



NORGES HØYESTERETT

BETENKNING TIL STORTINGET I MEDHOLD AV GRUNNLOVEN § 83

avgitt 26. mars 2021 av Høyesterett i plenum med

justitiarius Toril Marie Øie
dommer Magnus Matningsdal
dommer Jens Edvin A. Skoghøy
dommer Hilde Indreberg
dommer Bergljot Webster
dommer Wilhelm Matheson
dommer Aage Thor Falkanger
dommer Kristin Normann
dommer Ragnhild Noer
dommer Henrik Bull
dommer Knut H. Kallerud
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Arne Ringnes
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Ingvald Falch
dommer Espen Bergh
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Erik Thyness
dommer Kine Steinsvik

HR-2021-655-P, (sak nr. 21-001061SIV-HRET)

1 Stortingets spørsmål og Høyesteretts konklusjon

Stortinget traff 17. desember 2020 slikt vedtak:

«I medhold av Grunnloven § 83 forelegges Høyesterett følgende spørsmål:

Kan Stortinget med hjemmel i Grunnloven § 26 annet ledd samtykke til deltakelse i to beslutninger i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2012/34/EU om et felles europeisk jernbaneområde og rettsaktene som utgjør fjerde jernbanepakke?»

Høyesterett er enstemmig kommet til at Stortinget kan gi sitt samtykke til innlemmelse av fjerde jernbanepakke i EØS-avtalen med hjemmel i Grunnloven § 26 annet ledd.

Etter Høyesteretts syn kan samtykke til overføring av myndighet til et internasjonalt organ skje ved alminnelig flertall i medhold av § 26 annet ledd dersom myndighetsoverføringen er lite inngripende. Det gjelder også når myndighetsoverføringen skjer til en organisasjon som Norge ikke er tilsluttet. Høyesterett har særlig lagt vekt på at Stortinget gjennom lang tid og oftest enstemmig har brukt § 26 annet ledd ved myndighetsoverføringer som har vært ansett som lite inngripende. Dette gjelder ikke bare ved myndighetsoverføring til organisasjoner som Norge er medlem av, men også, i noen tilfeller, ved overføring av myndighet til organisasjoner som Norge ikke er tilsluttet. Slik praksis veier rettslig sett tungt.

Den myndighetsoverføringen som etter reglene i fjerde jernbanepakke vil finne sted til EUs jernbanebyrå, går etter Høyesteretts syn ikke ut over det som må kunne regnes som lite inngripende.

I det følgende er Høyesteretts syn nærmere begrunnet og forklart. Først gis det en oversikt over hvordan Høyesterett har behandlet Stortingets spørsmål (punkt 2). Deretter drøftes de generelle rettslige problemstillingene som Stortingets spørsmål reiser (punkt 3 og 4). Før Stortingets spørsmål blir besvart i punkt 6 og 7, blir det i punkt 5 gitt en oversikt over de relevante delene av EUs fjerde jernbanepakke.

2 Høyesteretts behandling av Stortingets vedtak

Stortingets vedtak er truffet med hjemmel i Grunnloven § 83, som lyder:

«Stortinget kan innhente Høyesteretts betenkning om juridiske emner.»

Grunnloven selv gir ikke nærmere regler om Høyesteretts behandlingsmåte. Lov 12. september 1818 om Høiesteret fastsatte at betenkninger til Stortinget skulle underskrives av samtlige dommere, altså avgis av en samlet Høyesterett. Videre skulle dommere som måtte ha en annen mening enn flertallet, ha rett til å gi uttrykk for sitt syn. Disse bestemmelsene ble opphevet i 1937 i forbindelse med den endelige ikrafttreddelsen av sivilprosessreformen av 1915. Lovgivningen har etter dette ikke inneholdt nærmere regler om behandlingsmåten for Høyesteretts betenkninger til Stortinget i medhold av Grunnloven § 83. Det er imidlertid også i dag naturlig at slike betenkninger avgis av Høyesterett i plenum med adgang for eventuelle dissenterende dommere til å gi uttrykk for

sitt syn. Også da Høyesterett sist avga betenkning til Stortinget, høsten 1945, ble denne fremgangsmåten fulgt.

På denne bakgrunn har alle dommerne i Høyesterett deltatt i arbeidet med betenkningen, med unntak av dommer Høgetveit Berg, som har studiepermisjon.

Som en naturlig følge av at saken er uten formelle parter, har Høyesterett behandlet den skriftlig uten noen partsprosedyre. For at saken skulle bli best mulig opplyst, besluttet Høyesterett å åpne for at interesserte kunne inngi skriftlig innlegg etter mønster av bestemmelsen i tvisteloven § 15-8. Denne bestemmelsen gir adgang til skriftlige innlegg til belysning av allmenne interesser fra andre enn sakens parter. Det ble åpnet for at også andre interesserte enn de som er nevnt i tvisteloven § 15-8 første ledd bokstav a (foreninger og stiftelser) og b (offentlige organer), kunne gi innlegg. Fristen ble satt til 29. januar 2021. Det er kommet innlegg fra følgende:

- Regjeringsadvokaten, på vegne av regjeringen og berørte departementer
- Nei til EU
- Norsk Jernbaneforbund og Norsk Lokomotivmannsforbund
- Næringslivets Hovedorganisasjon
- Flytoget AS
- professor Christoffer Conrad Eriksen, Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, og professor Eirik Holmøyvik, Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen
- to privatpersoner

Innleggene er tilgjengelige på Høyesteretts hjemmesider.

Den nærmere forståelsen av innholdet i den fjerde jernbanepakken forutsetter i nokså stor grad jernbanefaglig innsikt. Høyesterett har her måttet basere seg på beskrivelsene i norske offentlige dokumenter og de innleggene som er nevnt ovenfor. Det samme gjelder praktiseringen av regelverket nasjonalt og på EU-nivå.

Høyesterett nevner at organisasjonen Nei til EU i november 2018 gikk til søksmål mot staten med påstand om at staten plikter å unnlate å gjennomføre EUs tredje energimarkedspakke i norsk rett. Stortinget ga i mars 2018 samtykke i medhold av Grunnloven § 26 annet ledd til at EUs tredje energimarkedspakke ble innlemmet i EØS-avtalen. Nei til EU anfører at samtykket skulle ha vært gitt etter § 115. Staten påstod søksmålet avvist. Ved Høyesteretts plenumskjennelse HR-2021-417-P avsagt 1. mars 2021 ble søksmålet fremmet. I den avgjørelsen går imidlertid Høyesterett ikke inn på spørsmålet om Stortinget kunne gi sitt samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd.

3 Generelt om de grunnlovsspørsmålene saken reiser

3.1 De grunnleggende problemstillingene

Grunnloven § 26 lyder som følger:

«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.»

Utenrikskompetansen er altså i utgangspunktet lagt til Kongen, det vil i praksis si regjeringen. Stortingets samtykke – med alminnelig flertall – er likevel nødvendig ved inngåelse av traktater som nødvendiggjør lovendring eller annen stortingsbeslutning, typisk bevilgninger, eller som for øvrig er «av særlig stor viktighet». Samtykke er etter fast praksis nødvendig også når Norge skal gi tilslutning til at nye EU-rettsakter tas inn i EØS-avtalen.

Det fremgår av Innst. 182 S (2020–2021) at det spørsmålet som Stortinget ønsker Høyesteretts svar på, er om innlemmelse i EØS-avtalen av fjerde jernbanepakke medfører en form for myndighetsoverføring fra norske myndigheter til EU-organer som innebærer at samtykke i medhold av Grunnloven § 26 annet ledd ikke er tilstrekkelig. Høyesterett kommer i punkt 5 nærmere tilbake til hva slags myndighetsoverføring det her er tale om.

Alternativet til samtykke etter § 26 annet ledd er vanligvis samtykke i medhold av Grunnloven § 115, vedtatt i 1962 som § 93. Denne bestemmelsen lyder slik:

«For å sikre den internasjonale fred og sikkerhet eller fremme internasjonal rettsorden og samarbeid kan Stortinget med tre fjerdedels flertall 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, dog ikke beføyelse til å forandre denne Grunnlov. Når Stortinget skal gi sitt samtykke, bør, som ved behandling av grunnlovsforslag, minst to tredjedeler av dets medlemmer være til stede.

Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke ved deltagelse i en internasjonal sammenslutning hvis beslutninger bare har rent folkerettslig virkning for Norge.»

De sentrale formene for myndighetsutøvelse som etter Grunnloven «tilligger statens myndigheter», er lovgivende (§ 75), utøvende (§ 3) og dømmende myndighet (§ 88). En overføring av slik myndighet og annen kompetanse som etter Grunnloven tilkommer norske myndigheter, til organer som ikke utleder sin kompetanse av Grunnloven selv, kan anses som en derogasjon – et unntak – fra Grunnloven. Dette er begrunnelsen for at samtykke etter § 26 annet ledd i utgangspunktet ikke er tilstrekkelig i disse tilfellene. Særlig tidligere har også selvstendighetskravet i Grunnloven § 1 stått sentralt i debatten om hvor langt utenrikskompetansen strekker seg.

Paragraf 115 gjelder etter annet ledd ikke for deltagelse 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. For å besvare det spørsmålet Stortinget har stilt, er det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på

dette. Når det i det følgende tales om «myndighetsoverføring», siktes det ikke til den formen for vedtak som § 115 *annet ledd* omhandler, med mindre noe annet fremgår.

Med utgangspunkt i forhistorien til § 115 og juridisk teori har det utviklet seg et syn på Grunnloven som går ut på at Stortinget kan gi samtykke i medhold av § 26 annet ledd til overføring av myndighet så fremt myndighetsoverføringen anses som *lite inngripende*. Dette synet har vært lagt til grunn av Stortinget i en rekke saker. Kjernen i det spørsmålet som Stortinget nå har forelagt Høyesterett, er om denne praksis er i overensstemmelse med Grunnloven, og om Stortingets samtykke til fjerde jernbanepakke i så fall kan gis i medhold av § 26 annet ledd.

Som Høyesterett kommer nærmere tilbake til, innebærer fjerde jernbanepakke at myndighet til å treffe vedtak med bindende virkning i Norge overføres til *EU-organer*, ikke EØS- eller EFTA-organer. I Innst. 182 S (2020–2021) side 2 fremhever flertallet dette i sin begrunnelse for å be om Høyesteretts betenkning. Grunnloven § 115 gjelder myndighetsoverføring til «en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til». Overføring direkte til EU-organer har ikke vært ansett å oppfylle dette vilkåret selv om overføringen skjer innenfor rammen av EØS-samarbeidet. Alternativet til bruk av § 26 annet ledd er da å anvende fremgangsmåten for regulære grunnlovsendringer i Grunnloven § 121. I punktene 3.10, 4 og 6 kommenterer Høyesterett nærmere hvilken betydning det har for bruk av § 26 annet ledd at myndighetsoverføringen skjer direkte til et EU-organ.

3.2 *Utgangspunkt og opplegg for den videre drøftelse*

Etter sin ordlyd inneholder Grunnloven § 115 ikke noe unntak for lite inngripende myndighetsoverføringer. Det fremgår heller ikke av ordlyden i § 26 annet ledd at samtykke etter denne bestemmelsen er tilstrekkelig ved slike myndighetsoverføringer. Ordlyden i § 26 annet ledd, som taler om samtykke helt generelt, stenger imidlertid ikke for en slik forståelse. Ettersom det er tale om rekkevidden av § 26 annet ledd, er det rent systematisk mest nærliggende å se dette som et spørsmål om forståelsen av denne bestemmelsen, ikke av andre grunnlovsbestemmelser som § 115 eller § 121, eller som et spørsmål om det foreligger en konstitusjonell sedvanerettsdannelse.

Når Høyesterett skal ta stilling til om § 26 annet ledd hjemler samtykke til myndighetsoverføring så lenge den er lite inngripende, er det hensiktsmessig først å gå inn på hvordan denne bestemmelsen ble forstått før § 115 ble vedtatt i 1962, den gang som § 93, se punkt 3.3. Deretter gjøres det i punkt 3.4 rede for vedtakelsen av § 93 og i punkt 3.5 for praksis og teori etter vedtakelsen og frem til opprettelsen av EØS i 1992. Stortingets behandling av EØS-avtalen omtales i punkt 3.6. Høyesterett går deretter, i punkt 3.7 og 3.8, inn på stortingspraksis frem til i dag og i punkt 3.9 på juridisk teori knyttet til denne praksis. I punkt 3.10 gjør Høyesterett så rede for sitt syn.

3.3 *Synet på Grunnloven § 26 annet ledd før vedtakelsen av § 93*

Før vedtakelsen av § 93 – nå § 115 – i 1962 synes det å ha hersket ulike meninger om i hvilken utstrekning Stortinget kunne samtykke i myndighetsoverføring til internasjonale organisasjoner med hjemmel i § 26 annet ledd. I juridisk teori var holdningen at dette i

noen grad var mulig, men det var ikke enighet om hvor stort rom det var for dette. På Stortinget var det også delte meninger.

Spørsmålet var oppe i forbindelse med norsk tilslutning til NATOs felles kommandosystem i 1951. En problemstilling i denne forbindelse var forholdet til Grunnloven § 25 om Kongens kommandomyndighet, altså en beføyelse som etter Grunnloven tilligger en av statens myndigheter. I Innst. S. nr. 40 (1951) ble det lagt til grunn at tilslutningen ikke ville være i strid med Grunnloven. Spørsmålet var på forhånd blitt utredet av Justisdepartementet og av professor Frede Castberg med tilslutning fra professor Johs. Andenæs, som alle mente at Grunnloven ikke hindret tilslutning.

Det var etter hvert særlig fremveksten av det som i dag er blitt Den europeiske union, og som frem til 1958 bestod av Det europeiske kull- og stålfellesskap, som aktualiserte spørsmålet om hvor langt § 26 annet ledd rakk. Man så imidlertid for seg at spørsmålet også kunne bli aktualisert av andre former for internasjonalt samarbeid, blant annet om nedrustning. En oversikt over debatten er gitt i Innst. S. nr. 185 (1956) om forslag til en ny § 93 i Grunnloven – et forslag som da ikke førte frem.

Oversikten viser at det var ulike syn på om § 26 annet ledd ga grunnlag for samtykke til norsk deltakelse i organisasjoner av denne art. Professor Castberg hadde gitt uttrykk for at § 26 annet ledd ga hjemmel for et samtykke til norsk tilslutning til Det europeiske kull- og stålfellesskap, mens andre mente det ikke var mulig. I innstillingen ble det blant annet vist til at Justisdepartementet i 1950 hadde uttalt at § 26 annet ledd ikke hjemlet samtykke til norsk deltakelse i et planlagt internasjonalt kontrollorgan for atomenergi med den begrunnelsen at det «bare i begrenset utstrekning vil være forfatningsmessig adgang til å overlate til et internasjonalt organ å utøve slik myndighet [forvaltnings- og jurisdiksjonsmyndighet] umiddelbart med virkning for norske områder eller for norske borgere». Det vises i innstillingen også til at Justisdepartementet hadde uttalt at det i alminnelighet ikke var adgang til «delegasjon» av lovgivningsmyndighet til en internasjonal organisasjon, men at departementet – slik komiteen gjengir det – ikke ville utelukke muligheten for gjenkallelig delegasjon på særskilte lovgivningsområder som ikke berørte rikets frihet, selvstendighet eller integritet.

Også utenriks- og konstitusjonskomiteen, som avga innstillingen, var delt i sitt syn på § 26 annet ledd. Flertallet tilrådte vedtakelse av en ny § 93 i Grunnloven, med den begrunnelse at det ellers kunne reises tvil om Grunnloven ga adgang til norsk deltakelse i internasjonalt samarbeid når dette innebar adgang for organisasjonen til å treffe vedtak med direkte virkning for norske borgere, blant annet med hensyn til nedrustning og kontroll av atomanlegg. Et borgerlig mindretall gikk mot forslaget om en ny § 93 særlig basert på sin forståelse av Grunnloven § 1 om Norge som et fritt og selvstendig rike. Mindretallet erklærte seg uenig med både professor Castberg og Justisdepartementet. Men også mindretallet aksepterte det tidligere vedtaket om deltakelse i NATOs felles kommandosystem som grunnlovsmessig og fant for øvrig ikke grunn til å uttale seg om hvilke former for internasjonalt samarbeid ut over det som allerede eksisterte, som kunne godtas uten hinder av Grunnloven slik den da lød. Da det ikke hadde «vært mulig å oppnå enighet» i komiteen, tok flertallet ikke opp noen av de fremsatte alternativene til en ny § 93 i Grunnloven.

I Norge var man altså ikke helt avvisende til myndighetsoverføring på grunnlag av den alminnelige samtykkebestemmelsen i § 26 annet ledd. Dette synes å stå i motsetning til den

fremherskende mening om det tilsvarende spørsmålet i dansk statsrett. Danmark fikk i 1953 en grunnlovsbestemmelse som langt på vei tilsvarende det som senere ble den norske § 93/115. Det fremgår av referatene fra Nordisk juristmøte i Oslo i 1954 at holdningen til danske statsrettslære var at ingen form for myndighetsoverføring til internasjonale organisasjoner ville være mulig uten den nye bestemmelsen.

3.4 Vedtakelsen av Grunnloven § 93

I forbindelse med vedtakelsen av den nye § 93 i 1962 ble det innhentet betenkninger fra professorene Castberg og Andenæs samt fra Utenriksdepartementet og Justisdepartementet, trykt i Dokument nr. 3 (1961–1962). Betenkningene var – i likhet med den etterfølgende politiske debatten – i stor grad konsentrert om hvorvidt den nye grunnlovsbestemmelsen var tilstrekkelig til å hjemle norsk medlemskap i De europeiske fellesskap, altså «den øvre grensen» for bestemmelsen, men betenkningene gikk i noen grad også inn på «den nedre grensen», det vil si mot § 26 annet ledd. De holdt i varierende grad muligheten åpen for at § 26 annet ledd kunne hjemle samtykke til myndighetsoverføring så fremt den ble holdt innenfor nokså snevre grenser, med Andenæs og Justisdepartementet som de nok mest restriktive.

Castberg holdt fast på sitt liberale syn på overføring av myndighet til å treffe vedtak med direkte virkning i Norge basert på samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd, men fremholdt at overføring «på vidstrakte områder av det økonomiske, sosiale eller kulturelle liv» klart falt utenfor, se side 7. Andenæs ville ikke holde «*enhver* overdragelse av lovgivningsmyndighet» for å være i strid med Grunnloven slik den da lød – det «ville ikke være rimelig å anta at grunnloven forbyr overdragelse av en begrenset myndighet på teknisk betonte områder», se side 15. Overføring av forvaltningsmyndighet og domsmyndighet gikk han ikke nærmere inn på ettersom han mente at medlemskap i De europeiske fellesskap uansett forutsatte vedtakelse av en ny § 93 i Grunnloven. Utenriksdepartementet mente at Grunnloven ikke inneholdt noe absolutt forbud mot å overføre myndighet til en internasjonal organisasjon, men at en slik overføring måtte utøves med adskillig større forsiktighet enn ved delegasjon til interne norske myndigheter, se side 29. Justisdepartementet viste i utgangspunktet til de tidligere uttalelsene som ble sitert i Innst. S. nr. 185 (1956), men fant det nå «lite tvilsomt» at det måtte oppstilles «temmelig snevre grenser for adgangen til å overlate internrettslig myndighet til ikke-norske organer», se side 47.

Mens forholdet til selvstendighetskravet i Grunnloven § 1 tidligere hadde stått sentralt i debatten, var det nå Grunnlovens bestemmelser om hva slags myndighet som tillå de ulike statsorganene, som ble ansett å medføre grenser for hva slags myndighetsoverføring som kunne vedtas med hjemmel i § 26.

Castberg og Andenæs viste i sine betenkninger blant annet til den norsk-svenske tollsamarbeidsavtalen fra 1959. Den innebærer at landenes tollmyndigheter kan håndheve eget lands tollregelverk innenfor visse soner på nabolandets territorium. Castberg viste dessuten til avtaler om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer på sivilrettens område, og at lovgivningen forutsatte at tilsvarende kunne inngås på strafferettens område uten hinder av Grunnloven. Begge typer samarbeid mellom stater bygger på gjensidig aksept av hverandres myndighetshandlinger og skiller seg dermed fra overføring av myndighet til en internasjonal organisasjon. Slike avtaler viser likevel at Grunnloven ikke var blitt forstått

som et absolutt hinder for at «beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter», kunne utøves av andre enn norske myndigheter med virkning for norske borgere eller norsk territorium.

Ut over vedtaket om deltakelse i NATOs felles kommandosystem i 1951 forelå det på dette tidspunktet ingen egentlig statspraksis om overføring til internasjonale organisasjoner av myndighet til å treffe vedtak med direkte virkning for norske borgere og foretak. Myndighetsoverføringen til NATO gjaldt kommandoen over militære avdelinger, altså over deler av statsapparatet.

I utenriks- og konstitusjonskomiteens innstilling om ny § 93 i Grunnloven, Innst. S. nr. 100 (1961–1962) side 141, uttalte flertallet, alle unntatt én representant, at slik det internasjonale samarbeidet hadde utviklet seg etter den annen verdenskrig, var det nødvendig også i Norge at det ble skapt klarere linjer for den konstitusjonelle hjemmel for å delta i utbyggingen av folkerettsamfunnet. Mindretallet mente at forslaget til § 93 var for vidtgående og heller ikke skapte den nødvendige klarhet.

I sin begrunnelse gjennomgår flertallet en rekke tidligere saker, fra deltakelse i Folkeforbundet og fremover, som hadde skapt debatt om forholdet til Grunnloven. Fremstillingen skiller bare i begrenset grad mellom myndighetsoverføring i form av å godta at Norge kan bli bundet mot sin vilje på det folkerettslige plan, og overføring av myndighet til å treffe vedtak med direkte virkning for norske borgere og foretak. Også den formen for myndighetsoverføring som ligger i at Norge deltar i internasjonale organisasjoner uten rett til å reservere seg mot å bli bundet av organisasjonens vedtak, hadde tidligere vært gjenstand for debatt, ikke minst holdt opp mot selvstendighetskravet i § 1. Gjennomgangen tar imidlertid ikke avstand fra tidligere standpunkter om at en viss myndighetsoverføring var forenlig med Grunnloven.

Flertallet viser på side 139 både til at de sakkyndige hadde uttalt at norsk medlemskap i De europeiske fellesskap krevde grunnlovsendring, og til avtalene om anerkjennelse og fullbyrdelse av rettsavgjørelser som eksempler på avtaler som «anerkjenner fremmede staters rett til å treffe bestemmelser med direkte virkning i Norge». Den ene representanten som gikk helt mot forslaget om en ny § 93, ga for sin del klart uttrykk for at tidligere praksis lå innenfor Grunnlovens grenser.

Det er på denne bakgrunn ikke helt klart hvordan uttalelsen om behovet for klarere konstitusjonelle linjer skal forstås. Den kan leses som uttrykk for behov for en klarere hjemmel for norsk deltakelse i tettere og mer forpliktende samarbeid – særlig et mulig medlemskap i De europeiske fellesskap – enn det § 26 annet ledd i alminnelighet var blitt ansett å muliggjøre. Men den kan også forstås som et signal om at den nye bestemmelsen nå, i alle fall et stykke på vei, skulle brukes der man tidligere hadde ansett § 26 annet ledd for tilstrekkelig.

Det må likevel kunne slås fast at vedtakelsen av nåværende § 115 ikke var basert på en forutsetning om at det aldri ville være mulig å bruke § 26 annet ledd til å samtykke i myndighetsoverføring til internasjonale organisasjoner. Dette gjaldt også myndighet til å treffe vedtak med direkte virkning i Norge.

3.5 *Storingspraksis og juridisk teori mellom vedtakelsen av § 93 i 1962 og vedtakelsen av EØS-avtalen i 1992*

Spørsmålet om den nye § 93 heretter også regulerte sakstyper der man tidligere hadde bygget på § 26 annet ledd, kom opp straks etter at bestemmelsen var vedtatt. Stortinget hadde på dette tidspunktet til behandling et forslag om norsk deltakelse i et felles luftforsvarssystem for den europeiske delen av NATO. Det fremgår av St.prp. nr. 5 (1961–1962) at Justisdepartementet hadde ment at Grunnloven § 26 annet ledd ga nødvendig hjemmel for Stortingets samtykke. Etter vedtakelsen av § 93 stilte militærkomiteen på Stortinget spørsmål til departementet om det fastholdt sitt syn. I brev til komiteen gjengitt i Innst. S. nr. 149 (1962–1963) side 331–332 bekreftet departementet dette, men la til at ordlyden i § 93 ikke ga sikre nok holdepunkter for å ta stilling til om vedtak nå måtte treffes i medhold av denne bestemmelsen: «Spørsmålet har stor prinsipiell betydning og bør etter departementets oppfatning løses av Stortinget selv.» Militærkomiteen forela spørsmålet for utenriks- og konstitusjonskomiteen, som i et vedlegg til Innst. S. nr. 149 (1962–1963) blant annet uttalte følgende (med uthevinger som i originalen):

«Når det gjelder disse tiltak sett i forhold til den nye § 93 i grunnloven, så må man holde seg bakgrunnen for denne paragraf for øye. Og bakgrunnen var at man forutså at det kunne være behov for å ha hjemmel i grunnloven til på et begrenset område å foreta overføring til et overnasjonalt organ av myndighet av lovgivende, utøvende eller dømmende art med direkte virkning for norske borgere.

Den nye § 93 er etter hele sin tilblivelse en fremtidsrettet paragraf, hvis formål er å muliggjøre beslutninger som grunnloven tidligere ikke gav hjemmel for.

Det ville ikke være i samsvar med paragrafens ånd å tolke ordlyden i den slik, at heretter skal også tiltak som i henhold til Stortingets tidligere grunnlovspraksis har hjemmel i grunnloven, undergis behandling etter den nye § 93.

Det skulle neppe trenge noen nærmere påvisning at det aldri har vært meningen med den nye § 93 å gi uttrykk for en underkjenning av Stortingets tidligere klart uttalte forståelse av grunnloven og beslutninger truffet i overensstemmelse hermed.»

At den tidligere grunnlovspraksis som komiteen viste til, omfattet NATO-vedtaket fra 1951, er klart. Det var dette vedtaket som utenriks- og konstitusjonskomiteen var opptatt av i sin uttalelse. Som nevnt fantes det knapt annen praksis i form av vedtak enn dette, om man ser bort fra traktater om anerkjennelse og fullbyrdelse av sivile dommer, og grensetollsamarbeidet med Sverige. Men uttalelsen om at formålet var å muliggjøre beslutninger som Grunnloven «tidligere ikke gav hjemmel for», kan leses som uttrykk for at § 26 annet ledd fortsatt kunne brukes til slik avgrenset myndighetsoverføring som man i statsrettslig teori tidligere hadde ment at Stortinget kunne samtykke i etter den bestemmelsen – selv om altså grensene for dette var uklare.

Daværende universitetslektor, senere blant annet direktør for Institutt for menneskerettigheter, Asbjørn Eide gikk i artikkelen «Rettslige sider ved spørsmålet om å gjøre NATO til atommakt» i tidsskriftet Lov og Rett 1963 side 207–217 mot synspunktet om at § 93 ikke medførte noen endring i hvordan § 26 annet ledd kunne brukes. Han mente at § 93 heretter alltid måtte brukes i henhold til sin ordlyd, også i saker der man etter

tidligere oppfatning hadde kunnet bruke § 26 annet ledd. Han tolket ønsket i forarbeidene til § 93 om å skape klarhet slik at det var dette man hadde ment.

I artikkelen «Grunnloven § 93» i tidsskriftet *Jussens Venner* 1963 side 73–111 ga daværende universitetslektor, senere professor, Carl August Fleischer uttrykk for at § 93 måtte forstås slik at den ikke uttømmende regulerte alle tilfeller der en internasjonal organisasjon kunne treffe vedtak med direkte virkning. Etter hans syn kunne imidlertid tidligere rett – som var uklar og derfor lite egnet som kriterium – heller ikke være avgjørende for hvor grensen gikk. I stedet måtte man basere seg på «en fornuftig tolkning av selve § 93 og av de øvrige regler i Grunnloven» – likevel slik at tidligere praksis kunne få betydning i denne forbindelse, jf. side 89. Det avgjørende burde etter hans syn være om myndighetsoverføringen var av «tilstrekkelig inngripende karakter». Begrunnelsen for at § 93 måtte tolkes innskrenkende på denne måten, lå etter hans mening i at bestemmelsens kriterium var «nokså formelt». Hvorvidt myndighetsoverføringen var av inngripende karakter, måtte etter hans syn avgjøres ut fra en helhetsvurdering med vekt ikke bare på mer formelle momenter knyttet til sammenslutningens struktur og rettsvirkningene av de overnasjonale vedtakene som kunne treffes, men også på mer reelle faktorer, som den konkrete risikoen for vedtak i strid med norske interesser og omfanget av myndighetsoverføringen, se side 93.

I artikkelen «EF og Grunnloven» i *Jussens Venner* 1990 side 196–210 ga professor Torstein Eckhoff på side 198–199 sin tilslutning til at bestemmelser som har direkte virkning i Norge, kan være så lite inngripende at det «ville være unødvendig anstaltmakeri å gjøre bruk av § 93». Hvor grensen gikk, ble etter Eckhoffs syn et skjønnsspørsmål der bindingens omfang, graden av detaljstyring og hvorvidt Norge hadde vetorett i organisasjonen, kunne være relevante momenter i skjønnet. Om overføring av lovgivningsmyndighet bemerket han at det til nå ikke hadde skjedd, men at «det ... vel [er] mulig at det også kan skje uten bruk av § 93 hvis det dreier seg om spørsmål av begrenset betydning».

3.6 Vedtakelsen av EØS-avtalen

Spørsmålet om grensen mellom § 26 annet ledd på den ene siden og § 115 og § 121 – den gang fortsatt § 93 og § 112 – på den andre siden kom opp i praksis i forbindelse med Stortingets behandling av EØS-avtalen. I St.prp. nr. 100 (1991–1992) side 344 inntok regjeringen det standpunkt at «de beste grunner» talte for at det var nødvendig med samtykke etter § 93. Dette ble begrunnet med at den tilhørende avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol innebar kompetanse for EFTAs overvåkningsorgan til å rette pålegg direkte til norske foretak og ilegge dem bøter som ledd i håndhevingen av EØS-avtalens konkurranseregler, med adgang til rettslig overprøving for EFTA-domstolen.

EØS-avtalen artikkel 56 om kompetansefordelingen mellom Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan i konkurransesaker førte imidlertid – noe forenklet sagt – til at Kommisjonen, med rettslig overprøving for EU-domstolen, fortsatt skulle behandle de konkurransesakene som den til nå hadde ansett seg kompetent til å behandle i henhold til EU-retten. Disse sakene ville også kunne involvere norske foretak dersom de var aktive på EUs marked. Etter regjeringens syn kunne Kommisjonen og EU-domstolen ikke anses som organer i en «sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til». Som følge av

dette kunne en myndighetsoverføring til dem ikke hjemles i Grunnloven § 93. Det ble forhandlet frem en adgang til å nekte å tvangsfullbyrde eventuelle bøter ilagt av Kommisjonen, men Norge godtok for øvrig at Kommisjonens vedtak i konkurransesaker skulle ha rettskraft. Denne formen for direkte virkning ble av regjeringen ansett for å være en form for myndighetsoverføring som var «lite inngripende», ettersom disse foretakene, om de ville være aktive på EUs marked, uansett ikke ville ha annet valg enn å rette seg etter vedtakene – vedtakene ville jo kunne tvangsfullbyrdes i resten av EØS, se St.prp. nr. 100 (1991–1992) side 345–346. Også eventuell tvangsfullbyrdelse i Norge av Kommisjonens bøtevedtak mot ikke-norske foretak ble ansett for å være en myndighetsoverføring av lite inngripende karakter. Dermed var man etter regjeringens syn under grensen for bruk av § 93, slik at denne myndighetsoverføringen kunne skje i medhold av § 26 annet ledd.

I Innst. S. nr. 248 (1991–1992) side 84 nøyde flertallet, alle unntatt representantene for Senterpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Fremskrittspartiet, seg med å peke på myndighetsoverføringen til EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen og bemerket at «[p]å alle andre punkter er EØS en folkerettslig avtale». Fremskrittspartiet gikk på side 86 inn for norsk medlemskap i EU og kommenterte ikke spørsmålet om myndighetsoverføring. Mindretallet bestående av Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet uttrykte på side 87 at det ikke kunne se at «Regjeringen uten videre kan hevde at det ikke behøves hjemmel i Grunnloven» for myndighetsoverføringen til Kommisjonen og EU-domstolen bare på grunn av Norges erklæring om manglende tvangskraft av Kommisjonens bøtevedtak mot norske bedrifter. Mindretallet pekte videre på at «dersom Grunnlovens § 93 er til hinder for at EØS-avtalen vedtas», krevdes det regulær grunnlovsendring etter daværende § 112. Det var vilkåret om at Norge måtte være tilsluttet sammenslutningen, som i så fall utgjorde hindringen for bruk av § 93. Det prinsipielle spørsmålet om § 93 og § 112 overhodet kunne forstås med en «nedre grense» mot lite inngripende myndighetsoverføringer, ble imidlertid ikke tatt opp. Mindretallets argumentasjon synes snarere å bygge på en uuttalt forutsetning om at myndighetsoverføringen til EU-organene var mer enn lite inngripende.

I denne forbindelse tok det samme mindretallet opp muligheten for at utviklingen av konkurranserechtsreglene i EU- og EFTA-delene av EØS kunne komme til å bli forskjellig dersom EFTA-landene ikke ville gjøre nytt EU-regelverk til del av EØS-avtalen gjennom vedtak i EØS-komiteen. Denne muligheten var nevnt i St.prp. nr. 100 (1991–1992) side 347 som et «praktisk problem» dersom Kommisjonen traff vedtak på grunnlag av EU-regelverket overfor norske foretak. Som Høyesterett kommer tilbake til i punkt 5.8 og 6, oppstår en nokså parallell problemstilling med den fjerde jernbanepakken. Hvorvidt dette etter regjeringens syn også var et konstitusjonelt problem, og hvor alvorlig det i så fall var sett opp mot læren om lite inngripende myndighetsoverføring, fremgår ikke helt klart av St.prp. nr. 100 (1991–1992). Men bemerkningen kommer i kapitlet om konstitusjonelle spørsmål i forbindelse med drøftelsen av myndighetsoverføring til Kommisjonen i konkurransesaker. Regjeringen nøyde seg med å bemerke at det var «ytterst usannsynlig» at en slik situasjon ville oppstå. Mindretallet, som utla regjeringen til å ha ment at reglene måtte være like i EU-delen og EFTA-delen av EØS for å unngå å komme i konflikt med Grunnloven § 93, ønsket en nærmere avklaring, uten at dette kravet førte frem.

Norsk deltakelse i EØS var altså basert på en forutsetning om at Grunnloven § 93/115 måtte forstås med en «nedre grense» mot lite inngripende myndighetsoverføring, og at

Grunnloven § 26 annet ledd kunne være tilstrekkelig også for slik myndighetsoverføring til en internasjonal organisasjon som Norge stod utenfor. Dette synet ble akseptert av et flertall som representerte mer enn tre fjerdedeler av Stortinget.

3.7 *Senere stortingspraksis*

Etter at EØS-avtalen trådte i kraft, er spørsmålet om bruk av § 26 annet ledd blitt behandlet av Stortinget flere ganger i forbindelse med nye myndighetsoverføringer. Så langt Høyesterett har klart å bringe på det rene, dreier det seg om følgende saker:

I 2007 behandlet Stortinget norsk tilslutning til *den europeiske patentkonvensjon* fra 1973 med endringer fra 2000. Denne konvensjonen gjelder ikke Norges forhold til EU. Konvensjonen overfører forvaltningsmyndighet ved at Det europeiske patentverkets (EPOs) prøving av patentsøknader og meddelelse av patenter skal ha direkte virkning i Norge. Konvensjonen innebærer videre en viss overføring av lovgivningsmyndighet til EPOs forvaltningsråd til å foreta visse endringer i konvensjonen. Regjeringen la i St.prp. nr. 53 (2006–2007) side 33 til grunn at myndighetsoverføringen ikke krevde vedtak etter § 93. Kriteriet «lite inngripende» ble ikke brukt. Det var ikke enighet om norsk tilslutning – Kristelig Folkeparti gikk mot – men uenigheten synes å være knyttet til mulighetene for patent på bioteknologiske oppfinnelser, se Innst. S. nr. 253 (2006–2007). Innstillingen viser at komiteen hadde merket seg spørsmålet om myndighetsoverføring, men inneholder ikke kritiske merknader til at Stortingets samtykke kunne gis i medhold av Grunnloven § 26 annet ledd.

Spørsmålet om myndighetsoverføring var også oppe i forbindelse med norsk tilslutning til *Schengen-samarbeidet*. Norsk Schengen-deltakelse ble behandlet i Stortinget to ganger, i 1997 og 1999. Det skyldes at Schengen-samarbeidet i 1999 gikk fra å være et samarbeid på utsiden av EU til å bli integrert i EU-samarbeidet, slik at det var nødvendig med en ny traktat om norsk og islandsk deltakelse. Regjeringen Jagland uttalte i St.prp. nr. 42 (1996–1997) at avtalen ikke medførte myndighetsoverføring til noe internasjonalt organ som aktualiserte spørsmålet om bruk av Grunnloven § 93/115, og at avtalens regler om politiets forfølgelsesrett over landegrensene kunne vedtas i medhold av Grunnloven § 26 annet ledd. I Innst. S. nr. 229 (1996–1997) mente et mindretall bestående av Sosialistisk Venstreparti, Senterpartiet og Kristelig Folkeparti at grunnlovsspørsmålene ikke var tilstrekkelig utredet, og ville ha saken utsatt. Da saken kom opp i neste omgang, fikk en referansegruppe på fem jurister i oppdrag å utrede de konstitusjonelle spørsmålene, og deres syn fremgår av et vedlegg til St.prp. nr. 50 (1998–1999), fremmet av regjeringen Bondevik I. Ingen av juristene gikk prinsipielt mot læren om at lite inngripende myndighetsoverføring kunne skje med hjemmel i § 26 annet ledd, men enkelte mente at Schengen-samarbeidet befant seg i en gråsoner for hva som kunne vedtas med hjemmel i bestemmelsen. I Innst. S. nr. 147 (1998–1999) var det uenighet om § 26 annet ledd ga tilstrekkelig hjemmel – representantene for Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet gikk mot – men mindretallets syn ser ikke ut til å ha vært basert på en prinsipiell avvisning av læren som sådan. Tilslutningen til Schengen-samarbeidet ble altså vedtatt i medhold av § 26 annet ledd.

I 2003 samtykket Stortinget i at Norge ratifiserte en *protokoll fra 1997 til den internasjonale Eurocontrol-konvensjonen om flysikring* av 13. desember 1960. Protokollen innebar at Eurocontrol fikk myndighet til å fastsette nødvendige reguleringstiltak for

utvikling og drift av et felles europeisk system for styring av lufttrafikkflyten. Dette innebar myndighet til å treffe vedtak med direkte virkning for luftfartsforetak og lufttrafikkjenester. I St.prp. nr. 34 (2002–2003) side 9 ble det uttalt at myndighetsoverføringen var så begrenset og lite inngripende at Stortingets samtykke kunne gis ved bruk av § 26 annet ledd. I Innst. S. nr. 116 (2002–2003) sluttet en enstemmig utenrikskomité seg til forslaget uten å kommentere spørsmålet om avstemningsmåte.

De øvrige sakene gjelder spørsmål om å ta EU-rettsakter inn i EØS-avtalen. Bortsett fra en sak som gjelder myndighetsoverføring fra både EU og EFTA-landene til Den internasjonale vinorganisasjon, er det tale om saker der Kommisjonen eller nyopprettede EU-byråer er tildelt myndighet til å treffe vedtak med direkte virkning i medlemslandene, gjerne i kombinasjon med kompetanse til å ilegge bøter når vedtakene ikke etterleves. Selve myndighetsoverføringen har som regel, men ikke alltid, vært utformet slik at det er EFTAs overvåkningsorgan som treffer vedtakene for EFTA-landenes del, men ut fra en forutsetning om at de i det store og hele skal gjenspeile vedtakene truffet på EU-siden.

Spørsmålet om myndighetsoverføring direkte til *EU-byrået for flysikkerhet, European Aviation Safety Agency (EASA)*, har vært oppe i tre omganger. Her ble myndighet overført direkte til EASA.

På grunnlag av St.prp. nr. 44 (2004–2005) ble det overført myndighet til EASA til å fatte vedtak om typesertifiseringer og luftdyktighetspåbud, som er en form for hasteforskrifter for visse flytyper eller flydeler, med direkte virkning overfor private rettssubjekter. EU-domstolen kan prøve eventuelle tvister mellom norske rettssubjekter og EASA. I proposisjonen på side 6 uttales det at deltakelsen i EASA ikke ville innebære overføring av lovgivningsmyndighet. Det ble fremholdt at gjennomføringsbestemmelser vedtatt av Kommisjonen måtte vedtas i EØS-komiteen for å bli bindende for EØS/EFTA-statene. «Imidlertid» – heter det – vil norsk deltakelse i EASA medføre en viss overføring av doms- og forvaltningsmyndighet. Man synes altså å forutsette at EASA ikke ville treffe vedtak med virkning for flyvirksomhet i EFTA-landene på grunnlag av EU-regelverk før dette regelverket var blitt til del av EØS-avtalen, eventuelt at slike vedtak i så fall ikke ville binde EFTA-landene i den utstrekning de ville være i strid med fortsatt gjeldende EØS-regler. På side 7 i proposisjonen ble det lagt til grunn at samtykke kunne gis etter § 26 annet ledd. Samferdselskomiteen og utenrikskomiteen hadde ikke merknader, se Innst. S. nr. 164 (2004–2005).

I neste omgang ble det først og fremst overført myndighet til Kommisjonen til å ilegge nasjonale selskaper overtredelsesgebyr og tvangsmulkt etter anmodning fra EASA for brudd på vilkår i EASAs regelverk og individuelle tillatelser. Dessuten ble det foretatt en mindre utvidelse av EASAs sertifiseringskompetanse, en utvidelse som i liten grad berørte norske aktører. Selve sanksjonskompetansen skulle på EFTA-siden av EØS legges til EFTAs overvåkningsorgan. I proposisjonen ble det relativt grundig drøftet om myndighetsoverføringen i form av de nye sanksjonsmulighetene kunne regnes som lite inngripende, se Prop. 27 S (2012–2013) side 6–8. Til grunn for vurderingen lå en uttalelse 18. januar 2010 fra Justisdepartementets lovavdeling. Lovavdelingen var i noe tvil om myndighetsoverføringen var lite inngripende, ettersom det var tale om å ilegge sanksjoner. Denne tvilen ble videreformidlet i proposisjonen på side 7: «Kompetansens art trekker i retning av at kompetanseoverføringen ikke kan regnes som 'lite inngripende'.» Både transport- og kommunikasjonskomiteen og utenriks- og forsvarskomiteen la imidlertid til

grunn, uten å kommentere denne tvilen, at Stortinget kunne samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd, jf. Innst. 146 S (2012–2013).

Den tredje runden gjaldt overføring av myndighet til å kontrollere og gi sikkerhetsmessig tillatelse til tredjelandsoperatører fra de enkelte medlemslandene i EU/EØS til EASA. Det mest sentrale var at EASA overtok myndigheten til å foreta den flysikkerhetsmessige vurderingen av tredjestatsoperatører som ønsker å fly til, fra eller i Norge. Luftfartstilsynet skulle imidlertid fortsatt ha det endelige ordet med hensyn til trafikktillatelse til tredjestatsoperatører. Saken ble forelagt utenriks- og forsvarskomiteen. Der gikk medlemmene fra Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti mot at Grunnloven kunne forstås slik at samtykke etter § 26 annet ledd var tilstrekkelig for «mindre suverenitetsavståing». Slik avståelse kunne heller ikke skje til EASA i medhold av Grunnloven § 115, siden dette var et EU-organ, og den bestemmelsen krevde norsk tilslutning til organisasjonen, fremholdt mindretallet. Her kom det altså for første gang til syne en prinsipiell motstand mot selve læren om lite inngripende myndighetsoverføring. I Prop. 123 S (2014–2015) var det gitt uttrykk for at samtykke kunne gis etter § 26 annet ledd, og transport- og kommunikasjonskomiteen la i Innst. 390 S (2014–2015) dette til grunn. Komitémedlemmet fra Senterpartiet sluttet seg til merknaden fra Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti i utenriks- og forsvarskomiteen.

I flere andre og til dels senere saker som er blitt presentert for Stortinget som lite inngripende myndighetsoverføring som kunne vedtas med hjemmel i § 26 annet ledd, har imidlertid vedkommende stortingskomité enstemmig gitt sin tilslutning til behandlingsmåten uten å kommentere spørsmålet nærmere. Dette gjelder

- Innst. S. nr. 246 (2007–2008) om den såkalte *REACH-forordningen om et registrerings- og vurderingssystem for kjemikalier*. Dette innebar overføring av en viss forvaltningsmyndighet til et nytt europeisk kjemikaliebyrå (ECHA), der Norge kunne delta uten stemmerett i de styrende organer, jf. St.prp. nr. 49 (2007–2008) side 4
- Innst. 86 S (2012–2013) om en forordning der Kommisjonen fikk myndighet til å godkjenne søknader om å ta i bruk *prosesser for resirkulering av plastmateriale som er ment å komme i kontakt med næringsmidler*
- Innst. 191 S (2012–2013) om forordninger som innebar at EU og EFTA-landene i EØS avga lovgivningsmyndighet til *Den internasjonale vinorganisasjon (OIV)*
- Innst. 94 S (2013–2014) om en forordning som innebar myndighet for EFTAs overvåkningsorgan til å *godkjenne organisasjoner med kompetanse til å overvåke foretak som omsetter tømmer*, med sikte på å hindre at ulovlig avvirket tømmer omsettes i EØS
- Innst. 156 S (2013–2014) om en forordning om *markedsføring og bruk av visse biocidprodukter*
- Innst. 270 S (2014–2015) om en forordning om rettslige rammer for et *konsortium for europeisk forskningsinfrastruktur*

- Innst. 168 S (2017–2018) om en forordning om *utstedelse av sikkerhets sertifikater ved typegodkjenning av fartsskrivere*
- Innst. 41 S (2018–2019) om forordninger om *CO₂-utslipp fra biler*

I 2017 samtykket Stortinget i å ta inn i EØS-avtalen en forordning som innebar at EFTAs overvåkningsorgan fikk myndighet til å ilegge økonomiske sanksjoner mot legemiddelforetak ved visse brudd på forpliktelser knyttet til markedsføringstillatelser. Dette omtales gjerne som saken om *pediatriforordningen*. I Prop. 127 LS (2016–2017) la regjeringen til grunn at denne myndighetsoverføringen var lite inngripende. Flertallet sluttet seg til regjeringens forslag i Innst. 370 S (2016–2017). Senterpartiets representant kunne «ikke støtte at Norge avgir suverenitet» til overvåkningsorganet, men kom ikke nærmere inn på grunnlovsspørsmålet.

I Innst. 278 L (2017–2018) om ny *personopplysningslov* på side 12 hadde justiskomiteens medlemmer fra Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti kritiske merknader til at det var lagt opp til overføring av myndighet til EUs personvernråd med overprøving for EU-domstolen, uten at vedtakene for Norges del skulle treffes av EFTAs overvåkningsorgan, se side 13–14. Dette ble imidlertid ikke knyttet direkte til spørsmålet om læren om lite inngripende myndighetsoverføring, eller grunnlagt med at myndighetsoverføring direkte til et EU-organ alltid ville være grunnlovsstridig. Senterpartiet var kritisk til at lovforslaget ble forelagt Stortinget før EØS-tilpasningene til den nye personvernforordningen var endelig vedtatt i EØS-komiteen. Det ble blant annet vist til at regjeringens argumenter for at Stortinget kunne godkjenne innlemmelse av forordningen i EØS-avtalen med hjemmel i Grunnloven § 26 annet ledd, da kunne vise seg å falle bort. I Innst. 279 S (2017–2018) om samtykke til innlemmelse av personvernforordningen i EØS-avtalen ble kritikken gjentatt i kortform.

I saken om innlemmelse av den såkalte tredje energimarkedspakke, også kjent som *ACER-saken*, ble spørsmålet om bruk av Grunnloven § 26 annet ledd eller § 115 gjenstand for en nokså omfattende drøftelse. En oversikt over hva slags myndighetsoverføring det dreier seg om, er gitt i Høyesteretts plenumskjennelse HR-2021-417-P avsnitt 21–23. Regjeringen hadde i Prop. 4 S (2017–2018) side 27–28 lagt til grunn at det dreide seg om lite inngripende myndighetsoverføring. Dette var basert på uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling, som i et senere brev til Stortinget 27. februar 2018 utdypet og fastholdt dette standpunktet. I Innst. 178 S (2017–2018) sluttet et flertall seg til dette. Et mindretall bestående av medlemmene fra Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti gikk inn for at Stortingets samtykke måtte gis i medhold av § 115, og viste blant annet til jussprofessorer som hadde uttalt seg i denne retning til pressen. Mindretallet uttalte videre at eventuelle fremtidige utvidelser og endringer i regelverket kunne «utfordre spørsmålet om suverenitetsavståelse på nye måter, og på måter som dermed defineres som mer enn ‘lite inngripende’», se side 13. Det ble også vist til disse partienes tidligere kritikk av praktiseringen av læren om lite inngripende myndighetsoverføring.

Ved innlemmelsen av nye regler om *finansmarkedstilsyn* i EØS-avtalen ble prosedyren i Grunnloven § 115 fulgt. Myndighetsoverføringen bestod blant annet i at EFTAs overvåkningsorgan fikk myndighet til midlertidig å forby eller begrense visse typer finansvirksomhet, og til å ilegge tvangsmulkt og overtredelsesgebyr, jf. Prop. 100 S (2015–2016) side 59. Regjeringen anbefalte Stortinget å benytte prosedyren i § 115 fordi det dreide seg om mer enn bare lite inngripende myndighetsoverføring. Stortinget var enig

i dette, jf. Innst. 382 S (2015–2016). Det var likevel diskusjon om spørsmålet. Dels var det diskusjon om det overhodet gjaldt noe prinsipp om at lite inngripende myndighetsoverføring kan vedtas uten bruk av § 115 – Senterpartiet gjentok på side 3 i innstillingen sin tidligere avvisning av denne læren. Og dels var det diskusjon om den foreslåtte myndighetsoverføringen overhodet kunne hjemles i § 115, siden EFTAs overvåkningsorgans rolle, slik Senterpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Kristelig Folkeparti så det, i realiteten var innskrenket til å gjenta vedtak truffet av EU-organer, se side 8–9.

I 2019 fremmet regjeringen i Prop. 127 LS (2018–2019) forslag om samtykke til å ta inn i EØS-avtalen en *forordning om referanseverdier*. Dette er ulike indekser som brukes som referanseverdier for finansielle instrumenter og kontrakter eller for å måle resultatet i investeringsfond. Slike indekser forvaltes av egne foretak omtalt som «administratorer». Den aktuelle forordningen innebar at et av EUs finanstilsynsbyråer ville få myndighet til å trekke tilbake godkjenningen av administratorer lokalisert i land utenfor EØS, med den følge at disse administratorenes tjenester ikke lenger ville kunne benyttes av norske foretak. Dette ble i proposisjonen side 16 karakterisert som en indirekte overføring av myndighet til finanstilsynsbyrået som regjeringen anså å være lite inngripende. I Innst. 36 S (2019–2020) kommenterte ikke flertallet i finanskomiteen dette nærmere, men et mindretall bestående av representantene for Rødt og Senterpartiet uttalte at det «hverken er nødvendig eller akseptabelt at det igjen avstås suverenitet til EU og EUs finanstilsyn».

Basert på denne oversikten ser det for Høyesterett ut til at Grunnloven § 26 annet ledd har vært brukt 19 ganger til å samtykke i lite inngripende myndighetsoverføringer etter vedtakelsen av EØS-avtalen. I ytterligere én sak, om tilslutning til EUs ordning for finansmarkedstilsyn, ble Grunnloven § 115 brukt. I den saken og i den tredje EASA-saken ble det fra et mindretall gitt uttrykk for prinsipiell motstand mot at samtykke til myndighetsoverføring overhodet kunne skje med hjemmel i § 26 annet ledd. I fire andre saker, de to om Schengen-samarbeidet, i saken om ny personopplysningslov og i ACER-saken, synes uenigheten snarere å gjelde den konkrete vurderingen av om myndighetsoverføringen ville være lite inngripende. I to saker, om pediatriforordningen og om referanseverdiforordningen, uttalte mindretallet seg ikke om grunnlovsspørsmålet, men mente at myndighetsoverføringen uansett var uønsket. I de øvrige 12 sakene har et samlet Storting stått bak samtykkene til myndighetsoverføring i medhold av § 26 annet ledd.

3.8 Nærmere om overføring til EU-organer

Myndighetsoverføringene til EUs luftsikkerhetsbyrå EASA, til Det europeiske kjemikaliebyrået, til Kommisjonen i konkurransesaker og i forbindelse med resirkulering av plastemballasje og til EUs personvernråd skjedde til EU-organer. I de to første EASA-sakene og i sakene om kjemikaliebyrået og plastemballasje ble dette godtatt av et samlet Storting. Slik disse sakene ble presentert for Stortinget, reiste de imidlertid ikke spørsmål om byråenes eventuelle bruk av nytt EU-regelverk før det blir del av EØS-avtalen.

I Meld. St. 5 (2012–2013) om EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU, avgitt av regjeringen Stoltenberg II, ble bruken av Grunnloven § 26 annet ledd ved samtykke til lite inngripende myndighetsoverføring på side 44 omtalt som «sikker konstitusjonell praksis». Det ble imidlertid på side 45–46 pekt på at EUs økte bruk av byråer skapte «utfordringer for to-pilarsystemet i EØS-avtalen», det vil si systemet som går ut på at

myndighetsutøvelse overfor EFTA-landene innenfor EØS skjer gjennom EFTA-organer, ikke EU-organer. Videre ble det fremhevet at EUs ordninger ikke alltid lot seg innpasse i dette systemet, og at ressursmessige eller andre grunner kunne gjøre det lite naturlig å gi EFTAs overvåkningsorgan samme kompetanse som Kommisjonen. Regjeringen uttalte i denne forbindelse at et balansert og velfungerende samarbeid forutsatte «en pragmatisk tilnærming fra alle avtalepartene», og at den ville «vurdere hvilke konsekvenser fremveksten av EU-byråer og tilsyn har for deltakelse, prosesser og politikkutforming i Norge, og hvilken tilnærming som best kan ivareta norske interesser i arbeidet opp mot disse organene».

I Innst. 227 S (2012–2013), der Meld. St. 5 (2012–2013) ble behandlet, ble uttalelsen om bruk av Grunnloven § 26 annet ledd ved lite inngripende myndighetsoverføringer som «sikker konstitusjonell praksis» ikke kommentert nærmere. En samlet utenriks- og forsvarskomite tok imidlertid på side 10 opp EU-byråene og uttalte at de «representerer en viktig mulighet for Norge for deltakelse i samarbeidet», samtidig som den økte bruken av dem stilte EØS-samarbeidet «overfor noen prinsipielle utfordringer». Komiteen «merke[t] seg» at regjeringen ville se nærmere på konsekvensene av dette, og ba regjeringen «vurdere om det kan være grunnlag for en institusjonell løsning i tråd med to-pilar-systemet i EØS-avtalen».

3.9 *Nyere juridisk teori*

I nyere juridisk teori har det vært reist prinsipiell kritikk mot at Grunnloven § 26 annet ledd er blitt benyttet til å samtykke i lite inngripende myndighetsoverføring. Særlig har professor Eirik Holmøyvik vært kritisk i artiklene «Grunnlova § 93 og læra om 'lite inngripende' myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis» i Lov og Rett 2011 side 447–471 og «'Sikker konstitusjonell praksis'? Grunnlova og Noregs avtaler om suverenitetsoverføring», Nytt norsk tidsskrift 2013 side 117–125. Hans synspunkter om dette fremgår også av det innlegget som han sammen med professor Christoffer Conrad Eriksen har levert til Høyesterett i saken her.

Kritikken går i hovedtrekk ut på at et kriterium som «lite inngripende» er uheldig som vurderingsnorm for valg mellom ulike vedtaksformer. Det gjelder særlig fordi vurderingsmomentene som har vært brukt i praksis, til dels er sterkt skjønnspregede, og at det bare kreves alminnelig flertall i Stortinget for å avgjøre om det er nødvendig med kvalifisert flertall eller ikke for å treffe vedtaket. Dermed undergraves det mindretallsvernet som § 115 skal sikre. Videre advares det mot at læren kan brukes til å omgå vilkåret i § 115 om at Norge må være tilsluttet eller slutte seg til den organisasjonen som myndigheten overføres til. Det pekes også på at slik læren har vært praktisert, der man vurderer hver enkelt sak for seg, kan den føre til at man over tid får en kumulasjonseffekt i form av flere mindre myndighetsoverføringer som i sum hadde krevd vedtak etter § 115 eller grunnlovsendring dersom den hadde skjedd under ett.

Selv om Holmøyvik erkjenner at det etter hvert er langvarig praksis for bruk av § 26 annet ledd ved lite inngripende myndighetsoverføring, bestrider han at denne praksis kan være avgjørende: Ordlyden gir ikke noe holdepunkt for læren, og statspraksis og juridisk teori før 1962 gir ikke grunnlag for å innfortolke et generelt unntak for lite inngripende myndighetsoverføringer, hevdes det.

I artikkelen «Grunnloven § 1 og EU – med særlig vekt på implementeringen av vedtak truffet av EU-kommisjonen og EUs energibyrå ACER» i Lov og Rett 2018 side 170–190 synes også professor Peter Ørebech å stille seg kritisk til bruken av Grunnloven § 26 annet ledd ved samtykker til myndighetsoverføring, med vekt på kumulasjonseffekten.

Professor Tarjei Bekkedal har i artikkelen «Suverenitet og samarbeid – Grunnlovens skranker for delegasjon av statsmakt» i tidsskriftet Kritisk Juss 2016 side 3–37 kritisert læren om lite inngripende myndighetsoverføring blant annet fordi den etter hans mening er uten tydelig rettslig forankring, og fordi kriteriet er uklart og gir for mye makt til Justisdepartementets lovavdeling. Hovedbudskapet i artikkelen er imidlertid at Stortinget i vid utstrekning kan delegere myndighet til internasjonale organer gjennom alminnelig lovvedtak. Med en slik tilnærming blir læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring overflødig. I artikkelen «Suverenitet og homogenitet. Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (I)» i Lov og Rett 2018 side 131–157 argumenterer Bekkedal sammen med førstekonsulent Ingrid Hertzberg for norsk tilslutning til tilsynsordningen for finansmarkeder i EU på denne måten, uten bruk av Grunnloven § 115.

Læren har imidlertid også vært forsvart som gjeldende rett. I artikkelen «Læren om ‘lite inngripende’ myndighetsoverføring – statsrettslig selvbedrag eller fornuftig grunnlovstolkning» i Nytt norsk tidsskrift 2013 side 416–422 fremholdt daværende professor Fredrik Sejersted at læren er utviklet innenfor hva som er legitim statsrettslig metode, at læren har vært praktisert nokså restriktivt, og at den har gode grunner for seg – mange av sakene om myndighetsoverføring har i praksis langt mindre betydning enn mange andre saker Stortinget tar stilling til ved alminnelig flertall.

Også professor Per Stavang synes å akseptere læren om lite inngripende myndighetsoverføring som gjeldende rett, se artikkelen «EØS-avtalen, EØS-institusjonane og Grunnlova § 93» i Jussens Venner 1993 side 213–246.

3.10 Høyesteretts syn på om Grunnloven § 26 annet ledd er tilstrekkelig hjemmel til å samtykke i lite inngripende myndighetsoverføring

I saker der Høyesterett har tatt standpunkt til grunnlovsmessigheten av vedtak som Stortinget allerede har truffet, har Høyesterett lagt til grunn at prøvingsintensiteten vil variere avhengig av hva slags grunnlovsbestemmelse det dreier seg om. Dette kom først til uttrykk i plenumsdommen i Rt-1976-1 (Kløfta-saken), der Høyesterett på side 5–6 uttalte følgende:

«Det er imidlertid forskjellige oppfatninger av hvor meget det skal til for at domstolene skal sette en lov til side som grunnlovsstridig. Jeg finner ikke grunn til å uttale meg i sin alminnelighet om dette. Løsningen vil i noen grad avhenge av hvilke grunnlovsbestemmelser det er tale om. Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmakters arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg som førstvoterende i plenumssaken inntatt i Rt-1952-1089, særlig side 1098 (hvalavgiftssaken), at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.»

For Høyesterett er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette når Stortinget nå har bedt om Høyesteretts syn *før* et eventuelt vedtak. Ved besvarelsen må Høyesterett legge til grunn alminnelig juridisk metodelære. Her er det imidlertid vanlig å legge vekt på etablert praksis for hvordan det aktuelle spørsmål skal løses. Det gjelder også de øverste statsorganenes rettsforhold, jf. Skoghøy, Rett og rettsanvendelse, 2018 side 41 og side 209. I dette tilfellet vil det si Stortingets egen praksis.

Når det så gjelder Høyesteretts syn på om § 26 annet ledd kan brukes til å samtykke i lite inngripende myndighetsoverføringer, er utgangspunktet at ordlyden – som fremholdt i punkt 3.2 – ikke gir svar på spørsmålet. Men ordlyden stenger ikke for en slik forståelse av bestemmelsen.

Høyesterett konstaterer at det fra og med vedtakelsen av EØS-avtalen i 1992 har utviklet seg en relativt omfattende stortingspraksis som går ut på at lite inngripende myndighetsoverføring kan skje ved bruk av Grunnloven § 26 annet ledd. Det vises til punkt 3.6 og 3.7 ovenfor.

Som det fremgår av punkt 3.3 og 3.4, har denne praksis grunnlag i et utbredt syn i statsrettslig teori og på Stortinget både før og etter vedtakelsen av det som nå er § 115, om at § 26 annet ledd kunne benyttes til visse former for myndighetsoverføring.

Den rettspolitiske begrunnelsen ligger i at det bør være forholdsmessighet mellom sakens reelle betydning og valget mellom alminnelig og kvalifisert flertall.

Myndighetsoverføringer kan reelt sett være lite inngripende sett i forhold til mange folkerettslige forpliktelser som utvilsomt kan godtas med alminnelig flertall i medhold av § 26 annet ledd. Som eksempel på det siste kan nevnes forpliktelser som forutsetter lovendringer med store rettsvirkninger for private rettssubjekter.

Det har nok skjedd en utvikling i synet på hvor omfattende myndighetsoverføringen kan være før den ikke lenger er lite inngripende, sammenlignet med de nokså vage tankene man gjorde seg om bruken av § 26 annet ledd før vedtakelsen av daværende § 93 i 1962. Vedtakene har imidlertid vært basert på tilrådinger fra regjeringer med ulik partisammensetning, og de fleste sakene har vært vedtatt enstemmig og uten debatt om dette spørsmålet i Stortinget. Bruken av Grunnloven § 26 annet ledd har fra tid til annen vært kritisert, men sjelden på rent prinsipielt grunnlag – debatten har snarere gått ut på om man konkret stod overfor lite inngripende myndighetsoverføring. Det er ikke noe parti på Stortinget som konsekvent har motsatt seg å gi samtykke til myndighetsoverføringer i medhold av § 26 annet ledd med den begrunnelse at bestemmelsen ikke hjemler dette.

Slik Høyesterett ser det, må en slik praksis tillegges stor vekt når Grunnlovens ordlyd ikke gir noe klart svar på et spørsmål som gjelder de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse. Den praksis som foreligger, kan imidlertid ikke være ubetinget avgjørende, men må veies mot argumentene for en annen løsning.

De argumentene som har vært fremført *mot* læren om at lite inngripende myndighetsoverføring kan vedtas med alminnelig flertall, har også adskillig vekt: Når det skal tas stilling til om et vedtak kan treffes ved alminnelig flertall, eller om det kreves kvalifisert flertall, er det en fordel om kriteriet for valget er så lite skjønnspreget som mulig. Det forhindrer bruk av uriktig fremgangsmåte enten det er et alminnelig flertall som kan bestemme at det er tilstrekkelig, eller man hadde tenkt seg en form for

«mindretallsveto», der et mindretall kunne kreve kvalifisert flertall. Er kriteriene klare, unngår man tvil og diskusjon.

En regel som krevde kvalifisert flertall ved selv den minste myndighetsoverføring, uten å overlate noe til en vurdering av sakens reelle betydning, ville imidlertid kunne fremstå som svært formalistisk. I denne sammenheng har det også betydning at praksis har hatt bred tilslutning i Stortinget. Den er med andre ord ikke et utslag av at et alminnelig flertall bestående av bestemte politiske partier systematisk har benyttet § 26 annet ledd til å treffe vedtak som andre partier like konsekvent kunne og ville ha forhindret dersom det hadde vært nødvendig med kvalifisert flertall.

Et annet motargument som har vært fremme, er knyttet til det man kan kalle kumulasjonseffekten: Gjennom stadige myndighetsoverføringer som hver for seg anses som «lite inngripende», kan man til slutt stå overfor en myndighetsoverføring som, om den var blitt presentert under ett, ville ha krevd kvalifisert flertall.

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.

Så langt er det Høyesteretts syn at motargumentene ikke kan slå igjennom overfor den langvarige stortingspraksis som foreligger, med den øvrige rettskildemessige støtte som denne praksis har.

Som nevnt i punkt 3.1 er det et særlig aspekt ved saken om den fjerde jernbanepakken at myndighetsoverføringen ikke skjer til et EFTA-organ, men direkte til et EU-organ, nemlig EUs jernbanebyrå – European Union Agency for Railways, forkortet ERA. Spørsmålet er om samtykke etter § 26 annet ledd uansett er utilstrekkelig ved en slik myndighetsoverføring. Et argument for at bestemmelsen er utilstrekkelig, er at en slik overføring kan utgjøre en omgåelse av vilkåret i § 115 om at Norge må være tilsluttet den organisasjonen som det blir overført myndighet til.

Gitt at § 26 annet ledd nettopp gjelder de lite inngripende myndighetsoverføringene, er det imidlertid ikke samme behov for å stille vilkår om at Norge må være tilsluttet organisasjonen som det blir overført myndighet til, som når myndighetsoverføringen er mer omfattende.

Høyesterett peker også på at Stortinget tidligere har godtatt myndighetsoverføring direkte til Kommisjonen i konkurransesaker og i forbindelse med resirkulerbar plastemballasje, til EASA, til Det europeiske kjemikaliebyrået og til EUs personvernråd. Det foreligger altså stortingspraksis også for slik myndighetsoverføring. Selv om denne praksis ikke er særlig omfattende, og myndighetsoverføringen i konkurransesaker og den tredje myndighetsoverføringen til EASA ikke skjedde enstemmig, må også en slik praksis tillegges vekt.

I denne sammenheng har det videre betydning at utviklingen av faglig spesialiserte EU-byråer med overnasjonal kompetanse i EU, og de utfordringer dette skaper for to-pilarsystemet i EØS-samarbeidet, ble diskutert av Stortinget på generelt grunnlag i Innst. 227 S (2012–2013), se punkt 3.8 foran. Selv om en enstemmig stortingskomité der sluttet seg til regjeringens syn om at dette var en utfordring og ba regjeringen utrede om det var rom for løsninger i overensstemmelse med to-pilarsystemet, ga ingen uttrykk for at en slik myndighetsoverføring lå utenfor det som kunne godtas med hjemmel i Grunnloven § 26 annet ledd.

Høyesteretts konklusjon er etter dette at det ikke i seg selv kan anses å være i strid med Grunnloven å vedta myndighetsoverføringer til EU-organer med hjemmel i Grunnloven § 26 annet ledd. At myndighetsoverføringen skjer til en organisasjon som Norge ikke er medlem av, er imidlertid et moment som i en konkret vurdering kan tale mot at overføringen kan sies å være lite inngripende. Høyesterett kommer nærmere tilbake til dette i punkt 4 og, konkret for den fjerde jernbanepakken, i punkt 6.

4 Kriterier for å avgjøre om myndighetsoverføringen er lite inngripende

I praksis har det etter hvert utviklet seg et sett kriterier for å vurdere om en myndighetsoverføring er lite inngripende. Disse kriteriene fremgår særlig av ulike proposisjoner og uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling i de sakene som er nevnt i punkt 3.7. For så vidt som Stortinget har sluttet seg til vurderingene uten bemerkninger, må også Stortinget anses å ha basert sin praksis på disse kriteriene. Det samme gjelder saker der et mindretall har vært uenig i at myndighetsoverføringen var lite inngripende, uten å legge et alternativt sett med kriterier til grunn for vurderingen. Kriteriene er oppsummert slik i en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling 30. mai 2017, gjentatt i brev 25. august 2020 til Samferdselsdepartementet om fjerde jernbanepakke:

«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.»

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 og Eckhoff 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 i punkt 3.10 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 besluttede 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 på andre måter 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.

5 Nærmere om fjerde jernbanepakke

5.1 Oversikt

Gjennom tre jernbanepakker bestående av flere direktiver og forordninger, vedtatt i henholdsvis 2001, 2004 og 2007, har EU utviklet et relativt omfattende regelverk for jernbanesektoren. Regelverket består av tekniske og sikkerhetsmessige standarder, felles krav til kompetanse og bestemmelser om samtrafikkvegne, konkurranse, markedsadgang og passasjerrettigheter. Regelverket er i sin helhet tatt inn i EØS-avtalen.

EU vedtok i 2016 en fjerde jernbanepakke bestående av seks rettsakter (direktiver og forordninger). Alle rettsaktene er oppdaterte versjoner av tidligere rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett, jf. Prop. 101 LS (2019–2020) side 12–13, men fjerde jernbanepakke inneholder også flere endringer.

Et ankepunkt mot regelverket slik det fulgte av de tre første pakkene, var at foretak med flernasjonalt virksomhet, både jernbaneforetak og produsenter av jernbanemateriell, måtte forholde seg til ulike nasjonale sikkerhetsmyndigheter i parallelle prosesser. Prosessene kunne bli langvarige og til dels gi fastlåste situasjoner. For å avhjelpe disse problemene er derfor EUs jernbanebyrå ERA, som ble opprettet i 2004 i forbindelse med annen jernbanepakke, gitt utvidede oppgaver, se Prop. 101 LS (2019–2020) side 59. Det er disse

oppgavene som har ført til spørsmålet om myndighetsoverføring i forbindelse med fjerde jernbanepakke.

Samferdselsdepartementet har i sin gjennomgang av direktivene og forordningene i Prop. 101 LS (2019–2020) side 53–55 og side 57 identifisert fem tilfeller av myndighetsoverføring i fjerde jernbanepakke, jf. også brev fra Justisdepartementets lovavdeling 25. august 2020 til Samferdselsdepartementet:

- overføring av myndighet til ERA til å utstede, begrense og trekke tilbake såkalte felles sikkerhetsattestertifikater og adgang for ERA til å foreta besøk og inspeksjoner hos søker i forbindelse med søknadsprosessen for slike sertifikater, jf. direktiv (EU) 2016/798 (sikkerhetsdirektivet) artikkel 10 og forordning (EU) 2016/796 (ERA-forordningen) artikkel 14
- overføring av myndighet til ERA til å utstede, endre og trekke tilbake kjøretøyattestertifikater etter direktiv (EU) 2016/797 (samtrafikkdirektivet) artikkel 21 og 24 og ERA-forordningen artikkel 20 og 21
- innføring av en forhåndsgodkjennelsesprosedyre før anbudsinnbydelser for utstyr til et standardisert system for signalisering og trafikkstyring kalt ERTMS, etter samtrafikkdirektivet artikkel 19 nr. 2
- overføring av myndighet til EU-domstolen for overprøving av vedtak truffet av ERA, jf. ERA-forordningen artikkel 63
- ERAs myndighet til å treffe vedtak på bakgrunn av utfyllende regelverk som er vedtatt av Kommisjonen før dette regelverket er gjort til del av EØS-avtalen

Det dreier seg altså om myndighetsoverføring direkte til ERA og – for så vidt gjelder muligheten for at ERA vil bygge vedtaket på kommisjonsregelverk før dette er tatt inn i EØS-avtalen – indirekte til Kommisjonen. ERAs vedtak vil kunne prøves rettslig for EU-domstolen.

ERA er organisert som andre tilsvarende byråer i EU, med et styre og flere ulike arbeidsgrupper. Norge deltar i ERAs styre og arbeidsgrupper, men uten stemmerett. Dette er i tråd med fast praksis for norsk byrådeltakelse i EU. Samferdselsdepartementet har lagt til grunn at reglene i den nye ERA-forordningen ikke medfører noen endring i hvordan Norge vil være involvert i byråets arbeid, jf. Prop. 101 LS (2019–2020) side 56. Norske statsborgere skal videre kunne velges til leder eller medlem av et nyopprettet klageorgan på lik linje med EU-borgere. Her er altså Norge likestilt med EU-landene.

5.2 *Nærmere om sikkerhetsattestertifikater*

For at et jernbaneforetak skal få adgang til jernbaneinfrastrukturen i et EØS-land, kreves det at foretaket har fått et sikkerhetsattestertifikat som skal vise at jernbaneforetaket har et tilfredsstillende sikkerhetsstyringssystem og er i stand til å overholde de relevante sikkerhetsstandarder og -regler. Fjerde jernbanepakke innfører et felles europeisk sikkerhetsattestertifikat for jernbaneforetak, likevel slik at geografisk utstrekning er begrenset til det bruksområdet (de medlemslandene) jernbaneforetaket har oppgitt for

sikkerhetssertifikatet i søknaden, jf. sikkerhetsdirektivet artikkel 10 nr. 2. Felles sikkerhetssertifikater utstedes av ERA, som dermed overtar myndighet som tidligere lå hos nasjonale sikkerhetsmyndigheter. ERA vil altså treffe vedtak med direkte virkning i de aktuelle medlemslandene. Det følger av sikkerhetsdirektivets artikkel 10 nr. 5 at ERA i forbindelse med søknadsbehandlingen kan foreta besøk og inspeksjoner på jernbaneforetakets driftssteder, samt foreta revisjoner og be om utfyllende opplysninger. Det er imidlertid de nasjonale sikkerhetsmyndighetene som fører tilsyn med virksomhetene etter at sikkerhetssertifikatet er utstedt, jf. sikkerhetsdirektivets artikkel 17.

I de tilfellene hvor ERA har vedtaksmyndigheten, skal byrået samarbeide med de nasjonale sikkerhetsmyndighetene i de landene som tillatelsen omfatter, jf. sikkerhetsdirektivet artikkel 10 nr. 5 bokstav b. Dette gjelder særlig for å undersøke om det er samsvar med nasjonale regler som er relevante for vurderingen i den aktuelle saken. Bakgrunnen for dette er at medlemslandene fortsatt har adgang til å fastsette nasjonale regler innenfor rammene av sikkerhetsdirektivet artikkel 8. Samarbeidet mellom ERA og den enkelte nasjonale sikkerhetsmyndigheten skal forankres i egne samarbeidsavtaler, jf. ERA-forordningen artikkel 76. Saksbehandlingen hos byrået skal i betydelig grad også skje med bistand fra eksperter fra hele EØS-området.

Ønsker et foretak å bruke jernbanenettet bare i ett medlemsland, åpner direktivet for at søkeren kan velge mellom å be den nasjonale sikkerhetsmyndigheten i vedkommende land eller ERA om å utstede sikkerhetssertifikatet, jf. sikkerhetsdirektivets artikkel 10 nr. 8.

Det er bare ERA som kan begrense eller tilbakekalle et felles sikkerhetssertifikat som byrået har utstedt, jf. sikkerhetsdirektivet artikkel 17 nr. 5 og ERA-forordningen artikkel 14. Et slikt vedtak treffes etter anmodning fra den nasjonale tilsynsmyndigheten, jf. sikkerhetsdirektivet artikkel 17 nr. 5. Selv om nasjonale myndigheter ikke kan trekke tilbake eller begrense sikkerhetssertifikater utstedt av ERA, har nasjonale myndigheter mulighet til å treffe vedtak om midlertidig begrensning eller stans i virksomhet som anses å utgjøre en alvorlig sikkerhetsrisiko, jf. sikkerhetsdirektivet artikkel 17 nr. 6. Et slikt midlertidig vedtak kan ikke oppheves av ERA, men ERA skal underrettes og kan anmode den nasjonale myndigheten om å endre vedtaket dersom ERA mener det er uforholdsmessig. Det er likevel opp til den nasjonale myndigheten å avgjøre om den vil etterkomme anmodningen. Når et midlertidig vedtak har vart i tre måneder, og ERA fortsatt ikke etterkommer en anmodning fra den nasjonale sikkerhetsmyndighet om å tilbakekalle eller begrense det aktuelle sikkerhetssertifikatet, iverksettes den voldgiftsprosedyren som er nærmere omtalt i punkt 5.5 nedenfor. Vinner ERA frem med sitt syn her, skal det midlertidige vedtaket oppheves, jf. artikkel 17 nr. 5 annet ledd.

Så vidt Høyesterett forstår, kan ikke ERA ilegge norske virksomheter overtredelsesgebyrer eller reagere på overtredelser på andre måter enn ved å trekke tilbake tillatelser som er gitt. Det følger av sikkerhetsdirektivet artikkel 30 at medlemsstatene skal fastsette bestemmelser om sanksjoner ved brudd på nasjonale bestemmelser som gjennomfører direktivet. Det er foreslått at Statens jernbanetilsyn skal kunne ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på regelverket, og i prinsippet vil overtredelser av vilkår som følger av ERAs vedtak, kunne straffes etter jernbaneloven § 22.

5.3 Nærmere om kjøretøytillatelser

Etter det omarbeidede samtrafikkdirektivet er myndigheten til å utstede tillatelser for å bringe rullende jernbanemateriell i omsetning, og for å ta slikt materiell i bruk, langt på vei overført til ERA. Tillatelsene som ERA utsteder, vil også her ha gyldighet i alle EØS-stater, men være avgrenset til det angitte bruksområdet (ett eller flere medlemsland) i søknaden. Nasjonale sikkerhetsmyndigheter i berørte land involveres også her i søknadsprosessen.

Dersom anvendelsesområdet for kjøretøyet skal være begrenset til ett eller flere nett i samme land, følger det av direktivets artikkel 21 nr. 8 at søkeren kan be den nasjonale sikkerhetsmyndigheten i dette landet om å utstede kjøretøytillatelsen.

Det er bare den myndigheten som har utstedt en kjøretøytillatelse, som kan beslutte å tilbakekalle eller endre tillatelsen, se samtrafikkdirektivet artikkel 26. Dette innebærer at det bare er ERA som kan begrense eller tilbakekalle en EU-kjøretøytillatelse, likevel slik at den nasjonale sikkerhetsmyndigheten også her har mulighet til å treffe midlertidig vedtak ved alvorlig sikkerhetsrisiko etter de samme regler som gjelder for sikkerhetsattestifikater, jf. samtrafikkdirektivet artikkel 26 nr. 3.

5.4 Nærmere om forhåndsgodkjenning av spesifikasjoner for nye ERTMS-prosjekter

ERTMS står for European Rail Traffic Management System. Som nevnt er dette et standardisert system for signalisering og trafikkstyring. Det skal erstatte de mange ulike nasjonale systemene som har vært i bruk i Europa. Før en anbudskonkurranse for utvikling og installasjon av ERTMS-anlegg kan utlyses, skal ERTMS-spesifikasjonene i anbudsinnbydelsen kontrolleres og godkjennes av ERA for å sikre at spesifikasjonene fullt ut er i samsvar med de relevante tekniske spesifikasjoner for samtrafikkeveier (gjerne omtalt som TSI – Technical Specifications for Interoperability). Formålet er å sikre en harmonisert utbygging av ERTMS, jf. samtrafikkdirektivets forale punkt 47.

5.5 Opprettelse av et klageorgan

Etter ERA-forordningen artikkel 55 skal det opprettes et eget klageorgan for beslutninger truffet av ERA. Klageordningen opprettes etter mønster av den klageordningen som gjelder innenfor luftfarten gjennom EASA-forordningen (forordning (EU) 2018/1139 artikkel 108), jf. Prop. 101 LS (2019–2020) side 15. Ifølge de foreslåtte tilpasningene som fremgår av utkastet til EØS-komiteebeslutning, skal borgere i EFTA-statene i EØS kunne velges inn i klageorganet på samme vilkår som EU-borgere.

Klageorganet skal behandle klager fra søkerne over ERAs vedtak om felles sikkerhetsattestifikat eller kjøretøytillatelse. Også når ERA og nasjonale sikkerhetsmyndigheter ikke blir enige om anvendelse av nasjonale regler som er relevante i en sak som hører under ERA, kan den nasjonale sikkerhetsmyndigheten henvise saken til voldgift i klageorganet før ERA treffer endelig vedtak i saken, jf. sikkerhetsdirektivet artikkel 10 nr. 7 og samtrafikkdirektivet artikkel 21 nr. 7. En slik voldgift vil primært være aktuell der den nasjonale sikkerhetsmyndigheten mener de relevante nasjonale kravene ikke er oppfylt, og byrået er uenig i dette, jf. Prop. 101 LS (2019–2020) side 16. ERA vil

være forpliktet til å treffe et endelig vedtak i tråd med beslutningen som klageorganet kommer til i voldgiftssaken, jf. sikkerhetsdirektivet artikkel 10 nr. 7 og samtrafikkdirektivet artikkel 21 nr. 7. Hvis klageorganet er enig i den nasjonale myndighetens negative vurdering, skal tillatelsen eller sikkerhetssertifikatet som ERA utsteder, ikke omfatte den delen av jernbanenettet som har fått den negative vurderingen.

Som nevnt kan også uenighet mellom ERA og den nasjonale sikkerhetsmyndigheten om det er grunnlag for å trekke tilbake eller begrense et felles sikkerhetssertifikat eller en kjøretøytillatelse utstedt av ERA, henvises til klageorganet.

I henhold til samtrafikkdirektivet artikkel 19 nr. 5 skal klageorganet videre behandle klager over ERAs beslutninger i saker om forhåndsgodkjenning av ERTMS-spesifikasjoner.

Når den nasjonale sikkerhetsmyndigheten treffer vedtak om tildeling av sikkerhetssertifikat eller kjøretøytillatelse, kan ERA eller klageorganet ikke overprøve avgjørelsen.

5.6 Gebyrer og avgifter

Det følger av den nye ERA-forordningen artikkel 80 at ERA kan kreve inn gebyrer og avgifter for å dekke de samlede kostnadene ved de tjenestene byrået yter.

5.7 EU-domstolen

Vedtak truffet av ERA kan bringes inn for EU-domstolen av den som vedtaket formelt er rettet til, eller som det angår «direkte og personlig», jf. artikkel 263 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV). ERA-forordningen artikkel 63 krever at saken først skal ha vært behandlet av klageorganet. ERAs vedtak kan ikke overprøves av nasjonale domstoler.

5.8 Nærmere om Kommisjonens kompetanse

I Prop. 101 LS (2019–2020) side 57 er det gitt uttrykk for at «[d]et kan tenkes at ERA vil treffe vedtak basert på regler som er vedtatt av Kommisjonen, før disse reglene er tatt inn i EØS-avtalen», og at dette «har et element av myndighetsoverføring i seg». Høyesterett forstår proposisjonen slik at det i praksis særlig siktes til fastsettelse av felles sikkerhetsmetoder i henhold til delegasjonsbestemmelsene i sikkerhetsdirektivet artikkel 6 og tekniske spesifikasjoner for interoperabilitet i henhold til de tilsvarende bestemmelsene i samtrafikkdirektivet artikkel 5. Adgangen til å delegere slik lovgivningsmyndighet – i norsk sammenheng snarere forskriftsmyndighet – til Kommisjonen følger av artikkel 290 i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, der det heter at Kommisjonen kan gis myndighet til å gi regler som «supplerer eller ændrer visse ikke-vesentlige bestemmelser i den lovgivningsmessige retsakt».

Sikkerhetsdirektivet artikkel 6 omtaler felles sikkerhetsmetoder som beskrivelser av hvordan sikkerhetsnivåer, samt oppfyllelse av sikkerhetsmål og andre sikkerhetskrav, skal vurderes. Tekniske spesifikasjoner for interoperabilitet er ifølge samtrafikkdirektivet artikkel 2 nr. 11 jf. nr. 9 spesifikasjoner til oppfyllelse av de «vesentlige krav» som er

fastsatt i direktivets bilag III om slikt som sikkerhet, teknisk kompatibilitet, universell utforming av infrastruktur mv. I innlegget til Høyesterett fra Holmøyvik og Eriksen vises det også til sikkerhetsdirektivet artikkel 7 om fastsettelse av «felles sikkerhetsmål». Dette er ifølge direktivets artikkel 3 nr. 5 minimumssikkerhetsnivåer for jernbanesystemet i EU som helhet og «om mulig» for de ulike delene av systemet, som «systemet for» konvensjonelle tog, høyhastighetstog, lange tunneller mv. Hvilken betydning dette i praksis har for de vedtakene ERA treffer om sikkerhetssertifikater og kjøretøytillatelser, om noen, er ikke omtalt i proposisjonen. Høyesterett konstaterer at det dreier seg om minimumskrav, og at artikkel 7 nr. 7 overlater til medlemslandene å fastsette krav som «i det minste» skal oppfylle disse minimumskravene innenfor fastsatte frister.

6 Høyesteretts syn på om Grunnloven § 26 annet ledd gir hjemmel for samtykke til å ta fjerde jernbanepakke inn i EØS-avtalen

Som tidligere nevnt er det særlig følgende momenter som har vært vektlagt ved vurderingen av om man står overfor lite inngripende myndighetsoverføring: Arten og omfanget av den myndighet som overføres, om den er basert på gjensidig og likeverdig deltakelse, om norske myndigheter kan avbøte mulige uheldige virkninger av myndighetsoverdragelsen, og arten av de samfunnsmessige og politiske interessene som berøres. Høyesterett anvender de samme momentene i vurderingen her.

Når det gjelder *arten av myndighetsoverføring*, er det overføringen av vedtaksmyndighet til ERA som fremstår som det sentrale i saken. Utstedelse og tilbakekall av sikkerhetssertifikater og kjøretøytillatelser samt forhåndsgodkjenning av spesifikasjonene i anbudsinnbydelse for ERTMS-utstyr vil man i norsk rett karakterisere som utøvelse av forvaltningsmyndighet. Det samme kan sies om ERAs adgang til inspeksjoner i forbindelse med søknadsbehandling og til å kreve gebyr for saksbehandlingen.

Som nevnt i punkt 5.8 er det i proposisjonen opplyst at ERA kan komme til å treffe vedtak med hjemmel i regelverk fastsatt av Kommisjonen før dette regelverket er gjort til del av EØS-avtalen. Justisdepartementets lovavdeling har i brev til Samferdselsdepartementet 25. august 2020 side 5, uttalt at det «i så fall [er] nærliggende å tale om en form for overføring av lovgivende myndighet (forskriftsmyndighet)». I brev til Stortingets transport- og kommunikasjonskomité 5. oktober 2020 har samferdselsministeren gitt uttrykk for at det er «naturlig å se dette som en del av den forvaltningsmessige overføringen av myndighet til byrået i de sakene der Statens jernbanetilsyn i dag treffer vedtak». Uansett er det sentrale her muligheten for at regelverk kan bli gjort gjeldende i Norge gjennom ERAs vedtak før regelverket er blitt del av EØS-avtalen. Muligheten for at Kommisjonens lovgivningsmyndighet kan få slik virkning, taler i utgangspunktet mot å anse myndighetsoverføringen for lite inngripende, men det må også her foretas en nærmere vurdering av de reelle samfunnsmessige virkningene dette kan ha.

EU-domstolens kompetanse til å overprøve vedtak truffet av EU-organet ERA er avledet av den vedtaksmyndigheten som overføres til ERA. Det samme gjelder kompetansen til den klagenemnden som er opprettet, og som også vil kunne opptre som voldgiftsorgan i visse tvister mellom ERA og nasjonale jernbanesikkerhetsmyndigheter. At vedtak truffet av ERA skulle kunne overprøves av nasjonale domstoler, er formodentlig helt uaktuelt. Vedtak som i dag treffes av norske jernbanemyndigheter, og som kan overprøves av norske

domstoler, vil altså i fremtiden bli truffet av ERA med overprøving for EU-domstolen. Noen overføring av domsmyndighet ut over dette foreligger ikke.

Som nevnt under punkt 5.2 er det meningen at overtredelse av vilkår fastsatt av ERA skal kunne sanksjoneres etter jernbaneloven. Det kan sies å følge av den alminnelige lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 at norske myndigheter må gripe inn overfor virksomheter som bryter ERAs vedtak på samme måte som man griper inn ved tilsvarende brudd på vedtak truffet av norske myndigheter. Tilsvarende vil formodentlig gjelde nokså generelt ved overføring av forvaltningsmyndighet til internasjonale organer i den grad disse organene ikke selv skal stå for håndhevelsen. Dette må dermed regnes som en nokså regulær følge av overføring av forvaltningsmyndighet.

Straffebestemmelsen i jernbaneloven § 22 gjelder for øvrig overtredelse av vilkår gitt i eller med hjemmel i loven. Vilkår fastsatt med hjemmel i EU-regelverk som ikke er gjennomført i norsk rett, kan vanskelig sies å være gitt med hjemmel i loven. Overtredelse av slike vilkår kan dermed ikke straffes i Norge.

At det i hovedsak dreier seg om overføring av forvaltningsmyndighet som skal utøves etter faglig avgrensede kriterier, taler for at overføringen må anses som lite inngripende. Muligheten for ERA-vedtak i henhold til kommisjonsregelverk som ennå ikke er blitt del av EØS-avtalen, taler i motsatt retning.

Høyesterett nevner i denne forbindelse at Nei til EU i sitt innlegg til Høyesterett synes å forutsette at dersom EU vedtar endringer i selve det grunnleggende sikkerhetsdirektivet, vedtatt av Europaparlamentet og Rådet, vil også dette nye direktivet bli anvendt av ERA med virkning for Norge uten å vente på at direktivene gjøres til del av EØS-avtalen. Høyesterett legger imidlertid til grunn at et samtykke til å ta den fjerde jernbanepakken inn i EØS-avtalen er avgrenset til å gjelde den myndighetsoverføring som følger av de grunnleggende rettsaktene, blant annet sikkerhetsdirektivet, slik disse nå lyder og innenfor de materielle grensene de setter. En anvendelse av slike nye rettsakter fra ERAs side før de er gjort til del av EØS-avtalen, vil følgelig ikke ha direkte virkning i Norge uten et eventuelt nytt stortingsvedtak.

Det sentrale i saken med hensyn til *gjensidig og likeverdig deltakelse* er at myndighetsoverføringen skjer til et EU-organ, med domstolkontroll av et annet EU-organ, og ikke til et organ i en organisasjon som Norge er tilsluttet, som EFTA eller samarbeidsorganene på EØS-nivå. Norge har rett nok en representant i ERAs styre, og det deltar norske representanter i ERAs ulike arbeidsgrupper, men de har ikke stemmerett, i motsetning til representantene for EU-landene. Dette taler mot å anse myndighetsoverføringen som lite inngripende. I et utpreget fagorgan som ERA vil imidlertid adgangen til å gjøre sitt syn gjeldende på linje med øvrige deltakere kunne ha stor betydning i praksis. Norske statsborgere skal videre kunne velges til leder eller medlem av klageorganet på lik linje med EU-borgere. I klageorganet har altså Norge samme rett til deltakelse som EU-landene.

Når det gjelder muligheten til å *avbøte uheldige virkninger* av myndighetsoverføringen, måtte vel de uheldige virkningene i dette tilfellet bestå i at ERA traff vedtak som norske sikkerhetsmyndigheter ville være uenige i, enten de gikk i retning av å være for strenge eller for milde. Men også i denne sammenheng er det naturlig å trekke frem norsk ekspertdeltakelse i beslutningsprosessene – ERAs vedtak treffes ikke uten kjennskap til

norske myndigheters syn på saken. Mer sentralt er likevel den muligheten nasjonale myndigheter har til å treffe vedtak om midlertidig begrensning eller stans i virksomheter som anses å utgjøre en alvorlig sikkerhetsrisiko, se punkt 5.2 foran. I Prop. 101 LS (2019–2020) side 17 heter det om situasjonen dersom det er ERA, ikke den nasjonale sikkerhetsmyndigheten, som vinner frem med sitt syn i voldgiftssaken:

«Direktivet beskriver ikke nærmere hva som skjer etter en slik suspensjon av de nasjonale sikkerhetstiltakene. Driften som da vil foregå må i så fall være gjenstand for ordinære tilsynsaktiviteter fra nasjonale myndigheter, som da må vurdere på nytt ut fra de konkrete omstendighetene om virksomheten drives på en sikker måte.»

Høyesterett antar for sin del at det ville kunne være illojalt av norske myndigheter å gjeninnføre midlertidige sikkerhetstiltak på et grunnlag som man ikke har vunnet frem med i voldgiftsnemnden. På den annen side kan foretaket som sikkerhetstiltaket var rettet mot, ikke deretter være vernet mot fortsatt tilsyn fra norske myndigheter, som må kunne gripe inn på nytt dersom de relevante omstendighetene endrer seg.

Det er naturlig å se spørsmålet om myndighetsoverføringens *omfang* i sammenheng med spørsmålet om *arten av de samfunnsmessige og politiske interessene som er berørt*. Etter Høyesteretts syn er det disse momentene som må veie tyngst i vurderingen av om myndighetsoverføringen kan anses som lite inngripende.

Myndighetsoverføringen gjelder primært utstedelse av sikkerhets sertifikater og kjøretøytillatelser for jernbanevirksomhet. For sikkerhets sertifikater gjelder myndighetsoverføringen utstedelse til jernbaneforetak som driver slik virksomhet i Norge og andre land, eventuelt bare i Norge dersom disse foretakene ønsker sikkerhets sertifikat fra ERA. Kjøretøytillatelser utstedes først og fremst til produsenter av rullende jernbanemateriell, men også til jernbaneforetak, kjøretøyeiere og visse andre. Også her er det imidlertid mulig bare å be om norsk tillatelse, dersom virksomheten utelukkende skal drives på ett eller flere nett i Norge. Det dreier seg altså om en bestemt type tillatelse som er nødvendig, men ikke tilstrekkelig, for å drive jernbanevirksomhet, med i praksis et nokså avgrenset antall foretak som mulige adressater for vedtakene. Dette er til dels foretak som uansett vil være avhengige av slike tillatelser utstedt av ERA for sin virksomhet i andre land.

Jernbanevirksomhet har utvilsomt stor samfunnsmessig betydning, og sikkerhets sertifikater og kjøretøytillatelser vil være en nødvendig forutsetning for at et foretak skal kunne drive jernbanevirksomhet i Norge. Så vidt Høyesterett kan forstå, dreier det seg imidlertid – som nevnt – om tillatelser truffet på grunnlag av regelverk som uansett langt på vei allerede er harmonisert i EØS, og disse vedtakene blir truffet på et jernbanefaglig snarere enn et politisk betont grunnlag. Norske jernbanemyndigheter vil fortsatt stå for det daglige tilsynet med at regler og vilkår overholdes.

Rett til å tilby jernbanetjenester på nærmere bestemte strekninger er et annet spørsmål, slik Høyesterett forstår det. Sikkerhets sertifikater utstedt av ERA innebærer ikke noen automatisk rett til å tilby slike tjenester på det norske jernbanenettverket. Manglende sertifikat vil riktignok hindre slik virksomhet, men dersom foretaket bare skal drive virksomhet i Norge, vil det som nevnt kunne be om godkjenning fra norske myndigheter i stedet for ERA.

Muligheten for at ERA kan komme til å treffe vedtak med hjemmel i regelverk fastsatt av Kommisjonen før dette regelverket er gjort til del av EØS-avtalen, knytter seg, så langt Høyesterett kan se, til detaljert teknisk regelverk som på begrenset måte utfyller mer generelt utformede regler som vil være del av EØS-avtalen, og som allerede i dag i stor grad er harmonisert gjennom tidligere jernbanepakker. Denne type regler ville utvilsomt ha blitt fastsatt på forskriftsnivå innenfor norsk forvaltningstradisjon – og det gjelder trolig langt på vei også de mer generelt utformede reglene det er tale om. De samfunnsmessige konsekvensene i Norge av muligheten for at ERA treffer vedtak med direkte virkning for Norge basert på slike kommisjonsregler før de tas inn i EØS-avtalen, synes ikke å være store.

I regjeringsadvokatens innlegg til Høyesterett er det opplyst at det norske ERTMS-prosjektet, som drives av Bane NOR, har kommet så langt at det ikke lenger er aktuelt med ERAs forhåndsgodkjenning. Det kan likevel ikke utelukkes at senere endringer i prosjektet kan medføre krav om nye godkjenninger. Det er uansett tale om utpreget faglige vurderinger på et smalt saksområde.

Slik det *samlet fremstår* for Høyesterett, er omfanget av myndighetsoverføringen begrenset, og de samfunnsmessige og politiske interessene som er berørt av de vedtakene som ERA får kompetanse til å treffe, fremstår ikke som sentrale. Som nevnt vil foretak som bare skal drive virksomhet i Norge, fortsatt kunne velge norske tillatelser. Foretak med grenseoverskridende virksomhet vil i praksis uansett måtte innhente tillatelser fra ERA. Høyesterett antar at det ikke er aktuelt for norske jernbanesikkerhetsmyndigheter å la sikkerhetshensyn bli overstyrt av andre mer politiske betonte hensyn. Regelverket som skal anvendes, er i stor grad allerede harmonisert på EØS-nivå.

Slik sett er det reelt sett nærliggende å sammenligne myndighetsoverføringen i denne saken med myndighetsoverføringen som har funnet sted til EASA.

7 Konklusjon

Høyesterett konkluderer etter dette med at Stortinget kan gi sitt samtykke til innlemmelse av fjerde jernbanepakke i EØS-avtalen med hjemmel i Grunnloven § 26 annet ledd.

Betenkningen er enstemmig.

Toril Marie Øie
(sign.)

Magnus Matningsdal
(sign.)

Jens Edvin A. Skoghøy
(sign.)

Hilde Indreberg
(sign.)

Bergljot Webster
(sign.)

Wilhelm Matheson
(sign.)

Aage Thor Falkanger
(sign.)

Kristin Normann
(sign.)

Ragnhild Noer
(sign.)

Henrik Bull
(sign.)

Knut H. Kallerud
(sign.)

Per Erik Bergsjø
(sign.)

Arne Ringnes
(sign.)

Wenche Elizabeth Arntzen
(sign.)

Ingvald Falch
(sign.)

Espen Bergh
(sign.)

Cecilie Østensen Berglund
(sign.)

Erik Thyness
(sign.)

Kine Steinsvik
(sign.)