

# **Grunnlovens regler om myndighetsoverføring og unntaket for "lite inngripende" myndighetsoverføring**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 222  
Leveringsfrist: 1. juni 2010

Til sammen 39 659 ord

01.06.2010

# Innholdsfortegnelse

## **INNHALDSFORTEGNELSE** **I**

### **1 INNLEDNING** **1**

**1.1 Tema og problemstillinger** **1**

**1.2 Hva er en myndighetsoverføring?** **2**

1.2.1 Nærmere om grensen mellom folkerettslig og direkte virkning **4**

**1.3 Samarbeidet med EU** **6**

**1.4 Investeringstraktater** **8**

1.4.1 Norge og investeringstraktater **10**

1.4.2 Materielt beskyttelsesvern **11**

1.4.3 Tvisteløsningsprosedyrer **12**

**1.5 Jurisdiksjonsavtaler** **14**

**1.6 Metode** **16**

**1.7 Den videre fremstillingen** **18**

### **2 HOVEDREGLENE OM MYNDIGHETSOVERFØRING** **19**

**2.1 Grl. § 26 – den alminnelige traktatkompetansebestemmelsen** **19**

**2.2 Grl. § 93 – en prosessuell bestemmelse** **22**

2.2.1 Særlig om tilslutningsvilkåret **25**

**2.3 Grl. § 112** **27**

**2.4 Grl. § 1** **27**

**2.5 Grunnlovens kompetansebestemmelser** **31**

2.5.1	Kompetansebestemmelsenes ordlyd og formål	32
2.5.2	Skillet mellom folkerettslig og direkte virkning er sentralt	33
2.5.3	Analogi mellom myndighetsoverføring og internrettslig delegasjon?	34
2.5.4	Generelle uttalelser om forbudet i kompetansebestemmelsene	35
2.5.5	Oppsummering	37
<b>2.6</b>	<b>Begrunnelsen for skillet mellom folkerettslig og direkte virkning</b>	<b>37</b>
<b>2.7</b>	<b>Presentasjon av hovedregelen i dansk rett</b>	<b>41</b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>UNNTAKETS UTVIKLING OG RETTSKILDEMESSIGE GRUNNLAG</u></b>	<b><u>42</u></b>
<b>3.1</b>	<b>Fraværet av grunnlovsbestemmelse og høyesterettspraksis</b>	<b>42</b>
<b>3.2</b>	<b>Uttalelser før vedtakelsen av § 93</b>	<b>44</b>
<b>3.3</b>	<b>Vedtakelsen av § 93</b>	<b>50</b>
<b>3.4</b>	<b>Konstitusjonell praksis og juridisk teori frem til EØS-avtalen</b>	<b>51</b>
<b>3.5</b>	<b>EØS-avtalen i 1992</b>	<b>54</b>
<b>3.6</b>	<b>Etter EØS-avtalen</b>	<b>56</b>
<b>3.7</b>	<b>Vurdering av unntakets rettskildemessige forankring og begrunnelse</b>	<b>58</b>
<b>3.8</b>	<b>Med hvilken intensitet vil Høyesterett prøve unntaket?</b>	<b>59</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>PRESENTASJON AV PRAKSIS</u></b>	<b><u>63</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Lovavdelingens uttalelser</b>	<b>64</b>
<b>4.2</b>	<b>Alvik og Dolvas betenkning om investeringstraktater</b>	<b>66</b>
<b>4.3</b>	<b>EØS-avtalen</b>	<b>66</b>
<b>4.4</b>	<b>Schengen-avtalen</b>	<b>69</b>

<b>4.5</b>	<b>EASA-forordningen</b>	<b>72</b>
<b>4.6</b>	<b>REACH-forordningen</b>	<b>73</b>
<b>4.7</b>	<b>Elektrisitetshandelsforordningen</b>	<b>76</b>
<b>4.8</b>	<b>GMO-forordningen</b>	<b>77</b>
<b>4.9</b>	<b>Patentkonvensjonen</b>	<b>78</b>
<b>4.10</b>	<b>Investeringsstraktater</b>	<b>79</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>DEN SKJØNNMESSIGE HELHETSVURDERINGEN</u></b>	<b><u>81</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Ulik terskel for ulik myndighetsoverføring?</b>	<b>82</b>
<b>5.2</b>	<b>Myndighetsoverføringens omfang</b>	<b>83</b>
5.2.1	EØS-samarbeidet	84
5.2.2	Schengen-avtalen	86
5.2.3	Investeringsstraktater	87
<b>5.3</b>	<b>Myndighetsoverføringens art</b>	<b>87</b>
5.3.1	Vedtak overfor borgerne og foretak	88
5.3.2	Vedtak som retter seg mot staten	89
5.3.3	Skjønnsmessige avveininger eller regelstyrt rettsanvendelse	93
5.3.4	Norsk intern rett kontra folkerett	94
<b>5.4</b>	<b>Saksområdet</b>	<b>95</b>
<b>5.5</b>	<b>Myndighetsoverføringens <i>reelle</i> inngrep i norsk suverenitet</b>	<b>99</b>
5.5.1	Sammenlikning med situasjonen før myndighetsoverføringen	99
5.5.2	Kommer det eksterne organ overhodet til å bruke sin kompetanse?	101
5.5.3	<i>Hvordan</i> vil det eksterne organ bruke sin kompetanse?	104
5.5.4	Konsekvenser utover den enkelte sak	106
<b>5.6</b>	<b>Likeverdighet og gjensidighet</b>	<b>107</b>
5.6.1	Jurisdiksjonsavtaler	109
5.6.2	EØS-samarbeidet	109

5.6.3	Investeringsstraktater	111
<b>5.7</b>	<b>Norsk innflytelse på myndighetsutøvelsen</b>	<b>112</b>
5.7.1	Sikkerhetsklausuler i EU-forordninger	112
5.7.2	Patentkonvensjonen	116
<b>5.8</b>	<b>Oppsigelse</b>	<b>117</b>
<b>5.9</b>	<b>Suksessive myndighetsoverføringer</b>	<b>118</b>
5.9.1	Vurdering enkeltvis eller samlet	119
5.9.2	Hvilke andre myndighetsoverføringer er det relevant å se den nye i lys av?	121
<b><u>6</u></b>	<b><u>PRINSIPPER OG PRAGMATISME</u></b>	<b><u>122</u></b>
6.1	En avstikker til dansk rett	125
6.2	Problemet med å finne egnede kriterier og konsekvenser for rettsstilstanden	127
6.3	Uthuling av skillet mellom direkte og folkerettslig virkning?	130
6.4	Rettsliggjøring av traktatinngåelsesprosessen?	134
<b><u>7</u></b>	<b><u>KILDEREGISTRE</u></b>	<b><u>A</u></b>
7.1	Litteratur	A
7.2	Stortingsdokumenter	D
7.3	Lovavdelingens uttalelser	H
7.4	Domsregister	I
7.5	Andre offentlige dokumenter	I
7.6	Øvrige internettadresser	J
7.7	Personlige meddelelser	J

## 1 Innledning

### 1.1 Tema og problemstillinger

Norge er en selvstendig stat. Kjernen i en stats indre selvstyre er at dens egne statsmakter utøver myndighet på eget territorium overfor egne borgere. I Grunnloven er den utøvende myndighet lagt til Kongen – i praksis regjeringen – i § 3, den lovgivende myndighet er lagt til Stortinget i §§ 49 og 75 og den dømmende myndighet er lagt til Høyesterett i §§ 88 og 90. Disse kompetansebestemmelsene fordeler makt og etablerer et nasjonalt rettssystem. Et slikt system utelukker i utgangspunktet andre organer enn dem som er nevnt fra å utøve den makt som er fordelt. Således forbyr bestemmelsene overføring av lovgivende, utøvende og dømmende myndighet til eksterne organer, herunder internasjonale organisasjoner og andre stater. Dersom norske myndigheter vil overføre myndighet til eksterne organer, må det skje ved grunnlovsendring etter § 112 eller vedtak etter § 93, som gir hjemmel for slik myndighetsoverføring. Vedtak etter den alminnelige traktatprosedyrebestemmelsen i § 26 første eller annet ledd er ikke tilstrekkelig.

I lang tid har det likevel vært en utbredt oppfatning i juridisk teori at kompetansebestemmelsene ikke forbyr *enhver* myndighetsoverføring. Myndighetsoverføring av svært begrenset omfang har man derfor ment kan inngås etter § 26 annet ledd. Siden EØS-avtalen har denne unntaksadgangen blitt benyttet i konstitusjonell praksis – Stortinget har med alminnelig flertall etter § 26 annet ledd en rekke ganger samtykket til myndighetsoverførende traktater. Det avgjørende for om § 26 annet ledd kan benyttes er om myndighetsoverføringen er ”lite inngripende”. Det er i utgangspunktet regjeringen som velger hvilken grunnlovsprosedyre Stortinget skal samtykke etter når traktaten innebærer myndighetsoverføring. I forkant er det som regel Justisdepartementets lovavdeling som har vurdert om den aktuelle myndighetsoverføring er ”lite inngripende”. Hvorvidt en myndighetsoverføring er ”lite inngripende” beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering.

Unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring reiser to sentrale overordnede problemstillinger, som jeg i denne oppgaven skal ta for meg. Den ene er unntakets utvikling og rettskildemessige grunnlag. Den andre er praktiseringen av unntaket og hvor grensen går mellom ”inngripende” og ”lite inngripende”.

Utviklingen av unntaket begynte som en idé i juridisk teori. Riktignok fantes en viss konstitusjonell praksis i forkant, men regjering og storting problematiserte ikke den myndighetsoverføringen disse traktatene innebar. Senere har unntaket blitt benyttet i konstitusjonell praksis. Uttalelsene i juridisk teori og konstitusjonell praksis beskriver utviklingen av unntaket og utgjør sammen med stortingsvedtakene dets rettskildemessige grunnlag. Denne utviklingen vil jeg *presentere*. Men jeg vil også *analysere* den: Jeg vil drøfte hvordan og hvorfor unntaket har blitt til og utviklet seg. Jeg vil også *vurdere* det rettskildemessige grunnlaget og begrunnelsen for unntaket, og sammenlikne med de danske reglene for myndighetsoverføring. Det hører også med å drøfte hvor intenst Høyesterett ville ha prøvd en påstand om at et samtykkevedtak etter § 26 annet ledd er grunnlovsstridig.

Regjering og storting har praktisert unntaket når regjeringen har lagt en myndighetsoverførende traktat frem for Stortinget. I regjeringens stortingsproposisjoner får man derfor innblikk i hvordan unntaket er praktisert. Men det er Lovavdelingens uttalelser som er den viktigste kilden til kunnskap om unntakets praktisering. Lovavdelingen vurderer myndighetsoverføringer under oppseiling, i form av rådgivende uttalelser til regjeringen og andre departementer. Jeg vil presentere den praksis hvor ”lite inngripende”-kriteriet har blitt vurdert. Jeg vil også analysere praktiseringen av ”lite inngripende”-kriteriet: Den skjønsmessige helhetsvurderingen, hvilke momenter som er blitt vektlagt og hvordan det har blitt argumentert.

## 1.2 Hva er en myndighetsoverføring?

Begrepet ”myndighetsoverføring” er det mest sentrale i oppgaven. Med ”myndighetsoverføring” mener jeg at et eksternt organ får myndighet til å fatte lovgivende, utøvende eller dømmende vedtak med direkte virkning i Norge og overfor norske borgere.

Et eksternt organ kan være en fremmed stat, organer for en internasjonal organisasjon eller en ad hoc voldgiftsdomstol. Det avgjørende er at organet ikke utleder sin kompetanse fra Grunnloven og at det derfor har sin eksistensberettigelse uavhengig av det norske konstitusjonelle system. Men det er ingen forutsetning at det eksterne organet kan opptre helt uavhengig av norske statsmakter.

Vedtak med direkte virkning vil si at vedtaket blir internrettslig bindende i Norge uten at norske myndigheter trenger å fatte et mellomkommende vedtak. En norsk domstol må prejudisielt legge til grunn et vedtak med direkte virkning. Således står vedtak med direkte virkning i motsetning til vedtak med kun folkerettslig virkning. Folkerettslig bindende vedtak binder kun staten Norge, og får ingen internrettslig virkning i Norge. Norske borgere må forholde seg til norsk intern rett, og kan ikke direkte utlede internrettslige rettigheter eller plikter fra det folkerettslige vedtaket. Det folkerettslige vedtaket blir ikke en del av norsk intern rett før norske myndigheter implementerer det på ordinær måte.

Skillet mellom direkte og folkerettslig virkning er avgjørende for om det er en myndighetsoverføring, og derfor avgjørende for om "lite inngripende"-kriteriet kommer til anvendelse. Skillet kan forankres i Grunnlovens kompetansebestemmelser og det tradisjonelle folkerettslige suverenitetsbegrep.<sup>1</sup> § 93 formaliserer skillet i annet ledd, ved å si at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse på overføring av myndighet til å fatte vedtak med kun folkerettslig virkning. Selv om begrepet myndighetsoverføring etter sin ordlyd også skulle omfatte overføring av traktatmyndigheten etter § 26, faller dette altså utenfor min definisjon av begrepet.

Likeledes faller overføring av militær kommandomyndighet etter § 25 utenfor mitt begrep om myndighetsoverføring. Overføring av kommandomyndighet innebærer at eksterne organer kan instruere norske militære mannskaper, som må sees på som statlige organer. Dette reiser spesielle spørsmål, og har vært lite diskutert i tilknytning til unntaket for "lite inngripende" myndighetsoverføring. Av prioriteringsmessige hensyn ser jeg derfor bort fra kommandomyndigheten. Uttalelser med generell rekkevidde avsagt i forbindelse

---

<sup>1</sup> Se avsnitt 2.5.



med overføring av kommandomyndighet, vil jeg likevel trekke inn hvis de kan belyse unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring.<sup>2</sup>

### 1.2.1 Nærmere om grensen mellom folkerettslig og direkte virkning

Hvorvidt en traktat innebærer overføring av myndighet til å fatte vedtak med direkte eller kun folkerettslig virkning beror på en tolkning av traktaten. Det kan av og til være tolkningsmessig tvilsomt hvilken virkning fremtidige vedtak skal ha.<sup>3</sup>

Selv om tolkningen er klar, kan det være tvilsomt om vedtakets virkning begrepsmessig skal klassifiseres som folkerettslig eller direkte.

Overføring av lovgivningsmyndighet innebærer at et eksternt organ får myndighet til å fastsette generelle regler innenfor en bestemt fullmakt som er fastsatt i traktat. Reglene kan være både være på lov- og forskriftsnivå.<sup>4</sup>

Både EØS-avtalen og Schengen-avtalen forutsetter at Norge løpende implementerer nye rettsakter som er fattet av organer utenfor norsk innflytelse og kontroll. Folkerettslig er ikke Norge forpliktet til å implementere rettsaktene før Stortingets samtykke er innhentet etter § 26 annet ledd.<sup>5</sup> Formelt kan Norge altså nekte å ta i mot en rettsakt. Reelt sett kan det være svært vanskelig.<sup>6</sup> Det er lagt til grunn at regelutviklingen i EU-organer og Schengen-organer ikke innebærer overføring av direkte myndighet, bare folkerettslig myndighet.<sup>7</sup> At § 93 ikke kommer til anvendelse på denne typen reell myndighetsoverføring har avstedkommet kritikk i juridisk teori.<sup>8</sup>

---

<sup>2</sup> Se avsnitt 3.3.

<sup>3</sup> Lovavdelingens tolkninger av ICSID-konvensjonen på 90-tallet illustrerer at det kan oppstå tolkningstvil, se avsnitt 4.10.

<sup>4</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 37.

<sup>5</sup> EØS-avtalen artikkel 103 og Schengen-avtalen artikkel 8.

<sup>6</sup> Siden 1994 har et stort antall rettsakter blitt innlemmet i norsk rett uten at Norge har brukt den såkalte reservasjonsretten.

<sup>7</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 40-43.

<sup>8</sup> Se for eksempel Stavang 2002 side 142-143 og 266-268.

Ved overføring av domsmyndighet og forvaltningsmyndighet kan det eksterne organets avgjørelse både ha rettskraft og tvangskraft. Rettskraft innebærer at det rettslige innholdet av avgjørelsen er endelig avgjort. Tvangskraft innebærer at norske myndigheter må stille sine tvangsmyndigheter til disposisjon slik at avgjørelsen kan brukes som grunnlag for tvangsinndrivelse. Det betyr ikke at representanter fra det eksterne organet skal utføre selve tvangsinndrivelsen, dette må i så fall særskilt gå frem av traktaten.

I noen tilfeller vil et internasjonalt organ få myndighet til å fatte vedtak som Norge blir folkerettslig forpliktet til å gjennomføre i norsk rett, uten muligheter for forhandling om innholdet. I praksis vil norske myndigheter altså ta ”blåkopi” av det internasjonale vedtaket. Slike vedtak har i praksis blitt regnet som folkerettslige.<sup>9</sup>

Overføring av forvaltningsmyndighet innebærer ikke bare overføring av myndighet til å fatte vedtak med direkte virkning, men også overføring av myndighet til å utføre faktiske myndighetshandlinger på norsk territorium.<sup>10</sup>

Når det gjelder overføring av domsmyndighet er det en mulig variant i investeringstraktater at voldgiftsdomstolen får begrenset sin kompetanse til bare å avgjøre rekkevidden av Norges folkerettslige forpliktelser, uten å ilegge staten erstatningskrav. Den direkte virkningen av en slik dom i norsk rett innebærer bare at Høyesterett ikke kan uttale seg om de folkerettslige forpliktelsene, investoren får ingen rettighet av dommen.<sup>11</sup> Tilfellet har altså mye til felles med at en domstol kan avsi en folkerettslig forpliktende dom for hva som følger av Norges folkerettslige forpliktelser. Lovavdelingen har likevel lagt til grunn at dette må anses som overføring av myndighet med direkte virkning.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Et eksempel er tilpasningsteksten til REACH-forordningen. Se avsnitt 4.6.

<sup>10</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 37.

<sup>11</sup> JDLOV-1997-5404 punkt 7.3.4.

<sup>12</sup> L.c. Det kan likevel være tvil om hvilken rettslig funksjon skillet mellom folkerettslig og direkte virkning skal ha i disse sakene, se avsnitt 5.3.2.4.

### 1.3 Samarbeidet med EU

Norges samarbeid med EU har medført en rekke myndighetsoverføringer, både til EU- og EFTA-organer. En viss forvaltnings- og domsmyndighet ble overført i selve EØS-avtalen. Regjeringen fant at deler av myndighetsoverføringen var ”inngripende”, slik at § 93 måtte benyttes.<sup>13</sup> I tillegg har flere rettsakter i videreutviklingen av EØS-avtalen innebåret myndighetsoverføring, men alle disse har Stortinget samtykket til etter § 26 annet ledd. I en særstilling står Schengen-avtalen, som Norge har inngått med EU uavhengig av EØS-avtalen, og som overfører myndighet til andre stater.<sup>14</sup> Nevnes her kan også Den europeiske patentkonvensjonen, som nå er integrert i EU-systemet.

EØS-avtalens formål er økonomisk samarbeid mellom EFTA-landene og EU.<sup>15</sup> EØS-avtalen er formelt sett en folkerettslig avtale. For Norge var det en forutsetning at avtalen ikke skulle overføre lovgivningsmyndighet til overnasjonale organer.<sup>16</sup> For at EØS-avtalen skal fungere er det likevel en klar forutsetning at Norge gjennomfører EØS-relevante direktiver og forordninger<sup>17</sup> vedtatt av EU. Denne dynamiske videreutviklingen er ikke et rettslig krav.<sup>18</sup> Formelt sett er enhver ny rettsakt en ny folkerettslig avtale mellom partene.

I EØS-komiteen skal partene komme til enighet om hvorvidt nye rettsakter er EØS-relevante og om de dermed skal inntas i norsk rett.<sup>19</sup> EØS-komiteen består av representanter fra EFTA-landene og fra EU.<sup>20</sup> Norges representanter er tjenestemenn som kan instrueres av politisk ledelse.<sup>21</sup> Selv om EØS-komiteen finner at en rettsakt er EØS-relevant, kan Norge si nei ved å benytte seg av den såkalte reservasjonsretten. Artikkel 103 første ledd tar høyde for at det i den enkelte EFTA-stat gjelder forfatningsrettslige krav for at en rettsakt skal bli bindende. Dersom den nye rettsakten er særlig viktig eller

---

<sup>13</sup> St.prp.nr.100(1991-92). Se blant annet side 43.

<sup>14</sup> Se nærmere avsnitt 1.5.

<sup>15</sup> EØS-avtalen artikkel 1.

<sup>16</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 37.

<sup>17</sup> Artikkel 7.

<sup>18</sup> *EØS-rett* side 177.

<sup>19</sup> Artikkel 102.

<sup>20</sup> Artikkel 93.

<sup>21</sup> *EØS-rett* side 178.

nødvendigjør ny lovgivning eller stortingsvedtak vil dermed rettsakten legges frem for Stortinget til samtykke etter § 26 annet ledd.<sup>22</sup> I praksis vil Stortingets holdning være klar på forhånd, og vil bli formidlet i EØS-komiteen.<sup>23</sup>

Noen rettsakter innebærer at et forvaltningsorgan – Kommisjonen, ESA eller et EU-byrå – kan fatte vedtak med direkte virkning i medlemslandene. Dette kan være problematisk for Norge. Én av Norges forutsetninger i forhandlingene om EØS-avtalen var at det ikke skulle være nødvendig med endringer i Grunnloven.<sup>24</sup> Myndighetsoverføring vil som utgangspunkt stride mot Grunnlovens kompetansebestemmelser, og kreve endring § 112- eller § 93-vedtak.<sup>25</sup> Begge disse bestemmelsene kan dessuten være vanskelig å bruke, både politisk og juridisk. Det kan derfor være viktig for norske myndigheter at myndighetsoverføringen er ”lite inngripende”, slik at Stortinget kan samtykke etter § 26 annet ledd. Dersom myndighetsoverføringen er ”inngripende”, vil Norge som regel forsøke å forhandle frem en tilpasningstekst i EØS-komiteen, som både ivaretar hensynet til Grunnloven og hensynet til at rettsakten skal fungere like effektivt som i EU. Det viktigste for EU er at EØS-avtalen fungerer effektivt, ikke at vedtakene skal ha direkte virkning. EU har visstnok alltid godtatt tilpasningstekster dersom norske forhandlere kan påvise grunnlovsmessige hindringer.<sup>26</sup> Et eksempel på en slik tilpasningstekst finner vi i EØS-komiteens beslutning til innlemmelse av elektrisitetshandelsforordningen.<sup>27</sup> Tilpasningen består i at norske myndigheter skal fatte tilsvarende vedtak som EU-organet innen en viss frist. Selv om det norske vedtaket blir en ”blåkopi”, innebærer skillet mellom folkerettslig og direkte virkning at hensynet til Grunnloven er ivarettatt.

Da EØS-avtalen ble inngått var Kommisjonen det sentrale forvaltningsorganet i EU. Siden år 2000 har det pågått en ”kontinuerlig prosess for å avlaste Kommisjonen for

---

<sup>22</sup> Se nærmere begrunnelse i St.prp.nr.100(1991-92) side 325.

<sup>23</sup> *EØS-rett* side 181.

<sup>24</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 37.

<sup>25</sup> Se kapittel 2.

<sup>26</sup> Samtale med Irvin Høyland, avdelingsdirektør i Utenriksdepartementets rettsavdeling, seksjon for EØS-, handels- og miljørett. 24. november 2009.

<sup>27</sup> Se avsnitt 4.5.

forvaltningsoppgaver og å styrke koordinering og informasjonsutveksling på europeiske nivå gjennom nye EU-organer.”<sup>28</sup> Dette har resultert i en rekke såkalte EU-byråer. Dette er organer som er opprettet for å løse tekniske, vitenskapelige og forvaltningsmessige oppgaver innenfor EU.<sup>29</sup> De har overtatt oppgaver som tidligere var lagt til Kommisjonen. Norge deltar i til sammen 25 slike byråer, flere av dem gjennom EØS-avtalen. EØS-avtalen gir imidlertid ikke Norge rett til å delta i byråene, heller ikke der fagområdet er klart EØS-relevant. I alle byråer Norge deltar, har norske styrerepresentanter møte-, forslags- og talerett, men ikke stemmerett. Til noen av disse byråene har Norge overført myndighet. I den norske EU-ambassadørens rapport fra 2009 blir det beskrevet som en utfordring at Norge overfører myndighet til disse byråene.<sup>30</sup> Bakgrunnen er at Norge gjennom EØS-avtalen ikke er sikret den samme tilknytning til dem som til Kommisjonen.<sup>31</sup>

#### 1.4 Investeringstraktater

Bilaterale investeringstraktater overfører dømmende myndighet. En investeringstraktat er en traktat mellom to stater der statene gjensidig forplikter seg til å beskytte investeringer foretatt av en investor fra den andre staten. Mellom 1995 og 1998 forsøkte OECD-landene å få i stand en multilateral investeringstraktat, som tredjeland senere kunne slutte seg til.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> ”EØS-avtalen femten år. Fem utfordringer i EØS.” Rapport om EØS-avtalen av Norges EU-ambassadør. Utenriksdepartementets hjemmeside:

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/aktuelt/nyheter/2009/eos\\_rapport.html?id=575673](http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/aktuelt/nyheter/2009/eos_rapport.html?id=575673) [24. mai 2010]

<sup>29</sup> Den norske EU-delegasjonens hjemmeside. [http://www.eu-norge.org/Norges\\_forhold\\_til\\_EU/deltakelse/eu\\_byraer/](http://www.eu-norge.org/Norges_forhold_til_EU/deltakelse/eu_byraer/) [3. mai 2010]

<sup>30</sup> ”EØS-avtalen femten år. Fem utfordringer i EØS.” Rapport om EØS-avtalen av Norges EU-ambassadør. Utenriksdepartementets hjemmeside:

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/aktuelt/nyheter/2009/eos\\_rapport.html?id=575673](http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/aktuelt/nyheter/2009/eos_rapport.html?id=575673) [24. mai 2010]

<sup>31</sup> EØS-avtalen artikkel 99 og 100. Se også *EØS-rett* side 176.

<sup>32</sup> De såkalte MAI-forhandlingene (Multilateral Agreement on Investment). Omtalt i Vedlegg til utkast til modellavtale side 6-7. Nærings- og handelsdepartementets hjemmeside.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler/-4.html?id=496026> [28. mai 2010]

Forsøket mislyktes, og i dag er det bilaterale investeringstraktater – BIT<sup>33</sup> – som er det vanlige. På verdensbasis finnes det noen tusen slike bilaterale traktater.<sup>34</sup>

En investeringstraktat skal beskytte investor mot myndighetsmisbruk fra vertsstaten, staten han investerer i. Investeringstraktater inngås som regel mellom et økonomisk velutviklet land og et utviklingsland eller et land med overgangsøkonomi. Det kan være risikofylt å investere i utviklingsland. Lovgivning og forvaltning er gjerne vilkårlig og uforutsigbar. Av samme grunn kan det være nytteløst å reise sak for domstolene for å få prøvd myndighetsvedtaket.<sup>35</sup>

Både fra næringslivets og utviklingslandenes side er det ønskelig at det legges til rette for investeringer. For næringslivets del kan investeringer gi avkastning, for utviklingslandenes del kan investeringer bidra til økonomisk vekst og oppbygging av infrastruktur. Siden slutten av 90-tallet kan man konstatere økt bruk av investeringstraktatenes muligheter for å prøve myndighetsvedtak.<sup>36</sup>

Investeringshensynet taler for å gi investorer best mulig beskyttelse. Men dette vil gå på bekostning av statenes reguleringsfrihet. Investeringstraktatenes element av myndighetsoverføring vil for Norges del dessuten reise konstitusjonelle spørsmål. Et sentralt element i en investeringstraktat er nemlig at investoren skal ha alminnelig adgang til å reise sak mot vertsstaten for en internasjonal voldgiftsdomstol for å få prøvd lovligheten av et myndighetsvedtak. Voldgiftsdomstolens avgjørelser skal ha direkte virkning i norsk rett. Dette innebærer overføring av dømmende myndighet til voldgiftsdomstolen.

Grunnlovsvurderingene av investeringstraktater skiller seg vesentlig fra vurderingene av myndighetsoverføringer knyttet til EU-samarbeidet. Rettsaktene fra EU – i form av direktiver og forordninger – har som formål å regulere rettsstillingen til borgere og foretak.

---

<sup>33</sup> Bilateral Investment Treaty. Også kalt *investeringsavtaler*, eller *investeringsbeskyttelsestraktater*, for å tilkjennegi at traktaten beskytter foretatte investeringer, men ikke sikrer investeringsadgang.

<sup>34</sup> Alvik og Dolva opplyser i sin betenkning fra 2006 at det fantes nær 2500 traktater. Det er antakelig langt flere i dag.

<sup>35</sup> Fløysvik Nordrum side 358-359.

<sup>36</sup> Alvik og Dolva side 3.

Formålet med investeringstraktater er derimot å gi investorene anledning til å prøve vertsstatens myndighetsvedtak. Av den grunn reiser investeringstraktatene grunnlovsmessige spørsmål som aldri reises ved myndighetsoverføringer til EU-organer. Det er like fullt ”lite inngripende”-kriteriet som anvendes i begge tilfeller.

#### 1.4.1 Norge og investeringstraktater

Norge har per 1. juni 2009 inngått 15 investeringstraktater.<sup>37</sup> Den siste som er trådt i kraft er avtalen med Russland fra 1995. Bortsett fra avtalene med Madagaskar og Kina har alle avtalene bestemmelser som gir investor alminnelig adgang til å reise sak mot vertsstaten for en voldgiftsdomstol. Avtalene er blitt inngått etter § 26 første eller annet ledd. Spørsmålet om § 93 skulle ha vært anvendt har aldri vært et tema, hvilket antakelig har skyldtes lav bevissthet om problemstillingen.

I forhold til land Norge pleier å sammenlikne seg med, har Norge inngått relativt få avtaler. Per 1. juni 2009 har Sverige inngått 71 avtaler, Danmark 53 og Tyskland 135.<sup>38</sup>

Det har de siste årene blitt mer vanlig å inkludere bestemmelser om investeringsbeskyttelse i frihandelsavtaler. Et eksempel er frihandelsavtalen EFTA-statene – deriblant Norge – har med Singapore. Denne avtalen gir imidlertid ikke investoren alminnelig adgang til å bringe en tvist inn for en internasjonal voldgiftsdomstol.<sup>39</sup> I forbindelse med senere frihandelsavtaler mellom EFTA-statene og andre land har Norge ikke villet inngå avtale om investeringsbeskyttelse. Norge er således ikke samkjørt med de andre EFTA-landene på dette området. I brev til Stortinget fra utenriksministeren i forbindelse med frihandelsavtalen mellom EFTA-landene og Korea ble det vist til at Norge ikke ville inngå slike avtaler av hensyn til Grunnloven og myndighetenes reguleringsadgang.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> UNCTADs hjemmesider. [http://www.unctad.org/sections/dite\\_pcbb/docs/bits\\_norway.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/bits_norway.pdf) [24. mai 2010]

<sup>38</sup> UNCTAD. <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1> [24. mai 2010] Ikke alle disse avtalene er trådt i kraft.

<sup>39</sup> St.prp.nr.15(2002-2003) side 19.

<sup>40</sup> Brev til Stortinget fra utenriksministeren 24. mai 2006. I Innst.S.nr.204(2005-2006).

Nettopp forholdet til Grunnloven og myndighetenes reguleringsadgang er bakgrunnen for at Norge siden midten av 90-tallet ikke har inngått nye bilaterale investeringstraktater.<sup>41</sup> For å tiltrekke seg kapital ønsker imidlertid flere land investeringstraktater med Norge. Norsk næringsliv ønsker også slike traktater. Ønsket har fått støtte fra norske myndigheter.<sup>42</sup>

Regjeringen opprettet derfor i mai 2006 et statssekretærutvalg med representanter fra ulike departementer for å utarbeide en modellavtale til bruk i forhandlinger. Utvalget skulle ”komme frem til norske posisjoner” og ”avklare grensene for hvor langt Norge vil gå i forhandlinger om enkeltstående investeringsavtaler og avtaler som inngås i forbindelse med EFTA-handelsavtaler.”<sup>43</sup>

Utkast til modellavtale og kommentarer til avtalen ble sendt på høring 8. januar 2008. I en pressemelding fra næringsdepartementet 5. juni 2009 fremgår det at regjeringen etter høringsrunden har valgt ”å legge til side arbeidet med ’modellavtalen’.”<sup>44</sup> Bakgrunnen er at tilbakemeldingene i høringsrunden var ”til dels sprikende, og tydeliggjorde utfordringene knyttet til å komme frem til en modelltekst som kan ivareta norsk næringslivs behov for å beskytte sine investeringer i utviklingsland, samtidig som den ivaretar Norges og utviklingslandenes behov for nasjonalt politisk handlingsrom.” Regjeringen vil i stedet utrede behovet for å ha bestemmelser om investeringsbeskyttelse i handelsavtaler med Kina, India, Ukraina og Russland.

#### 1.4.2 Materielt beskyttelsesvern

Investeringstraktatene har både materielle og prosessuelle regler. Først og fremst er det de prosessuelle reglene – den alminnelige adgang for investor til å reise sak mot vertsstaten –

---

<sup>41</sup> Nordtømme side 584 note 61 og side 571 note 21.

<sup>42</sup> Brev til Stortinget fra utenriksministeren 24. mai 2006. I Innst.S.nr.204(2005-2006).

<sup>43</sup> Vedlegg til utkast til modellavtale side 3.

<sup>44</sup> Nærings- og handelsdepartementets hjemmeside.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/pressesenter/pressemeldinger/2009/investeringsbeskyttelse-inn-i-handelsavt.html?id=565055> [24. mai 2010]



som er problematisk i forholdet til Grunnloven. Men også det materielle beskyttelsesvernet kan ha betydning for grunnlovsvurderingen.

I forhandlinger om nye investeringstraktater står Norge selvsagt fritt til å begrense investors rettigheter. Men dersom begrensningene drives for langt vil man risikere at formålet med investeringstraktater – effektiv beskyttelse av investeringer – ikke oppnås.

Det materielle beskyttelsesvernet er først og fremst gitt i form av rettslige standarder. Disse er svært skjønnsmessige, men anvendelsesområdet kan begrenses til å gjelde bare i visse sektorer, og det kan traktatfestes at standardene ikke er til hinder for visse myndighetstiltak.

For det første er det vanlig at det stilles krav om *nasjonal behandling*.<sup>45</sup> Det innebærer at vertsstaten ikke kan behandle traktatmotpartens investor dårligere enn investorer fra sitt eget land. For det andre er det vanlig at det inntas en bestemmelse om *bestevilkårsbehandling*. Investoren skal ikke bli dårligere behandlet enn investorer under andre investeringstraktater. For det tredje er det vanlig med en bestemmelse om at investoren skal behandles *rimelig og rettferdig og gis full beskyttelse og sikkerhet*. Dette er en standard som bygger på den internasjonale minimumsstandarden i folkerettslig sedvanerett for hvordan en utlending skal behandles. I internasjonal investeringsrett har det vært diskusjon om denne standarden skal tolkes autonomt, som i sin ytterste konsekvens kan oppfattes som en ren rimelighetsbestemmelse, eller om den skal tolkes som en henvisning til standarden i internasjonal sedvanerett, som er mer restriktiv.<sup>46</sup>

### 1.4.3 Tvisteløsningsprosedyrer

En effektiv tvisteløsningsprosedyre blir regnet som en forutsetning for at det overhodet skal være noe poeng i å inngå en investeringstraktat. I Alvik og Dolvas betenkning til Utenriksdepartementet heter det for eksempel: ”Hovedfunksjonen med en BIT [investeringstraktat] er å etablere reell rettslig beskyttelse av individuelle investeringer og

---

<sup>45</sup> Nærmere omtale av disse standardene finnes i vedlegg til utkast til modellavtale side 18-21 og Nordtømme side 586-597.

<sup>46</sup> Nordtømme side 570 og vedlegg til utkast til modellavtale side 21.

investorer. Dette krever først og fremst *effektiv rettsbeskyttelse*, og ikke nødvendigvis *materiell beskyttelse* utøver det som allerede følger av folkerettslig sedvanerett.”<sup>47</sup>

En investeringstraktat kan tilby investor-stat tvisteløsning eller bare stat-stat tvisteløsning. Stat-stat tvisteløsning innebærer at en investor anmoder sin hjemstat om å reise sak mot vertsstaten. Et slikt folkerettslig søksmål kan bli aktuelt både under den enkelte investeringstraktat og under de sedvanerettslige regler om diplomatisk beskyttelse av egne borgere. Fra en investors synspunkt har stat-stat tvisteløsning klare mangler. For det første har ikke investor rett etter folkeretten – og heller ikke norsk rett – til å kreve at hjemstaten utøver diplomatisk beskyttelse ved å gå til søksmål mot vertsstaten. Tvert i mot kan det være utenrikspolitisk sensitivt for hjemstaten å gå til et slikt skritt.<sup>48</sup>

For det andre – dersom hjemstaten er villig til å utøve diplomatisk beskyttelse – er det ikke sikkert det står internasjonale domstoler til disposisjon. Søksmål for International Court of Justice kan avvises av vertsstaten både dersom vertsstaten selv ikke har godtatt domstolens generelle jurisdiksjon og dersom hjemstaten ikke har godtatt den, jfr. den såkalte resiprositetsgrunnsetningen.<sup>49</sup> Dersom heller ikke en annen domstol står til disposisjon, kan hjemstaten selvsagt søke å forhandle frem et forlik om å benytte ICJ eller et adhoctribunal, eller forhandle frem et forlik som avgjør utfallet av det materielle kravet.<sup>50</sup> Men vertsstaten har ikke plikt til å medvirke til et forlik.

Alternativet er investor-stat tvisteløsning. Dette kan enten basere seg på en alminnelig adgang til å reise sak mot vertsstaten for en internasjonal domstol eller på en individuell avtale mellom investoren og staten i det enkelte tilfellet. Sistnevnte løsning har klare mangler fordi de ”færreste investorer vil ha reell mulighet til å insistere på dette i avtaler med myndighetene”.<sup>51</sup> Alvik og Dolva mener en alminnelig adgang for investoren til

---

<sup>47</sup> Alvik og Dolva side 20. Ivar Alvik og Trond Dolvas betenkning ble innhentet av Utenriksdepartementet i forbindelse med utarbeidelsen av modellavtalen, omtalt i avsnitt 1.4.1.

<sup>48</sup> Fløysvik Nordrum side 359.

<sup>49</sup> Nordtømme side 579.

<sup>50</sup> L.c.

<sup>51</sup> Alvik og Dolva side 20.

å gå til sak mot vertsstaten er det eneste alternativet som vil gi investoren effektiv beskyttelse.<sup>52</sup>

Ved investor-stat tvisteløsning vil investeringstraktaten henvise til en konvensjon som tilbyr tvisteløsning. Det er voldgift etter ICSID-konvensjonen som er den mest brukte.<sup>53</sup> ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) er en autonom internasjonal organisasjon med sterke bånd til Verdensbanken. Den ble opprettet nettopp for å ivareta investeringstvister mellom investorer og stater.

I sin seneste uttalelse om investeringstraktater – fra 2002 – kom Lovavdelingen til at avgjørelser under ICSID-konvensjonen skal ha direkte virkning.<sup>54</sup> Alvik og Dolva har også lagt dette til grunn.<sup>55</sup> Lovavdelingen kom i samme uttalelse til at det ikke er mulig å gjøre unntak fra prinsippet om direkte virkning dersom man vil knytte investeringstraktatene til ICSID-konvensjonen.<sup>56</sup> Investeringstraktaten vil angi nærmere hvilken kompetanse voldgiftsdomstolen skal ha. Lovavdelingen har i sin seneste uttalelse vurdert flere ulike utforminger.<sup>57</sup>

## 1.5 Jurisdiksjonsavtaler

”Jurisdiksjonsavtaler” vil jeg kalle traktater der en annen stat får utøve myndighet med direkte virkning på norsk territorium mot at Norge får utøve samme type myndighet på den andre statens territorium. Myndighetsutøvelsen vil angå saker som har tilknytning til en part eller et saksforhold i den staten som får utøve myndighet på den andre statens territorium. Jurisdiksjonsavtalene er slik sett kjennetegnet av at de er *gjensidige* og at de regulerer forhold som har *tilknytning* til den andre staten. Jurisdiksjonsavtalene inngås således oftest for å løse et praktisk problem, ikke for å oppnå et politisk formål, slik tilfellet ofte er med ensidige myndighetsoverføringer til internasjonale organer. Heller ikke for å

---

<sup>52</sup> L.c.

<sup>53</sup> St.prp.nr.57(1966-1967). Gjennomført ved lov 1967-06-08 nr. 03.

<sup>54</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 5.3.2.

<sup>55</sup> Alvik og Dolva side 9.

<sup>56</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 6.1.

<sup>57</sup> JDLOV-1997-5405. Se nærmere avsnitt 5.3.2.

stimulere til investeringer og økonomisk utvikling, slik tilfellet er med investeringstraktatene. Det er hovedsakelig tre typer jurisdiksjonsavtaler som har blitt trukket frem i diskusjonen om myndighetsoverføring.

For det første traktatene mellom Norge og andre land om gjensidig anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer. Traktatene gjør at en privat person som har en utenlandsk dom over en motpart i Norge, kan sende dommen til fullbyrdelse i Norge. Den utenlandske dommen får dermed direkte virkning – rettskraft og tvangskraft – for norske borgere på norsk territorium. Dette har blitt sett på som overføring av dømmende myndighet.<sup>58</sup> I dag er lovhjemmelen for anerkjennelse av utenlandske dommer gitt i tvisteloven § 19-16 første ledd og for fullbyrdelse tvangfullbyrdelsesloven § 4-1 andre ledd bokstav f.

For det andre har vi avtaler om grensetollsamarbeid med Sverige og Finland.<sup>59</sup> Etter disse avtalene kan svenske og finske regler som til enhver tid gjelder, anvendes og håndheves på norsk territorium innenfor en kontrollsoner på 15 kilometer under utøvelse av tolltjeneste for Sverige eller Finland. Når det blir gitt nye regler, får disse altså direkte virkning i Norge. Andenæs så dette som overføring av lovgivningsmyndighet.<sup>60</sup> Grensetollsamarbeidsavtalene innebærer også at svenske og finske tjenestemenn får en viss myndighet til å utøve tvang på norsk territorium under utøvelse av tolltjenesten.<sup>61</sup> Dette kan sees på som overføring av forvaltningsmyndighet. Disse avtalene er i dag gjennomført i tolloven kapittel 14, se særlig § 14-1 første, andre og tredje ledd.

For det tredje har vi reglene om observasjons- og forfølgelsesrett i Schengen-avtalen. Etter avtalens artikkel 40 kan politi fra andre Schengen-land på visse vilkår fortsette observasjon av en mistenkt som tar seg inn på norsk territorium. Etter artikkel 41 kan politi fra andre Schengen-land på visse vilkår kunne fortsette forfølgningen av en mistenkt som er påtruffet på fersk gjerning over landegrensene uten å melde fra til norske myndigheter på

---

<sup>58</sup> Castberg og Lovavdelingen i Dok.nr.3(1961-62) side 5 og 47. Se også St.prp.nr.100(1991-92) side 336 og 342.

<sup>59</sup> Fra henholdsvis 28. oktober 1959 og 10. desember 1968. [www.lovdata.no/traktater/](http://www.lovdata.no/traktater/) [31. mai 2010]

<sup>60</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 15-16.

<sup>61</sup> Castberg i Dok.nr.3(1961-62) side 6.

forhånd. Reglene er gjennomført i politiloven § 20a. Regjeringen så på disse reglene som myndighetsoverføring i den andre samtykkeproposisjonen,<sup>62</sup> men ikke i den første.<sup>63</sup>

## 1.6 Metode

Oppgavens metodiske utfordringer må sees i lys av problemstillingene og hvilket formål det har å drøfte disse. Jeg har ikke til hensikt å drøfte metodiske spørsmål utover det som er tilstrekkelig for å besvare problemstillingene.

Den tradisjonelle metodiske tilnærmingen i juridisk teori har vært å tolke vage og allmenne grunnlovsbestemmelser liberalt i lys av reelle hensyn, særlig hvilke behov som til enhver tid har vært ansett som ønskelige.<sup>64</sup> Grunnlovens regler om myndighetsoverføring har således blitt tolket i lys av den internasjonale utvikling og Norges behov for å delta i internasjonalt samarbeid.<sup>65</sup>

Som motvekt står Eivind Smith for en mer restriktiv grunnlovstolkning. Han ser på Grunnloven som et politisk redskap som ved strenge endringsregler kan gi større juridisk stabilitet enn det vanlige lover kan gi.<sup>66</sup> Han mener en liberal grunnlovstolkning med tilpasning til skiftende interesser og behov for øye, vil svekke Grunnlovens potensial som politisk redskap.<sup>67</sup>

Et viktig premiss for disse tilnærmingene er at drøftelsene skal munne ut i et svar på hva som er gjeldende rett. For rettsvitenskapens del er det ikke nødvendigvis et mål å gi et entydig svar på hva som er gjeldende rett. Som Hans Petter Graver skriver, har ikke ”rettsvitenskapen noe mandat fra samfunnet til å treffe avgjørelser om rettsspørsmål med

---

<sup>62</sup> St.prp.nr.50(1998-99).

<sup>63</sup> St.prp.nr 42(1996-97).

<sup>64</sup> Se blant annet Andenæs 2006 side 47-51 og Fleischer 1998 side 454. Se også St.prp.nr.50(1998-1999) side 30.

<sup>65</sup> Se blant annet Andenæs 2006 side 320.

<sup>66</sup> Smith 2009 side 108.

<sup>67</sup> Ibid. side 36.

bindende virkning.<sup>68</sup> På denne bakgrunn skisserer han hva som er rettsvitenskapens fortrinn og hva som bør være dens oppgave:

”Der rettsvitenskapen har sin autoritet er ved den kritiske refleksjon over det positive rettsstoffet. Grunnforutsetningen for en slik oppgave er innsamling av rettsstoffet, og fremstilling av det på en oversiktlig måte. I dette må det treffes valg med hensyn til hva som skal fremstilles sammen, og med hensyn til hvordan dette skal systematiseres. Synliggjøring av disse valgene gir grunnlag for refleksjon, samtidig som resultatet av fremstillingen gjør rettsstoffet lettere tilgjengelig for andre(...)

En viktig del av rettsvitenskapens oppgave er å fremstille de muligheter rettsstoffet inneholder. Hvilke argumenter det gir opphav til, hvilke sammenhenger som kan trekkes, og hvilke løsninger som kan begrunnes. En annen viktig del er å problematisere forutsetninger som aktører innen rettsystemet bygger på, både om sosiale sammenhenger om grunnleggende verdier og om begrunnelsesmønstre. Klassiske vitenskapelige idealer om fullstendighet, åpenhet og rasjonalitet er de viktigste redskaper i bestrebelsene på å fremstille rettsstoffets muligheter. Det er etterlevelsen av slike idealer som gjør teoretiske utsagn etterprøvbare, både i forhold til om de bygger på riktige og relevante data og i forhold til om de slutninger som trekkes er holdbare.”<sup>69</sup>

Gravers syn på rettsvitenskapens oppgave treffer etter min mening særlig godt de problemstillingene jeg skal behandle.<sup>70</sup>

Den første problemstillingen handler om unntakets utvikling og rettskildemessige grunnlag. Det dypere formålet med å behandle denne problemstillingen må nettopp være å gi grunnlag for videre refleksjon i en politisk og juridisk offentlighet, noe som etter hvert kan ende opp i reformforslag. Det er en kjensgjerning at unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring blir praktisert, og det er neppe sannsynlig at Høyesterett ville funnet unntaket grunnlovsstridig dersom den en sjelden gang skulle få sjansen.<sup>71</sup> Verdien av å konstatere at unntaket er gjeldende rett eller ikke kan derfor diskuteres, et slikt enten-eller-svar synes uansett å måtte bunne i uenighet om hva som er den beste metodiske tilnærming,

---

<sup>68</sup> Graver 1998 side 602.

<sup>69</sup> Ibid. side 602.

<sup>70</sup> Sejersted 2002 side 58-62 deler Gravers tilnærming, men mener rettsvitenskapen i tillegg bør på påvise hvilken løsning som er den beste.

<sup>71</sup> Se avsnitt 3.6.

enten den tradisjonelle liberale tilnærmingen eller Smiths mer restriktive. Det som kan gi grunnlag for videre refleksjon, er derimot en *presentasjon*, en *analyse* og en *vurdering* av det rettskildemessige grunnlaget. I en slik vurdering bør det drøftes hvor sterkt unntaket er forankret i konstitusjonell praksis og hvor god begrunnelsen for unntaket er.

De samme betraktningene gjelder for den andre problemstillingen, som handler om praktiseringen av unntaket. Lovavdelingens uttalelser er her fremtredende, noe som kunne gi anledning til å drøfte i hvilken grad uttalelsene gir uttrykk for gjeldende rett. Det kan diskuteres hvor interessant dette er. Ingen myndighet kan overføres uten Stortingets samtykke og Lovavdelingens uttalelser er bare rådgivende. Det er dessuten en kjensgjerning at Lovavdelingen vurderer om myndighetsoverføringer under oppseiling er ”lite inngripende”. Det er likeledes en kjensgjerning at disse uttalelsene får stor praktisk betydning, ved at de som regel vil legges til grunn av andre departementer, av norske forhandlingsdelegasjoner og av regjeringen, i det videre arbeidet med en traktat. Nettopp derfor er det viktig å redegjøre for hvordan Lovavdelingen faktisk praktiserer unntaket. Dette kan gi grunnlag for å etterprøve praktiseringen i en politisk og juridisk offentlighet, og gi støtet til forsøk på å korrigere rettstilstanden. Dette behovet er desto større fordi Lovavdelingen så å si har monopol på rettsanvendelsen. Uttalelsene springer ikke ut av kontradiktorisk saksbehandling, intet eksternt organ fører juridisk kontroll med uttalelsene og i den grad regjering og storting prøver rettsanvendelsen er dette antakelig ut fra politiske hensyn, ikke juridiske argumenter.

## 1.7 Den videre fremstillingen

Kapittel 2 og 3 tilhører den første problemstillingen, som handler om unntakets utvikling og rettskildemessige grunnlag. Her undersøker jeg juridisk teori og konstitusjonell praksis. Kapittel 3 kan sees på som hovedkapitlet for denne problemstillingen. Det er imidlertid viktig å se unntaket i lys av Grunnlovens hovedregler, hvilket jeg drøfter i kapittel 2. Til slutt i kapittel 2 presenterer jeg kort de danske reglene for myndighetsoverføring. Disse vil jeg senere komme tilbake til for å kaste lys over de norske reglene.

Kapittel 4 og 5 tilhører den andre problemstillingen, som handler om unntakets praktisering. I kapittel 5 drøfter jeg den skjønsmessige helhetsvurderingen. For å berede

grunnen for kapittel 5 gir jeg i kapittel 4 en presentasjon av den praksis som finnes på området. Lovavdelingens uttalelser er her svært sentrale. Kapittel 4 innledes derfor med ord om Lovavdelingens uttalelser. Jeg sier også noen ord om Alvik og Dolvas betenkning, ettersom jeg vil bruke denne i undersøkelsen av helhetsvurderingen.

I kapittel 6 avslutter jeg med en drøftelse av hvilken rettstenkning reglene om myndighetsoverføring og unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring er uttrykk for, og hvilke problemer som kan knytte seg til et slikt unntak.

## **2 Hovedreglene om myndighetsoverføring**

At ”lite inngripende” myndighetsoverføring kan inngås etter § 26 annet ledd, beskrives av og til som et ”unntak”.<sup>72</sup> Å kalle en regel et ”unntak” er bare meningsfylt dersom det finnes en *hovedregel*. Derfor er det viktig å undersøke hva som er Grunnlovens hovedregler om traktatinnngåelse og myndighetsoverføring til eksterne organer. Det sentrale spørsmålet er om Grunnloven forbyr myndighetsoverføring til eksterne organer, og i så fall om dette forbudet er absolutt, slik at det rammer *enhver* myndighetsoverføring. Dette er de *materielle* bestemmelsene. Videre er et sentralt spørsmål hvilke *prosedyrer* som skal brukes for å inngå traktater som Grunnloven i utgangspunktet forbyr. Det er også viktig å undersøke i hvilken grad disse prosedyrene er operative, det vil si om det er rettslig og politisk mulig å bruke dem til ulike myndighetsoverføringer.

### **2.1 Grl. § 26 – den alminnelige traktatkompetansebestemmelsen**

Grunnloven § 26 er den alminnelige traktatkompetansebestemmelsen. Etter første ledd fremgår det at traktatinnngåelse er et kongelig prerogativ:

---

<sup>72</sup> For eksempel i JDLOV-2009-7963 punkt 2.1.



”Kongen har Ret til at sammenkalde Tropper, begynde Krig til Landets Forsvar og slutte Fred, indgaa og ophæve Forbund, sende og modtage Gesandter.”

Første ledd gir Kongen – i praksis regjeringen – rett til å slutte traktater på Norges vegne. Bestemmelsen må også forstås slik at regjeringen har rett til på eget initiativ å inngå forhandlinger med andre stater og internasjonale organisasjoner.<sup>73</sup>

Annet ledd bestemmer at Stortinget med alminnelig flertall må samtykke i bestemte traktater for at de skal bli gyldige:

”Traktater angaaende Sager af særlig Vigtighed og i alle Tilfælde Traktater hvis Iværksættelse efter Konstitutionen nødvendiggjør en ny Lov eller Storthingsbeslutning, blive først bindende, naar Storthinget har givet sit Samtykke dertil.”<sup>74</sup>

Annet ledd er utformet som en gyldighetsregel. I lys av regjeringens utenriksprerogativ i første ledd må bestemmelsen også forstås som en plikt for regjeringen til å hente inn Stortingets samtykke når ett av vilkårene foreligger. For det første må Stortingets samtykke innhentes når traktaten nødvendiggjør ny lov eller stortingsbeslutning. Dette er for å hindre at regjeringen griper inn på Stortingets myndighetsområde.<sup>75</sup> For det andre må samtykke innhentes når traktaten angår en sak av særlig viktighet. En traktat griper ikke inn på Stortingets område bare fordi den er særlig viktig, regelen er der i stedet av hensyn til en mer betryggende og demokratisk behandling av spørsmålet om å binde staten folkerettslig.<sup>76</sup> Om en traktat er særlig viktig eller nødvendiggjør ny lov eller stortingsbeslutning er et spørsmål om når Stortingets samtykke er nødvendig.

Bestemmelsen gir ikke uttrykkelig beskjed om det finnes traktater som *ikke* kan inngås etter prosedyren i annet ledd – den er taus om myndighetsoverførende traktater. I den grad myndighetsoverføring innebærer grunnlovsendringer, må det likevel antas å ligge utenfor regjeringens utenriksprerogativ å inngå myndighetsoverførende traktater. Colban

---

<sup>73</sup> Colban side 206-207.

<sup>74</sup> Innsatt ved grunnlovsbestemmelse 1931. Dok.nr.14(1929) og Innst.S.nr.47(1931).

<sup>75</sup> Colban side 228.

<sup>76</sup> L.c.

sier at ”en traktat som kommer i konflikt med grunnloven kan overhodet ikke slutes, idet den ville innebære en krenkelse av de absolutte grenser for traktatmyndigheten”.<sup>77</sup> Han gjør deretter en presiserende tolkning av annet ledd: ”Ordet ”Lov” i grl. § 26, annet ledd, betyr altså bare vanlig lov, ikke grunnlov.”<sup>78</sup> I så fall må det antas underforstått at traktater som nødvendiggjør endringer i Grunnloven, ikke kan inngås etter § 26. Dersom en myndighetsoverførende traktat ikke er i strid med Grunnloven, må den kunne inngås etter § 26. Hvorvidt Stortingets samtykke er nødvendig vil prinsipielt bero på om myndighetsoverføringen nødvendiggjør ny lov eller stortingsbeslutning eller om den er særlig viktig. Som regel vil en myndighetsoverføring være særlig viktig.<sup>79</sup> Lovhjemmelen kan imidlertid være der fra før.

Av § 26 første ledd følger for øvrig et par forhold av interesse for forholdet mellom regjeringens utenriksprerogativ og myndighetsoverførende traktater. For det første kan regjeringen gå i *forhandlinger* om traktater som innebærer myndighetsoverføring.<sup>80</sup> For det andre er det regjeringen som i utgangspunktet velger hvilken grunnlovsprosedyre en traktat skal behandles etter.<sup>81</sup> Dersom Stortinget er uenig i den grunnlovsprosedyren som er valgt, kan det legge frem et forslag om at en annen prosedyre skal benyttes.<sup>82</sup> Dersom et flertall på Stortinget bifaller et slikt vedtak, må dette antas å være avgjørende, og ikke i strid med utenriksprerogativet.<sup>83</sup> Det parlamentariske system vi har i Norge i dag, og som fra 2007 er forankret i Grunnloven § 15, taler for en slik løsning.

---

<sup>77</sup> Ibid. side 231.

<sup>78</sup> L.c.

<sup>79</sup> Dersom Norge igjen begynner å inngå bilaterale investeringstraktater er det ikke sikkert enhver av disse må regnes som særlig viktige. I den retning Alvik og Dolva side 8.

<sup>80</sup> Colban side 207.

<sup>81</sup> Ibid. side 221.

<sup>82</sup> Johan J. Jacobsen la på vegne av Senterpartiet og Sosialistisk venstreparti ved behandlingen av Schengen-avtalen, jfr. St.prp.nr.50(1998-99), frem forslag om at denne måtte behandles etter § 93. Forslaget ble ikke bifalt med 81 mot 23 stemmer. Se Stortingstidende (1998-1999) side 2864.

<sup>83</sup> Uttalelser i Colban side 221 trekker imidlertid i retning av at regjeringens skjønn er avgjørende. Uttalelsen gjaldt imidlertid ikke valget mellom § 26 annet ledd og § 93, men hvorvidt en traktat angår en sak av ”særlig viktighet”, jfr. § 26 annet ledd.

## 2.2 Grl. § 93 – en prosessuell bestemmelse

Da § 93 ble vedtatt i 1963, var det etter tre runder med grunnlovsforslag om en ny bestemmelse om myndighetsoverføring til internasjonale organisasjoner. Det første grunnlovsforslaget ble fremsatt i 1952.<sup>84</sup> En enstemmig utenriks- og konstitusjonskomité kom til at ingen av alternativene i grunnlovsforslaget burde bifalles. Et flertall var isolert sett for en ny § 93, men under henvisning til at det ikke var mulig å oppnå enighet i komiteen, tok ikke flertallet opp noen av de fremsatte alternativer. Mindretallet mente det ikke var noe aktuelt behov for en slik grunnlovsendring. Begrunnelsen var at enhver myndighetsoverføring som ville vise seg å være i strid med Grunnloven bare burde inngås ved grunnlovsendring.<sup>85</sup> Mindretallet mente også at en slik bestemmelse som var foreslått i ny § 93, kunne stride mot Grunnlovens ”Aand” og ”Prinsiper” i § 112.<sup>86</sup>

Da det i 1956 igjen ble fremsatt et grunnlovsforslag innstilte komiteen på at et av alternativene skulle vedtas.<sup>87</sup> Enkelte av komiteens medlemmer fremhevet likevel det uheldige i at flertallskravet i forslaget var 2/3, og ikke 3/4. Komiteen innstilte senere på at saken burde utsettes.<sup>88</sup> Denne gangen var det fra hele komiteens side ønskelig å ha et sterkere flertallskrav enn 2/3.

Nytt forslag – med sterkere flertallskrav – kom i 1960.<sup>89</sup> Som bakgrunnsmateriale hadde komiteen innhentet sakkyndige uttalelser fra professorene Frede Castberg, Johs. Andenæs, Justisdepartementets lovavdeling og Utenriksdepartementets rettsavdeling.<sup>90</sup> Flertallet i komiteen innstilte på det alternativet som ble vedtatt som ny § 93.<sup>91</sup> Et medlem

---

<sup>84</sup> Grunnlovsforslag nr.17, Dok.nr.11(1952).

<sup>85</sup> Innst.S.nr.185(1956) side 468.

<sup>86</sup> L.c.

<sup>87</sup> Grunnlovsforslag nr. 7, Dok.nr.17(1956). Innst.S.nr.292(1959-60). Medlemmet Borten forbeholdt seg å stå fritt.

<sup>88</sup> Innst.S.nr.302(1959-60).

<sup>89</sup> Grunnlovsforslag nr. 13, Dok.nr.13(1959-60).

<sup>90</sup> Dok.nr.3(1961-62).

<sup>91</sup> Innst.S.nr.100(1961-62).

mente flertallskravet burde være 5/6, og at det i tillegg burde kreves folkeavstemning.<sup>92</sup> Et medlem mente ingen av forslagene burde bifalles.<sup>93</sup>

§ 93 lyder slik:

”For at sikre den internationale Fred og Sikkerhed eller fremme international Retsorden og Samarbeide kan Storthinget med tre Fjerdedeles Flertal samtykke i, at en international Sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter sig til, paa et saglig begrænset Omraade, skal kunne udøve Beføjelser der efter denne Grundlov ellers tilligge Statens Myndigheder, dog ikke Beføjelse til at forandre denne Grundlov. Naar Storthinget skal give sit Samtykke, bør, som ved Behandling af Grundlovsforslag, mindst to Trediedele af dets Medlemmer være tilstede.

Bestemmelserne i denne Paragraf gjælde ikke ved Deltagelse i en international Sammenslutning, hvis Beslutninger har alene rent folkeretslig Virkning for Norge.”

For mitt formål reiser vedtakelsen av § 93 to sentrale spørsmål. For det første om § 93 endrer Grunnlovens øvrige regler om myndighetsoverføring, det vil si § 1 og kompetansebestemmelsene. For det andre om vedtakelsen av § 93 betyr at enhver myndighetsoverføring skal vedtas etter prosedyren i § 93. Disse to spørsmålene er ikke identiske. Selv om man kommer til at § 93 ikke endrer Grunnlovens øvrige regler myndighetsoverføring, kan det hevdes at § 93 likevel skal benyttes for de myndighetsoverføringer der man tidligere hadde funnet at § 26 annet ledd var tilstrekkelig. Spørsmålet om hva som er rett prosedyre lar jeg vente til kapitlet om det rettslige grunnlag for unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring.<sup>94</sup> I denne omgang drøfter jeg bare spørsmålet om § 93 endrer Grunnlovens øvrige regler for myndighetsoverføring.

Tiltakende internasjonalt samarbeid og nye former for folkerettslige forpliktelser reiste i etterkrigstiden tvil om hva Grunnloven tillot. Spesielt overføring av myndighet til å fatte vedtak med direkte virkning for norske borgere på norsk territorium var upløyd mark. Innebar vedtakelsen av § 93 en autoritativ tolkning av Grunnlovens regler for

---

<sup>92</sup> Medlemmet Bondevik. Ibid. side 140.

<sup>93</sup> Medlemmet Braadland. Ibid. side 141.

<sup>94</sup> Se avsnitt 3.3.

myndighetsoverføring? Carsten Smith har pekt på at vedtakelsen av § 93 hadde én hovedfunksjon, nemlig å lette adgangen til deltakelse i internasjonalt samarbeid.<sup>95</sup> Dersom ikke § 93 ble vedtatt, ville den vanskeligere prosedyren i § 112 måtte benyttes. I forbindelse med det siste forslaget uttalte komiteen følgende: ”Forslaget har en generell karakter og tar sikte på å lette adgangen for vårt land til å delta aktivt i det gjensidig forpliktende samarbeid mellom statene.”<sup>96</sup> Smith peker på at det i innstillingen og i debatten også ble anført at § 93 hadde en klargjøringsfunksjon og en tilstrammingsfunksjon.<sup>97</sup> Klargjøringsfunksjonen kommer jeg senere tilbake til. Den anførte tilstrammingsfunksjonen innebar at den tidligere liberale tolkningen av Grunnlovens øvrige regler om myndighetsoverføring ble strammet inn for fremtiden. Det var representanten Garbo som anførte dette argumentet:

”Det som hittil har vært stillingen, har jo vært at Stortinget ved et simpelt flertall har kunnet vedta myndighetsoverføring til internasjonale organer ved en utvidet fortolkning av Grunnloven, ved – som det har blitt uttrykt – å ”uthule” Grunnloven.

Hva vi gjør i dag, er i stedet å åpne en varig adgang for nasjonalforsamlingen i kraft av vår forfatning til å overføre myndighet til internasjonale organer i samsvar med meget bestemte vilkår og på basis av 3/4 flertall i denne forsamling. For så vidt representerer forslaget i virkeligheten på vesentlige områder en tilstramming av den praksis som hittil har foregått.”<sup>98</sup>

Smith peker på at Garbos anførsel ikke kan sees på som det dominerende formålet med vedtakelsen av § 93.<sup>99</sup> Heller ikke i senere teori og konstitusjonell praksis har det blitt lagt til grunn at tilstrammingsfunksjonen var vesentlig. Fleischer uttaler at ”det er bare der disse [Grunnlovens øvrige regler] etter sitt eget innhold er til hinder, at § 93 kommer inn i bildet.”<sup>100</sup> Smith sier: ”Det sentrale ved § 93 er generelt sett at den introduserer en ny

---

<sup>95</sup> Smith 1972 side 295.

<sup>96</sup> Innst.S.nr.100(1961-62) side 138.

<sup>97</sup> Smith 1972 side 299-300.

<sup>98</sup> Stortingstidende (1961-62) side 2211.

<sup>99</sup> L.c.

<sup>100</sup> Fleischer 1963 side 89.

prosedyre (fremgangsmåte) i norsk statsrett. Man har ikke ved denne bestemmelse endret det materielle innhold av Stortingets kompetanse.”<sup>101</sup> I samtykkeproposisjonen til Schengen-avtalen drøftes grensene for traktatmyndigheten uavhengig av § 93.<sup>102</sup>

Jeg ser det derfor slik at vedtakelsen av § 93 ikke var ment å innebære endringer i tolkningen av Grunnlovens § 1 og kompetansebestemmelsene. Dette kan presiseres slik at § 93 er en *prosessuell* bestemmelse, ikke en *materiell* bestemmelse. Forbud mot myndighetsoverføring til eksterne organer må forankres i materielle bestemmelser, som § 1 og kompetansebestemmelsene.

### 2.2.1 Særlig om tilslutningsvilkåret

§ 93 krever at Norge er ”tilsluttet” den internasjonale organisasjon som skal utøve myndighet i Norge. Dersom det er tale om å overføre myndighet til en organisasjon Norge ikke er tilsluttet kan § 93 ikke benyttes. Tolkningalternativene er om tilslutningsvilkåret krever fullt medlemskap, det vil si likeverdig deltakelse,<sup>103</sup> eller om det er tilstrekkelig at Norge er assosiert medlem, selv om dette ikke gir likeverdig deltakelse.<sup>104</sup> Det har ikke av noen blitt stilt som krav at Norge har vetorett.<sup>105</sup> Etersom regjeringen antok at tilslutningsvilkåret var oppfylt ved myndighetsoverføring til ESA og EFTA-domstolen må det antas at det heller ikke har blitt stilt krav om at representantene i de organer som skal utøve direkte myndighet kan ta nasjonale hensyn. Eksempelvis vil en dommer i EFTA-domstolen være forpliktet til å opptre upartisk.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> Smith 1972 side 301.

<sup>102</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 33-34.

<sup>103</sup> Andenæs og Opsahl i Dok.nr.10(1966-67) side 13 og 29.

<sup>104</sup> Fleischer i ”Revue du Marché Commun” i 1972. Fleischers artikkel er på fransk og jeg har derfor ikke evnet å lese denne. Fremkommer i St.prp.nr.100(1991-92) side 345.

<sup>105</sup> Se for eksempel Opsahl i Dok.nr.10(1966-67) side 29.

<sup>106</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 338.

Ordlyden ”tilsluttet eller slutter seg til” er vag og peker ikke klart ut et av tolkningsalternativene.<sup>107</sup> Forarbeidene er tause om spørsmålet. Regjeringen uttaler følgende om vilkåret i samtykkeproposisjonen til EØS-avtalen:

”Det må imidlertid tas hensyn til at man etter Fleischers artikkel ikke har fått noen avklaring, gjennom politiske vedtak eller en fagjuridisk debatt, om hvilke bindinger som ligger i vilkåret om at Norge må være ”tilsluttet”. Det kan hevdes at det knapt ville bli noe reelt innhold igjen i vilkåret om at Norge må være ”tilsluttet” om man legger Fleischers syn til grunn”.<sup>108</sup>

Regjeringen kom derfor til at tilslutningsvilkåret krever fullt medlemskap. Ved senere anledninger er det stilt spørsmålstegn ved denne tolkningen. Sejersted og Boe – som satt i referansegruppen for utredning av konstitusjonelle spørsmål i forbindelse med Schengen-avtalen – mener det er grunnlag for å se tilslutningsvilkåret som relativt i forhold til graden av myndighetsoverføring.<sup>109</sup> Regjeringen tar selv ikke standpunkt til spørsmålet i sin drøftelse i samtykkeproposisjonen til Schengen-avtalen.<sup>110</sup>

På bakgrunn av de rettskildene som foreligger må tilslutningsvilkåret antas å kreve fullt medlemskap. Dette kan være med å forklare hvorfor det er viktig for norske myndigheter å forhandle frem en myndighetsoverføring som er ”lite inngripende” når Norge skal overføre myndighet til et EU-organ.

§ 93 er vanskelig å bruke også fordi den er politisk ladet. Stortingsdebatten ved vedtakelsen i 1963 handlet i hovedsak om spørsmålet om Norge skulle melde seg inn i EEC. § 93 er blitt brukt én gang – til å inngå EØS-avtalen i 1992. Mange forbinder nok § 93 med de omfattende bindingene Norge påtok seg den gang.

---

<sup>107</sup> Dette peker Fleischer på i sin artikkel, se St.prp.nr.100(1991-92) side 345.

<sup>108</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 345.

<sup>109</sup> Se Sejersted 1999 side 11 og Boe side 108-109. Referert også i St.prp.nr.50(1998-99) side 32.

<sup>110</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 32.

### 2.3 Grl. § 112

Etter prosedyren i § 112 kan Grunnloven endres. § 112 er en prosessuell bestemmelse, som bortsett fra de mulige skrankene som ligger i ”ånd og prinsipper”, ikke i seg selv forbyr myndighetsoverføring. § 112 krever skjerpet flertall på Stortinget, et hvileår og et mellomkommende valg. Til sammen gir dette en demokratisk og særlig betryggende fremgangsmåte for grunnlovsendringer.<sup>111</sup>

Hvileåret og det mellomkommende valget utgjør imidlertid et forsinkende element, som kan være meget uhensiktsmessig ved inngåelsen av traktater.<sup>112</sup> Hvileåret tatt i betraktning vil det ta minst halvannet år før traktaten kan inngås. Aktualiseres traktaten det fjerde året i en valgperiode vil ikke traktaten kunne inngås før etter neste valg igjen. Grunnloven er også et symbolsk dokument, og mange vil nok mene at det ville ta seg dårlig ut å endre Grunnloven for å overføre svært begrenset myndighet på et teknisk område, for eksempel til et EU-byrå. Som ved bruk av § 93 vil det å endre Grunnloven antakelig lede manges tanker hen på alvorlige suverenitetsavståelser, noe som vil gjøre bruk av bestemmelsen politisk ladet.

### 2.4 Grl. § 1

I Grunnlovens § 1 heter det at ”Kongeriget Norge er et frit, selvstændigt, udeleligt og uafhængeligt Rige”. Historisk må bestemmelsen forstås i lys av Norges nyvunne kamp for selvstendighet i 1814.<sup>113</sup> Den har også hatt sin reelle virkning i unionstiden med Sverige.<sup>114</sup> For mitt formål er det sentrale spørsmålet i hvilken grad § 1 har blitt forstått som en skranke mot myndighetsoverføring til eksterne organer, og hvilke eventuelle krav § 1 stiller til en myndighetsoverførende traktat.

---

<sup>111</sup> Colban side 233. Også drøftet av Smith 1972.

<sup>112</sup> Colban side 231-235. Se også Smith 1972.

<sup>113</sup> I 17. mai-Grunnloven var ordlyden ”uavhengig” i stedet for ”selvstendig”, som kom inn med unionsinngåelsen med Sverige høsten 1814. Ordene ble ikke byttet om igjen da Norge trådte ut av unionen i 1905. Se Fliflet 2005 side 46.

<sup>114</sup> Historisk er bestemmelsen behandlet i Hiorthøy 1952 og Opsahl 1969.



Det har i juridisk teori pågått en debatt om § 1 har et *selvstendig* innhold. Finn Hiorthøy betrakter bestemmelsen som et uttrykk for et selvstendighetskrav som ville gjeldd uansett: ”I dag *er* Norge fritt og selvstendig, og det innses ikke at det – politisk eller forfatningsrettslig – kan gjøre noe fra eller til om grunnloven inneholder en uttrykkelig erklæring om dette(...)”.<sup>115</sup> Etter hans mening vil selvstendighetskravet variere med den internasjonale utvikling og den til enhver tid rådende oppfatning.<sup>116</sup> I juridisk teori for øvrig er den dominerende tendens at § 1 har et selvstendig innhold,<sup>117</sup> men dog slik at innholdet må ta utgangspunkt i ”det syn på statsuvereniteten som i våre dager er det rådende i folkerettssamfunnet.”<sup>118</sup> Den alminnelige oppfatning i juridisk teori ser senere ut til å ha vært at bestemmelsen har et selvstendig innhold.<sup>119</sup>

Som påpekt av Backer har det har også vært delte oppfatninger om i hvilken grad § 1 forbyr myndighetsoverføring, og hvordan bestemmelsen forholder seg til § 93.<sup>120</sup> Fordi § 1 ikke har noe selvstendig innhold, innebærer bestemmelsen etter Hiorthøys mening ingen skranke mot myndighetsoverføring.<sup>121</sup> Castberg sier seg uenig i dette på det 20. nordiske juristmøtet i 1954. For ham er § 1 den sentrale skranken mot myndighetsoverføring, om enn ingen absolutt skranke.<sup>122</sup> I forarbeidene til § 93 er imidlertid Castberg, Andenæs og Lovavdelingen samstemte i at § 1 i hvert fall ikke setter en absolutt skranke mot myndighetsoverføring, den kunne ikke være til hinder for myndighetsoverføring ved eventuell norsk deltakelse i EEC.<sup>123</sup> Lovavdelingen uttaler at § 1 ”som rettslig påbud har sin vesentligste betydning ved at den setter en grense også for statsmaktenes adgang til å slutte

---

<sup>115</sup> Hiorthøy 1952 side 40.

<sup>116</sup> Ibid. side 45-46. Se også St.meld.nr 89(1951) side 42.

<sup>117</sup> Castberg 1954 side 62. Castberg, Andenæs og Lovavdelingen i Dok.nr.3(1961-62) side 5, 11 og side 42-44.

<sup>118</sup> Andenæs i Dok.nr.3(1961-62) side 11. Se også Castberg samme sted side 5.

<sup>119</sup> Se for eksempel Smith 2009 side 84 og Andenæs 2006 side 320.

<sup>120</sup> Backer side 44-45.

<sup>121</sup> Hiorthøy 1952 side 50-51.

<sup>122</sup> Castberg 1954 side 62-63.

<sup>123</sup> Castberg side 5, Andenæs side 11 og Lovavdelingen side 42-43 i Dok.nr.3(1961-62).

folkerettslige avtaler.”<sup>124</sup> Lovavdelingen mener skillet mellom direkte og folkerettslig virkning ikke er særlig relevant ved fastleggelsen av skrankene for § 1: ”

”I forhold til selvstendighetskravet i Grunnlovens § 1 kan det imidlertid neppe spille noen stor rolle om myndigheten utøves direkte overfor borgerne eller indirekte ved direktiver til de øverste statsmakter, så lenge de internasjonale organer ikke gis rett til selv å utøve tvangsmakt på norsk område.”<sup>125</sup>

I en artikkel fra 1961 mener Opsahl at det ikke er så praktisk å knytte spørsmålet om myndighetsoverføring til § 1: ”Prinsipielt kan det sies at paragrafens ”intensjonsdybde” ikke strekker til for alle disse nyanser.”<sup>126</sup> Opsahl ser likevel i en senere artikkel ut til å helle i retning av at § 1 i utgangspunktet satte skranker for myndighetsoverføring,<sup>127</sup> men at vedtakelsen av § 93 innebærer at § 1 bare forbyr overføring av myndighet til å endre selve Grunnloven.<sup>128</sup> Eckhoff er enig med Opsahl i dette.<sup>129</sup> I den seneste utgaven av Andenæs’ og Fliflets lærebok holdes det fast ved at § 1 ikke generelt forbyr myndighetsoverføring.<sup>130</sup> Både Castberg og Andenæs mener dessuten at § 1 utgjør en selvstendig skranke ved siden av § 93.<sup>131</sup>

Fra den nyere tids myndighetsoverføringer ser vi i samtykkeproposisjonene at regjeringen ikke har drøftet skranken i § 1 inngående. I forbindelse med EØS-avtalen uttaler regjeringen, uten nærmere begrunnelse: ”§ 93 bygger på en forutsetning – som man for så vidt kan si kommer til uttrykk i Grunnlovens § 1 – om at Grunnloven utelukker andre fra å utøve slik myndighet innenfor landets grenser – med mindre de er underordnet disse

---

<sup>124</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 42.

<sup>125</sup> Ibid. side 43.

<sup>126</sup> Opsahl 1961 side 27.

<sup>127</sup> Opsahl 1969 side 374.

<sup>128</sup> Ibid. side 376.

<sup>129</sup> Eckhoff 1990 side 208.

<sup>130</sup> Andenæs 2006 side 320.

<sup>131</sup> Andenæs 2006 side 320 og Castberg 1964 side 137.

våre høyeste statsorganer.”<sup>132</sup> Heller ikke i forbindelse med Schengen-avtalen tar regjeringen klart standpunkt til rekkevidden av § 1.<sup>133</sup>

Oppsummeringsvis er tendensen i juridisk teori at selvstendighetskravet er *reelt*, og at skillet mellom folkerettslig og direkte virkning ikke er av avgjørende betydning for om § 1 er krenket. Samtidig innebærer et reelt selvstendighetskrav at ikke enhver myndighetsoverføring er tillatt. Hvor grensen går, kan være uklart. I juridisk teori har man fra § 1 likevel utledet et grunnleggende krav om at Norge i et internasjonalt samarbeid deltar som likestilt stat.

I følge Lovavdelingen i forarbeidene til § 93 er dette avgjørende for om § 1 tillater deltakelse i internasjonalt samarbeid:

”Det synes rimelig å ta som utgangspunkt at Grunnlovens bestemmelser om rikets frihet og selvstendighet ikke gått for nær så lenge Norge ikke kommer i et ensidig avhengighets- eller underordningsforhold til noen bestemt fremmed stat eller gruppe av stater, men deltar som *likeverdige medlem* i mellomfolkelige organisasjoner opprettet for å løse medlemmenes felles oppgaver. Avgjørende må være at Norge er berettiget i samme eller tilsvarende forhold som de andre medlemmer når det gjelder mulighetene for å øve innflytelse ved å delta i forberedelser, forhandlinger og avstemninger.”<sup>134</sup>

Også Andenæs betoner viktigheten av likeverdighet, både i forarbeidene til § 93<sup>135</sup> og i sin lærebok.<sup>136</sup> Viktigheten av likeverdighet er også trukket fram av regjeringen i den andre proposisjonen til Schengenavtalen, hvor regjeringen likevel uttaler at kravet bør nyanseres:

”Man kan kanskje formulere dette slik at det må dreie seg om manglende likeverd av en viss kvalifisert art(...) Trolig bør man se saksfeltets omfang og karakter i sammenheng med graden av

---

<sup>132</sup> St.prp.nr.100(1991-1992) side 336.

<sup>133</sup> St.prp.nr.50(1998-1999) side 44.

<sup>134</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 43.

<sup>135</sup> Ibid. side 11.

<sup>136</sup> Andenæs 2006 side 320.

manglende likeverd, slik at jo større og viktigere sakfelt det internasjonale samarbeidet dekker, jo mindre grad manglende likeverd vil det være naturlig å anse som forenlig med Grunnloven.”<sup>137</sup>

Som vi skal se nærmere i drøftelsen av innholdet i ”lite inngripende”-kriteriet ser dette relativiserte synet på likeverdighet ut til å ha fått gjennomslag i praksis.<sup>138</sup>

Videre kan man nok si at § 1 som reelt selvstendighetskrav tydeligst setter skranker mot overføring av lovgivningsmyndighet.<sup>139</sup> Myndigheten til å gi lover har blitt regnet som det viktigste kjennetegnet på en selvstendig stat.<sup>140</sup>

## 2.5 Grunnlovens kompetansebestemmelser

Grunnlovens kompetansebestemmelser er en fellesbetegnelse på de bestemmelsene i Grunnloven som sier hvilket organ som skal utøve en viss myndighet. Etter § 3 ligger den utøvende myndighet hos Kongen, i praksis regjeringen. Etter §§ 49 og 75 ligger den lovgivende myndighet hos Stortinget. Av § 88 og 90 følger det at den dømmende myndighet ligger hos Høyesterett.

Det er vanlig å se kompetansebestemmelsene som uttrykk for Grunnlovens system eller forutsetninger.<sup>141</sup> I forbindelse med Schengen-avtalen skiller regjeringen skarpt mellom kompetansebestemmelsene og Grunnlovens system.<sup>142</sup> Jeg mener det er mest naturlig å gjøre en felles behandling av disse to. For enkelthets skyld bruker jeg fra nå av bare betegnelsen ”Grunnlovens kompetansebestemmelser”, med mindre jeg refererer til en uttalelse der systemperspektivet har vært det mest fremtredende.

---

<sup>137</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 34.

<sup>138</sup> Se avsnitt 5.6.

<sup>139</sup> Backer side 47.

<sup>140</sup> St.meld.nr.89(1951) side 48.

<sup>141</sup> For eksempel Lovavdelingen i Dok.nr. 3(1961-62) side 44.

<sup>142</sup> St.prp.nr.50(1998-1999) side 31.

I juridisk teori har kompetansebestemmelsene i utgangspunktet blitt vurdert uavhengig av selvstendighetskravet i § 1.<sup>143</sup> Lovavdelingen sier for eksempel at en myndighetsoverføring ”lettere [vil] rammes av det forbud som følger av Grunnlovens system og dens bestemmelser om myndighetsfordeling, enn den vil være en krenkelse av rikets selvstendighet i relasjon til § 1.”<sup>144</sup> Samtidig er det klart at det er en sammenheng mellom § 1 og kompetansebestemmelsene. Kjernen i norsk selvstendighet må være at norske statsmakter selv utøver sine respektive funksjoner.<sup>145</sup>

### 2.5.1 Kompetansebestemmelsenes ordlyd og formål

Ordlyden i kompetansebestemmelsene sier at en bestemt myndighet (”Magt”) ligger hos et bestemt organ. Å overføre myndighet til et organ som er uavhengig av disse organene vil innebære at myndigheten ikke lenger ligger hos de organer Grunnloven utpeker. Ordlyden er imidlertid knapp og gir ikke i seg selv tilstrekkelige holdepunkter for å si at myndighet ikke kan overføres ved traktat.

Det har vært hevdet av Castberg at kompetansebestemmelsenes formål først og fremst er å fordele den internrettslige kompetanse mellom statsmaktene, og at bestemmelsene dermed ikke regulerer forholdet til utlandet.<sup>146</sup> Dette er antakelig ikke holdbart: Når Grunnloven fordeler kompetanse mellom ulike organer, må den også forstås slik at den utelukker organer som er uavhengige av dem som utpekes.

§ 1 kan komme inn som et tolkningsmoment. § 1 bør videre tolkes i tråd med den internasjonale utvikling, som har gått i retning av tettere samarbeid med betydelige innslag av myndighetsoverføringer. Fleischer sier: ”Etter en moderne definisjon av selvstendighetsbegrepet kan en selvstendig stat godt være med i, og bli bundet av de

---

<sup>143</sup> Se Castberg, Andenæs og Lovavdelingen i Dok.nr.3(1961-62) henholdsvis side 5, 11 og 44. Se også Hiorthøy 1952 side 50-51 og Opsahl 1961 side 28. Opsahl 1969 side 374 ser bestemmelsene mer i sammenheng.

<sup>144</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 44.

<sup>145</sup> Se for eksempel St.prp.nr.100(1991-92) side 336. Se også Lovavdelingens uttalelse i JDLOV-1997-5405 punkt 7.2.1 og Backer side 46.

<sup>146</sup> Castberg 1954 side 64.

beslutninger som treffes av en internasjonal organisasjon.”<sup>147</sup> Dersom myndighetsoverføringen ikke reiser betenkeligheter i forholdet til § 1, kan det hevdes at den heller ikke kan være betenkelig i forholdet til kompetansebestemmelsene. Mot dette kan man innvende at kompetansebestemmelsene ivaretar andre hensyn enn Norges selvstendighet. Kompetansefordelingen i Grunnloven muliggjør gjensidig kontroll av de andre statsmaktenes myndighetsutøvelse.<sup>148</sup> Norske statsmakter kan normalt ikke utøve myndighet overfor eksterne organer det har overført myndighet til.<sup>149</sup> I forlengelsen av kontrollargumentet står hensynet til borgerne. Når borgerne går til valg er meningen at de skal øve innflytelse på myndighetene. Eksterne organer står ikke til ansvar overfor velgerne. Hensynene til kontroll av myndighetsutøvelse og hensynet til borgerne er også relevante ved mindre myndighetsoverføringer.

Castberg har hevdet at ved tolkningen av § 1 som skranke for myndighetsoverføring er det ”et vesentlig moment at den myndighet som utøves, jo hviler på en overenskomst som den norske stat selv har inngått.”<sup>150</sup> Gjelder dette momentet også ved tolkningen av kompetansebestemmelsene? Traktatmyndigheten er lagt til regjeringen i § 26, som i visse tilfeller angitt i annet ledd må innhente Stortingets samtykke. Dersom myndighetsoverføring først er i strid med Grunnlovens kompetansebestemmelser kan ikke dette rettes opp ved at det ligger en traktat til grunn.<sup>151</sup>

## 2.5.2 Skillet mellom folkerettslig og direkte virkning er sentralt

I samtykkeproposisjonen til EØS-avtalen ser regjeringen kompetansebestemmelsene i lys av den tradisjonelle folkerettslige definisjonen på en suveren stat.<sup>152</sup> I følge denne definisjonen er kjernen i en stats suverenitet at statens egne organer har enerett til å utøve myndighet på statens territorium overfor sine egne borgere, og at staten ikke er bundet av

---

<sup>147</sup> Fleischer 2005 side 69.

<sup>148</sup> Påpekt av Lovavdelingen i Dok.nr.3(1961-62) side 46.

<sup>149</sup> Dette beror selvsagt an på den ordning som er nedfelt i traktaten.

<sup>150</sup> Castberg 1954 side 64.

<sup>151</sup> Se avsnitt 2.1.

<sup>152</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 336 med videre henvisning til Fleischers *Folkerett* 5. utgave.

andre internrettslige bestemmelser enn dem den selv måtte ha gitt.<sup>153</sup>

Kompetansebestemmelsene kan sees på som det internrettslige uttrykket for et slikt suverenitetsbegrep. Definisjonen innebærer videre at en stats suverenitet ikke krenkes ved at *folkerettslige* forpliktelser krever at myndigheten blir utøvd på en bestemt måte. Følgelig kan man hevde at kompetansebestemmelsene ikke er krenket så lenge myndigheten *formelt* utøves av organer som kan utlede sin kompetanse fra de øverste statsorganer. Forstår man kompetansebestemmelsene slik, vil skillet mellom folkerettslig og direkte virkning være sentralt ved avgjørelsen av om kompetansebestemmelsene er krenket. Dette har det også vært bred enighet om i juridisk teori, også før vedtakelsen av § 93.<sup>154</sup> Man kan si at § 93 i annet ledd, som unntar overføring av myndighet til å treffe vedtak som Norge bare blir *folkerettslig* bundet av, formaliserer skillet.<sup>155</sup>

### 2.5.3 Analogi mellom myndighetsoverføring og internrettslig delegasjon?

Selv om Grunnloven utpeker Stortinget, regjeringen og Høyesterett som Norges øverste statsorganer, er det sikker rett at både lovgivende, utøvende og dømmende myndighet kan *delegeres* til underordnede statsorganer. Man kan derfor spørre om det er rom for å analogisere fra en internrettslig delegasjonsadgang til overføring av myndighet til eksterne organer. Andenæs, som knytter drøftelsen til medlemskap i EEC, peker på at mens internrettslig delegasjon tilfredsstillende et praktisk behov, overføres myndighet til Fellesskapets organer for å skape en enhetlig, økonomisk politikk.<sup>156</sup> Videre peker han på at Fellesskapets lovgivningsmyndighet går mye lengre enn hva som er tillatt ved internrettslig delegasjon, og at myndighetsoverføringen i motsetning til internrettslig delegasjon er ugjenkallelig. Internrettslig delegasjon kan alltid trekkes tilbake, når det

---

<sup>153</sup> Fleischer 2005 side 68.

<sup>154</sup> Se Castberg, Andenæs og Lovavdelingen i Dok.nr.3(1961-62) henholdsvis side 5, 12 og 45. Se også Hiorthøy 1952 side 52 og Opsahl 1961 side 28.

<sup>155</sup> Sejersted 1999 side 17.

<sup>156</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 15.

overordnede organ måtte ønske.<sup>157</sup> Lovavdelingen trekker frem at myndighetsoverføring skiller seg fra internrettslig delegasjon ved at de overordnede statsorganene ved myndighetsoverføring fratras sin kontrollmulighet.<sup>158</sup> Underordnede statlige organer handler derimot alltid under ansvar overfor overordnede organer.

Som jeg var inne på drøftes delegasjonsanalogien i tilknytning til EEC. Ikke bare Andenæs og Lovavdelingen, men også Castberg og Opsahl kommer til at myndighetsoverføring til Fellesskapets organer atskilte seg grunnleggende fra internrettslig delegasjon.<sup>159</sup> Man kan spørre om en avvisning av delegasjonsanalogien er treffende for *all* myndighetsoverføring. Dersom norske myndigheter når som helst kan trekke tilbake myndigheten fra det eksterne organ, eller føre fullstendig kontroll med det eksterne organs myndighetsutøvelse, lar det seg hevde at dette ikke skiller seg vesentlig fra internrettslig delegasjon. Norske muligheter for å overprøve det eksterne organs myndighetsutøvelse er tillagt vesentlig vekt i helhetsvurderingen av om en myndighetsoverføring er ”lite inngripende”.<sup>160</sup>

#### 2.5.4 Generelle uttalelser om forbudet i kompetansebestemmelsene

De mest relevante uttalelsene vi har om forbudet i Grunnlovens kompetansebestemmelser falt før vedtakelsen av § 93. Samtlige mener kompetansebestemmelsene innebærer at formell myndighet på norsk territorium overfor norske borgere som utgangspunkt skal utøves av norske myndigheter. Men det er nyanseforskjeller i hvilken grad et slikt utgangspunkt er absolutt. I forarbeidene til § 93 har Castberg gått bort fra sitt synspunkt fra det 20. nordiske juristmøte i 1954 om at Grunnloven § 1 er den sentrale bestemmelse, og ikke kompetansebestemmelsene.<sup>161</sup> Imidlertid mener han forbudet i

---

<sup>157</sup> Ibid. side 6. Også påpekt av Castberg 1954 side 63 og Fleischer 1963 side 82.

<sup>158</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 46.

<sup>159</sup> Opsahl 1961 side 29. Castberg 1954 side 63 og i Dok.nr.3(1961-62) side 6.

<sup>160</sup> Se avsnitt 5.7. Særlig om patentkonvensjonen.

<sup>161</sup> Castberg 1954 side 62.



kompetansebestemmelsene mot myndighetsoverføring ikke kan være absolutt,<sup>162</sup> og mener det sentrale spørsmålet er ”hvor langt man kan gå i denne henseende”.<sup>163</sup> Castberg legger stor vekt på tidligere konstitusjonell praksis.<sup>164</sup>

Hiorthøy uttaler at myndighetsoverføring av ”*vesentlig* betydning til en internasjonal instans vil stride mot grunnlovens organisasjon av statsstyret”, mens ”konstitusjonelt sett er stillingen en annen når det dreier seg om mindre omfattende myndighetsoverføring”.<sup>165</sup> Hiorthøy ser ut til å legge vesentlig vekt på Norges behov for internasjonalt samarbeid, og ikke bare hva som tjener Norge på kort sikt, men også på lang sikt.<sup>166</sup>

Lovavdelingen ser ut til å ha den klareste oppfatningen av at det av Grunnlovens system og forutsetning – slik det kommer til uttrykk i kompetansebestemmelsene – gjelder et forbud mot myndighetsoverføring.<sup>167</sup> Lovavdelingen uttaler her at det ”fra et prinsipielt og formelt standpunkt kan synes vanskelig å gjøre noe som helst unntak”.<sup>168</sup> Men som jeg kommer til i redegjørelsen i kapitlet om det rettslige grunnlaget for ”lite inngripende” myndighetsoverføring, ser heller ikke Lovavdelingen et absolutt forbud i kompetansebestemmelse.

Nyere praksis ser ut til å forankre et generelt forbud mot myndighetsoverføring i kompetansebestemmelsene. I samtykkeproposisjonen til EØS-avtalen knytter regjeringen § 93 an til kompetansebestemmelsene og uttaler: ”§ 93 bygger på en forutsetning – som man for så vidt kan si kommer til uttrykk i Grunnlovens § 1 – om at Grunnloven utelukker andre fra å utøve slik myndighet innenfor landets grenser – med mindre de er underordnet disse våre høyeste statsorganer.”<sup>169</sup> I forbindelse med Schengen-avtalen uttaler Regjeringen:

---

<sup>162</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 5.

<sup>163</sup> Ibid. side 6.

<sup>164</sup> Ibid. side 5 og 6.

<sup>165</sup> Hiorthøy 1952 side 52.

<sup>166</sup> St.meld.nr.89(1951) side 49.

<sup>167</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 46.

<sup>168</sup> L.c.

<sup>169</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 336.

”Grunnloven tildeler altså myndighet til tre statsorganer: Kongen, Stortinget og Høyesterett. Det må kunne legges til grunn at Grunnloven forutsetter at denne myndigheten i utgangspunktet skal utøves av disse tre statsorganene(...) Utgangspunktet må være at det ikke kan inngås traktater som krever eller forutsetter slik myndighetsoverføring.”<sup>170</sup>

På denne bakgrunn kan man si at nyere konstitusjonell praksis har bygget på den mest restriktive forståelsen av kompetansebestemmelsene som ble lagt til grunn i juridisk teori før vedtakelsen av § 93, nemlig at kompetansebestemmelsene generelt forbyr myndighetsoverføring. Kanskje er dette under innflytelse av § 93, som formaliserer det grunnleggende skillet mellom folkerettslig og direkte virkning. Nyere juridisk teori har ikke utfordret denne forståelsen i særlig grad.

### 2.5.5 Oppsummering

Som en *hovedregel* må det anses uomtvistet at kompetansebestemmelsene innebærer at bare de statsorganer Grunnloven utpeker, kan utøve myndighet i Norge overfor norske borgere.

Spørsmålet om i hvilken grad forbudet er absolutt er mer uklart. I juridisk teori i tiden før vedtakelsen av § 93 ser det ut til å være nyanseforskjeller, men disse kan også være bare terminologiske forskjeller. På den ene siden kan man si at kompetansebestemmelsene er mer finmasket enn § 1, ved at visse hensyn bak disse også gjør seg gjeldende ved mindre myndighetsoverføringer. På den annen side er nok kompetansebestemmelsenes vesentligste funksjon å angi et overordnet system.

## 2.6 Begrunnelsen for skillet mellom folkerettslig og direkte virkning

Selv om skillet mellom folkerettslig og direkte virkning kan forankres i prinsipielle systembetragtninger,<sup>171</sup> står Stortinget – både som konstituerende (grunnlovsgivende) og til en viss grad som konstituert (grunnlovstolkende) organ – fritt til ikke å la skillet få

---

<sup>170</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 33.

<sup>171</sup> Se avsnitt 2.5.2.

avgjørende betydning. Et argument for at skillet ikke bør ha avgjørende betydning er at det i praksis betyr kan bety lite om et vedtak skal ha folkerettslig eller direkte virkning.

Noen eksempler kan vise dette. Sett at Norge ikke ønsker å etterleve sine folkerettslige forpliktelser. Et vedtak som bare er folkerettslig bindende, kan vi ved passivitet la være å følge opp. For å hindre et vedtak som etter traktaten skal ha direkte virkning kan vi vedta en lovendring som fratrar organet den myndighet vi engang overførte. Også en myndighetsoverføring kommer i stand ved en folkerettslig forpliktelse, og en internrettslig lovendring som direkte strider i mot det eksterne organets muligheter til myndighetsutøvelse, må gå foran. Dersom vi først er villig til å begå folkerettsbrudd for å ivareta våre interesser, kan norske myndigheter hindre både et folkerettslig vedtak og et direkte virkende vedtak.

I en normalsituasjon er det selvsagt ikke ønskelig for norske myndigheter å begå folkerettsbrudd. Også i en slik normalsituasjon kan det bety liten forskjell på om et vedtak skal ha direkte eller folkerettslig virkning. Dersom Norge er forpliktet til å gjennomføre et folkerettslig vedtak, vil vi selvsagt gjøre det, selv om det norske vedtaket bare blir en blåkopi av det folkerettslige. Dersom den folkerettslige forpliktelsen ikke trenger å gjennomføres i norsk rett, vil presumsjonsprinsippet bidra til at norsk rett ikke blir tolket i motstrid med den folkerettslige forpliktelsen.<sup>172</sup> Presumsjonsprinsippet innebærer at norsk rett presumeres å være i tråd med folkeretten. Bare dersom en norsk regel er direkte i motstrid med en folkerettslig regel, vil den norske regel gå foran.<sup>173</sup> Presumsjonsprinsippet gjør at forskjellen mellom folkerettslig og direkte virkning kan bli liten.<sup>174</sup>

Det har i juridisk teori og konstitusjonell praksis likevel vært fremført visse argumenter for å la skillet få avgjørende betydning, utover at skillet er forankret i prinsipielle systembetraktninger.

For det første har skillet blitt begrunnet i behovet for kontroll med de organer som utøver myndighet på norsk territorium. I forarbeidene til § 93 peker Lovavdelingen på at

---

<sup>172</sup> Ruud og Ulfstein side 64.

<sup>173</sup> Rt-1997-580 side 593.

<sup>174</sup> I den retning også St.prp.nr.50(1998-99) side 36.

norske statsmakter vil mangle kontroll med et internasjonalt organ som får utøve direkte myndighet overfor norske borgere:

”Norske organer handler under ansvar overfor norske konstitusjonelle statsmakter. I siste instans vil Stortinget kunne gjøre gjeldende parlamentarisk og konstitusjonelt ansvar mot vedkommende statsråd. Denne kontrollmulighet mangler en overfor (utenlandske og) internasjonale organer.”<sup>175</sup>

I Danmark ser dette kontrollhensynet ut til å ha vært den avgjørende motivasjon bak vedtakelsen av § 20.<sup>176</sup>

Mer fremtredende har vært argumentet om at norske myndigheter skal ha kontroll med hva som blir gjort til del av norsk rett. Dette argumentet ble det pekt på i komitéinnstillingen til det første grunnlovsforslaget om § 93.<sup>177</sup> Andenæs uttaler om dette:

”At selve kompetansen til å gi bestemmelsene blir liggende hos våre egne statsmyndigheter, har for øvrig ikke bare formell betydning(...) det gir de norske statsmyndigheter, iallfall midlertidig, herredømme over forholdet hvis de finner at de bestemmelser som de internasjonale organer fastsetter, går ut over det som traktaten gir adgang til.”<sup>178</sup>

I samtykkeproposisjonen til EØS-avtalen har Regjeringen en liknende begrunnelse, men betoner sterkere den prinsipielle forskjellen. Etter å ha påpekt at skillet mellom folkerettslig og direkte virkning i visse situasjoner kan ha liten reell betydning, uttaler den: ”Prinsipielt er det likevel en avgjørende forskjell på å være herre over det siste, avgjørende skritt som er nødvendig for å skape nye forpliktelser for landets borgere, og å gi slipp på denne ’kontrollmuligheten’.”<sup>179</sup> Også i samtykkeproposisjonen til Schengen-avtalen er denne begrunnelsen fremtredende. Her løftes det særlig frem at ”man på overføringstidspunktet ikke vet hva vedtakene skal gå ut på.”<sup>180</sup> Argumentet om å la Norge ha kontroll på hva som

---

<sup>175</sup> Dok.nr.3(1961-63) side 46.

<sup>176</sup> Hartig Danielsen side 34-38. Se avsnitt 2.7.

<sup>177</sup> Innst.S.nr.185(1956) side 466.

<sup>178</sup> Dok.nr.3(1961-63) side 13.

<sup>179</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 337.

<sup>180</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 37.

blir gjort til norsk rett kan være reelt: Norge kan nekte å gjennomføre en regel ved å påberope seg at den er i strid med folkeretten. En slik mulighet har man ikke dersom man er forpliktet til å gi et vedtak direkte virkning i norsk rett. Videre fremtrer skillet mellom folkerettslig og direkte virkning som betydelig i de tilfellene der den folkerettslige bestemmelsen er vag og skjønnsmessig. En slik bestemmelse kan norske myndigheter til en viss grad tolke og anvende etter sitt eget ønske, mens man ikke har kontroll på hvordan et eksternt organ vil tolke og anvende den.

Andenæs trekker også frem et annet prinsipielt argument: ”Det [at kompetansen til å gi bestemmelsene blir liggende hos våre egne statsmyndigheter] markerer både innad og utad at det er norsk statsmakt som er rettssettende i Norge.”<sup>181</sup> Dette er antakelig et viktig politisk argument for å opprettholde skillet. Kanskje var det avgjørende for utformingen av EØS-avtalen og Schengen-avtalen.<sup>182</sup>

Sejersted trekker frem at en fordel med skillet er at det har et ”rettsteknisk nokså enkelt og operativt kriterium, som etterlater lite rom for skjønn. Dette er av særlig betydning på et område som er såpass politisk kontroversielt som det ’suverenitetsavståelse’ gjerne er.”<sup>183</sup> Han peker også på at det straks dukker opp nye avgrensingsproblemer dersom man skulle oppheve skillet og basere det på en mer reell vurdering når § 93-vedtak er nødvendig.<sup>184</sup>

Oppsummeringsvis er antakelig den *prinsipielle* forskjellen det viktigste argumentet for å tillegge skillet mellom folkerettslig og direkte virkning avgjørende vekt.

---

<sup>181</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 13.

<sup>182</sup> Se St.prp.nr.100(1991-92) side 37 der regjeringen uttaler at Norges utgangspunkt i forhandlingene hadde vært at avtalen ”ikke skulle innebære noen overføring av lovgivningsmyndighet fra nasjonale organer til EØS-organer”.

<sup>183</sup> Sejersted 1999 side 19.

<sup>184</sup> Ibid. side 22.

## 2.7 Presentasjon av hovedregelen i dansk rett

Den danske grunnlovens § 20 var en av inspirasjonskildene for den norske § 93.<sup>185</sup> Anvendelsesområdet for § 20 er basert på skillet mellom folkerettslig og direkte virkning.<sup>186</sup> Dette gjør det naturlig å sammenlikne de norske reglene med de danske.

Den danske grunnloven har sin alminnelige traktatkompetansebestemmelse i § 19, som tilsvarer den norske § 26. Den gir Kongen utenriksprerogativet, men krever folketingets samtykke med alminnelig flertall hvis det er ”nødvendig”, eller der forpliktelsen er av ”større betydning”.<sup>187</sup> § 20 lyder slik:

”§ 20. *Stk. 1.* Beføjelser, som efter denne grundlov tilkommer rigets myndigheder, kan ved lov i nærmere bestemt omfang overlades til mellemfolkelige myndigheder, der er oprettet ved gensidig overenskomst med andre stater til fremme af mellemfolkelig retsorden og samarbejde.

*Stk. 2.* Til vedtagelse af lovforslag herom kræves et flertal på fem sjettedele af folketingets medlemmer. Opnås et sådant flertal ikke, men dog det til vedtagelse af almindelige lovforslag nødvendige flertal, og opretholder regeringen forslaget, forelægges det folketingsvælgerne til godkendelse eller forkastelse efter de for folkeafstemninger i § 42 fastsatte regler.”<sup>188</sup>

Vi ser mange av de samme formuleringene som i § 93 første ledd. En formell forskjell er at den myndighetsoverførende traktat legges frem for folketinget i form av et lovforslag, mens det i Norge voterer over selve traktaten. Prosedyrene er også forskjellige. Den danske bestemmelsen har et strengere flertallskrav enn den norske. Dersom lovforslaget ikke oppnår det nødvendige flertall i folketinget må regjeringen legge den ut til folkeavstemning etter § 42 dersom den fortsatt ønsker forslaget vedtatt. Etter § 42 femte ledd går forslaget igjennom dersom ikke et flertall av stemmene i folkeavstemningen går i mot forslaget, og dette flertallet utgjør minst 30 % av de stemmeberettigede. Dette er et lempelig krav. Det blir likevel oppfattet som lite tenkelig at en regjering vil legge ut til folkeavstemning

---

<sup>185</sup> Innst.S.nr.185(1956) side 466-467 og Innst.S.nr.100(1961-62) side 139.

<sup>186</sup> Hartig Danielsen side 34-38.

<sup>187</sup> Retsinformation.dk. <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=45902> [27. mai 2010]

<sup>188</sup> L.c.

spørsmål om myndighetsoverføring på områder som ikke kan gjøres allment forståelig for befolkningen eller påkalle alminnelig interesse.<sup>189</sup>

§ 20 ble vedtatt i 1953 og hadde til hensikt å lette Danmarks vei inn i internasjonalt samarbeid.<sup>190</sup> Anført av Alf Ross og Max Sørensen så man det slik at den danske grunnloven ikke tillot myndighetsoverføring. Å overlate myndighet med direkte virkning til organer utenfor det danske konstitusjonelle system, ville frata danske statsmakter kontroll over myndighetsutøvelse i dansk rett, i og med at det eksterne organet ikke står til ansvar overfor danske statsmakter. Uten § 20 ville dermed myndighetsoverføring bare kunne skje ved grunnlovsendring.

### **3 Unntakets utvikling og rettskildemessige grunnlag**

#### **3.1 Fraværet av grunnlovsbestemmelse og høyesterettspraksis**

Det står ikke i noen grunnlovsbestemmelse at Stortinget kan overføre ”lite inngripende” myndighet etter § 26 annet ledd.

Høyesterett har heller aldri prøvd om et stortingsvedtak som bekrefter unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring, strider mot Grunnloven. Spørsmålet gjelder hvilken grunnlovsprosedyre regjering og storting skal følge. Det berører ikke borgerne direkte. Derfor skal det i praksis svært mye til for at spørsmålet blir forelagt domstolene. En forutsetning er at noen med partsevne og rettslig interesse, jfr. tvisteloven §§ 2-1 og 1-3, reiser søksmål mot staten.<sup>191</sup> Det viktige er uansett at Høyesterett prinsipielt kan prøve

---

<sup>189</sup> Gulmann side 79-80 og 85. Mølgaard side 199.

<sup>190</sup> Hartig Danielsen side 34-38. Det fremgår her også at Ross' og Sørensens grunnlovsforståelse er alminnelig anerkjent i den rettsvitenskapelige teori og lagt til grunn i rettspraksis.

<sup>191</sup> I Danmark gikk privatpersoner til sak mot staten med påstand om at Danmarks tiltredelse til Maastrichttraktaten var grunnlovsstridig. Disse ble ansett å ha søksmålskompetanse, jfr. UfR 1996-1300 HD. Se Hartig Danielsen side 19.

spørsmålet. Det er i fast og langvarig høyesterettspraksis slått fast at domstolene kan prøve om et stortingsvedtak er i tråd med Grunnloven.<sup>192</sup> Prøvingsretten omfatter også grunnlovsbestemmelser som regulerer forholdet mellom statsmaktene.<sup>193</sup>

I fraværet av grunnlovsbestemmelse og høyesterettspraksis må regelen kunne forankres innenfor rammen av de grunnlovsbestemmelsene som regulerer myndighetsoverføring.

Som vi så i forrige kapittel gir Grunnlovens kompetansebestemmelser uttrykk for et system eller en forutsetning om at bare norske statsmakter skal kunne utøve myndighet med direkte virkning for norske borgere på norsk territorium. Men det er usikkert om man fra kompetansebestemmelsene kan utlede et absolutt forbud som er til hinder for enhver myndighetsoverføring.

Grunnlovens § 93 er som nevnt en prosessuell bestemmelse. Den endrer ikke Grunnlovens materielle regler om myndighetsoverføring. Det kan likevel tenkes at bestemmelsen var ment å innebære at enhver myndighetsoverføring skulle inngås etter prosedyren i § 93.<sup>194</sup>

Forutsatt at et unntak for ”lite inngripende” myndighetsoverføring lar seg forankre innenfor rammen av positive grunnlovsbestemmelser, blir det avgjørende om konstitusjonell praksis gir unntaket tilstrekkelig rettslig grunnlag. Regjering og storting har utformet sin praksis i tråd med den rådende oppfatning i juridisk teori. Juridisk teori vil derfor stå sentralt i de følgende avsnittene.

---

<sup>192</sup> Se for eksempel Rt-2007-1281 avsnitt 73.

<sup>193</sup> Se for eksempel Rt-1952-1089.

<sup>194</sup> Se avsnitt 3.3.



### 3.2 Uttalelser før vedtakelsen av § 93

Spørsmålet om myndighetsoverføring til eksterne organer aktualiserte seg ikke før i etterkrigstiden.<sup>195</sup> Det er derfor naturlig å starte den rettskildemessige undersøkelsen med Stortingsmelding nr. 89 fra 1951. Meldingen åpner slik: ”Etter den 2nen Verdenskrig er det mellomfolkelige samarbeid øket overordentlig sterkt i omfang og betydning.”<sup>196</sup> Det var behov for en utredning om Grunnlovens grenser for internasjonalt samarbeid. Utredningen ble forfattet av ekspedisjonssjef Finn Hiorthøy i Justisdepartementets lovavdeling i samarbeid med representanter fra Utenriksdepartementets rettsavdeling.<sup>197</sup> I 1952 skrev Hiorthøy en artikkel hvor synspunktene fra utredningen gjentas og utdypes.<sup>198</sup>

Utredningen ble ikke behandlet på ordinær måte i Justisdepartementet. Departementet stilte seg likevel bak utredningens hovedsynspunkter og vesentlige konklusjoner.<sup>199</sup> Utenriks- og konstitusjonskomiteen – som behandlet meldingen – uttalte om dette: ”Dette gjør naturligvis ikke utredningen mindre interessant, men det gir den ikke den karakter av statsdokument, som er vanlig som grunnlag for en komitéuttalelse om viktige politiske eller konstitusjonelle spørsmål.”<sup>200</sup> Av den grunn fant ikke komiteen det naturlig å drøfte de standpunkter som kom fram i utredningen.<sup>201</sup>

Før utredningen ble lagt frem for Stortinget hadde Justisdepartementets lovavdeling i to brev til Utenriksdepartementet uttalt seg om Grunnlovens grenser for overføring av lovgivende og utøvende myndighet.<sup>202</sup> Disse uttalelsene siterer Hiorthøy i sin utredning. Om overføring av lovgivningsmyndighet heter det:

---

<sup>195</sup> Selve problemstillingen – å la andre staters avgjørelser få direkte virkning i norsk rett – var ikke ny. Men fordi den ikke aktualiserte seg i særlig grad før i etterkrigstiden, er den sparsommelig behandlet i juridisk teori før den tid. Se for eksempel Castberg 1935 side 161.

<sup>196</sup> St.meld.nr.89(1951) side 1.

<sup>197</sup> Ibid. side 2.

<sup>198</sup> Hiorthøy 1952.

<sup>199</sup> St.meld.nr.89(1951) side 2.

<sup>200</sup> Innst.S.nr.114(1952) side 250.

<sup>201</sup> L.c.

<sup>202</sup> Brev fra Lovavdelingen til Utenriksdepartementet 1. april 1950 og 26. august 1950. Sitert fra St.meld.nr.89(1951) side 30.

”Skjønt Grunnloven ikke inneholder noe uttrykkelig forbud mot delegasjon av lovgivningsmyndighet, antar man videre at det følger av prinsippet i Grunnlovens § 1 og av konstitusjonelle grunnsetninger om utøving av grunnlovsbestemt myndighet at det i alminnelighet *ikke* er forfatningsmessig adgang til å delegere til et internasjonalt organ den lovgivende myndighet (i interne norske anliggender) som Grunnloven har tillagt norske statsorganer.

Man vil ikke utelukke muligheten for at en begrenset, gjenkallelig myndighetsdelegasjon på enkelte særskilte lovgivningsområder som ikke berører rikets frihet, selvstendighet eller integritet, vil kunne anses forenlig med Grunnloven, dersom delegasjonen innen rammen av norsk lov begrenses til utfyllende bestemmelser på rettsfelter av mindre sentral betydning for norske borgere.”<sup>203</sup>

Om overføring av forvaltningsmyndighet heter det:

”Også når det gjelder utøvelse av forvaltnings- og jurisdiksjonsmyndighet må det antas å følge av prinsippet i Grunnlovens § 1 og Grunnlovens regler om utøvelse av grunnlovbestemt myndighet at det bare i begrenset utstrekning vil være forfatningsmessig adgang til å utøve slik myndighet umiddelbart med virkning for norsk område eller for norske borgere.”<sup>204</sup>

Som vi så i forrige kapittel hadde Hiorthøy kommet til at Grunnlovens kompetansebestemmelser i utgangspunktet måtte forstås som et forbud mot myndighetsoverføring. Han henviser til Lovavdelingens uttalelser, er i hovedsak enig, men mener Grunnloven bør tolkes mer liberalt:

”Det er mulig at den gjengitte uttalelse har fått en noe for restriktiv form. Behovet for fellesinstitusjoner med direkte myndighet, kanskje helst på det økonomiske og finansielle område, kan under gitte forhold bli så sterkt at grunnloven ikke bør anses til hinder for spesielle, avgrensede lovgivningsfullmakter, selv om disse, så langt de rekker, kan være av ganske inngripende betydning for indre norske forhold.”<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> St.meld.nr.89(1951) side 30.

<sup>204</sup> L.c.

<sup>205</sup> Ibid. side 49.

Hiorthøy tolker Grunnloven liberalt og i lys av den internasjonale utvikling.<sup>206</sup> Til tross for at det internasjonale og europeiske samarbeidet har økt kraftig, har nok ikke Hiorthøys liberale tolkning vunnet tilslutning i senere praksis. Illustrerende er at han mener Grunnloven ikke bør være til hinder for myndighetsoverføring av ”inngripende” betydning, mens det senere avgjørende kriterium nettopp ble ”lite inngripende”.

Også uttalelsene til Castberg, Andenæs og Lovavdelingen i forbindelse med vedtakelsen av § 93 kan synes mer restriktive enn Hiorthøys synspunkter. Til forskjell fra Hiorthøy har disse fått anledning til å uttale seg om en konkret myndighetsoverføring, nemlig overføring av lovgivningsmyndighet til EEC-organer. Som vi så mente disse tre at det var Grunnlovens kompetansebestemmelser – og ikke Grunnlovens § 1 – som generelt forbød myndighetsoverføring.<sup>207</sup>

Castberg uttaler:

”Jeg har alltid for min del ment at man ikke uten videre kan fastslå det som utelukket at Norge – uten å krenke grunnloven – kan slutte seg til en internasjonal sammenslutning som gir visse fellesorganer en *sterkt begrenset* direkte myndighet innenfor Norges grense. Det kan umulig være mer grunnlovsstridig å vedta slike internasjonale ordninger, så sant de har et sterkt begrenset område, enn det er å gi en eller flere *enkelte* staters myndighetsorganer kompetanse til å treffe bestemmelser med direkte virkning i Norge. Det er etter min mening formalistisk å anse hvilkensomhelst, selv meget beskjeden, godkjenning av *direkte* myndighet for grunnlovsstridig, samtidig med at man godtar internasjonale ordninger, hvorefter Norge kan kastes inn i krig ved vedtak vi overhodet ikke deltar i (FN.-pakten art. 43.)”<sup>208</sup>

Castberg fremhever i dette sitatet to argumenter. Henvisningen til overføring av kompetanse til andre stater er en henvisning til jurisdiksjonsavtalene Stortinget tidligere har inngått og som Castberg nettopp har gjennomgått. Han har både trukket frem avtalene om gjensidige anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske dommer og grensetollsamarbeidsavtalene. Når Stortinget har inngått slike avtaler, mener han Stortinget

---

<sup>206</sup> Ibid. side 42.

<sup>207</sup> Se avsnitt 2.5.

<sup>208</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 6-7.

også må kunne overføre sterkt begrenset myndighet til internasjonale organer. For det andre mener han en for rigid praktisering av skillet mellom direkte og folkerettslig virkning vil gi en formalistisk og paradoksalt rettstilstand, jfr. hans sammenlikning med hvilke folkerettslige vedtak som kan fattes i medhold av FN-pakten, der samtykke etter § 26 annet ledd var tilstrekkelig.

Andenæs har en liknende uttalelse som Castberg:

”Jeg vil ikke med dette ha sagt at enhver overdragelse av lovgivningsmyndighet til overnasjonale organer nødvendigvis vil være i strid med grunnloven. Noe klart eksempel på slik overdragelse har vi visstnok ikke i vår konstitusjonelle praksis. Men det ville ikke være rimelig å anta at grunnloven forbyr overdragelse av en begrenset myndighet på teknisk betonte områder. Enkelte av bestemmelsene i lov om grensetollsamarbeid med fremmed stat av 18. desember 1959 kan sees under denne synsvinkel.”<sup>209</sup>

Andenæs viser til ”rimelighet”, uten å begrunne det nærmere. Men det ligger vel nær å anta at han tenker på det samme som Castberg, at det ikke er ”rimelig” med en absolutt praktisering av skillet mellom folkerettslig og direkte virkning, og at det ikke er ”rimelig” at grunnlovsendring må til for enhver myndighetsoverføring. Andenæs viser som Castberg til at Stortinget tidligere har inngått jurisdiksjonsavtaler om grensetollsamarbeid, som han mener kan anses som overføring av lovgivningsmyndighet.<sup>210</sup>

Lovavdelingen drøfter først adgangen til å overføre lovgivningsmyndighet. Den mener det ”fra et prinsipielt og formelt standpunkt kan synes vanskelig å gjøre noe som helst unntak”,<sup>211</sup> men spør om forbudet må opprettholdes ”helt uavkortet”.<sup>212</sup>

Lovavdelingen gir ikke her uttrykk for egne synspunkter, men viser til sine egne og Hiorthøys tidligere uttalelser. Om forvaltningsmyndighet viser Lovavdelingen til grensetollsamarbeidet med Sverige, før den uttaler: ”Det synes imidlertid lite tvilsomt at det i alle tilfelle må oppstilles temmelig snevre grenser for adgangen til å overlate

---

<sup>209</sup> Ibid. side 15.

<sup>210</sup> Ibid. side 16.

<sup>211</sup> Ibid. side 46.

<sup>212</sup> L.c.

internrettslig myndighet til ikke-norske organer, iallfall når det ikke forbeholdes norske organer rett til instruksjon og omgjøring.”<sup>213</sup> Lovavdelingen drøfter ikke om det er adgang til å overføre en viss dømmende myndighet, men gjør en interessant sammenlikning med jurisdiksjonsavtalene:

”Riktignok er det velkjent i norsk rett at utenlandske rettsavgjørelser kan anerkjennes som rettskraftige og tvangskraftige i henhold til overenskomst med vedkommende fremmede stat. Det er ikke på dette punkt at Domstolens myndighet reiser de største vanskeligheter i forhold til Grunnloven. Men de norske domstoler fratras sin kompetanse i enkelte spørsmål som etter norsk rett ellers ville høre under dem, uten at dette skjer som ledd i en regulering av jurisdiksjonene mellom domstoler i sideordnete stater slik at statene gjensidig utvider og innskrenker sine jurisdiksjoner. Det blir etter Roma-traktaten en ensidig avståelse av jurisdiksjon fra de norske domstoler til Fellesskapets domstol. Antakelig kan en ikke være helt avskåret fra en jurisdiksjonsoverenskomst som innskrenker norske domstolers myndighet på spesielt avgrensede områder.”<sup>214</sup>

Lovavdelingen ser her ut til å være mer kritisk til sammenlikningen med jurisdiksjonsavtaler enn Castberg og Andenæs. Den trekker frem gjensidighet som et spesielt viktig aspekt ved jurisdiksjonsavtaler.

Opsahl drøfter i en artikkel fra 1961 myndighetsoverføringene til EEC-organene. Han drøfter ikke eksplisitt om en viss, begrenset myndighet kan overføres uten hinder av Grunnloven, men er skeptisk til en sammenlikning med jurisdiksjonsavtaler:

”Jeg tror heller ikke det er særlig treffende å søke etter paralleller i tidligere praksis, (hvorav noen balanserer på grunnlovens grenser), for eksempel med hensyn til konvensjoner om anerkjennelse av dommer avsagt i andre stater(...) Likheten er ikke så fremtredende at det gir noen holdbar presedens for uoppsigelige myndighetsoverføringer av det omfang det her gjelder.”<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> Ibid. side 47.

<sup>214</sup> L.c.

<sup>215</sup> Opsahl 1961 side 29.

For å oppsummere: I tiden før § 93 er det generell konsensus i juridisk teori om at det kan overføres en viss myndighet av lovgivende, utøvende og dømmende karakter uten å komme i strid med Grunnloven.

Det er to argumenter som særlig gjør seg gjeldende. For det første et argument basert på rimelighet: Selv om man mener skillet mellom direkte og folkerettslig virkning er av sentral betydning for om forbudet i kompetansebestemmelsene kommer til anvendelse, mener man det blir urimelig og formalistisk å praktisere det til det ytterste. Som Castberg peker på, oppstår en paradoksal rettstilstand hvis Grunnloven anses å stå i veien for bagatellmessige myndighetsoverføringer, mens den aksepterer overføring av myndighet til å fatte svært inngripende folkerettslige vedtak.

Det andre argumentet er at Stortinget tidligere har overført myndighet gjennom jurisdiksjonsavtalene. Dette er egentlig et argument basert på analogi. Jurisdiksjonsavtaler skiller seg nemlig fra myndighetsoverføringer til internasjonale organer, både ved at de er *gjensidige* og at de angår saksforhold med *tilknytning* til en annen stat. Gjensidigheten gjør at Norge til sammen ikke mister jurisdiksjon. Tilknytningen betyr at formålet med avtalene er rent praktiske. Myndighetsoverføringer til internasjonale organer er ensidige, slik at Norge mister jurisdiksjon, samtidig som formålet gjerne er politisk eller ideologisk. Castberg, Andenæs og til en viss grad Lovavdelingen ser heller likheten som avgjørende.

Ennå er det vagt og uklart hvilken myndighet som kan overføres uten hinder av Grunnloven. Noen generelle uttalelser finnes: Det må være på svært begrensede områder,<sup>216</sup> bare utfyllende bestemmelser,<sup>217</sup> på tekniske områder,<sup>218</sup> det må ikke involvere bruk av makt<sup>219</sup> og myndigheten må kunne trekkes tilbake.<sup>220</sup> Disse momentene uttrykker samtidig at det ikke skal mye til før Grunnlovens forbud kommer til anvendelse. I forhold til Castberg, Andenæs og Lovavdelingen synes Hiorthøys uttalelser mer liberale.

---

<sup>216</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 7 og 15.

<sup>217</sup> Ibid. side 46.

<sup>218</sup> Ibid. side 7.

<sup>219</sup> L.c.

<sup>220</sup> Ibid. side 47.

### 3.3 Vedtakelsen av § 93

Som vi har sett må Grunnloven § 93 forstås som en prosessuell bestemmelse som ikke endrer Grunnlovens materielle forbud mot myndighetsoverføring.<sup>221</sup> Et sentralt spørsmål er om vedtakelsen av § 93 likevel var ment å innebære at enhver myndighetsoverføring skulle inngås etter prosedyren i § 93, eller om en viss myndighet fortsatt kunne overføres etter § 26 annet ledd. Hvis sistnevnte alternativ er tilfelle, blir spørsmålet hvordan den nedre grensen for bruk av § 93 skulle avgrenses. Dersom vedtakelsen av § 93 måtte forstås slik at enhver myndighet måtte overføres etter § 93, vil regjeringens standpunkt i forbindelse med EØS-avtalen være et brudd med tidligere rettstilstand.<sup>222</sup>

Ordlyden i § 93, ”Beføielser der efter denne Grundlov ellers tilligge Statens Myndigheder”, er helt generell og omfatter enhver myndighetsoverføring. På den annen side sier ikke ordlyden at enhver myndighetsoverføring *skal* vedtas etter prosedyren i § 93. Ordlyden synes snarere å hvile på en forutsetning om at § 26 ikke er tilstrekkelig for denne typen myndighetsoverføringer. Men denne forutsetningen stemmer bare i den grad Grunnlovens øvrige regler forbyr myndighetsoverføring. Ordlyden er derfor ikke et avgjørende argument for at enhver myndighetsoverføring skal vedtas etter § 93.

Som det er blitt pekt på, er forarbeidene til § 93 knappe.<sup>223</sup> Men av komitéinnstillingen og debatten kan man utlede hvilke formål Stortinget hadde ved å vedta § 93. Som nevnt mener Carsten Smith at hovedformålet var å lette adgangen til internasjonalt samarbeid, men at det også ble anført at § 93 hadde en klargjørings- og tilstrammingsfunksjon. Tilstrammingsfunksjonen skal jeg ikke drøfte her.

Klargjøringsfunksjonen er mer interessant. Komiteen uttaler:

”Det har flere ganger komme til uttrykk tvil med hensyn til i hvilken utstrekning Grunnlovens prinsipper og bestemmelser er til hinder for overføring av myndighet til internasjonale organer. Det er derfor vokst fram et tydelig behov for klarere retningslinjer på dette området og det er ut fra dette

---

<sup>221</sup> Se avsnitt 2.2.

<sup>222</sup> Se avsnitt 3.5.

<sup>223</sup> Se for eksempel Opsahl i Dok.nr.10(1966-67) side 18.

hensyn at forslaget om ny § 93 må sees. Forslaget har en generell karakter og tar sikte på å lette adgangen for vårt land til å delta aktivt i det gjensidig forpliktende samarbeid mellom statene.”<sup>224</sup>

Kan utsagnet om ”tydelig behov for klarere retningslinjer” leses som et ønske om en retts teknisk enkel regel for myndighetsoverførende traktater? Klarest og retts teknisk enklest blir retts tilstanden dersom enhver myndighetsoverføring må inngås etter § 93. Da slipper man ved enhver anledning å argumentere for at myndighetsoverføringen ikke strider mot Grunnlovens forbud. Det er ikke klart om det var dette komiteen mente. Siste setning om at bestemmelsen skal ”lette adgangen” til å delta i internasjonalt samarbeid kan peke hen på at man med § 93 ønsket en enklere prosedyre enn § 112, og at det var de vesentlige myndighetsoverføringene som var de sentrale, ikke de bagatellmessige. Det er også på det rene at et mulig samarbeid med EEC var en vesentlig motivasjonsfaktor for Stortinget ved vedtakelsen av § 93. Dessuten ville det ikke ”lette adgangen” til internasjonalt samarbeid dersom traktater som tidligere hadde blitt inngått med alminnelig flertall etter § 26 annet ledd for fremtiden skulle kreve 3/4dels flertall etter § 93.<sup>225</sup> Komiteen nevner jurisdiksjonsavtalene Norge tidligere har inngått, men sier ikke noe om hvordan denne typen traktater skulle behandles etter vedtakelsen av § 93.<sup>226</sup> På bakgrunn av dette gir ikke forarbeidene klare holdepunkter for at § 93 var ment å komme til anvendelse på enhver myndighetsoverføring.

### 3.4 Konstitusjonell praksis og juridisk teori frem til EØS-avtalen

Spørsmålet om § 93 skulle gjelde enhver myndighetsoverføring var heller ikke klart for regjeringen. Tvil oppstod i forbindelse med et vedtak om opprettelse av et felles luftforsvarssystem innen den europeiske del av NATO. Militærkomiteen på Stortinget ba Justisdepartementet om en uttalelse, hvorpå Justisdepartementet svarte tilbake at

---

<sup>224</sup> Innst.S.nr.100(1961-62) side 138. En liknende uttalelse falt i flertallets innstilling ved behandlingen av det første grunnlovsforslaget, se Innst.S.nr.185(1956) side 467.

<sup>225</sup> I den retning også Fleischer 1963.

<sup>226</sup> Innst.S.nr.100(1961-62) side 139.



spørsmålet hadde så stor prinsipiell betydning og at det burde løses av Stortinget selv.<sup>227</sup> Spørsmålet ble dermed lagt fram for Utenriks- og konstitusjonskomiteen. Den uttaler:

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

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

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

Det skulle neppe trenge noen nærmere påvisning at det aldri har vært meningen med den nye § 93 å gi uttrykk for en underkjennelse av Stortingets tidligere klart uttalte forståelse av grunnloven og beslutninger truffet i overensstemmelse hermed.”<sup>228</sup>

Sitatets tredje avsnitt henviser eksplisitt til Stortingets tidligere grunnlovspraksis.

Spørsmålet som da melder seg, er: Hva med myndighetsoverføringer som tidligere ikke hadde blitt inngått etter prosedyren i § 26? Som vi har vært inne på skiller gjensidige jurisdiksjonsavtaler seg vesentlig fra myndighetsoverføringer til internasjonale organisasjoner. Og på tidspunktet da Utenriks- og konstitusjonskomiteen avga sin innstilling, fantes det i konstitusjonell praksis ennå ingen eksempler på myndighetsoverføringer til internasjonale organer. Komiteens uttalelse kan forstås på to måter: Enten slik at bare jurisdiksjonsavtaler (og overføring av kommandomyndighet, som den konkrete saken dreide seg om) for fremtiden skulle inngås etter § 26 annet ledd, eller at man i likhet med tidligere først måtte vurdere den enkelte myndighetsoverføring opp mot Grunnlovens forbud mot myndighetsoverføring, for deretter å ta stilling til prosedyrespørsmålet.

I juridisk teori tar Asbjørn Eide og Fleischer for seg spørsmålet i etterkant av komiteens uttalelser. Eide stiller spørsmålet slik: ”Er det slik at alt som vi konstitusjonelt

---

<sup>227</sup> Eide side 211.

<sup>228</sup> Innst.S.nr.149(1962-63) side 334.

tillot oss før vi fikk § 93, også i fremtiden kan foretas uten anvendelse av § 93?”<sup>229</sup> Eide er ikke enig med Utenriks- og konstitusjonskomiteen. Han peker for det første på at ordlyden i § 93 er helt generell. For det andre mener han uttalelser i forarbeidene trekker i retning av at § 93 skulle anvendes på alt som falt innenfor dens ordlyd. Han trekker særlig frem uttalelser i stortingsdebatten av Finn Moe og Erling Pettersen,<sup>230</sup> men etter min mening sier ikke disse annet enn det som kommer frem av den ovenfor siterte uttalelsen fra komiteen. Men viktigst for Eide er prinsippene for grunnlovstolkning og behovet for klarhet. Med Castberg som illustrerende eksempel peker han på at Grunnlovens regler tidligere hadde blitt tolket ”rimelig”, ”innskrenkende” og ”liberalt” for å muliggjøre ønskelig internasjonalt samarbeid. Med andre ord mener han Grunnlovens grenser hadde blitt *tøyd* for å oppnå et ønskelig formål. Dette medgir han kan være fornuftig, men etter vedtakelsen av § 93 ikke lengre nødvendig:

”Men saken står annerledes etter at § 93 ble vedtatt. Hvis det oppstår spørsmål om myndighetsoverføring til et internasjonalt organ, er grunnloven ikke lenger noen hindring. Nå har man en uttrykkelig grunnlovshjemmel, nemlig § 93. Det er på dette området ikke lenger det samme behov for å argumentere med at grunnloven ikke skal være til hinder for dette eller hint: Grunnloven er ikke noen hindring, den forlanger bare at saken skal behandles i de former som er foreskrevet for den, nemlig § 93.”<sup>231</sup>

Fleischer er av en noe annen oppfatning. Han peker på at det å benytte § 93 i de tilfeller der man tidligere hadde funnet hjemmel i § 26 annet ledd, ikke ville stemme overens med det uttalte formål om å ”lette adgangen” til internasjonalt samarbeid.<sup>232</sup> Han anerkjenner Eides argument om at § 93 skulle skape klarhet, men sier: ”Klarhetsbehovet blir dekket også dersom man antar at alle ordninger som hadde hjemmel tidligere, faller nedenfor § 93.”<sup>233</sup> Imidlertid mener Fleischer at det å finne ut hva Grunnloven tidligere tillot etter § 26 annet

---

<sup>229</sup> Eide side 211.

<sup>230</sup> Ibid. side 212.

<sup>231</sup> Ibid. side 213.

<sup>232</sup> Fleischer 1963 side 88.

<sup>233</sup> L.c.

ledd er en vanskelig målestokk for å finne ut hva som i fremtiden ville være tillatt. I stedet mener han det ledende synspunkt for om § 93 er nødvendig må være ”om myndighetsoverføringen er av tilstrekkelig ”inngripende karakter”.<sup>234</sup> Carsten Smith ser ut til å være på linje med Fleischer, i det han vektlegger at § 93 skulle lette adgangen til internasjonalt samarbeid.<sup>235</sup>

Utover det særegne spørsmålet om § 93 må forstås som en universell prosedyreregulering, er begrunnelsen for en viss unntaksadgang den samme som tidligere. Særlig blir det vist til rimelighet. Fleischer begrunner den innskrenkende tolkningen av § 93 med at ”dens kriterium er jo nokså *formelt*”,<sup>236</sup> og henviser til tidligere i artikkelen hvor han påpeker at rent folkerettslige traktater reelt sett kan ha vel så stor betydning for statens handlefrihet.<sup>237</sup> Eckhoff har en del år senere en liknende begrunnelse i sin artikkel: ”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.”<sup>238</sup> I uttrykket ”unødvendig anstaltmakeri” ligger en henvisning til rimelighet. For øvrig viser Eckhoff til Fleischers artikkel og Andenæs’, Castbergs og Lovavdelingens oppfatning i forarbeidene til § 93.

### 3.5 EØS-avtalen i 1992

I samtykkeproposisjonen til EØS-avtalen tar regjeringen det standpunkt at ”det er ingen automatikk i at Grunnlovens § 93 kommer til anvendelse når Norge gjennom en traktat forplikter seg til å gi vedtak i en internasjonal organisasjon direkte virkning.”<sup>239</sup> Den griper så fatt i uttrykket ”inngripende”, som Fleischer lanserte i sin artikkel fra 1963, og lar dette bli avgjørende for når § 93 må komme til anvendelse.<sup>240</sup>

---

<sup>234</sup> L.c.

<sup>235</sup> Smith 1972.

<sup>236</sup> Fleischer 1963 side 89.

<sup>237</sup> Ibid. side 75.

<sup>238</sup> Eckhoff 1990 side 198.

<sup>239</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 342.

<sup>240</sup> L.c.

Hva er så regjeringens nærmere begrunnelse for sitt standpunkt? Følgende sitat kan sees på som en oppsummering: ”Det er alminnelig anerkjent at utenlandske myndighetsvedtak 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.”<sup>241</sup>

Hva skjuler seg bak uttrykket ”alminnelig anerkjent”? Regjeringen viser til juridisk teori.<sup>242</sup> For det første uttalelsene fra Castberg, Andenæs og Lovavdelingen i forarbeidene til § 93. For det andre Fleischers artikkel fra 1963, hvor han lanserer uttrykket ”inngrepene”, som regjeringen her adopterer. For det tredje artikkelen av Eckhoff fra 1990.

Det andre argumentet regjeringen viser til er jurisdiksjonsavtalene, som den anser som eksempler på at Stortinget tidligere har overført myndighet etter § 26 annet ledd. Regjeringen påpeker at § 93 bare gjelder myndighetsoverføring til internasjonale organisasjoner og ikke til stater, men kommer til at det ikke kan ha betydning for det lys disse avtalene kan kaste over kriteriet ”lite inngrepene”. Utover dette problematiserer ikke regjeringen forskjellene.<sup>243</sup>

Andre argumenter har ikke regjeringen. Heller ikke rimelighetsbetraktninger, som Castberg, Andenæs og Lovavdelingen viste til. Rimelighetsbetraktningene er byttet ut med ”alminnelig anerkjennelse”, det vil si juridisk teori.

Som vi har sett i de foregående avsnittene, går verken ordlyden i § 93 eller Stortingets forutsetninger ved vedtakelsen av bestemmelsen i retning av at § 93 var ment å gis anvendelse på enhver myndighetsoverføring. I juridisk teori var det en viss uenighet, men det dominerende syn var at begrenset myndighet fortsatt kunne overføres etter § 26 annet ledd. Regjeringens standpunkt ved EØS-avtalen kan derfor ikke anses som et brudd med rettstilstanden. Samtidig var ikke rettstilstanden krystallklar, og juridisk teori har uansett ingen slik rettskildemessig status at den kunne tvinge regjeringen til et bestemt standpunkt. Man kan nok derfor si at regjeringen gir uttrykk for at løsningen var mer

---

<sup>241</sup> Ibid. side 336.

<sup>242</sup> Ibid. side 342.

<sup>243</sup> L.c.

selvfølgelig enn den var, og at regjeringen dermed underkommuniserer den valgfriheten den selv hadde – og utvilsomt tok i bruk – til å tolke Grunnloven på et uklart punkt. Som jeg i et senere kapittel skal komme nærmere inn på, kan man nok spørre seg om ikke regjeringens standpunkt var politisk motivert.<sup>244</sup>

### 3.6 Etter EØS-avtalen

Siden EØS-avtalen har ”lite inngripende” vært det avgjørende kriterium for om § 26 annet ledd eller § 93 skal benyttes. I Schengen-avtalens andre runde bruker regjeringen jurisdiksjonsavtaler som eksempler på at ”lite inngripende” myndighet kan overføres etter prosedyren i § 26 annet ledd.<sup>245</sup> Schengen-avtalen gjaldt nettopp en jurisdiksjonsavtale. Utover jurisdiksjonsavtalene og Fleischer<sup>246</sup> har ikke regjeringen noen nærmere begrunnelse for det rettskildemessige grunnlaget for ”lite inngripende” myndighetsoverføring.

Analogien fra jurisdiksjonsavtalene til et generelt unntak for ”lite inngripende” myndighetsoverføring brukes imidlertid ikke i første Schengen-runde.<sup>247</sup> Tvert i mot brukes avtalene som belegg for at heller ikke Schengen-avtalen innebar myndighetsoverføring. Schengen-avtalen gir gjensidige regler om at andre staters politi kan forfølge og observere mistenkte personer over grensen. I første runde uttaler regjeringen om denne observasjons- og forfølgelsesretten:

”Denne delen av Schengenkonvensjonen har preg av gjensidig samarbeid mellom likestilte stater om forhold med tilknytning til begge stater. Dermed står man overfor en vanlig traktatsak etter Grunnloven § 26 annet ledd, selv om samarbeidet går ut på å innrømme hverandres offentlige myndigheter en viss adgang til å operere på den annen stats territorium. Det kan i den forbindelse

---

<sup>244</sup> Se avsnitt 5.5.1.

<sup>245</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 36-37.

<sup>246</sup> Ibid. side 35.

<sup>247</sup> St.prp.nr.42(1996-67).

nevnes at allerede gjennom den norsk-svenske tollsamarbeidsavtalen av 1959 har norske og svenske tolltjenestemenn vid forfølgelsesrett inn på hverandres territorium.<sup>248</sup>

I andre Schengen-runde finner regjeringen det derimot ”lite tvilsomt” at observasjons- og forfølgelsesretten innebærer overføring av forvaltningsmyndighet.<sup>249</sup>

Etter EØS-avtalen har det vært flere stortingsvedtak hvor myndighet av ”lite inngripende” karakter blir overført. Selve unntaksadgangen har ikke blitt problematisert, verken av regjering eller Storting. Ingen partifraksjoner har konsekvent uttrykt uenighet om unntaksadgangen. Man kan derfor si at konstitusjonell praksis gir entydig støtte til unntaket.

Hvorvidt Grunnloven åpner for myndighetsoverføring etter § 26 annet ledd, og i så fall i hvilken grad, har ikke blitt tatt grundig opp til behandling i juridisk teori etter EØS-avtalen. Stort sett er det de øvre grenser for bruk av § 93 som har vært diskutert, særlig om Norge kan bli medlem i EU (tidligere EF). Sejersted og Boe bygger på den etablerte tradisjon som regjeringen viser til i proposisjonen til EØS-avtalen, uten å problematisere unntaksadgangen på nytt.<sup>250</sup> Heller ikke Stavang tar opp denne problemstillingen til ny drøftelse, men uttaler seg kritisk til analogien fra jurisdiksjonsavtalene.<sup>251</sup> Backer er inne på at § 93 kan forstås ”slik at den foreskriver en ekstra betryggende fremgangsmåte for visse former for myndighetsoverføring som § 1 og andre grunnlovsbestemmelser ikke stenger for,<sup>252</sup> og bemerker i en note at det også kan være *adgang* til å bruke § 93 i stedet for § 26 annet ledd.<sup>253</sup> Han legger seg imidlertid på linje med øvrig juridisk teori, når han uttaler at ”det er på det rene at det finnes myndighetsoverføring som går inn under ordlyden i § 93, men som tidligere ble godtatt i forhold til § 1 og andre grunnlovsbestemmelser. Det var

---

<sup>248</sup> Ibid. side 17.

<sup>249</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 39.

<sup>250</sup> Sejersted 1999 side 18 og 30. Boe side 77-81.

<sup>251</sup> Stavang 2002 side 154-157.

<sup>252</sup> Backer side 45.

<sup>253</sup> Ibid. note 5.

ikke meningen med § 93 å gjøre noen endring i dette; § 93 skulle ikke påby en prosedyre som man fra før ikke hadde bruk for.”<sup>254</sup>

Juridisk teori etter EØS-avtalen er altså preget av konsensus og tillit til at tidligere statsrettslærde har gjort gode vurderinger. Ingen problematiserer spørsmålet på nytt eller forsøker å gi unntaksadgangen en ny begrunnelse. Den rådende oppfatning gjennom lang tradisjon utgjør et selvstendig argument.

Lovavdelingen har i en rekke uttalelser vurdert om myndighetsoverføringer under oppseiling er ”lite inngripende”. Lovavdelingen gjør vurderinger av myndighetsoverføringene, men på det premiss at det i gjeldende statsrett fins et unntak for ”lite inngripende” myndighetsoverføring. Den vil nok ikke på eget initiativ utfordre gjeldende statsrett.

### 3.7 Vurdering av unntakets rettskildemessige forankring og begrunnelse

Bortsett fra den tvil vedtakelsen av § 93 brakte med seg, har unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring gjennomgått en kontinuerlig utvikling siden spørsmålet aktualiserte seg. Unntaket har bred støtte både i juridisk teori og i konstitusjonell praksis.

”Lite inngripende”-kriteriet må antas å være det gjeldende kriterium. Alvik og Dolva bruker imidlertid ikke kriteriet i sin betenkning om investeringstraktater.<sup>255</sup> Dette kan være et uttrykk for at kriteriets rettskildemessige status kan fremstå som uklart i en juridisk offentlighet. Dette kan skyldes at kildene er vanskelig tilgjengelige, men selvsagt først og fremst at unntaket ikke er forankret i Grunnloven. Kriteriet kan således forstås som en måte å argumentere og tilnærme seg Grunnloven på, og ikke som en gjeldende regel.

Som begrunnelse for unntaket har det gjort seg gjeldende tre argumenter. Det første er analogien til jurisdiksjonsavtalene, det andre er hensynet til rimelighet og det tredje er at unntaket er alminnelig anerkjent. Sistnevnte argument er ingen reell begrunnelse, men mer en henvisning til hva som er gjeldende rettstilstand. Hensynet til rimelighet er et utpreget

---

<sup>254</sup> Ibid. side 45.

<sup>255</sup> Se nærmere om dette i avsnitt 6.3.

pragmatisk argument, som det er naturlig å komme nærmere inn på etter drøftelsen av helhetsvurderingen.<sup>256</sup>

Også i dansk rett ble det inngått jurisdiksjonsavtaler før vedtakelsen av § 20. Da § 20 ble vedtatt, oppstod tvil om jurisdiksjonsavtaler for fremtiden måtte inngås etter § 20.<sup>257</sup> I likhet med i Norge, var den alminnelige oppfatningen i teorien at jurisdiksjonsavtaler kunne inngås etter den vanlige traktatinngåelsesbestemmelsen. Men i motsetning til i Norge, har man i den danske debatten avvist at jurisdiksjonsavtalene kan begrunne en mer generell unntaksadgang fra § 20. Anført av Max Sørensen har man ment at det er prinsipiell forskjell mellom jurisdiksjonsavtaler og traktater omfattet av § 20. Jurisdiksjonsavtaler regulerer to staters jurisdiksjon i forhold til hverandre.<sup>258</sup> De folkerettslige reglene for dette kan være upresise eller uhensiktsmessige. Dersom en sak har tilknytning til en annen stat, kan en jurisdiksjonsavtale sees på som en presisering og en fastlegging av folkerettslige jurisdiksjonsgrenser. Tilknytningsmomentet har i dansk rett vært avgjørende for at jurisdiksjonsavtalene ikke faller inn under § 20. Tilknytning til en annen stat innebærer nemlig at saksforholdet ikke entydig faller inn under danske statsmaktens jurisdiksjon. I mangel av tilknytning til en annen stat, må § 20 benyttes.

Etter min oppfatning er det en svakhet ved den norske begrunnelsen for unntaket at forskjellene fra jurisdiksjonsavtalene ikke i større grad er blitt problematisert. At man kanskje ikke har vært jurisdiksjonsavtalenes egenart bevisst, illustreres også av at Schengen-avtalen har blitt forstått både som en vanlig folkerettslig avtale og som en myndighetsoverføring.<sup>259</sup>

### 3.8 Med hvilken intensitet vil Høyesterett prøve unntaket?

Spørsmålet her er hvor intenst Høyesterett vil prøve grunnlovsmessigheten av et myndighetsoverførende stortingsvedtak etter § 26 annet ledd. Høyesterett kan prøve

---

<sup>256</sup> Se kapittel 6.

<sup>257</sup> Hartig Danielsen side 47-49.

<sup>258</sup> L.c.

<sup>259</sup> Se avsnitt 3.6.



grunnlovsmessigheten både av den generelle unntaksadgangen og den enkelte myndighetsoverføring.

Prøvingsintensiteten henviser til hvor stor vekt Høyesterett vil legge på Stortingets egen grunnlovsforståelse. Stortinget gir uttrykk for sin grunnlovsforståelse når det samtykker i at en myndighetsoverførende traktat kan inngås etter § 26 annet ledd. Dette gjelder selv om Stortinget samtykker til traktaten i sin helhet, og ikke bare myndighetsoverføringen. Stortinget trenger heller ikke nevne myndighetsoverføringen, i innstillingen eller i debatten. Men det er trolig en forutsetning at regjeringen har informert om myndighetsoverføringen i samtykkeproposisjonen.

Hvilken vekt Høyesterett vil legge på Stortingets grunnlovsforståelse avhenger av hva slags grunnlovsbestemmelse vedtaket blir prøvd opp mot. I Kløfta-dommen foretar Høyesterett en tredeling av grunnlovsbestemmelsene:

”Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg som førstvoterende i plenumssaken inntatt i Rt-1952-1089, særlig side 1098 (hvalavgiftssaken), at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.”<sup>260</sup>

Senere høyesterettspraksis har holdt fast ved denne tredelingen, men samtidig nyansert den.<sup>261</sup> I rederiskattdommen uttaler Høyesterett: ”Samtidig er inndelinga relativt grov, jf. Borthendommen på side 1429, og innanfor kvar enkelt gruppe vil det vere rettar av svært forskjellig karakter.”<sup>262</sup> Tredelingen er således bare veiledende. Det er også klart at en og samme grunnlovsbestemmelse kan verne ulike rettigheter og interesser. § 97 er et eksempel på dette. Det sentrale er hvilke rettigheter og interesser bestemmelsen verner i den enkelte sak.

---

<sup>260</sup> Rt-1976-1 side 5-6.

<sup>261</sup> Sentrale dommer i rekken er plenumsdommene Rt-1996-1415, Rt-2007-1281, Rt-2007-1308, Rt-2010-143 og HR-2010-807-P.

<sup>262</sup> Rt-2010-143 avsnitt 138.

Spørsmålet blir så hvordan valg av grunnlovsprosedyre – § 26 annet ledd eller § 93 – skal forstås i lys av Høyesteretts veiledende tredeling.

Direkte regulerer §§ 26 annet ledd og 93 forholdet mellom regjering og storting. Dette tilsier at Høyesterett vil vise tilbakeholdenhet. På den annen side er valg av grunnlovsprosedyre særegent fordi § 93 verner mindretallet. Mindretallsvernet er en demokratisk garanti, og valg av grunnlovsprosedyre kan være avgjørende i en politisk kamp. § 93 er videre vedtatt som et alternativ til grunnlovsendring i § 112, det skjerpede flertallskravet skal kompensere for at folket ikke skal få si sin mening om myndighetsoverføringen i valg. Valg av grunnlovsprosedyre har også en side til private rettssubjekter ved at et eksternt organ kan få overført myndighet til å fatte vedtak med direkte virkning for disses rettsstilling. Disse betraktningene tilsier en mer intens prøving fra Høyesteretts side.

Det kan så være grunn til å sondre mellom Høyesteretts prøving av den generelle unntaksadgangen og av den enkelte myndighetsoverføring. Ved prøvingen av om unntaksadgangen generelt er grunnlovsstridig taler det sterkt for tilbakeholdenhet at unntaket er anvendt i fast konstitusjonell praksis siden EØS-avtalen. En tilsidesettelse av unntaksadgangen vil reise alvorlige spørsmål om gyldigheten av de myndighetsoverførende traktater som er inngått etter § 26 annet ledd. De fleste av disse traktatene har dessuten vært lite kontroversielle, og mindretallsvernet har i liten grad gjort seg gjeldende. Hensynene som taler for høy prøvingsintensitet kan trolig ivaretas ved prøvingen av den enkelte myndighetsoverføring. Det kan derfor antas at Høyesterett vil vise betydelig tilbakeholdenhet med å prøve om unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring er grunnlovsstridig.

Ved prøvingen av den enkelte myndighetsoverføring kan det tenkes at prøvingsintensiteten vil variere, avhengig av hvilke interesser som gjør seg gjeldende ved den enkelte myndighetsoverføring. Som det vil fremgå av kapittel 5 er det et viktig moment om det eksterne organ får overført myndighet til å fatte inngripende vedtak for norske borgere og foretak. Overføring av myndighet til å fatte for eksempel bøter eller utøve

politimyndighet overfor norske borgere, tilsier høy prøvingsintensitet.<sup>263</sup> Et viktig moment er det også om myndighet blir overført på et politisk kontroversielt saksområde. Slike tilfeller kan aktualisere mindretallsvernet i § 93, hvilket også tilsier høy prøvingsintensitet. Dette gjelder selv om det eksterne organet ikke kan fatte inngripende vedtak overfor private rettssubjekter. Investeringstraktatene overfører ikke myndighet til å fatte direkte virkende vedtak overfor norske borgere, men overfor staten. Disse traktatene trenger heller ikke være politisk kontroversielle. Den konstitusjonelle betydningen av å overlate myndighet til å prøve norske myndighetsvedtak til fortrensel for Høyesterett, jfr. Grl. §§ 88 og 90, kan imidlertid være såpass alvorlig at Høyesterett prøver intenst.

Selv om Høyesteretts prøvingsintensitet nok kan variere avhengig av hvilke interesser myndighetsoverføringen griper inn i, vil en tilsidesettelse skape problemer for den folkerettslige ordning som er etablert ved traktaten. En tilsidesettelse vil innebære at traktaten – eller deler av den – er internrettslig ugyldig, men den vil antakelig fortsatt være folkerettslig forpliktende. Dette argumentet taler generelt for at Høyesterett viser tilbakeholdenhet.

Selv om praktiseringen av en grunnlovsbestemmelse om forholdet mellom statsmaktene har en side mot borgerne, har Høyesterett tidligere vist tilbakeholdenhet i prøvingen. Det kan vises til Hvalavgiftdommen, hvor det heter:

”Jeg fremhever i denne forbindelse at det konstitusjonelle spørsmål som domstolene her skal ta standpunkt til, er et spørsmål om grensen for Stortingets adgang til å delegere sin myndighet til andre statsorganer. Selv om dette spørsmål også har en side som vender mot borgerne, er det etter min oppfatning større grunn for domstolene til å utvise varsomhet med å sette seg ut over lovgivningens skjønn i et slikt tilfelle enn når det gjelder spørsmålet om en lov er i strid med en grunnlovsbestemmelse som direkte tar sikte på å være til vern for borgerne, f. eks. Grunnlovens §§ 97 og 105.”<sup>264</sup>

---

<sup>263</sup> I den retning Boe side 80 om observasjons- og forfølgelsesretten i Schengen-avtalen.

<sup>264</sup> Rt-1952-1089.

Også valget mellom §§ 26 annet ledd og 93 angår borgerne på en indirekte måte. Dommen er imidlertid gammel og gjaldt ganske andre grunnlovsbestemmelser enn §§ 26 annet ledd og 93. Høyesterett vil trolig i liten grad føle seg bundet av synspunktene herfra.

I tråd med høyesterettspraksis vil viktige momenter ved prøvingen av den enkelte myndighetsoverføring antakelig være om grunnlovmessigheten av stortingsvedtaket fremstår som tvilsomt<sup>265</sup> og i hvilken grad Stortinget under behandlingen har gitt uttrykk for et veloverveid syn.<sup>266</sup>

Det kan for øvrig reises spørsmål om hvilke rettsvirkninger det vil ha at en ratifisert myndighetsoverførende traktat senere blir satt til side. Alvik og Dolva reiser spørsmålet og antar at traktatene ikke kan gjennomføres internt, selv om vi fortsatt skulle være folkerettslig forpliktet. De antar dette bare gjelder så langt traktatene er i strid med Grunnloven.<sup>267</sup> Av prioriteringsmessige hensyn går jeg ikke nærmere inn på dette spørsmålet.

#### **4 Presentasjon av praksis**

Regjeringens samtykkeproposisjoner og stortingsforhandlingene utgjør regjeringens og Stortingets praksis. Lovavdelingens uttalelser er det flere av, og de er som regel også grundigere. Det kan også tenkes at regjeringen innhenter betenkninger fra frittstående juridiske teoretikere. Før jeg fra avsnitt 4.3 presenterer de enkelte myndighetsoverføringer som har vært vurdert, går jeg noe inn på Lovavdelingens uttalelser og Alvik og Dolvas betenkning om investeringstraktater, som ble innhentet av Utenriksdepartementet i forbindelse med arbeidet med modellavtalen.

---

<sup>265</sup> Se HR-2010-807-P avsnitt 148.

<sup>266</sup> Se Rt-1976-1 side 6. Se også Rt-2007-1281 avsnitt 73.

<sup>267</sup> Alvik og Dolva side 13.

#### 4.1 Lovavdelingens uttalelser

Lovavdelingen har vurdert om en rekke myndighetsoverføringer er ”lite inngripende”. Når regjeringen legger frem en myndighetsoverførende traktat for Stortinget, er det som regel Lovavdelingen som har vurdert hvilken prosedyre som skal følges, § 26 annet ledd eller § 93. Dette er vanlig selv om det er andre departementer som har ansvaret for traktaten for øvrig. Lovavdelingen vurderer grunnlovsmessige spørsmål som følge av en intern arbeidsordning, ikke i medhold av lov. Bortsett fra Alvik og Dolvas betenkning kjenner jeg ikke til at andre enn Lovavdelingen i tiden etter EØS-avtalen har vurdert om en myndighetsoverføring kan inngås etter § 26 annet ledd. Lovavdelingens uttalelser er derfor helt sentrale i spørsmålet om hvordan ”lite inngripende”-kriteriet blir praktisert.

Lovavdelingen er bare rådgivende organ, uttalelsene er ikke bindende. Når Lovavdelingen har konkludert på om en myndighetsoverføring er ”inngripende” eller ”lite inngripende”, er det regjeringen eller departementet som er ansvarlig for traktaten som avgjør hva som skal skje videre. Selv om Lovavdelingen har konkludert med ”inngripende”, kan regjeringen si seg uenig og legge traktaten frem etter § 26 annet ledd. Jeg kjenner ikke til at det har skjedd, og antar at det neppe vil skje. Mer tenkelig er det kanskje at regjeringen legger frem en traktat etter § 93 selv om Lovavdelingen mener myndighetsoverføringen kan forsvares som ”lite inngripende”. Politiske hensyn kan tilsi det, for eksempel hensynet til demokratisk forankring og hensynet til å unngå offentlig kritikk. Men heller ikke dette kjenner jeg til eksempler på. Dersom Lovavdelingen konkluderer med ”inngripende” kan regjeringen eller det ansvarlige departementet også velge å gå videre i forhandlinger med traktatparten. I EØS-sammenheng er dette vanlig. Kommer Lovavdelingen til at myndighetsoverføringen i et direktiv eller en forordning er ”inngripende”, vil det ansvarlige departementet gjerne be om at det blir tatt inn en tilpasningstekst i EØS-komiteens beslutning, slik at rettsakten kan legges frem etter § 26 annet ledd.<sup>268</sup> Traktaten kan også bli lagt helt vekk eller på is. At Lovavdelingen har funnet at myndighetsoverføringene i investeringstraktater er ”inngripende”<sup>269</sup> er nok en viktig

---

<sup>268</sup> Som vist i avsnitt 2.2 og 2.2.1 er det § 93 vanskelig å bruke ved myndighetsoverføring til EU-organer.

<sup>269</sup> JDLOV-1997-5405.

årsak til at Norge ikke har inngått slike traktater side 1995 og fortsatt jobber med å utforme en traktat som ivaretar forholdet til Grunnloven.<sup>270</sup>

Lovavdelingens uttalelser avgis konkret i brev form til det departementet som har bedt om råd. Noen vurderinger blir også gjort i interne notater. Mange av uttalelsene i brev form publiseres, på Justisdepartements hjemmesider og på Lovdata. Om de ikke publiseres, vil det som oftest være mulig å få innsyn i dem. Interne notater publiseres som regel ikke, og disse vil det som regel heller ikke gis innsyn i.

Uttalelsene er først og fremst interessante fordi de får praktisk betydning,<sup>271</sup> men de er også rettskildemessig relevante. Lovavdelingen er riktignok ikke gitt konstitusjonelt mandat til å si hva som er gjeldende rett etter Grunnloven. Men det arbeider godt kvalifiserte jurister der, og dens uttalelser er allment kjent for å være grundige og veloverveide.<sup>272</sup> Ettersom Lovavdelingen er den instansen i regjeringsapparatet som vurderer om en myndighetsoverføring er ”lite inngripende”, vil juristene der dessuten besitte spesialkunnskap på dette rettsområdet. Det tilsier at vurderingene av ”lite inngripende”-kriteriet er godt begrunnede. At det alltid er Lovavdelingen som vurderer spørsmålet muliggjør dessuten kontinuitet i rettsanvendelsen. En svakhet ved uttalelsene er at de ikke er gjenstand for kontradiktorisk saksbehandling.<sup>273</sup> Ved uttalelser som ikke blir publisert hefter dessuten den svakhet at en bredere krets ikke kan utfordre rettsanvendelsen. Det kan av den grunn diskuteres om upubliserede uttalelser overhodet har rettskildemessig relevans.

Lovavdelingen er ikke ”uavhengig av det sentrale statsapparatet, dets interesser og syn på samfunnet.”<sup>274</sup> Likevel er det nok grunn til å tro at den i vurderinger av om en myndighetsoverføring er ”lite inngripende” *opptrer* uavhengig.<sup>275</sup> Men Lovavdelingen vil nok legge seg på den linjen som er etablert i konstitusjonell praksis, og ikke ta til orde for

---

<sup>270</sup> Se avsnitt 1.4.

<sup>271</sup> Se avsnitt 1.6 om metodiske valg i lys av formålet med problemstillingene.

<sup>272</sup> I den retning også Smith 2010 side 37.

<sup>273</sup> Smith 2010 side 38 ser dette som et argument mot å tillegge uttalelsene rettskildemessig vekt.

<sup>274</sup> Smith 2010 side 38.

<sup>275</sup> I den retning også Eckhoff 1986 side 90.

løsninger som kan virke radikale eller kontroversielle, selv om de kanskje skulle ha gode grunner for seg. Lovavdelingen skiller seg på den måten fra en frittstående juridisk teoretiker.

## 4.2 Alvik og Dolvas betenkning om investeringstraktater

I forbindelse med arbeidet med modellavtalen<sup>276</sup> innhentet Utenriksdepartementet i 2006 en betenkning fra Ivar Alvik og Trond Dolva om investeringstraktater, hvor også forholdet til Grunnloven ble diskutert. I brev til de andre involverte departementene uttaler Utenriksdepartementet følgende om betenkningens funksjon: ”Vedlagte utredning vil kunne fungere som et diskusjonsgrunnlag for statssekretærutvalget i dets arbeid med å definere problemstillingene knyttet til en mulig fremtidig norsk standardavtale.”<sup>277</sup> Alvik og Dolva har ikke noe rettslig mandat til å si hva som er gjeldende rett og dokumentet er ikke publisert. Betenkningen kan derfor ikke tillegges særlig rettskildemessig vekt, og det kan diskuteres om den overhodet er rettskildemessig relevant. At betenkningen skulle brukes som ”diskusjonsgrunnlag” i arbeidet med en ny standardavtale tilsier likevel at betenkningen har kunnet spille en faktisk innflytelse på hvordan en slik avtale utformes. For så vidt tjener betenkningen – i likhet med Lovavdelingens uttalelser – en rådgivende funksjon. Derfor er den interessant å få frem i lyset. Det er også interessant å undersøke om andre rettsanvendere har en annen tilnærming til spørsmålet enn Lovavdelingen har.<sup>278</sup>

## 4.3 EØS-avtalen

EØS-avtalen innebar flere myndighetsoverførende elementer, og Regjeringen vurderte disse enkeltvis opp mot kriteriet ”lite inngripende”. Noen myndighetsoverføringer fant Regjeringen ”inngripende”, mens andre var ”lite inngripende”. De ”inngripende”

---

<sup>276</sup> Se avsnitt 1.4.1.

<sup>277</sup> Brev fra Utenriksdepartementet 14. juni 2006.

<sup>278</sup> Jeg henviser til avsnitt 1.6 om metodiske valg i lys av formålet med problemstillingene.

myndighetsoverføringene medførte at EØS-avtalen måtte legges frem etter prosedyren i § 93.

Det er systemet for håndheving av konkurransereglene i EØS-avtalen og i EFTA-avtalen om Overvåkningsorganet og Domstolen (ODA-avtalen) som innebærer myndighetsoverføring. I det følgende bruker jeg bare betegnelsen EØS-avtalen, ettersom ODA-avtalen er nært knyttet til denne. EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og EFTA-domstolen skal ha myndighet til å treffe visse vedtak med direkte virkning for norske borgere og foretak.

I utgangspunktet innebærer to-pilar-ordningen i EØS-avtalen at bare EFTA-organene skal kunne ha myndighet til å fatte med vedtak med direkte virkning. Men ettersom bedriftene, som er underlagt konkurransereglene, vil samarbeide på tvers av grensen mellom EFTA og EU, må sakene fordeles mellom EFTA-organer og EU-organer<sup>279</sup> på en slik måte at EU-organene vil få en del saker hvor det kan være aktuelt å iverksette vedtaket ikke bare i EU, men også i EFTA-statene.<sup>280</sup> EØS-avtalen innebærer dermed at også Kommisjonen, EU-domstolen og EUs førsteinstansdomstol skal ha myndighet til å treffe samme type vedtak med direkte virkning for norske borgere og foretak som EFTA-organene kan.

EØS-avtalen gir EFTA- og EU-organer myndighet til å ilegge foretak bøter og tvangsmulkt ved brudd på konkurransereglene. Disse vedtakene skal ha både rettskraft og tvangskraft. Regjeringen mente myndighetsoverføringen til EFTA-organene krevde § 93-vedtak.<sup>281</sup> Fordi Norge er medlem av EFTA, var tilslutningsvilkåret i § 93 oppfylt.

Regjeringen fant imidlertid at tilslutningsvilkåret ikke var oppfylt ved myndighetsoverføringen til EU-organene.<sup>282</sup> § 93 kunne derfor ikke brukes. Regjeringen løste dette ved å utstede en ensidig erklæring til avtalen, hvor det tas forbehold mot at EU-

---

<sup>279</sup> På avtaletidspunktet var den rette betegnelsen "EF-organer". For enkelthets skyld bruker jeg betegnelsen EU-organer.

<sup>280</sup> St.prp.nr.100(1991-1992) side 341-342.

<sup>281</sup> Ibid. side 344.

<sup>282</sup> Ibid. side 345.



organenes vedtak om bøter og tvangsmulkt skal ha tvangskraft på norsk territorium.<sup>283</sup> EF godtok gjennom en egen erklæring dette forbeholdet.<sup>284</sup> Disse erklæringene var tilstrekkelig til at myndighetsoverføringen til EU-organene ble ansett ”lite inngripende”.<sup>285</sup> Det må understrekes at erklæringen bare gjaldt forbehold mot å gi EU-organenes vedtak tvangskraft. EU-organenes vedtak om bøter og tvangsmulkt for brudd på konkurransereglene vil dermed ha rettskraft med direkte virkning i Norge.

De øvrige myndighetsoverførende elementene fant regjeringen var ”lite inngripende”.<sup>286</sup> Dette gjaldt myndighet til å treffe vedtak om unntak fra det generelle forbudet mot konkurransevridende tiltak og ulike påbud, blant annet påbud om å opphøre med en bestemt type virksomhet og påbud om utlevering av informasjon.

Med 130 mot 35 stemmer fikk EØS-avtalen og ODA-avtalen tilslutning fra Stortinget.<sup>287</sup>

Ettersom EØS-avtalen uansett ble inngått etter § 93, kan ikke stortingsvedtaket tas som en entydig bekreftelse på at stortingsflertallet godtok regjeringens grunnlovsforståelse. Men ingen av flertallet uttaler seg i mot denne grunnlovsforståelsen. Mindretallet i komiteen avgir ingen bestemt uttalelse for eller i mot om det overhodet gjelder et unntak for ”lite inngripende”. Men mindretallet uttaler at § 93 ikke bare burde komme til anvendelse på EFTA-organenes myndighet til å ilegge bøter og tvangsmulkt, men ”at det samme burde gjelde overvåkingsorganets muligheter til å gi påbud til norske bedrifter.”<sup>288</sup> Mindretallet var også uenig i at den ensidige erklæringen hvor Norge tar forbehold mot tvangsinndrivelse av pengekrav på norsk territorium var tilstrekkelig til at myndighetsoverføringen til EU-organer kunne skje med § 26 annet ledd. Mindretallet peker på det de mener er tre svakheter ved Regjeringens argumentasjon. For det første at

---

<sup>283</sup> Særskilt vedlegg nr. 1 til St.prp.nr.100(1991-1992) side 430.

<sup>284</sup> L.c.

<sup>285</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 346.

<sup>286</sup> Ibid. side 344 og 346-347.

<sup>287</sup> Stortingstidende (1992-93) side 340.

<sup>288</sup> Innst.S.nr.248(1991-92) side 86.

erklæringen bare gjelder tvangsinndrivelse, og ikke selve påbudene.<sup>289</sup> Erklæringen er ikke til hinder for at påbudene får rettskraft med direkte virkning på norsk territorium. For det andre reiser mindretallet spørsmål ved om erklæringen har en rettslig status dersom det skulle bli reist sak som gjelder forbeholdet i erklæringen. For det tredje – i sammenheng med det andre argumentet – reiser mindretallet spørsmål ved om svarerklæringen fra EF innebærer at EF føler seg bundet til å respektere Norges forbehold.<sup>290</sup>

#### 4.4 Schengen-avtalen

Stortinget sluttet seg til Schengen-avtalen i to omganger. I første omgang gjaldt avtalen mellom Norge og Island og de andre Schengen-statene. Etter at Norge hadde sluttet seg til avtalen ble EU-landene enige om å integrere Schengen-samarbeidet i EU. Dette endret de institusjonelle løsningene i Schengen-samarbeidet og nødvendiggjorde ny avtale med Norge og ny stortingsbehandling. Myndighetsoverføringen det var aktuelt å vurdere opp mot ”lite inngripende”-kriteriet var den samme i begge avtaler. Men også denne ble behandlet på nytt i den andre omgangen. For en omtale av myndighetsoverføringen viser jeg til avsnitt 1.5.

Spørsmålet i begge omganger var om disse reglene overhodet utgjorde en myndighetsoverføring, og i så fall om myndighetsoverføringen var ”lite inngripende”. I St.prp.nr. 42 (1996-1997) mener Regjeringen at observasjons- og forfølgelsesretten ikke innebar myndighetsoverføring.<sup>291</sup> I innstillingen sier flertallet seg uenig i Ståle Eskelands påstand om at forfølgelses- og observasjonsretten innebærer myndighetsoverføring med direkte virkning og uttaler at det ”er enig med regjeringen i at dette er ’et gjensidig samarbeid mellom likestilte stater om forhold med tilknytning til begge stater’.”<sup>292</sup> Heller ikke Fredrik Sejersted eller Eivind Smith mente Schengen-avtalen innebar

---

<sup>289</sup> Ibid. side 87.

<sup>290</sup> L.c.

<sup>291</sup> St.prp.nr.42(1996-1997) side 17.

<sup>292</sup> Innst.S.nr.229(1996-1997) side 8.

myndighetsoverføring, slik man kan lese ut av deres svar i vedlegget til komitéinnstillingen.<sup>293</sup>

Før tilslutning til den andre Schengen-avtalen hadde den nye Regjeringen – bestående av KrF, Venstre og Sp – varslet at den ville foreta en grundig konstitusjonell vurdering av Schengen-avtalen.<sup>294</sup> Regjeringen nedsatte en gruppe bestående av fem jurister<sup>295</sup> for å bistå med de konstitusjonelle spørsmålene. Disse la frem hver sin individuelle vurdering.<sup>296</sup> Arbeidet resulterte i en langt grundigere vurdering av de konstitusjonelle spørsmålene i den andre Schengen-runden enn hva som var tilfellet i den første.

Regjeringen uttaler om observasjons- og forfølgingsretten: ”Det synes lite tvilsomt at disse bestemmelsene i Schengenkonvensjonen - iallfall artikkel 41 - innebærer en viss overføring til utenlandske polititjenestemenn av kompetanse til å utøve forvaltningsmyndighet med direkte virkning i Norge.”<sup>297</sup> Spørsmålet ble dermed om myndighetsoverføringen var ”lite inngripende”, hvilket regjeringen mente den var.

I behandlingen av den første Schengen-avtalen la representanten Anne Enger Lahnstein på vegne av Senterpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Kristelig Folkeparti, frem forslag til utsettelse av behandlingen av Schengen-avtalen ”inntil Stortinget har fått det nødvendige beslutningsgrunnlag for behandling av saken”.<sup>298</sup> Bakgrunnen for dette forslaget var særlig tvil om de konstitusjonelle spørsmålene. Forslaget ble nedstemt med 77 mot 49 stemmer. På vegne av samme partier fremsatte Lahnstein forslag om ikke å gi samtykke til ratifikasjon av Schengen-avtalen. Det ble votert alternativt mellom komiteens innstilling og dette forslaget, og komitéinnstillingens forslag ble bifalt med 75 mot 50 stemmer.<sup>299</sup>

---

<sup>293</sup> Ibid. vedlegg 3 side 21-22 og side 37.

<sup>294</sup> St.prp.nr.50(1998-1999) side 11.

<sup>295</sup> Fredrik Sejersted, Erik Boe, Per Stavang, Regine Ramm Bjerke og Liv Monica Bargem Stubholt.

<sup>296</sup> Trykt som vedlegg til St.prp.nr.50(1998-1999). Se også Boe og Sejersted 1999.

<sup>297</sup> St.prp.nr.50(1998-1999) side 39.

<sup>298</sup> Stortingstidende (1996-97) side 3835.

<sup>299</sup> Ibid. side 3890.

I den andre omgangen ble Schengen-avtalen vedtatt med 85 mot 19 stemmer.<sup>300</sup> Senterpartiet og Sosialistisk venstreparti la også frem forslag om at Schengenavtalen skulle inngås etter prosedyren i § 93. Dette forslaget ble nedstemt med 81 mot 23 stemmer.<sup>301</sup> Det ble debatt om hvilken prosedyre Stortinget skulle følge.<sup>302</sup> For mitt formål er det tilstrekkelig å vise til begrunnelsen gitt av motstanderne i komitéinnstillingen.<sup>303</sup> Senterpartiets representant pekte på ”utøvelse av politimyndighet berører selve kjernen i det en tradisjonelt har forstått med staters suverenitet.”<sup>304</sup> På denne bakgrunn mente dette medlemmet at ”en ved ratifikasjon – på samme måte som Sverige og Finland – bør legge en strengere grunnlovsprosedyre til grunn enn Grunnloven § 26 annet ledd.”<sup>305</sup> Senterpartiets representant pekte også på følgende hensyn i mot å bruke § 26 annet ledd:

”Dette medlem mener en må være tilbakeholden med å akseptere at Grunnlovens krav over tid svekkes for sterkt gjennom en løpende legitimering av enkeltvise suverenitetsavståelser som skjer på grunnlag av ordinær stortingsbeslutning, dvs. med alminnelig flertall.”<sup>306</sup>

Også Sosialistisk Venstrepartis representant mente § 93 burde benyttes.<sup>307</sup>

Senterpartiets begrunnelse for å vise tilbakeholdenhet med enkeltvise suverenitetsavståelser etter ordinær grunnlovsprosedyre viser en tydelig og prinsipiell dissens om rekkevidden av unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring. Men om Senterpartiets representant mener at et slikt unntak ikke har tilstrekkelig rettslig grunnlag, rent generelt, er vanskelig å si. Senterpartiet har heller ikke senere fulgt opp dette synet i andre enkeltvise saker som har dreiet seg om myndighetsoverføring.

---

<sup>300</sup> Stortingstidende (1998-99) side 2864.

<sup>301</sup> L.c.

<sup>302</sup> Ibid. side 2831-2860.

<sup>303</sup> Innst.S.nr.147(1998-1999) side 4-7.

<sup>304</sup> Ibid. side 6.

<sup>305</sup> L.c.

<sup>306</sup> L.c.

<sup>307</sup> Ibid. side 7.

## 4.5 EASA-forordningen

På bakgrunn av St.prp.nr. 44 (2004-2005) ga Stortinget enstemmig samtykke<sup>308</sup> til innlemmelse i EØS-avtalen av forordning 1592/2002/EF, som innebar norsk deltakelse i et særlig EU-byrå for flysikkerhet, European Aviation Safety Agency (EASA). I følge samtykkeproposisjonen er hovedformålet med rettsakten ”å sikre et høyt sikkerhetsnivå innenfor sivil luftfart gjennom et harmonisert regelverk i Europa.”<sup>309</sup>

Forordningen innebærer overføring av doms- og forvaltningsmyndighet på området for flysikkerhet. EASA og EU-domstolen får myndighet til å fatte vedtak om typesertifiseringer og luftdyktighetspåbud som vil få direkte virkning i Norge for private rettssubjekter. EASA kan utstede sertifikater og trekke dem tilbake. Inntil norsk deltakelse lå denne myndigheten hos henholdsvis Luftfartstilsynet og norske domstoler. Norsk deltakelse i byrådet gir Norge møte-, forslags- og uttalelsesrett i styret, men ikke stemmerett.

Regjeringen fant at myndighetsoverføringen var ”lite inngripende”. Regjeringen redegjorde i proposisjonen relativt utførlig for forholdet til Grunnloven.<sup>310</sup> Samferdselskomiteen hadde ingen merknader i sin innstilling, og rådet enstemmig Stortinget til å samtykke. Under debatten i Stortinget var Steinar Bastesen fra Kystpartiet den eneste som hadde merknader til myndighetsoverføringen.<sup>311</sup> Representanten påpekte det uheldige i å gi EU full kontroll på området, og ba norske myndigheter være på vakt mot ordninger som fratrar Norge stemmerett i internasjonale samarbeidsfora.

Forordning 216/2008/EF er en revidering av forordningen Stortinget har akseptert. Den innebærer myndighetsoverføring og er vurdert av Lovavdelingen.<sup>312</sup>

Den reviderte forordningen innebærer i følge Lovavdelingen at Kommisjonen på anmodning fra EASA får hjemmel til å ilegge nasjonale selskaper bøter og tvangsmulkt for brudd på vilkår i EASAs regelverk og individuelle tillatelser. I følge forordningens fortale

---

<sup>308</sup> Stortingstidende (2004-05) side 2131.

<sup>309</sup> St.prp.nr.44(2004-2005) side 1.

<sup>310</sup> Ibid. side 6 og 7.

<sup>311</sup> Stortingstidende (2004-05) side 2101 og 2102.

<sup>312</sup> JDLOV-2009-7963. *Grunnlovsvurdering – innlemmelse i EØS-avtalen av forordning (EF) nr. 216/2008.*

Brev til Samferdselsdepartementet av 18. januar 2010.

avsnitt 18 er hensikten med dette å gi mulighet for ”a more nuanced, flexible and graduated response to breach of the rules, compared to withdrawal of a certificate.” EASA kan fortsatt trekke sertifikater tilbake, slik byrået fikk hjemmel til etter forordning 1592/2008/EF. Lovavdelingen legger til grunn for sin vurdering av myndigheten til å ilegge bøter og tvangsmulkt vil bli lagt til ESA for EFTA-landenes del. Myndighetsoverføringen Lovavdelingen har vurdert gjelder altså ikke Kommisjonen.

Lovavdelingen var ”tilbøyelig til å anta” at myndighetsoverføringen er ”lite inngripende” og at den derfor kan innlemmes etter § 26 annet ledd. Det fremgår imidlertid av vurderingen og følgende passus at myndighetsoverføringen bød på en viss tvil: ”Som nevnt innledningsvis vil imidlertid Stortingets syn på grunnlovsvurderingen ha betydning i tvilstilfeller”.<sup>313</sup>

#### 4.6 REACH-forordningen

På bakgrunn av St.prp.nr. 49 (2007-2008) samtykket Stortinget til innlemmelse av REACH-forordningen, forordning 1907/2006/EF. REACH-forordningen har regler om registrering, vurdering, godkjenning og restriksjoner av kjemikalier og etablerer et europeisk kjemikaliebyrå, European Chemical Agency (ECHA), som EUs sentrale kjemikaliemyndighet. Hovedformålet med forordningen er å oppnå bedre beskyttelse av helse og miljø ved å få bedre kontroll med produksjon, import, bruk og utslipp av kjemiske stoffer.

REACH-forordningen innebærer en viss myndighetsoverføring til kjemikaliebyrået ECHAs organer. Etter EØS-komiteens beslutning knytter myndighetsoverføringen i forordningen seg utelukkende til registrerings- og vurderingssystemet for kjemikalier innad i EU/EØS. De ulike vedtakene ECHA kan fatte vil i hovedsak være rettet mot produsenter og importører av kjemikalier.<sup>314</sup> Norge har ikke stemmerett i byrået, men deltar for øvrig likeverdig EU-medlemsstatene.<sup>315</sup> Regjeringen fant at denne myndighetsoverføringen ikke

---

<sup>313</sup> Ibid. punkt 3.

<sup>314</sup> St.prp.nr.49(2007-2008) side 4-5.

<sup>315</sup> Ibid. side 4.

krevde vedtak etter § 93. Det ble vist til hvilke vedtak ECHA kan fatte med direkte virkning og at det hadde blitt gjort en konstitusjonell vurdering. Regjeringen ga en kort og summarisk begrunnelse for hvorfor Stortinget kunne samtykke etter § 26 annet ledd.<sup>316</sup>

Forordningen – slik den gjelder i EU og som var utgangspunktet for EØS-komiteens beslutning – innebærer at Kommisjonen skal ha adgang til å godkjenne stoffer som i utgangspunktet er satt opp på forbudslisten i forordningen. Godkjenning skal kunne gis hvis risikoen for menneskers helse eller miljøet ved anvendelsen av stoffet kan anses tilstrekkelig kontrollert. Hvis vilkåret ikke er oppfylt kan det likevel utstedes tillatelse dersom det kan dokumenteres at de sosioøkonomiske fordelene ved anvendelse av stoffet oppveier risikoen som mennesker og miljø utsettes for. Vedtakene om slik tillatelse fra Kommisjonen har direkte virkning i medlemsstatene. I EØS-komiteens beslutning ble det vedtatt en tilpasningstekst som innebar at Kommisjonens godkjenningsvedtak ikke fikk direkte virkning, men at EFTA-statene skulle treffe tilsvarende beslutninger samtidig og senest 30 dager etter.<sup>317</sup> Denne tilpasningen innebar at Kommisjonens godkjenningsvedtak bare fikk folkerettslig virkning og spørsmålet om bruk av § 93 aktualiserte seg dermed ikke i denne sammenheng.

Stortinget samtykket enstemmig til innlemmelse av forordningen.<sup>318</sup> Energi- og miljøkomiteen merket seg at forordningen innebar en viss myndighetsoverføring, men prøvde ikke rettsanvendelsen.<sup>319</sup> Selve myndighetsoverføringen avstedkom ikke særlig debatt, men Svein Roald Hansen, Arbeiderpartirepresentant, påpekte det demokratiske underskuddet i at vi ikke får stemmerett i et organ vi gir fra oss suverenitet til.<sup>320</sup>

Lovavdelingen gjorde to vurderinger av REACH-forordningen før Stortinget samtykket til forordningen.<sup>321</sup> Den ene vurderingen gjaldt forordningen med en slik

---

<sup>316</sup> Ibid. side 5.

<sup>317</sup> Ibid. side 4.

<sup>318</sup> Stortingstidende (2007-08) side 3442.

<sup>319</sup> Innst.S.nr.246(2007-2008).

<sup>320</sup> Stortingstidende (2007-08) side 3440.

<sup>321</sup> JDLOV-2007-4058a *Konstitusjonelle spørsmål ved innlemmelse av REACH-forordningen*. Brev til Miljøverndepartementet 25. juni 2007; JDLOV-2007-4158b. *Konstitusjonelle sider ved innlemmelse av REACH-forordningen i EØS-avtalen*. Brev til Miljøverndepartementet 18. september 2007.

tilpasningstekst Stortinget aksepterte. Uten å være i tvil kom Lovavdelingen til at forordningen med tilpasningstekst var ”lite inngripende”.<sup>322</sup>

Den andre vurderingen tok utgangspunkt i forordningen med en tilpasningstekst som var foreslått av Island. Forslaget gikk ut på at ESA skulle få samme godkjenningsmyndighet som Kommisjonen i EU-medlemsstatene. ESAs vedtak skulle ha direkte virkning i EFTA-statene. Denne ordningen innebar også en sikkerhetsklausul. Dersom Norge har ”berettiget grund til å mene, at en øjeblikkelig indsats er viktig for at beskytte menneskers sundhed eller miljøet mod et stof...”<sup>323</sup> kan Norge iverksette strakstiltak mot en godkjenning gitt av ESA. Når Norge har truffet strakstiltak, kan Kommisjonen (evt. ESA)<sup>324</sup> treffe vedtak som enten godkjenner strakstiltaket eller krever at medlemsstaten opphever det. Lovavdelingen la til grunn at Kommisjonens (evt. ESAs) vedtak kun skulle ha folkerettslig virkning.<sup>325</sup>

Lovavdelingen kom til at forordningen med denne tilpasningsteksten var ”klart mer inngripende” enn utgangspunktet for Lovavdelingens første vurdering.<sup>326</sup> Lovavdelingen antok at ”REACH-forordningen ikke kan gjennomføres i norsk rett uten ytterligere tilpasningstekster som i større grad sikrer norske myndighetsorganers innflytelse over vedtak som har virkning i Norge.”<sup>327</sup> Med andre ord fant man at myndighetsoverføringen var ”inngripende”. Likevel mente Lovavdelingen at dersom Stortinget godtok GMO-forordningen,<sup>328</sup> som Lovavdelingen tidligere hadde vurdert, ”er vi tilbøyelige til å mene at

---

<sup>322</sup> JDLOV-2007-4058a punkt 4.

<sup>323</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 2.4.

<sup>324</sup> Det var ikke avklart om det islandske forslaget innebar at ESA også i forbindelse med sikkerhetsklausulen skulle ha samme kompetanse som Kommisjonen. Lovavdelingen fant at dette ikke kunne spille noen rolle for den konstitusjonelle vurderingen, se *ibid.* punkt 1.

<sup>325</sup> *L.c.*

<sup>326</sup> *Ibid.* innledningsavsnittet (uten nummerering).

<sup>327</sup> *Ibid.* punkt 3.

<sup>328</sup> GMO-forordningen er blitt vurdert av Lovavdelingen i to omganger. Den seneste vurderingen har jeg redegjort for her, jfr. JDLOV-2008-3772. Den vurderingen Lovavdelingen viser til her er et internt notat som jeg ikke har fått innsyn i.



det samme vil gjelde REACH-forordningen dersom man får tilsvarende tilpasningsbestemmelser.<sup>329</sup>

#### 4.7 Elektrisitetshandelsforordningen

Forordning 1228/2003/EF har som formål å fastsette regler for handel med elektrisitet over landegrensene. Den innebar i utgangspunktet overføring av myndighet til Kommisjonen. I EØS-komiteens beslutning ble det inntatt en tilpasningstekst som fjernet myndighetsoverføringen. Tilpasningen innebar at ESA verken ble tildelt bøtekompetanse eller rett til å kreve informasjon fra norske foretak.<sup>330</sup> Stortinget samtykket til innlemmelse av forordningen etter grunnloven § 26 annet ledd på bakgrunn av St.prp.nr. 52 (2005-2006).<sup>331</sup> Før EØS-komiteen fattet sin beslutning innhentet Olje- og energidepartementet fra Lovavdelingen en grunnlovsvurdering av myndighetsoverføringen.<sup>332</sup>

Lovavdelingen la til grunn for sin vurdering at ESA ville bli tillagt den myndighet Kommisjonen var gitt etter forordningen.

Lovavdelingen la videre til grunn at forordningens artikkel 10 om foretaks informasjonsplikt overfor ESA innebar myndighetsoverføring. Informasjonsplikten går ut på å gi all relevant informasjon som var nødvendig av hensyn til formålene i forordningen. Lovavdelingen kom til at informasjonsplikten var ”lite inngripende”.

Lovavdelingen la videre til grunn at ESAs bøtekompetanse etter artikkel 12 nr. 2 for brudd på informasjonsplikten etter artikkel 10 innebar myndighetsoverføring. Dersom foretakene forsettlig eller uaktsomt gir ukorrekte, ufullstendige eller villedende informasjon eller ikke gir informasjon innen tidsfristen kan de ilegges bøter som ikke kan overstige én prosent av foretakets samlede omsetning i det foregående forretningsår. Lovavdelingen kom under tvil til at også denne myndighetsoverføringen var ”lite inngripende”.

---

<sup>329</sup> L.c.

<sup>330</sup> Ot.prp.nr.61(2005-2006) punkt 3.5.4.

<sup>331</sup> Den opprinnelige myndighetsoverføringen og bakgrunnen for EØS-komiteens beslutning er også kommentert i forarbeidene til endringer i energiloven, jfr. Ot.prp.nr.61(2005-2006).

<sup>332</sup> JDLOV-2004-5639. *Grunnloven § 93 mv.* Brev til Olje- og energidepartementet 8. desember 2004.

## 4.8 GMO-forordningen

Forordning 1829/2003/EF gir regler for godkjenning og merking av genmodifiserte næringsmidler og fôrvarer. Forordningen er ennå ikke innlemmet i norsk rett.

Lovavdelingen har vurdert forordningens grunnlovsmessighet.<sup>333</sup>

Forordningen etablerer en sentralisert godkjennelsesprosedyre der EU-kommisjonen gis myndighet til å godkjenne søknader om omsetningstillatelse for næringsmidler og fôrvarer som inneholder eller er produsert på grunnlag av genmodifiserte organismer (GMO-produkter). Lovavdelingen legger i sin vurdering til grunn at Kommisjonens vedtak om godkjenning skal ha direkte virkning for private rettssubjekter i medlemsstatene, og at forordningen dermed innebærer en overføring av forvaltningsmyndighet. Artikkel 34 gir anvisning på en sikkerhetsklausul som medlemsstatene kan bruke for å iverksette strakstiltak mot godkjente produkter som de anser for å utgjøre en alvorlig helserisiko for mennesker eller dyr eller en alvorlig risiko for miljøet. Etter at medlemsstaten har truffet strakstiltak, kan Kommisjonen følge opp med et vedtak som setter strakstiltaket ut av kraft. Slik sett minner GMO-forordningen om REACH-forordningen. Men i motsetning til i REACH-uttalelsen legger Lovavdelingen til grunn at oppfølgingsvedtaket skal ha direkte virkning.

Lovavdelingen kom til at forordningen uten tilpasningstekster var ”inngripende”.

Lovavdelingen vurderte to tilpasningstekster. Den ene tilpasningsteksten knytter seg til sikkerhetsklausulen og innebærer at Kommisjonens vedtak som setter et strakstiltak ut av kraft kun skal ha folkerettslig virkning, ikke direkte virkning. Lovavdelingen kom til at forordningen med denne tilpasningsteksten befant seg i en ”konstitusjonell gråsoner”, men at Stortinget kunne samtykke etter prosedyren i § 26 annet ledd dersom det i proposisjonen ble redegjort for de konstitusjonelle spørsmålene. Med andre ord kunne myndighetsoverføringen med denne tilpasningen anses ”lite inngripende”.

---

<sup>333</sup> JDLOV-2008-3772. *Tilpasningstekst til forordning (EF) nr. 1829/2003 og forholdet til Grunnloven § 26 og § 93*. Brev til Helse- og omsorgsdepartementet 11. mars 2009.

Den andre tilpasningsteksten innebar at Kommisjonens godkjenningsvedtak kun skulle ha folkerettslig virkning. Med en slik tilpasning reises ikke spørsmål om myndighetsoverføring.

#### 4.9 Patentkonvensjonen

På bakgrunn av St.prp.nr.53(2006-2007) ga Stortinget samtykke til norsk tilslutning til Den europeiske patentkonvensjon fra 1973, med endringer fra 2000. Med konvensjonen etableres et europeisk patentsystem, gjennom organisasjonen Den europeiske patentorganisasjon (EPO) og Det europeiske patentverk. Hos Det europeiske patentverket kan patentsøkere fra alle stater, det vil si både fra konvensjonsstater og andre stater, oppnå patentbeskyttelse i de statene som er tilsluttet konvensjonen.

Konvensjonen innebærer overføring av forvaltningsmyndighet. Det europeiske patentverkets prøving av patentsøknader og meddelelse av patenter skal ha direkte virkning i Norge. Konvensjonen er likevel ikke til hinder for at et patent meddelt av Det europeiske patentverket i ettertid blir kjent ugyldig av norske forvaltningsmyndigheter (Patentstyret) og norske domstoler, fordi de er i strid med norske materielle patentregler. Konvensjonen er heller ikke til hinder for at norske myndigheter også kan utstede patenter, muligheten for å få patent utstedt av Det europeiske patentverket gjelder som alternativ.

Konvensjonen innebærer også en viss overføring av lovgivningsmyndighet til EPOs Forvaltningsråd til å foreta visse endringer i konvensjonen. Norge vil ha en stemme i Forvaltningsrådet og kan blokkere slike vedtak.<sup>334</sup>

Regjeringen la i proposisjonen til grunn at myndighetsoverføringen ikke krevde vedtak etter § 93.<sup>335</sup> Kriteriet ”lite inngripende” brukes ikke. Regjeringen viser til en ikke navngitt utredning fra 1990, hvor det visstnok fremgår at samtykke etter § 26 annet ledd var tilstrekkelig. Det vises til at myndighetsoverføringen gjennom endringer av konvensjonen har blitt mer omfattende enn den var i 1990, men ikke i så vesentlig grad at §

---

<sup>334</sup> St.prp.nr.53(2006-2007) side 33. Se også Lovavdelingens interne notat 14.2.90 side 65.

<sup>335</sup> St.prp.nr.53(2006-2007) side 33.

93-vedtak er nødvendig. Utredningen Regjeringen viste til var antakelig et internt notat fra Lovavdelingen av 14. februar 1990.<sup>336</sup>

Stortinget ga sitt samtykke til patentkonvensjonen, med 96 mot 7 stemmer. Kristelig Folkeparti var det eneste partiet som stemte mot. I næringskomiteens innstilling la et flertall bestående av Arbeiderpartiet, Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti ”avgjørende vekt” på at det ved norsk medlemskap ville være mulig å sette til side EPO-patenter gjennom norsk forvaltnings- og domstolskontroll.<sup>337</sup>

Uttalelsen reflekterer et gjennomtenkt syn på at Norge overfører myndighet med hjemmel i § 26 annet ledd, og ikke § 93.

#### 4.10 Investeringstraktater

Jeg har hatt tilgang til tre uttalelser hvor Lovavdelingen har vurdert investeringstraktater. Lovavdelingen har her vurdert hvordan ulike traktatforslag står seg mot Grunnloven.

I lys av den prinsipielle og grundige vurderingen fra 2002, er de to uttalelsene fra 1993<sup>338</sup> og 1995<sup>339</sup> i dag av mindre interesse. Mange av synspunktene i disse to ble fraveket eller utdypet i 2002-uttalelsen.<sup>340</sup>

Bakgrunnen for 1993-uttalelsen var at Norge var i forhandlinger om en basisavtale under det europeiske energicharter, og i forhandlinger med Russland om en bilateral

---

<sup>336</sup> Utredningen er trykt som vedlegg i en interdepartemental arbeidsgrupperapport i forbindelse med norsk tilslutning til Den europeiske patentkonvensjon, 21. juni 2005. Rapporten finnes i en link på Regjeringens hjemmeside: [http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/rapporter\\_planer/rapporter/2005/den-europeiske-patentkonvensjonen---arbe.html?id=106455](http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/rapporter_planer/rapporter/2005/den-europeiske-patentkonvensjonen---arbe.html?id=106455) [28. mai 2010] Arbeidsgruppen bestod av representanter fra Nærings- og handelsdepartementet, Utenriksdepartementet, Justisdepartementet og Patentstyret. På Regjeringens hjemmeside står det at rapporten ”belyser konsekvenser av en eventuell tiltredelse til Den europeiske patentkonvensjonen (EPC) og Den europeiske patentorganisasjonen.”

<sup>337</sup> Innst.S.nr.253(2006-2007) side 9.

<sup>338</sup> Snr.798/93E. *Voldgift mellom stater og private investorer*. Brev til Utenriksdepartementet 10. mai 1993.

<sup>339</sup> Snr.95/91E. *Det europeiske energicharter – visse spørsmål av betydning for norsk undertegning*. Brev til Utenriksdepartementet 28. mars 1995.

<sup>340</sup> JDLOV-1997-5405. *Voldgiftsklausuler i bilaterale investeringsbeskyttelsesavtaler - Konstitusjonelle spørsmål*.

investeringsavtale. Traktatforslagene inneholdt klausuler om at investoren kunne gå til sak mot vertsstaten under ICSID-konvensjonen for å få prøvd om materielle beskyttelsesregler var brutt i vertsstatens myndighetsvedtak. Lovavdelingen fant at voldgiftsdomstolens avgjørelser skulle ha direkte virkning i Norge og vurderte dermed om myndighetsoverføringen var ”lite inngripende”. Lovavdelingen konkluderte med ”lite inngripende”.<sup>341</sup>

Uttalelsen fra 1995 gjaldt også det europeiske energicharter. Denne gangen var det ikke et traktatutkast som skulle vurderes, men den ferdige traktaten, som det var spørsmål om Norge skulle slutte seg til. Traktaten ga den private investor rett til å bringe tvister om brudd på materielle beskyttelsesregler inn for voldgift etter ICSID-konvensjonen, eller etter UNCITRAL-reglene for voldgift. Investor ville etter bestemmelsen alltid kunne velge voldgift fremfor behandling ved nasjonale domstoler.

I motsetning til i 1993-uttalsesen kom Lovavdelingen her til at voldgiftsrettens avgjørelse ikke skulle ha direkte virkning.<sup>342</sup> Det var derfor ingen myndighetsoverføring å vurdere ”lite inngripende”-kriteriet opp mot.<sup>343</sup> Imidlertid understreket Lovavdelingen at den etter forrige brev hadde fått klarere for seg ”hvilke viktige norske samfunnsinteresser som kan stå på spill, og hvilken usikkerhet som kan råde om resultatet.”<sup>344</sup> Den påpekte at dette måtte ha betydning i forholdet til § 93 dersom traktaten skulle innebære myndighetsoverføring.

Slik sett leder uttalelsen frem til den prinsipielle vurderingen fra 2002, hvor Lovavdelingen kom til at flere mulige forslag til voldgiftsklausuler burde anses ”inngripende”. Hvordan voldgiftsklausulen er utformet kan ha stor betydning for om myndighetsoverføringen er ”lite inngripende”. Det sentrale spørsmålet om utforming av investeringstraktater er hva slags kompetanse voldgiftsretten skal ha.

Formålet med tvisteløsningsprosedyrene etter investeringstraktater er at voldgiftsretten skal kunne avgjøre tvister mellom investoren og vertsstaten, både rent

---

<sup>341</sup> Snr.798/93E. side 9.

<sup>342</sup> Snr.95/91E side 6.

<sup>343</sup> Ibid. side 10.

<sup>344</sup> L.c.

kontraktsrettslige tvister og prøving av myndighetsvedtak. I et konstitusjonelt perspektiv er ikke prøving av kontraktsrettslige tvister problematiske.<sup>345</sup> Prøving av myndighetsvedtak reiser derimot konstitusjonelle spørsmål: For det første hvilke *krav* voldgiftsretten skal kunne avgjøre – enten ugyldighetskrav, erstatningskrav eller fastsettelsesdom. For det andre *hvilke rettsregler* voldgiftsretten skal kunne ta stilling til for å avgjøre kravet – enten norsk rett eller folkerettslige regler. For det tredje reises spørsmål om traktatens saklige anvendelsesområde, herunder om staten uhindret av investorens vern skal kunne iverksette tiltak som griper inn i hans rettsstilling, og om det er visse sektorer som overhodet reguleres av traktaten.

## 5 Den skjønsmessige helhetsvurderingen

Spørsmålet er nå hvordan grensen i praksis har blitt trukket mellom ”inngrepene” og ”lite inngrepene”. Både i samtykkeproposisjoner og i Lovavdelingens uttalelser gis det undertiden generelle anvisninger på hvordan grensen skal trekkes mellom ”inngrepene” og ”lite inngrepene.” I samtykkeproposisjonen til EØS-avtalen uttaler regjeringen generelt: ”Kriteriet ”lite inngrepene” gir anvisning på en skjønsmessig helhetsvurdering, der det ikke er mulig å gi en uttømmende oppregning en gang for alle av de hensyn som kan ha betydning ved vurderingen.”<sup>346</sup> Lovavdelingen har i enkelte uttalelser sagt at det i vurderingen står sentralt om myndighetsoverføringen skjer i ”kjernen” av kompetansebestemmelsene.<sup>347</sup> Lovavdelingen pleier dessuten å liste opp en rekke momenter.<sup>348</sup>

---

<sup>345</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 6.2.1.

<sup>346</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 342.

<sup>347</sup> JDLOV-2008-3772 punkt 2 og JDLOV-2007-4058a punkt 3.

<sup>348</sup> JDLOV-2009-7963 punkt 2.1 gir en fylldig liste.

Undersøkelsen av helhetsvurderingen må likevel ta utgangspunkt i subsumsjonen i den konkrete praksis som jeg i forrige kapittel ga en oversikt over. Ved å få frem hvilke momenter som har blitt tillagt vekt i praksis, kan man forutsi hva som vil ha vekt i fremtiden. Man vil også kunne si noe om hva slags rettstenkning og argumentasjon som preger vurderingen, og dermed gjøre den til gjenstand for rettspolitisk kritikk.

### 5.1 Ulik terskel for ulik myndighetsoverføring?

Det har i teorien ofte blitt hevdet at det er ulike terskler for når overføring av lovgivende, utøvende og dømmende myndighet må anses ”inngripende”. Særlig er det blitt påpekt at det skal mindre til for at overføring av lovgivende myndighet er ”inngripende” enn for dømmende og utøvende. Fleischer skriver at ”på lovgivningens område skal det trolig nokså lite til”,<sup>349</sup> mens han om overføring av utøvende myndighet sier at ”her kan man nok fremdeles gå meget langt uten at Stortingets samtykke må gis med 3/4 flertall”.<sup>350</sup> Liknende uttalelser finnes hos både Hiorthøy, Backer og Sejersted.<sup>351</sup>

Lovgivning innebærer å gi *generelle* regler, til forskjell fra å anvende allerede eksisterende regler. Lovgivning setter således premissene for et samfunn på en mer grunnleggende måte enn forvaltende og dømmende myndighetsutøvelse. Av den grunn er lovgivning særlig viktig for en stats suverenitet.<sup>352</sup>

Å overføre dømmende eller utøvende myndighet til å ta stilling til svært skjønsmessige regler, vil i praksis kunne fungere som utøvelse av lovgivningsmyndighet. I Lovavdelingens første uttalelse om investeringstraktater heter det:

”Generelt må det kunne sies at overføring av dømmende myndighet på mange måter er mindre inngripende enn overføring av lovgivende myndighet eller forvaltningsmyndighet. En domstol skal i utgangspunktet bare ta stilling til innholdet i de forpliktelsene staten selv har påtatt seg, ikke skape nye

---

<sup>349</sup> Fleischer 1963 side 90.

<sup>350</sup> Ibid. side 91.

<sup>351</sup> Hiorthøy 1952 side 53-54, Backer side 49 og Sejersted 1999 side 27.

<sup>352</sup> St.meld.nr.89(1951) side 48.

forpliktelser. Dette synspunktet svekkes selvsagt i den grad det regelverk som det skal dømmes etter, åpner for et nokså fritt skjønn i grenselandet mellom ”jus” og ”politikk” i tradisjonell forstand”.<sup>353</sup>

Hos Backer heter det:

”Stortingets lovgivende myndighet kan også bli begrenset ved avgjørelser av internasjonale domstoler. Det vil riktignok skje på grunnlag av anvendelse av de internasjonale regler som vi allerede har akseptert gjennom tilslutning eller deltakelse. Men jo mer generelle og prinsipielle disse reglene er, desto større armslag vil en domstol få. Kombinert med en fri tolkingsstil – en dynamisk fortolkning – vil dette reelt kunne legge nye bånd på Stortingets lovgivende myndighet.”<sup>354</sup>

Dette tilsier at man ikke rent mekanisk bør anvende ulike terskler for lovgivende, utøvende og dømmende myndighet. Man bør se hvilken myndighet overføringen reelt vil være et inngrep i.

Flere av myndighetsoverføringene Lovavdelingen har vurdert er overføring av utøvende og dømmende myndighet til å ta stilling til svært skjønnsmessige bestemmelser. Men overføring av ren lovgivende myndighet har i liten grad aktualisert seg.

## 5.2 Myndighetsoverføringens omfang

Myndighetsoverføringens omfang kan på den ene siden sikte til hvor mye det eksterne organet kan bestemme innenfor et retts- eller samfunnsområde, på den annen side hvor mange retts- eller samfunnsområder det eksterne organet får kompetanse på.

Myndighetsoverføringens omfang handler om dens *kvantitet*.

Stortinget er forpliktet til å ta hensyn til myndighetsoverføringens omfang også hvis det vil overføre myndighet etter § 93, jfr. uttrykket ”saklig begrenset område”. Men Stortinget kan med hjemmel i § 93 trolig overføre myndighet av større omfang enn det kan gjøre etter § 26 annet ledd. Det er ikke uten videre klart hva som ligger i ”saklig begrenset område”. I juridisk teori har det hovedsakelig blitt oppstilt to tolkningsalternativer: Enten at

---

<sup>353</sup> Snr. 798/93E, side 8.

<sup>354</sup> Backer side 48-49.



myndighetsoverføringen er positivt avgrenset til angitte områder, eller at det også er krav til omfang og bredde uavhengig av om hva som er angitt i traktaten.<sup>355</sup> Sistnevnte tolkning er restriktiv, mens førstnevnte er liberal i den forstand at kriteriet ”saklig begrenset område” ikke setter skranker utover hva som positivt kan angis. I ”lite inngripende”-vurderingene har ikke disse to tolkningsalternativene blitt diskutert på et prinsipielt plan. Det har både blitt lagt vekt på om myndighetsoverføringen er positivt avgrenset, og om myndighetsoverføringen rent kvantitativt er begrenset.

Ideen om at en viss myndighet kan overføres etter § 26 annet ledd, er utviklet med det begrensede omfang som overføringens viktigste kjennetegn.<sup>356</sup> Også i nyere konstitusjonell praksis er myndighetsoverføringens omfang trukket frem som et avgjørende moment: ”Det må heller *ikke* dreie seg om *overføring av myndighet i alt for omfattende grad*. Ved overføring av kompetanse til å utøve myndighet med direkte virkning i Norge, er dette helt avgjørende for om § 26 annet ledd eller § 93 må brukes.”<sup>357</sup>

Det er altså på det rene at myndighet som skal overføres etter § 26 annet ledd må ha et begrenset omfang. Et spørsmål er likevel hvilket omfang som har blitt ansett ”begrenset” i praksis. Et annet spørsmål er hvilken vekt momentet har blitt tillagt.

### 5.2.1 EØS-samarbeidet

I Lovavdelingens vurdering av bøtekompetansen i elektrisitetshandelsforordningen trekkes det frem at forordningens virkeområde bare gjelder en bestemt bransje, mens de alminnelige konkurransereglene i EØS-avtalen har et helt generelt virkefelt.<sup>358</sup>

Bøtekompetansen i EØS-avtalen ble ansett ”inngripende”, mens den i elektrisitetshandelsforordningen ble ansett ”lite inngripende”. Momentet trakk nok i retning

---

<sup>355</sup> Graver 2005 side 291 med videre henvisninger til juridisk teori.

<sup>356</sup> Avsnitt 3.2.

<sup>357</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 34.

<sup>358</sup> JDLOV-2004-5639 punkt 3.3.

av myndighetsoverføringen var ”lite inngripende”, men det avgjørende var at ESAs vedtaksmyndighet i saken var subsidiær.<sup>359</sup>

I samme uttalelse peker Lovavdelingen på at ordningen med bøtekompetanse kan sees på som et ”tilbygg” til det konkurranserettslige regelverket i EØS-avtalen, som Stortinget allerede hadde samtykket til etter § 93.<sup>360</sup> I uttalelsen om revidert EASA-forordning ser Lovavdelingen ”tilbygg”-begrepet som en motsetning til overføring av ”ny” kompetanse.<sup>361</sup> Synspunktet er at et ”tilbygg” har et mer begrenset omfang enn overføring av ”ny” kompetanse, i og med at tilbygget bygger på en allerede foretatt myndighetsoverføring.

I sistnevnte uttalelse påpekes det at bøtekompetansen myndighetsoverføringen gjaldt, ville være en nyansering av kompetansen til å trekke tilbake driftstillatelse, en kompetanse som allerede var overført, og som normalt ville være mer inngripende for private foretak.<sup>362</sup> Lovavdelingen utelukket likevel ikke at bøter etter omstendighetene kunne være mer inngripende. Men i den grad bøtekompetansen var mindre inngripende enn tilbakekall, mente Lovavdelingen at dette ville være ”et poeng ved grunnlovsvurderingen.”<sup>363</sup> Lovavdelingen fant at myndighetsoverføringen kunne anses ”lite inngripende”, under henvisning til at den gjaldt et begrenset saklig virkeområde og at den ikke var politisk omstridt. Disse momentene hadde større vekt enn at overføring av bøtekompetanse etter sin art var inngripende.

I GMO-uttalelsen kom Lovavdelingen til at myndighetsoverføringen var ”inngripende”. Omfanget var relativt begrenset, men holdt opp mot myndighetsoverføringens art og saksområde var ikke omfanget tilstrekkelig til å gjøre myndighetsoverføringen totalt sett ”lite inngripende”: ”Myndighetsoverføringen(...) gjelder et bestemt og avgrenset område. Den har dermed isolert sett et relativt begrenset omfang. Forordningen regulerer imidlertid et komplekst saksfelt som reiser

---

<sup>359</sup> Se avsnitt 5.5.2.

<sup>360</sup> JDLOV-2004-5639 punkt 3.3.

<sup>361</sup> JDLOV-2009-7963 punkt 2.2.3.

<sup>362</sup> L.c.

<sup>363</sup> L.c.

problemstillinger med betydelig politisk og allmenn interesse.”<sup>364</sup> Dette tyder på at et begrenset omfang har mindre vekt enn et politisk kontroversielt saksområde.<sup>365</sup>

### 5.2.2 Schengen-avtalen

Schengen-avtalen gjaldt overføring av politimyndighet, som det anses særlig viktig at norske myndigheter beholder eneretten over. På den annen side var omfanget begrenset:

”På den ene siden kan det vises til at utøvelse av politimyndighet m.m. berører selve kjernen i det man tradisjonelt har forstått med staters ’suverenitet’. Det at utenlandske polititjenestemenn skal kunne operere i uniform overfor individer i Norge mens de fysisk befinner seg på norsk territorium, kan tale for at det iallfall ikke skal mye til før overføring av slik myndighet må anses for å være av ’inngripende art’.

På den annen side er det her bare begrenset myndighet som overføres. [Det er] i realiteten nokså beskjedent hva utenlandske polititjenestemenn kan gjøre før norske politimyndigheter overtar operasjonen.”<sup>366</sup>

Regjeringen fant at myndighetsoverføringen i Schengen-avtalen var ”lite inngripende”. Det ble nok også lagt betydelig vekt på at myndighetsoverføringen var gjensidig. Saken er ikke helt sammenliknbar med GMO-forordningen. Schengen-avtalen gjaldt overføring av politimyndighet, som det i et suverenitetsperspektiv er særlig viktig at norske myndigheter har eneretten på. Men selve handlingene utenlandsk politi kunne utføre var ikke spesielt inngripende. I GMO-forordningen var både saksområdet kontroversielt og arten av de vedtak Kommisjonen kunne fatte, inngripende.

---

<sup>364</sup> JDLOV-2008-3772 punkt 2.

<sup>365</sup> Se avsnitt 5.4.

<sup>366</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 39-40.

### 5.2.3 Investeringstraktater

Sentralt i vurderingen av investeringstraktatene er hvilken risiko det er for at staten kan bli saksøkt av en utenlandsk investor. Jo større omfang investeringstraktaten dekker, jo større risiko vil det være.

Utkastet til investeringstraktater Lovavdelingen vurderte i 2002 skulle dekke enhver type virksomhet knyttet til investeringer, med andre ord kunne tvister oppstå på alle rettsområder som har betydning for økonomisk aktivitet. Lovavdelingen uttalte at investeringstraktatene dermed dekket et større saklig område enn EMDs kompetanse og klart større enn myndighetsoverføringen etter Schengen-avtalen, ”med andre ord svært brede rettsfelter.”<sup>367</sup> Argumentet inngikk i en samlet argumentasjon som munnet ut i tvil om myndigheten kunne overføres etter § 26 annet ledd.<sup>368</sup> Man kan derfor ikke si noe mer konkret om momentet annet enn at det er relevant i vurderingen og at det taler for at myndighetsoverføringen er inngripende.

I investeringstraktater er et alternativ til at den utenlandske investor kan gå til sak mot staten at investor må anmode sin hjemstat om at den skal gå til sak mot staten.<sup>369</sup> Lovavdelingen uttaler at ”risikoen for søksmål er mye større når private investorer har en selvstendig rett til å reise sak. De konstitusjonelle betenkelighetene er følgelig sterkere når voldgiftsklausulen omfatter private investorer, enn når bare statene kan reise sak.”<sup>370</sup>

### 5.3 Myndighetsoverføringens art

Med myndighetsoverføringens art sikter jeg til *kvalitative* sider ved myndighetsoverføringen. For det første til hva slags avgjørelser det eksterne organet kan fatte. Skal det for eksempel kunne ilegge norske foretak bøter eller avsi dom for at norske myndighetsvedtak er ugyldige? For det andre sikter jeg til hva slags bestemmelser

---

<sup>367</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.3.

<sup>368</sup> L.c.

<sup>369</sup> Se avsnitt 1.4.3.

<sup>370</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 4.1.

avgjørelsen skal baseres på. Hvor skjønnsmessig er bestemmelsene? Og skal det eksterne organ kunne ta stilling til hva som følger av norsk rett eller bare folkerettslige forpliktelser?

### 5.3.1 Vedtak overfor borgerne og foretak

EØS-avtalen inneholder en rekke mindre myndighetsoverføringer. Overføringen som nødvendiggjorde § 93-vedtak var overføring av kompetanse til å fatte bøtevedtak. Også i senere uttalelser av Lovavdelingen har bøtekompetansen stått sentralt. Bøtevedtak har i utgangspunktet både rettskraft og tvangskraft. I samtykkeproposisjonen til EØS-avtalen var det bare tvangskraftvirkningen som gjorde bøtekompetansen ”inngripende”.<sup>371</sup> At bøtene bare fikk rettskraft i Norge var ”lite inngripende”. Når senere uttalelser viser til regjeringens vurdering av bøtekompetansen må det derfor legges til grunn at det er tvangskraften som utgjør et problem, ikke rettskraften.

I uttalelsen om revidert EASA-forordning sier Lovavdelingen at bøter og tvangsmulkt ”må karakteriseres som inngripende overfor de rettssubjektene vedtaket rettes mot.”<sup>372</sup> Selv om bøtene ikke kan karakteriseres som ”criminal law nature”, kan de bli betraktet som straffesanksjon i andre sammenhenger, for eksempel under EMK.<sup>373</sup> Hvor inngripende en bot er for den enkelte kommer også an på størrelse på boten. I forbindelse med EØS-avtalen blir ikke botens størrelse vurdert opp mot kriteriet ”lite inngripende”. I uttalelsen om elektrisitetshandelsforordningen blir det diskutert. Det påpekes der at bøtene kan nå opp i ”betydelige beløp – én prosent av årlig omsetning”, men at dette likevel var lavere enn bøtene som kunne bli ilagt etter de alminnelige konkurransereglene i EØS-avtalen, som kunne komme opp i ti prosent av årlig omsetning.<sup>374</sup> I den reviderte EASA-forordningen er bøterammen begrenset oppad til fire prosent av overtrederens årlige

---

<sup>371</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 346.

<sup>372</sup> JDLOV-2009-7963 punkt 2.2.2.

<sup>373</sup> L.c.

<sup>374</sup> JDLOV-2004-5639 punkt 3.3.

omsetning. Lovavdelingen viste til elektrisitetshandelsforordningen og konstaterte at dette trakk i retning av at myndighetsoverføringen var ”inngripende”.<sup>375</sup>

### 5.3.2 Vedtak som retter seg mot staten

Ikke all myndighetsoverføring gir det eksterne organet kompetanse til å fatte vedtak med direkte virkning for norske borgere og foretak. Investeringsstraktatene innebærer myndighetsoverføring der den direkte virkningen først og fremst retter seg mot staten og en utenlandsk investor. Det er utelukkende hensynet til staten som blir tillagt vekt, ikke hensynet til den utenlandske investor. Myndighet overføres til en voldgiftsdomstol for at denne skal kunne prøve myndighetsvedtak. Dette kan skje enten gjennom ugyldighetsdom, erstatningsdom eller fastsettelsesdom. Avgjørelsene skal ha direkte virkning.

#### 5.3.2.1 Ugyldighet

Dom for ugyldighet med direkte virkning opphever myndighetsvedtaket. Staten blir dermed direkte internrettslig forpliktet. Voldgiftsretten kan avsi ugyldighetsdom med direkte virkning enten ved at den blir gitt kompetanse til å ta stilling til hva som følger av norsk rett, eller at dens avgjørelse – basert på de folkerettslige regler – er sikret forrang i norsk rett. Lovavdelingen uttaler om dette: ”Konstitusjonelt vil det ikke være akseptabelt at bindende domstolskontroll med Stortingets og forvaltningens vedtak på viktige rettsområder utøves av andre enn norske domstoler.”<sup>376</sup>

Begrunnelsen kan forankres i tre argumenter, og Lovavdelingen forutsetter at voldgiftsdomstolen skal kunne ta stilling til hva som følger av norsk rett. For det første viser Lovavdelingen til viktigheten av at avgjørelsene blir rettsriktige: ”En forsvarlig utøving av prøvingsretten krever dyptgående kunnskap om det norske rettsystemet og

---

<sup>375</sup> JDLOV-2009-7963 punkt 2.2.2.

<sup>376</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.2.1.

tradisjonene det bygger på. En *ad hoc* voldgiftsrett kan ikke forutsettes å ha denne kunnskapen.<sup>377</sup>

For det andre viser Lovavdelingen til hensynet til likhet og ensartethet i rettsanvendelsen og rettsstilstanden:

”Prinsippet om at domsmyndighet her i landet skal utøves innenfor det norske domstolssystemet, legger til rette for at rettsanvendelsen og rettsstilstanden kan bli mest mulig ensartet. Ankeadgangen til Høyesterett etter Grunnloven § 88 første ledd spiller her en viktig rolle. Behovet for likhet og ensartethet gjør seg særlig tungt gjeldende ved myndighetsvedtak.

Hensynet til likhet og ensartethet kan vanskelig ivaretas når domsmyndigheten utøves av en *ad hoc* voldgiftsrett.<sup>378</sup>

For det tredje viser Lovavdelingen til at norske myndigheter kan bli nødt til å endre norsk lov og forvaltningspraksis:

”Hvis en voldgiftsrett kommer til at et norsk myndighetsvedtak er i strid med norsk rett, kan det bli nødvendig å endre både norsk lov og forvaltningspraksis. Behovet for slike endringer kan i prinsippet oppstå på alle de rettsområdene som investoravtalen dekker, dvs. på alle rettsområder som har betydning for økonomisk aktivitet her i landet. Enkeltavgjørelser kan med dette få stor betydning for både stat og borgere.<sup>379</sup>

Alvik og Dolva mener en slik myndighetsoverføring griper inn i ”kjerneområdet av domstolenes virksomhet og konstitusjonelle rolle”,<sup>380</sup> og konkluderer som Lovavdelingen med at ”en slik formell adgang til å overprøve norske myndigheter reiser klare betenkeligheter i forhold til Grl. § 88”.<sup>381</sup>

---

<sup>377</sup> L.c.

<sup>378</sup> L.c.

<sup>379</sup> L.c.

<sup>380</sup> Alvik og Dolva side 11.

<sup>381</sup> L.c.

### 5.3.2.2 Erstatning

Et alternativ til ugyldighet er at voldgiftsretten får myndighet til å avsi erstatningsdom med direkte virkning, enten fordi det underliggende vedtak er i strid med norsk rett, eller fordi det er i strid med folkeretten. Det rettsstridige ved det underliggende vedtaket vil bare være prejudisielt avgjort. Vedtaket vil ikke bli satt til side og norske myndigheter vil ikke ha plikt til å oppheve det.

Både Lovavdelingen og Alvik og Dolva har vurdert grunnlovsmessigheten av å overføre myndighet til å avsi erstatningsdom, men de har ulik tilnærming. Lovavdelingen mener en slik myndighetsoverføring vil være mindre omfattende enn kompetanse til å sette myndighetsvedtak til side,<sup>382</sup> men konstaterer at den likevel vil ha stor *reell* betydning, og at det derfor ikke er sikkert at den kan inngås etter § 26 annet ledd.<sup>383</sup> Lovavdelingens reelle motargumenter handler blant annet om at voldgiftsdomstolen får kompetanse i svært mange tvister og at det kan bli behov for å endre norsk lov og forvaltningspraksis.<sup>384</sup>

Alvik og Dolva erkjenner den reelle betydningen, men mener den formelle forskjellen mellom erstatning basert på folkerettslige regler og ugyldighet basert på norske regler må være avgjørende.<sup>385</sup> De fremhever at en erstatningsdom basert på brudd på folkeretten, ikke vil gi Norge en formell plikt til å oppheve et myndighetsvedtak.<sup>386</sup> De trekker dessuten frem et argument som Lovavdelingen legger mindre vekt på, nemlig at Norge tidligere har akseptert internasjonale domstolsordninger som har hatt stor betydning i norsk rett, selv om disse bare har folkerettslig virkning.<sup>387</sup>

---

<sup>382</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 6.2.2.

<sup>383</sup> Ibid. punkt 7.4.1 og 7.4.2.

<sup>384</sup> Se avsnitt 5.5.

<sup>385</sup> Alvik og Dolva side 12 og 13.

<sup>386</sup> Ibid. side 12.

<sup>387</sup> Ibid. side 12.



### 5.3.2.3 Fastsettelsesdom

Et alternativ er at voldgiftsdomstolen får kompetanse til å avsi fastsettelsesdom for hva som følger av de folkerettslige regler, uten å kunne avsi dom for følgen, ugyldighet eller erstatning. En fastsettelsesdom med direkte virkning vil i svært liten grad skille seg fra om den skulle ha folkerettslig virkning. En fastsettelsesdom innebærer nettopp en fastleggelse av hva som følger av de folkerettslige regler. Investoren kan ikke utlede noen rettighet av dommen. Det er fortsatt norsk intern rett som gjelder, og ved motstrid mellom norsk rett og fastsettelsesdommen vil det følge av det dualistiske prinsipp og høyesterettspraksis at norsk rett går foran.<sup>388</sup> Den eneste forskjellen består i at Høyesterett kan uttale seg dersom dommen skal ha folkerettslig virkning.<sup>389</sup> Lovavdelingen mener overføring av slik myndighet er ”mindre inngripende” enn alternativene,<sup>390</sup> men er likevel i tvil om § 26 annet ledd kan brukes.<sup>391</sup>

### 5.3.2.4 Betydningen av at dommene skal ha direkte virkning

Ettersom det betyr svært lite om en fastsettelsesdom skal ha folkerettslig eller direkte virkning, mener Lovavdelingen at skillet har begrenset vekt ved spørsmålet om § 26 annet ledd kan brukes.<sup>392</sup> Alvik og Dolva mener at den direkte virkningen av dommene ”ikke i seg selv kan anses særlig problematisk” i forholdet til Grunnloven.<sup>393</sup> De begrunner det med at den direkte virkningen er rettet mot staten og at presumsjonsprinsippet derfor gjør skillet mellom folkerettslig og direkte virkning svært liten. Legalitetsprinsippet til beskyttelse av borgerne vil heller ikke spille inn.

Men som vi har sett har skillet mellom folkerettslig og direkte virkning ellers blitt ansett avgjørende for om § 26 eller § 93 skal benyttes, uten hensyn til de reelle forskjellene.

---

<sup>388</sup> Rt-1997-580 side 593.

<sup>389</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.4.

<sup>390</sup> Ibid. punkt 6.3.3.

<sup>391</sup> Ibid. punkt 7.3.5.

<sup>392</sup> Ibid. punkt 7.3.4.

<sup>393</sup> Alvik og Dolva side 9.

Lovavdelingen og Alvik og Dolva ser i disse uttalelsene til å gå bort fra en slik formalistisk bruk av kriteriet. Dette reiser spørsmål om hvilken funksjon kriteriet egentlig skal ha når direkte virkende vedtak er rettet mot staten. Det er imidlertid ikke anledning til å gå nærmere inn på denne problemstillingen her.

### 5.3.3 Skjønnsmessige avveininger eller regelstyrt rettsanvendelse

Å gi det eksterne organet myndighet til å fatte vedtak basert på skjønnsmessige bestemmelser, vil gjøre det vanskeligere å forutsi hva avgjørelsene vil gå ut på. Norske myndigheter risikerer at det eksterne organet fatter andre avgjørelser enn hva norske myndigheter ville ha gjort. Jo mer skjønnsmessig bestemmelsene er, jo mer ”inngripende” vil derfor myndighetsoverføringen være. Sterkt regelstyrt rettsanvendelse vil være å foretrekke. Jo mindre skjønn, jo mindre ”inngripende”.

Den reviderte EASA-forordningen innebærer at det eksterne organet kan ilegge norske foretak bøter basert på skjønnsmessige vurderinger av overtrederens skyld. Denne vurderingen vil få betydning både for *om* foretaket skal ilegges bot og *hvor streng* reaksjonen skal være. Ifølge Lovavdelingen trakk dette i retning av at myndighetsoverføringen var ”inngripende”.<sup>394</sup>

Det islandske utkastet til tilpasningstekst til REACH-forordningen innebar at et stoff som opprinnelig var forbudt likevel kunne godkjennes av ESA dersom de var ”tilstrækkelig kontrollert”, eller dersom ”det [kunne] påvises, at de socioøkonomiske fordele opvejer de risici for menneskers sundhed eller miljøet, der følger af anvendelsen af stoffet, og hvis der ikke findes passende alternative stoffer eller teknologier.”<sup>395</sup> Under førstnevnte vurderingstema stod farepotensialet sentralt. Under sistnevnte skulle det avveies mellom nyttehensyn og miljø- og helsehensyn. Lovavdelingen påpeker at det i begge tilfeller skal foretas skjønnsmessige avveininger hvor de overnasjonale organene kan komme til andre resultater enn norske myndigheter:

---

<sup>394</sup> JDLOV-2009-7963 punkt 2.2.2.

<sup>395</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 2.1.

”Etter begge vurderingstemaene nevnt ovenfor vil hvilket beskyttelsesnivå som er ønskelig, kunne variere mellom de ulike medlemsstatene. Det kan også tenkes å oppstå situasjoner hvor norske myndigheter vurderer risikoen annerledes enn Kommisjonen eller ESA og ønsker en mer tilbakeholden bruk av godkjenninger(...)”<sup>396</sup>

Momentet ble tillagt betydelig vekt.

I samtykkeproposisjonen til EASA-forordningen påpeker regjeringen at ”regelverket er av svært teknisk karakter og etterlater lite rom for skjønn. Tekniske og vitenskapelige vurderinger ligger til grunn for om typegodkjennelse blir gitt, og vurderingene fordrer høy grad av teknisk ekspertise.”<sup>397</sup> Dette talte for at myndighetsoverføringen var ”lite inngripende”. Sitatet illustrerer også at rommet for skjønnsmessige avveininger må sees i sammenheng med hva det skal skjønnes over. Teknisk-faglige vurderinger står i en annen stilling enn avveininger mellom mer allmenne hensyn, for eksempel hensynet til nytte, helse og miljø.

De materielle standardene i investeringstraktatene er svært skjønnsmessige.<sup>398</sup> Lovavdelingen mener derfor det kan være usikkert hva avgjørelsene vil komme til å gå ut på.<sup>399</sup> Dette må sees i sammenheng med hvilket virkeområde investeringstraktatene skal ha. Utkastet Lovavdelingen vurderte i 2002 skulle dekke enhver type virksomhet knyttet til investeringer, med andre ord på alle rettsområder som har betydning for økonomisk aktivitet. Denne kombinasjonen vil gi stor usikkerhet.

#### 5.3.4 Norsk intern rett kontra folkerett

EU/EFTA-organer har aldri fått overført myndighet til å ta stilling til hva som følger av norsk rett, bare folkerettslige regler Norge er forpliktet overfor.

Problemstillingen dukker opp i forbindelse med investeringstraktater, hvor poenget nettopp er at en voldgiftsdomstol skal prøve et norsk myndighetsvedtak. For en utenlandsk

---

<sup>396</sup> L.c.

<sup>397</sup> St.prp.nr.44(2004-2005) side 6.

<sup>398</sup> Se avsnitt 1.4.2.

<sup>399</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.3.

investor vil det være en fordel om voldgiftsdomstolen kan avsi dom for ugyldighet med direkte virkning basert på at norsk intern rett er brutt. Da vil ikke norske myndigheter kunne legge til grunn norske regler og vise til at disse har forrang fremfor folkeretten. Dette vil norske myndigheter kunne gjøre dersom voldgiftsdomstolen bare skal kunne ta stilling til de folkerettslige forpliktelsene. Om voldgiftsdomstolen skal kunne ta stilling til norsk rett eller bare folkerett, er knyttet til hva slags dom den skal ha kompetanse til å avsi. Dersom voldgiftsdomstolen skal kunne avsi dom for ugyldighet, er det mest praktisk at den kan ta stilling til hva som følger av norsk rett. Dersom voldgiftsdomstolen bare skal kunne avsi fastsettelsesdom eller dom for erstatning, vil det være tilstrekkelig at den bare skal kunne ta stilling til hva som følger av folkeretten. Med ”folkerett” sikter jeg først og fremst til de materielle forpliktelsene i investeringstraktatene.<sup>400</sup>

Lovavdelingen har ment det er mindre inngripende at voldgiftsdomstolen skal kunne ta stilling til folkeretten enn hva som følger av norsk rett.<sup>401</sup> Alvik og Dolva uttaler seg på liknende måte.<sup>402</sup> Disse understreker annetsteds at norske domstoler ikke har den ”samme særlige autoritet og konstitusjonelle rolle i forhold til folkeretten som til tolkning av norske lover og rettsregler.”<sup>403</sup> Å fatte rettsriktige avgjørelser etter norsk rett forutsetter kunnskap om det norske rettssystemet. Hensynet til likhet og ensartethet i rettsanvendelsen og rettstilstanden vil ikke bli ivare tatt dersom voldgiftsdomstolen avsier dommer basert på en annen forståelse enn norske myndigheter og domstoler.

#### 5.4 Saksområdet

Med saksområdet sikter jeg til hvilket samfunnsområde eller rettsområde myndighetsoverføringen skjer på. Lovavdelingen fremhever det ofte som et viktig moment hvorvidt saksområdet reiser samfunnsmessig viktige eller politisk kontroversielle problemstillinger:

---

<sup>400</sup> Se avsnitt 1.4.2.

<sup>401</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 6.3.3.

<sup>402</sup> Alvik og Dolva side 12.

<sup>403</sup> Ibid. side 9.

”Demokratihensyn kan tilsi at overføring av myndighet til å fatte politisk omstridte vedtak bør skje etter en grundig saksbehandling og bred politisk deltakelse, noe som trekker i retning av at Stortingets samtykke bør gis ved kvalifisert flertall etter Grunnloven § 93. Til en viss grad bør imidlertid dette argumentet kunne brukes også med motsatt fortegn, dvs. at kompetanse til å fatte lite omstridte vedtak i større grad bør kunne overføres med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd.”<sup>404</sup>

Saksområdet var også sentralt ved ideen om at en viss myndighetsoverføring kunne inngås etter § 26 annet ledd. Lovavdelingen utelukker i 1950 ikke muligheten for myndighetsoverføring ”på rettsfelter av *mindre sentral* betydning for norske borgeres rettsstilling”,<sup>405</sup> mens Andenæs i forbindelse med vedtakelsen av § 93 ikke utelukker myndighetsoverføring på ”teknisk betonte områder”.<sup>406</sup>

Men også tekniske områder kan reise spørsmål med stor politisk betydning, noe både REACH- og GMO-forordningen er eksempler på. Om REACH-forordningen heter det at myndighetsoverføringen skjer på et ”viktig område av stor allmenn betydning”,<sup>407</sup> ettersom forordningen berører spørsmål av betydning for helse og miljø. Om GMO-forordningen heter det at forordningen regulerer ”et komplekst saksfelt som reiser problemstillinger med betydelig politisk og allmenn interesse”, og at saksfeltet er ”i politisk og faglig utvikling”.<sup>408</sup>

EASA-forordningene handler om flysikkerhet. Lovavdelingen sier om den reviderte EASA-forordningen at ivaretagelse av flysikkerhet er et allment anerkjent formål som det ikke er politisk uenighet om.<sup>409</sup>

Saksområdet må sees i sammenheng med hva slags vedtak det eksterne organet kan fatte. Spørsmålet er om det får kompetanse til å treffe den type vedtak som er samfunnsmessig viktig eller kan fremstå som politisk kontroversielt. Lovavdelingens to

---

<sup>404</sup> JDLOV-2009-7963 punkt 2.2.4.

<sup>405</sup> Sitert fra St.meld.nr.89(1951) side 30. Min kursiv.

<sup>406</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 15.

<sup>407</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 2.1.

<sup>408</sup> JDLOV-2008-3772 punkt 2.

<sup>409</sup> JDLOV-2009-7963 punkt 2.2.4.

uttalelser om REACH-forordningen er illustrerende i så måte. I den første ble det konkludert med ”lite inngripende” og i den andre ”inngripende”. Forskjellen var at utkastet som ble vurdert i den andre uttalelsen, ga det eksterne organet kompetanse til å fatte vedtak som kunne være samfunnsmessig eller politisk viktige. Selve saksområdet var selvsagt det samme.

Også i uttalelsene om investeringstraktater er saksområdet viktig. I uttalelsen fra 1993 sier Lovavdelingen: ”Hva slags type saker den internasjonale domstolen eller voldgiftsretten skal kunne dømme i, må også ha vesentlig betydning. Omfattende og viktige investeringsavtaler mellom staten og et utenlandsk selskap kan nok være økonomisk og politisk viktige for landet”.<sup>410</sup> I den konkrete vurderingen ble ikke dette tillagt avgjørende vekt. I uttalelsen to år senere kom Lovavdelingen riktignok til at traktaten ikke innebar myndighetsoverføring, men påpekte likevel: ”Etter vårt forrige brev har vi fått klarere for oss hvilke viktige norske samfunnsinteresser som kan stå på spill, og hvilken usikkerhet som kan råde om resultatet(...) Dette har betydning for vurderingen i forhold til grunnlovens § 93.”<sup>411</sup> I prinsipputtalelsen i 2002 påpekes det at tvister for voldgiftsdomstolen i prinsippet kan oppstå innenfor ”alle rettsområder som har betydning for økonomisk aktivitet her i landet.”<sup>412</sup>

Alvik og Dolva mener det vil ”være problematisk å overføre domsmyndighet innenfor sentrale områder av norsk jurisdiksjon til en internasjonal domstol.”<sup>413</sup> Slik jeg forstår denne uttalelsen knytter den seg bare til overføring av myndighet til å avsi ugyldighetsdom basert på hva som er norsk rett. Når det gjelder overføring av myndighet til å avsi erstatningsdom basert på folkeretten har de et annet syn enn Lovavdelingen: ”At det her er tale om områder hvor potensielt vesentlige økonomiske eller samfunnsmessige interesser er involvert innebærer klart nok ikke i seg selv at norske domstolers kjernekompetanse etter Grl. §§ 88 og 90 er gått for nær.”<sup>414</sup> De påpeker videre at

---

<sup>410</sup> Snr.798/93E side 9.

<sup>411</sup> Snr.95/91E side 10.

<sup>412</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.3.

<sup>413</sup> Alvik og Dolva side 8.

<sup>414</sup> Ibid. side 9.

investeringstraktater kan ha betydning for norske reguleringsinteresser på viktige områder, som olje- og gassvirksomhet, fiskeripolitikk, alminnelig regulering av hensyn til miljø, helse og arbeidsmiljø,<sup>415</sup> og at enkelte områder derfor bør unntas fra norske investeringstraktaters virkeområde. Men for Alvik og Dolva utgjør ikke disse viktige saksområdene et rettslig moment i grunnlovsvurderingen, men snarere et rent politisk argument: ”Uavhengig av forholdet til Grunnloven er det trolig en forutsetning for å kunne inngå slike avtaler at de ikke i vesentlig grad griper inn i norsk myndighetsutøvelse hvor sentrale offentlige interesser er berørt.”<sup>416</sup>

I sitatet fra Lovavdelingen innledningsvis i dette avsnittet pekes det på at myndighetsoverføringen lettere kan anses ”lite inngripende” dersom det eksterne organet får kompetanse til å fatte lite omstridte vedtak. Man kan også spørre om dette også gjelder dersom myndighetsoverføringen gjelder spesielle formål. Lovavdelingen sammenlikner myndighetsoverføring til voldgiftsdomstoler med myndigheten til FNs sikkerhetsråd, som riktignok er folkerettslig:

”Myndigheten til FNs sikkerhetsråd kan være temmelig inngripende, men er begrunnet i helt særegne hensyn, nærmere bestemt hensynet til å sikre internasjonal fred og sikkerhet. Disse hensynene står etter både sin art og styrke i en annen stilling enn behovet for myndighetsoverføring i den foreliggende saken.”<sup>417</sup>

Man kan stille spørsmålstegn ved om ikke hensynet til spesielle formål bør være et rent politisk argument, og ikke et rettslig argument i en ”lite inngripende”-vurdering. Også om hensynet til internasjonal fred og sikkerhet kan det være politisk uenighet, akkurat som det kan være politisk enighet om investeringstraktater.<sup>418</sup>

---

<sup>415</sup> Ibid. side 14.

<sup>416</sup> L.c.

<sup>417</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.3.

<sup>418</sup> Se nærmere avsnitt 6.4.

## 5.5 Myndighetsoverføringens *reelle* inngrep i norsk suverenitet

Karakteristisk for den rettslige vurderingen av om en myndighetsoverføring er ”lite inngripende” er at det er en *forhånds*vurdering. Myndighet blir overført for fremtiden, og man kan dermed ikke si med sikkerhet hva som blir konsekvensene. Momentene vi hittil har drøftet, det vil si myndighetsoverføringens omfang, art og saksområde, kan man lese ut av traktaten. Disse setter rammene for hvordan det eksterne organet *kan* bruke sin kompetanse. Men om organet overhodet *kommer til å* bruke sin kompetanse og i så fall *hvordan* gir ikke traktatteksten holdepunkter for. Traktatteksten gir heller ikke holdepunkter for hvilke konsekvenser myndighetsoverføringen vil ha i norsk rett og i det norske samfunnet utover utfallet i den enkelte sak. Det kan på den annen side tenkes at myndighetsoverføringen overhodet ikke vil ha konsekvenser – myndighetsoverføringen kan være en formalisering av en allerede etablert faktisk og rettslig situasjon. Disse fire momentene dreier seg alle om hvilket *reelt* inngrep myndighetsoverføringen gjør i norsk suverenitet. Jeg vil derfor kalle disse momentene *reelle*.

### 5.5.1 Sammenlikning med situasjonen før myndighetsoverføringen

Det kan tenkes at myndighetsoverføringen ikke innebærer noen endring i forhold til det som inntil myndighetsoverføringen var den faktiske og rettslige situasjon. Dette var et viktig argument da regjeringen skulle begrunne hvorfor myndighetsoverføringene til EU- og EFTA-organer i EØS-avtalen var ”lite inngripende”.

”(…) det [er] et faktum at norsk næringsliv allerede i dag må forholde seg til at EF anvender sine konkurranseregler overfor norske bedrifter, dersom disse bedriftene engasjerer seg på EFs marked på en slik måte at det kan påvirke handelen mellom EFs medlemsland(…) Dette må sammenholdes med det alminnelig aksepterte synspunkt om at Grunnlovens § 93 ikke kommer til anvendelse på myndighetsoverføringer av lite inngripende karakter. Det kan vanskelig hevdes at en aksept av EF-kommisjonens kompetanse, i den grad den i realiteten knapt går lenger enn å formalisere status quo, er en myndighetsoverføring som er så inngripende at det kreves samtykke etter Grunnlovens § 93.”<sup>419</sup>

---

<sup>419</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 345-346.



Regjeringen mener myndighetsoverføringene ikke vil utgjøre noen praktisk forskjell. Dette er et utpreget *reelt* argument. Men overføring av myndighet til EU- og EFTA-organene til å gi bøter med tvangskraft mente regjeringen var ”inngripende”. Dette på tross av at det ”uansett ikke [ville] by på problemer å tvangsinn drive kravene” mot de norske bedriftene som kunne bli innblandet i slike saker.<sup>420</sup> I stedet har regjeringen en utpreget prinsipiell begrunnelse for at disse myndighetsoverføringene var ”inngripende”: Å gi slike vedtak direkte tvangskraft i Norge, ville ”være nytt i forhold til dagens situasjon”.<sup>421</sup> Regjeringens tilsynelatende vingling mellom reelle og prinsipielle<sup>422</sup> momenter reiser tvil om hvilken vekt de reelle momentene skal ha. Et mulig synspunkt er at momentet er relevant, men at det ikke gis avgjørende vekt dersom myndighetsoverføringen prinsipielt sett er betenkelig. Men regjeringens argumentasjon må trolig også forstås i lys av at EØS-avtalen var en betent politisk sak. Det ville nok være vanskelig å bruke § 26 annet ledd på avtalen, samtidig som man antakelig ønsket å unngå at § 93 fikk generell anvendelse for enhver myndighetsoverføring. Dette kunne skapt presedens for at små myndighetsoverføringer også senere måtte inngås etter § 93. Dersom det først ble åpnet for å bruke § 93 i slike tilfeller, kan man spekulere i om regjeringen fortsatt kunne påberope seg konstitusjonelle skranker i forhandlinger om gunstige tilpasningstekster.

Også ved senere myndighetsoverføringer har det blitt gjort en sammenlikning av situasjonen før og etter. I samtykkeproposisjonen til EASA-forordningen ble det pekt på at Norge i lengre tid hadde stått for en praksis som nå ville bli formalisert gjennom en myndighetsoverføring: ”Det hersker høy grad av internasjonal konsensus på området. Gjennom mangeårig deltakelse i JAA har Norge på frivillig basis, på linje med øvrige JAA-land, rent faktisk akseptert typesertifiseringer gitt av JAA.”<sup>423</sup> Dette talte for at myndighetsoverføringen var ”lite inngripende”.

---

<sup>420</sup> Ibid. side 346.

<sup>421</sup> L.c.

<sup>422</sup> Prinsipiell i betydningen uten hensyn til reelle konsekvenser.

<sup>423</sup> St.prp.nr.44(2004-2005) side 6.

### 5.5.2 Kommer det eksterne organ overhodet til å bruke sin kompetanse?

Selv om et eksternt organ får overført myndighet til å fatte vedtak med direkte virkning i norsk rett, er det ikke sikkert at organet vil benytte seg av sin kompetanse. Grunnene kan være flere, for eksempel har ikke Norge rettssubjekter kompetansen kan bli brukt overfor.

I forbindelse med EØS-avtalen ble det utstedt en erklæring om at Norge ikke ville gi EF-organenes vedtak om tvangsmulkt og bøter tvangskraft på norsk territorium.<sup>424</sup> EF godtok erklæringen i en svarerklæring. Slike erklæringer er politiske og ikke rettslig bindende. Formelt sett vil derfor EF-organenes vedtak ha tvangskraft på norsk territorium. Men reelt sett vil intensjonene i erklæringene antakelig bli fulgt. Regjeringen la til grunn at dette var tilstrekkelig til at myndighetsoverføringen kunne anses ”lite inngripende”.<sup>425</sup>

I samtykkeproposisjonen til EASA-forordningen pekes det på at myndighetsoverføringen ikke vil få stor betydning for Norge. Begrunnelsen er rett og slett at Norge ikke har bedrifter som det eksterne organet kan utstede sertifikater til: ”Den praktiske betydning av denne myndighetsoverføringen er svært begrenset for Norge. Norge har for tiden ikke bedrifter som produserer luftfartøy eller motorer eller propeller til luftfartøy”.<sup>426</sup> Man kan jo likevel tenke seg at det vil etablere seg slike bedrifter i Norge etter hvert. Det ser også ut til å ha skjedd. I uttalelsen om revidert EASA-forordning opplyses det nemlig at EASA har gitt fire sertifikater til norske foretak. Det er ikke mange. Men man kan spørre seg om myndighetsoverføringen ville vært mer inngripende dersom det var et betydelig større antall norske foretak som EASA skulle fatte vedtak overfor. Regjeringens vektlegging av dette momentet i denne saken må nok også sees i lys av at myndighetsoverføringen art ikke var inngripende. I motsatt fall burde regjeringen ha vært mer tilbakeholden med vektleggingen av hvordan den faktiske situasjonen er når myndighetsoverføringen finner sted.

Det kan også tenkes at myndigheten det eksterne organet får overført er *subsidiær*, det vil si at den bare vil bli brukt dersom ikke norske myndigheter først har sørget for å utøve tilsvarende myndighet. Dette var tilfellet i elektrisitetshandelsforordningen, som

---

<sup>424</sup> Se avsnitt 4.3.

<sup>425</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 346.

<sup>426</sup> St.prp.nr.44(2004-2005) side 6.

overførte myndighet til ESA å innhente informasjon og ilegge reaksjoner ved brudd på informasjonsplikten. Forordningen ga norske myndigheter muligheter til selv å innhente informasjon fra foretakene og ilegge reaksjoner. Benyttet norske myndigheter seg av denne muligheten, ville man unngå at ESA fattet vedtak med direkte virkning i Norge. Dette momentet ble avgjørende for Lovavdelingens konklusjon i denne saken.<sup>427</sup> Argumentet er et utpreget *reelt* argument – poenget er at den overførte myndighet rett og slett ikke trenger å bli brukt, dersom norske myndigheter gjør det selv.

Lovavdelingen uttalte samtidig at ”et slikt element i rettskaten synes ikke å ha vært fremme i beskrivelsen av de forhold som utløste krav om stykke etter Grunnloven § 93 i henhold til drøftelsene i St.prp.nr. 100 (1991-92).”<sup>428</sup> Det ser altså ut til at Lovavdelingen her mener at også EØS-avtalen kunne inngås etter § 26 annet ledd. I så fall er det en indikasjon på at reelle argumenter har betydelig vekt i Lovavdelingens argumentasjon.

Når det gjelder investeringstraktatene *kan* voldgiftsdomstolen bruke sin kompetanse på en måte som kan ha stor betydning for norsk suverenitet, likevel noe avhengig av hvordan deres nærmere kompetanse blir definert. Det kan likevel være usikkert om investeringstraktatene overhodet vil bli brukt. Da Lovavdelingen skrev sin uttalelse i 2002 var det inntil da et beskjedent antall søksmål som hadde blitt reist under ICSID-konvensjonen: ”Antallet saker hittil gir imidlertid ikke grunnlag for å si noe om antallet søksmål som kan påregnes i fremtiden. I de senere årene har det vært økende oppmerksomhet om muligheten for voldgift etter konvensjonen, og det årlige antallet saker har økt vesentlig.”<sup>429</sup> Et annet sted i uttalelsen knyttes denne betenkeligheten direkte til den konstitusjonelle vurderingen:

”Utenriksdepartementet og Justisdepartementet har tidligere uttalt at spørsmålet om voldgift har fått en helt annen og reell praktisk betydning enn det hadde tidligere, og at dette har betydning for den konstitusjonelle vurderingen. Med dette siktes det til at voldgiftsklausulen *lettere kan* være konstitusjonelt akseptabel hvis det er lite sannsynlig at den vil bli brukt til å reise saker om myndighetsutøvelse mot Norge (f.eks. fordi det er lite trolig at private foretak i den kontraherende

---

<sup>427</sup> JDLOV-2004-5639 punkt 3.3.

<sup>428</sup> L.c.

<sup>429</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.3.

staten i særlig grad vil investere i Norge). Utviklingen gjør imidlertid at det er vanskelig å foreta sikre vurderinger av hvorvidt voldgiftsordningen vil bli brukt, og som nevnt i punkt 7.3.3 kan man konstatere en økt bruk. Dette gjør at de prinsipielle betenkelighetene knyttet til voldgiftsklausuler får økende vekt.<sup>430</sup>

Alvik og Dolva peker i sin uttalelse fra 2006 på at saksomfanget under investeringstraktater har økt betydelig siden 1999-2000.<sup>431</sup>

Når Alvik og Dolva drøfter overføring av myndighet til en voldgiftsdomstol å kunne ta stilling til norsk rett, påpeker de at de ikke kjenner til eksempler på at en voldgiftsdomstol har funnet å kunne utøve slik kompetanse, i tillegg til at personkretsen som kan påberope seg voldgiftsadgang vil være svært begrenset.<sup>432</sup> ”Dette gir sterk grunn til å betvile at voldgiftsmekanismene i praksis vil være noe inngrep av reelt omfang og betydning i norske domstolers kompetanse.”<sup>433</sup> Likevel vil ikke Alvik og Dolva gi dette reelle argumentet avgjørende vekt. De prinsipielle betenkelighetene blir avgjørende: ”Det må likevel konkluderes med at en slik formell adgang til å overprøve norske myndigheter reiser klare betenkeligheter i forhold til Grl. § 88.”<sup>434</sup>

Alvik og Dolva mener også det er lite sannsynlig at en voldgiftsdomstol vil finne at et norsk myndighetsvedtak er i strid med folkeretten. I så fall antar de at myndighetsvedtaket også vil være i strid med norsk rett.<sup>435</sup> De viser til at Norge har ”en godt utviklet forvaltnings- og rettstradisjon”, som av den grunn som regel vil være i tråd med internasjonale standarder: ”Sannsynligheten for at vanlige norske myndighetshandlinger som er i samsvar med norsk rett skal reise problemer i forhold til internasjonal investeringsstandarder vil dermed i de fleste henseender være marginal.”<sup>436</sup> Dette fremstår som et tilleggsmoment som taler for at det ikke er konstitusjonelt betenkelig å overføre

---

<sup>430</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 8 spørsmål 7-9.

<sup>431</sup> Alvik og Dolva side 3.

<sup>432</sup> Ibid. side 11.

<sup>433</sup> L.c.

<sup>434</sup> L.c.

<sup>435</sup> Ibid. side 11, 15 og 16.

<sup>436</sup> Ibid. side 15.

myndighet til en voldgiftsdomstol å avsi erstatningsdom for at Norge har brutt folkeretten.<sup>437</sup>

Etter min mening fremstår Alvik og Dolvas syn på at norsk rett nesten aldri vil stride mot investeringstraktatenes materielle standarder, som noe naivt. I det store og hele er det nok riktig at norsk rett ivaretar investors interesser like godt som folkeretten. Men det kan oppstå juridiske nyansespørsmål som har stor betydning.

Som nevnt inngås investeringstraktatene i første rekke for at norske investorer skal investere i utviklingsland, ikke omvendt. Det kan derfor være grunn til å tro at få investorer fra utviklingsland vil investere i Norge, og at det derfor vil bli få søksmål. Alvik og Dolva peker på at investeringsavtalene i praksis vil omfatte ”en svært begrenset gruppe”.<sup>438</sup> De sammenlikner med EMK, som vil dekke langt flere. Likevel er det ikke utenkelig at en investor fra en traktatpart vil investere i Norge. Kanskje spesielt aktuelt er det for investorer fra land med overgangsøkonomi, som for eksempel Russland, Kina og Brasil. Til Alvik og Dolvas sammenlikning med EMK, kan man innvende at investeringstraktater gjelder helt andre økonomiske verdier enn EMK.

### 5.5.3 *Hvordan vil det eksterne organ bruke sin kompetanse?*

Dersom det knytter seg usikkerhet til hvordan det eksterne organet vil anvende skjønnsmessige bestemmelser vil myndighetsoverføringen lettere anses ”inngripende”. Lovavdelingens vurdering av REACH-forordningen er illustrerende i så måte.<sup>439</sup> Her pekes det på at det kan oppstå uenighet mellom EU/EFTA-organer og Norge om hva som skal være ønskelig beskyttelsesnivå. Lovavdelingen har imidlertid ikke konkrete holdepunkter for at det faktisk vil oppstå uenighet.

Annerledes med investeringstraktatene. Som nevnt er de materielle beskyttelsesreglene svært skjønnsmessige, hvilket skaper spillerom for voldgiftsdomstolen.

---

<sup>437</sup> Ibid. side 13.

<sup>438</sup> Ibid. side 11, 13 og 16.

<sup>439</sup> Se sitat i avsnitt 5.3.3.

Lovavdelingen peker på visse faktorer som tilsier at beskyttelsesreglene kan bli praktisert på en måte som er uheldig for Norge.<sup>440</sup>

For det første peker Lovavdelingen på at en ad hoc voldgiftsrett kan komme til å ”bruke en ’uventet’ eller ’investor-vennlig’ tolkningsmetode når den skal ta stilling til hvilke forpliktelser Norge har.”<sup>441</sup> Bakgrunnen for en slik antakelse er trolig at voldgift er utviklet for å løse privatrettslige tvister, og at en voldgiftsdomstol kan komme til å bygge på kontraktssynspunkter.<sup>442</sup> I tvister om offentlig myndighetsutøvelse står flere og bredere interesser på spill enn statens privatrettslige interesser. Det kan være uheldig om voldgiftsdomstolen ser på staten og investoren som to likeverdige medkontrahenter. Det hevdes dessuten at voldgiftsdommere rekrutteres fra et snevert, forretningsjuridisk miljø, at de i andre tvister opptrer som advokater, og at de kan ha en egeninteresse i å dømme i tråd med investorinteresser.<sup>443</sup>

For det andre peker Lovavdelingen på at sakene skal løses av en ad hoc-domstol, og ikke en fast domstol.<sup>444</sup> En ad hoc-domstol er sammensatt for den enkelte tvist og er således ikke egnet til å skape rettsenhet og rettsavklaring, særlig ikke når de rettslige standardene avgjørelsene skal baseres på, er vage.<sup>445</sup> En fast domstol, som for eksempel EMD eller EU-domstolen, dømmer kontinuerlig etter samme regelverk, kjenner de nasjonale rettssystemene og er bredt sammensatt.<sup>446</sup> De har således forutsetninger for å skape rettsenhet og rettsavklaring, noe som er svært viktig for statens reguleringsadgang.

Om en voldgiftsdomstol virkelig vil dømme på en uheldig måte for Norge, vet man ikke sikkert. Men Lovavdelingen mener disse faktorene skaper en ”usikkerhet” som gjør ”myndighetsoverføringen betenkelig, og er et argument mot at § 26 annet ledd kan brukes.”<sup>447</sup>

---

<sup>440</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.3.

<sup>441</sup> L.c.

<sup>442</sup> Fløysvik Nordrum side 373. Se også Lovavdelingens uttalelse i Snr.95/91E side 13.

<sup>443</sup> Fløysvik Nordrum side 374. Se også Nordtømme side 602-603.

<sup>444</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.3.

<sup>445</sup> Fløysvik Nordrum side 374.

<sup>446</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.3. og Fløysvik Nordrum side 374.

<sup>447</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.3.

#### 5.5.4 Konsekvenser utover den enkelte sak

Ett moment er det altså hvordan det eksterne organet vil utøve sin kompetanse *i* den enkelte sak. Et annet er om myndighetsutøvelsen vil få konsekvenser *utover* den enkelte sak. Dette har særlig blitt vurdert av Lovavdelingen i tilknytning til investeringstraktatene.

Dersom en utenlandsk investor får medhold i at det norske myndighetsvedtaket er i strid med enten norsk rett eller folkeretten, kan det bli nødvendig å endre norsk lov for å gi investoren sine rettigheter etter dommen.<sup>448</sup>

Det kan videre være tvil om prejudikativirkingen av en slik voldgiftsdom. Lovavdelingen mener det kan bli nødvendig å endre både norsk lov og forvaltningspraksis: ”Behovet for slike endringer kan i prinsippet oppstå på alle de rettsområdene som investoravtalen dekker, dvs. på alle rettsområder som har betydning for økonomisk aktivitet her i landet. Enkeltavgjørelser kan med dette få stor betydning for både stat og borgere.”<sup>449</sup>

Alvik og Dolva tror på sin side at en voldgiftsdom ”vanskelig [kan] sies å ha noen prejudikativirking i forhold til norsk rett, og vil ha dermed ha begrenset betydning utover den enkelte sak.”<sup>450</sup>

Backer peker for øvrig på at norske myndigheter ”i dagens internasjonale samfunn ikke kan se seg i stand til å følge en praksis som en internasjonal domstol i henhold til sin praksis vil anse som et folkerettsbrudd.”<sup>451</sup> Dette kan være med å forklare hvorfor avgjørelser fra en voldgiftsdomstol kan komme til å få store reelle konsekvenser for norsk rett og samfunn.

Investeringstraktater inneholder bestevilkårsklausuler, som innebærer at en investor ikke skal gis dårligere behandling enn investorer under andre traktater.<sup>452</sup> Medhold til investoren i én sak, vil dermed bety at også andre investorer vil ha krav på samme

---

<sup>448</sup> L.c.

<sup>449</sup> Ibid. punkt 7.2.1.

<sup>450</sup> Alvik og Dolva side 11.

<sup>451</sup> Backer side 52.

<sup>452</sup> Se avsnitt 1.4.2.

behandling.<sup>453</sup> Videre peker Lovavdelingen på at det kan være ”umulig å gi norske næringsdrivende en svakere stilling enn utenlandske investorer”,<sup>454</sup> og konkluderer dermed med at avgjørelsene kan få ”vidtrekkende konsekvenser for sentral norsk lovgivning og forvaltningspraksis.”<sup>455</sup>

## 5.6 Likeverdighet og gjensidighet

I utgangspunktet skulle man anta at det spiller en viktig rolle hvorvidt Norge deltar som en likestilt stat i det internasjonale samarbeidet hvor myndighetsoverføring er et sentralt element. Likeverdighet står nemlig sentralt både i folkerettens lære om suverene stater og i tolkningen av Grunnloven.

Fleischer beskriver *retten til likhet* som en av statens grunnrettigheter i folkerettssamfunnet.<sup>456</sup> Han fremhever at ingen stat ”kan ha noen egentlig rett til selve likheten, men til den behandling som i hvert enkelt tilfelle måtte følge av likhetsgrunnsetningen.”<sup>457</sup>

Den folkerettslige likhetsgrunnsetningen har i konstitusjonell praksis blitt innfortolket i Grunnlovens § 1.<sup>458</sup> Regjeringen peker i samtykkeproposisjonen til Schengen-avtalen på at det er usikkert hva som er det nærmere innholdet i Grunnlovens likeverdskrav, men at Grunnloven i alle fall ikke er til hinder før det er tale om ”manglende likeverd av kvalifisert art”, og videre at ”omfanget og karakteren av det samarbeidet som traktaten omhandler, [kan] spille inn ved vurderingen.”<sup>459</sup> Med henvisning til Andenæs, Utenriksdepartementet og Lovavdelingen i forarbeidene til § 93 pekes det på at manglende likeverd må kunne begrunnes på en saklig måte.<sup>460</sup>

---

<sup>453</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.3.

<sup>454</sup> L.c.

<sup>455</sup> L.c.

<sup>456</sup> Fleischer 2005 side 91 og 94.

<sup>457</sup> Ibid. side 94.

<sup>458</sup> Se avsnitt 2.4.

<sup>459</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 34-35.

<sup>460</sup> Ibid. side 34.



Det må likevel understrekes at det ikke er Grunnlovens § 1 som skal tolkes når det vurderes om en myndighetsoverføring er ”lite inngripende”. Likeverdighetskravet i § 1 kommer kun inn som et tolkningsmoment.

Deltakelse i internasjonalt samarbeid dreier seg ofte, men ikke alltid, om innflytelse. Medlemmer av ESA og dommere i EFTA-domstolen skal for eksempel utføre sitt verv i full uavhengighet av instruks fra nasjonale myndigheter.<sup>461</sup> Likevel må det anses som manglende likeverd dersom Norge som eneste land blir utelukket fra å ha sine borgere engasjert i sentrale verv. Derfor er spørsmålet om likeverdighet et spørsmål om Norge prinsipielt blir behandlet likt som andre stater, og ikke nødvendigvis om Norge har samme innflytelse som de andre statene.

Likeverdighet og gjensidighet er ikke det samme. Gjensidighet kan forstås som en spesiell variant av likeverdighet. Gjensidig er samarbeidet når Norge får samme myndighet overfor rettssubjekter i den eller de stater som Norge gir fra seg myndighet til.<sup>462</sup> Det er med andre ord et slags bytte av myndighet. Gjensidighet er kjennetegnet på jurisdiksjonsavtaler, der to eller flere staters jurisdiksjon reguleres.<sup>463</sup> Det passer dårligere å snakke om gjensidighet når Norge overfører myndighet til organer for en internasjonal organisasjon, selv om Norge blir behandlet som likeverdig medlem. En internasjonal organisasjon har ikke en egen jurisdiksjon som Norge kan utøve myndighet innenfor. Å sondre mellom gjensidighet og annen likeverdighet gjør også regjeringen i samtykkeproposisjonen til EØS-avtalen, når den fremhever at ”håndhevingsordningen for konkurransereglene i EF innebærer en *ensidig* avståelse av myndighet fra norske statsorganer til et internasjonalt organ, og ikke en *gjensidig* regulering av jurisdiksjonen mellom sideordnede stater.”<sup>464</sup>

---

<sup>461</sup> ODA-avtalen artikkel 8 og 30. Se også St.prp.nr.100(1991-92) side 338.

<sup>462</sup> Samme definisjon er brukt av Lovavdelingen. JDLOV-2007-4158b punkt 2.2.

<sup>463</sup> Se avsnitt 1.5.

<sup>464</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 344. Min kursivering.

### 5.6.1 Jurisdiksjonsavtaler

Den eneste jurisdiksjonsavtalen som har blitt underlagt en konstitusjonell vurdering, er Schengen-avtalen. Regjeringen la nettopp vekt på det begrensede omfanget av avtalen, men også at ”bestemmelsene [gjelder] gjensidig, slik at norske politimyndigheter får tilsvarende adgang til myndighetsutøvelse på fremmed territorium.”<sup>465</sup> Hvilket moment som ble avgjørende lar seg ikke lese ut av proposisjonen, men det lar seg hevde at gjensidighetsmomentet var avgjørende. Dersom Norge ikke hadde fått utøve tilsvarende myndighet på svensk og finsk territorium ville Norge kommet i et underordningsforhold til disse. Det er dessuten vanskelig å tenke seg saklige grunner til at slike avtaler ikke skulle være gjensidige.

### 5.6.2 EØS-samarbeidet

Selv om det ikke er naturlig å snakke om gjensidighet når Norge overfører myndighet til organer for EU eller EFTA, peker Lovavdelingen på det som et moment i helhetsvurderingen.<sup>466</sup> Mangel på gjensidighet gjør myndighetsoverføringen selvsagt ikke mindre inngripende. Som Lovavdelingen skriver om den ensidige myndighetsoverføringen i REACH-forordningen: ”Prinsippet om gjensidighet vil i denne saken ikke trekke i retning av at myndighetsoverføringen er lite inngripende.”<sup>467</sup> Men det ser heller ikke ut til at mangel på gjensidighet har blitt tillagt nevneverdig vekt for at myndighetsoverføringen er inngripende.<sup>468</sup> Dette illustrerer for så vidt at momentet ikke passer så godt i disse sakene.

I vurderingene av ensidige myndighetsoverføringer til EU- og EFTA-organer er det mer nærliggende å legge vekt på om Norge er likestilt med de andre statene i de organene som skal utøve myndighet. Her står man overfor tre ulike varianter: For det første

---

<sup>465</sup> St.prp.nr.50(1998-99) side 40.

<sup>466</sup> JDLOV-2009-7963 punkt 2.2.1; JDLOV-2007-4058a punkt 3.2; JDLOV-2007-4158b punkt 2.2; JDLOV-2004-5639 punkt 3.3.

<sup>467</sup> JDLOV-2007-4058a avsnitt 3.2.

<sup>468</sup> Se konklusjonene i JDLOV-2009-7963 punkt 3; JDLOV-2007-4058a punkt 4; JDLOV-2007-4158b punkt 3.

myndighetsoverføring til Kommisjonen og EU-domstolen; for det andre myndighetsoverføring til ESA og EFTA-domstolen og for det tredje myndighetsoverføring til EU-byråer, som for eksempel EASA eller Kjemikaliebyrået under REACH-forordningen.

Norge er ikke likestilt med andre stater i Kommisjonen og EU-domstolen, selv om vi skulle ha en viss påvirkningsmulighet.<sup>469</sup> I ESA og EFTA-domstolen derimot er Norge likeverdig medlem. Et spørsmål er om denne forskjellen er relevant i en ”lite inngripende”-vurdering. Dette har i liten grad blitt tematisert. I den andre vurderingen av REACH-forordningen sier Lovavdelingen generelt: ”Ved den nærmere vurderingen av om myndighetsoverføringen er ”lite inngripende” kan det ha en viss betydning om overføringen skjer til ESA eller Kommisjonen.”<sup>470</sup> Det utdypes ikke hvorfor. Hvis det skulle være tilfelle, må begrunnelsen være at Norge i EFTA-organer er en likestilt stat. Forskjellen kommer ellers til syne i anvendelsen av § 93. På grunn av tilslutningsvilkåret kan Norge overføre myndighet til EFTA-organer, men ikke til EU-organer. Hensynet til sammenheng i rettsreglene tilsier at forskjellen også bør tillegges vekt i en ”lite inngripende”-vurdering. Men i samtykkeproposisjonen til EØS-avtalen ble ikke forskjellen mellom EU-organer og EFTA-organer tillagt vekt. Myndigheten som ble overført til EFTA-organer som ble ansett ”lite inngripende” ble ikke ansett mer inngripende når de ble overført til EU-organer.<sup>471</sup>

Det er heller ikke grunnlag for å si at myndighetsoverføring til EU-byråer blir behandlet annerledes enn myndighetsoverføring til EU- og EFTA-organer. Kjentegnet ved den norske deltakelsen i EU-byråer er at vi får møte-, forslags- og uttalelsesrett i styret, men ikke stemmerett.<sup>472</sup> Det er ikke holdepunkter for at denne modellen har spilt

---

<sup>469</sup> Se avsnitt 1.3.

<sup>470</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 2.3.

<sup>471</sup> St.prp.nr.100(1991-92) side 344-347.

<sup>472</sup> Fra EU-delegasjonens hjemmeside: [http://www.eu-norge.org/Norges\\_forhold\\_til\\_EU/deltakelse/eu\\_byraaer/](http://www.eu-norge.org/Norges_forhold_til_EU/deltakelse/eu_byraaer/) [26. mai 2010]. Se også norsk deltakelse i EASA i St.prp.nr.44(2004-2005) side 7 og i Kjemikaliebyrået under REACH-forordningen i St.prp.nr.49(2007-2008) side 4.

avgjørende vekt i den konstitusjonelle vurderingen.<sup>473</sup> Det kan likevel nevnes at enkelte stortingsrepresentanter både ved stortingsbehandlingen av EASA-forordningen og av REACH-forordningen uttalte seg kritisk til at Norge ikke har stemmerett i byråene disse forordningene etablerer.<sup>474</sup>

### 5.6.3 Investeringstraktater

Investeringstraktater er bilaterale og gjensidige i den forstand at traktatmotparten blir forpliktet på samme måte overfor norske investorer som Norge blir forpliktet overfor investorer fra traktatmotparten. Myndighetsoverføringen skjer imidlertid ikke til den andre staten, men til en internasjonal voldgiftsdomstol. Norges deltakelse i voldgiftsdomstolen har i liten grad blitt tematisert.<sup>475</sup> Lovavdelingen uttaler i sin første vurdering at det i forholdet til Grunnloven ”gjør det lettere å godta” at myndighetsoverføringen inngår i et ”gjensidig avtaleforhold til en annen stat”.<sup>476</sup> I senere uttalelser legger verken Lovavdelingen eller Alvik og Dolva vekt på gjensidighetsmomentet.

At gjensidighetsmomentet har kommet i bakgrunnen skyldes trolig at man i de senere år har blitt mer bevisst på problemer knyttet til myndighetsoverføringens art, omfang og saksområde. Dessuten inngås avtalene primært for å ivareta det norske næringslivets offensive interesser i å investere i utviklingsland, ikke for at investorer fra disse landene skal bli tiltrukket av å investere i Norge. Det er nettopp avtalenes gjensidighetsvirkninger som reiser de konstitusjonelle problemene. Derfor blir det kanskje kunstig å se på gjensidighet som et moment som gjør myndighetsoverføringen mindre inngripende. På den annen side er likeverdighet helt sentralt i Grunnlovens selvstendighetskrav. Man kan spørre om ikke gjensidighetsmomentet burde være tilstrekkelig til å ivareta forholdet til

---

<sup>473</sup> Se konklusjonene i St.prp.nr.44(2004-2005) side 7 og St.prp.nr.49(2007-2008) side 5, som angår henholdsvis myndighetsoverføring til EASA og kjemikaliebyrået under REACH-forordningen.

<sup>474</sup> Se avsnitt 4.5 og 4.6.

<sup>475</sup> Etter ICSID-konvensjonen artikkel 37 oppnevner hver av partene én dommer, ICSID oppnevner den tredje. [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf) [31.mai 2010]

<sup>476</sup> Snr.798/93E side 9.

Grunnloven, i hvert fall når det gjelder overføring av myndighet til å avsi erstatnings- og fastsettelsesdom basert på at folkerettens regler er brutt.

## 5.7 Norsk innflytelse på myndighetsutøvelsen

Uavhengig av om Norge blir behandlet som en likeverdig stat eller ikke, kan Norge sikres innflytelse over myndighetsutøvelsen. Slik innflytelse kan vi få ved norsk representasjon i det eksterne organ som utøver myndighet, eller ved at norske myndigheter i etterkant kan gripe inn mot det direkte virkende vedtaket. Eksempler på slik etterfølgende kontroll er at norske myndigheter kan hindre et vedtak fra å gjelde i Norge, eller at norske domstoler kan overprøve vedtaket.

Hva ligger i ”innflytelse”? Som nevnt i forrige avsnitt kan Norge delta ved at norske statsborgere utfører verv i det eksterne organet uten å kunne ta i mot instruksjoner fra norske myndigheter. Lovavdelingen har ansett dette som norsk ”innflytelse”,<sup>477</sup> men uten å tillegge momentet nevneverdig vekt i retning av at myndighetsoverføringen er ”lite inngripende”. Snarere mener man manglende muligheter for innflytelse fra norske myndigheter peker i retning av at myndighetsoverføringene er ”inngripende”.<sup>478</sup> Generelt vil innflytelsesmomentet altså ha størst vekt når norske myndigheter kan utøve reell innflytelse ut fra hva som er norsk offisielt syn, eller der norske domstoler kan overprøve vedtak.

### 5.7.1 Sikkerhetsklausuler i EU-forordninger

Både GMO- og REACH-forordningen innebærer i utgangspunktet at Kommisjonen eller ESA skal kunne fatte vedtak med direkte virkning i Norge. Vedtakene vil gå ut på å godkjenne henholdsvis GMO-produkter og stoffer som i utgangspunktet er forbudt fordi de anses å være skadelige for menneskers helse eller for miljøet.<sup>479</sup> Begge forordninger har en sikkerhetsklausul som innebærer at Norge på bestemte vilkår kan iverksette strakstiltak, det

---

<sup>477</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 2.3.

<sup>478</sup> Ibid. punkt 2.4.

<sup>479</sup> Se avsnitt 4.6 og 4.8.

vil si ulike tiltak som gjør at godkjenningsvedtaket ikke får virkning som forutsatt i norsk rett. I ”lite inngripende”-vurderingen har det for det første betydning hvilke vilkår som må være oppfylt for innføring av et strakstiltak. For det andre har det betydning hvilke tiltak Kommisjonen eller ESA kan fatte som reaksjon på strakstiltaket.

I REACH-forordningen kan strakstiltak iverksettes hvis norske myndigheter ”har berettiget grund til å mene, at en øjeblikkelig indsats er vigtig for at beskytte menneskers sundhed eller miljøet mod et stof [som Kommisjonen har godkjent] ...”<sup>480</sup> I GMO-forordningen kan sikkerhetsklausulen anvendes når det er ”åpenbart” at godkjente produkter ”må formodes at udgøre en alvorlig risiko for menneskers eller dyrs sundhed eller for miljøet.”<sup>481</sup>

I begge uttalelser blir de materielle vilkårene omtalt som strenge og at de bare skal være sikkerhetsventiler til å håndtere uforutsette eller ekstraordinære situasjoner.<sup>482</sup> I REACH-uttalelsen sies det at bruk av sikkerhetsklausulen forutsetter et annet faglig grunnlag enn det som ligger til grunn for vedtaket man ønsker å reservere seg mot, og at sikkerhetsklausulen derfor vil være vanskelig å bruke dersom ”ønsket om nasjonale tiltak er knyttet til ren uenighet om vurderingene av risikobildet for kjemiske stoffer, eller bunner i forskjeller i politiske målsettinger for farlige stoffer.”<sup>483</sup> Likeledes uttrykkes det i GMO-uttalelsen tvil om hvorvidt ”klausulen dekker alle tilfeller der norske myndigheter ut fra situasjonen mener det er riktig å treffe tiltak.”<sup>484</sup> De strenge vilkårene begrenser sikkerhetsklausulens betydning som et moment for at myndighetsoverføringen kan anses ”lite inngripende”.<sup>485</sup>

---

<sup>480</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 2.4. Se artikkel 129 i forordningen: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2006R1907:20090627:DA:PDF> [26. mai 2010]

<sup>481</sup> JDLOV-2008-3772 punkt 2. Se artikkel 34 i forordningen: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=286564:cs&lang=da&list=453907:cs,286564:cs,&pos=2&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> [26. mai 2010]

<sup>482</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 2.4 og JDLOV-2008-3772 punkt 2.

<sup>483</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 2.4

<sup>484</sup> JDLOV-2008-3772 punkt 2.

<sup>485</sup> L.c.

Det avgjørende for Lovavdelingens konklusjon på om myndighetsoverføringen kan anses lite inngripende er om mottiltakene Kommisjonen eller ESA kan fatte er av direkte eller folkerettslig virkning. I utgangspunktet innebærer GMO-forordningen at Kommisjonen kan oppheve et strakstiltak med et direkte virkende vedtak. Lovavdelingen uttaler om dette: ”Kombinasjonen av de strenge materielle vilkårene for å anvende klausulen og Kommisjonens kompetanse til med direkte virkning å sette nasjonal tiltak ut av kraft, gjør at sikkerhetsklausulen med tilhørende prosedyrer har beskjedne betydning ved den konstitusjonelle vurderingen.”<sup>486</sup> Forordningen måtte dermed anses ”inngripende”. Det var derfor nødvendig å vedta en tilpasningstekst for å gjøre myndighetsoverføringen ”lite inngripende”. Tilpasningsteksten som ble vurdert bestod i å gi Kommisjonens eller ESAs mottiltak kun folkerettslig virkning, i stedet for direkte virkning. I REACH-uttalelsen ble det lagt til grunn at Kommisjonens eller ESAs vedtak bare skulle ha folkerettslig virkning, og ikke direkte virkning.<sup>487</sup>

Spørsmålet blir dermed hvilken vekt det skal ha at mottiltakene bare skal ha folkerettslig virkning. I GMO-vurderingen uttales det at forskjellen fra at slike mottiltak skal ha direkte virkning er at Norge får ”reell mulighet” til å motsette seg godkjenningsvedtak, og at EFTA-statenes strakstiltak i mindre grad får preg av å være rent midlertidige tiltak. Dette mener Lovavdelingen trekker i retning av at myndighetsoverføringen er ”lite inngripende”.<sup>488</sup> I REACH-uttalelsen sier Lovavdelingen at folkerettslig virkning gjør at ”norske myndigheter [kan] hindre at vedtaket får full virkning i norsk rett ved å la være å gjennomføre det”, og at det gir Norge ”en formell mulighet til å opprettholde nasjonale tiltak i situasjoner hvor Norge er uenig i godkjennelsesvedtak fra enten ESA eller Kommisjonen.”<sup>489</sup> I REACH-uttalelsen knyttes imidlertid ikke disse betraktningene til ”lite inngripende”-vurderingen.

I både GMO- og REACH-uttalelsen finner Lovavdelingen argumenter som taler for at mottiltakene gjør myndighetsoverføringen ”inngripende”, selv om mottiltakene bare skal

---

<sup>486</sup> L.c.

<sup>487</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 1.

<sup>488</sup> JDLOV-2008-3772 punkt 3.

<sup>489</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 2.4.

ha folkerettslig virkning. I GMO-uttalelsen påpekes det at de øvrige land kan ”møte EFTA-statenes vedtak med mottiltak på det folkerettslige plan.”<sup>490</sup> Det utdypes likevel ikke hva disse mottiltakene skulle bestå i. Det påpekes også at det ”prinsipielt heller ikke [skal] utelukkes at Norge kan bli dømt av EFTA-domstolen for brudd på EØS-avtalen” dersom norske myndigheters strakstiltak ligger utenfor hva sikkerhetsklausulen gir hjemmel for.<sup>491</sup> I REACH-uttalelsen påpekes det også at Norge kan bli dømt i EFTA-domstolen for uhjemlede sikkerhetstiltak, og at det til og med kan bli aktuelt med erstatningsansvar i tråd med prinsippene trukket opp av Høyesterett i Finanger 2-saken og EFTA-domstolen i Sveinbjörnsdottir-saken.<sup>492</sup> Hovedinnholdet i disse sakene er at staten kan bli erstatningsansvarlig overfor private rettssubjekter for feil gjennomføring av folkerettslige forpliktelser. I begge uttalelser fremholdes det at mottiltakene kan ”bringe staten i en vanskelig situasjon.”<sup>493</sup>

Som det vil ha fremgått er GMO- og REACH-forordningen nokså parallelle i sin oppbygning. For Lovavdelingen ble sikkerhetsklausulen i begge tilfeller avgjørende. Stortinget hadde aldri hatt en sak til behandling hvor det sentrale spørsmålet dreide seg om en slik sikkerhetsklausul. Stortingspraksis ga derfor ikke veiledning. I REACH-uttalelsen, som ble avgitt først, heller Lovavdelingen til at myndighetsoverføringen er ”inngripende”. Det uttales likevel at hvis Stortinget hadde ment GMO-forordningen<sup>494</sup> kunne godtas etter § 26 annet ledd, kunne også REACH-forordningen godtas.<sup>495</sup> I GMO-uttalelsen mener Lovavdelingen man befinner seg i en ”konstitusjonell gråsoner”, men at myndighetsoverføringen kan anses ”lite inngripende”, dersom Stortinget blir informert om de konstitusjonelle spørsmålene og selv legger til grunn en slik grunnlovsforståelse.<sup>496</sup>

---

<sup>490</sup> JDLOV-2008-3772 punkt 3.

<sup>491</sup> L.c.

<sup>492</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 2.4.

<sup>493</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 3 og JDLOV-2008-3772 punkt 3.

<sup>494</sup> En tidligere vurdering av Lovavdelingen i et internt notat jeg ikke har hatt tilgang til.

<sup>495</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 3.

<sup>496</sup> JDLOV-2008-3772 punkt 3.



Som Lovavdelingen peker på i GMO-uttalelsen vil sikkerhetsklausulen ”ta sikte nettopp på situasjoner hvor norske interesser tilsier at det treffes særskilte tiltak”.<sup>497</sup> I slike situasjoner kan Norge altså stanse det direkte virkende godkjenningsvedtaket. Eventuelle mottiltak fordi EU/EFTA-organer i etterkant finner at strakstiltaket likevel ikke var hjemlet i de materielle vilkårene, vil ha folkerettslig virkning. Man kan spørre om det da er prinsipielt riktig å legge vekt på at de materielle vilkårene er strenge og at Norge kan komme i en vanskelig situasjon ved mottiltak. Unntatt i svært inngripende tilfeller, følger det av skillet mellom folkerettslig og direkte virkning at eksterne organs folkerettslige vedtak ikke reiser konstitusjonelle problemer. Poenget er at den direkte virkningen – som utløser den konstitusjonelle problematikken – i dette tilfellet kan nøytraliseres.

### 5.7.2 Patentkonvensjonen

Selv om patentkonvensjonen gir Det europeiske patentverket myndighet til å utstede patenter i Norge, er det fortsatt de materielle bestemmelsene i den norske patentloven som gjelder. Norske forvaltningsmyndigheter og domstoler vil ha alminnelig adgang til å prøve om vedtaket fra det europeiske patentverket er i tråd med norsk rett.<sup>498</sup>

Stortingets næringskomité la stor vekt på dette hensynet i sin vurdering:

”Dette flertallet mener det er svært vesentlig at det fortsatt vil være norske domstoler som i siste instans har det avgjørende ord med hensyn til gyldigheten av patenter som gjelder her i riket, og at domstolene ved prøvingen av patentet skal basere seg på norsk lovgivning(...)

Dette flertallet legger avgjørende vekt på at det ved et norsk EPO-medlemskap vil være mulig å sette til side EPO-patenter som ugyldige i Norge gjennom norsk domstolsbehandling og administrativ overprøving, dersom patentet menes å stride mot offentlig orden og moral.”<sup>499</sup>

I slike tilfeller vil de reelle virkningene av myndighetsoverføringen bli nærmest minimert. Backer kaller denne typen myndighetsoverføring, hvor ”beslutningene kan nøytraliseres av

---

<sup>497</sup> L.c.

<sup>498</sup> St.prp.nr.53(2006-2007) side 31 og 33.

<sup>499</sup> Innst.S.nr.253(2006-2007) side 9.

norske statsmakter”, som et ”mindre markert innhogg” i norsk selvstendighet enn når norske myndigheter står uten endringsmuligheter.<sup>500</sup>

## 5.8 Oppsigelse

I de tidlige uttalelsene om hvilken grad av myndighetsoverføring som kunne tillates uten å komme i strid med Grunnlovens kompetansebestemmelser, ble oppsigelsesadgangen fremhevet som et viktig moment, og undertiden som en absolutt forutsetning.<sup>501</sup> Castberg peker på at et vesentlig moment må være ”hvor kortvarig eller langvarig traktatens gyldighetstid” er.<sup>502</sup> Ved Castbergs, Andenæs’ og Lovavdelingens vurderinger av EEC-medlemskap i forkant av vedtakelsen av § 93 var det i forholdet til Grunnloven et vesentlig moment at myndighetsoverføringen skulle være uoppsigelig.<sup>503</sup> Spørsmålet er hvilken vekt oppsigelsesadgangen har i en ”lite inngripende”-vurdering.

Oppsigelsesadgangen er et spørsmål om hvor raskt Norge kan komme seg ut av en uønsket rettstilstand eller rettsutvikling. Kort oppsigelsesfrist og ubetinget oppsigelsesadgang kan dermed gjøre myndighetsoverføringen mindre ”inngripende”. Dette pekes det på i kommentaren til modellavtaleutkastet til investeringsavtaler: ”Forholdet til Grunnloven tilsier at oppsigelsesfristene er nøye regulert, og at man raskt skal kunne komme seg ut av avtalen. Dette taler for at oppsigelse kan skje på ethvert tidspunkt”.<sup>504</sup> Et annet sted i kommentaren kobles oppsigelsesadgangen til hensynet til å minske

”risikoen for at investeringsavtalen gir *uventede negative utslag* for utøvelse av norsk statsmyndighet som etter Grunnloven ligger til norske statsorganer. En avtale som gjør det mulig å korrigere en uønsket rettsutvikling, og som kan endres og/eller sies opp, vil prinsipielt være å foretrekke fremfor en avtale som overfører myndighet for et ubegrenset tidsrom.”<sup>505</sup>

---

<sup>500</sup> Backer side 46.

<sup>501</sup> Brev fra Justisdepartementet til Utenriksdepartementet 1. april 1950, sitert i St.meld.nr.89(1951) side 30.

<sup>502</sup> Dok.nr.3(1961-62) side 7.

<sup>503</sup> Castberg i Dok.nr.3(1961-62) side 8, Andenæs samme sted side 15.

<sup>504</sup> Vedlegg til utkast til modellavtale side 45.

<sup>505</sup> Ibid. side 13.

Traktatforslaget Lovavdelingen vurderte i 2002 innebar at investeringstraktaten skulle være uoppsigelig i femten år, og at avtalen deretter kunne sies opp med ett års varsel. Investeringer som var foretatt før oppsigelsen skulle være beskyttet i en periode på femten år etter oppsigelsesdagen. Lovavdelingen mente dette trakk i retning av at myndighetsoverføringen var inngripende.<sup>506</sup>

I uttalelsen om patentkonvensjonen peker Lovavdelingen på at selv om konvensjonen gjelder for ubegrenset tid, kan den likevel ensidig sies opp.<sup>507</sup> I traktaten som lå til grunn for Stortingets samtykke står det i artikkel 174 at traktaten når som helst kan sies opp og at oppsigelsesadgangen trer i kraft ett år fra underretning om oppsigelse er mottatt.<sup>508</sup> Oppsigelsesadgangen omtales likevel ikke av regjeringen i proposisjonen.

Oppsigelsestid spiller kanskje først og fremst en viktig rolle i bilaterale avtaler, som for eksempel investeringstraktater. At Norge sier opp en investeringstraktat med en annen stat, trenger ikke ha altfor mye å si for norsk økonomi og samfunnsliv. Å si opp en kompleks multilateral avtale kan derimot medføre store konsekvenser. Dette er i høyeste grad tilfellet med EØS-avtalen. Dette kan være grunnen til at oppsigelsesadgangen i slike saker ikke nevnes i samtykkeproposisjoner eller i Lovavdelingens uttalelser. EØS-avtalens artikkel 127 sier for øvrig at hver avtalepart kan trekke seg fra avtalen ved å gi minst tolv måneders skriftlig varsel til de andre avtalepartene. Formelt er det altså ikke vanskelig å trekke seg fra avtalen. Reelt er det selvsagt mye verre.

## 5.9 Suksessive myndighetsoverføringer

Norge har ikke bare én gang overført myndighet av ”lite inngripende” karakter, vi har gjort det flere ganger, og vi vil komme til å gjøre det igjen. Utgangspunktet for en ”lite inngripende”-vurdering er den enkelte myndighetsoverføring. Men selv om man lander på at den enkelte myndighetsoverføring *i seg selv* er ”lite inngripende”, kan det hende man

---

<sup>506</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.3.

<sup>507</sup> Internt notat 14.2.90 side 64.

<sup>508</sup> St.prp.nr.53(2006-2007) side 102-103.

ville kommet til motsatt konklusjon dersom gjenstanden for ”lite inngripende”-vurderingen hadde vært *både* denne enkelte myndighetsoverføring og andre myndighetsoverføringer Norge har inngått, eller kan tenkes å ville inngå.

At myndighet blir overført suksessivt, reiser følgende prinsippsspørsmål: Skal den enkelte myndighetsoverføring vurderes isolert, eller skal den sees i lys av andre myndighetsoverføringer Norge har inngått eller kan tenkes å ville inngå? Hvis man kommer til at det er riktig å se en myndighetsoverføring i lys av andre, blir spørsmålet så hvilke disse ”andre” er. Er det enhver myndighetsoverføring Norge har inngått eller kan tenkes å ville inngå? Eller er det bare tidligere myndighetsoverføringer? Bare myndighetsoverføringer på beslektede rettsfelt? Eller bare myndighetsoverføringer til samme eksterne organ? Disse spørsmålene er ikke avklart og har bare i noen grad blitt berørt i praksis. Drøftelsen vil dermed bli mer *lege ferenda* enn hva som har vært tilfellet i de foregående drøftelsene.

### 5.9.1 Vurdering enkeltvis eller samlet

Det første spørsmålet er i hvilken grad en ny myndighetsoverføring skal sees i lys av en myndighetsoverføring godkjent etter § 93. En myndighetsoverføring fattet med samtykke etter § 93 har man nettopp funnet å være ”inngripende”. Derfor er det mest naturlige at man ”starter på null” igjen. Dette har støtte i en uttalelse fra Lovavdelingen fra 2002. Saken gjaldt endringer i håndhevingen av konkurransereglene i EØS-samarbeidet. Myndighetsoverføringen til ESA og EFTA-domstolen i konkurransesaker ble nettopp fattet med hjemmel i § 93 ved vedtakelsen av EØS-avtalen. Lovavdelingen uttalte:

”Ved vurderingen av om myndighetsoverføringen er ”lite inngripende”, er et sentralt spørsmål hvilken ytterligere myndighetsoverføring forordningen innebærer sammenlignet med den som allerede eksisterer etter EØS-avtalen.”<sup>509</sup>

Lovavdelingen fant så:

---

<sup>509</sup> JDLOV-2002-398 punkt 2.1.

”Sammenliknet med dagens rettstilstand innebærer forordningen i høyden en beskjeden utvidelse av de virkningene ESAs og Kommisjonens avgjørelser har internt i den norske rettsorden, og som allerede er godtatt av Stortinget gjennom det samtykket som ble gitt ved inngåelse av den opprinnelige EØS-avtalen.”<sup>510</sup>

Det var altså bare den eventuelle utvidelsen sammenliknet med EØS-avtalen Lovavdelingen fant det relevant å vurdere om var inngripende. Konklusjonen ble at utvidelsen var ”lite inngripende”.

Det neste spørsmålet er i hvilken grad en enkelt myndighetsoverføring bør sees i lys av andre ”lite inngripende” myndighetsoverføringer. Dette spørsmålet er ikke vurdert i praksis.

Som vi har sett er det blitt lagt betydelig vekt på reelle argumenter i ”lite inngripende”-vurderingen. Det sentrale spørsmålet er i høy grad om myndighetsoverføringen *reelt sett* er ”lite inngripende”. Dersom myndighetsoverføringen i lys av andre reelt sett er ”inngripende” kan man se det slik at vilkåret er oppfylt. Unntakets karakter taler derfor for at den enkelte myndighetsoverføring skal sees i lys av andre.

Dersom man begynner å se myndighetsoverføringer samlet, risikerer man å ”bruke opp” unntaket. Det kan billedliggjøres med et beger som gradvis fylles opp. Til slutt renner det over, en enkelt myndighetsoverføring – som i seg selv ikke er mer inngripende enn de andre – gjør at den samlede innvirkningen på norsk suverenitet er ”inngripende”. Om man skulle fulgt en slik logikk konsekvent, skulle den siste i seg selv ”lite inngripende” myndighetsoverføringen legges frem for Stortinget med hjemmel i § 93, eventuelt § 112. Med det hadde – for å fortsette på bildet – begeret blitt tømt og man kunne begynne på nytt igjen, med nye ”lite inngripende” myndighetsoverføringer.

En slik logikk kan fremstå som lite i tråd med det man kan kalle den alminnelige presedensvirkningen av en rettslig løsning. Det vanlige er jo at en rettslig løsning følges opp konsekvent i hvert enkelt påfølgende tilfelle, eventuelt med små justeringer. Lovavdelingen ser ut til å ha fulgt en slik alminnelig presedensvirkning. I REACH-

---

<sup>510</sup> L.c.

uttalelsen heter det: ”Hvis Stortinget mener at GMO-forordningen kan godtas etter Grunnloven § 26, er vi tilbøyelig til å mene at det samme vil gjelde REACH-forordningen dersom man får tilsvarende tilpasningsbestemmelser.”<sup>511</sup> Dette er i tråd med slik vi er vant til å tenke juridisk.

Det er juridisk sett likevel intet til hinder for å se flere myndighetsoverføringer samlet. Som nevnt vil dette være mest i tråd med ”lite inngripende”-kriteriets karakter.

Realpolitisk kan det være mer problematisk. Den som går inn for å se den enkelte myndighetsoverføring samlet vil kunne få problemer med å overbevise andre aktører om at dette er riktig fremgangsmåte. Det er lett å tenke at hvis en tidligere, helt lik myndighetsoverføring er ”lite inngripende”, må også den nye være det. Dessuten vil det i noen grad være vilkårlig hvilken i seg selv ”lite inngripende” myndighetsoverføring som får begeret til å renne over og dermed må vedtas med hjemmel i §§ 93 eller 112. Den realpolitiske situasjon vil altså kunne være avgjørende for grunnlovstolkningen. I den grad den realpolitiske situasjon på denne måten gjør seg gjeldende, vil det kunne være vanskelig å se de enkelte myndighetsoverføringene samlet.

Kanskje er det for anstrengt å se den enkelte myndighetsoverføring i lys av en annen i den forstand at man ”legger dem sammen”. Et alternativ kan være å fastholde at det bare er den enkelte myndighetsoverføring som er gjenstand for vurderingen, men heller se andre myndighetsoverføringer som momenter, som etter omstendighetene kan tale for at myndighetsoverføringen er ”inngripende”.

### 5.9.2 Hvilke andre myndighetsoverføringer er det relevant å se den nye i lys av?

Kan det være relevant å se en enkelte myndighetsoverføring i lys av eventuelt senere myndighetsoverføringer? En slik vurdering vil jo få et hypotetisk preg, i og med at man ikke kan se inn i fremtiden. Når det gjelder investeringstraktater er det likevel mulig å forutse hvilke nye traktater som kommer i fremtiden, i og med at slike traktater ser like ut. Sannsynligheten for søksmål mot den norske stat fra en utenlandsk investor er et viktig

---

<sup>511</sup> JDLOV-2007-4158b punkt 3.

moment i den konstitusjonelle vurderingen.<sup>512</sup> Sannsynligheten vil øke i takt med antallet traktater Norge inngår. Muligheten for nye traktater i fremtiden kan derfor være et moment som tilsier tilbakeholdenhet med hva som kan anses ”lite inngripende”.

Det er mer praktisk å se en enkelt myndighetsoverføring i lys av tidligere i seg selv ”lite inngripende” myndighetsoverføringer som Stortinget har vedtatt. Er enhver av disse relevante i vurderingen av om en ny myndighetsoverføring er ”lite inngripende”? Det beror kanskje på om den nye myndighetsoverføringen – sett i lys av en tidligere – *reelt sett* vil ha inngripende virkninger på norsk suverenitet. Det er derfor mest naturlig å vurdere den nye myndighetsoverføringen i lys av om den skjer til samme eksterne organ eller på et beslektet saksområde.

Det kan anses mer inngripende å overføre myndighet til samme eksterne organ enn til flere ulike organer som er uavhengig av hverandre, ettersom myndighet til samme eksterne organ vil innebære en maktkonsentrasjon. Dette gjelder i hvert fall såfremt myndighetsoverføringen ikke er ledd i en gjensidig utveksling av myndighet. Maktkonsentrasjon vil skape ubalanse i maktforholdet mellom Norge og vedkommende organ.

Når en ny myndighetsoverføring skjer på et saksområde hvor det tidligere er overført myndighet, kan dette ha mer inngripende virkninger enn dersom den nye skjer på et saksområde hvor det aldri har blitt overført myndighet. Myndighetsoverføringer innenfor et og samme område vil bidra til at Norge mister kontrollen på det aktuelle området. De inngripende virkningene forsterkes selvsagt dersom myndighet innenfor samme saksområde blir overført til samme eksterne organ.

## **6 Prinsipper og pragmatisme**

Skillet mellom direkte og folkerettslig virkning er først og fremst et *formelt* eller *prinsipielt* kriterium. Å la et slikt skille utgjøre hovedregelen for hvilken grunnlovsprosedyre som

---

<sup>512</sup> JDLOV-1997-5405, punkt 8, spørsmål 7-9.

kreves, kan sees på som *prinsipiell* eller *normativ* rettstenkning. Normativ rettstenkning preges av tro på grunnleggende prinsipper i løsningen av rettsspørsmål. Ifølge Blandhol vil normativistene ”formulere generelle prinsipper som skal ha bærende kraft i enkeltsaker, uten nærmere vurdering og avveining.”<sup>513</sup> Skillet mellom direkte og folkerettslig virkning kan nettopp forstås på den måten. Graver sier det slik: ”Hvor prinsippene tillegges en normativ karakter som styrende for rettsanvendelsen, vil det kunne innebære at rettsanvenderen for sin problemløsning må ta utgangspunkt i prinsippene i stedet for i det konkrete problem som foreligger.”<sup>514</sup> Da vil det ikke være avgjørende at resultatet gir urimelige eller paradoksale resultater eller begrunnelser. Et eksempel er EØS-avtalen, der regjeringen begrunnet § 93-vedtak med en relativt bagatellmessig myndighetsoverføring og ikke det som nettopp gjør EØS-avtalen til et reelt inngrep i norsk suverenitet, nemlig forutsetningen om løpende å ta i mot nye folkerettslige rettsaker.<sup>515</sup>

Unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring er derimot basert på en utpreget *pragmatisk* rettstenkning. Pragmatistene vil løse praktiske, konkrete problemer på en best mulig måte.<sup>516</sup> Prinsipper kan gjerne inngå i pragmatisk argumentasjon, dersom det er en god løsning å følge prinsippet i den enkelte sak. Men for øvrig retter den pragmatiske rettstenkning oppmerksomheten mot tidligere erfaringer og mulige konsekvenser av en bestemt løsning, det man i rettskildelæren kaller *reelle hensyn*. Begrunnelsen for en viss unntaksadgang før vedtakelsen av § 93 var nettopp forankret i reelle hensyn, hensynet til å oppnå *rimelige* resultater. Dette argumentet har også preget begrunnelsen i etterkant.<sup>517</sup>

Hensynet til konkret rimelighet preger også selve vurderingen av om en myndighetsoverføring er ”inngripende” eller ”lite inngripende”. Valget av uttrykket ”inngripende” tyder på at det er den *reelle* suverenitet som er det vesentlige, ikke den *formelle*. Regjeringens syn på ”lite inngripende”-vurderingen som en skjønnsmessig

---

<sup>513</sup> Blandhol 2004 side 375.

<sup>514</sup> Graver 2006 side 201.

<sup>515</sup> Som nevnt i avsnitt 5.5.1 må nok rettsanvendelsen i EØS-avtalen også forstås i lys av hva som var politisk mest hensiktsmessig.

<sup>516</sup> Blandhol 2004 og 2006.

<sup>517</sup> Se kapittel 3.



helhetsvurdering, der det er vanskelig å angi uttømmende hvilke momenter som kan være relevante, blir slik sett en treffende beskrivelse. I virkelighetens verden er det de mest forskjelligartede argumenter som kan gjøre seg gjeldende. Unntaket kan også forstås i lys av pragmatismens syn på språket. Språket beskriver ikke den komplekse virkeligheten slik den er, men fungerer som praktiske hjelpemidler for tanke og handling. Fleischer – som lanserte kriteriet ”inngripende” – beskrev kriteriet nettopp som ”det ledende synspunkt”,<sup>518</sup> og ikke en skarpt avgrenset regel. I pragmatisk rettstenkning er ikke en rettslig løsning ”objektivt riktig” eller ”objektivt sann”, men den beste ut fra en avveining av de ulike momentene man har for hånden. Ordlyden ”inngripende” er nettopp skjønnsmessig, og kan vanskelig brukes til å skille ulike tilfeller skarpt fra hverandre. I en slik avveining overlates avgjørelsen til rettsanvenderens skjønn, slik den kommer til uttrykk i begrunnelsen. Den pragmatiske rettstenkning er dermed nært knyttet til retorikken. Man kan også si om ”lite inngripende”-vurderingen at den som klarer å overbevise om at en myndighetsoverføring er ”lite inngripende”, vil ha kommet langt.

Grunnlovens regler for myndighetsoverføring og unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring utgjør en blanding av *normativ* og *pragmatisk* rettstenkning. I den forbindelse kan det knyttes noen bemerkninger til det Lovavdelingen sier om at det ved vurderingen står sentralt om myndighetsoverføringen skjer i *kjernen* av Grunnlovens kompetansebestemmelser.<sup>519</sup> Gjennomgangen av momentene viser at Lovavdelingen ikke bruker kjerne-begrepet i subsumsjonen. Kanskje representerer et slikt begrep en abstraksjon som er vanskelig anvendelig i pragmatisk argumentasjon. Alvik og Dolva bruker derimot kjerne-begrepet mer aktivt.<sup>520</sup> Og som vi kommer tilbake til, har disse en mer prinsipiell tilnærming enn Lovavdelingen.<sup>521</sup>

---

<sup>518</sup> Fleischer 1963 side 89.

<sup>519</sup> Se innledningsavsnittet i kapittel 5.

<sup>520</sup> Alvik og Dolva side 9 og 11.

<sup>521</sup> Se avsnitt 6.2. ”Prinsipiell” i motsetning til å være opptatt av reelle konsekvenser.

## 6.1 En avstikker til dansk rett

Selv om § 20 i den danske grunnloven i det vesentlige tilsvarer § 93, er det ikke i dansk konstitusjonell praksis utviklet et unntak tilsvarende ”lite inngripende” myndighetsoverføring. På slutten av 70-tallet fant det sted en fagjuridisk debatt om dansk rett burde ha et slikt unntak. Claus Gulmann argumenterte for å innsnevre anvendelsesområdet for bruk av § 20 ”til sådanne politisk relevante forslag, som der kan være nogen rimelighed i at få prøvet ved folkeafstemning.”<sup>522</sup> Forslaget ble avvist i juridisk fagdebatt og er ikke fulgt opp i dansk konstitusjonell praksis.<sup>523</sup>

Gulmann viser til at prosedyren i § 20 skaper problemer for myndighetsoverførende traktater av underordnet betydning, ettersom regjeringen vil vegre seg mot å legge slike ut til folkeavstemning dersom de ikke får nødvendig flertall i folketinget.<sup>524</sup> Dermed blir det paradoksalt nok vanskeligere å overføre mindre betydningsfull myndighet enn betydningsfull.<sup>525</sup> Dette kunne ikke være i tråd formålet bak vedtakelsen av § 20, nemlig å lette dansk deltakelse i internasjonalt samarbeid.<sup>526</sup> Gulmann viser også til det paradoksale i at mindretallsbeskyttelsen i § 20 kommer til anvendelse overfor mindre betydningsfulle myndighetsoverføringer, mens betydelig mer inngripende overføring av folkerettslig myndighet kan skje etter § 19.<sup>527</sup> Endelig peker han på likheten mellom jurisdiksjonsavtaler, som blir behandlet etter § 19, og mindre betydningsfulle myndighetsoverføringer.<sup>528</sup>

Gulmann mener derfor § 20 må tolkes slik ”at afgrænsningen foretages på en måde, der ikke alene tager skyldigt hensyn til bestemmelsens formål, men også fører til, at fortolkningens resultater bliver rimelige set på baggrund af almindelige demokratiske

---

<sup>522</sup> Gulmann side 83.

<sup>523</sup> Hartig Danielsen side 382.

<sup>524</sup> Se avsnitt 2.7.

<sup>525</sup> Gulmann side 79.

<sup>526</sup> Ibid. side 83.

<sup>527</sup> Ibid. side 80.

<sup>528</sup> Ibid. side 81.

prinsipper og lovgivers kompetence på andre lignende områder”.<sup>529</sup> Dette minner mye om begrunnelsen for unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring.<sup>530</sup> Gulmann erkjenner at det ikke lar seg gjøre å bruke uttrykket ”politisk relevante forslag, som der kan være nogen rimelighed i at få prøvet ved folkeafstemning” som avgrensningskriterium. I stedet mener han § 20 kan tolkes slik at ”den ikke omfatter overladelse af beføjelser til internatonale organer, når disse handler med hjemmel i regler, der præcist afgrænser organernes saglige kompetence, og som alene overlader organerne skønsbeføjelser vedrørende tekniske spørgsmål.”<sup>531</sup>

Gorm Toftegaard Nielsen kritiserer Gulmanns utfordring av skillet mellom folkerettslig og direkte virkning og analogien til jurisdiksjonsavtaler.<sup>532</sup> Han mener Gulmann hopper bukk over de hensyn som taler for at myndighet bør utøves av organer underordnet danske statsmakter,<sup>533</sup> og at Gulmann argumenterer på en måte som vil ”medføre en betydelig udhuling af de fundamentale forfatningsretlige principper, der er baggrunden for grundlovens § 20”.<sup>534</sup>

Eigil Mølgaard bifaller heller ikke Gulmanns syn. Hans viktigste argument er at det vil være umulig å finne anvendelige kriterier som kan brukes i avgrensningen av § 20, og viser til at Gulmanns forslag – presis avgrensning av organenes kompetanse og kun beføyelser til å avgjøre tekniske spørsmål – neppe er brukbare.<sup>535</sup>

At en viss unntaksadgang fra § 20 er blitt avvist i Danmark, viser at et pragmatisk unntak for ”lite inngripende” myndighetsoverføring ikke er selvsagt, men at det tvert om kan by på utfordringer. Særlig tatt i betraktning at hovedregelen det gjøres unntak fra er rent prinsipiell. Spørsmålet er så hvordan norsk praksis har forholdt seg til disse utfordringene.

---

<sup>529</sup> Ibid side 83.

<sup>530</sup> Se kapittel 3.

<sup>531</sup> Gulmann side 84.

<sup>532</sup> Toftegaard Nielsen side 189-191.

<sup>533</sup> Ibid. side 192.

<sup>534</sup> Ibid. side 194.

<sup>535</sup> Mølgaard side 198.

## 6.2 Problemet med å finne egnede kriterier og konsekvenser for rettstilstanden

Når det avgjørende kriterium er ”lite inngripende”, kan man spørre: ”Lite inngripende” for hva? For statens interesser eller for borgerne? Er det de *reelt* inngripende sidene ved myndighetsoverføring man ser etter, eller de mer *prinsipielle*, eller endog *symbolske*, for eksempel at Norge ved en myndighetsoverføring kommer i et underordningsforhold til andre stater? Som gjennomgangen av momentene har vist, kan alle slike argumenter ha relevans, i hvert fall hva angår Lovavdelingens praktisering av unntaket. Utfordringen i å finne egnede kriterier, som Mølgaard fremhever, har fått sin løsning i at ethvert moment kan ha betydning.

Det er likevel ett argument som ikke er relevant i en ”lite inngripende”-vurdering. Det er ikke relevant å vurdere hvor inngripende myndighetsoverføringen er sammenliknet med hva som ville vært tilfellet dersom det eksterne organs vedtak kun skulle ha folkerettslig virkning. Forskjellen fra at vedtaket skulle ha direkte virkning ville i mange tilfeller vært liten. I et pragmatisk perspektiv kunne man dermed sagt at det ikke er ”mer inngripende” at vedtaket skal ha direkte virkning enn det ville vært hvis det hadde folkerettslig virkning. Et slikt argument ville imidlertid ha undergravet det grunnleggende skillet mellom folkerettslig og direkte virkning. Samtidig illustrerer det at en blanding av prinsipiell og pragmatisk rettstenkning skaper en nokså paradoksal rettstilstand.

Hvordan de relevante momentene skal vektes i forhold til hverandre er diskutert under gjennomgangen av momentene. Reelle argumenter har relativt stor vekt. Dette kommer spesielt til uttrykk i Lovavdelingens vurdering av investeringstraktater, der de viktigste argumentene ser ut til å være hvilke reelle konsekvenser voldgiftsdomstolens avgjørelser kan ha for norsk rett og samfunn. Også i vurderingene av EU-rettsakter ser reelle argumenter ut til å ha betydelig vekt. Men at tvangskraftige vedtak om bøter og tvangsmulkt i EØS-avtalen ikke kunne anses ”lite inngripende” må derimot sees på som et rent prinsipielt argument. Den reelle virkningen av denne vedtakskompetansen ville – slik regjeringen selv påpekte – være minimal.

At nærmest ethvert argument kan inngå i en ”lite inngripende”-vurdering kan gjøre rettstilstanden lite forutsigbar. Vi så i kapittel 3 at hensynet til å skape klarhet var ett av

formålene med § 93. Fleischer mente klarhetsbehovet ville bli ivaretatt også om man så hen til hva tidligere konstitusjonell praksis hadde tillatt.<sup>536</sup> Både i lys av den praksis som har funnet sted fra EØS-avtalen til i dag og i lys av at man ikke vet hvilke samarbeidsformer fremtiden vil bringe, kan man nok stille spørsmålsteget ved om dette klarhetsbehovet er tilfredsstilt. Også Backer påpeker dette:

”Den konstitusjonelle praksis som foreligger, har utvilsomt gjort en del innhogg i norske statsorganers selvstendige utøvelse av lovgivende, utøvende og dømmende myndighet. Hittil er det alt i alt tale om forholdsvis små *direkte* begrensninger. Men den praksis som foreligger, og nye former for internasjonalt samarbeid, skaper en uklarhet som kan være plagsom når det gjelder å si hvor langt det er konstitusjonell adgang til å gi overnasjonale organer myndighet som norske statsorganer har. En slik uklarhet er det både i spørsmålet om når skranken i Grunnloven § 1 blir et absolutt hinder som bare kan forseres ved grunnlovsendring, og i spørsmålet om en slik overføring krever vedtak etter § 93.”<sup>537</sup>

Hvor forutsigbar rettstilstanden vil være kommer likevel i noen grad an på hvordan kriteriet praktiseres. Som vi skal se i neste avsnitt, står Lovavdelingen for høy grad av kontinuitet i praktiseringen av kriteriet. Vekten av ulike momenter avgjøres i stor grad av hvordan saken er blitt vurdert av Stortinget tidligere, eventuelt av Lovavdelingen i mangel av stortingsvedtak.

Lovavdelingen er ikke den eneste rettsanvenderen som vurderer om myndighet kan overføres etter § 26 annet ledd. Regjeringen og de enkelte departementer kan innhente betenkninger fra frittstående juridiske eksperter. Et eksempel er Utenriksdepartementets bestilling av Alvik og Dolvas betenkning om investeringstraktater. Spørsmålet blir dermed om ulike rettsanvendere har ulike tilnærminger, begrunnelser og konklusjoner, eller om rettsanvendelsen er enhetlig. Vi skal gjøre en sammenlikning mellom Lovavdelingen og Alvik og Dolva.

En første iøynefallende forskjell er at Alvik og Dolva ikke bruker ”lite inngripende-kriteriet”. De sier det ”har vært hevdet” at det avgjørende er om myndighetsoverføringen er

---

<sup>536</sup> Fleischer 1963 side 88.

<sup>537</sup> Backer side 54.

”lite inngripende”, men de mener et slikt kriterium er ”lite klargjørende”.<sup>538</sup> I stedet mener de det retningsgivende synspunktet for om overføring av domsmyndighet kan inngås etter § 26 annet ledd er i hvilken grad domsmyndigheten ”ligger i kjerneområdet av domstolenes alminnelige virksomhet, eller som gjelder sentrale deler av domstolenes konstitusjonelle oppgaver i forhold til de andre statsmaktene.”<sup>539</sup> Lovavdelingen vurderer investeringstraktatene opp mot ”lite inngripende”-kriteriet.<sup>540</sup>

Både Lovavdelingen og Alvik og Dolva kommer til at Grunnloven er til hinder for overføring av myndighet til en voldgiftsdomstol å oppheve et norsk myndighetsvedtak basert på norsk rett. Til dette spørsmålet har begge en prinsipiell tilnærming.<sup>541</sup>

Forskjellen i tilnærming finner man ved vurderingen av om myndighet til å avsi erstatningsdom eller fastsettelsesdom på grunnlag av at Norge har brutt folkerettens regler kan overføres til en voldgiftsdomstol etter § 26 annet ledd. Mens Lovavdelingen mener dette ikke er åpenbart,<sup>542</sup> mener Alvik og Dolva at det er akseptabelt.<sup>543</sup> Alvik og Dolvas begrunnelse er at det ikke ligger innenfor *kjernen* av norske domstolers kompetanse å ta stilling til hva som følger av folkeretten, at Norge har inngått liknende folkerettslige avtaler tidligere og at kriteriet direkte virkning ikke kan få betydning her ettersom den direkte virkningen er rettet mot staten. Lovavdelingen er mer opptatt av de reelle virkningene av en myndighetsoverføring. Også Lovavdelingen mener direkte virkning-kriteriet her har begrenset vekt,<sup>544</sup> men vurderingen kaster likevel lys over hva som ligger i ”lite inngripende”-vurderingen. Alvik og Dolva er ikke avvisende til at en slik myndighetsoverføring kan ha reelle virkninger, men mener den er grunnlovsmessig akseptabel dersom ”kjernen i norske domstolers kompetanse og konstitusjonelle rolle i forhold til myndighetskontroll er i behold”.<sup>545</sup> Og det er den så lenge voldgiftsdomstolen

---

<sup>538</sup> Alvik og Dolva side 9.

<sup>539</sup> L.c.

<sup>540</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 4.2.

<sup>541</sup> Avsnitt 5.3.2.1.

<sup>542</sup> JDLOV-1997-5405 punkt 7.3.5 og punkt 7.4.2.

<sup>543</sup> Alvik og Dolva side 14.

<sup>544</sup> Ibid. punkt 6.3.3. og 7.3.4.

<sup>545</sup> Alvik og Dolva side 12.

ikke gis ”kompetanse til å gripe inn og sette til side norske myndighetshandlinger, verken reelt sett eller formelt.”

Hvorfor bruker ikke Alvik og Dolva ”lite inngripende”-kriteriet? Én viktig grunn er nok at kriteriet er ulovfestet. Unntakets rettslige status kan også fremstå som uklar. Er unntaket en regel eller er det bare en retningslinje som det kan sees hen til, men som ikke er rettslig avgjørende? Som det vil ha fremgått i oppgaven har det rettslige konsekvenser om en myndighetsoverføring kan anses ”lite inngripende”, nemlig at § 26 annet ledd kan benyttes. Det kan nok likevel fremstå som uklart om ”lite inngripende”-kriteriet er den eneste rette tilnærmingen til spørsmålet. Det kan slik sett være en ulempe at ”lite inngripende”-kriteriet ikke er mer formalisert.

Forskjellen i rettsanvendelse mellom Alvik og Dolva og Lovavdelingen illustrerer en pluralistisk rettstilstand – at ulike rettsanvendere vurderer rettstilstanden ulikt, uten at disse står i et hierarkisk rangforhold til hverandre. Begge vurderinger kan få reell betydning for det videre arbeidet med en traktat. En fordel med pluralisme på dette området er at Lovavdelingens vurderinger utfordres. Etersom Lovavdelingen vanligvis gjør vurderingene er det en fare for at den får et uformelt monopol på hvordan Grunnlovens regler for myndighetsoverføring skal forstås. Et slikt monopol er ikke i tråd med noe lovfestet mandat. På den annen side bidrar en slik pluralisme til en uforutsigbar rettstilstand, der konklusjonen vil avhenge av hvem som blir spurt om råd. Pluralismen må sees i lys av fraværet av en konstitusjonsdomstol eller liknende instans med konstitusjonelt mandat til å ta stilling til hva som følger av Grunnloven *ex ante*<sup>546</sup> – før et stortingsvedtak er trådt i kraft.

### 6.3 Uthuling av skillet mellom direkte og folkerettslig virkning?

Ordlyden ”lite inngripende” er vag og vil yte lite motstand som skranke mot utvidelser av hva som kan anses å falle inn under ordlyden. Faren for uthuling av forfatningsrettslige prinsipper, slik Toftegaard Nielsen har advart mot i den danske juridiske debatt, er derfor

---

<sup>546</sup> Smith 2009 side 322.

reell. Hvorvidt faren faktisk realiseres i uthuling av skillet mellom folkerettslig og direkte virkning, vil komme an på hvordan kriteriet praktiseres.

Så langt jeg kan se har ikke Stortinget akseptert mer vidtgående myndighetsoverføringer enn det EØS-avtalen gjaldt. Ingen av myndighetsoverføringene som siden har funnet sted har dreid seg om kompetanse til å ilegge bøter eller liknende inngripende sanksjoner.

Når det gjelder Lovavdelingen er hovedinntrykket at den i vurderingene av myndighetsoverførende EU-rettsakter har vært forsiktig med å gå utover hva Stortinget tidligere har akseptert. De ulike momentene vurderes opp mot stortingspraksis. I en mangfoldig virkelighet er det likevel ikke alltid stortingspraksis gir veiledning. I slike tilfeller tar Lovavdelingen selvstendig stilling. I tvilstilfeller ser man at Lovavdelingen vil overlate det avgjørende ord til Stortinget. Dette kom tydelig til uttrykk i vurderingene av sikkerhetsklausulene i REACH- og GMO-forordningene:

”Etter Lovavdelingens syn befinner man seg her i en konstitusjonell gråsoner. Stortinget har ikke hatt til vurdering et tilfelle som det foreliggende, hvor et sentralt spørsmål er hvilken betydning en sikkerhetsklausul spesielt knyttet til den aktuelle ordningen har for å kunne avbøte uheldige virkninger av vedtak truffet av et overnasjonalt organ med direkte virkning.

(...)Med en tilpasning som foreslått av Kommisjonen antar vi imidlertid at Stortinget kan samtykke til innlemmelse av forordningen etter Grunnloven § 26 annet ledd, hvis Stortinget selv legger til grunn en slik forståelse av Grunnloven. Vi forutsetter da at det blir redegjort for de konstitusjonelle spørsmålene i en stortingsproposisjon i saken.<sup>547</sup>

Lovavdelingen understreker at saken er tvilsom og at det derfor må redegjøres for de konstitusjonelle spørsmålene, slik at Stortinget skal ha grunnlag for å ta selvstendig stilling. Det er imidlertid grunn til å tro at Stortinget sjelden vil ha rettslige innvendinger mot Lovavdelingens rettsanvendelse, såfremt saken ikke er politisk interessant. Det er derfor sannsynlig at Lovavdelingen rent faktisk vil kunne være en pådriver for en mer liberal praksis. Stortinget har ikke fått anledning til å ta stilling til disse tvilsomme tilfellene.

---

<sup>547</sup> JDLOV-2008-3772 punkt 3.



Grunnen er at regjeringen har fått fremforhandlet tilpasningstekster som reduserer graden av myndighetsoverføring eller helt ”luker ut” det myndighetsoverførende elementet. Islands forslag til REACH-forordningen – som Lovavdelingen under tvil fant kunne anses ”lite inngripende” – ble ikke fulgt opp.<sup>548</sup> Det ble valgt en tilpasningstekst som hindret at godkjenningsvedtakene ville få direkte virkning.

Myndighetsoverføringen i elektrisitetshandelsforordningen – som Lovavdelingen også under tvil fant kunne anses ”lite inngripende” – ble fjernet i tilpasningsteksten. Bakgrunnen for det kan man lese ut av forarbeidene til endringer i energiloven. I høringsrunden uttalte flere høringsinstanser seg kritisk til myndighetsoverføringen:

”FSN, LVK KS Bedrift og Advokatforeningen er alle skeptiske til at lovforslaget legger opp til en myndighetsoverføring til ESA med hensyn til adgang til direkte å kunne be om informasjon og illegge eventuelt overtredelsesgebyr ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av informasjonsplikten overfor ESA. Det vises til at dette ikke synes å være vanlig på andre områder.”<sup>549</sup>

Departementet medgir at påstanden om at slik myndighetsoverføring ikke har vært vanlig på andre områder er korrekt. Myndighetsoverføringen ble derfor nøye vurdert i EØS-komiteen, og det ble inntatt en tilpasningstekst som innebærer at kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr ble lagt til norske myndigheter i stedet for ESA.<sup>550</sup>

Det kan på denne bakgrunn late til at regjeringen er tilbakeholdende med å legge frem myndighetsoverføringer for Stortinget, selv om Lovavdelingen har funnet at de kan anses ”lite inngripende”. Men det er ikke grunnlag for å si at regjeringen har et annet syn enn Lovavdelingen på hvor den rettslige grensen går. Antakelig er det politiske grunner til at regjeringen ønsker mindre grad av myndighetsoverføring. I så fall illustrerer det at de rettslige grensene for hva som kan anses ”lite inngripende” ikke alltid korresponderer med hva som er politisk hensiktsmessig. Dette er også Lovavdelingen seg bevisst. I GMO-uttalelsen heter det:

---

<sup>548</sup> Se avsnitt 4.6.

<sup>549</sup> Ot.prp.nr.61(2005-2006) punkt 3.5.2.

<sup>550</sup> Ibid. punkt 3.5.4.

”En tilpasning av sikkerhetsklausulen, under de forutsetningene som er angitt i punkt 3, er sannsynligvis tilstrekkelig til at innlemmelse av forordningen kan skje med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd. Ut fra de hensynene som ligger bak Grunnlovens kompetansebestemmelser, er det likevel mer tilfredsstillende dersom norske myndigheter gis adgang til å treffe tilsvarende godkjenningsvedtak som Kommisjonen. Vi viser til at prinsipielle EØS-rettslige hensyn kan tilsi en slik løsning. Denne løsningen er tidligere valgt ved innlemmelse av forordninger som etablerer tilsvarende sentraliserte godkjenningsprosedyrer. Det vil ha selvstendig verdi å ha liknende tilpasningssystemer for forordninger og direktiver som innebærer tilsvarende grad av myndighetsoverføring. Å velge en annen løsning i dette tilfellet vil kunne ha en uheldig presedensvirkning for senere saker.”<sup>551</sup>

Grunnloven brukes her som et tolkningsmoment for hva som er konstitusjonelt ønskelig (men ikke rettslig nødvendig). I henvisningen til ”EØS-rettslige hensyn” ligger antakelig den opprinnelige forutsetning for inngåelse av EØS-avtalen at den ikke skulle gjøre det nødvendig med endringer i Grunnloven. Dette kan forstås slik at myndighetsoverføring ikke er ønskelig, selv om Grunnloven skulle tillate det. Dersom Norge godtar den type myndighetsoverføring GMO-forordningen omhandler, vil det kunne skape presedensvirkning som legger press på at Norge også i fremtiden skal godta liknende ordninger.

For investeringstraktatens vedkommende har det vært en markant utvikling i restriktiv retning. Uttalelsen i 1993 konkluderte med at myndighetsoverføringen var ”lite inngripende”.<sup>552</sup> I uttalelsen fra 1995 kom Lovavdelingen til at den aktuelle investeringstraktaten ikke medførte myndighetsoverføring. Man uttalte likevel: ”Etter vårt forrige brev har vi fått klarere for oss hvilke viktige norske samfunnsinteresser som kan stå på spill, og hvilken usikkerhet som kan råde om resultatet(...) Dette har betydning for vurderingen i forhold til § 93.”<sup>553</sup> I vurderingen fra 2002 gikk Lovavdelingen grundig inn på ulike utforminger av voldgiftsklausulen og fant – med varierende grad av tvil – at alle ville være ”inngripende”. Utviklingen i retning av mer restriktiv praksis er antakelig ikke

---

<sup>551</sup> JDLOV-2008-3772 punkt 5.

<sup>552</sup> Snr.798/93E side 9.

<sup>553</sup> Snr.95/91E side 10.

uttrykk for et annet syn på hva som generelt ligger i ”lite inngripende”-kriteriet. Snarere illustrerer det at ”lite inngripende”-kriteriet skifter innhold avhengig av hvilke spørsmål man til enhver tid anser som viktige.

#### 6.4 Rettsliggjøring av traktatinngåelsesprosessen?

Hvorvidt Norge skal inngå en ny traktat er først og fremst et politisk spørsmål, som regjeringen har ansvaret for etter § 26 første ledd.<sup>554</sup> Det rettslige spørsmålet begrenser seg til hvilken traktatinngåelsesprosedyre som er nødvendig. Men dersom en prosedyre anses såpass vanskelig å bruke at regjeringen heller lar være å inngå traktaten, vil den rettslige vurderingen være avgjørende for om traktaten overhodet vil inngås. Det kan diskuteres om dette er den reelle situasjonen i dag ettersom regjeringen vil vegre seg mot å bruke §§ 93 og 112. I den grad verken regjering eller storting vil utfordre Lovavdelingens rettsanvendelse, vil i praksis Lovavdelingens vurderinger bli avgjørende for om en traktat kan inngås. Når i tillegg ethvert argument som kan gjøre en myndighetsoverføring mer eller mindre inngripende er relevant i den rettslige vurderingen, kan man stille spørsmål ved om det skjer en rettsliggjøring av traktatinngåelsesprosessen.

Myndighetsoverførende EU-rettsakter har hittil ikke bydd på konstitusjonelle problemer. De myndighetsoverførende elementene har enten vært ”lite inngripende”, eller norske myndigheter har oppnådd tilpasningstekster som ivaretar Grunnloven. Men det er selvsagt en fare for at det i fremtiden kan dukke opp myndighetsoverføringer som det ikke er mulig å justere gjennom tilpasningstekster. Det samme problemet kan gjelde dersom det kommer mange ”lite inngripende” myndighetsoverføringer som til sammen vil kunne anses ”inngripende”. I slike saker vil Lovavdelingens vurderinger være avgjørende.

For investeringstraktatenes del kan det se ut som om Lovavdelingens grunnlovsmessige vurderinger har vært en viktig grunn til at Norge ikke har inngått

---

<sup>554</sup> Hvorvidt Stortinget kan instruere regjeringen til å inngå bestemte traktater, er omstridt. Under et parlamentarisk styresett vil nok regjeringen uansett følge Stortingets anmodninger.

investeringstraktater siden midten av 90-tallet.<sup>555</sup> Behovet for å inngå investeringstraktater har blitt påpekt en rekke ganger av stortingsrepresentanter.<sup>556</sup> Det tyder på at det er et politisk ønske om å inngå investeringstraktater. I et slikt perspektiv er det interessant å merke seg at Lovavdelingen har hatt en mer restriktiv vurdering av investeringstraktater enn Alvik og Dolva. Antakelig finnes det ikke noe svar på hvem som har den ”objektivt riktige” løsningen. Men det kan spørres om ikke hensynet til at traktatinngåelse er en politisk oppgave burde tilsi forsiktighet med å tillegge ethvert argument rettslig relevans.<sup>557</sup> Dette betyr ikke at Lovavdelingens argumenter i vurderingen av investeringstraktatene er uviktige. Spørsmålet er snarere om de ikke burde vært presentert som politiske argumenter, slik at de ble gjenstand for en politisk vurdering, og ikke en rettslig. Politikernes handlingsrom innsnevres jo flere argumenter som anses rettslig relevante og taler for at en myndighetsoverføring er ”inngripende”.

På den annen side kan man spørre om ”lite inngripende”-kriteriet også kan brukes til å utøve et politisk hensiktsmessighetsskjønn. Regjeringens anvendelse av kriteriet i EØS-avtalen kan sees som et eksempel på det.<sup>558</sup> I etterkant ser anvendelsen av kriteriet ut til å ha vært rent rettslig, uanfektet av politiske betraktninger.

Spørsmålet om rettsliggjøring av traktatinngåelsesprosessen må sees i lys av skillet mellom folkerettslig og direkte virkning. Bare myndighetsoverførende traktater blir underkastet en rettslig vurdering. Rent folkerettslige traktater vil som utgangspunkt være konstitusjonelt uproblematisk, og vil utelukkende være gjenstand for en politisk vurdering. Slik fører skillet mellom direkte og folkerettslig virkning til en forskjellsbehandling av traktater. Dette kan fremstå som særlig paradoksal all den tid rent

---

<sup>555</sup> Nordtømme side 584 note 61 og side 571 note 21. Se også henvisninger til grunnlovsmessige problemer i brev fra utenriksministeren til utenrikskomiteen, 24. mai 2006, trykt som vedlegg til Innst.S.nr.204(2005-06).

<sup>556</sup> Se skriftlige spørsmål fra henholdsvis Børge Brende (H) besvart 17. februar 2006 (Dokument nr.15:463(2005-2006)) Finn Martin Vallersnes (H) besvart 9. november 2006 (Dokument nr.15:133(2006-2007)).

<sup>557</sup> Hensynet til å la politikerne få spillerom i tolkningen er også drøftet av Sejersted 2002 side 63.

<sup>558</sup> Se avsnitt 5.5.1.

folkerettslige traktater i vel så stor grad kan legge reelle bånd på norsk handlefrihet og suverenitet som de myndighetsoverførende.

## 7 Kilderegistre

### 7.1 Litteratur

I alfabetisk rekkefølge

- Ivar Alvik og Trond Dolva: *Utredning og anbefaling av løsningsalternativer til en norsk modell-bilateral investeringsavtale (BIT)*. Notat til Rettsavdelingen i UD, 7. juni 2006.
- Johs. Andenæs og Arne Fliflet: *Statsforfatningen i Norge*. 10.utgave, Universitetsforlaget 2006.
- Johs. Andenæs: *Konstitusjonelle spørsmål ved Norges tilslutning til Det europeiske økonomiske fellesskap*. Utredning til Stortinget utvidede utenriks- og konstitusjonskomité. I Dok.nr.3(1961-62) side 10.
- Johs. Andenæs: *Rettsspørsmål i forbindelse med norsk tilslutning til EEC*. Utredning til Statsministeren. I Dok.nr.10(1966-67) side 8.
- Inge Lorange Backer: *Er Norge fortsatt en selvstendig stat?* I Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith side 43. (Hentet fra Lovdata.)
- Sverre Blandhol: *Hva er pragmatisme?* I Tidsskrift for Rettsvitenskap 2005 side 491. (Hentet fra Lovdata)
- Sverre Blandhol: *Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse*. I Tidsskrift for rettsvitenskap 2004 side 365 (Hentet fra Lovdata)
- Erik Boe: *Norges Schengenavtale fra 1998 og Grunnloven*. I Erik Boe og Fredrik Sejersted: *Schengen og grunnloven*. Universitetsforlaget 1999.
- Frede Castberg: *Norges statsforfatning bind 2*. 1. utgave. Oslo 1935.
- Frede Castberg: *Foredrag under emnet Konstitusjonelle spørsmål som oppstår ved statens deltagelse i internasjonale organisasjoner*. I forhandlinger på det tyvende nordiske juristmøte i Oslo den 23.-25. august 1954 side 59. Oslo 1956.
- Frede Castberg: *Norges statsforfatning bind 2*. 3. utgave. Universitetsforlaget 1964.

- Frede Castberg: *Det europeiske fellesskap og den norske grunnlov*. Utredning til Stortingets utvidede utenriks- og konstitusjonskomité. I Dok.nr.3(1961-62) side 3.
- Frede Castberg: *Spørsmålet om tilslutning til de europeiske fellesskap – forholdet til Grunnloven*. Utredning til Statsministeren. I Dok.nr.10(1966-67) side 2.
- Erik Colban: *Stortinget og utenrikspolitikken*. Universitetsforlaget 1961.
- Jens Hartig Danielsen: *Suverenitetsafgivelse*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1999.
- Torstein Eckhoff: *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Universitetsforlaget 2001.
- Torstein Eckhoff: *EF og Grunnloven*. I Jussens venner 1990 side 196. (Hentet fra Lovdata)
- Torstein Eckhoff: *Lovavdelingens rettskapende uttalelser*. I Festskrift til Lovavdelingen – 100 år, 1885-1985. Universitetsforlaget 1986.
- Asbjørn Eide: *Rettslige sider ved spørsmålet om å gjøre NATO til atommakt*. I Lov og Rett 1963 side 207.
- Ståle Eskeland: *Grunnloven og Schengen-samarbeidet*. Gyldendal 1997.
- Carl August Fleischer: *Grunnloven § 93*. I Jussens venner 1963 side 73. (Hentet fra Lovdata)
- Carl August Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode*. Ad Notam Gyldendal 1998.
- Carl August Fleischer: *Folkerett*. Universitetsforlaget 2005.
- Arne Fliflet: *Grunnloven med kommentarer*. Universitetsforlaget 2005.
- Hans Petter Graver: *Nyere linjer i norsk rettsvitenskap*. I Lov og Rett 1998 side 579. (Hentet fra Lovdata)
- Hans Petter Graver: *Dømmer Høyesterett i siste instans?* I Jussens venner 2002 side 263. (Hentet fra Lovdata)
- Hans Petter Graver: *Grunnloven § 93 og norsk EU-medlemskap*. I Kritisk Juss 2005 side 286. (Hentet fra Lovdata)
- Hans Petter Graver: *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*. I Tidsskrift for Rettsvitenskap 2006 side 189. (Hentet fra Lovdata)

- Claus Gulman: *Nogle forfatningsretlige problemer i forbindelse med den danske deltagelse i internationalt samarbejde*. Juristen & økonomen 1979.
- Finn Hiorthøy: *Grunnloven og forholdet til utlandet*. i Jussens venner nr. 3 1952.
- Justisdepartementets lovavdeling. *Det europeiske økonomiske fellesskap (Roma-traktaten) i forhold til norsk grunnlov*. Utredning til Stortingets utvidede utenriks- og konstitusjonskomité. I Dok.nr.3(1961-62) side 40.
- Eigil Mølgaard: *Overdragelse af beføjelser til internationale myndigheder – grundlovens § 20*. I Juristen & økonomen 1980.
- Gorm Toftegaard Nielsen: *Overdragelse av beføjelser til mellemfolkelige myndigheder*. I Juristen & økonomen 1980.
- Nordrum, Jon Christian Fløysvik: *Suveræniteten og internationale investeringsaftaler*. Fra det 38. nordiske juristmøte 2008.  
[http://jura.ku.dk/njm/38/Jon\\_Christian\\_F\\_Nordrum.pdf](http://jura.ku.dk/njm/38/Jon_Christian_F_Nordrum.pdf) [27. mai 2010]
- Nordtømme, Per Christian: *Folkerettens regler om beskyttelse av utenlandske investeringer*. I: Industribygging og rettsutvikling. Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum. Fagbokforlaget 2005.  
[http://www.hydro.com/library/attachments/no/Festskrift\\_72dpi.pdf](http://www.hydro.com/library/attachments/no/Festskrift_72dpi.pdf) [27. mai 2010]
- Torkel Opsahl: *Fellesmarkedet og Norge – noen juridiske spørsmål*. Trykt i Jussens venner 1961. I Torkel Opsahl: Statsmakt og menneskerett, bind 1, statsrett. Ad Notam Gyldendal 1995.
- Torkel Opsahl: *Selvstendighet og kongedømme*. Trykt i Tidsskrift for rettsvitenskap 1969. I Torkel Opsahl: Statsmakt og menneskerett, bind 1, statsrett. Ad Notam Gyldendal 1995.
- Torkel Opsahl: *Spørsmålet om en norsk tilslutning til de europeiske fellesskap – forholdet til grunnloven*. Utredning til Statsministeren. I Dok.nr.10(1966-67) side 17.
- Morten Ruud og Geir Ulfstein: *Innføring i folkerett*. 3. utgave. Universitetsforlaget 2006.
- Fredrik Sejersted m.fl.: *EØS-rett*. 2. utgave. Universitetsforlaget 2004.
- Fredrik Sejersted: *Kontroll og konstitusjon*. Cappelen 2002.



- Fredrik Sejersted: *Schengen og grunnloven*. I Erik Boe og Fredrik Sejersted: Schengen og grunnloven. Universitetsforlaget 1999.
- Carsten Smith: *Grunnlovsvedtak istedenfor § 93-vedtak?* Lov og Rett 1972 side 290. (Hentet fra Lovdata)
- Eivind Smith: *Konstitusjonelt demokrati*. Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke 2009.
- Eivind Smith: *Forvaltningsrett*. 9. utgave. Universitetsforlaget 2010.
- Per Stavang: *Parlamentarisme og folkestyre. Utvalde statsrettslege emne*. 4. utgåve. Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke 2002.
- Max Sørensen: Foredrag under emnet Konstitusjonelle spørsmål som oppstår ved statens deltakelse i internasjonale organisasjoner. I forhandlinger på det tyvende nordiske juristmøte i Oslo den 23.-25. august 1954 side 66. Oslo 1956.
- Utenriksdepartementets rettsavdeling v/ekspedisjonssjef Jens Evensen i samarbeid med byråsjefene Egil Amlie og E.F. Onstad, førstesekretærene Ulf Underland og C.A. Fleischer. *Norge og Det europeiske økonomiske fellesskap. En rettslig vurdering*. I Dok.nr.3(1961-62) side 20.

## 7.2 Stortingsdokumenter

I kronologisk rekkefølge

- Dok.nr.14(1929) Endring av Grunnloven § 26. Forslag fra Johan Nygaardsvold, Olav Schaflo, Harald Gram og Martin Handberg til forandring i Grl. § 26.
- Innst.S.nr.47(1931) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen angående forslag til forandring i Grl. § 26.
- St.meld.nr. 89(1951) Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner.
- Innst.S.nr.114(1952) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om Grunnloven og Norges deltakelse i internasjonale organisasjoner (om St.meld.nr.89 (1951).)
- Dok.nr.11(1952) Forslag fra Rakel Seweriin, Herman Smitt Ingebretsen, Konrad Knutsen og Neri Valen til ny § 93 i Grunnloven.

- Innst.S.nr.185(1956) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomitéen om
- Dok.nr.17(1956) Forslag fra Finn Moe til § 93 i Grunnloven.
- Innst.S.nr.292(1959-60) Innstilling fra utenriks- konstitusjonskomitéen om forslag fra Finn Moe til ny § 93 i Grunnloven.
- Innst.S.nr.302(1959-60) Innstilling fra utenriks- konstitusjonskomitéen om forslag fra representanten Finn Moe til ny § 93 i Grunnloven.
- Dok.nr.13(1959-60) Forslag fra Alv Kjøs, Hans Offerdal, Per Borten, Bent Røiseland og Erling Wikborg til ny § 93 i Grunnloven.
- Dok.nr.3(1961-62) Utredninger m.v. om Det europeiske økonomiske fellesskap i forhold til den norske Grunnlov.
- Innst.S.nr.100(1961-62) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om forslag til ny § 93 i Grunnloven.
- Stortingstidende (1961-62) Forslag til ny § 93 i Grunnloven.
- Innst.S.nr.149(1962-63) Innstilling fra militærkomiteen om norsk deltakelse i opprettelsen av et felles luftforsvarssystem for den europeiske delen av NATO-området.
- Dok.nr.10(1966-67) Betenkningsrapporter fra professorene Frede Castberg, Johs. Andenæs og Torkel Opsahl om de konstitusjonelle spørsmål i tilknytning til Norges forhold til de europeiske fellesskap.
- St.prp.nr.57(1966-1967) Om samtykke til ratifikasjon av konvensjonen av 18. mars 1965 om bileggelse av investeringstvister mellom stater og andre staters borgere. (ICSID-konvensjonen)
- NOU 1972:16 Gjennomføring av lovkonvensjoner i norsk rett.
- Innst.S.nr.121(1984-85) Overenskomst mellom Norge og Østerrike om anerkjennelse og fullbyrding av rettsavgjørelser i sivile saker.
- St.prp.nr.100(1991-92) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS).
- Innst.S.nr.248(1991-92) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992.

- Stortingstidende (1992-93). Om samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen.
- St.prp.nr.42(1996-1997) Om samtykke til ratifikasjon av samarbeidsavtale av 19. desember 1996 mellom partene i Schengenavtalen og Schengenkonvensjonen, og Island og Norge om avskaffelse av personkontroll på de felles grenser.
- Innst.S.nr.229(1996-97) Innstilling fra utenrikskomiteen om samtykke til ratifikasjon av samarbeidsavtale av 19. desember 1996 mellom partene i Schengenavtalen og Schengenkonvensjonen, og Island og Norge om avskaffelse av personkontroll på de felles grenser.
- Stortingstidende (1996-97) Om samtykke til ratifikasjon av Schengenavtalen.
- St.prp.nr.50(1998-99) Om samtykke til inngåelse av en avtale mellom Rådet for Den europeiske union og Republikken Island og Kongeriket Norge om de sistnevnte statenes tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket
- Innst.S.nr.147(1998-1999) Innstilling fra utenrikskomiteen om samtykke til inngåelse av en avtale mellom Rådet for Den europeiske union og Republikken Island og Kongeriket Norge om de sistnevnte statenes tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket.
- Stortingstidende (1998-99) Om tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket med videre.
- St.prp.nr.15(2002-2003) Om samtykke til ratifikasjon av en avtale med tilhørende vedlegg mellom EFTA-statene og Singapore undertegnet på Island 26. juni 2002 (frihandelsavtale)
- St.prp.nr.44(2004-2005) EASA-forordningen Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 179/2004 av 9. desember 2004 om innlemmelse i EØS-avtalen av europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1592/2002 om felles regler for sivil luftfart og om opprettelse av et europeisk byrå for flysikkerhet (EASA)
- Innst.S.nr.164(2004-2005)Innstilling fra samferdselskomiteen om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 179/2004 av 9. desember 2004 om

innlemmelse i EØS-avtalen av europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1592/2002 om felles regler for sivil luftfart og om opprettelse av et europeisk byrå for flysikkerhet (EASA)

- Stortingstidende (2004-05) Om samtykke til godkjenning av innlemmelse av EASA-forordningen.
- Ot.prp.nr.61(2005-2006) Om lov om endringer i lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven)
- St.prp.nr. 52 (2005-2006) Om samtykke til godkjenning av avgjerd i EØS-komiteen nr. 146/2005 av 2. desember 2005 om innlemming i EØS-avtala av direktiv 2003/54/EF (elektrisitetsdirektiv II), direktiv 2003/55/EF (gassmarkedsdirektiv II), forordning 1228/2003/EF (grensehandel) og kommisjonsavgjerd 2003/796/EF (europeisk gruppe av reguleringsstyresmakter)
- Innst.S.nr.204(2005-2006) Innstilling fra utenrikskomiteen om samtykke til ratifikasjon av en frihandelsavtale mellom EFTA-statene og Republikken Korea og en bilateral landbruksavtale mellom Kongeriket Norge og Republikken Korea, begge av 15. desember 2005
- St.prp.nr.53(2006-2007) Om samtykke til ratifikasjon av Den europeiske patentkonvensjonen (EPC) av 5. oktober 1973 og tiltredelse av Revisjonsakten av 29. november 2000
- Innst.S.nr.253(2006-2007) Innstilling fra næringskomiteen om samtykke til ratifikasjon av Den europeiske patentkonvensjonen (EPC) av 5. oktober 1973 og tiltredelse av Revisjonsakten av 29. november 2000
- St.prp.nr.49(2007-2008) Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 25/2008 av 14. mars 2008 om innlemmelse i EØS-avtalen av forordning (EF) nr. 1907/2006 om registrering, vurdering, godkjenning og restriksjoner av kjemikalier (REACH) og etablering
- Innst.S.nr.246(2007-2008) Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 25/2008 av 14. mars 2008 om innlemmelse i EØS-avtalen av forordning (EF) nr. 1907/2006 om registrering,

vurdering, godkjenning og restriksjoner av kjemikalier (REACH) og etablering av et europeisk kjemikaliebyrå (ECHA), samt direktiv 2006/121/EF om regelverk for kjemikalier

- Stortingstidende (2007-08) Om samtykke til godkjenning av innlemmelse av REACH-forordningen.
- Dokument nr.15:463(2005-2006) Skriftlig spørsmål fra Børge Brende (H) til nærings- og handelsministeren.
- Dokument nr.15:133(2006-2007) Skriftlig spørsmål fra Finn Martin Vallersnes (H) til utenriksministeren.

### 7.3 Lovavdelingens uttalelser

- Saksnummer 798/93 E. *Voldgift mellom stater og private investorer*. Brev til Utenriksdepartementet 10. mai 1993. (upublisert)
- Saksnummer 95/91 E. *Det europeiske energicharter – visse spørsmål av betydning for norsk undertegning*. Brev til Utenriksdepartementet 28. mars 1995. (upublisert)
- JDLOV-1997-5405. *Voldgiftsklausuler i bilaterale investeringsbeskyttelsesavtaler - Konstitusjonelle spørsmål*. 11. januar 2002. (Hentet fra Lovdata)
- JDLOV-2002-398. *Grunnloven § 93. Konstitusjonelle spørsmål i tilknytning til artikkel 16 i rådsforordning 2003/1/EF 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i EF-traktatens artikkel 81 og 82*. (Hentet fra Lovdata)
- JDLOV-2004-5639. *Grunnloven § 93 mv*. Brev til Olje- og energidepartementet 8. desember 2004. (Hentet fra Lovdata)
- JDLOV-2007-4058a. *Konstitusjonelle spørsmål ved innlemmelse av REACH-forordningen*. Brev til Miljøverndepartementet 25. juni 2007. (Hentet fra Lovdata)
- JDLOV-2007-4158b. *Konstitusjonelle sider ved innlemmelse av REACH-forordningen i EØS-avtalen*. Brev til Miljøverndepartementet 18. september 2007. (Hentet fra Lovdata)
- JDLOV-2008-3772. *Tilpasningstekst til forordning (EF) nr. 1829/2003 og forholdet til Grunnloven § 26 og § 93*. Brev til Helse- og omsorgsdepartementet 11. mars 2009. (Hentet fra Lovdata)

- JDLOV-2009-7963. *Grunnlovsvurdering – innlemmelse i EØS-avtalen av forordning (EF) nr. 216/2008*. Brev til Samferdselsdepartementet av 18. januar 2010. (Hentet fra Lovdata)
- Internt notat av 14.2.1990. *Spørsmål om norsk tilslutning til den europeiske patentkonvensjonen. Forholdet til Grunnloven § 93*. Vedlagt arbeidsgrupperapporten i forbindelse med norsk tilslutning til Den europeiske patentkonvensjon, 21. juni 2005.  
[http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/rapporter\\_planer/rapporter/2005/den-europeiske-patentkonvensjonen---arbe.html?id=106455](http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/rapporter_planer/rapporter/2005/den-europeiske-patentkonvensjonen---arbe.html?id=106455) [28. mai 2010]

#### 7.4 Domsregister

- Rt-1952-1089
- Rt-1976-1
- Rt-1980-52
- Rt-1996-1415
- Rt-1997-580
- Rt-2007-1281
- Rt-2007-1308
- Rt-2009-1118
- Rt-2010-143
- HR-2010-807-P
- UfR1996-1300HD

#### 7.5 Andre offentlige dokumenter

- Vedlegg til utkast til modellavtale. Kommentarer til modell for fremtidige investeringsbeskyttelsesavtaler. Næringsdepartementet 19. desember 2007.  
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler/-4.html?id=496026> [28. mai 2010]

- Brev til Justis-, Miljøvern-, Nærings- og handels-, Finans-, og Olje- og energidepartementet fra Utenriksdepartementet 14. juni 2006: *Utredning om bilaterale investeringsbeskyttelsesavtaler*.
- Interdepartemental arbeidsgrupperapport i forbindelse med norsk tilslutning til Den europeiske patentkonvensjon, 21. juni 2005.  
[http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/rapporter\\_planer/rapporter/2005/den-europeiske-patentkonvensjonen---arbe.html?id=106455](http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/rapporter_planer/rapporter/2005/den-europeiske-patentkonvensjonen---arbe.html?id=106455) [28. mai 2010]

## 7.6 Øvrige internettadresser

De nøyaktige adressene med siteringsdato er oppgitt underveis i teksten.

- Lovdata. Database for norsk rett. [www.lovdata.no](http://www.lovdata.no)
- Retsinformation. Database for danske rett. [www.retsinformation.dk](http://www.retsinformation.dk)
- Regjeringens hjemmeside. [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no)
- United Nations Conference on Trade and Development. [www.unctad.org](http://www.unctad.org)
- Den norske EU-delegasjonens hjemmeside. [www.eu-norge.org](http://www.eu-norge.org)
- Nærings- og handelsdepartementets hjemmeside.  
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/>
- Eur-lex. Database for EU-rett. <http://eur-lex.europa.eu>
- Utenriksdepartementets traktatregister. [www.lovdata.no/traktater/](http://www.lovdata.no/traktater/)
- Stortingets hjemmeside. [www.stortinget.no](http://www.stortinget.no)

## 7.7 Personlige meddelelser

- E-post fra Michael Jensen professor ved Aarhus universitet, Danmark. Om nyere utvikling i dansk konstitusjonell rett, 21. mai 2010.
- Samtale med Irvin Høyland, avdelingsdirektør i Utenriksdepartementets rettsavdeling, seksjon for EØS-, handels- og miljørett. 24. november 2009.