



**DET KONGELIGE
JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENT**

Lovavdelingen

Olje- og energidepartementet
Postboks 8148 Dep
0033 OSLO

Deres ref.

Vår ref.
201008085 EO IH/mk

Dato
21.01.2011

Innlemmelse av ACER-forordningen i EØS-avtalen – forholdet til Grunnloven

1. Innledning

Vi viser til brev 25. juni 2010 fra Olje- og energidepartementet, der det bes om en vurdering av enkelte spørsmål vedrørende innlemmelse av forordning (EF) nr. 713/2009 om etablering av et byrå for samarbeid mellom energiregulatorene i EØS-avtalen (ACER-forordningen) i EØS-avtalen. Forordningen er en del av energimarkedspakke III, og omhandler byråets oppgaver, organisering og finansiering. Det er opplyst at innlemmelse av forordningen i EØS-avtalen av flere grunner vil kreve Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd, og at den dessuten inneholder bestemmelser som kan innebære at EUs institusjoner får kompetanse til å utøve myndighet med virkning for norske rettssubjekter. Lovdelingen er bedt om å vurdere "om innlemmelse av ACER-forordningen i EØS-avtalen, forutsatt at det ikke gjøres særskilte materielle tilpasninger, også må skje ved Stortingets samtykke etter Grunnloven § 93, eller om samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd er tilstrekkelig".

Spørsmål om forholdet til Grunnloven er behandlet i et internt notat 14. juni 2010 utarbeidet av Olje- og energidepartementet og vedlagt brevet hit. Av notatet fremgår at dette ikke tar sikte på å behandle "forholdet mellom Grunnloven og regler under pakke III knyttet til Kommisjonens myndighet til å gi regler (forskrifter) og fatte vedtak (enkeltvedtak) ved eventuell innlemmelse av pakken i EØS-avtalen" (notatet side 2). Vi begrenser vår vurdering på samme måte.

2. Generelt om byrådet og dets kompetanse

Det følger av fortalen til forordningen at formålet med byrådet primært er å legge til rette for samarbeid mellom nasjonale energimyndigheter og bistå Kommisjonen både i regelverksutforming og i kontrollen med etterlevelse av regelverket. Artikkel 4

beskriver de ulike virkemidlene byrået har etter forordningen. I henhold til bestemmelsen bokstav a til c skal byrået komme med uttalelser og anbefalinger til henholdsvis systemoperatører, nasjonale myndigheter og til Europaparlamentet, Rådet og Kommisjonen. I bokstav d vises det til byråets kompetanse til å treffe bindende avgjørelser i saker som nevnt i artikkel 7 til 9, og etter bokstav e skal byrået hjelpe Kommisjonen med utarbeidelse av ikke-bindende retningslinjer. Det er byråets kompetanse til å treffe bindende avgjørelser som reiser konstitusjonelle spørsmål.

Den første bestemmelsen som omtaler byråets vedtakskompetanse, er *artikkel 7*. Den er en oversiktsbestemmelse som lister opp ulike oppgavetyper byrået skal ivareta. Artikkel 7 nr. 1 har følgende ordlyd:

"The Agency shall adopt individual decisions on technical issues where those decisions are provided for in Directive 2009/72/EC, Directive 2009/73/EC, Regulation (EC) No 714/2009 or Regulation (EC) No 715/2009."

Artikkel 7 nr. 7 har følgende ordlyd:

"The Agency shall decide on the terms and conditions for access to and operational security of electricity and gas infrastructure connecting or that might connect at least two Member States (cross-border infrastructure), in accordance with Article 8."

Artikkel 7 gir ingen selvstendig hjemmel til å fatte vedtak, men henviser til vedtakskompetanse som er tillagt byrået etter andre bestemmelser i energimarkedspakke III. Utover det som følger av artikkel 8 og de bestemmelsene som artikkel 9 nr. 1 henviser spesifikt til, har vi ikke funnet andre bestemmelser som tillegger byrået vedtakskompetanse. I Olje- og energidepartementets notat er pekt på muligheten for at ordlyden i artikkel 7 nr. 1 kan forstås som at Kommisjonens lovgivningskompetanse etter GHF (forordning (EF) nr. 715/2009) og ELMD (direktiv 2009/72/EF) gir rom for å fastsette fremtidig hjemmel for byrået til å treffe vedtak om tekniske spørsmål. Vi har ikke grunnlag for å vurdere hvilke forutsetninger som ligger til grunn for formuleringen, og anbefaler at usikkerheten avklares i kontakt med Kommisjonen.

Artikkel 8 omhandler byråets kompetanse til å treffe vedtak knyttet til grensekryssende infrastruktur. Kompetansen er begrenset til å gjelde reguleringsspørsmål (i engelsk versjon "regulatory issues", i dansk versjon "reguleringsspørgsmål") som faller inn under den ansvarlige nasjonale myndighets kompetanse. Hvilke oppgaver som skal ligge hos den ansvarlige nasjonale myndigheten, reguleres av andre rettsakter i energimarkedspakke III, særlig artikkel 36 til 38 i direktiv 2009/72/EF om felles regler for etablering av det indre elektrisitetsmarkedet og artikkel 40 til 42 i direktiv 2009/73/EF. Byråets kompetanse til å treffe vedtak innenfor områder som normalt tilligger nasjonale myndigheter, utløses i de to situasjonene som beskrevet i artikkel 8 nr. 1 bokstav a og b, som lyder:

- a) where the competent national regulatory authorities have not been able to reach an agreement within a period of six months from when the case was referred to the last of those authorities; or
- b) upon a joint request from the competent national regulatory authorities."

Det er ikke klart ut fra ordlyden i bestemmelsen om adressaten for byråets vedtak er nasjonale myndigheter, eller om vedtakene retter seg direkte mot gass- og energiforetak. I prinsippet kan det også tenkes at byråets kompetanse omfatter begge disse typer av avgjørelser. I Olje- og energidepartementets notat 14. juni 2010 er det forutsatt at vedtakene formelt rettes mot ansvarlig nasjonal myndighet, som for Norges del vil være Norges vassdrags- og energidirektorat (og at dette formelt avklares i EØS-komiteen). Etter vårt syn bør dette spørsmålet søkes avklart i dialog med Kommisjonen. En vurdering av dette fra Lovavdelingen vil ikke være et hensiktsmessig beslutningsgrunnlag for det spørsmålet om innlemmelse som er aktuelt nå. Til bruk for det videre arbeidet med spørsmålet nevner vi likevel i det følgende enkelte forhold som kan være av betydning for tolkningen, og som kan tilsi en annen konklusjon enn det Olje- og energidepartementet foreløpig har forutsatt.

Det følger av artikkel 19 første ledd, som regulerer klagerett over byråets vedtak, at "[a]ny natural or legal person, including national regulatory authorities, may appeal against a decision referred to in Articles 7, 8 or 9 which is addressed to that person, or against a decision which, although in the form of decision addressed to another person, is of direct and individual concern to that person". Bestemmelsen er standardmessig utformet, og det er uklart hvor mye som kan legges i den språklige utformingen, men ordlyden synes å forutsette at private kan være adressat for vedtak. På den annen side kan det tenkes at dette kun gjelder vedtak etter artikkel 9.

Videre følger det av artikkel 37 nr. 4 bokstav d i direktiv 2009/72/EF om felles regler for etablering av det indre elektrisitetsmarkedet (og den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2009/73/EF om felles regler for det indre marked for naturgass) at ansvarlig nasjonal myndighet skal ha kompetanse "to impose effective, proportionate and dissuasive penalties on electricity undertakings not complying with their obligations under this Directive or any relevant legally binding decisions of the regulatory authority or of the Agency, or to propose that a competent court impose such penalties". Også denne bestemmelsen kan synes å forutsette at byrådet kan treffe vedtak som direkte binder elektrisitetforetak. Det er mindre naturlig at dette kravet til sanksjon for manglende etterlevelse av byråets vedtak retter seg mot vedtak etter ACER-forordningen artikkel 9, som gjelder søknader om unntak fra regelverkspakken.

I den grad vedtakene skal kunne rettes direkte mot private, vil det være tale om overføring av nasjonal myndighet til byrådet. I tillegg vil byråets vedtak være gjenstand for annullasjonssøksmål for EU-domstolen, jf. ACER-forordningen artikkel 20 og artikkel 263 i traktaten om den Europeiske Unions virkeområde.

Vedtak rettet utelukkende mot norske myndigheter medfører normalt bare en folkerettlig binding om å følge det opp i intern rett. Det vil da i prinsippet ikke være tale om myndighetsavståelse i Grunnlovens forstand. Dette må være utgangspunktet, også om Norge vil være folkerettslig forpliktet til å treffe et tilsvarende vedtak. I St.prp. nr. 100 (1991-1992) side 337 uttales at det er en avgjørende forskjell på å være herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere, og å gi slipp på denne "kontrollmuligheten".

ACER-forordningen *artikkel 9* nr. 1 lyder:

"The Agency may decide on exemptions, as provided for in Article 17(5) of Regulation (EC) No 714/2009. The Agency may also decide on exemptions as provided for in Article 36(4) of Directive 2009/73/EC where the infrastructure concerned is located in the territory of more than one Member State."

Forordning (EF) nr. 714/2009 om vilkår for tilgang til grensekryssende handel av elektrisitet gir i artikkel 17 nasjonale myndigheter anledning til å innvilge unntak fra deler av regelverkspakken for nye forbindelsesledninger. Hvis de berørte nasjonale myndighetene ikke blir enige innen seks måneder etter at søknad om unntak er fremsatt, er det etter artikkel 17 nr. 5 byrået som skal treffe avgjørelsen. Tilsvarende gjelder hvis de berørte myndighetene fremsetter en felles anmodning til byrået om å avgjøre saken. Det synes klart av vedtak av denne typen må anses å være rettet mot eieren/operatøren av forbindelsesledningen. Byråets vedtakskompetanse må leses i lys av artikkel 17 nr. 6 som sier:

"Notwithstanding paragraphs 4 and 5, Member States may provide for the regulatory authority or the Agency, as the case may be, to submit, for formal decision, to the relevant body in the Member State, its opinion on the request for an exemption. That opinion shall be published together with the decision."

En tilsvarende bestemmelse er også tatt inn i direktiv 2009/73/EF om felles regler for det indre marked for naturgass artikkel 36 nr. 7. Også i denne bestemmelsen er det tatt inn en tilsvarende formulering som nevnt over, med den forskjell at den bare henviser til bestemmelsen om nasjonale myndigheters vedtaksmyndighet i artikkel 36 nr. 3 og ikke til bestemmelsen om byråets kompetanse etter artikkel 36 nr. 4.

ACER-forordningen artikkel 9 nr. 1 vil gi byrået kompetanse til å utøve forvaltningsmyndighet. Hva vedtaksmyndigheten konkret skal gå ut på, er ikke tydelig for oss. Vedtak truffet av byrået vil kunne påklages til byråets egen klagenemnd, og vedtak fattet både i førsteinstans og av klagenemnda vil kunne bringes inn for EU-domstolene til behandling. Dermed vil også domsmyndighet på samme området overføres ved innlemmelse av energimarkedspakke III. Etter ACER-forordningen artikkel 17 nr. 3 vil avgjørelse etter artikkel 9 formelt treffes av byråets direktør i overensstemmelse med forslag fra byråets representantskap. Representantskapet er sammensatt av én person fra ansvarlig tilsynsmyndighet under energimarkedspakken i hver medlemsstat og én representant fra Kommisjonen uten stemmerett. Representantskapet fatter avgjørelser med 2/3 flertall og representantene skal opptre uavhengig og kan ikke instrueres av sin hjemstat.

I henhold til forordningen artikkel 31 skal byrået være åpent for deltakelse fra tredjeland som i henhold til avtale med EU har gjennomført fellesskapets regler på energiområdet. Forhandlinger om EFTA-landenes deltakelse er formodentlig foreløpig ikke avklart, og det er nærliggende å anta at en eventuell adgang til å delta i representantskapet ikke vil inkludere stemmerett. I så fall vil en norsk representant bare kunne komme med innspill, og således ikke ha en likeverdig posisjon med EUs medlemsstater i avgjørelsesprosessen.

Klager over byråets vedtak behandles av en egen klagenemnd sammensatt av 6 medlemmer oppnevnt av byråets administrative styre ut fra sin fagkompetanse innenfor energifeltet. Etter forordningens regler om klage i artikkel 19, vil private og ansvarlige nasjonale forvaltningsorganer ha anledning til å klage over avgjørelser etter artikkel 7 til 9 som vedkommende er adressat for, eller som berører vedkommende direkte og individuelt.

3. Forholdet til Grunnloven

Det beror nok på en misforståelse når det i notatet 14. juni 2010 side 3 refereres at "JD i brev av 8. desember 2004 [uttalte] at utgangspunktet er at overføring av lovgivende, forvaltningsmessig eller dømmende myndighet til EU-institusjoner med direkte internrettslig virkning i Norge, krever vedtak med tre fjerdedels flertall etter Grunnloven § 93 ...". Grunnloven § 93 gjelder myndighetsoverføring til internasjonale sammenslutninger "som Norge er tilsuttet eller slutter sig til". Norge er ikke medlem av EU, og bestemmelsen kan derfor ikke hjemle myndighetsoverføring til EU-organer. I brevet 8. desember 2004 er uttalelsen om Grunnloven § 93 bare en teoretisk innledning før en kommer til det avgjørende spørsmålet om den myndighetsoverføringen det var tale om, er så "lite inngripende" at den kan vedtas av Stortinget etter den alminnelige traktatbestemmelsen i § 26.

Lovavdelingen har ved flere anledninger tidligere avgitt uttalelser om spørsmål om en overføring myndighet til EU- eller EFTA-organer kan anses "lite inngripende", og dermed innenfor rammene av Grunnloven § 26 annet ledd.

I en uttalelse 18. juni 2009 vedrørende innlemmelse av GMO-forordningen (harmonisering av regelverket for vurdering og godkjenning av næringsmidler og fôrvarer som inneholder eller er produsert på grunnlag av genmodifiserte organismer), uttalte Lovavdelingen seg om hvordan en tilpasningstekst burde utformes for at forordningen skulle kunne innlemmes i EØS-avtalen på grunnlag av Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd (sak 2008 03772). Vi uttalte der blant annet følgende om innholdet i uttrykket "lite inngripende":

"I vurderingen av om en myndighetsoverføring kan anses som "lite inngripende", står det sentralt om myndighetsoverføringen skjer i kjernen av de grunnleggende kompetansebestemmelsene i Grunnloven. Omfanget av myndighetsoverføringen må tillegges vekt. Sentralt i vurderingen av omfanget står i hvilken grad forordningen gir norske myndigheter en reell mulighet til å avbøte uheldige virkninger av den myndighetsoverføringen som i utgangspunktet har skjedd. I det foreliggende tilfellet vil det særlig ha betydning hvilken handlefrihet forordningens sikkerhetsklausul gir Norge, samt hvordan Kommisjonen kan forholde seg til slike nasjonale sikkerhetstiltak. Saksområdets art og hvilke politiske og samfunnsmessige interesser som berøres, vil også være av betydning. Andre momenter er om overføringen er basert på gjensidighet og likeverdig deltakelse i det overnasjonale organet. Stortingets tidligere vurdering av grunnlovsspørsmålet er også et viktig moment."

I uttalelse 18. januar 2010 om innlemmelse i EØS-avtalen av forordning (EF) nr. 216/2008 om felles regler for sivil luftfart (sak 2009 07963), ga vi følgende oversikt over relevante vurderingskriterier:

”Hvorvidt myndighetsoverføringen i et konkret tilfelle er lite inngripende, må vurderes med utgangspunkt i Grunnlovens bestemmelser om statsmaktenes kompetanse (§§ 3, 49, 75, 88, 90 m.fl.). Etter praksis er relevante vurderingsmomenter bl.a.:

- i hvilken grad det skjer en gjensidig myndighetsoverføring
- i hvilken grad Norge deltar i beslutningsprosessene i det organet myndigheten overføres til
- hva slags myndighet som overføres
- om overføringen skjer på et bestemt og avgrenset saksområde
- i hvilken grad norske myndigheter har mulighet til å avbøte uheldige virkninger av myndighetsoverføringen
- saksområdets art, dvs, hvilke politiske og samfunnsmessige interesser myndighetsoverføringen gjelder, og
- Stortingets eget standpunkt til grunnlovsspørsmålet.”

Uttalelsen har følgende oppsummering og konklusjon:

”Som nevnt må overføring av kompetanse til å ilegge sanksjoner med direkte virkning overfor norske foretak, i utgangspunktet anses som et relativt omfattende inngrep i norsk forvaltningsmyndighet. På den annen side har myndighetsoverføringen et begrenset saklig virkeområde ved at den bare vil få betydning for virksomheter som har eller får utstedt sertifikater fra EASA, i dag bare fire norske foretak. Det er tilsynelatende heller ikke politisk omstridt at EASA, i tillegg til den eksisterende muligheten til å trekke sertifikatene tilbake, bør kunne få andre sanksjonsmidler til rådighet for mer nyanserte og proporsjonale reaksjoner på regelverksbrudd, noe som vil være til fordel for EASAs arbeid med å ivareta flysikkerhet.

På denne bakgrunn er vi tilbøyelig til å anta at myndighetsoverføringen etter forordning (EF) 216/2008 artikkel 25 totalt sett er såpass ”lite inngripende” at den vil kunne innlemmes i EØS-avtalen med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd.

Som nevnt innledningsvis vil imidlertid Stortingets syn på grunnlovsvurderingen ha betydning i tvilstilfeller.”

Under punkt 2 ovenfor konstaterte vil at ACER-forordningen artikkel 9 nr. 1 innebærer en viss myndighetsoverføring. For artikkel 8 må det som nevnt avklares om vedtak skal kunne rettes mot andre enn offentlige myndigheter.

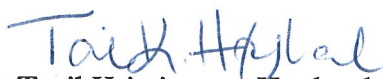
Byråets myndighet etter artikkel 9 nr. 1 er knyttet til kraftbransjen, og gjelder slik sett et avgrenset saksområde. For vurderingen av om myndighetsoverføringen reiser viktige eller omstridte politiske og samfunnsmessige spørsmål, vises til at vi i uttalelsen om GMO-forordningen ga uttrykk for at overføring av myndighet til Kommisjonen til å gi omsetningstillatelser for næringsmidler som inneholder genmodifiserte organismer, tilhører et område som reiser problemstillinger av betydelig politisk og allmenn interesse, hvilket talte mot å anse overføringen som lite inngripende. I Olje- og energidepartementets notat er det uttalt at hvis saker etter artikkel 9 nr. 1 må overføres til byrådet, innebærer dette overføring av vedtakskompetanse av prinsipiell art (siste side). Det støtter opp under denne vurderingen at avgjørelsene gjelder grensekryssende infrastruktur innenfor energimarkedet, og at det – når byrådet får en sak til behandling – vil være uenighet mellom norske og utenlandske myndigheter om regulering av nye forbindelsesledninger, slik at det er tale om en form for tvisteløsning.

Byråets kompetanse etter artikkel 9 nr. 1 er av subsidiær karakter. Det kan være vesentlig for vurderingen av artikkel 9 nr. 1 hvordan forordning nr. (EF) nr. 714/2009 artikkel 17 nr. 5 og 6 og direktiv 2009/73/EF artikkel 36 nr. 7 skal forstås, jf. den tolkningstvilen som er beskrevet i Olje- og energidepartementets notat 14. juni 2010 (nest siste og siste side). Språklig sett synes det å åpnes det for at norske myndigheter vil kunne reservere seg mot at byrået treffer endelig vedtak i medhold av ACER-forordningen artikkel 9 nr. 1 ved å overlate avgjørelsen til et annet nasjonalt organ. Vi anbefaler at innholdet i regelverket også på dette punktet søkes avklart i kontakt med Kommisjonen.

Ved vurderingen av om et tilfelle av myndighetsoverføring er "lite inngripende", kan det som nevnt også være av betydning om overføringen er basert på gjensidighet, og i hvilken grad norske myndigheter kan delta i beslutningsprosessen.

I det foregående er det pekt på en del uklarheter ved innholdet i det relevante regelverket. Videre vil en ved en eventuell innlemmelse av ACER-forordningen måtte ta stilling til hvilke tilpasninger en skal ha, jf. også forordningen artikkel 31 (2). Dette er ikke bare et spørsmål om hva Grunnloven krever, men om hva som er ønskelig og mulig på bakgrunn av både prinsipielle og pragmatiske vurderinger.

Med hilsen


Toril Kristiansen Høyland
avdelingsdirektør


Mona Kristensen
seniorsekretær