

EU-byråene, Grunnloven og EØS-avtalens bærekraft

Da EØS-avtalen ble fremforhandlet, representerte konkurranseretten et enslig unntak fra prinsippet om nasjonal håndhevelse av fellesskapsretten. På alle andre områder var forvaltningen av markedsregelverket overlatt til nasjonale forvaltningsmyndigheter; Kommisjonens eneste sanksjonsmiddel var tid- og ressurskrevende traktatbruddssøksmål for EU-domstolen. Grunnen til at Grunnloven § 93 (nå § 115) måtte tas i bruk da EØS-avtalen ble godkjent av Stortinget, var ene og alene myndighetsoverføringene til ESA og EFTA-domstolen på konkurranserettens område.

I de 25 år som er gått siden da, har dette endret seg markant. Utviklingen i EU har gått i retning av styrket overnasjonal samordning og kontroll med den nasjonale håndhevelsen av EU-retten. I en del tilfeller er det Kommisjonen som har fått utvidete fullmakter, men oftere er myndighet lagt til egne, uavhengige EU-byråer. EØS-relevante eksempler er EU-byråene som sysler med energi, finansielle tjenester, flysikkerhet, jernbane, kjemikalier, legemidler, matsikkerhet, miljø, næringsmiddeltrygghet, personvern, sjøsikkerhet og telekommunikasjon.

I den norske EØS-debatten fremstilles gjerne EU-byråene som ledd i utviklingen av et føderalt forvaltningsapparat i EU. Det er langt på vei riktig, men bildet nyanseres noe om man tar i betraktning byråenes uavhengige stilling vis-à-vis EU-kommisjonen. Byråenes myndighet følger direkte av rettsakter vedtatt av EU-lovgiver (Europaparlamentet og Rådet), og Kommisjonen har ingen generell instruksjonsmyndighet over dem. Byråene er dessuten regelmessig satt til å lede nettverk av nasjonale tilsynsmyndigheter, og deres besluttende organer er sammensatt av representanter fra disse nasjonale myndighetene. Selv om disse representantene forutsettes å opptre uavhengig av hjemlandets politiske myndigheter, sikrer de at nasjonale perspektiver og særegenheter kan hensyntas i større grad enn i et hierarkisk forvaltningsapparat med Kommisjonen på toppen.

Fremveksten av EU-byråene skyldes ikke bare et ønske om mer enhetlig håndhevelse av EUs markedsregler i en union med 28 medlemsstater og over 500 millioner innbyggere. I et stadig mer spesialisert indre marked er det krevende for nasjonale forvaltningsmyndigheter, særlig i mindre medlemsstater, å skaffe seg den fagkompetanse som er nødvendig for å håndheve regelverket – det være seg innen økonomi, tekniske fag, medi-

sinsk forskning eller annet. Det gir derfor god mening å utruste overnasjonale byråer med de ressurser som skal til for å være faglig oppdatert («pooling of resources»), særlig på rettsområder dominert av multinasjonale selskaper som ofte har vel så store ressurser som nasjonale tilsynsmyndigheter.

I et stadig tettere sammenvevd indre marked er det dessuten stigende behov for samordning og samarbeid mellom nasjonale tilsynsmyndigheter i grensekryssende saker. For markedsaktører som opererer i flere medlemsstater, er det ønskelig med mekanismer som sørger for at man bare trenger å forholde seg til tilsynsmyndighetene i én medlemsstat («one stop shop»-løsninger). Dette forutsetter imidlertid at eventuelle innsigelser fra tilsynsmyndigheter i andre medlemsstater koordineres og løses internt i det overnasjonale forvaltningsapparatet, om nødvendig i form av en avgjørelse fra et EU-byrå som binder de involverte nasjonale myndigheter.

For EU bidrar innveingen av de nasjonale forvaltningsmyndighetene i overnasjonale hierarkier til at man unngår å måtte bygge opp et stort, føderalt forvaltningsapparat. Dette ville ha vært svært kostbart, og det kunne ha ledet til uønskede spenninger mellom føderale og nasjonale forvaltningsorganer (slik man blant annet kjenner det fra USA). Bruken av medlemsstatenes eksisterende forvaltningssystemer er årsaken til at EUs eget forvaltningsapparat har kunnet forbli av beskjeden størrelse – arbeidet med å gjennomføre og håndheve EU-retten ligger fortsatt som utgangspunkt og hovedregel hos medlemsstatenes nasjonale forvaltningsmyndigheter, og det finansieres av nasjonale skattebetalere over nasjonale budsjetter.

De ulike EU-byråene er dessuten plassert rundt omkring i ulike medlemsstater, noe som både bidrar til at attraktive arbeidsplasser fordeles medlemsstatene imellom, og forebygger anklager om at all makt samles i Brussel.

Alt i alt er det derfor ikke til å undres over at rekken av EU-byråer blir stadig lengre, og at mange av byråene spiller en stadig viktigere rolle i utviklingen og håndhevelsen av EUs markedsregelverk.

For EØS-avtalens institusjonelle oppbygning med en egen EFTA-pilar med egne kontrollorganer (ESA og EFTA-domstolen) er dette imidlertid en utvikling som byr på utfordringer. Særlig utfordrende er det at stadig flere EU-byråer får kompetanse til å treffe avgjørelser som binder nasjonale myndigheter, typisk i tilfeller av konflikt mellom nasjonale tilsynsorganer fra to eller flere medlemsstater. For Norge (og Island) er det enda mer utfordrende at enkelte av byråene også har fått myndighet til å treffe vedtak med direkte virkning overfor private markedsaktører, fortrinnsvis i unntakstilfeller hvor de nasjonale forvaltningsorganene ikke reagerer med tilbørlig hurtighet på vedtak adressert til dem. Viktige eksempler fra de senere år er kompetansen tillagt EUs energiregulatorbyrå (ACER) og EUs finanstilsyn – Den europeiske banktilsynsmyndigheten (EBA),

Den europeiske tilsynsmyndigheten for forsikring og tjenestepensjon (EIOPA) og Den europeiske verdipapir- og markedstilsynsmyndigheten (ESMA).

På noen områder har EU-byråene også fått tildelt primær vedtakskompetanse. Viktige EØS-relevante eksempler er rettsområdene som faller inn under ansvarsområdet til Det europeiske kjemikaliebyrået (ECHA), Det europeiske legemiddelbyrået (EMA), Det europeiske fysikkerhetsbyrået (EASA) og Det europeiske mattilsynet (EFSA).

For Norges vedkommende har dette ført til en ny diskusjon om Grunnlovens skranke. Grunnloven forutsetter at lovgivende, utøvende og dømmende myndighet med direkte virkning i norsk rett som utgangspunkt og hovedregel må utøves av norske statsorganer. Paragraf 115 åpner for unntak, men verner om utgangspunktet med både materielle og prosessuelle vilkår: Myndighetsoverføringen må være saklig begrenset, skje til en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til, og vedtas av Stortinget med tre fjerdedels flertall av et oppmøte på minst to tredjedeler av representantene.

Det er statsrettslig omstridt om Grunnloven § 115 kan anvendes for å overføre myndighet *direkte* til EU-byråder. Spørsmålet er hva som skal til for at byråene i EØS-rettslig sammenheng kan anses som *felles* EØS-organer. EFTA-statene har i flere tilfeller de senere år fått gjennomslag for tilnærmet full deltakelse i byråenes virksomhet, men med ett viktig unntak: EU har avvist alle fremstøt for å sikre EFTA-statenes representanter stemmerett i byråenes besluttede organer. Om dette er godt nok i Grunnlovens forstand, er et spørsmål norske myndigheter ikke har ønsket å sette på spissen. I stedet har man i flere tilfeller bygget myndighetsoverføring direkte til EU-byråder på et ulovfestet unntak fra Grunnloven § 115: Etter det som hevdes å være sikker konstitusjonell praksis, står ikke Grunnloven § 115 i veien for myndighetsoverføring som Stortinget vurderer som «lite inngripende».

Sentrale momenter i vurderingen av om en myndighetsoverføring til EU-byråder kan passere som «lite inngripende», er arten av myndigheten som overføres (vurdert opp mot de enkelte kompetansebestemmelser i Grunnloven som det er tale om å gripe inn i), hvor strengt regelbundet EU-byråenes myndighet er, i hvilken grad norske myndigheter har mulighet til å avbøte eventuelle uheldige virkninger av myndighetsoverføringen, og de samfunnsmessige og politiske interessene som berøres. I grensetilfeller er det antatt at Stortingets vurdering kan være avgjørende, i hvert fall dersom den støttes av det tre fjerdedels flertall som Grunnloven § 115 krever.

Selv om vurderingskriteriet «lite inngripende» er utpreget skjønsmessig, er det grenser for hvor langt dette uskrevne unntaket fra Grunnloven § 115 kan strekkes. Dette ble tydelig i arbeidet med å knytte EFTA-statene til EUs finanstilsyn, som pågikk helt fra 2010 og frem til 2016. Den myndighet som EU-finanstilsynene har fått til å gripe inn

overfor private markedsaktører, kunne vanskelig karakteriseres som lite inngripende. Etter langvarige og vanskelige forhandlinger endte man opp med en løsning med ESA som koblingspunkt i tilfeller hvor et av EUs finanstilsyn håndterer saker som involverer tilsynsmyndigheter og/eller markedsaktører fra EFTA-statene. Stortinget kunne dermed i 2016 omsider godkjenne tilknytningen med hjemmel i Grunnloven § 115, uten å måtte ta stilling til om bestemmelsen også tillater myndighetsoverføring direkte til EU-byråer som EØS-komiteen har knyttet EFTA-statene til. Det er imidlertid klart nok snakk om en konstruksjon hvor ESAs rolle som beslutningstaker ikke er ment å være reell. All saksbehandling skal skje i EU-tilsynene, og det er en åpent uttalt forutsetning at ESA deretter treffer vedtak i overensstemmelse med de mottatte forslag.¹ I jakten på en løsning hvor man formelt sett unngikk å overføre beslutningsmyndighet direkte til EU-organer, ofret man markedsaktørenes rett til effektiv rettsbeskyttelse – ESAs «kopivedtak» kan ikke klages inn for EU-finanstilsynenes klagenemnd, og eventuell legalitetskontroll må skje per stedfortreder i EFTA-domstolen, uten foreleggelsesmulighet for EU-domstolen.²

Løsningen med «kopivedtak» fra ESA ble brukt på nytt da EØS-komiteen i 2017 tok EUs tredje energimarkedspakke inn i EØS-avtalen og med det knyttet EFTA-statene til ACER. Ved denne anledning fikk imidlertid EFTA-statene inn en tilpasning i EØS-komiteens vedtak som gjør det klart at ESAs kopivedtak skal rettes mot nasjonal reguleringsmyndighet, ikke mot private markedsaktører. Departementets opprinnelige vurdering var at dette var tilstrekkelig til å gå helt klar av Grunnloven § 115 ettersom bestemmelsens annet ledd inneholder et unntak for myndighetsoverføring som bare har rent folkerettslig virkning for Norge.³ En åpenbar innvending er imidlertid at energimarkedspakken samtidig krever at de nasjonale reguleringsmyndighetene skal være helt uavhengige, noe man i norsk rett har etterkommet ved å etablere en uavhengig enhet internt i NVE, med navnet «Reguleringsmyndigheten for energi» (RME). RMEs uavhengighet vil bli nedfelt i en egen bestemmelse i energiloven, som gjør det klart at RME ikke skal kunne instrueres av politiske myndigheter.⁴ I en ny vurdering av grunnlovsproblematikken kom Justisdepartementets lovavdeling til at dette innebærer overføring av internrettslig instruksjonsmyndighet fra regjeringen til ESA, men at det var tale om en så «lite inngri-

1. Se Prop. 100 S (2015–2016), kapittel 9.

2. Manglene knyttet til markedsaktørenes krav på effektiv rettsbeskyttelse påpekes og kritiseres av Ingrid Hertzberg og Tarjei Bekkedal, «Kompetanse uten kontroll? Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer», *Lov og Rett* 2018, side 205–226.

3. Prop. 4 S (2017–2018), kapittel 5.

4. Ny § 2-3, jf. lov 25. mai 2018 nr. 21 om endringer i energiloven (tredje energimarkedspakke) (ennå ikke i kraft).

pende» myndighetsoverføring at det ikke var nødvendig med et vedtak etter Grunnloven § 115.⁵ Stortingsflertallet sluttet seg til dette da Stortinget 22. mars i år, med hjemmel i Grunnloven § 26 annet ledd, samtykket til at EUs tredje energimarkedspakke innlemmes i EØS-avtalen. Det hører med at det på Stortinget var mer enn tre fjerdedels flertall for vedtaket, men antall representanter som deltok i avstemningen, var for lavt til at vedtaket i ettertid kan omklassifiseres til et § 115-vedtak.⁶

EU-lovgivers hang til å stille krav om at nasjonale tilsynsmyndigheter skal være uavhengige av medlemsstatenes politiske myndigheter, gjør at grunnlovsvurderingen i ACER-saken må antas å kunne få betydning også på andre områder i årene som kommer. Det må nå anses avklart at bindende vedtak fra EU-byråer eller ESA til nasjonale tilsynsmyndigheter som utleder sin uavhengige stilling av EØS-avtalen, skal anses som overføring av internrettslig instruksjonsmyndighet. Dette innebærer at slik overføring må holdes innenfor det «lite inngripende» for å gå klar av Grunnloven § 115.

Mer uklart er det om det er holdbart å fastholde, som Lovavdelingen gjør i den siste ACER-vurderingen, at vedtak adressert til nasjonale tilsynsmyndigheter bare har folkerettslig virkning og derfor faller utenfor anvendelsesområdet til Grunnloven § 115. Som Lovavdelingen selv påpeker, følger det av forarbeidene til EØS-loven at forvaltningsvedtak som er i strid med EØS-rettslige forpliktelser, kan bli kjent ugyldige uten hensyn til om de aktuelle forpliktelsene er gjennomført i norsk rett.⁷ Det fremstår anstrengt å hevde at et vedtak fra ESA som forutsetningsvis kan påberopes av private parter i norske domstoler for å få satt til side et avvikende vedtak fra RME, ikke har noen internrettslig virkning. På den annen side taler gode grunner for at skrankene i Grunnloven § 115 annet ledd bare retter seg mot internrettslige virkninger som foreskrives av de folkerettslige forpliktelsene – i motsetning til der norsk rett frivillig knytter internrettslige virkninger til folkerettslige regler. I motsatt fall vil bestemmelsen knapt ha noen reell betydning – det gjennomslag som presumsjonsprinsippet og de ulike folkerettsforbeholdene i lovgivningen gir folkerettslige forpliktelser i intern norsk rett, gjør at det i dag er få, om noen, folkerettslige forpliktelser som «bare har rent folkerettslig virkning for Norge».

Selv om man tolker Grunnloven § 115 annet ledd slik at det bare siktes til folkerettslig påkrevd internrettslig virkning, utfordres Lovavdelingens standpunkt av de EØS-rettslige prinsippene om EØS-konform fortolkning av nasjonal rett og statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-retten. Begge disse prinsippene stiller EØS-rettslige krav til ikke-

5. Justisdepartementets lovavdeling, *Tredje energimarkedspakke – grunnlovsvurdering*, 27. februar 2018.

6. 96 representanter deltok i avstemningen, hvorav 73 stemte for og 23 stemte imot; se referatet fra Stortingets møte 22. mars 2018, sak 7.

7. Ot.prp. nr. 79 (1991–92), side 4.

gjennomførte EØS-forpliktelsers gjennomslag i nasjonal rett, og begge prinsippene har vunnet tilslutning fra Høyesterett i plenum (hhv. Rt. 2000 side 1811 *Finanger I* og Rt. 2005 side 1365 *Finanger II*). Dersom RME skulle unnlate å etterkomme et bindende vedtak fra ESA/ACER, vil skadelidte markedsaktører kunne kreve erstatning av staten, og håndheve dette kravet for norske domstoler. Det fremstår da som noe anstrengt å hevde at ESAs vedtak bare har rent folkerettslig virkning for Norge. Men det kan argumenteres for at det er de uskrevne prinsippene om EØS-konform fortolkning og statlig erstatningsansvar som er årsaken til inkonsistensene, og at Høyesteretts anerkjennelse av dem ikke bør ha som sidevirkning at Stortinget må ta i bruk Grunnloven § 115 i større utstrekning enn forutsatt da EØS-avtalen ble ratifisert.

Uavhengig av hva man måtte mene om hvordan Grunnloven § 115 her skal forstås, er det utfordringer med EFTA-statenes tilknytning til EU-byråene. Disse utfordringene bør gi grunn til bekymring for det store flertall på Stortinget som mener at det er i Norges interesse at EØS-avtalen utvikles i takt med utviklingen av markedsreguleringen i EU.

For det første har det vist seg krevende å få EU med på de tilpasningene som norske myndigheter mener er påkrevd for å være på trygg konstitusjonell grunn. EU har generelt mye annet å bruke tid og krefter på enn konstitusjonelle særegenheter i en liten EFTA-stat, og forståelsen øker neppe av at de løsningene Norge til sist har endt opp med å argumentere for, fremstår som formaljuridiske konstruksjoner. Resultatet er at norske myndigheter bruker mye ressurser, og ditto politisk goodwill, på å få på plass institusjonelle tilpasninger, noe som forutsetningsvis går på bekostning av påvirkningsarbeidet overfor EU i mer substansielle saker.

Noe av problemet er at EU og EFTA-statene ikke har funnet frem til en standardtilknytning som kan anvendes på nye EU-byråer. Tilknytningen til EUs finanstilsyn og ACER er illustrerende. Utfordringen er imidlertid enda tydeligere for EØS-komiteébeslutningen som innlemmer EUs personvernforordning (General Data Protection Regulation – GDPR) i EØS-avtalen. I denne har EFTA-statene akseptert at det gjøres unntak fra to-pilar-strukturen: EUs nye personvernemnd (European Data Protection Board – EDPB) skal kunne treffe bindende beslutninger overfor EFTA-statenes tilsynsorganer, uten noen rolle for ESA. Begrunnelsen er todelt. For det første har ESA ingen særskilt ekspertise innen personvernjuss, og for det annet fryktet EFTA-statene at en to-pilar-løsning skulle svekke EFTA-statenes tilsynsmyndigheters mulighet til å delta i Personvernrådet.⁸ Til førstnevnte argument kan det innvendes at de færreste tilsynsorgan på forhånd har ekspertise innen områder som de ennå ikke har fått ansvar for, og at ESAs manglende ekspertise innen finanstilsyn eller energimarkedsregulering ikke ble oppfat-

8. Prop. 56 LS (2017–2018), kapittel 36.4.

tet som noe hinder da man fikk på plass tilknytningen til EUs finanstilsyn og til ACER. Til sistnevnte argument kan det innvendes at det formelle forsvaret for to-pilar-løsningen ikke svekket de nasjonale tilsynsmyndighetenes mulighet til å delta i arbeidet til EUs finanstilsyn og ACER. I begge tilfeller deltar EFTA-statenes tilsynsmyndigheter fullt ut i EU-byråenes arbeid, men uten stemmerett, noe som er samme betingelser som Datatilsynet nå har fått i EUs personvernemnd.

Den reelle begrunnelsen for å akseptere en «én-pilar-modell» på personvernområdet er trolig at man har erkjent at dette ganske enkelt er både enklere, billigere og bedre enn konstruksjonene man har endt opp med innen finans og energi. Så lenge man er trygg på at den involverte myndighetsoverføringen til EDPB kan passere som «lite inngripende», er heller ikke usikkerheten knyttet til medlemskapskriteriet i Grunnloven § 115 noe argument for en formell to-pilar-løsning med kopivedtak fra ESA. Spørsmålet er vel derfor snarere hvorfor man forsvarte to-pilar-modellen i ACER-saken, men det kan skyldes politiske vurderinger av hvor sensitivt energiområdet er for Norge.

Én-pilar-løsningen på personvernfeltet er imidlertid ikke så enkel og grei som den kan synes ved første øyekast. Norske myndigheter forutsetter nemlig at EØS-tilpasningene av GDPR bare innebærer overføring av tilsynsmyndighet, ikke dømmende myndighet. Dette innebærer at norske domstoler vil ha full kompetanse til å prøve ethvert vedtak fra Datatilsynet, selv om vedtaket skulle være diktert av et for Datatilsynet (folkerettslig?) bindende vedtak fra EUs personvernemnd. Internt i EU ivaretas behovet for sentralisert kontroll med gyldigheten av personvernemndas vedtak gjennom tvungne foreleggelses for EU-domstolen, men i et brev til justiskomiteen forutsetter departementet at dette ikke gjelder tilsvarende for EFTA-statenes domstoler.⁹ Dette er et såpass bemerkelsesverdig unntak fra det regimet som de nasjonale domstolene i EUs medlemsstater må avfinne seg med, at det er egnet til å bekymre at det ikke finnes spor av det i tilpasningstekstene vedtatt av EØS-komiteen. Det gjenstår derfor å se hvordan EU vil reagere dersom en norsk domstol på egen hånd faktisk går til det skritt å blokkere Datatilsynets mulighet til å effektivere et for Datatilsynet bindende vedtak fra EUs personvernemnd. En én-pilar-løsning som ikke inkluderer domstolsnivået, hviler i realiteten på en forutsetning om at norske domstoler ikke vil utøve den prøvingsretten som norske myndigheter forutsetter at de har i behold.

At det ikke finnes en standardtilknytning for EFTA-statenes tilknytning til EU-byråer, kan et stykke på vei forklares med innbyrdes forskjeller mellom de ulike byråene. Det kan også hevdes at skreddersøm generelt er bedre enn konfeksjon. Det er imidlertid også langt mer tid- og ressurskrevende.

9. Brevet er tatt inn som vedlegg til justiskomiteens innstilling, se Innst. 278 L (2017–2018).

Særlig bekymringsfull er situasjonen nå på finansmarkedsområdet, hvor den institusjonelle tilknytningen til EUs finanstilsyn foreløpig ikke har vært tilstrekkelig til å få bukt med etterslepet av vedtatte rettsakter som ennå ikke er innlemmet i EØS-avtalen. Finansdepartementets redegjørelse for dette i Finansmarkedsmeldingen fra 2018 er megetsigende:

«Selv om forholdet mellom EØS/EFTA-landene og EUs finanstilsynssystem ble avklart i 2016, er det krevende å forhandle frem tekster som operasjonaliserer prinsippløsningen for de enkelte rettsaktene. Som opplyst i Prop. 100 S (2015–2016) var det for to år siden om lag 200 EU-rettsakter på finansmarkedsområdet som ikke var tatt inn i EØS-avtalen i påvente av en avklaring av EØS/EFTA-landenes deltakelse i finanstilsynssystemet. Dette antallet har økt betydelig, og per 5. april 2018 er det ca. 300 finansrettsakter som er vedtatt i EU, men ennå ikke innlemmet i EØS-avtalen [...]»¹⁰

På finansmarkedsområdet forsterkes utfordringene av at EU-kommisjonen har fremmet forslag til en rekke nye rettsakter, som for tiden er til behandling i Europaparlamentet og Rådet. Kommisjonen har blant annet foreslått at EUs finanstilsyn skal få ytterligere fullmakter og virkemidler for å samordne tilsynspraksis i Europa.¹¹ Flere av endringene synes å gå utover det som med rimelighet kan omfattes av «lite inngripende»-unntaket fra Grunnloven § 115, blant annet utvidet myndighet til å gi bøter eller fastsette andre administrative sanksjoner overfor finansinstitusjoner.

For EFTA-statene er det også utfordrende at Kommisjonen foreslår vesentlige endringer i organiseringen av EUs finanstilsyn. Oppgaver og myndighet som i dag ligger til EU-tilsynenes *Board of Supervisors*, som består av lederne for de nasjonale tilsynsmyndighetene, skal overføres til et nytt utøvende styre (Executive Board). Dette styret skal bare bestå av lederen av tilsynsstyret og noen få fulltidsengasjerte medlemmer, oppnevnt av Rådet for en periode på 5 år. Kommisjonen vil være observatør i det utøvende styret. Om det vil være plass til medlemmer eller observatører fra EFTA-pilaren i dette styret, fremstår i beste fall som usikkert.

I en høringsuttalelse av april 2018 legger ikke EFTA-statene skjul på sin bekymring:

«The EEA EFTA States want to highlight the importance of maintaining the balanced solution found regarding EFTA participation in the governing of the ESAs [EUs tre finanstilsyn]. Regar-

10. Meld. St. 14 (2017–2018), punkt 3.3.

11. COM(2017) 536.

ding the Commission proposal to transfer important decision-making powers from the Board of Supervisors to a new ‘Executive Board’, it is difficult to see how the balance can be maintained, unless the EFTA States are allowed sufficient participation in such an Executive Board. The present governance structure, with EFTA participation, should be maintained.»¹²

Og:

«The procedure for transferring new powers from national authorities in the EEA EFTA States to the EFTA Surveillance Authority may [...] raise complicated constitutional and political issues which are challenging to solve.»¹³

For EFTA-statene er disse bekymringene reelle nok, men det er vel optimistisk å tro at Kommisjonen vil ta nevneverdig hensyn til dette i sitt arbeid for å få på plass det den selv betegner som en mer enhetlig tilsynspraksis gjennom et mer sentralisert, uavhengig og handlekraftig tilsyn på europeisk nivå.

Dersom Kommisjonens forslag blir vedtatt, er det duket for nye, vanskelige og erfaringsmessig tidkrevende forhandlinger om EØS-tilpasninger. Som en følge av Brexit er trolig EFTA-statenes forhandlingsposisjon nå enda svakere enn i perioden 2010–2016: EU kan vanskelig akseptere at markedsaktører fra tredjeland får full adgang til det indre marked for finansielle tjenester uten å underkaste seg samme overnasjonale kontrollregime som det EU-statene selv må leve med.

Det andre hovedproblemet ved EFTA-statenes tilknytning til EU-byråene er av politisk karakter. Den svært opphetede debatten om norsk tilknytning til ACER er illustrerende. Spørsmål om det forelå myndighetsoverføring i statsrettslig forstand, hvor inngripende denne i så fall var, og hvilken bestemmelse i Grunnloven Stortinget måtte ta i bruk, overskygget tidvis de energipolitiske argumentene for og imot norsk deltakelse i EUs energiunion. Det mange oppfattet som formaljuridisk uthuling av Grunnlovens bestemmelser om myndighetsoverføring, smittet over på vurderingen av de politiske argumentene for norsk tilknytning. For det store flertallet på Stortinget som mente at tilknytning til ACER er i Norges interesse, fortonet nok dette seg som en frustrerende avsporing av debatten. Det er imidlertid ikke til å undres over at den som bygger sin rettslige argumentasjon på formaljuridiske konstruksjoner, starter i motbakke når den etterfølgende politiske debatten handler om det er ja- eller nei-sidens spådommer om fremtiden som fremstår som mest troverdige.

12. EEA EFTA Comments on the European Supervisory Authorities and ESRB, 24. april 2018.

13. Ibid.

I debatten om Norges tilknytning til EU-byråene er det viktig å være oppmerksom på at *status quo* ikke er et reelt alternativ. Det er lite som tyder på at utviklingen av overnasjonale tilsynsstrukturer i EU vil stanse opp, og enda mindre som tyder på at EU vil kunne godta at EFTA-statene beholder full adgang til det indre marked uten å underkaste seg samme kontrollregime som det EU-statene har akseptert. For EFTA-statene står derfor valget mellom å underkaste seg EU-byråenes kontroll eller å akseptere begrensninger i markedsadgangen til de berørte delene av det indre marked. På Stortinget synes det å være et stort flertall for førstnevnte alternativ, men uten at dette flertallet har vært villig til å avklare og – om nødvendig – endre de konstitusjonelle skrankene for norsk tilknytning til EU-byråene.

Behovet for en mer generell avklaring av Grunnlovens regler om myndighetsoverføring til EU-organer ble påpekt av Europautredningen allerede i 2012, men forslaget om å utrede spørsmålet ble lagt bort av den rødgrønne regjeringen. De siste seks årene har den praktiske betydningen av de konstitusjonelle utfordringene vokst betraktelig. Tiden er nå overmoden for å ta Europautredningens oppfordring til følge. Innenfor rammene av EØS-avtalen bør uavhengige EU-organer – EU-byråene og EU-domstolen – betraktes som felles EØS-organer som Stortinget med kvalifisert flertall kan beslutte å overføre myndighet til. Stortinget bør enten avklare at medlemskapskriteriet i Grunnloven § 115 allerede i dag skal fortolkes slik, eller ta initiativ til å få endret Grunnloven på dette punkt. Dette vil ikke gjøre det lettere å overføre myndighet til EU-byråene enn i dag, men det vil ta bort behovet for kunstgrep i form av kopivedtak fra ESA, og det vil gi norske myndigheter og markedsaktører full tilgang til de rettssikkerhetsgarantiene som EU tilbyr. Det vil også legge til rette for at man i fremtiden kan konsentrere seg om det alt i alt er i Norges interesse å knytte seg til nye EU-byråder eller akseptere at eksisterende byråder får utvidede fullmakter, fremfor å diskutere om formaljuridiske konstruksjoner går klar av Grunnloven § 115.

Halvard Haukeland Fredriksen

Professor, UiB

E-post: Halvard.Fredriksen@uib.no
