler eller å tildele konsesjoner. Likeledes er det på det rene at ACER/ESA ikke kan forby Norge å innføre restriksjoner på eksport av kraft. I hvilken grad det er adgang til å innføre slike restriksjoner, reguleres av alminnelig EU/EØS-regelverk, ikke minst EØS-avtalen artikkel 12 om eksportrestriksjoner.
- (187) Mellom disse ytterpunktene, som ikke er bestridt, har partene ulike syn på hvor langt myndigheten etter artikkel 8 rekker. Det aktualiserer spørsmålet om det, slik Nei til EU gjør gjeldende, foreligger andre kilder som kan kaste lys over rekkevidden av myndigheten i artikkel 8.
- Nærmere om vedtak som kan treffes etter artikkel 8 – forholdet til de fire kommisjonsforordningene mv.
- (188) Som jeg har vært inne på, anfører Nei til EU at domstolene ved vurderingen av rekkevidden av artikkel 8 må trekke inn alt kildemateriale som forelå da samtykkevedtaket ble truffet i 2018. Dette omfatter de fire kommisjonsforordningene fra 2015 til 2017, som ble innlemmet i EØS-avtalen først i 2021. Staten anfører på sin side at de fire kommisjonsforordningene ikke er direkte rettslig relevante for tolkningen av artikkel 8, men at de kan tjene til å illustrere ACERs og ESAs virksomhet.
- (189) Kommisjonsforordningene er vedtatt i medhold av grensehandelforordningen artikkel 18 nr. 5, som var en del av den tredje energimarkedspakken da Stortinget ga sitt samtykke i 2018. Denne sammenhengen gjør at det ikke kan utelukkes at forordningene kan gi bidrag til tolkningen av hvor langt artikkel 8 i seg selv rekker, selv om forordningene ikke var gjort til del av EØS-avtalen på samtykketidspunktet og utvider ESAs kompetanse ytterligere. Ettersom den såkalte CACM-forordningen og praksis i medhold av denne har stått sentralt i Nei til EUs argumentasjon, går jeg nærmere inn på denne.
- (190) CACM-forordningen gir retningslinjer for hvordan systemoperatører og kraftbørser skal samarbeide og koordinere seg om tekniske forhold for å sikre en effektiv og sikker bruk av den tverrnasjonale infrastrukturen for elektrisk kraft. Jeg viser til omtalen av kommisjonsforordningen i Prop. 199 LS (2020–2021) side 14 følgende. Et eksempel er fastsettelse av metode for inndeling i såkalte kapasitetsberegningsregioner (CCR), jf. forordningen artikkel 2 nr. 3. Dette er geografiske regioner som avgrenses slik at man samler operatører og systemansvarlige i ulike land som ut fra tekniske forhold og nærhet påvirker hverandre mest, og som derfor har størst behov for å koordinere sin virksomhet, jf. forordningen artikkel 15. Kapasitetsberegningsregioner gjør det mulig å beregne tilgjengelig kapasitet i kraftnettet, noe som igjen er påkrevd for å sørge for balanse mellom forbruk og produksjon i kraftsystemet.
- (191) Nei til EU erkjenner at ACER/ESA ikke kan fastsette strømpriser. Prisene bestemmes av markedet. Men det er et hovedpoeng for organisasjonen at ACER/ESA kan treffe vedtak som indirekte virker inn på strømprisene gjennom å organisere markedsplassene på en eksportrettet måte.

- (192) Det såkalte Hansa-vedtaket er særlig trukket frem. ESA fattet det 24. april 2023 etter forslag fra RME og utkast fra ACER, jf. vedtaket punkt 6 og 9. Vedtaket er hjemlet i ACER-forordningen artikkel 8 og CACM-forordningen artikkel 15. Det fastsetter kapasitetsberegningsregioner og er det eneste vedtaket ESA har truffet mot RME så langt. Norske utenlandskabler til Norden skal ifølge vedtaket omfattes av regionen CCR Nordic, mens norske utenlandskabler til Tyskland, Nederland og Luxembourg inngår i regionen CCR Hansa. Den 18. august 2023 fulgte RME opp med vedtak rettet mot Statnett om dette.
- (193) Nei til EU viser til at de norske utenlandskablene som inngår i regionen CCR Hansa, har stor overføringskapasitet. Organisasjonen anfører at hele denne regionen, som også omfatter den sørligste delen av Norge, derfor vil få strømpriser på samme nivå som i Tyskland.
- (194) Dette reiser spørsmål om myndighetsoverføringen etter artikkel 8, tolket i lys av CACM-forordningen, er egnet til å påvirke strømprisene i den grad at det får betydning for om myndighetsoverføringen må anses som mer enn lite inngripende.
- (195) Det er en kjensgjerning at strømprisene fastsettes i markedet som en funksjon av en rekke forhold. Jeg nøyter meg med å nevne overføringskapasitet, værmessige forhold som vind, nedbør og snøsmelting, og prisen på CO<sub>2</sub>-kvoter, kull og gass.
- (196) ESAs oppgave er å treffe vedtak og på annen måte bidra til at utenlandskablene driftes effektivt og rasjonelt. I fravær av ESAs beslutningsmyndighet kunne overføringskapasiteten forutsetningsvis ha blitt noe lavere, noe som i sin tur ville kunne ha en effekt på strømprisene i Norge. Inndelingen i kapasitetsberegningsregioner kan også ha betydning for den økonomiske og juridiske infrastrukturen for energihandelen, som igjen har betydning for at markedet fungerer så effektivt som mulig.
- (197) Basert på det som er presentert for Høyesterett, kan jeg imidlertid ikke se annet enn at de eventuelle priseffektene av ESAs beslutningsmyndighet isolert sett vil være marginale i forhold til det som uansett følger av overføringskapasiteten i utenlandskablene og det felles europeiske energimarkedet som Norge har sluttet seg til. I fravær av ESAs myndighet ville det dessuten uansett vært behov for å løse de samme spørsmålene. Det må videre ses hen til de faktiske forholdene som påvirker prisene, og det kompliserte samspillet mellom dem. Myndighetsoverføringen etter artikkel 8 har derfor etter mitt syn, selv om man også tar i betraktning CACM-forordningen, *i seg selv* ingen nevneverdig priseffekt. Den har av de samme grunner heller ikke nevneverdig betydning for energisituasjonen i Norge.
- (198) Nei til EU har videre vist til regelverket i den fjerde energimarkedspakken som en rettskilde ved tolkningen av artikkel 8. I EU har den fjerde energimarkedspakken erstattet den tredje energimarkedspakken og med det de rettsaktene som står sentralt i saken her: ACER-forordningen, grensehandelforordningen og det tredje el-markedsdirektivet. Men ettersom den fjerde energimarkedspakken ikke er innlemmet i EØS-avtalen, er det fortsatt ACER-forordningen fra 2009 som gjelder for Norges del. Det må derfor i dag opereres med to ulike regelverk for handel og overføring av strøm i det samme markedet. Av den grunn, hevder organisasjonen, vil det skje en samordning, slik at hele det indre markedet blir behandlet i samsvar med regelverket som til enhver tid gjelder i EU. Denne samordningseffekten vil etter organisasjonens syn medføre at artikkel 8 vil bli tolket utvidende i lys av den fjerde energimarkedspakken. Dette hevdes å være ensbetydende med videre fullmakter til ACER/ESA enn det Stortinget la til grunn i 2018.

- (199) At det gjelder ulike energimarkedspakker for Norge og EU-landene, kan gjøre virksomheten til ACER, ESA og de andre aktørene mer komplisert enn om alle kunne forholde seg til ett og samme regelverk. Men dette er uten betydning for forståelsen av artikkel 8. Så lenge det er regelverket i den tredje energimarkedspakken som gjelder for Norge, er det dette regelverket som må tolkes og anvendes av både ACER og ESA overfor EFTA-landene og av RME i Norge. Ordlyden i artikkel 8 er imidlertid, slik jeg har pekt på, fleksibel nok til at bestemmelsen gir et visst rom for rettsutvikling. Dette må tas i betraktning ved vurderingen av hvor omfattende myndighetsoverføringen er.
- (200) Nei til EU har også vist til EU-kommisjonens strategidokument «Energy Union Package» fra 2015. Der fremgår det på side 7 at EU ønsker å utvikle partnerskapet med blant annet Norge. På side 9 beskriver Kommisjonen hvordan ACER, som i 2015 hadde «very limited decision-making rights», etter hvert bør få mer ressurser og større fullmakter. Dette peker mot den nye ACER-forordningen – europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2019/942 – som EU vedtok i 2019 som del av den fjerde energimarkedspakken, og som ikke gjelder for Norge. Men det tilsier ikke i seg selv en vid tolkning av artikkel 8 i regelverket fra 2009 som Stortinget ga sitt samtykke til i 2018. Kommisjonens omtale av ACERs beslutningsmyndighet etter den tredje energimarkedspakken som «very limited» er snarere i samsvar med den tolkningen av artikkel 8 som jeg nå har gjort rede for.

#### Arten av myndighetsoverføring etter artikkel 8

- (201) Partene er enige om at bestemmelsen gir hjemmel til å treffe enkeltvedtak, altså utøve forvaltningsmyndighet. Nei til EU anfører at den også gir ACER/ESA lovgivningsmyndighet.
- (202) Det fremgår av ACER-forordningen artikkel 4 bokstav d at myndigheten som nevnt i artikkel 7, 8 og 9 gjelder «enkeltbeslutninger». Selv om et enkeltvedtak fra ACER på grunn av presedensvirkninger kan virke normerende for andre enn den vedtaket direkte retter seg mot, er det ut fra artikkel 4 riktig å se det slik at det kun er overført forvaltningsmyndighet, og ikke lovgivningsmyndighet. Dette er også lagt til grunn i samtykkeproposisjonen, jf. Prop. 4 S (2017–2018) side 17.
- (203) Min konklusjon er på denne bakgrunnen så langt at ACER-forordningen artikkel 8 gir ACER/ESA forvaltningsmyndighet til å treffe enkeltvedtak på et avgrenset område for å sikre effektiv og driftssikker bruk av eksisterende infrastruktur for elektrisk kraftoverføring.

#### Betydningen av at RME er uavhengig

- (204) Myndigheten etter artikkel 8 er lagt til ESA, som kun kan rette sitt vedtak mot én norsk statlig myndighet, RME. ESAs vedtak er ikke direkte bindende for norske privatpersoner og foretak, og heller ikke for statsforetaket Statnett. Det kan derfor reises spørsmål om det i det hele tatt har funnet sted noen myndighetsoverføring til ESA.
- (205) For å oppfylle EØS-regelverkets krav er RME gjort til et uavhengig forvaltningsorgan som ikke kan instrueres av norske myndigheter, jf. det tredje el-markedsdirektivet artikkel

35 nr. 4. Samtidig er ESA gitt myndighet til å treffe rettslig bindende pålegg overfor RME. Når disse forholdene ses i sammenheng, har lagmannsretten, i likhet med Justisdepartementets lovavdeling, konkludert med at det har skjedd en myndighetsoverføring til ESA. I likhet med partene er jeg enig i denne vurderingen.

- (206) Som Lovavdelingen peker på i sin uttalelse 27. februar 2018 punkt 3.7, medfører avskjæringen av Kongens – regjeringens – instruksjonsrett etter Grunnloven § 3 at en viktig styringsmulighet for de øverste statsmaktene faller bort. Indirekte får det også betydning for muligheten til å utøve parlamentarisk og konstitusjonell kontroll. Myndighetsoverføringen i saken her er imidlertid av en annen art enn det som er vanlig, og den ligger tett opp mot en rent folkerettslig forpliktelse til å avstå fra å utøve en bestemt type intern myndighet på et avgrenset saksområde.

#### *ACER-forordningen artikkel 9*

- (207) ACER-forordningen artikkel 9 supplerer artikkel 7 og artikkel 8, og den regulerer andre oppgaver som er lagt til ACER. Artikkel 9 nr. 1 første punktum lyder slik:
- «Byrådet kan treffe beslutning om unntak som fastsatt i artikkel 17 nr. 5 i forordning (EF) nr. 714/2009.»
- (208) Dette gir ACER vedtaksmyndighet dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet innen seks måneder, eller dersom de i fellesskap ber ACER om det, ved behandling av søknader om unntak fra regelverket for nye utenlandsforbindelser etter grensehandelforordningen artikkel 17 nr. 5.
- (209) Det er også her tale om forvaltningsmyndighet, og myndigheten er subsidiær, i likhet med det som gjelder etter ACER-forordningen artikkel 8 nr. 1 bokstav a og bokstav b.
- (210) Ifølge grensehandelforordningen artikkel 17 nr. 6 kan medlemsstatene, ved anmodning om unntak, fastsette at reguleringsmyndigheten eller ACER skal legge frem sin uttalelse «om unntak for det relevante organet i medlemsstaten for formell beslutning». Etter norsk rett er denne myndigheten lagt til Olje- og energidepartementet, jf. forskrift om vilkår for tilgang til nett for utveksling av elektrisk kraft over landegrensene § 2 første ledd andre punktum. Her er instruksjonsmyndigheten ikke begrenset, og det er dermed tale om en folkerettslig forpliktelse, og ikke en myndighetsoverføring.
- (211) Resten av ACER-forordningen artikkel 9 nr. 1 er ikke aktuell for Norge, og nr. 2 inneholder ikke bestemmelser om bindende myndighet.

#### *ESAs påleggs- og sanksjonsmyndighet etter grensehandelforordningen*

- (212) Ifølge grensehandelforordningen artikkel 13 nr. 1 skal operatørene av overføringsnett motta kompensasjon for kostnader som påløper når de overfører grensekryssende elektrisk kraft i sine nett. Godtgjørelsen fastsettes av Kommisjonen, jf. artikkel 13 nr. 4. Artikkel 18 gir Kommisjonen myndighet til å gi retningslinjer om blant annet oppgjørsordninger mellom operatører av overføringsnett.

- (213) Etter artikkel 20 nr. 1 skal derfor statene og reguleringsmyndighetene, på anmodning og innen en rimelig tidsfrist, gi Kommisjonen opplysninger som er nødvendige for de nevnte formålene. Staten har nevnt som eksempel opplysninger om den daglige driften av foretaket. Opplysningene skal kun benyttes til disse formålene og kan – om de er omfattet av taushetsplikt – ikke gis videre, jf. artikkel 20 nr. 6.
- (214) Dersom medlemsstaten eller reguleringsmyndigheten ikke oversender opplysningene innen fristen, kan Kommisjonen anmode om å få utlevert opplysningene direkte fra de berørte foretakene, jf. artikkel 20 nr. 2. Hvis heller ikke foretaket utleverer opplysningene, kan Kommisjonen treffe vedtak om at opplysningene skal utleveres, jf. artikkel 20 nr. 5.
- (215) I EFTA-landene ligger denne subsidiære myndigheten til ESA, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 artikkel 1 nr. 1 bokstav c. Staten har opplyst at vedtak i Norge først og fremst kan rettes mot Statnett som øverste ansvarlig for nettet, men at det også kan gjelde kraftbørser.
- (216) Om et foretak forsettlig eller uaktsomt ikke oppfylder forpliktelsene etter artikkel 20, kan Kommisjonen ilegge bøter etter artikkel 22 nr. 2. Også her er myndigheten lagt til ESA, jf. EØS-komiteens beslutning artikkel 1 nr. 1 bokstav d. Energiloven § 10-7 femte ledd gir ESA internrettslig hjemmel til å ilegge bøter. Boten kan utgjøre inntil 1 prosent av årsomsetningen, under forutsetning av at dette er forholdsmessig, jf. artikkel 22 nr. 2.
- (217) Det er ubestridt at dette innebærer myndighetsoverføring til ESA. Overprøving av ESAs pålegg og ileggelse av bøter hører i utgangspunktet inn under EFTA-domstolen, jf. ACER I-kjennelsen avsnitt 182. Det er altså tale om begrenset overføring av både forvaltningsmyndighet og domsmyndighet.
- (218) Det er opplyst at Kommisjonen til nå ikke har truffet vedtak om opplysningsplikt eller sanksjoner.
- (219) Også enkelte andre bestemmelser gir ESA hjemmel til å innhente opplysninger fra norske foretak, se grensehandelforordningen artikkel 3 nr. 3 om sertifisering av operatører for overføringsnett og det tredje el-markedsdirektivet artikkel 40 nr. 1 om forsyningsforetak med arkivforpliktelser. Her har imidlertid ESA ikke hjemmel til å sanksjonere brudd på opplysningsplikten.

### ***Er myndighetsoverføringen i tredje energimarkedspakke lite inngripende?***

#### *Kriterier for vurderingen*

- (220) Grunnloven § 26 andre ledd hjemler, som jeg har gjort rede for, samtykke til myndighetsoverføring så lenge den er lite inngripende. Læren er over tid utviklet av Stortinget i samspill med regjeringen og Justisdepartementets lovavdeling. I jernbanebetenknningen fikk læren tilslutning av en samlet Høyesterett.
- (221) Høyesterett slutter seg i betenknningen punkt 4 til en uttalelse fra Lovavdelingen 30. mai 2017, der kriteriene for vurderingen er oppsummert slik:

«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.»

(222) Høyesterett uttaler i tilknytning til dette:

«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 [«Grunnloven § 93», Jussens Venner 1963, side 73–111] og Eckhoff [«EF og Grunnloven», Jussens Venner 1990, side 196–210] 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 annet 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 ... 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 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.»

(223) Jeg legger dette til grunn.

*Den konkrete vurderingen – utgangspunkter*

- (224) Det er som nevnt bare overføring av myndighet til å treffe vedtak som er direkte bindende i Norge uten egne gjennomføringstiltak fra norske myndigheter, som er relevante ved «lite inngripende»-vurderingen etter § 26 andre ledd. Vurderingen knytter seg til de elementene av myndighetsoverføring som Stortinget ga sitt samtykke til i 2018.
- (225) I den tredje energimarkedspakken gjelder dette ESAs påleggs- og sanksjonsmyndighet etter grensehandelforordningen artikkel 20 og 22. I tillegg må det tas i betraktning at ESA er gitt kompetanse til å treffe vedtak etter ACER-forordningen artikkel 8 overfor RME som RME er forpliktet til å gjennomføre, uten å kunne instrueres av norske overordnede forvaltningsmyndigheter.
- (226) Det materielle regelverket som Norge kun er folkerettslig bundet av etter EØS-avtalen, herunder etableringen av et indre marked og hoveddelen av regelverket i den tredje energimarkedspakken, faller med andre ord utenfor det som skal vurderes. Dette regelverket må inkorporeres i norsk rett for å bli direkte bindende og dreier seg ikke om myndighetsoverføring. Høyesterett skal altså ikke vurdere betydningen av energimarkedet innenfor EØS-området som sådant.
- (227) Det er innholdet i og omfanget av den myndigheten som konkret er overført, og betydningen av den som skal vurderes. Det sentrale vurderingstemaet er hva som rettslig sett kjennetegner myndighetsoverføringens art og omfang.
- (228) Nei til EU anfører at også mer avledede virkninger som rent faktisk kan følge av de beslutninger som måtte bli fattet i kraft av myndighetsoverføringen, må trekkes inn i vurderingen av hvor inngripende den er. Anførselen om betydningen for strømprisene og energisituasjonen i Norge illustrerer dette.
- (229) I jernbanebetenkningen punkt 4 siste avsnitt fremheves det at *den reelle samfunnsmessige betydningen* av den konkrete myndighetsoverføringen må tillegges stor vekt ved vurderingen av om myndighetsoverføringen er lite inngripende. Det må i tråd med dette ses hen til faktiske virkninger av vedtak som kan treffes i medhold av myndigheten som overføres. Faktiske virkninger som kan knyttes til myndighetsoverføringen, men som står i et mer indirekte og avledet forhold til denne, vil ved «lite inngripende»-vurderingen ha mindre og mindre vekt dess fjernere de er. Det må i denne forbindelse tas hensyn til at regelen skal være et praktikabelt kriterium for valg av avstemningsregler, og det kan da ikke stilles urealistisk strenge krav til kartlegging av mulige fremtidige faktiske virkninger av myndighetsoverføringen. Stortingets praksis på området gjenspeiler dette. I saken her kommer spørsmålet ikke på spissen, ettersom jeg har konkludert med at myndighetsoverføringen ikke kan antas å ha noen nevneverdig betydning for strømprisene eller energisituasjonen i Norge.
- (230) Siden det dreier seg om to forskjellige former for myndighetsoverføring, tar jeg først for meg ACER-forordningen artikkel 7, 8 og 9 og deretter grensehandelforordningen artikkel 20 og 22.



*Myndighetsoverføringen etter ACER-forordningen*

- (231) I ACER-forordningen er det, slik jeg har gjort rede for, myndighetsoverføring bare i artikkel 8.
- (232) Det dreier seg om en form for overføring av forvaltningsmyndighet, som tradisjonelt regnes som mindre inngripende enn overføring av lovgivnings- og domsmyndighet. Myndigheten er overført til ESA, som inngår i en organisasjon Norge er medlem av, EFTA.
- (233) ESA har utelukkende myndighet til å treffe vedtak overfor RME, en statlig myndighet, og ikke direkte overfor norske markedsaktører eller enkeltpersoner. Slik sett er det kun tale om en folkerettslig forpliktelse, som det er vid adgang til å påta seg. Men samtidig utelukkes Kongens – regjeringens – instruksjonsmyndighet etter Grunnloven § 3, og en sentral kontroll- og styringsmekanisme faller da bort.
- (234) Jeg har tidligere konkludert med at dette må bedømmes som myndighetsoverføring. Det er imidlertid ikke tale om myndighetsoverføring i tradisjonell forstand, og den ligger heller ikke i kjernen for hva som kan regnes som slik overføring. RME har en uavhengig stilling, men tjenestemennene i RME er underlagt norsk lovgivning så som statsansatteloven, forvaltningsloven og straffeloven. RMEs vedtak kan bringes inn for Energiklagenemnda og for norske domstoler. Selv om Kongens – regjeringens – instruksjonsmyndighet er avskåret, er en rekke sider ved RMEs virksomhet fortsatt underlagt Grunnloven og norsk lovgivning for øvrig. Dette gjør at vi er i ytterkant av hva som kan regnes som myndighetsoverføring, noe som i seg selv taler for at myndighetsoverføringen bare er lite inngripende.
- (235) Jeg legger i samme retning vekt på at vedtaksmyndigheten gjelder på et bestemt og avgrenset område. Ordlyden i artikkel 8 er vid nok til at den gir rom for en viss rettsutvikling, men myndigheten til å treffe vedtak gjelder forhold av funksjonell og faglig karakter. Enkeltvedtakene vil dessuten ha direkte betydning kun for et begrenset antall norske foretak, etter hva jeg har forstått, i all hovedsak statsforetaket Statnett. Myndigheten må dessuten utøves innenfor et nokså detaljert EØS-regelverk, som er gjennomført i norsk rett.
- (236) Vedtaksmyndigheten etter artikkel 8 er av subsidiær karakter – ESA kan bare behandle saken når nasjonale reguleringsmyndigheter har bedt om det eller ikke blir enige innen en viss frist. Slik sett er det langt på vei snakk om en tvisteløsningsmekanisme.
- (237) Som det går frem av det jeg har gjengitt fra jernbanebetenkningen, må det også ses hen til arten av de samfunnsmessige og politiske interessene som berøres.
- (238) Jeg er enig i Nei til EUs understreking av at dette er et viktig samfunnsområde. Kraftforsyning og -overføring er med rette fremhevet som vitale funksjoner for hele samfunnet. Men den myndigheten som er overført til ESA ved Stortingets samtykke til innlemmelsen av den tredje energimarkedspakken i EØS-avtalen, gjelder ikke de store samfunnsmessige valgene, som spørsmål om å bygge utenlandskabler, bestemme eksportrestriksjoner eller fastsette strømpriser. Myndighetsoverføringen har heller ikke mer indirekte nevneverdig betydning for strømprisene og energisituasjonen i Norge. Den overførte myndigheten knytter seg til fastsetting av praktiske og funksjonelle løsninger for

å få strømforsyningen til å virke best mulig over landegrensene når landene ikke blir enige seg imellom. Dette begrenser den samfunnsmessige og politiske betydningen av selve myndighetsoverføringen.

- (239) Når det gjelder kriteriet om gjensidighet og likeverdig deltakelse, er det fra statens side fremhevet at selv om Norge ikke har stemmerett i ACER, kan RME øve innflytelse på ACER gjennom aktiv deltakelse i styre, arbeidsgrupper og høringer. RME kan dessuten ved uttalerett påvirke både ACERs utkast til ESA og ESAs utkast til vedtak som skal rettes mot RME.
- (240) Ved vurderingen av hvilken vekt man skal legge på slike påvirkningsmuligheter, må det imidlertid tas hensyn til RMEs uavhengige stilling. Samarbeidet med ACER og ESA er en oppgave for RME, og her gjelder det ingen adgang til å gi instruks «i det enkelte tilfellet». Det vil si at norske myndigheter ikke kan bestemme hva RME skal mene om de enkelte spørsmål som behandles. Ved den konkrete oppgaveløsningen kan det derfor ikke legges til grunn at RMEs oppfatninger nødvendigvis gir uttrykk for regjeringens syn. Selv om RME kan formidle kunnskap og erfaringer ut fra norske forhold, svekker dette betydningen av at RME deltar i beslutningsprosessene.
- (241) Norge er – ved RME – folkerettslig forpliktet til å sikre gjennomføring av ESAs beslutninger, jf. det tredje el-markedsdirektivet artikkel 37 nr. 1 bokstav d og forskrift om netregulering og energimarkedet § 2-4 andre ledd. *Hvordan* ESAs vedtak best kan gjennomføres i norsk rett, ligger det til RME å vurdere. I hvilken grad RME kan ta stilling til om vedtaket skal gjennomføres, har partene noe ulikt syn på.
- (242) Resultatforpliktelsen som følger av direktivet og forskrift om netregulering og energimarkedet § 2-4 andre ledd, gir lite handlingsrom i så måte. Handlingsrommet må i hovedsak antas å være begrenset til spørsmål om ESA har gått utenfor sin kompetanse, og om norsk intern rett hjemler et tilsvarende vedtak fra RME uten lov- eller forskriftsendringer. Muligheten til å avbøte uheldige virkninger av myndighetsoverføringen, for eksempel dersom det skulle bli fastsatt kapasitetsberegningsregioner som norske myndigheter mener er uhensiktsmessige, er dermed begrenset. Norske foretak kan klage RMEs vedtak inn for Energiklagenemnda og anlegge gyldighetssøksmål for norske domstoler.
- (243) De forholdene jeg har pekt på avslutningsvis, viser nyanser i vurderingen av hvor inngripende myndighetsoverføringen etter artikkel 8 er. Samlet sett er jeg likevel ikke i tvil om at myndighetsoverføringen ikke er mer enn lite inngripende.

#### *Pålegg om opplysninger og sanksjoner*

- (244) Også ved overføring av myndighet etter grensehandelforordningen artikkel 20 og 22 tar jeg utgangspunkt i arten og omfanget av myndighetsoverføringen.
- (245) ESA, som er del av en organisasjon som Norge er medlem i, har fått overført forvaltningsmyndighet. Vedtak om utlevering av opplysninger og bøter har direkte virkning i Norge og kan ikke prøves av norske domstoler. Bøtene kan bli betydelige, men de må være forholdsmessige og kan bringes inn for EFTA-domstolen til overprøving. Sanksjonene er av forvaltningsrettslig karakter, og ikke strafferettslig.

- (246) Også her er det tale om subsidiær myndighet. Norske myndigheter kan selv – om nødvendig med bruk av tvangsmidler – skaffe informasjon fra foretakene. Opplysningsplikten er begrenset til ett bestemt formål – opplysningene må være nødvendige for å utarbeide regelverk om avgrensede spørsmål for en enkelt bransje. Jeg legger videre noe vekt på at Norge har interesse av et system som sikrer at Kommisjonen treffer avgjørelser og utarbeider retningslinjer på et godt faktisk grunnlag.
- (247) ESAs pålegg om å gi opplysninger og sanksjoner mot brudd på et slikt påbud vil etter hva jeg forstår, ha svært få adressater, i praksis bare Statnett og kraftbørser. Det er opplyst at myndigheten så langt ikke er brukt.
- (248) RME har, blant annet ved deltakelse i arbeidsgrupper, innflytelse på hvilken informasjon som er nødvendig ved regelverksutformingen. Reguleringsmyndigheten kan delta i arbeidsgrupper som bistår Kommisjonen og ACER ved utformingen av nytt regelverk. Men også her må det tas hensyn til RMEs uavhengige stilling. Det ligger videre påvirkningsmuligheter i Statnetts deltakelse i det europeiske nettverket for operatører for transmisjonssystemer for elektrisk energi, ENTSO-E, jf. grensehandelforordningen artikkel 5 og Prop. 4 S (2017–2018) side 18.
- (249) De samfunnsmessige og politiske interessene som berøres, faller stort sett sammen med den tilsvarende vurderingen for ACER-forordningen artikkel 8. Det overføres myndighet på et viktig samfunnsområde, men myndighetsoverføringen er meget begrenset.

#### *Samlet vurdering*

- (250) Vi står i denne saken overfor en myndighetsoverføring som består av to elementer. For artikkel 8 sin del er vi i randsonen av hva som i det hele tatt kan karakteriseres som myndighetsoverføring, og denne er begrenset. Myndighetsoverføringen etter grensehandelforordningen artikkel 20 og 22 gjelder i tillegg til domsmyndighet mer typisk forvaltningsmyndighet av en viss inngripende karakter, ikke minst adgangen til å ilegge sanksjoner, men myndighetsoverføringen er svært snever. Bedømt under ett er jeg ikke i tvil om at myndighetsoverføringen kun er lite inngripende.
- (251) Jeg vurderer på denne bakgrunnen grunnlovsspørsmålet på samme måte som Stortinget, og vi står ikke overfor et tvilstilfelle. Spørsmålet om hvilken vekt som må legges på Stortingets vurdering etter Grunnloven § 26 andre ledd, oppstår derfor ikke.

#### ***Konklusjon og sakskostnader***

- (252) Min konklusjon er at Grunnlovens regler ikke ble brutt da Stortinget i 2018 samtykket i å ta EUs tredje energimarkedspakke inn i EØS-avtalen. Fremgangsmåten som er nedfelt i Grunnloven § 26 andre ledd, kunne følges, ettersom myndighetsoverføringen var lite inngripende. Anken må derfor forkastes.
- (253) Staten har vunnet saken også for Høyesterett og har i utgangspunktet krav på å få erstattet sine sakskostnader etter tvisteloven § 20-2 første ledd. Saken har imidlertid reist prinsipielle og uavklarte spørsmål av stor samfunnsmessig interesse. Tungtveiende grunner

gjør det derfor rimelig å fritta Nei til EU fra å betale statens sakskostnader for Høyesterett, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Jeg finner heller ikke grunn til å endre lagmannsrettens avgjørelse om at partene bærer egne kostnader for tingretten og lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-9.

(254) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Partene bærer egne sakskostnader for Høyesterett.

- |       |                                  |  |
|-------|----------------------------------|--|
| (255) | Dommer <b>Webster:</b>           | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (256) | Dommer <b>Matheson:</b>          | Likeså.  |
| (257) | Dommer <b>Falkanger:</b>         | Likeså.  |
| (258) | Dommer <b>Normann:</b>           | Likeså.  |
| (259) | Dommer <b>Bull:</b>              | Likeså.  |
| (260) | Dommer <b>Bergsjø:</b>           | Likeså.  |
| (261) | Dommer <b>Ringnes:</b>           | Likeså.  |
| (262) | Dommer <b>Arntzen:</b>           | Likeså.  |
| (263) | Dommer <b>Falch:</b>             | Likeså.  |
| (264) | Dommer <b>Bergh:</b>             | Likeså.  |
| (265) | Dommer <b>Østensen Berglund:</b> | Likeså.  |
| (266) | Dommar <b>Høgetveit Berg:</b>    | Det same.  |
| (267) | Dommer <b>Thyness:</b>           | Likeså.  |
| (268) | Dommer <b>Steinsvik:</b>         | Likeså.  |
| (269) | Dommer <b>Hellerslia:</b>        | Likeså.  |
| (270) | Justitiarius <b>Øie:</b>         | Likeså.  |

(271) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Partene bærer egne sakskostnader for Høyesterett.