

REGJERINGSADVOKATEN

Høyesterett
Postboks 8016 Dep
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref

2020-1087 FSE/KBE/LMJ

Dato

29.01.2021

BETENKNING ETTER GRUNNLOVEN § 83 – FJERDE JERNBANEPAKKE

1 HOVEDTREKK

Det vises til Stortingets vedtak av 17. desember 2020 om å innhente Høyesteretts betenkning etter Grunnloven § 83, samt Høyesteretts beslutning om at interesserte kan inngi skriftlig innlegg i saken etter mønster fra bestemmelsen i tvisteloven § 15-8.

Anmodningen om en rådgivende juridisk betenkning er rettet fra Stortinget til Høyesterett. Samtidig gjelder den et konstitusjonelt spørsmål som også er av stor betydning for den utøvende makt, både generelt og i den aktuelle saken. På denne bakgrunn anses det hensiktsmessig og naturlig at den utøvende makt gir uttrykk for sitt syn. Innlegget inngis på vegne av regjeringen som klient, og er utarbeidet i samråd med de berørte fagdepartementene i saken – Samferdselsdepartementet, Justis- og beredskapsdepartementet og Utenriksdepartementet.

Grunnlovens § 26 første ledd legger myndigheten til å inngå traktater til Kongen i statsråd. I visse tilfeller må imidlertid Stortinget samtykke til inngåelse av folkerettslige forpliktelser på Norges vegne. Etter § 26 annet ledd kan traktater om saker av «særlig stor viktighet» først bli bindende etter at Stortinget har gitt sitt samtykke. Det må som utgangspunkt være tale om forpliktelser av folkerettslig karakter. Dersom en traktat innebærer formell overføring av myndighet som etter Grunnloven tilligger norske statsmakter, er det imidlertid gjennom langvarig og sikker konstitusjonell praksis lagt til grunn at § 26 annet ledd kan brukes så lenge myndighetsoverføringen er «lite inngripende». Dersom det er tale om overføring av myndighet utover dette, kan det bare skje etter prosedyren i § 115 eller ved grunnlovsendring etter § 121.

Det er Stortinget selv som innenfor Grunnlovens rammer beslutter om samtykke skal gis etter § 26 annet ledd. I prinsippet er dette en intern beslutning på Stortinget. I saker som kan reise spørsmål om myndighetsoverføring, er det samtidig vanlig at regjeringen i proposisjonen gir sitt syn på dette, på bakgrunn av en nærmere konstitusjonell vurdering.

Det ble også gjort i denne saken. I Prop. 101 LS (2019-2020) av 7. mai 2020 er det på s. 53-58 grundig redegjort for «Forholdet til Grunnloven», og etter en konkret helhetsvurdering ble det der konkludert med at Stortinget etter regjeringens syn vil kunne gi sitt samtykke i denne saken

REGJERINGSADVOKATEN

etter § 26 annet ledd.¹ Etter at det hadde vært offentlig debatt om spørsmålet, ble dette formelt forelagt for Lovavdelingen, som i en uttalelse av 25. august 2020 kom til samme konklusjon.²

Disse to vurderingene, av 7. mai og 25. august 2020, supplert med statsrådets svar på spørsmål fra komiteen,³ er fortsatt uttrykk for regjeringens syn på det spørsmålet som Stortingets flertall nå har besluttet å forelegge for Høyesterett. Det har ikke fremkommet ytterligere rettslige eller faktiske momenter som tilsier en annen konklusjon.

Det er følgelig fortsatt regjeringens syn at det er innenfor Stortingets konstitusjonelle handlingsrom, og i tråd med Grunnlovens rammer, slik de følger av langvarig og etablert statsrettslig praksis, å gi sitt samtykke i denne saken etter § 26 annet ledd.

For Høyesterett vil vi derfor vise til drøftelsene i Prop. 101 LS (2019-2020), særlig s. 53-58, og Lovavdelingens uttalelse av 25. mai 2020, og be om at disse inngår i sakens dokumenter og legges til grunn som uttrykk for regjeringens syn på de spørsmål som nå skal betenkes.

Det følgende er derfor kun ment som en utdyping og supplering av de rettsspørsmål som saken reiser, i lys av at dette nå skal betenkes av Høyesterett.

For Høyesteretts vurdering vil det være av interesse å gå gjennom de kriterier som gjennom praksis er lagt til grunn for å vurdere hvilken myndighetsoverføring Stortinget kan samtykke til etter Grunnloven § 26 annet ledd. Det er dette som gjerne omtales som læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring, og som etter regjeringens syn følger av gjeldende rett som en tolking av § 26 annet ledd og § 115. Rettskildemessig er læren først og fremst forankret i langvarig stortingspraksis, som samtlige Storting over lang tid har lagt til grunn – ofte enstemmig eller med bredt flertall. I den forbindelse har Stortinget bygget på vurderinger i samtykkeproposisjoner fremlagt av skiftende regjeringer, og i mange av sakene er det også innhentet uttalelser fra Lovavdelingen.

Selv om det i de senere år har vært en rekke saker der spørsmålet om rekkevidden av § 26 annet ledd, og grensen mot § 115, har vært oppe til vurdering, har de rettslige spørsmålene dette reiser så langt ikke vært vurdert av domstolene i noen konkret sak.

Som bakgrunn for sin vurdering, er det viktig at Høyesterett har oversikt over det betydelige rettskildematerialet som foreligger, både om tolkingen av §§ 26 annet ledd og 115 generelt, og om den nærmere grensedragningen mellom dem, samt også den øvre grense for hva det kan gis samtykke til etter § 115, og hva som vil kreve grunnlovsendring. Vi har derfor tillatt oss å sette sammen en materialsamling med de viktigste rettskildene, som følger som vedlegg.

I det følgende skal vi først under avsnitt 2 gi noen merknader til de rammer som Grunnloven § 83 setter for Høyesteretts svar på en anmodning om en rådgivende juridisk betenkning. Under punkt 3 gjennomgås deretter tolkingen av § 26 annet ledd, med særlig vekt på læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring.

Under punkt 4 gjennomgås så hovedpunktene for hvorfor de to beslutningene i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2012/34/EU om et felles europeisk jernbaneområde og rettsaktene som utgjør fjerde jernbanepakke etter regjeringens syn ikke innebærer større elementer av myndighetsoverføring enn at det bør være klart innenfor Stortingets konstitusjonelle handlingsrom å gi sitt samtykke etter § 26 annet ledd.

¹ Se vår vedlagte materialsamling (M) s. 186 flg.

² M s. 370.

³ Se svar på spørsmål 1, 3, 4 (M s. 364), 7 (M s. 381), 8-10 (M s. 383) og 11 (M s. 388)

2 RAMMENE FOR BRUK AV GRUNNLOVEN § 83

Etter Grunnloven § 83 kan Stortinget «innhente Høyesteretts betenkning om juridiske emner». Bestemmelsen går tilbake til 1814, men har bare vært brukt et fåtall ganger, og bare to ganger siden 1800-tallet, senest i 1945, i en svært spesiell sak. Selv om ordlyden og eldre praksis gir en viss veiledning, er dette likevel begrenset, og det betyr at Høyesterett må anses for å stå relativt fritt med hensyn til hvordan en anmodning håndteres og besvares.

Når Stortinget har besluttet å innhente en juridisk betenkning fra Høyesterett, må det antas at Høyesterett har plikt til å avgi dette. Samtidig må Høyesterett innenfor rammene av § 83 stå fritt hva gjelder innhold og konklusjon, og det samme må gjelde prosess, format, lengde og karakter.

Sammenlignet med de dommer og kjennelser som Høyesterett ellers avgir, er en betenkning etter § 83 av en annen karakter, slik komiteen også har lagt til grunn i denne saken. Det er for det første antatt at den kun vil være *rådgivende*, og ikke formelt bindende, hverken for Stortinget selv eller for andre rettsanvendere. For det andre kan den, som i dette tilfelle, brukes til å innhente en *forhånds vurdering*, før Stortinget selv treffer vedtak – i motsetning til den etterhåndskontroll som ellers er domstolenes oppgave.

Det Stortinget kan be om etter § 83 er en «betenkning om juridiske emner» (på nynorsk en «utgreiing»). Ordlyden kan tyde på at det kun er *jussen* Høyesterett kan og bør gi sitt syn på, ikke en eventuell bevisvurdering og subsumsjon. I flere av de eldre sakene har Stortinget riktignok bedt om svar på konkrete spørsmål, og dette er gitt. Men det synes i hovedsak å være saker med et begrenset faktum, der dette ikke har budt på særlige utfordringer.

På denne bakgrunn kan det neppe antas at ordlyden i § 83 stenger for en rådgivende betenkning som også uttaler seg om hvordan reglene bør anvendes på et bestemt sakskompleks. Men dette kan samtidig ikke være noe Høyesterett er forpliktet til. For det første er det både praktiske og prinsipielle utfordringer dersom Høyesterett skal foreta en konkret vurdering og subsumsjon i en betenkning som etter sin art kun er rådgivende, og dette vil også kunne reise vanskelige spørsmål dersom det samme sakskomplekset senere skulle komme opp for domstolene. For det andre vil en prosess etter § 83, direkte for Høyesterett, og uansett hvordan den legges opp, være dårligere egnet til å avklare og vurdere faktum enn en vanlig rettsprosess, som starter i første instans, og følger prosessrettens regler om bevisførsel og kontradiksjon. Det gjelder særlig i omfattende og omstridte spørsmål.

Det *rettsspørsmålet* anmodningen reiser, gjelder stortingsflertallets kompetanse etter Grunnloven § 26 annet ledd til å samtykke til inngåelse av folkerettslige forpliktelser, og grensen mot prosedyren i § 115 eller grunnlovsendring etter § 121.

Dette er et sentralt konstitusjonelt spørsmål, av rettslig karakter. Samtidig tilhører det den *institusjonelle* statsretten. Det er heller ikke tale om at Stortinget selv skal utøve primær beslutningskompetanse, men om samtykke til en beslutning som etter § 26 første ledd tilligger Kongen i statsråd. Slik sett gjelder dette forholdet mellom den utøvende og den lovgivende makt. Videre er det tale om et valg mellom prosedyrer internt på Stortinget – § 26 annet ledd, § 115 eller § 121. Grensen mellom prosedyrene fungerer også indirekte som et parlamentarisk mindretallsvern, men det er ikke regler som i seg selv gir borgerne noe direkte vern eller rettskrav. Det er Stortinget selv som må treffe beslutningen, og som står ansvarlig for den.

REGJERINGSADVOKATEN

I prinsippet kan man i konkrete saker tenke seg etterfølgende domstolskontroll med anvendelsen av slike samtykkevedtak, men det har så langt ikke kommet opp i praksis.⁴ Dersom det skulle skje, må det antas at stortingsflertallets eget syn på rekkevidden av sin kompetanse etter § 26 annet ledd må tillegges betydelig vekt, i tråd blant annet med den tredelingslæren som Høyesterett har utviklet ved vurderingen av grunnlovsmessigheten av stortingsvedtak, og som fikk tilslutning fra Stortinget som grunnlovsgiver ved vedtagelsen av § 89.

I tidligere saker om rekkevidden av § 26 annet ledd har Stortinget ved flere anledninger påpekt at det selv må avgjøre denne, og i flere av sine uttalelser har Lovavdelingen uttrykkelig fremhevet at flertallets syn må tillegges betydelig vekt, som vist nedenfor i avsnitt 3.

I denne saken er det med andre ord tale om en betenkning om et juridisk emne som etter sin art hører under den institusjonelle statsretten, og der det bes om en rådgivende forhåndsuttalelse om et rettsspørsmål der Stortingets eget syn i seg selv må antas å ha betydelig vekt. Dette gir en spesiell ramme, sammenlignet med andre mer ordinære rettsspørsmål. Videre er det i denne saken tale om et omfattende faktum, av til dels omstridt karakter.

Selv om det i anmodningen fra Stortinget er bedt om svar på et konkret spørsmål, antar vi derfor at Høyesterett selv må vurdere hvor langt det er mulig og hensiktsmessig å besvare dette innenfor de rammer som § 83 setter.

Et mulig alternativ er at Høyesterett nøyer seg med å trekke opp de rettslige rammene (avklarer de «juridiske emner»), men overlater den konkrete vurderingen til Stortinget selv. I så fall vil det kunne hentes inspirasjon fra andre domstoler som har blant sine faste oppgaver å avgi rådgivende uttalelser, der man nøyer seg med å avklare jussen, men uten å foreta noen bevisvurdering eller subsumsjon.

Hva gjelder formatet på betenkningen, kan Høyesterett vurdere å hente inspirasjon fra forrige gang § 83 ble brukt, i 1945, da man avklarte et stort og prinsipielt meget viktig konstitusjonelt spørsmål på en konsis og samtidig dekkende måte.

Prosedyren etter § 83 er særegen, og vi er ikke kjent med noen andre gjeldende konstitusjoner som har tilsvarende. Et stykke på vei kan den sammenlignes med den funksjonen som enkelte konstitusjonsdomstoler har, der parlamentarikerne kan be om forhåndsvurderinger av konstitusjonelle spørsmål. Men det er også mange forskjeller. I Norden er det ingen direkte parallell. Det nærmeste er det svenske Lagrådet, som er regulert i Regeringsformen (RF) 8 kap, 20-22 §, og som er en ordning der Riksdagen innhenter forhåndsvurderinger («yttrande») om konstitusjonelle spørsmål m.m. fra et eget «råd» bestående av dommere fra Högsta domstolen og Högsta förvaltningsdomstolen. Dette er en etablert ordning, som inngår som en fast integrert del av svensk statskikk, og som brukes løpende, herunder også i saker om samme type problemstilling som i vår sak, der det er spørsmål om Riksdagen skal samtykke til nye folkerettslige (eller EU-rettslige) forpliktelser etter den vanlige prosedyren for dette i RF 10:3, eller om det vil innebære en form for myndighetsoverføring («beslutanderätt») som krever en særskilt prosedyre etter RF 10:6 eller 10:7. Det kan derfor ha en viss interesse å sammenligne med hvordan det svenske Lagrådet håndterer lignende saker – både hva gjelder prosess, innhold og format på de uttalelser som avgis. Vi har derfor inntatt noen eksempler på dette i den vedlagte materialsamlingen.⁵ Som det vil fremgå, er vurderingene relativt kortfattede, selv i store og viktige saker, som for eksempel spørsmålet om tilslutning til Lisboa-traktaten.

⁴ Søksmålet anlagt av Nei til EU om tilslutning til EUs tredje energimarkedspakke gjelder gyldigheten av et slikt vedtak. Men spørsmålet som i første omgang behandles av Høyesterett gjelder kun spørsmålet om Nei til EU har rettslig interesse i å få prøvet dette på generelt («abstrakt») grunnlag.

⁵ M s. 3727 flg.

REGJERINGSADVOKATEN

Det kan også nevnes at man i Finland håndterer tilsvarende spørsmål, om grensen mellom grunnlovens § 94 første og annet ledd for Riksdagens samtykkevedtak, gjennom en prosedyre for Riksdagens grundlagsutskott – som er en komite bestående av parlamentarikere, men som har faste prosedyrer for å innhente innspill fra statsrettslig ekspertise. Grundlagsutskottets uttalelser («utlåtanden») ligger på Riksdagens hjemmeside, og kan også være av en viss interesse for Høyesterett når man skal avgjøre form og format på betenkningen.⁶

3 GRUNNLOVEN §§ 26 OG 115 OG LÆREN OM LITE INNGRIPENDE MYNDIGHETSOVERFØRING

3.1 Overordnet om Grunnloven § 26

Grunnloven § 26 første ledd legger myndigheten til å inngå traktater til Kongen som en enekompetanse (prerogativ). Annet ledd om krav til Stortingets samtykke ble tatt inn i Grunnloven i 1931, og lyder:⁷

«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».

Formålet med samtykkekravet i § 26 annet ledd er dels å sikre at Kongen ikke griper inn på Stortingets myndighetsområde ved at den utøvende makt gjennom å påta staten folkerettslige forpliktelser binder Stortinget til å vedta lovgivning eller treffe annen stortingsbeslutning. I tillegg er Stortinget gitt en utvidet kontroll med Kongens utøvelse av utenriksmyndigheten ved at traktater av «særlig stor viktighet», uansett om de medfører behov for lovendring eller annen stortingsbeslutning, ikke kan bli bindende før Stortinget har gitt sitt samtykke.

Ordlyden i § 26 første ledd begrenser ikke hva Kongen, eventuelt med Stortingets samtykke etter annet ledd, kan inngå traktat om. Norske statsorganer er imidlertid i sin myndighetsutøvelse bundet av Grunnloven, og innholdet i traktater Norge inngår må ligge innenfor Grunnlovens rammer. De viktigste grensene som må respekteres ved utøvelse av traktatskompetansen følger av bestemmelsene som konstituerer de øverste statsorganene og fordeler myndighet til og mellom dem, som Grunnloven §§ 3, 26, 49, 75, 88 til 90. I tillegg må kompetansen holde seg innenfor reglene om forholdet mellom statens organer og individet, og mest sentralt her er bestemmelsene om menneskerettigheter som er samlet i Grunnloven kapittel E.

I statspraksis er det lagt til grunn at myndighet som i Grunnloven er lagt til et bestemt statsorgan, i alle fall i utgangspunktet bare kan utøves av norske statsorganer. Dette må sies å følge direkte av de positive grunnlovsbestemmelsene om statsorganene, særlig §§ 3, 26, 49, 75 og 88-90, eventuelt i kombinasjon med § 1 om Norge som et selvstendig og suverent rike. Grunnloven oppstiller ikke noe forbud mot overføring av myndighet, men det må foreligge et særskilt rettslig grunnlag for å kunne gi samtykke til traktatforpliktelser som overfører myndighet til internasjonale organer eller andre staters myndigheter.

Det har samtidig vært lagt til grunn i alle fall de siste 100 årene at Grunnloven ikke oppstiller noe forbud mot overføring av myndighet. Spørsmålet er og har vært hvor omfattende myndighet Grunnloven tillater og hvilke krav til beslutning i Stortinget som kreves. Dagens praksis må ses i sammenheng med denne lange historien, og det gis derfor en oversikt over dette nedenfor.

⁶ <https://www.eduskunta.fi/SV/valiokunnat/perustuslakivaliokunta/Sidor/default.aspx>

⁷ Ved grunnlovsendringene i 2014 ble ordet «stor» lagt til uten at det innebar noen realitetsendring.

REGJERINGSADVOKATEN

For det første kan det gjennomføres grunnlovsendring etter § 121, som krever 2/3 flertall og mellomliggende valg. Bestemmelsen omtales ikke mer her.

For det andre kan myndighetsoverføring skje med 3/4 flertall etter Grunnloven § 115. Bestemmelsen kom inn i Grunnloven i 1962 i tilknytning til spørsmål om eventuell tilslutning til EF, da som § 93, og gir hjemmel for en raskere prosedyre enn etter § 121, men samtidig med et strengere flertallskrav. Etter bestemmelsen kan Stortinget samtykke til at en internasjonal sammenslutning kan utøve beføyelser på et saklig begrenset område som etter Grunnloven ellers tilligger statens myndigheter. Det er en forutsetning at «Norge er tilsluttet eller slutter seg til» den internasjonale organisasjonen. Det er ikke tilfellet med ERA eller EU-domstolen, og slik bestemmelsen til nå har vært tolket i praksis, kan den derfor ikke benyttes i saken her. Grunnloven § 115 blir imidlertid omtalt nedenfor der dette er relevant for vurderingen etter § 26 annet ledd.

For det tredje kan Stortinget etter sikker konstitusjonell praksis samtykke etter § 26 annet ledd til myndighetsoverføring innenfor nærmere grenser. Det gjelder både myndighetsoverføring til internasjonale organisasjoner som Norge er eller skal bli medlem av, og som derfor omfattes av § 115, og myndighetsoverføring som faller utenfor bestemmelsen slik tilfellet er i saken her. Det vises til eksemplene på dette i avsnitt 3.2 nedenfor.

Med «myndighetsoverføring» siktes det til at myndighet som etter Grunnloven tilligger norske statsorganer overføres til andre stater eller internasjonale organisasjoner. Kjernen i begrepet er overføring av myndighet som utøves med direkte internrettslig virkning overfor private. I dette ligger at andre enn norske statsorganer utøver myndighet med umiddelbar rettslig virkning overfor norske borgere eller andre rettssubjekter i Norge uten mellomliggende medvirkning av norske statsorganer. Dette må holdes adskilt fra deltakelse i internasjonale organisasjoner som kan vedta nye folkerettslige bindinger for Norge. Det følger av § 115 annet ledd at bestemmelsen ikke gjelder beslutninger som bare har «rent folkerettslig virkning for Norge». Slik folkerettslig binding kan imidlertid etter omstendighetene ha betydning for om det er adgang til samtykke etter § 26 annet ledd, men det skal etter praksis svært mye til.

Ordlyden i Grunnloven § 26 annet ledd gir ikke selv noen veiledning til vurderingen av når Stortinget i medhold av bestemmelsen kan samtykke til overføring av myndighet. «Lite inngripende» myndighetsoverføring har imidlertid etter hvert festet seg som en beskrivelse av adgangen til samtykke etter bestemmelsen. Anses myndighetsoverføringen som «lite inngripende», kan altså Stortinget ved vanlig flertall gi sitt samtykke. Hva som kan aksepteres, må prinsipielt sett ta utgangspunkt i den enkelte kompetansebestemmelsen i Grunnloven som det er tale om å gripe inn i. I dette ligger at både den nærmere *arten* av myndigheten som overføres og *omfanget* av myndighetsoverføringen vil være relevant, og at det må foretas en *helhetlig vurdering* av den myndighetsoverføringen det er snakk om i det enkelte tilfellet.

På enkelte områder, særlig der det har vært flere likeartede saker, har det utviklet seg et mer presist sett av momenter som vil være relevante. Det gjelder særlig ved overføring av forvaltningsmyndighet under EØS-avtalen, hvor det har vært mulighet å se sakstyper i sammenheng. Dette er behandlet nedenfor. Videre indikerer selve uttrykket «lite inngripende» at terskelen for hvilken myndighet det kan gis samtykke til å overføre etter § 26 annet ledd ikke må legges for høyt. Hva som nærmere anses som «lite inngripende» vil imidlertid i noen grad nødvendigvis måtte bero på et skjøn, og her vil det kunne være legitim uenighet av både faglig og politisk karakter.

Når det vurderes om et element av myndighetsoverføring er «lite inngripende» eller går utover denne rammen, er det først og fremst tale om hvilke begrensninger som gjøres i den enkelte statsmakts myndighet etter Grunnloven. I saken her er det særlig spørsmål om hvor omfattende myndighet til å treffe forvaltningsvedtak som er overført til ERA, og som derfor kan treffes av ERA (og ikke av et norsk forvaltningsorgan). De ulike elementene av myndighetsoverføring i den konkrete saken omtales nærmere i avsnitt 4 nedenfor.

REGJERINGSADVOKATEN

Både vurderingstemaet og den funksjonen som et samtykkevedtak har i forholdet mellom den utøvende og lovgivende makt, tilsier at Stortingets eget syn på grunnlovsspørsmålet må tillegges stor vekt. Innholdet i § 26 annet ledd har ikke vært vurdert av domstolene, men det er fast konstitusjonell praksis for at det i første rekke er Stortinget som må fastsette grensene for bruk av samtykkekompetansen. Veiledningen for hvor grensene går for hva som anses som «lite inngripende» myndighetsoverføring må derfor i første rekke finnes i praksis slik den har kommet til uttrykk i Stortingets behandling av tidligere saker.

I Europautredningen, NOU 2012:2, er det gitt en bred redegjørelse for de konstitusjonelle spørsmålene ved myndighetsoverføring i EU/EØS-saker, og hvordan dette har vært løpende håndtert av Stortinget i perioden fra 1992 til 2012.⁸ Europautredningen ble fulgt opp av en stortingsmelding fra Stoltenberg II-regjeringen, som også gir en kort, men generell omtale av adgangen til «lite inngripende» myndighetsoverføring, med særlig vekt på fremveksten av forvaltningsbyråer i EU.⁹ Under behandlingen på Stortinget i 2012 ble beskrivelsene i stortingsmeldingen lagt til grunn av en samlet utenriks- og forsvarskomiteé,¹⁰ og de er fortsatt dekkende også for senere praksis.

3.2 Nærmere om utviklingen av praksis etter Grunnloven § 26 annet ledd

3.2.1 Utviklingen på første halvdel av 1900-tallet

Den saken som nå er forelagt for Høyesterett, gjelder spørsmål om overføring av myndighet innenfor rammene av EØS-avtalen, og det er særlig i EU/EØS-relaterte saker at Stortinget etter 1992 har utmeislet de nærmere kriteriene for adgangen til samtykke til «lite inngripende» myndighetsoverføring etter § 26 annet ledd. Samtidig er det viktig å understreke at denne praksisen er en videreføring og videreutvikling av statspraksis fra lenge før EØS. I det følgende skal vi derfor gi en kort historisk skisse av dette, med referanser til de viktigste kildene.

Med fremveksten av internasjonale organisasjoner tidlig på 1900-tallet kom de første sakene der Stortinget vurderte tilslutning til internasjonale organer som kan treffe vedtak som binder Norge folkerettslig. Sentrale saker er særlige tilslutning til Folkeforbundspakten¹¹, FN-pakten¹², og felles kommandosystem for Atlanterhavspaktens land.¹³

Grensene for traktatskompetansen ved tilslutning til slikt samarbeid har blitt vurdert både opp mot erklæringen om at Norge er «fritt» og «selvstendig» i Grunnloven § 1 og de konkrete kompetansebestemmelsene som berøres av samarbeidet, i hovedsak Grunnloven § 25 og § 28 for sakene om militært samarbeid. Under behandlingen av felles kommandosystem for Atlanterhavspaktens land avviste Castberg det tidligere synet om at skranker for traktatsfriheten kan utledes av en suverenitetsstandard i Grunnloven § 1. Han fremholdt blant annet behovet for å gå sammen med andre stater for å sikre fred, sikkerhet og andre felles interesser.¹⁴

⁸ NOU 2012:2 Utenfor og innenfor s. 242, se M s. 2904.

⁹ Meld. St. nr. 5 (2012-2013) EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU s. 43-44, se M s. 1975-76.

¹⁰ Innst. 227 S (2012-2013), se M s. 1985.

¹¹ Innst. S 37 (1920) og Stortingstidende 1920, særlig side 424-545 og s. 577-578, M s. 916 flg.

¹² Innst. S. nr. 43 (1945) og Stortingstidende 1945 s. 222-224, M s. 1038 flg.

¹³ St. prp. nr. 20 (1951), Innst. S. nr. 40 (1951) og Stortingstidene 1951, s. 397—417, M s. 1043 flg. Det er ellers gitt en oversikt over disse tidligere sakene i St. meld. nr. 89 (1951) og Innst. S. nr. 100 (1961-62).

¹⁴ Se vedlegg til Innst. S. nr. 40 (1951) s. 71-72, M s. 1057.

REGJERINGSADVOKATEN

3.2.2 Endringer på 1950- og 60-tallet – vedtakelsen av Grunnloven § 93

Økt internasjonalt samarbeid gjennom internasjonale organisasjoner etter andre verdenskrig, og spørsmålet om Norges tilslutning til slike organisasjoner, var bakgrunnen for utredningen av de konstitusjonelle spørsmålene som ble forelagt Stortinget i St. meld nr. 89 (1951) om Grunnloven og deltakelse i internasjonale organisasjoner.¹⁵

I stortingsdebatten uttalte Statsråd Gundersen blant annet at de nye tidene også hadde reist nye spørsmål av «rettslig natur». Han fremholdt blant annet at grensene for handlefriheten i forholdet til andre steder, først og fremst må finnes i de positive bestemmelsene i Grunnloven.¹⁶

Mulighetene for norsk tilslutning til EF ved inngangen til 1960-tallet forsterket diskusjonen rundt myndighetsoverføring til internasjonale organisasjoner, og et grunnlovsforslag, som i hovedsak var en innholdsmessig videreføring av et forslag fra 1952, ble fremsatt 29. september 1960.¹⁷ Under behandlingen av forslaget innhentet den utvidede utenriks- og konstitusjonskomité betenkningsrapporter fra Frede Castberg, Johs Andenæs, Justis- og politidepartementet og Utenriksdepartementet. I utredningene viste alle til at det gjennom årenes løp i betydelig utstrekning hadde skjedd «saklig mindre vidtgående» eller «begrenset» overføring av myndighet til utenlandske rettssubjekter, uten at dette ble ansett som grunnlovmessig problematisk.¹⁸

Flertallet i stortingskomiteen understreket at det kan være snakk om overføring både av lovgivende, utøvende og dømmende makt.¹⁹ Flertallet i komiteen fremhevet videre (s. 139):

«De sakkyndige er av den oppfatning at Fellesskapets målsetning og adgang til å treffe vedtak med direkte virkning på flere områder av landets økonomiske liv, gjør at spørsmålet om grunnlovmessighet står i en annen stilling enn det vi har møtt tidligere når det gjelder Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner og traktatforhold.

I praksis er det allerede vedtatt en rekke avtaler av norske myndigheter, som anerkjenner fremmede staters rett til å treffe bestemmelser med direkte virkning i Norge.»

Kort tid etter vedtakelsen av Grunnloven § 93 oppstod det spørsmål om paragrafen kun ga adgang til myndighetsoverføring i tilfeller som tidligere ikke kunne inngås med Stortingets samtykke etter § 26 annet ledd, eller om den helt eller delvis også erstattet § 26 annet ledd som grunnlag for myndighetsoverføring som tidligere kunne ha skjedd etter denne bestemmelsen. Forarbeidene til § 93 ga ikke noe klart svar på dette spørsmålet, og det kom på spissen i forbindelse med spørsmålet om opprettelse av et felles luftforsvarssystem innen den europeiske delen av NATO.²⁰ Spørsmålet ble lagt frem for Utenriks- og konstitusjonskomiteen, som uttalte:²¹

«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 vil 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

¹⁵ St. meld. nr. 89 (1951), Innst. S nr. 114 (1952) og Stortingstidende 1952 s. 1740, M s. 1036 flg.

¹⁶ Se Stortingstidende 1952 s. 1740, M s. 1148.

¹⁷ Forslag nr. 10 i Dok. nr. 13 1959-1960, M s. 1151.

¹⁸ Utredningene er publisert i Dokument nr. 3 (1961-1962), M s. 1158.

¹⁹ Innst. S. nr. 100 (1961-62) s. 138, M s. 1153.

²⁰ St.prp .nr. 5 (1961-62), M s. 1206.

²¹ Innst. S. nr. 149 (1962-63) side 2, M s. 1211.

REGJERINGSADVOKATEN

tidligere klart uttalte forståelse av grunnloven og beslutninger truffet i overensstemmelse hermed.»

Under stortingsdebatten understreket flere representanter at Stortinget fortsatt måtte kunne samtykke til overføring av myndighet ved vanlig flertall i tråd med tidligere praksis, og også betydningen av Stortingets syn på tolkningen av den nye bestemmelsen i § 93. Det vises bl.a. til representanten Hegna som fremholdt:²²

«Det ville jo ha vært et nokså merkelig forhold hvis man ved å innføre en ny paragraf, hvor man stiller meget strenge krav til kvalifisert flertall – ¾ flertall – så å si automatisk påførte en hel del andre presumptivt beslektede saker også klausulen om ¾ flertall, saker som tidligere ikke har vært underkastet dette fordi de har kunnet rommes innen de øvrige paragrafer i Grunnloven.»

Representanten Hambro uttalte:

«Det er helt riktig at Stortinget er bundet av Grunnloven, og at Stortinget må verne om Grunnloven. Men når det er sagt, vil jeg også gjerne ha uttalt at det nytter ikke her å tro at vi kan dekke oss bak eller at vi er tvunget til ved enhver anledning å søke bistand fra eksperter. Selv om ekspertene uttaler seg, er det Stortinget som må ta ansvaret, og når konstitusjonskomiteen enstemmig på bakgrunn av tidligere uttalelser og debatter er kommet til at det vi nå skal gjøre er grunnlovsmessig, er vi ikke forpliktet til å innhente flere uttalelser.»

Vedtaket i saken ble truffet i samsvar med komiteinnstillingen.

I juridisk teori har det vært diskutert om komiteuttalelsen fra 1963 fullt ut er treffende for rettstilstanden etter vedtakelsen av Grunnloven § 93. Det førende synet, som konsekvent har vært lagt til grunn av statsmaktene, synes imidlertid å ha vært at § 93, med sitt krav om ¾ flertall for samtykke for overføring av myndighet, ikke vil oppfylle sin funksjon og bidra til å lette adgangen til internasjonalt samarbeid dersom den også skulle omfatte all myndighetsoverføring som tidligere kunne skje etter § 26 annet ledd. Det innebærer at myndighetsoverføring fortsatt kan skje med samtykke etter § 26 annet ledd dersom myndighetsoverføringen ikke har en tilstrekkelig inngripende karakter.²³

3.2.3 Oversikt over praksis i nyere tid – særlig i EU/EØS-saker

Norges tilslutning til EØS-avtalen i 1992 har i praksis resultert i en betydelig økning av antall saker om myndighetsoverføring som er vurdert av Stortinget, og der Stortinget har akseptert dette. I samme periode har det imidlertid også vært flere eksempler på myndighetsoverføring på andre områder enn EØS.

Det er i den vedlagte materialsamlingen gitt en oversikt over utvalgte saker med elementer av myndighetsoverføring i denne perioden, med henvisning til aktuelle stortingsdokumenter og

²² Se Stortingstidende 1963 s. 2738 flg., ikke i M.

²³ Se Fleischer JV 1963 s. 88-89 (M s. 3528). Dette er kommentert av Eckhoff i JV 1990 side 198-199 (M s. 3440), som bl.a. påpekte at: «På den ene siden kan myndighet til å treffe bestemmelser som har direkte virkninger i Norge, være så lite inngripende at det ville være unødvendig anstaltmakeri å gjøre bruk av § 93. Dette er antatt bl.a. av Castberg, Andenæs og Justisdepartementet i St. dok. nr. 3 (1961-62) s. 6-7, 15-16 og 46-48 og er utførlig begrunnet av Fleischer i Jussens Venner 1963 s. 73 s. 87-93.»

REGJERINGSADVOKATEN

tilhørende proposisjoner. I mange saker har det også vært gitt en vurdering fra Lovavdelingen. Stortinget har utarbeidet et faktaark, som også gir oversikt over mulige kommende saker.²⁴

I materialsamlingen er det en rekke saker der Stortinget har samtykket til overføring av myndighet etter Grunnloven § 26 annet ledd. I en del av sakene fremgår en nærmere vurdering av myndighetsoverføringen i stortingsinnstillingen eller i referatene fra debatten i Stortinget, mens Stortinget i andre saker begrenser seg til å slutte seg til proposisjonen.

Blant sakene som særlig kan trekkes frem er:

- Tilslutning til Schengen-avtalen i 1999 (M s. 1265 flg.)²⁵
- Tilslutning til EUs regler om flysikkerhet m.m. i 2005 – EASA-forordningen (M s. 1918 flg.)²⁶
- Tilslutning til EUs kjemikalierregelverk REACH i 2008 (M s. 1931 flg.)²⁷
- Tilslutning til EUs regler om markedsføringstillatelser i 2010 (M s. 1938 flg.)²⁸
- Tilslutning til nye regler om flysikkerhet i 2013 – revidert EASA-forordning (M s. 1959 flg.)²⁹
- Tilslutning til regler om luftfartsvirksomhet utøvd av tredjestatsoperatører i 2015 – «EASA III» (M s. 2031 flg.)³⁰
- Tilslutning til pediatriforordningen i 2017 (M s. 2074 flg.)³¹
- Tilslutning til EUs tredje energimarkedspakke (ACER m.m.) i 2018 (M s. 2101 flg.)³²
- Tilslutning til personvernforordningen i 2018 – GDPR (M s. 2085 flg.)³³

I flere av disse sakene har norske myndigheters første vurdering vært at tilslutning til de aktuelle rettsaktene ville kunne innebære mer enn «lite inngripende» myndighetsoverføring, og man har derfor gjennom forhandlinger med EU og de andre EFTA-statene søkt å få tilpasninger før en eventuell innlemmelse i EØS-avtalen. Det gjelder blant annet i saken om tilslutning til REACH og saken om reglene for markedstillatelser. Et annet eksempel er saken om tredje energimarkedspakke (ACER), der det først i en uttalelse fra 2011 ble uttalt fra Lovavdelingen at det var uklart hvem ACERs vedtak rettet seg mot, og at dette kunne få betydning for den konstitusjonelle vurderingen. Dette ble så avklart gjennom en tilpasningstekst.³⁴

²⁴ https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/eu_open/faktaark_myndighetsoverforing.pdf.

²⁵ St.prp. nr.50 (1998-99) og Innst. S. nr. 147 (1998-99), M s. 1265 flg.

²⁶ St.prp. nr.44 (2004-2005) og Innst.S.nr.164 (2004-2005), M s. 1918 flg.

²⁷ St.prp. nr. 49 (2007-2008) og Innst. S. nr. 246 (2007-2008), M s. 1931 flg.

²⁸ Prop 90 S (2009-2010) og Innst. 258 S (2009-2010), M s. 1938 flg.

²⁹ Prop. 27 S (2012-2013) og Innst.146 S (2012-2013), M s. 1959 flg.

³⁰ Prop. 123 S (2014-2015) og Innst. 390 S (2014-2015), M s. 2031 flg.

³¹ Prop. 127 LS (2016-2017) og Innst. 370 S (2016-2017), M s. 2074 flg.

³² Prop. 4 S (2017-2018) og Innst. 178 S (2017-2018), M s. 2101 flg.

³³ Prop. 56 LS (2017-2018) og Innst. 279 S (2017-2018), M s. 2085 flg.

³⁴ Uttalelse 25. april 2016 (JDLOV-2016-2442-1) punkt 1 og 3, M s. 3176.

REGJERINGSADVOKATEN

I samme retning kan man lese sakene om samtykke til voldgiftsavtaler internasjonale investeringsavtaler (BITS) der det ble gjort endringer etter at Lovavdelingen tidlig på 1990-tallet hadde kommet til at et avtaleutkast ikke kunne vedtas etter Grunnloven § 26 annet ledd.³⁵

En annen kategori er de sakene der man har funnet det nødvendig med samtykke til overføring av myndighet etter Grunnloven § 115 (tidligere § 93). Det gjelder tre saker: Samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen i 1992,³⁶ samtykke til ratifikasjon av ODA-avtalen i 1992,³⁷ og samtykke til tilknytning til EUs finanstillsynssystem i 2016.³⁸

Saken om tilknytning til EUs finanstillsyn er samtidig et eksempel der det forelå flere konstitusjonelle vurderinger basert på ulike forutsetninger. I en første vurdering fra Lovavdelingen fra 2010 ble det konkludert med at det var mer enn bare lite inngripende myndighetsoverføring. Det ble vurdert nærmere tilpasninger, og etter det mente Lovavdelingen i 2011 at samtykke kunne gis etter § 26. EU godtok imidlertid ikke tilpasningene, og Lovavdelingen vurderte da ulike alternativer i 2012 og 2014, med konklusjon om at Grunnloven § 93 måtte benyttes.³⁹ Regjeringen og Stortinget var enig i denne konstitusjonelle vurderingen.⁴⁰

En gjennomgang av praksis viser den rettslige og politiske realitet som ligger i de løpende vurderingene av hvilke ordninger som kan godkjennes av Stortinget etter prosedyren i § 26 annet ledd under henvisning til læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring. I de aller fleste sakene der dette har vært drøftet, har samtykke deretter vært gitt enten enstemmig eller med et bredt flertall.

3.2.4 Nærmere om statsmaktenes syn på Stortingets kompetanse etter § 26 annet ledd

Betydningen av Stortingets eget syn ved vurderingen av om samtykke kan gis etter Grunnloven § 26 annet ledd ble omtalt allerede i den første saken Stortinget behandlet etter vedtakelsen av Grunnloven § 93, om felles luftforsvarssystem for den europeiske delen av NATO-området.⁴¹ I den sammenheng kan det også vises til brev til Stortingets militærkomité 19. juni 1962 fra Justisdepartementet, tatt inn i innstillingen, hvor det fremheves at spørsmålet har stor prinsipiell interesse og at det «etter departementets oppfatning [bør] løses av Stortinget selv».

Et nyere eksempel er proposisjonen fra Bondevik I-regjeringen i 1999 om tilslutning til Schengen-avtalen, der det blant annet heter:⁴²

«Sammenfatningsvis må det kunne sies at det er svært vanskelig å fastslå «gjeldende statsrett» på dette området. Det er naturlig å ta utgangspunkt i Grunnlovens bestemmelser, og å tolke disse i lys av den alminnelige samfunnsutviklingen. Dette gir likevel få klare holdepunkter. Det er også beskjedent med tolkningsmomenter å hente fra rettspraksis eller tidligere konvensjonspraksis. Det lar seg derfor neppe gjøre i dag å oppstille en klar grense for når fremgangsmåten i § 26 annet ledd er utelukket. Man kan være i større eller mindre grad av tvil om et gitt tilfelle ligger på den ene eller andre siden av grensen. Til syvende og sist er det opp til Stortinget å treffe en avgjørelse.»

³⁵ Se oversikten i den senere BITS-uttalelsen 30. mai 2017 (JDLOV-2015-6464) punkt 5 og 6, M s. 3214.

³⁶ St. prp. nr. 100 (1991-1992) og Innst. S. nr. 248 (1991-92), M s. 1215 flg.

³⁷ St. prp. nr. 101 og Innst. S. nr. 247 (1991-92), ikke i M.

³⁸ Prop. 100 S og Innst. 382 S (2015-2016), M s. 2041 flg.

³⁹ Se uttalelser 8. desember 2010 (M s. 3042), 31. august 2011 (M s. 3049), 15. september 2014 (M s. 3102) og 4. april 2016 (M s. 3156). Publisert på Lovdata som JDLOV-2010-10039 (A-D).

⁴⁰ Se Prop. 100 S (2015-2016) s. 62 og Innst 283 S (2015-2016) s. 7-8, M s. 2041.

⁴¹ St. prp. nr. 5 (1961-1962) og Innst. S. nr. 149 (1962-1963), M s. 1206 flg.

⁴² St. prp. nr. 50 (1998-1999) punkt 4.1.2, M s. 1266.

REGJERINGSADVOKATEN

Et annet nyere eksempel er komiteinnstillingen om tilslutning til EUs finanstilsyn i 2016, der flertallet sluttet seg til regjeringens forslag, mens et mindretall fremhevet Stortingets ansvar for grunnlovsvurderingen.⁴³ Videre kan det vises til at både flertallet og mindretallet i forbindelse med anmodningen til Høyesterett i den foreliggende saken har vist til betydningen av Stortingets syn på de konstitusjonelle spørsmålene.⁴⁴

I samtykkeproposisjonene bygger de konstitusjonelle vurderingene gjennomgående på tidligere saker som Stortinget har behandlet, og er på den måten et uttrykk for at det er Stortingets praksis etter § 26 annet ledd som er styrende. Lovavdelingens tolkningsuttalelser vurderer også rammene for myndighetsoverføring med utgangspunkt i Stortingets praksis.

Et eksempel på denne dynamikken finner man i Lovavdelingens uttalelse om bilaterale investeringsavtaler fra 2017:⁴⁵

«Grunnloven gir selv ingen veiledning om vurderingen av når myndighetsoverføring er å anse som «lite inngripende». Vurderingen av hva som kan aksepteres, må prinsipielt ta utgangspunkt i den enkelte kompetansebestemmelsen i Grunnloven som det er tale om å gripe inn i (§ 3, § 49, § 75, § 88 til § 90 mfl.). Dette må ses i sammenheng med utgangspunktet vi har skissert foran i punkt 2.1: Norske statsorganer kan ikke inngå traktater som kommer i strid med Grunnloven. Praksis, i første rekke slik den er kommet til uttrykk i forbindelse med Stortingets behandling av tidligere saker, vil kunne gi veiledning om hvor grensen for «lite inngripende» myndighetsoverføring går. Denne praksisen bygger på at en rekke momenter kan være relevante ved vurderingen av hva som er «lite inngripende.»

Videre fremholdt Lovavdelingen at det var tale om en sak som ikke kunne få tilstrekkelig avklaring «før Stortinget selv har drøftet og tatt stilling til spørsmålet, basert på en grundig redegjørelse overfor Stortinget for de konstitusjonelle spørsmålene».

I enkelte tolkningsuttalelser har Lovavdelingen formulert dette slik at myndighetsoverføringen må anses som akseptabel etter § 26 annet ledd forutsatt at «Stortinget selv legger til grunn en slik forståelse av Grunnloven».⁴⁶

Betydningen av Stortingets syn på den konkrete saken, er også særskilt fremhevet i en rekke andre tolkningsuttalelser der det har vært tvil om konklusjonen.⁴⁷

Gjennomgangen viser at både Stortinget og regjeringen vil ta utgangspunkt i praksis, slik den har kommet til uttrykk ved Stortingets behandling av tidligere saker, ved vurderingen av om samtykke i en konkret sak kan innhentes etter Grunnloven § 26 annet ledd.

⁴³ Innst. 382 S (2015-2016) s. 8, M s. 2063.

⁴⁴ Innst. 182 S (2020-2021) s. 2, M s. 391.

⁴⁵ Uttalelse 30. mai 2017 (JDLOV-2015-6454) punkt 2.4, M s. 3192. Samme formulering er brukt i flere andre saker, bl.a. i Lovavdelingens uttalelse 19. mars 2018 om ACER (JDLOV-2016-2442-3) punkt 3.4, se M s. 3267.

⁴⁶ Se uttalelse om genmodifiserte produkter 18. juni 2009 (JDLOV-2008-3772), M s. 3015 og uttalelse om pediatrike legemidler 6. juni 2012 (JDLOV-2012-933), M s. 3061.

⁴⁷ Se for eksempel uttalelse 11. januar 2002 om bilaterale investeringsbeskyttelsesavtaler (JDLOV-1997-5405), M s. 2916 og 10. mars 2010 om sivil luftfart (JDLOV-2009-7963), M s. 3032.

3.2.5 Nærmere om utviklingen av hva som anses som «lite inngripende» myndighetsoverføring

Vurderingen av om Stortinget skal gi samtykke til myndighetsoverføring etter Grunnloven § 26 annet ledd bygger på en helhetsvurdering med særlig vekt på arten og omfanget av myndighetsoverføringen. Ved fremleggelsen av EØS-avtalen i 1992 ble dette grundig drøftet i proposisjonen, og sammenfattet i et avsnitt som senere ofte har vært gjengitt:

«Kriteriet «lite inngripende» gir anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering, der det ikke er mulig å gi en uttømmende oppregning en gang for alle av de hensyn som kan ha betydning ved vurderingen»⁴⁸

Det økte tilfanget av saker og stortingsvedtak etter 1992 om myndighetsoverføring har som nevnt gitt grunnlag for å se flere saker i sammenheng og vurdere dem opp mot hverandre. Det har ført til formulering av et nærmere sett med momenter av betydning ved vurderingen av om myndighetsoverføringen er «lite inngripende». Momentene kommer i første rekke til uttrykk i regjeringens forslag og Lovavdelingens tolkningsuttalelser, basert på hva som har blitt akseptert av Stortinget i deres tidligere avgjørelser.

Blant tolkningsuttalelsene som gjengir disse momentene, og som regjeringen og Stortinget senere bygger på, er uttalelsen om pediatriske legemidler i 2012⁴⁹ og om ACER i 2018.⁵⁰ I ACER-uttalelsen gis det i punkt 3.4 en gjennomgang av når det kan gis samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd, med utgangspunkt i det som er sitert over. Her heter det:

«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 et eksempel på hvordan Stortinget bygger på regjeringens vurderinger, vises også til innstillingen om REACH-forordningen fra 2008, der en enstemmig komité, med henvisning til grunnlovsvurderingen i proposisjonen fra Stoltenberg II-regjeringen uttaler:⁵¹

«Komiteen merker seg at norsk deltakelse i ECHA innebærer en viss overføring av myndighet til kjemikaliebyrået. Byrået kan altså fatte visse vedtak som kan ha direkte virkning i Norge. Det er imidlertid foretatt en konstitusjonell vurdering av den myndighetsoverføring som innlemmelse av forordning (EF) nr. 1907/2006 innebærer.

Komiteen viser til at det i proposisjonen redegjøres for at det materielle innholdet og omfanget av de avgjørelsene som kjemikaliebyrået kan fatte beslutning om, anses å være så saklig begrensede at innlemmelsen i EØS-avtalen av dette regelverk ikke krever vedtak i medhold av Grunnloven § 93, som omhandler spørsmålet om myndighetsoverføring.»

⁴⁸ St.prp.nr.100 (1991-92) s. 342, M s. 1222.

⁴⁹ Uttalelse 6. juni 2012 (JDLOV-2012-933), M s. 3061.

⁵⁰ Uttalelse 27. februar 2018 (JDLOV-2016-2442-3), M s. 3237.

⁵¹ Innst. nr. 246 (2007-2008) s. 3, M s. 1936.

REGJERINGSADVOKATEN

På denne bakgrunn må det anses som sikker konstitusjonell rett at Stortingets eget syn har betydelig vekt ved vurderingen av terskelen og kriteriene for hva som anses som «lite inngripende» myndighetsoverføring, både normativt (rettskildemessig) og ved vurderingen i den enkelte sak. Dersom en slik sak senere skulle komme opp for prøving i rettsapparatet, vil det samme etter vårt syn måtte gjelde, og det kan også utledes av den såkalte tredelingslæren, slik den er utformet i rettspraksis, med tilslutning fra Stortinget som grunnlovsgiver ved vedtagelsen av § 89.

3.2.6 Nærmere om betydningen av om myndighetsoverføringen skjer til organisasjon der Norge ikke er medlem

EØS-samarbeidet består av en EFTA-pilar og en EU-pilar, med en overbygning av felles EØS-organer. Det institusjonelle oppsettet for samarbeidet blir derfor omtalt som et to-pilarsystem. Der Kommisjonen, EUs byråer eller tilsynsorganer har kompetanse til å fatte beslutninger som er bindende for myndigheter, foretak eller personer i EU, må det for EFTA-statene dermed tas stilling til om og hvordan tilsvarende kompetanse skal utøves i EFTA-pilaren.

I komiteinnstillingen om anmodning til Høyesterett om en betenkning etter § 83, viste flertallet til det at «*to-pilarstrukturen i EØS-avtalen i denne saken avvikes, er etter flertallets syn et moment som taler for å be om Høyesteretts vurdering.*» Det er derfor naturlig at dette kommenteres noe nærmere også fra vår side.

Det må i denne forbindelse understrekes at myndighet som ellers ligger til norske statsorganer både kan overføres til organer i EFTA-pilaren (bruk av to-pilarsystemet), og til EU-organer som Norge ikke er medlem av (omtalt som en én-pilarordning). Som vist ovenfor er ikke dette noen ny problemstilling. Mens Grunnloven § 115 bare tillater overføring av myndighet til organisasjoner som Norge er eller skal bli medlem av, kan samtykke etter § 26 annet ledd gis også ved overføring av myndighet til andre stater eller til organisasjoner som Norge ikke deltar i.

Videre må det presiseres at vurderingen av om en konkret myndighetsoverføring skal anses å være «lite inngripende» eller ikke etter § 26 annet ledd er uavhengig av om det organ som får overført myndighet er et organ i EFTA-pilaren eller et EU-organ. I praksis er det lagt vekt på om norske myndigheter har anledning til å medvirke i de aktuelle beslutningsprosessene når myndighet er overført fra de norske statsorganene. Dette er imidlertid ikke et spørsmål om bruk av henholdsvis én-pilar eller to-pilar, men om forholdet mellom norske myndigheter og det organet som er gitt kompetanse. Som saken her illustrerer, vil norske myndigheter ofte kunne medvirke ved beslutninger i EUs byråer selv om den formelle beslutningen er lagt til et EU-organ. Det har sammenheng med at norske myndigheter normalt kan delta i forberedende arbeid i komiteer mv. på lik linje med EU-stater.

Spørsmålet om myndigheten overføres til en organisasjon som Norge deltar direkte i eller ikke, har derfor primært betydning for andre spørsmål enn de konstitusjonelle. Som det fremgår av Prop. 101 LS (2019-2020) punkt 18.1 åpner EØS-avtalen for at to-pilarstrukturen kan fravikes i særskilte tilfeller, etter en konkret vurdering. Denne tilnærmingen er lagt til grunn gjennom årene av skiftende regjeringer, og er akseptert av skiftende Storting. I Europautredningen fra 2012 er dette fremstilt som et valg mellom ulike modeller, og i den påfølgende stortingsmeldingen om EØS-avtalen fra Stoltenberg II-regjeringen ble det omtalt slik:⁵²

«EØS-avtalen åpner også for at to-pilarsystemet kan fravikes ved at det gjøres særskilte tilpasninger. Dette åpner for at man i særskilte tilfelle kan beslutte å la EUs byråer eller

⁵² Meld. St. 5 (2012-2013) punkt 5.3.3, på s. 44, M s. 1975. Se også Europautredningen, NOU 2012:2 på s. 240, M s. 2902.

REGJERINGSADVOKATEN

tilsynsorganer få kompetanse til å fatte vedtak som binder EØS/EFTA-statene eller har direkte virkning overfor rettssubjekter i EØS/EFTA-statene.»

Det kan videre vises til at man allerede i denne stortingsmeldingen pekte på at «utviklingen med økt bruk av byråer [skaper] utfordringer for to-pilarsystemet» og at det er

*«viktig for Norge å ha mulighet til å delta i den premisslegging for regelverksutvikling som foregår i EUs byråer og tilsyn. Gitt EUs utvikling og nye former for samarbeid, vil man i et økende antall tilfeller kunne stå overfor en situasjon hvor deltakelse fra EFTA-siden forutsetter at man aksepterer nye løsninger».*⁵³

Denne beskrivelsen av utviklingen i EU ble kommentert av en enstemmig utenriks- og forsvarskomite:⁵⁴

«Komiteen har merket seg at selv om byråene i utgangspunktet er tenkt å ha en begrenset formell myndighet, ser man en utvikling hvor de i økende grad gis kompetanse til å fatte beslutninger som er bindende for myndigheter og bedrifter i medlemslandene. Byråene representerer en viktig mulighet for Norge for deltakelse i samarbeidet. Samtidig stiller den økte rollen til EU-byråer EØS-samarbeidet overfor noen prinsipielle utfordringer. Komiteen merker seg at regjeringen vil vurdere hvilke konsekvenser 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.»

Den form for påvirkning og «premisslegging for regelverksutvikling» som her omtales av Stoltenberg-regjeringen og stortingskomiteen i 2012, vil ofte måtte gjennomføres ved deltakelse i ekspertgrupper mv. under Kommisjonen eller i de enkelte byråer, og kan i det konkrete tilfellet tilsa at bruk av én-pilar er hensiktsmessig. Den én-pilarløsningen som er foreslått for fjerde jernbanepakke, må forstås i lys av denne utviklingen.

I denne forbindelse kan det også vises til at ved Stortingets samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen i 1992 ble samtykke gitt i medhold av Grunnloven § 93 blant annet på grunn av myndighetsoverføring til ESA. I tillegg var det imidlertid også spørsmål om å gi Kommisjonen kompetanse til å fatte vedtak i enkelte konkurransesaker. Om dette heter det i proposisjonen:⁵⁵

«Avtalen gir også EF-kommisjonen, og EF-domstolen og EFs førsteinstansdomstol ved overprøving av EF-kommisjonens vedtak, myndighet til å treffe visse typer vedtak i konkurransesaker med direkte virkning i Norge. Det er nemlig ikke praktisk mulig å dele konkurransesakene mellom EFTAs overvåkningsorgan og EF-kommisjonen på en slik måte at bare EFTAs overvåkningsorgan treffer vedtak som det er aktuelt å gi direkte virkning i Norge. Norge har imidlertid gjennom en særlig erklæring til Avtalen som EF har akseptert gjennom en tilhørende erklæring, tatt forbehold mot direkte virkning av de typer vedtak som etter Regjeringens mening faller inn under Grunnloven § 93, dvs. vedtak om bøter eller tvangsmulkt. De vedtakstyper man da står igjen med på konkurranseområdet, må kunne gis formell direkte virkning i Norge uten bruk av § 93. Det er alminnelig anerkjent at utenlandske myndighetsvedtak til en viss grad kan gis direkte virkning i Norge uten bruk av § 93. De mange avtaler Norge har inngått om anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske dommer, kan sees som eksempler på dette.»

⁵³ M s. 1976.

⁵⁴ Innst.227 S (2012-2013) side 10 – 11, M s. 1986.

⁵⁵ St.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 336, M s. 1216.

Spørsmålet om myndighetsoverføring til organer i EF-pilaren ble den gang gjenstand for diskusjon under komitebehandlingen på Stortinget, der Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti ga uttrykk for at Grunnloven ikke gir hjemmel for å gi myndighet til EF-organer.⁵⁶ Disse innvendingene ble ikke ansett som avgjørende for komiteens flertall, som innstilte på at Stortinget samtykket til ratifisering av EØS-avtalen. Selv om det ikke ble fattet noe separat vedtak etter Grunnloven § 26 annet ledd – fordi vedtak ble fattet med ¾ flertall etter § 93 – illustrerer dette bruken av én-pilarløsninger.

Det er også flere senere eksempler der samtykke etter § 26 annet ledd er gitt ved overføring av myndighet til EU-organer. Et slikt eksempel er saken om Luftfartsvirksomhet utøvd av tredjestatsoperatører – «EASA III» fra 2015, der forvaltningsmyndighet ble overført til Det europeiske luftsikkerhetsbyrået EASA. I innstillingen fra komiteen og i den påfølgende stortingsdebatten fremgikk at det hadde vært uenighet om spørsmålet.⁵⁷ Komiteens innstilling ble bifalt med 90 mot 6 stemmer.

Også i forbindelse med gjennomføringen av EUs personvernforordning i 2018 ble det foreslått en løsning som avvek fra to-pilarmodellen ved at kompetanse til å treffe avgjørelser overfor nasjonale tilsynsmyndigheter ble foreslått gitt til Det europeiske personvernråd.⁵⁸ Innstillingen fra justiskomiteen ble imidlertid bifalt med 80 mot 19 stemmer.

På denne bakgrunn kan det forhold at man i den foreliggende sak ikke har anvendt en modell basert på to-pilar-systemet ikke sees å få betydning for spørsmålet om Stortinget kan gi sitt samtykke etter prosedyren i § 26 annet ledd.

3.3 Sammenfatning – rammene for Stortingets adgang til å gi samtykke etter § 26 annet ledd

På denne bakgrunn må det legges til grunn at det er en langvarig, omfattende og konsekvent statspraksis for at Stortinget etter Grunnloven § 26 annet ledd, med vanlig flertall, kan samtykke til overføring av myndighet til andre organisasjoner. Dette gjelder også overføring av slik begrenset myndighet til organisasjoner som Norge ikke er eller skal bli medlem av. Myndighetsoverføringen kan gjelde lovgivende, utøvende og dømmende makt. Utgangspunktet for vurderingen må være de grunnlovsbestemmelsene som gir de norske statsorganene kompetanse og som det derfor gjøres inngrep i. Det må foretas en konkret helhetsvurdering av det aktuelle inngrepet, med vekt på arten og omfanget av inngrepet.

Denne vurderingen, som har lange tradisjoner, har etter hvert fått merkelappen «lite inngripende» myndighetsoverføring. Gjennom en serie saker er det utviklet kriterier som er anvendt i praksis, og som vil være relevante for denne vurderingen. Etter vårt syn er disse kriteriene uttrykk for gjeldende statsforfatningsrett.⁵⁹

⁵⁶ Innst. S. nr. 248 (1991-92) side 86, M s. 1231.

⁵⁷ Innst. 390 S (2014-2015) s. 2-3, M s. 2037.

⁵⁸ Se Innst. 279 S (2017-2018), M s. 2088 og den etterfølgende debatten i Stortinget, Stortingstidende 2017-2018 side 4043-4044, hvor det fremgår at Senterpartiet «er kritiske til at det er valgt en énpilarsmodell for forordningen», M s. 2091.

⁵⁹ Det er få eksempler fra praksis for at det på Stortinget er stilt spørsmål ved selve gyldigheten (eller eksistensen) av læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring etter § 26 annet ledd. Tvert imot har dette blitt lagt til grunn av skiftende storting, ofte ved enstemmighet og andre ganger med bredt flertall. I den grad det er stilt spørsmål ved læren som sådan, er det i juridisk teori, herunder i en artikkel fra Eirik Holmøyvik i Nytt Norsk Tidsskrift i 2013, s. 117-125 om «Sikker konstitusjonell praksis»? Grunnlova og Noregs avtaler om suverenitetsoverføring, se M s. 3613. Dette er imøtegått i Sejersted, Læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring – statsrettslig selvbedrag eller fornuftig grunnlovstolking?, i Nytt Norsk Tidsskrift 2014 s. 416-422, se M. s. 3695. Se også Lilleby (2010), Grunnloven § 93 og unntaket for «lite inngripende» myndighetsoverføring, inntatt i M s. 3622 flg.

REGJERINGSADVOKATEN

Spørsmålet om man er innenfor Stortingets kompetanse til å samtykke etter § 26 annet ledd, gjelder spørsmål om saksbehandlingen for stortingsbeslutninger. Skiftende storting og regjeringer har opp gjennom årene lagt til grunn at det i utgangspunktet er Stortinget selv som avgjør om det i et konkret tilfelle kan gis samtykke etter § 26. Lovavdelingen bygger på samme måte på Stortingets praksis og grunnlovsvurderinger.

Det har etter praksis ikke i seg selv betydning for den konstitusjonelle vurderingen om organet som har fått overført kompetanse er en del av EFTA-pilaren i EØS-samarbeidet eller EU-pilaren.

Gjennomgangen viser videre at Stortinget har gitt sitt samtykke til myndighetsoverføring etter § 26 annet ledd i en lang rekke saker, både innenfor EØS-avtalen og utenfor denne. Stortinget har gjort dette basert på en konkret vurdering av myndighetsoverføringen i den enkelte sak, vurdert opp mot de momentene som er trukket opp i praksis for hva som kan anses som «lite inngripende» myndighetsoverføring.

Dersom Høyesterett i en rådgivende betenkning etter § 83 enten skulle være uenig i det syn som skiftende storting og regjeringer gjennom flere tiår til nå har hatt på adgangen til å gi samtykke til «lite inngripende» myndighetsoverføring etter § 26 annet ledd, eller anse at kriteriene for å bedømme dette må være annerledes, eller at terskelen må ligge høyere, så vil dette ikke bare få betydning for foreliggende sak og fremtidige saker. Det vil også kunne reise spørsmål om grunnlovmessigheten av allerede foretatte stortingsvedtak. Konsekvensene av dette vil være uoversiktlige. Norge har påtatt seg en lang rekke folkerettslige og EØS-rettslige forpliktelser basert på disse samtykkevedtakene, som uansett være bindende, og som i stor grad er nedfelt og gjennomført i norsk lov. Men hvilken betydning en annen tolking av grunnlovens rammer vil kunne ha, er likevel vanskelig å overskue, utover at det utvilsomt vil føre til usikkerhet og tvist. Videre vil det også etter forholdene kunne endre rammevilkårene for fremtidig norsk utenriks- og europapolitikk, og gjøre denne vanskeligere og mer komplisert.

På denne bakgrunn vil vi anmode Høyesterett om å gi sin tilslutning til den rettsforståelsen av Grunnloven § 26 annet ledd som er utviklet av skiftende storting og regjeringer gjennom flere tiår, og som etter regjeringens syn er uttrykk for sikker konstitusjonell rett.

4 DIREKTIV 2012/34/EU OM ET FELLES EUROPEISK JERNBANEOMRÅDE OG FJERDE JERNBANEPAKKE

4.1 Innledning

Det er Stortinget selv som konstitusjonelt må avgjøre om det vil behandle saken om samtykke til innlemmelse av rettsaktene om fjerde jernbanepakke etter prosedyren i Grunnloven § 26 annet ledd. I den proposisjonen som regjeringen fremla om saken i mai 2020, Prop.101 LS (2019-2020), er det imidlertid gjort en grundig vurdering av dette på s. 53-58, og den konkluderer som kjent med en tilrådning om at det etter regjeringens syn konstitusjonelt er adgang til å benytte § 26 annet ledd. I sin uttalelse av 25. august 2020 kom Lovavdelingen til samme konklusjon.

Når Høyesterett nå er bedt om en rådgivende betenkning om dette spørsmålet, reiser det spørsmål både om den rettslige vurderingen som regjeringen har lagt til grunn, og om den konkrete vurderingen av innholdet i rettsaktene om fjerde jernbanepakke.

Hva gjelder det relevante faktum, vises det til det til den omfattende presentasjonen i Prop.101 LS, både av fjerde jernbanepakke generelt, og av elementene av myndighetsoverføring. Videre

REGJERINGSADVOKATEN

vises det til statsrådets svar på spørsmål fra Stortinget,⁶⁰ og til beskrivelsen av faktum i Lovavdelingens uttalelse av 25. august 2020, som regjeringen kan slutte seg til.

Selve regelverket fremgår av de sentrale rettsaktene, herunder forordning 2016/796 (ERA-forordningen), direktiv 2016/797 (samtrafikkdiriktivet) og direktiv 2016/798 (sikkerhetsdirektivet), som alle inntatt i materialsamlingen.

Gjennomgangen i det følgende er kun ment som en sammenfatning av hovedpunktene i den fremstilling som allerede er gitt til Stortinget, med vekt på spørsmål som kan være av relevans for Høyesteretts vurdering, og herunder spørsmål som har vært fremme i den offentlige debatt.

I spørsmålet fra Stortinget er det vist til «*innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2012/34/EU om et felles europeisk jernbaneområde og rettsaktene som utgjør fjerde jernbanepakke*». For ordens skyld skal bemerkes at direktiv 2012/34/EF ikke i seg selv innebærer noe element av myndighetsoverføring. Dette er kun et spørsmål hva gjelder «rettsaktene som utgjør fjerde jernbanepakke». Videre regulerer disse rettsaktene også en rekke andre spørsmål, som heller ikke reiser noe spørsmål om myndighetsoverføring. Det er med andre ord bare en avgrenset del av «fjerde jernbanepakke» som reiser spørsmål i relasjon til Grunnloven § 26 annet ledd.

4.2 Kort om formålet med fjerde jernbanepakke og overføringen av myndighet til ERA

Enkelt forklart er «fjerde jernbanepakke» et sett med direktiver og forordninger som skal bidra til å oppfylle den overordnede målsettingen om å styrke jernbanen som transportmiddel. Formålet med regelverket er å effektivisere det felles europeiske jernbaneområdet, i tillegg til å sikre et bedre sikkerhetsnivå og en enhetlig sikkerhetskultur i Europa. Regelverket er derfor rettet mot alle jernbaneaktører for all type jernbanevirksomhet, slik at jernbanesystemet i EU/EØS skal fungere som ett indre marked for jernbaneprodukter og -tjenester.

Fjerde jernbanepakke kan deles inn i to deler – en «markedsdel» og en «teknisk del». Hver av delene vil innlemmes gjennom hver sin EØS-komiteebeslutning, der rettsaktene er inntatt som vedlegg.⁶¹ En oversikt over de aktuelle rettsaktene fremgår av proposisjonen kapittel 1 og 2.⁶² Rettsaktene inneholder hjemler for Kommisjonen til å vedta ny gjennomføringslovgivning, som vil utgjøre ytterligere detaljregelverk om tekniske forhold.

Fjerde jernbanepakke innebærer i all hovedsak en videreføring av lovgivning som allerede er inntatt som en del av EØS-avtalen. Tidligere sikkerhetsdirektiv og samtrafikkdirektiv har vært gjeldende lenge i norsk rett, og er innarbeidet i norsk lovgivning. Norge har deltatt i arbeidet i det europeiske jernbanebyrået («ERA») siden byrået ble opprettet i 2004, og har en representant i byråets styre, men uten at vedkommende har stemmerett.

De elementene i fjerde pakke som reiser spørsmål om «myndighetsoverføring» er ERAs oppgaver i forbindelse med utstedelse av *kjøretøytilatelse* og felles *sikkerhets sertifikater*. Den nye ERA-forordningen har regler for utstedelse av dette, som tilfører byrået et utvidet myndighetsområde sammenlignet med tidligere regelverk, og det er dette som må vurderes opp mot kriteriene for samtykke til «lite inngripende» myndighetsoverføring etter § 26 annet ledd.

⁶⁰ Se svar på spørsmål 1, 3, 4 (M s. 364), 7 (M s. 381), 8-10 (M s. 383) og 11 (M s. 388)

⁶¹ Se her vedlegg 1 og 2 til Prop. 101 LS i M s. 206 og 2013.

⁶² Rettsaktene er også alle inntatt i materialsamlingen på engelsk, se innholdsfortegnelsen.

REGJERINGSADVOKATEN

For fullstendighetens skyld bemerkes det at ERA har flere oppgaver utover å fatte vedtak om sikkerhetssertifikater og kjøretøytillatelser. Dette fremgår av ERA-forordningen artikkel 4, mens de nødvendige EØS-tilpasningene fremgår av vedlegg 1 til proposisjonen.⁶³ Spesielt kan det nevnes at ERA også har en sentral rolle i utviklingen av nytt jernbaneteknisk og sikkerhetsmessig regelverk i EU. Dette gjøres ved at byrået foreslår nytt regelverk, som deretter sendes til Kommisjonen for sluttbehandling og endelig fastsettelse. Statens jernbanetilsyn («SJT») og Statens havarikommisjon deltar blant annet i byråets arbeid i disse prosessene.

Selv om noe vedtaksmyndighet overføres til ERA i og med fjerde jernbanepakke, vil likevel de langt fleste avgjørelsene på jernbaneområdet fortsatt ligge til norske myndigheter.⁶⁴ Dette ble det redegjort for i statsrådets innlegg på Stortinget den 17. desember 2020.⁶⁵

Fjerde jernbanepakke etablerer også enkelte nye mekanismer for tvisteløsning som gjelder ved uenighet mellom ERA og nasjonale sikkerhetsmyndigheter.⁶⁶ Denne voldgiftsordningen er en nyskaping i forhold til den etablerte tvisteløsningsstrukturen i EØS-avtalen, og er også sentral for å forstå samspillet mellom byrået og nasjonale sikkerhetsmyndigheter.

4.3 Regjeringens syn på elementene av myndighetsoverføring

Kjernen i regjeringens syn er at innlemmelse av fjerde jernbanepakke i EØS-avtalen vil innebære visse elementer av overføring av hovedsakelig forvaltningsmyndighet, men at denne er av «lite inngripende» karakter, og at Stortinget derfor kan gi sitt samtykke etter prosedyren i § 26 annet ledd. Det vises til redegjørelsen for dette i proposisjonen, samt i uttalelsen fra Lovavdelingen. Det følgende må kun sees som en sammenfatning av hovedpunktene, med utdyping på noen punkter som har vært fremme i det offentlige ordskiftet.

4.3.1 Art og omfang av myndighetsoverføringen

Som det går frem av proposisjonens kapittel 17.2 og 17.3, og som er redegjort ovenfor, skal det etter Stortingets og Lovavdelingens praksis foretas en helhetlig vurdering av en rekke elementer når grunnlovsmessigheten av en myndighetsoverføring skal vurderes. Arten av myndigheten som overføres, er ett moment i vurderingen.

I dette tilfellet dreier det seg først og fremst om overføring av forvaltningsmyndighet.⁶⁷ Som Lovavdelingen fremhever er to typer vedtaksmyndighet ERA innrømmes som står særlig sentralt. Den første gjelder ERAs myndighet til å utstede, fornye, suspendere og endre *felles sikkerhetssertifikat*.⁶⁸ Dette gjelder sikkerhetssertifikater som er gyldige i hele EØS-området.⁶⁹

⁶³ Se vedlegg 1 til Prop. 101 LS (s. 77-78), M s. 210-211.

⁶⁴ De viktigste forholdene er kort nevnt i Prop. 101 LS kap. 17.1 i M s. 186.

⁶⁵ M s. 435.

⁶⁶ Det er redegjort for omfanget av dette i Prop. 101 LS kap. 2.1.4.3, se også omtalen om ordningen med voldgift i kap. 17.4.5, M s. 148 og s. 190. Voldgiftsordningen er drøftet på s. 18 i Prop. 101 LS, se M s. 151.

⁶⁷ Se punkt 1.2 av Lovavdelingens uttalelse, M s. 370. Se også Prop. 101 LS (2019–2020) punkt 17.4.1 (side 53-54), M s. 186.

⁶⁸ «Felles sikkerhetssertifikat» er et uttrykk for at det utstedes ett sikkerhetssertifikat med gyldighet for EU, men avgrenset til strekningene/jernbanenettene hvor virksomheten skal utføres og hva den går ut på. Tidligere utstedte hver enkelt nasjonale sikkerhetsmyndighet et sikkerhetssertifikat for hvert sitt nasjonale jernbanenett.

⁶⁹ Jf. artikkel 14 i ERA-forordningen og artikkel 10 i nytt sikkerhetsdirektiv, se M s. 506 og s. 621. Se Prop. 101 LS punkt 17.4.2 (s. 55) i M s. 188 for nærmere beskrivelser.

REGJERINGSADVOKATEN

Den andre vedtaksmyndigheten gjelder utstedelse av tillatelser til å bringe kjøretøyer og kjøretøytyper i omsetning. Også dette gjelder materiell som skal kunne benyttes innenfor hele EØS-området.⁷⁰ Dersom det er norske rettssubjekter som har søkt om kjøretøytillatelse eller sikkerhets sertifikat, innebærer dette at ERA vil kunne treffe vedtak med direkte virkning for disse rettssubjektene.⁷¹

I tillegg til denne vedtakskompetansen, har ERA myndighet til å gi bindende forhåndsgodkjenning av tekniske løsninger som inngår i ERTMS-anlegg («European Rail Traffic Management System»). ERTMS er et felleseuropeisk togkontrollsystem som på sikt skal erstatte dagens signalanlegg. Det er Statens jernbanetilsyn som treffer avgjørelse om bruk av dette anlegget, og i Norge er det Bane NOR som står for utlysning av eventuelle anbudskonkurranser for ERTMS-utstyr. ERA har likevel en rolle i forkant av slike beslutninger gjennom å kontrollere at planlagte tekniske løsninger er i tråd med såkalte «TSI'er», som er tekniske spesifikasjoner for samtrafikkvegne («Technical Specifications for Interoperability»)⁷² Byråets kontroll skal sikre harmonisert innføring av ERTMS i Europa. Et vedtak om forhåndsgodkjenning vil være rettet mot søkeren, som regel en infrastrukturforvalter.⁷³

Alle disse tre formene for vedtaksmyndighet må kategoriseres som *forvaltningsmyndighet*. ERAs vedtak vil kunne bringes inn for EU-domstolen når klagemulighetene hos byråets eget klageorgan er uttømt.⁷⁴ I den forstand inneholder fjerde jernbanepakke også et mulig element av *domsmyndighet*. Overføringen av domsmyndighet til EU-domstolen er imidlertid avledet av ERAs forvaltningsmessige myndighet, og gjelder kun innenfor byråets kompetanse til å fatte forvaltningsvedtak. Derimot er det, som vi kommer tilbake til nedenfor, ikke presist å hevde, slik enkelte har gjort, at disse rettsaktene innebærer noen overføring av *lovgivningsmyndighet*.

De elementene av myndighetsoverføringen som følger av fjerde jernbanepakke kan sies å være av noe ulik art. Det er overføring av forvaltningsmyndighet som er det mest fremtredende. Hvorvidt det også er mindre elementer av annen type myndighet er mer omstridt. Slik regjeringen ser det, bør det imidlertid uansett ikke være avgjørende i seg selv hvordan myndigheten klassifiseres. Det er snarere spørsmålet om hvordan myndighetsoverføringen virker, herunder hvilket omfang den har og hvilke interesser mv. den berører. Den nærmere klassifiseringen kan ofte diskuteres, og avgjør ikke i seg selv om myndighetsoverføringen er mer eller mindre inngripende.

Samlet sett er det i dette tilfellet uansett tale om myndighetsoverføring på et teknisk og sikkerhetsmessig avgrenset område, basert på detaljerte regler med lite rom for skjønn. Det vil være et begrenset antall profesjonelle aktører som vil kunne bli berørt av regelverket, og ikke

⁷⁰ Jf. artikkel 20 og 21 i ERA-forordningen og artikkel 21 og 24 i nytt samtrafikkdirektiv, se M s. 508, 632 og s. 634. Se Prop. 101 LS punkt 17.4.1 (s. 54) i M s. 187 for en nærmere beskrivelse.

⁷¹ Dersom søkeren er etablert i en annen EØS-stat, vil ERAs vedtak få virkning i Norge når vedtaket omfatter jernbaneforetak som vil operere i Norge eller kjøretøyer som det er meningen å bruke i Norge, se Prop 101 LS kap. 17.4.1, M s. 186.

⁷² Se nærmere artikkel 22 i ERA-forordningen (2016/796) og artikkel 19 i nytt samtrafikkdirektiv (2016/797) i M s. 508 og s. 569. En TSI er ifølge samtrafikkdirektivet artikkel 2 nr. 11 «en spesifisering vedtatt i samsvar med dette direktiv som hvert delsystem eller del av et delsystem skal omfattes av for å oppfylle de grunnleggende kravene og sikre samtrafikkvegnen i Unionens jernbanesystem», se M s. 225. Det vil si harmonisert teknisk regelverk vedtatt i form av gjennomføringsrettsakter, som til sammen danner kravsettet for komponenter, delsystemer og kjøretøyer, i tillegg til eventuelle nasjonale regler. For direktivet på engelsk, se M s. 556.

⁷³ For nærmere beskrivelser viser vi til Prop. 101 LS punkt 2.1.4.2 (side 14–15), og punkt 7 (side 34–37) og punkt 17.4.1 (side 54), M s. 147, 167 og 187.

⁷⁴ Vilkårene for dette er omtalt i Prop 101 LS kap. 2.1.4.3 og 17.4.1, M s. 148 og s. 186.

enkeltpersoner. For oversiktens skyld kan aktørene og interessene som berøres av elementene av myndighetsoverføringen, oppsummeres slik:

- For sikkerhets sertifikat, basert på oversikt på sjt.no:⁷⁵ Norsketablerte jernbaneforetak som driver trafikk i flere land, dvs. Vy, Cargonet, flere godsaktører. Eventuelt også øvrige norsketablerte nasjonale operatører, hvis de ønsker det selv.
- For kjøretøytillatelser: Søkere, det vil først og fremst si produsenter, men også jernbaneforetak, kjøretøyeiere eller andre.
- For forhåndsgodkjenning av ERTMS-systemer i infrastrukturen: Bane NOR vil i prinsippet kunne omfattes, men her er det verdt å merke seg at det norske ERTMS-prosjektet har kommet så langt at det ikke lenger er aktuelt med ERAs forhåndsgodkjenning. Samtidig kan det ikke utelukkes at senere endringer i prosjektet kan medføre krav om ERAs godkjenning.⁷⁶

Det ligger videre en viktig begrensning i at ERA ikke har vedtaksmyndighet for sikkerhets sertifikat og kjøretøytillatelser i situasjoner der det kun drives nasjonal virksomhet, og relevante aktører ber om at Statens jernbanetilsyn skal fatte vedtak.⁷⁷ Dette vil typisk berøre aktører som Flytoget, Go-Ahead Norge, SJ Norge, Vy Gjøvikbanen, enkelte godsoperatører, og jernbanekjøretøyer som bare skal brukes i Norge, herunder nye lokaltog.

4.3.2 Til kritikken som går på myndighetsoverføringens art

I forbindelse med at det overføres forvaltningsmyndighet til ERA til å treffe vedtak, er det i den offentlige debatt kommet opp spørsmål om tilslutning til fjerde jernbanepakke også medfører overføring av myndighet til Kommisjonen til å fastsette nytt regelverk med direkte virkning for aktører i Norge. Etter vårt syn er dette ikke en treffende beskrivelse.

Slik det også går frem av samferdselsministerens svar til Stortinget 27. mai 2020,⁷⁸ er det etter regjeringens vurdering ikke tale om å overføre lovgivningsmyndighet til Kommisjonen. Det er tvert imot lagt opp til at de normale prosessene for hvordan nytt EU-regelverk skal tas inn i EØS-avtalen og komme til anvendelse i Norge, skal gjelde. Også utfyllende regelverk må innlemmes i EØS-avtalen gjennom vedtak i EØS-komiteen. Det er ikke gjort unntak fra dette grunnleggende prinsippet, noe som også illustreres ved at det i utkastet til EØS-komiteebeslutning, foreslås innlemmet en rekke gjennomføringsforordninger vedtatt av Kommisjonen.⁷⁹

Det er nevnt i Prop 101 LS at det kan tenkes at ERA vil treffe vedtak basert på gjennomføringsregelverk som ennå ikke er tatt inn i EØS-avtalen, og at dette kan ha «et element av myndighetsoverføring i seg».⁸⁰ Samtidig er det fremhevet at ERA er «bundet av de regler som følger av EØS-avtalen», som nettopp må omfatte det regelverket, inkludert gjennomføringsforordninger, som på det aktuelle tidspunktet er innlemmet i EØS-avtalen.⁸¹

⁷⁵ M s. 902.

⁷⁶ Se også Prop. 101 LS kap. 18.3 (s. 62), M s. 195.

⁷⁷ Jf. samtrafikkdirektivet (216/797) artikkel 21 nr. 8 og sikkerhetsdirektivet (2016/798) artikkel 10 nr. 8 i M s. 572 og 622. Se Prop. 101 LS kapittel 2.1.4 og 17.4.1, M s. 147 og s. 187.

⁷⁸ Svar på spørsmål 2 fra komiteen, M s. 364.

⁷⁹ EØS-komiteebeslutningen er inntatt som vedlegg 1 til proposisjonen. Se artikkel 1 nr. 13 (forslag til nye nr. 37p til 37pe i EØS-avtalen vedlegg XII) i M s. 209-210.

⁸⁰ Se Prop. 101 LS (2019-2020) punkt 17.4.5, M s. 190.

⁸¹ Ibid.

På denne bakgrunn er det ikke naturlig å omtale myndighetsoverføringen som overføring av lovgivende myndighet.⁸²

4.3.3 Hvilke samfunnsmessige og politiske interesser som berøres

Som nevnt er det et begrenset antall aktører som vil kunne berøres direkte av ERAs vedtak. Et annet moment som skal ses hen til i vurderingen, er arten av de samfunnsmessige og politiske interessene som berøres gjennom myndighetsoverføringen.

Reglene om byråets utstedelse av kjøretøytilatelse skjer på et område der det i lengre tid har vært internasjonale ordninger for gjensidig anerkjennelse av tillatelse eller godkjenninger utstedt av andre lands myndigheter, på bakgrunn av et harmonisert teknisk regelverk. De ordningene som løses innenfor EU-EØS, kan derfor ses på som en videreutvikling av det som hittil har vært aksepterte ordninger etter bilaterale eller multilaterale avtaler.⁸³ Tilsvarende gjelder for sikkerhetssertifikater, der man etter någjeldende sikkerhetsdirektiv anerkjenner andre nasjonale sikkerhetsmyndigheters vurderinger.⁸⁴

For jernbaneforetaket som søker, er det nødvendig å oppfylle visse sikkerhetskrav. Det er de samme kravene som må oppfylles uavhengig av om det er SJT eller ERA som er rette myndighet.⁸⁵ For jernbaneforetak som bare utøver trafikk i Norge, er det anledning til å velge om SJT eller ERA skal treffe vedtak. I slike tilfeller kan altså jernbaneforetaket selv avgjøre om det har interesse av å la nasjonal myndighet eller byrået utøve myndighet overfor seg. Når ERA er rett vedtaksmyndighet, skal eventuelle nasjonale interesser som er nedfelt i nasjonale tekniske eller sikkerhetsmessige regler, vurderes av SJT i søknadsprosessen.⁸⁶

I sum viser disse elementene at fjerde jernbanepakkes innvirkning på de samfunnsmessige og politiske interessene er begrenset, siden vesentlige deler av vurderingene som skal gjøres mot harmoniserte krav allerede er overlatt til andre lands eller organisasjoners myndigheter.

4.3.4 Gjensidighet og likeverdig deltagelse

Når omfanget av myndighetsoverføringen skal vurderes, er det også viktig å se hen til hvilke mekanismer i regelverket som skal sikre at norske interesser blir ivaretatt. Dette sikres gjennom gjensidighet og likeverdig deltagelse.

⁸² Lovavdelingen legger i sin vurdering proposisjonens beskrivelse til grunn, se s. 2 og viser til proposisjonens beskrivelse i punkt 17.4.5 av dette som «et element av myndighetsoverføring», og videre at det «i så fall» kan ses som «en form for overføring av lovgivende myndighet (forskriftsmyndighet)», se vurderingen s. 5. Det har uansett begrenset betydning i Lovavdelingens samlede vurdering, se s. 9. Se M s. 370.

⁸³ Av jernbaneloven § 5 fremgår det at internasjonale avtaler kan medføre at det ikke er påkrevd med en egen tillatelse, og Norge er bundet av denne typen bestemmelser etter Overenskomst om internasjonal jernbanetrafikk (OTIF), se M s. 13 og s. 22.

⁸⁴ Dette gjelder for de delene av jernbaneforetaks sikkerhetsstyringssystemer som er basert på det harmoniserte regelverket, se direktiv 2004/49/EF artikkel 10 nr. 2-4, M s. 856-857. Statens jernbanetilsyn har til nå bare utført egne vurderinger av «spesifikke nasjonale krav som er satt med henblikk på risikohåndtering og sikker bruk av jernbanenettet» når en annen nasjonal sikkerhetsmyndighet har vært hovedansvarlig for sikkerhetssertifikatet, jf. lisensforskriften § 17, se M s. 28. ERAs nye rolle med å vurdere de harmoniserte kravene til sikkerhetssertifikat skiller seg ikke vesentlig fra den etablerte arbeidsfordelingen mellom norske og utenlandske myndigheter.

⁸⁵ Jf. sikkerhetsdirektivet (216/798) artikkel 10 nr. 8 og samtrafikkdirektivet (216/797) artikkel 21 nr. 8, M s. 627 og s. 572.

⁸⁶ Jf. sikkerhetsdirektivet (216/798) artikkel 10 nr. 5 og samtrafikkdirektivet (216/797) artikkel 21 nr. 5, M s. 621 og s. 571. Dette er omtalt i Prop. 101 LS kap. 2.1.4.3 og 17.4.3, M s. 148 og s. 190.

Norske myndigheter, i første rekke Statens jernbanetilsyn, men også Statens havarikommisjon, deltar i ERAs ordinære virksomhet på lik linje med EU-statenes myndigheter.⁸⁷ Norske myndigheter deltar i prosessene hvor ERA gir forslag til nytt regelverk som Kommisjonen fastsetter. Aktiv deltakelse i disse prosessene gir rom for å løse eventuelle uenigheter mellom ulike stater. Kommisjonen følger en alminnelig fremgangsmåte for vedtakelse av gjennomføringsregelverket, etter å ha rådført seg med EU- og EFTA-statene i en egen komité.⁸⁸

I de tilfellene der ERA har vedtaksmyndighet gjelder det en klar arbeidsfordeling mellom byrået og nasjonale sikkerhetsmyndigheter, både med tanke på å vurdere nasjonale regler som er relevante i den enkelte sak, og ved at den nasjonale sikkerhetsmyndigheten skal samordne tilretteleggingen av besøk, revisjoner og inspeksjoner i forbindelse med byråets saksbehandling av søknader om sikkerhetssertifikat.⁸⁹

Hvis det skulle oppstå uenigheter mellom de nasjonale sikkerhetsmyndighetene og byrået, er utgangspunktet at de skal samarbeide med sikte på å oppnå en gjensidig akseptabel vurdering.⁹⁰ Prosessen vil, om nødvendig, også omfatte søkeren av sikkerhetssertifikat. Den nasjonale sikkerhetsmyndigheten kan oversende saken til voldgift hos klageinstansen dersom det ikke oppnås enighet. Byrået kan ikke oversende saker til voldgift etter disse bestemmelsene, men treffer en endelig beslutning i saken hvis den nasjonale sikkerhetsmyndigheten ikke oversender saken til voldgift innenfor fristene som er angitt.⁹¹

4.3.5 Muligheten for å avbøte uheldige virkninger

Muligheten for å avbøte uheldige virkninger ved myndighetsoverføringen er et annet element som inngår i vurderingen av om myndighetsoverføringen er «lite inngripende». Etter vårt syn kan det diskuteres hva som egentlig vil kunne utgjøre såkalte «uheldige» virkninger av ERAs kompetanse. I proposisjonen er det lagt til grunn at dette først og fremst vil kunne være tilfelle hvis byrået skulle utstede et sikkerhetssertifikat eller en kjøretøytillatelse til tross for at Statens jernbanetilsyn har vurdert at de relevante norske kravene ikke er oppfylt.⁹²

En sentral oppgave for Statens jernbanetilsyn er å føre tilsyn med jernbanevirksomhet i Norge. Ved utøvelse av sin tilsynsfunksjon, vil tilsynet, uavhengig av fjerde jernbanepakke, ha det samme hjemmelsgrunnlaget som i dag for å gripe inn overfor virksomheter. Tilsynet kan gi pålegg om korrigerende tiltak eller påby stans av driften helt eller delvis når sikkerhetsmessige hensyn krever det, jf. jernbaneloven § 11 femte og sjettede ledd.⁹³ Dette gjelder også i situasjoner der ERA utsteder sikkerhetssertifikat eller kjøretøytillatelse i situasjoner hvor det er uenighet mellom byrået og tilsynet om sikkerhetsvurderinger, og der uenigheten ikke har blitt løst

⁸⁷ Se proposisjonen kap. 17.4.3 i M s. 189.

⁸⁸ «Railway Interoperability and Safety Committee», gjerne forkortet «RISC».

⁸⁹ Jf. direktiv 2016/797 artikkel 21 nr. 5 (særlig bokstav b), nr. 6 og 7, direktiv 2016/798 artikkel 10 nr. 5, særlig bokstav b og annet ledd, nr. 6 og 7, samt nærmere prosessuelle bestemmelser i forordning 2018/545 og forordning 2018/763. Se omtale om tilhørende behov for lovendringer som en følge av dette i Prop. 101 LS kap. 6.3 (side 32), M s. 165.

⁹⁰ Se Prop. 101 LS kap. 2.1.4.3 (side 16 annen spalte) og 17.4.3 i M s. 149 og s. 189 og foran nevnte direktivbestemmelser.

⁹¹ Jf. direktiv 2016/798 artikkel 10 nr. 7 og direktiv 2016/797 artikkel 21 nr. 7. Se Prop. 101 LS kap. 2.1.4.3 (s. 16) i M s. 149.

⁹² Prop. 101 LS kap. 17.4.4 (med henvisning til 2.1.4.3), M s. 190.

⁹³ M s. 18.

REGJERINGSADVOKATEN

gjennom tvisteløsningsmekanismene som inngår i fjerde jernbanepakke.⁹⁴ Dette omtales gjerne som «stoppknappen».⁹⁵ Fordi denne «stoppknappen» har vært omdiskutert i det offentlige ordskiftet, vil vi kommentere disse mekanismene noe nærmere.

Når Statens jernbanetilsyn iverksetter slike sikkerhetstiltak som nevnt, skal ERA varsles hvis det er byrået som har utstedt sikkerhets sertifikat eller kjøretøytilatelse. Statens jernbanetilsyn må selvsagt vurdere konkret i hver enkelt sak hva som er en forholdsmessig reaksjon på sikkerhetsbrudd, og forholdene som tilsier hel eller delvis stans av virksomheten må rettes før virksomheten kan gjenopptas. Men dersom ERA mener tiltakene Statens jernbanetilsyn iverksetter er uforholdsmessige, kan de «be den nasjonale sikkerhetsmyndigheten om å trekke tilbake eller tilpasse disse tiltakene».⁹⁶ Ved uenighet mellom ERA og Statens jernbanetilsyn, skal byrået og tilsynet som utgangspunkt samarbeide med sikte på å oppnå en gjensidig akseptabel løsning. ERA kan altså ikke avgjøre om et vedtak som treffes av Statens jernbanetilsyn må oppheves, men det skal settes i gang en prosess for å oppnå en gjensidig akseptabel løsning. Om nødvendig skal denne prosessen også omfatte jernbaneforetaket. Dersom sistnevnte framgangsmåte ikke lykkes, skal den nasjonale sikkerhetsmyndighetens beslutning om å treffe midlertidige tiltak, fortsatt være gjeldende.⁹⁷

Dersom tilsynets stansvedtak varer i mer enn tre måneder, må tilsynet anmode ERA om å trekke tilbake sikkerhets sertifikatet eller kjøretøytilatelsen.⁹⁸ Regelverkets tvisteløsningsmekanismer vil igjen bli aktuelle hvis byrået er uenig i at det er grunnlag for å trekke tilbake sikkerhets sertifikatet.⁹⁹ Utfallet av en voldgifts prosess kan bli at sikkerhets sertifikatet ikke begrenses eller tilbakekalles, og da må de nasjonale stansvedtakene «midlertidig oppheves». Departementet har i proposisjonen drøftet hvordan slike situasjoner kan løses, ettersom konsekvensene av dette ikke er regulert i direktivet.¹⁰⁰ Det mest nærliggende er at Statens jernbanetilsyn må gjøre en fornyet vurdering basert på de foreliggende omstendighetene og eventuelle føringer fra voldgiftssaken. Det er uansett ikke holdepunkter i direktivet for å hevde at «stoppknappen» er begrenset til tre måneder, slik enkelte har hevdet. Videre er det ikke riktig at ERA har myndighet til å «overprøve» nasjonale myndigheters midlertidige sikkerhetstiltak, slik enkelte også har hevdet. ERA kan stille spørsmål ved om tiltakene er forholdsmessige, og eventuelt være uenig i en nasjonal sikkerhetsmyndighets anmodning om å kalle tilbake et sikkerhets sertifikat etter nasjonalt gjennomførte tilsyn.¹⁰¹

Det er heller ikke holdepunkter for å hevde at norske myndigheter ikke har hjemmel til å anvende «stoppknappen» på nytt for samme forhold, med mindre omstendighetene rundt eller begrunnelsen for anvendelsen endrer seg. Det vises her til beskrivelsen i proposisjonen:¹⁰²

⁹⁴ Jf. sikkerhetsdirektivet (2016/798) artikkel 17 nr. 6 og samtrafikkdirektivet (2016/797) artikkel 26, se M s. 629 og s. 575.

⁹⁵ En samlet fremstilling av norske myndigheters «stoppknapp» fremgår av Prop. 101 LS kapittel 17.4.2, se M s. 54 flg.

⁹⁶ Se sikkerhetsdirektivet (2016/798) artikkel 17 nr. 6 tredje ledd i M s. 629.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Jf. sikkerhetsdirektivet (2016/798) artikkel 17 nr. 6 femte ledd, M s. 629.

⁹⁹ Merk at ERA ikke kan kreve voldgift etter sikkerhetsdirektivet (2016/798) artikkel 17 nr. 5, jf. artikkel 10 nr. 7. Det er nasjonale myndigheter som må iverksette voldgiftsproseduren, se M s. 629.

¹⁰⁰ Se særlig kap. 2.1.4.3 (side 17), M s. 150.

¹⁰¹ Dette er omtalt i proposisjonen, og fremgår av artikkel 17 nr. 6 i sikkerhetsdirektivet (2016/798), se M s. 629.

¹⁰² Prop. 101 LS punkt 2.1.4.3, M s. 150.

REGJERINGSADVOKATEN

«Det er bare hvis voldgiftsbehandlingen resulterer i at sikkerhetscertifikatet ikke skal begrenses eller tilbakekalles, at de nasjonale sikkerhetstiltakene skal suspenderes, jf. artikkel 17 nr. 5 annet ledd siste punktum. 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.»

Det er ikke grunnlag for å anta at SJT kan gjeninnføre midlertidig opphevede sikkerhetstiltak. Men det må altså foretas en oppdatert vurdering hvor de foreliggende omstendighetene tas i betraktning, med eventuelle føringer fra voldgiftssaken.¹⁰³

Når det gjelder kontrollmuligheter mer generelt, vil vedtak som treffes i forbindelse med utøvelse av tilsyn fra nasjonale sikkerhetsmyndigheter være gjenstand for alminnelig nasjonal domstolskontroll.¹⁰⁴ Dette gjelder SJTs vedtak om stans eller pålegg om korrigerende tiltak med hjemmel i jernbaneloven § 11 femte og sjette ledd. Vedtak som ERA fatter kan bringes inn for EU-domstolen av de berørte fysiske og juridiske personene, på nærmere angitte vilkår, etter at de har uttømt klagemuligheten hos ERAs klageorgan («Board of Appeal»)¹⁰⁵.

4.3.6 Kort om muligheten for sanksjoner

Fjerde jernbanepakke innebærer ikke myndighet for ERA til å ilegge andre sanksjoner enn å kalle tilbake, suspendere eller begrense kjøretøytillatelsene eller sikkerhetscertifikatene som er utstedt av ERA, som regel på bakgrunn av mangler som er avdekket ved tilsyn og kontroll utført av nasjonale sikkerhetsmyndigheter. Dette er altså administrative reaksjoner som er avledet av byråets myndighet til å utstede kjøretøytillatelser og sikkerhetscertifikater.

Det foreslås i proposisjonen at SJT får hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr ved gjentatte brudd på regelverket.¹⁰⁶ Det er da SJT som beslutter dette, basert på norsk lovgivning. Vi kan ikke se at dette medfører betenkeligheter opp mot Grunnloven § 96 og § 113, slik enkelte har hevdet. Alternativet for SJT i dag er å politianmelde selskapet for gjentatte overtredelser av regelverk/tillatelser, og at selskapet så bøtelegges – av norsk påtalemyndighet.

Til sammenligning kan flysikkerhetsbyrået EASA også fatte vedtak om bøter og tvangsmulkt, men for å få virkning overfor norske rettssubjekter treffes disse av norske myndigheter, se uttalelser i grunnlovsvurderingen til EASA av 10. mars 2010.¹⁰⁷

4.4 Sammenfatning og avsluttende merknader

På denne bakgrunn er det fortsatt regjeringens syn at de elementene av myndighetsoverføring som ligger i fjerde jernbanepakke er av avgrenset og lite inngripende karakter. Det er nøye beskrevet i det rettslige rammeverket hvordan samspillet mellom ERA og nasjonale myndigheter vil foregå, og det foreligger et oppdatert, enhetlig regelsett som grunnlag for de avgjørelsene som skal tas. Det gjelder tekniske og sikkerhetsmessige krav, som overlater lite rom for skjønn hos vedtaksmyndigheten.

¹⁰³ Se også statsrådets svar på spørsmål 9 og 10 fra komiteen, M s. 383.

¹⁰⁴ Se sikkerhetsdirektivet (2016/798) artikkel 17 nr. 6 fjerde ledd, se M s. 630.

¹⁰⁵ Se omtale i Prop. 101 LS kap. 2.1.4.3 (side 16), se M s. 149.

¹⁰⁶ Se Prop. 101 LS kap. 11.2, M s. 178.

¹⁰⁷ Lovavdelingens uttalelse 10. mars 2010 (JDLOV-2009-7963), M s. 3033.

REGJERINGSADVOKATEN

Det er bred politisk oppslutning om formålene som de tekniske og sikkerhetsmessige kravene skal ivareta, og det er mulighet for nasjonale, regionale eller lokale tilpasninger der omstendighetene gjør dette berettiget. Regelverket som skal legges til grunn ved myndighetsutøvelsen er gjenstand for de normale prosessene etter EØS-avtalen for å bli del av norsk rett, og skal anvendes på tilsvarende måte av byrået og Statens jernbanetilsyn, avhengig av hvem som er rett vedtaksmyndighet i den enkelte sak.

ERA vil i sin myndighetsutøvelse være bundet av EØS-avtalens bestemmelser. Statens jernbanetilsyn skal involveres i saker som berører norske regler, og norske interesser kan dermed ivaretas ved utøvelsen av byråets vedtaksmyndighet. Det er videre oppstilt tydelige regler om hvordan uenighet mellom byrået og nasjonale myndigheter skal løses.

Det introduseres ikke vesentlige nye materielle krav. Det er allerede en utstrakt og etablert praksis for at man anerkjenner andre staters godkjenninger og tillatelser som grunnlag for at jernbanekjøretøyer kan brukes i Norge, og som grunnlag for sikkerhetsattestater som utstedes i Norge. Det overføres ikke myndighet til å utføre kontroll og tilsyn etter at vedtak er truffet av byrået, og det er nasjonale myndigheter som kan treffe tiltak for å ivareta sikkerhetshensyn ved trafikkutøvelsen. Denne myndighetsutøvelsen er gjenstand for nasjonal rettslig prøving, selv om byrået i visse sammenhenger kan påpeke at tiltakene ikke anses forholdsmessige. Det legges heller ikke sanksjonsmyndighet til byrået utover de forvaltningsmessige reaksjonene knyttet til utstedte sikkerhetsattestater og kjøretøytillatelser.

På denne bakgrunn vil vi på vegne av klient fastholde at de elementene av myndighetsoverføring som kan sies å foreligge ved en innlemmelse av rettsaktene om fjerde jernbanepakke i EØS-avtalen klart nok er av «lite inngripende» karakter holdt opp mot de kriteriene og den praksis som etter sikker konstitusjonell rett gjelder for Stortingets adgang til å gi sitt samtykke etter prosedyren i Grunnloven § 26 annet ledd.

Med vennlig hilsen

REGJERINGSADVOKATEN

Fredrik Sejersted
Regjeringsadvokat

Kirsten Berger
Advokat

Vedlegg:

Materialsamling – relevante rettskilder ved tolkingen av Grunnloven § 26 annet ledd