

# Rett24



(Foto: Håkon Mosvold Larsen/NTB)

## Acerkjennelsen – Åpenbare rettsstatshensyn og parlamentarisk mindretallsvern

Tiden er overmoden for en grundig debatt om Grunnloven og EØS, mener  
artikkelforfatteren.

### Kommentar

[Halvard Haukeland Fredriksen](#)

Professor, UiB

9. mars 2021 kl. 11:18

Oppdatert: 9. mars 2021 kl. 19:47

Høyesteretts plenumskjennelse i Acer-saken endte med full prosessuell seier for Nei til EU. Ikke bare vil spørsmålet om Stortinget samtykket til EUs tredje energimarkedspakke på grunnlovsstridig vis nå bli realitetsbehandlet i domstolene. Grunnlaget er også lagt for at Nei til EU kan utfordre andre stortingsvedtak om myndighetsoverføring til uavhengige EU-byråer. Selv om deler av begrunnelsen for å fremme søksmålet gjelder fraværet av avklarende rettspraksis knyttet til Grunnlovens regler for myndighetsoverføring (avsnitt 181), tilsier den generelle utlegningen av tvistelovens prosessforutsetninger at det ikke kan være snakk om å betrakte akkurat Acer-saken som et særtilfelle.

Også etter at Høyesterett med tiden har fått sagt sitt om grensen mellom Grunnloven § 26(2) og § 115 i Acer-saken, må fremtidige stortingsvedtak om myndighetsoverføring til EU-byråer, EU-kommisjonen eller andre EU-organer kunne utfordres i domstolene. Og som Høyesterett selv påpeker: «*Myndighetsoverføring til internasjonale organer, ikke minst i sammenheng med EØS-samarbeidet, er et aktuelt og tilbakevendende spørsmål hvor ulike oppfatninger gjør seg gjeldende*» (avsnitt 180).

## Tidligere samtykkevedtak

I prinsippet må det nå være mulig for Nei til EU eller liknende interesseorganisasjoner å prøve også eldre vedtak om myndighetsoverføring, så fremt de fremdeles er i kraft. Interessante eksempler kan være Stortingets samtykke til Schengen-avtalen (1999), EUs finansbyråer (2016) og EUs personvernregime (GDPR, 2018). Også Stortingets samtykke i 1992 til selve EØS-avtalen må vel kunne

utfordres, fordi samtykket bygger på en forutsetning om at myndighetsoverføringen til Kommisjonens og EU-domstolen på konkurranserettens område kunne karakteriseres som «lite inngripende» og derfor kunne hjemles i Grunnloven § 26(2). Stridslysten vil nok i noen grad dempes av at utsiktene til å vinne frem kanskje ikke er de beste i alle disse eksemplene, men diskusjonene i miljøbevegelsen i forkant av saksanlegget i Klimasaken viser at risikoen for nederlag kan bli oppveid av mulighetene for å sette dagsorden.

For Høyesterett argumenterte staten v/Utenriksdepartementet for at det måtte være opp til Stortinget selv å avgjøre om samtykke til myndighetsoverføring skal gis med alminnelig flertall etter Grunnloven § 26(2), eller om det kreves tre fjerdedels flertall i henhold til § 115. Som Høyesterett påpekte, ville det i så fall «*være opp til et alminnelig flertall i Stortinget å avgjøre om det er nødvendig med tilslutning fra et kvalifisert flertall*» (avsnitt 79). Det kan knapt overraske at Høyesterett ikke kunne akseptere dette:

*«Etter mitt skjønn strider det mot åpenbare rettsstatshensyn om domstolene ikke under noen omstendigheter skulle kunne prøve om et politisk flertall holder seg innenfor Grunnlovens grenser på et område som dette» (avsnitt 80)*

At åpenbare rettsstatshensyn tilsier at et potensielt blokkerende mindretall på Stortinget må kunne be om domstolenes hjelp i et tilfelle hvor det mener at mindretallsvernet i § 115 settes til side av flertallet, er imidlertid ikke ensbetydende med at en organisasjon som Nei til EU må kunne gjøre det samme. Det er imidlertid ingenting i Høyesteretts etterfølgende drøftelse av prosessforutsetningene i tvisteloven §§ 1-3 og 1-4 som tilsier at det spilte noen rolle om det faktisk var noe potensielt blokkerende mindretall på Stortinget i Acer-saken, og heller ikke om et slikt mindretall ønsket rettslig prøving av valget av beslutningsprosedyre. Høyesterett viser til «den parlamentariske mindretallsgarantien i § 115» (avsnitt 81), men åpner i

realiteten for fullt ut privatisert håndhevelse av denne – i ytterste konsekvens på tvers av ønsket til det aktuelle mindretallet.

## Eksempel fra Tyskland

At et slikt scenario ikke er helt utenkelig, viser den tyske forfatningsdomstolens dom i fjor i en sak om 25 EU-staters samarbeid om en felles patentdomstol. I

Tyskland var samtykket gitt enstemmig av så vel Bundestag som Bundesrat, men det hindret ikke privat håndhevelse av valget av beslutningsprosedyre – med det resultat at ratifikasjonen ble underkjent fordi det ikke hadde vært et tilstrekkelig antall representanter til stede under avstemmingen. Den tyske forfatningsdomstolen gikk riktignok lenger enn Høyesterett ved å akseptere en klage inngitt av én enkelt velger (en advokat spesialisert i nasjonal tysk patentrett). Høyesteretts aksept av Nei til EU som en naturlig representant i alle saker som reiser spørsmål om myndighetsoverføring knyttet til EØS tilsier imidlertid at den praktiske forskjellen ikke trenger å være særlig stor.

Realiteten i Høyesteretts tilnærming til Grunnloven § 115 i Acer-kjennelsen er at mindretallsvernet i bestemmelsen ikke bare kan påberopes av stortingsrepresentantene, men også av organisasjoner som kan hevde å representere deres velgere. Høyesterett sier ikke dette rett ut, men er inne på det når man uttaler at «*[g]rensedragningen mellom § 26 andre ledd og § 115 kan derfor være av betydelig interesse for allmenheten – velgerne*» (avsnitt 64) og at disse bestemmelsene «indirekte» verner «*borgerne i sin alminnelighet*» ved at suverenitetsavståelse som omfattes av § 115, bare kan gjennomføres dersom et kvalifisert flertall av de demokratisk valgte representantene stemmer for det (avsnitt 79).

Den alternative forståelsen av § 115 som en parlamentarisk mindretallsgaranti som det må være opp til dette mindretallet å håndheve, drøftes ikke av Høyesterett. Én mulig forklaring er at Grunnloven dessverre ikke legger forholdene til rette for at et § 115-mindretall skal kunne håndheve sine rettigheter med Høyesteretts hjelp. Acer-saken selv er illustrerende: I Stortinget stemte flertallet ned to forslag fra hhv. KrF og Miljøpartiet de grønne om å innhente en betenkning fra Høyesterett, jf. Grunnloven § 83. Dersom Grunnloven § 115 hadde åpnet for at et tilstrekkelig stort mindretall kunne ta i bruk § 83 og be om Høyesteretts syn på mindretallsvernets rekkevidde, slik som tilfellet er blant annet i Tyskland, ville de åpenbare rettsstatshensynene som Høyesterett fremhevet langt på vei vært ivaretatt. Behovet for å tillate privat håndhevelse av Grunnloven § 115 ville da vært langt mindre enn det nå er.

## **Betenkelig mindretallsinnflytelse**

Mot den rettstilstanden vi nå har fått, kan det rettes samme innvendinger som mindretallet i den tyske forfatningsdomstolen rettet mot flertallet i saken om den europeiske patentdomstolen. Dersom Nei til EU ved neste korsvei ikke nøyer seg med et søksmål, men også begjærer midlertidig forføyning for å hindre at et samtykke etter grunnloven § 26(2) meddeles EØS-komiteen, er faren for EØS-rettslige komplikasjoner betydelig. Ettersom det ikke er mulig å trekke tilbake et samtykke som er meddelt EØS-komiteen, vil kravet til sikringsgrunn være oppfylt. Det kan også hevdes at fraværet av en «angrerett» tilsier at midlertidig forføyning må kunne besluttes selv om kravet ikke skulle være sannsynliggjort, jf. tvisteloven § 34-2(2).

Spørsmålet hva slags myndighetsoverføring som krever kvalifisert flertall er tidvis uklart. Risikoen for søksmål kan derfor føre til at stortingsflertallets handlingsrom innskrenkes i større utstrekning enn det er statsrettslig grunnlag for – ganske enkelt fordi flertallet, særlig i tidskrisiske tilfeller, kan føle seg tvunget til å få på plass

kvalifisert flertall «for sikkerhets skyld», og med det gi et mindretall en innflytelse som er demokratisk betenkelig. I tilfeller hvor et kvalifisert flertall på Stortinget mener det er hensiktsmessig å overføre nærmere angitt beslutningsmyndighet direkte til et EU-byrå, og dertil mener at dette kan gjøres med hjemmel i Grunnloven § 26(2) (slik som ved innføringen av GDPR i 2018), kan risikoen for privat håndhevelse tvinge norske myndigheter til å bruke politisk kapital på å få EU med på formaljuridiske «kopi»-løsninger med ESA som mellommann, som deretter kan forankres i Grunnloven § 115 – selv om «åpenbare rettsstatshensyn» tilsier at domstolskontrollen blir bedre om man sikrer søksmålsadgang direkte for EU-domstolen.

De konstitusjonelle utfordringene som det stadig økende antall uavhengige EU-byråer byr på for EØS-staten Norge, tilsier at tiden er overmoden for en grundig debatt om Grunnloven og EØS. Rammene for domstolsprøvingen av mindretallsvernet i § 115 bør inngå i denne debatten.

PS: Sagaen om den europeiske patentdomstolen ruller videre. Etter at forfatningsdomstolen opphevet ratifikasjonsvedtaket, vedtok parlamentet det på nytt etter riktig beslutningsprosedyre. Den nye ratifikasjonen ble imidlertid umiddelbart møtt med et **nytt saksanlegg**, hvor det anføres at sider ved det nye patentregimet ligger utenfor det den tyske grunnloven tillater, uansett beslutningsprosedyre. Mer enn åtte år etter at 25 EU-stater ble enige om å opprette patentdomstolen, har Tyskland derfor fremdeles ikke ratifisert den.