

EØS-rettens betydning for norsk forvaltning

Christoffer Conrad Eriksen



1 Innledning

Norsk forvaltning er underlagt en rekke rettsregler. Det gjelder regler for hvilke organer som har kompetanse til å utøve offentlig myndighet, forholdet mellom forvaltningsorganer, organenes saksbehandling, grenser for forvaltningens inngrep overfor private parter og domstolenes adgang til å kontrollere forvaltningen.

I mer enn hundre år har det i Norge vært vanlig å fremstille disse reglene som et eget rettsfelt, forvaltningsrett.¹ I flere sektorer gjelder det særskilte forvaltningsrettslige regler ofte etablert av særlovgivning, forskrifter, delegasjonsvedtak, instruksjer og praksis i enkeltsaker. Det er likevel noen forvaltningsrettslige regler som får anvendelse på tvers av sektorer, såkalt alminnelig forvaltningsrett.

Kildene til de alminnelige forvaltningsrettslige reglene har endret seg over tid. Når man i Norge begynte å snakke om forvaltningsrett, var man frem til 1900-tallet stort sett opptatt av politianordningen for København vedtatt 22. oktober 1701.² Dette var kjernen i Aschehougs og Schweigaards forelesninger om forvaltningsrett frem til slutten av 1800-tallet.³

For drøye 40 år siden, i 1980, var rettskildebildet helt annerledes. En norsk forvaltningslov (1967) og offentlighetslov (1970) var vedtatt og hadde trådt i kraft. Høyesterett hadde utviklet flere deler av den alminnelige forvaltningsretten i en rekke høyesterettsdommer. I tillegg var det vedtatt flere spesiallover for ulike forvaltningsfelt, som blant annet prisloven (1953), bygningsloven (1965), folketrygdloven (1966) og konsesjonsloven (1974). Stortinget hadde også utnevnt en sivilombudsmann som tilsyn for forvaltningen, og ombudsmannens uttalelser ble også en viktig kilde for alminnelig forvaltningsrett. Kartet ble justert i samsvar med endringene i terrenget, og de forvaltningsrettslige fremstillingene presenterte ikke lenger analyser av politianordningen fra 1701, men de nye forvaltningsrettslige lovene og domstolenes praktisering av dem.⁴

Hvordan ser terrenget ut i dag?

¹ Den første boken som ga en fremstilling av norsk forvaltningsrett, var Bredo Morgenstjerne, *Den norske forvaltnings- og næringsret*, 1912.

² Se nærmere Christoffer Conrad Eriksen, «Forvaltningsrett som disiplin», i Geir Heivoll og Sverre Flaatten, *Rettslige overgangsformer – politi- og kriminalrett i nordisk rettsutvikling*, 2017.

³ Ibid.

⁴ Se blant annet Arvid Frihagens flerbindsverk *Lærebok i forvaltningsrett*, hvor Del 1 forelå i 1972, og Torstein Eckhoff, *Forvaltningsrett*, 1. utgave, 1978.

Store deler av landskapet er gjenkjennelig, men vesentlige endringer har også skjedd. Menneskerettigheter er i dag en langt viktigere ramme for forvaltningens virksomhet enn i 1970. Flere grunnlovsbestemmelser om rettigheter ble vedtatt i 2014, og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen har fått større gjennomslagskraft og langt mer effektive håndhevingsmekanismer. I tillegg har vi hatt EØS-avtalen i 25 år. På tross av endringene i terrenget har kartet ennå ikke blitt oppdatert. Flere bøker om forvaltningsrett som fortsatt er hovedlitteratur for juridiske studenter, fremstiller reglene for forvaltningene uten å få frem konsekvensene av menneskerettigheter eller EØS-rett.⁵ Dette skaper ikke bare utfordringer for juridiske studenter, men alle som konsulterer juridisk litteratur for å finne veien gjennom det juridiske terrenget. Med gale kart kan veivalgene føre galt av sted og ramme private parter uten tilstrekkelige ressurser til å korrigere myndighetenes kurs. Trygdeskandalen avdekket høsten 2019 er hittil det klareste eksempelet på hvilke konsekvenser det har, at juridiske kart ikke stemmer med det juridiske terrenget.⁶

Denne artikkelen tar for seg noen av de utfordringer som EØS-retten stiller til norsk forvaltningsrett. Formålet er å vise helt konkret hvordan det forvaltningsrettslige terrenget er i endring på en måte som er relevant for de kartene som brukes for å finne veier gjennom dette terrenget, enten formålet er å avsi dommer, treffe vedtak eller yte retts hjelp.⁷

Først presenteres en kort oversikt over virkeområdet for EØS-rettens krav til norsk forvaltning og hvilke alminnelige krav som gjelder innenfor dette virkeområdet. Deretter presenteres enkelte eksempler på krav til forvaltningens organisering og saksbehandling som vokser frem i den EU-retten som i det stille stadig innlemmes i EØS-avtalens vedlegg.

2 Hvilke alminnelige krav til norsk forvaltning gjelder innenfor EØS-avtalens virkeområde?

2.1 Virkeområdet for EØS-avtalens krav til norsk forvaltning

På overflaten kan virkeområdet til EØS-avtalen fremstå som begrenset til å gjelde samhandel på tvers av grenser og fri bevegelse av varer, tjenester, arbeidskraft og kapital («de fire friheter»). I realiteten har EØS-avtalen et langt videre anvendelsesområde. Det norske regelverket om offentlige anskaffelser og statsstøtte, som begge gjennomfører EØS-rettens forpliktelser, kommer til anvendelse på betydelige deler av forvaltningens pengebud. I tillegg omfatter EØS-avtalen tusenvis av direktiver og forordninger som har harmonisert reguleringen av svært mange sektorer i samfunnet.

For å få et inntrykk av hvilke forvaltningssektorer som blir berørt av direktiver og forordninger innlemmet i EØS-avtalen, kan en illustrasjon være direktoratenes arbeid

⁵ Se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2018.

⁶ Se blant annet NOU 2020: 9 *Blindsonen — Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området* og bloggen Retten i Trygdeskandalen, Ingunn Ikdahl og Christoffer Conrad Eriksen.

⁷ Artikkelen bygger på boken jeg og Halvard Haukeland Fredriksen ga ut i 2019, *Norges europeiske forvaltningsrett*, Universitetsforlaget.

med gjennomføring av slike EØS-regler. Med direktorater sikter jeg her til statlige organene med nasjonalt ansvar, som ofte er gitt fullmakt til å utøve offentlig myndighet. Slike organer omtales gjerne med forskjellig navn, som «direktorater», «tilsyn» eller «vesener» – men blir her altså omtalt under ett som direktorater. Av de om lag 70 direktoratene som er etablert, ser det ut til at godt over halvparten forvalter forskjellige direktiver og forordninger. Dette gjelder blant annet Arbeidstilsynet, Arbeids- og velferdsdirektoratet (NAV), Norsk akkreditering, Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE), Datatilsynet, Digitaliseringsdirektoratet, Finanstilsynet, Forbrukertilsynet, Jernbanetilsynet, Justervesenet, Konkurransetilsynet, Kystverket, Luftfartstilsynet, Nasjonal kommunikasjonsmyndighet, Nokut, Mattilsynet, Miljødirektoratet, Patentstyret, Pensjonstrygden for sjømenn, Politidirektoratet, Statens vegvesen, Statens legemiddelverk og Utlendingsdirektoratet. Det indikerer at EØS-avtalens direktiver og forordninger har et omfattende nedslagsfelt i norsk forvaltning hver eneste dag.

I tillegg er alle forvaltningsorganer på sentralt og lokalt nivå forpliktet til å utøve sin virksomhet innenfor rammene av de fire friheter. Det er i seg selv en forpliktelse med et betydelig omfang fordi rettspraksis har vist at reglene om de fire friheter har et betydelig anvendelsesområde, fra forvaltning av norsk vannkraft til trygdeforvaltning.

Når norsk forvaltning anskaffer varer eller tjenester, utdeler støtte eller opererer på andre harmoniserte områder eller innenfor rammene av de fire friheter, er det altså ikke tilstrekkelig å overholde norske forvaltningsrettslige regler. EØS-rettslige regler må også overholdes. Det innebærer at det å forholde seg til EØS-avtalens regler er uunngåelig for de aller fleste som arbeider med reglene for norsk forvaltning.

2.2 EØS-avtalens alminnelige krav til norsk forvaltning

I utgangspunktet stiller ikke EØS-avtalen noen krav til avtalepartenes forvaltningsrett. Det formelle utgangspunktet er at avtalepartene er ansvarlige for å oppfylle avtalens forpliktelser gjennom sine forvaltningsrettslige systemer.⁸ Sett under ett innebærer unntakene fra dette utgangspunktet at EFTA-statene likevel ikke har full frihet til selv å velge hvordan materielle forpliktelser skal forvaltes. Norge og andre EFTA-stater er underlagt en rekke krav som gjelder forvaltning av alle EØS-forpliktelser innenfor EØS-avtalens virkeområde.

De alminnelige kravene til nasjonal forvaltning innenfor EØS-rettens virkeområde bygger på bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel og generelle rettsprinsipper som er etablert både gjennom EFTA-domstolens tolkning av EØS-avtalen og EU-domstolens tolkning av EU-traktatene. Gjennom EFTA-domstolens vektlegging av homogenitet mellom EU-retten og EØS-retten har EU-domstolens praksis og rettsprinsippene i EU-retten fått betydelig gjennomslagskraft i EØS.⁹ Det som er felles i EU- og EØS-retten, omtales her som «EU/EØS-rett».

⁸ Se sak E-1/04 Fokus Bank, avsnitt 41.

⁹ Se blant annet Fredriksen og Mathisen 2018, s. 49–55.

Det er en rekke EU/EØS-rettslige prinsipper som gir grunnlag for å stille krav til nasjonal forvaltning. Sentrale prinsipper som gir grunnlag for å oppstille slike krav, er blant annet lojalitetsprinsippet, forbudet mot nasjonalitetsbasert diskriminering, ekvivalensprinsippet, effektivitetsprinsippet, prinsippet om effektiv domstolskontroll, prinsippet om retten til forsvar, prinsippet om gjensidig tillit (og gjensidig anerkjennelse), proporsjonalitetsprinsippet og forutberegnelighet.¹⁰ Et gjennomgående trekk ved både EU- og EFTA-domstolens praksis er at disse prinsippene anvendes som grunnlag for å stille krav både til nasjonal forvaltnings myndighetsutøvelse og til forvaltningens saksbehandling og organisering. For å identifisere EØS-rettslige rammer for forvaltningens virksomhet og klargjøre hva rammene betyr i konkrete saker, er det derfor avgjørende å sette seg grundig inn i hvert av disse prinsippenes innhold og rekkevidde.

Fra de generelle rettsprinsippene, bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel og EU- og EFTA-domstolens rettspraksis kan det videre utledes noen mer konkrete krav til forvaltningens myndighetsutøvelse, saksbehandling og organisering, som gjelder all forvaltningsvirksomhet innenfor EØS-rettens virkeområde.

For myndighetsutøvelse stiller EØS-retten krav til både utformingen og praktiseringen av lover og forskrifter. Dels stiller EØS-avtalen artikkel 7 særskilte krav til gjennomføring av direktiver og forordninger. Artikkel 7 bokstav a krever at forordninger gjennomføres som sådanne, og det løses i praksis ved at gjennomføringslovgivning eller forskrifter utformes som rene kopier av de aktuelle forordningene, eventuelt bare ved henvisning til de forordninger som skal gjelde som norsk lov eller forskrift.

For direktiver gir EØS-avtalen artikkel 7 bokstav b norske myndigheter frihet til å bestemme formen og midlene for gjennomføringen. Det kan gi inntrykk av at myndighetene har stor frihet til å velge hvordan gjennomføringslover og forskrifter skal utformes. Et slikt inntrykk er imidlertid ikke helt dekkende. For det første er direktivene i seg selv ofte av en temmelig detaljert karakter og kan derfor være vanskelige å gjennomføre uten at loven eller forskriften ligger nært direktivets ordlyd. For det andre har EU-domstolen stilt krav om at direktiver som gir private parter rettigheter, ikke kan sies å være fullt ut gjennomført dersom rettighetene blir betinget av at forvaltningen utøver skjønn.¹¹ Dersom formålet med et direktiv er å etablere rettigheter, kan ikke staten utforme gjennomføringslover eller forskrifter med upresist språk, for å gi forvaltningen et skjønn med tanke på hvordan direktivers forpliktelser skal anvendes i konkrete saker.¹²

I tillegg gjelder det særskilte krav til lover og forskrifter innenfor anvendelsesområdet til de fire friheter. Lovgivning og forskrifter som gir mulighet for forvaltningsskjønn, vil kunne anses som en restriksjon, og med mindre skjønnet er avgrenset og kriteriene for skjønnsutøvelsen er klare, presise og forutberegnelige, kan lovgiving og forskrifter være i strid med de fire friheter. Fordi bestemmelsene om de fire friheter i EØS-avtalens hoved-

¹⁰ For en oversikt over prinsippenes betydning for saksbehandling og organisering, se Eriksen og Fredriksen 2019, s. 46–84.

¹¹ Se for eksempel sak 29/84 Kommissjonen v. Tyskland og sak 361/88 Kommissjonen v. Tyskland.

¹² Se Henrik Bull, «The EEA Agreement and Norwegian Administrative Authorities», i Fredrik Sejersted (red.), *Nordisk forvaltningsrett i møte EF-retten*, Senter for Europa-rett, UiO 1996.

del er gjennomført som norsk lov, har de også forrang foran annen norsk lovgivning, jf. EØS-loven §§ 1 og 2.

EØS-retten stiller også alminnelige krav til domstolsprøving av myndighetsutøvelse som hevdes å være i strid med EØS-rettslige forpliktelser. For det første stiller EØS-retten krav til norske prosessregler, i den forstand at norske prosessregler verken kan forskjellsbehandle aktører fra Norge og aktører fra EØS-området eller utformes, tolkes og anvendes på en måte som hindrer EØS-rettens effektivitet.¹³ I tillegg kan EØS-retten stille strengere krav enn norsk rett til prøving av forvaltningens skjønn, blant annet når forvaltningen har truffet tiltak som legger restriksjoner på fri bevegelse av varer, tjenester, personer eller kapital. Mens domstolene etter ordinære norske rettskilder er avskåret fra å prøve hensiktsmessigheten av slike tiltak, krever EØS-retten at domstolen prøver om tiltakene er iverksatt for å ivareta et legitimt allment formål, og om tiltaket er egnet og nødvendig for å ivareta dette formålet.¹⁴

Endelig stiller EØS-retten også alminnelige krav til norsk forvaltnings saksbehandling og organisering. Krav til saksbehandling omfatter blant annet krav til høring av berørte (forhåndsvarsling og uttalerett), krav til og grenser for utredning, krav til saksbehandlingstid, veiledningsplikt, språkkrav, begrunnelsesplikt, gebyrer mv., klagerett, omgjøring og rettsvirkninger av saksbehandlingsfeil.¹⁵ EØS-rettens alminnelige saksbehandlingskrav ligner kravene til saksbehandling i forvaltningsloven. På noen områder kan det likevel antas at de EØS-rettslige saksbehandlingskravene gir mer omfattende partsrettigheter enn forvaltningsloven, det gjelder blant annet begrunnelsesplikt og utredningsplikt. For å unngå motstrid mellom EØS-rettslige krav og forvaltningslovens krav bør derfor forvaltningsloven tolkes og anvendes i lys av EØS-rettens krav.

På områder som har særlige saksbehandlingsregler som fraviker de saksbehandlingsgarantiene som forvaltningsloven gir, kan det imidlertid oppstå reell motstrid mellom slike særlige regler og EØS-rettens alminnelige saksbehandlingskrav. I slike tilfeller vil det imidlertid være EØS-rettens alminnelige krav som skal gå foran, i og med at disse kravene, i motsetning til forvaltningslovens krav, er ufravikelige, og fordi de må anses gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven § 1, som har forrang foran annen lovgivning, jf. EØS-loven § 2.

EØS-retten stiller også enkelte alminnelige krav til organisering av forvaltningsvirksomhet når deler av virksomheten opptrer som aktør i et marked. Bakgrunnen er at EU-domstolen har fastslått at sammenblanding av myndighetsutøvelse og markedsaktiviteter vil være i strid med konkurransereglene.¹⁶ Tilsvarende gjelder også i EØS. Det vil derfor være i strid med EØS-avtalen å ta Telenor av børs og reetablere et norsk televerk, som både regulerte kravene til teleoperatører, og som selv konkurrerte i et marked om å tilby teletjenester.

¹³ Se Halvard Haukeland Fredriksen, «Tvisteloven og EØS-avtalen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008 s. 289–359.

¹⁴ Se Olav Haugen Moen, *Forvaltningsskjønn og domstolskontroll*, Gyldendal Norsk Forlag 2019, og Christoffer Conrad Eriksen, *The European Constitution, Welfare States and Democracy*, Routledge 2012.

¹⁵ Se Eriksen og Fredriksen 2019, s. 85–144.

¹⁶ Se blant annet sak C-18/88 RTT.

3 Krav til saksbehandling og organisering i direktiver og forordninger

3.1 Det generelle i det spesielle

I tillegg til de generelle reglene forankret i de generelle rettsprinsippene har EU, som allerede nevnt, vedtatt langt over tusen forordninger og direktiver, hvorav de fleste er tatt inn i EØS-avtalen.

Disse forordningen og direktivene har stort sett blitt betraktet som sektorspesifikk regulering og derved som spesialreguleringer eller spesiell forvaltningsrett som ikke har noe særlig å gjøre med alminnelige forvaltningsrett. Mange direktiver og forordninger er det utvilsomt hensiktsmessig å anse som spesiell forvaltningsrett. Ett eksempel er Komisjonens forordning nr. 1677 av 15. juni 1988 om fastsettelse av kvalitetsnormer for agurker.

EØS-avtalens vedlegg inneholder likevel langt mer enn regulering av agurker. Ser man direktivene og forordningene i sammenheng, kan man observere at det nå foregår en massiv og temmelig dramatisk forvandling av nasjonal forvaltning og forvaltningsrett – i det stille. Mens EU-domstolen lenge var hovedmotoren for å utvikle minstekrav til nasjonal forvaltning, ser det nå ut til at det er nye direktiver og forordninger som driver nasjonal forvaltning inn i overnasjonale strukturer.

Før jeg går inn på de nye utviklingstrekkene i direktiver og forordninger, er det grunn til å minne om at noen direktiver og forordninger på mange måter er sektorovergripende. Det gjelder blant annet regelverket for offentlige anskaffelser og for statsstøtte og personvernforordningen. Dette er detaljerte regelverk som får virkning i de alle fleste deler av norsk forvaltning, og som der setter rammer for forvaltningens myndighetsutøvelse og saksbehandling og også egne premisser for domstolsprøving av forvaltningen.

I tillegg ser vi nå at en rekke av direktivene og forordningene har visse fellestrekk og mønstre.

Ser man EUs sektorspesifikke regulering under ett, oppdager man nemlig at det som fremstår som sektorregulering, ofte er en del av et større bilde – det vil si et uttrykk for en generell tilnærming til europeisk regulering av flere sektorer.

Utviklingen i EU-retten peker nå i retning av stadig større overnasjonal styring av både organisering av nasjonal forvaltning og den nasjonale forvaltningens saksbehandling. Er man ikke oppmerksom på fellestrekkene i den sektorspesifikke reguleringen, risikerer man å miste oversikten over hvordan forvaltningsorganene styres, og da blir det vanskelig både å treffe lovlige vedtak og, ikke minst, å yte rettshjelp uten at noen taper rett fordi ulovlige vedtak ikke angripes.

Jeg vil her konsentrere meg om tre områder: fremvekst av forvaltningsbyråer, krav til at avgjørelser må treffes av uavhengige forvaltningsorganer, og andre særlige krav til saksbehandlingen.

3.2 Fremvekst av EU-byråene

I løpet av de siste tyve årene er det etablert om lag 40 forvaltningsbyråer i EU. Byråene kan hver for seg se ut som svar på isolerte utfordringer i en sektor, og de forordningene og direktivene som etablerer byråene, er ofte svært detaljerte, tekniske og sektorspesifikke. Likevel er hvert enkelt byrå en del av en mer generell tendens som består i at EU etablerer egne organer for å bistå EUs institusjoner og medlemsstatene på ulike måter.

Byråene former og implementerer EUs politikk, fører tilsyn med medlemsstatenes etterlevelse av EU regler og har på flere forvaltningsområder også fått myndighet til å treffe vedtak som er bindende for private parter.

Byråenes virksomhet omfatter en rekke områder, blant annet regulering av energi, luftfart, jernbane, arbeidsmiljø, arbeidsmarked, bank- og finans, personvern, grensekontroll, smittevern, legemidler, kjemikalier, forsvar og næringsmidler – for å nevne noen.

Etableringen av byråer gjennom EU-lovgivning ser altså ut til å ha blitt en svært viktig del av unionens styringsteknikk. For Norge som EØS-land gir dette betydelige utfordringer. Får norske interesser tilstrekkelig innflytelse i byråenes virksomhet? Har norske rettssubjekter tilstrekkelig effektive partsrettigheter i møte med byråenes myndighetsutøvelse? Bør Norge overføre myndighet direkte til byråene, og hva slags vedtaksprosedyre er best egnet for slik myndighetsoverføring?

Sett utenfra virker det som om norsk forvaltningen arbeider intenst med disse spørsmålene hver gang det er aktuelt for Norge å knytte seg til et byrå. Imidlertid ser det også ut til at det er noen omstridte spørsmål som er stadig tilbakevendende, uten at spørsmålene blir mindre kontroversielle av den grunn.

Ett av de tilbakevendende og kontroversielle spørsmålene er om Grunnloven gir anledning til å overføre myndighet direkte til byråene. Et nærliggende spørsmål i forlengelsen av dette er om Grunnloven, slik den er utformet i dag, er godt nok egnet til å håndtere spørsmål om myndighetsoverføring til EUs byråer.

Et annet tilbakevendende spørsmål gjelder partsrettighetene for norske rettssubjekter i møte med byråene. For de byråene som har adgang til selv å utøve myndighet i Norge, er problemene minst. I slike tilfeller må norske rettssubjekter, i hvert fall som et utgangspunkt, kunne nyte godt av de partsrettigheter som følger av EUs egen ulovfestede forvaltningsrett og ikke minst EUs charter om grunnleggende rettigheter. Problemene er større for de byråene som ikke utøver myndighet i Norge, men hvor det er forutsatt at EFTAs overvåkningsorgan (ESA) skal utøve byråets myndighet i Norge og andre EFTA-land. Da oppstår spørsmål om hvilke partsrettigheter den enkelte har, i møte med ESA. Dette reiser kompliserte rettslige spørsmål blant annet fordi EUs charter om grunnleggende rettigheter ikke gjelder for ESA. Foreløpig er det forholdsvis få private parter som blir berørt av byråenes myndighetsutøvelse, men dette kan endre seg raskt i takt med EUs regelutvikling. For å yte rettshjelp uten risiko for rettighetstap kan det derfor bli stadig viktigere å sette seg inn i EUs egen ulovfestede forvaltningsrett og EUs charter om grunnleggende rettigheter og også avklare hvilke partsrettigheter som kan gjøres gjeldende overfor ESA.

3.3 Uavhengige forvaltningsorganer på nasjonalt nivå

Et annet utviklingstrekk i EUs lovgivning er krav til uavhengige forvaltningsorganer på nasjonalt nivå. Det er ikke noe nytt at det i EU stilles krav til at nasjonale forvaltningsorganer skal være uavhengige. Tidligere handlet imidlertid krav om uavhengighet om at myndighet til å regulere skulle være adskilt fra aktivitet på markedet.

Det som har skjedd de siste årene, er at direktiver og forordninger har stilt krav om at nasjonale forvaltningsorgan også skal være uavhengige fra nasjonal politisk styring. Ett eksempel er direktivet om opprettelse av et felles europeisk jernbaneområde. Direktivet bestemmer at det skal etableres nasjonale tilsynsorgan som en særskilt myndighet som er «organisatorisk, funksjonelt, hierarkisk og med hensyn til beslutningstaking, retlig adskilt fra og uafhængigt af enhver anden offentlig eller privat enhed».¹⁷

Videre fremgår det av direktivet at ledelsen i organet ikke må «søge eller modtage instruktioner fra nogen regering eller anden offentlig eller privat enhed, når de utfører tilsynsorganets funksjoner».¹⁸ Tilsvarende krav til uavhengige forvaltningsorganer finnes på flere områder, blant annet energisektoren og personvernområdet. Og det ser ut til at dette er en tendens som nå er i ferd med å spre seg til mange flere sektorer.

I tillegg har EU-domstolen tolket EU-lovgivningens krav til uavhengighet strengt. Også dette utviklingstrekket skaper utfordringer for Norges del. Er forvaltningsorganer som er så uavhengige som EU reglene krever, forenelig med regjeringens instruksjonsadgang etter Grunnloven § 3? Hva slags demokratisk forankring har norske forvaltningsorganer som oppfyller EU-reglens krav til uavhengighet? De forvalter regler som er vedtatt gjennom prosesser hvor norske borgere ikke deltar, og utøver myndighet uten at det er gitt at noen overordnede står parlamentarisk eller konstitusjonelt til ansvar. I hvilken utstrekning er alminnelige norske forvaltningsrettslige regler anvendelige for disse uavhengige forvaltningsorganenes saksbehandling?

Overordnet adgang til omgjøring etter forvaltningsloven § 35 ser også ut til å være problematisk å anvende i møte med EU/EØS-rettens krav til visse forvaltningsorganers uavhengighet. Forvaltningslovens adgang til å klage til overordnet organ med full kompetanse for det overordnede organet til å prøve alle sider av saken passer heller ikke godt med de nye kravene til uavhengighet for visse forvaltningsorganer.

De nevnte utfordringer reiser spørsmål for parter og juridiske rådgivere. Hvordan kan parter og deres juridiske rådgivere sikre at grunnleggende partsrettigheter faktisk bli ivaretatt overfor forvaltningsorganer som er unndratt fra politisk styring?

Dette er spørsmål som foreløpig er hvite flekker på kartet. Den juridiske litteraturen har knapt begynt å stille spørsmålene, langt mindre angitt noen svar. Her er altså de som yter rettshjelp, overlatt til et juridisk landskap uten noe egnet juridisk kart.

¹⁷ Se direktiv 2012/34, som endret ved direktiv 2016/2370, artikkel 55.

¹⁸ Se direktiv 2012/34, som endret ved direktiv 2016/2370, artikkel 55.

3.4 Særlige saksbehandlingsregler

Til slutt vil jeg ta opp noen utfordringer som oppstår som følge av at EUs lovgivning har lagt opp til noen særegne saksbehandlingsregler, i hvert fall sammenlignet med norsk forvaltningstradisjon.

Ett eksempel er maksimumsfrister for forvaltningens saksbehandling, hvor oversiktelse av frist gir borgerne materielle rettigheter. Et eksempel her er tjenestedirektivet artikkel 13 nr. 4, som slår fast at en søknad om tillatelse til å starte og utøve tjenestevirksomhet som utgangspunkt skal anses innvilget dersom søknaden ikke er behandlet innen utløpet av nærmere angitte søknadsfrister. Tilsvarende saksbehandlingsregler finnes i andre direktiv.

EU-lovgivningen inneholder også en rekke saksbehandlingsregler som setter maksimumsfrist for saksbehandlingen, uten at lovgivningen har knyttet rettsvirkning til brudd på fristen. Spørsmålet er jo da om EU-domstolen vil bidra til at slike regler utvikles til å gi materielle rettigheter ved forsinket saksbehandlingen fra forvaltningens side. Det er i hvert fall ikke utenkelig.

Slike regler som gir næringsdrivende materielle rettigheter ved forsinket saksbehandling fra forvaltningens side, reiser en rekke spørsmål, blant annet knyttet til forbrukernes sikkerhet. Igjen reiser det spørsmål om hvordan slike utfordringer bør møtes i årene som kommer. Én mulighet er å løse det fra sektor til sektor, fra sak til sak, et alternativ er å utvikle en mer overordnet strategi for hvordan man møter regler som gir materielle rettigheter ved fristoverskridelse fra forvaltningens side.

Et annet og siste eksempel på en særegen saksbehandlingsregel er såkalte «One stop shops». Betegnelsen er uttrykk for samarbeidsordninger mellom nasjonale tilsynsmyndigheter i grensekryssende saker. For markedsaktører som opererer i flere medlemsstater, er det opplagt ønskelig med mekanismer som sørger for at de bare trenger å forholde seg til én forvaltningsmyndighet, enten det er et EU-byrå eller bare en forvaltningsmyndighet i en medlemsstat.

For at aktørene skal kunne forholde seg til bare ett forvaltningsorgan selv om aktørene opererer i flere stater, er det nødvendig at eventuelle innsigelser fra forvaltningsmyndigheter i andre medlemsstater koordineres og løses internt i den overnasjonale forvaltningsstrukturen, om nødvendig i form av en avgjørelse fra Kommissjonen eller et EU-byrå som binder de involverte nasjonale myndighetene.

Sett utenfra innebærer en rendyrket «one stop shop»-løsning at de nasjonale forvaltningsapparatene i samtlige 31 EØS-stater smelter sammen til ett felles, overnasjonalt forvaltningsapparat.

EUs nye personvernregime illustrerer hvordan en slik sammensmelting er gjort i praksis. Personvernforordningen utpeker ett av de nasjonale datatilsynene som «ledende tilsynsmyndighet» i saker som berører flere medlemsstater. Tilsynsmyndigheter i andre medlemsstater som måtte ha synspunkter på hvordan saken skal håndteres, er henvist til å gjøre dette gjeldende overfor den ledende tilsynsmyndigheten, med etterfølgende klageadgang til EUs personvernråd. De private partene i sakene trenger ikke å forholde seg til de interne diskusjonene i den overnasjonale tilsynsstrukturen.

Det er nå over 700 rettsakter i EU som henviser til ulike «one stop shop»-løsninger, hvorav de fleste er innlemmet i EØS-avtalen.

Dette reiser nye spørsmål. Hvilke saksbehandlingsregler gjelder for forholdet mellom norske og utenlandske forvaltningsorganer? Hvilke partsrettigheter har norske aktører som forholder seg til kontaktpunkter i EUs medlemsland? Hva blir konsekvensene dersom forvaltningsorganer i flere land begår feil som utløser erstatningsansvar? Hvordan skal ansvaret i slike saker fordeles?

Også dette er spørsmål som den juridiske litteraturen ikke svarer på, slik at de som forvalter reglene og bistår private i møte med dem, må orientere seg uten noe juridisk kart.

4. Avslutning

Samlet sett er det ikke tvil om at EØS-rettens alminnelige krav til nasjonal forvaltning og de kravene til forvaltningens saksbehandling og organisering som vokser frem gjennom direktiver og forordninger, bidrar til å endre det forvaltningsrettslige landskapet i Norge. Disse endringene skaper utfordringer på mange nivåer.

For private parter og deres juridiske rådgivere betyr endringene at de må navigere i et terreng som mangler gode kart. Det gjør det mer utfordrende å gå riktig, uten at noen taper rettigheter på veien. Som trygdeskandalen indikerer, er det mye som tyder på at påtalemyndigheten, advokater og dommere ikke har vært klar over det nye landskapet. Spørsmålet fremover er hva som skal til for at alle aktørene holder seg oppdaterte om det til enhver tid gjeldende rettslige landskapet de befinner seg i.

For de juridiske fakultetenes forskning og undervisning betyr endringene i det forvaltningsrettslige landskapet en langt større innsats for hele tiden å lage og formidle oppdaterte kart over de kravene forvaltningen må innfri. Det er et spørsmål om hvor langt fakultetene kan gå i å holde på gamle kart, når terrenget er endret.