

UTREDNING AV RETTSLIGE RAMMER FOR KONTROLL MED KRITISK DIGITAL INFRASTRUKTUR

Innholdsfortegnelse:

1.	Bakgrunn	2
2.	Tolkning av oppdraget	3
3.	Oversikt	5
4.	Sammenfatning	5
5.	Adgangen til å pålegge vilkår	9
5.1	Oversikt	9
5.2	Avtaler	9
5.3	Kravet til rettsgrunnlag for myndighetsutøvelse	11
5.3.1	Rettslige utgangspunkter – legalitetsprinsippet og vilkårs læren	11
5.2.2	Grunnlovens hjemmelskrav	13
5.2.3	EMKs hjemmelskrav	18
5.2.4	EØS-avtalens hjemmelskrav	20
6.	Hjemmelsgrunnlag	29
6.1	Innledning - sikkerhetslovens hjemler	29
6.2	Inngrepshjemmelen - § 2-5	29
6.2.1	Ordlyden	29
6.2.2	«sikkerhetstruende virksomhet»	29
6.2.3	«nasjonale sikkerhetsinteresser»	30
6.2.4	«planlagt eller pågående aktivitet»	31
6.2.5	«ikke ubetydelig risiko»	32
6.2.6	«nødvendige vedtak»	34
6.2.7	Derogasjonshjemmel	34
6.2.8	Vedtakens virkeområde	34
6.3	Anskaffelser - § 9-4	35
6.4	Erverv - § 10-3	36
6.5	Forholdet mellom bestemmelsene	39
6.6	Er hjemlene tilstrekkelig presise?	40
7	Håndheving av vilkår	45
7.1	Innledning – tvangskraft og tvangfullbyrdelse	45
7.2	Tvangsgjennomføring av handleplikter	46
7.3	Prosessuelle forhold	47
8.	Folkerettslige rammer	48
8.1	Jurisdiksjonsregler	48
8.2	Lovgivnings- og domsjurisdiksjon	48
8.3	Tvangsjurisdiksjon	50
8.4	Internasjonale konvensjoner om tvangfullbyrdelse	52
8.4.1	Innledning	52
8.4.2	Lugano-konvensjonen	53
8.4.3	New York konvensjonen	53

1. Bakgrunn

I juni 2024 inngikk jeg avtale om et utredningsoppdrag med Digitaliserings- og forvaltningsdepartementet på vegne av et ekspertutvalg regjeringen har satt ned for å gi konkrete forslag til hvordan staten kan ivareta nasjonal kontroll med kritisk digital kommunikasjonsinfrastruktur, som mobil- og bredbåndsnett («ekomsikkerhetsutvalget»).

Formålet med oppdraget er å *«utrede ulike muligheter eller forutsetninger for myndighetsutøvelse overfor utenlandske selskaper når formålet er å ivareta nasjonal kontroll med kritisk digital infrastruktur som disse enten eier eller kontrollerer i Norge».*

Det er avtalt at utredningen skal leveres som en tekst som kan inngå som et vedlegg eller et kapittel i ekomsikkerhetsutvalgets rapport.

I oppdragsavtalen ble bakgrunnen for oppdraget beskrevet slik:

«I januar 2024 satte regjeringen ned et eget ekspertutvalg for å vurdere hvordan staten kan ivareta nasjonal kontroll over kritisk digital kommunikasjonsinfrastruktur. Bakteppet for oppnevningen kan sammenfattes med utviklingen i den sikkerhetspolitiske situasjonen i Europa og verden ellers, at kommunikasjonsnettene våre bærer stadig viktigere samfunnsverdier, samtidig med at man har sett eksempler på salg av eierandeler eller deler av viktig kommunikasjonsinfrastruktur.

Disse forholdene har aktualisert behovet for å avklare om myndighetene har tilgang til nødvendige virkemidler for å oppnå tilstrekkelig nasjonal kontroll over kritisk digital infrastruktur. Dette gjelder både eierskap, regulering eller også avtalerettslige virkemidler for de som eier infrastrukturen.

Det er særlig problemsstillinger som oppstår ved eierskapstransaksjoner utvalget skal se nærmere på, men utvalgets arbeid er delt inn i tre delmål:

- 1) Identifisere kritisk infrastruktur på et overordnet nivå (til eget formål)
- 2) Status for nasjonal kontroll og dagens virkemidler
- 3) Vurdere tiltak for styrket nasjonal kontroll

Eksempler på virkemidler myndighetene har for å ivareta nasjonal kontroll over digital infrastruktur er regulering og nasjonalt eierskap. Investeringer og eierskifte kan medføre at en ny utenlandsk eier får tilgang til eller betydelig innflytelse i et norsk foretak, noe som kan utgjøre en risiko for nasjonale sikkerhetsinteresser. Det finnes flere regelverk som gir eller kan gi myndighetene mulighet til å gripe inn i utenlandske investeringer i norske foretak. Sikkerhetsloven har som formål å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser, og hjemler dagens ordning for investeringskontroll. I lovens § 10-3 kan det settes vilkår for gjennomføringen av et erverv dersom ervervet kan medføre en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet. Myndighetens mulighet til å kunne pålegge vilkår som reduserer risikoen ved et eierskifte er dermed et viktig virkemiddel for å ivareta nasjonal kontroll av kritisk digital infrastruktur.»

I den nærmere beskrivelsen av oppdraget fremgår det at utredningen skal omfatte forutsetninger for myndighetsutøvelse på generelt grunnlag og med tanke på noen bestemte

spørsmål. Slik jeg forstår oppdragsavtalens konkrete spørsmål skal utredningen omfatte en vurdering av hvilke deler av et utenlandsk konsern eller en kompleks eierstruktur som bør pålegges vilkår vedrørende sikkerheten til kritisk infrastruktur i Norge, for at vilkårene skal anses for å være bindende og kunne håndheves. Videre skal denne vurderingen av hvem vilkår skal pålegges også belyse hvilken betydning det har at utenlandske morselskaper, gjennom norske datterselskaper, eier fysisk infrastruktur i Norge eller tilbyr ekom- eller datasentertjenester i Norge til norske brukere. Endelig forstår jeg også oppdragsavtalen slik at utredningen også skal omfatte en vurdering av om det kan være hensiktsmessig at myndigheter inngår avtaler med utenlandske selskaper om at de skal etterleve vilkår, som et alternativ til at selskapene pålegges vilkår i kraft av myndighetsutøvelse.

Selv om oppdraget omfatter flere konkrete spørsmål er det likevel angitt i avtalen at «kjernen i oppdraget» er å utrede hvilke forutsetninger som må til for at norske myndigheter kan pålegge og faktisk følge opp risikoreduserende vilkår overfor utenlandske selskaper som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge. I oppdragsbeskrivelsen er det videre presisert at det kan være aktuelt at norske myndigheter stiller både strukturelle og adferdsbaserte vilkår for å ivareta sikkerhetsinteresser.

I det følgende redegjør jeg nærmere for hvordan jeg har tolket oppdraget (punkt 2), før jeg gir en oversikt over de spørsmål jeg har utredet (punkt 3).

2. Tolkning av oppdraget

Oppdragsavtalen ber om en utredning av «muligheter eller forutsetninger for myndighetsutøvelse overfor utenlandske selskaper». Med myndighetsutøvelse forstår jeg i denne sammenheng den rettslige kompetanse (myndighet) og frihet som den norske staten har etter norsk intern rett og folkeretten til å pålegge utenlandske virksomheter vilkår og å håndheve disse vilkårene overfor de utenlandske selskapene.

Med uttrykket «vilkår» forstår jeg plikter som selskaper og andre private parter må oppfylle for at deres virksomhet skal anses som lovlige. I lys av bakgrunnen for oppdraget legger jeg til grunn at utredningen bør konsentreres om kompetansen til å pålegge vilkår med hjemmel i sikkerhetsloven.

Som jeg kommer tilbake til, er det en forutsetning for å kunne pålegge vilkår overfor utenlandske selskaper at vilkårene er lovlige etter norsk intern rett. Hvilke vilkår sikkerhetsloven gir hjemmel for å pålegge etter intern norsk rett reiser spørsmål om overordnede rettsnormers betydning for tolkningen av lovens bestemmelser. Noen sider ved dette spørsmålet har vært utredet i lovens forarbeider, andre sider har ikke vært utredet. I denne utredningen har det derfor vært nødvendig i å gå forholdsvis grundig inn i de rammene overordnede rettsnormer setter for tolkningen av sikkerhetsloven.

Med overordnede rettsnormer mener jeg rettsnormer som kan utledes av henholdsvis Grunnloven, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) og EØS-avtalen. Etter norsk rett er det klart at Grunnloven er overordnet den ordinære lovgivningen i den forstand at den ikke kan anvendes slik at den fører til resultater som er i strid med Grunnloven. Ved konflikt mellom lov og Grunnlov skal domstolene bygge sin avgjørelse på den regel som

følger av grunnloven, ikke på lovbestemmelsen.¹ Når det gjelder EMK og EØS-avtalen er dette i utgangspunktet avtaler mellom Norge og andre stater som kun er folkerettslige forpliktende for Norge, og ikke overordnet lovgivningen. Stortinget har likevel vedtatt at begge avtaler skal gjelde som norsk lov, og at de skal ha forrang foran annen lovgivning ved konflikt, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3 og EØS-loven §§ 1 og 2. I den forstand er både EMK og EØS-avtalen overordnet annen norsk lovgivning, herunder også sikkerhetsloven.

Forutsatt at det er hjemmel etter intern norsk rett, kan norske myndigheter pålegge virksomheter ulike typer av vilkår. I samsvar med oppdragsavtalen skiller jeg her mellom strukturelle og adferdsbaserte vilkår.

Med strukturelle vilkår forstår jeg vilkår som angår virksomhetenes struktur. For eksempel vil det være et strukturelt vilkår dersom en virksomhet pålegges en plikt til å sørge for at en sensitiv eiendel eller eiendom blir ekskludert fra et oppkjøp. Jeg legger til grunn at slike vilkår kan være aktuelt der hvor en investor ønsker å kjøpe seg inn i en virksomhet og deler av denne virksomheten driver produksjon inn mot en forhåndsdefinert sensitiv sektor. Et strukturelt vilkår vil kunne sikre at investoren ikke får tilgang til eller kontroll over de verdiene som regelverket skal beskytte.

Videre legger jeg til grunn at adferdsbaserte vilkår, ikke handler om virksomhetenes struktur, men om pålegg av plikter innenfor eksisterende virksomhetsstrukturer. Et eksempel kan være at en ny minoritetsseier ikke skal få styreplass eller tilgang til sensitiv informasjon i et selskap, eller at stemmeretten for visse eiere oppheves. Vilkår kan også innrettes slik at de begrenser eierens mulighet til å få innsikt i foretakets virksomhet på visse områder, for eksempel i utviklingen av kritisk teknologi eller sårbarheter i tjenesteproduksjon og infrastrukturen selv.

Jeg går ellers ut ifra at vilkår kan ta høyde for fremtidige hendelser, for eksempel å sikre varsling til norske myndigheter i tide til å kunne gripe inn ved eventuelle fremtidige sikkerhetstruende eierskifter eller å legge enkelte begrensninger på fremtidige videresalg av eierandeler.

Jeg legger videre til grunn at utredningen skal omfatte adgangen til å pålegge vilkår overfor virksomheter som eier eller kontrollerer digital infrastruktur som har avgjørende eller vesentlig betydning for grunnleggende nasjonale funksjoner eller som har avgjørende betydning for nasjonale sikkerhetsinteresser, uten å kunne knyttes direkte til en grunnleggende nasjonal funksjon, jf. Sikkerhetsloven § 1-3. Det betyr at disse virksomhetene kan være omfattet av sikkerhetsloven. Der infrastrukturen har avgjørende betydning for grunnleggende nasjonale funksjoner, er det klart at departementet er forpliktet til å vedta at virksomhetene skal være omfattet av sikkerhetsloven jf. § 1-3 første ledd. Er det tale om infrastruktur som har vesentlig betydning for grunnleggende nasjonale funksjoner, er det opp til departementets skjønn om det skal treffes vedtak om at sikkerhetsloven gjelder for virksomhetene jf. § 1-3 andre ledd.

¹ Se Rt 1976. s. 1

3. Oversikt

I det følgende presenterer jeg først en sammenfatning av vurderingene i denne utredningen (punkt 4).

Videre redegjør jeg for hvilke rettslig grunnlag myndighetene må ha for å avtale eller pålegge private parter vilkår (punkt 5).

Jeg vurderer deretter om sikkerhetslovens hjemler gir tilstrekkelig rettslig grunnlag for å pålegge risikoreduserende tiltak overfor virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge (punkt 6), og myndighetenes adgang til å håndheve slike vilkår (punkt 7).

Endelig redegjør jeg for de folkerettslige rammer for norske myndigheters adgang både til å pålegge og håndheve vilkår overfor utenlandske virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge (punkt 8).

4. Sammenfatning

Oversikt over forutsetninger

Det er klart at norske myndigheter kan stille og følge opp risikoreduserende vilkår overfor virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge.

Forutsetningene for at slike vilkår kan håndheves er (i) at det er et lovlig rettsgrunnlag for å oppstille vilkårene, (ii) at vilkårene ikke går lenger enn det rettsgrunnlaget tillater, og (iii) at virksomhetene kan presses til å oppfylle vilkårene med tvangstiltak.

Overfor utenlandske virksomheter er det i tillegg en forutsetning (iv) at de aktuelle vilkårene enten (a) bygger på avtale eller (b) bygger på myndighetsutøvelse innenfor rammene av norsk jurisdiksjon, og i begge tilfeller, (v) at norske myndigheter har enten (a) jurisdiksjon til å gjennomføre håndhevelsestiltakene eller (b) at det foreligger en folkerettslig avtale som gir grunnlag for å gjennomføre håndhevelsestiltak i en annen stat.

Rettsgrunnlaget må være lovlig (i)

Norske myndigheter kan i kraft av sin partsautonomi inngå avtale om kjøp av digital infrastruktur eller tjenester relatert til slik infrastruktur, og i slike avtaler sette vilkår i den grad leverandøren samtykker.

Videre har Kongen i statsråd en generell kompetanse (myndighet) til å fastsette vilkår etter sikkerhetsloven § 2-5. Kongen i statsråd har også kompetanse til å fastsette vilkår ved anskaffelser etter lovens § 9-4 og ved erverv etter § 10-3. En forutsetning for at disse hjemlene kan anvendes som grunnlag for å pålegge virksomheter plikter, er at hjemlene er tilstrekkelig presise, og i samsvar med de krav Grunnloven, EMK og EØS-retten stiller.

Det er klart at vilkårene for anvendelse av lovens § 2-5 er forholdsvis upresise, samtidig som det bare er lovens formål som setter rammer for hvilke vedtak som kan fattes etter bestemmelsen. Det gjør det i praksis krevende for domstoler å kontrollere lovligheten av vedtakene, i strid med Grunnlovens og EMKs forutsetninger om at rettsstaten skal sikre både forutberegnelighet og en effektiv domstolskontroll. Fordi sikkerhetsloven § 2-5 også kan anvendes for å gripe inn mot og stille vilkår til investeringer i norske virksomheter, kan bestemmelsen også hemme interessen i, eller gjøre det mindre attraktivt å investere i norske selskaper, i strid med EØS-rettens regler om etableringsrett og kapitalfrihet. Det kan derfor reises spørsmål om bestemmelsen går utover de krav til lovhjemlers presisjon som følger av Grunnloven, EMK og EØS-retten. Slik jeg ser er det likevel gode argumenter for at sikkerhetsloven § 2-5 ikke går utover de presisjonskrav som følger av Grunnloven, EMK og EØS-retten, gitt at bestemmelsen tolkes i samsvar med forarbeidenes forutsetning om at den kun skal anvendes som en «sikkerhetsventil». Jeg antar derfor at Kongen i statsråd kan anvende bestemmelsen for å pålegge virksomheter vilkår, uten stor risiko for at slike vilkår blir ansett for å være ugyldige fordi hjemmelen er for upresis.

Vilkårene for anvendelse av sikkerhetsloven § 10-3 er tilsvarende upresise, som vilkårene for anvendelse av § 2-5. Fordi § 10-3 i motsetning til § 2-5 kun gir kompetanse til å stanse eller stille vilkår for erverv, kan bestemmelsen neppe anses for å være i strid med Grunnlovens eller EMKs presisjonskrav. Derimot er det nokså klart at bestemmelsen og den mekanismen for investeringskontroll bestemmelsen er en del av, er en restriksjon på etableringsretten og kapitalfriheten som er beskyttet av EØS-avtalen og EØS-loven. På grunn av mangelen på presisjon i denne kontrollmekanismen er det gode argumenter som tilsier at denne restriksjonen går lenger enn det EØS-retten tillater. Det innebærer at det er betydelig risiko for at vilkår fastsatt med hjemmel i lovens § 10-3 kan anses som ugyldige i den grad de er rettet mot virksomheter i EØS. Tilsvarende er det er betydelig risiko for at vedtak om stans av erverv fastsatt med hjemmel i lovens § 10-3 kan anses som ugyldige i den grad vedtak er rettet mot virksomheter i EØS. Konsekvensen av ugyldighet er at vilkårene og stansingsvedtak ikke kan håndheves og at de som utsettes for slike vilkår blir ofre for ulovlig myndighetsutøvelse.

Vilkår må ha tilstrekkelig hjemmel (ii)

I den grad sikkerhetsloven § 2-5 og § 10-3 anses for å være tilstrekkelig presise lovhjemler, må bestemmelsene også antas å gi tilstrekkelig hjemmel for å pålegge virksomheter både strukturelle og adferdsbaserte vilkår. Forutsetningen er at vilkårene ligger innenfor sikkerhetslovens formål og ikke er uforholdsmessig tyngende. Det er klart at sikkerhetslovens formål favner vidt og at både § 2-5 og § 10-3 derfor gir Kongen i statsråd tilstrekkelig hjemmel blant annet for å stille vilkår om at en sensitiv eiendel eller eiendom blir ekskludert fra et oppkjøp eller at en ny minoritetseier ikke skal få styreplass eller tilgang til sensitiv informasjon i et selskap.

Plikter og unnlaterelser som kan håndheves ved tvang (iii)

For å håndheve vilkår med tvang, må manglende etterlevelse av krav kunne møtes med sanksjoner eller begjæres fullbyrdet etter tvangsfullbyrdelseslovens regler. Vedtak etter sikkerhetsloven § 2-5 og § 10-3 er begge straffesanksjonert jf. sikkerhetsloven § 11-4 fjerde ledd. For øvrig kan tvangsfullbyrdelse av et krav bare gjennomføres når det foreligger et

alminnelig eller et særlig tvangsgrunnlag for kravet, og dette tvangsgrunnlaget er tvangskraftig jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1.

De mest aktuelle alminnelige tvangsgrunnlag for myndighetens adgang til å håndheve vilkår overfor utenlandske virksomheter er dommer eller kjennelser avsagt av norsk domstoler, voldgiftsdommer, og avgjørelser av utenlandske domstoler. For øvrig er de vedtak Kongen i statsråd treffer etter sikkerhetsloven § 2-5, § 9-4 og § 10-3 særlige tvangsgrunnlag for tvangstiltak etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 13.

Tvangsfullbyrdelse kan gå ut på ulike tvangshandlinger. Jeg antar at tvangsgjennomføring av strukturelle eller adferdsbaserte vilkår først og fremst vil gjelde krav som går ut på annet enn betaling av penger. Etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 13 kan andre krav enn penger blant annet gjennomføres ved utlevering av løsøre og verdipapir jf. § 13-8, fravikelse av fast eiendom jf. § 13-11, sikkerhetsstillelse jf. § 13-3, andre handleplikter som påleggelse av mulkt jf. § 13-14, og unnlattelses- og tåleplikter jf. § 13-6.

Statens avtalefrihet rekker lenger enn statens jurisdiksjon (iv. a)

Staten har avtalefrihet og kan i utgangspunktet inngå avtaler med enhver privat part, også utenlandske virksomheter om forhold staten ikke har jurisdiksjon over. Når staten inngår avtaler med virksomheter om forhold som ligger utenfor norsk jurisdiksjon, kan staten heller ikke utøve offentlig myndighet ved avtaleinngåelsen. Såfremt staten uten utøvelse av offentlig myndighet oppnår enighet med utenlandske virksomheter om vilkår for deres eierskap eller kontroll over kritisk digital infrastruktur i Norge, kan vilkårene både gjelde strukturelle og adferdsbaserte forhold.

Fordi avtaler ikke binder andre enn avtalepartene, vil for eksempel en avtale med et datterselskap i et norsk eller utenlandsk konsern i utgangspunktet ikke være bindende for alle andre selskaper i konsernet, med mindre disse også er parter i avtalen. For å binde et utenlandsk morselskap til bestemte vilkår, er det derfor i utgangspunktet ikke tilstrekkelig å inngå avtale med norske datterselskaper, selv om det er norske datterselskaper som eier fysisk infrastruktur i Norge eller tilbyr ekom- eller datasentertjenester i Norge til norske brukere.

Statens jurisdiksjon til å fastsette vilkår med virkning for utenlandske virksomheter (iv. b)

Norske myndigheter har jurisdiksjon til å fastsette vilkår gjennom myndighetsutøvelse, også overfor utenlandske virksomheter. Det virksomhetene gjør i Norge har norske myndighetene allerede jurisdiksjon over i kraft territorialhøyheten. Jeg antar derfor at norske myndigheter i kraft av sin suverenitet over norsk territorium kan stille vilkår om at en ny utenlandsk eier i norsk selskap, ikke skal ha tilgang til informasjon om hvor digital infrastruktur er lokalisert.

Norske myndigheter har også jurisdiksjon til å regulere, og pålegge vilkår overfor det virksomheter gjør i utlandet, såfremt det er tale om handlinger som først blir fullført i Norge. Vilkår kan derfor pålegges utenlandsk selskap såfremt vilkårene angår handlinger som først blir fullført i Norge. Konkret innebærer dette at norske myndigheter kan pålegge utenlandske selskap vilkår som gjelder handlinger som først blir fullført i Norge, uavhengig av om det utenlandske selskapet selv eier infrastruktur eller tilbyr ekom- eller

datasentertjenester i Norge, eller om det har kontroll over infrastrukturen og tjenestene gjennom norske datterselskaper.

I tillegg antar jeg at norske myndigheter har jurisdiksjon over handlinger som foretas av utenlandske virksomheter som har direkte, vesentlige og forutsigbare virkninger i Norge jf. den folkerettslige effektdoktrinen. Det innebærer at norske myndigheter har jurisdiksjon til å fastsette vilkår overfor utenlandske virksomheter i den grad det er tale om vilkår for handlinger som har direkte, vesentlige og forutsigbare virkninger i Norge. Det kan for eksempel gi grunnlag for å stille vilkår til en utenlandsk virksomhets håndtering av informasjon om digital infrastruktur i Norge, i den grad visse måter å håndtere informasjonen på har direkte, vesentlige og forutsigbare skadevirkninger i Norge. Effektdoktrinen kan også gi adgang for norske myndigheter til å stille vilkår til utenlandske virksomheter som ikke eier infrastruktur i Norge, men som tilbyr tjenester som anvendes i riket, forutsatt at vilkårene gjelder forhold som har direkte, vesentlige og forutsigbare virkninger i Norge.

Utenlandske eiere eller morselskap kan derfor pålegges vilkår som angår forhold som har direkte, vesentlige og forutsigbare virkninger i Norge, for eksempel dersom vilkårene angår styringen av norske selskaper som eier fysisk infrastruktur i Norge eller tilbyr ekom- eller datasentertjenester i Norge til norske brukere.

Jeg gjør likevel oppmerksom på at norske myndigheter ikke har eksklusiv jurisdiksjon over utenlandske aktører, slik at disse også kan være underlagt andre plikter som kan stå i motsetning til de vilkår norske myndigheter pålegger. Det avgjørende for effekten av vilkårene vil derfor ikke nødvendigvis bero på om vilkårene er bindende i en rettslig forstand, men på muligheten for å håndheve vilkårene med tvang (se nedenfor).

Håndhevelsesjurisdiksjon (v. a)

Enten vilkår er fastsatt ved avtale eller ved utøvelse av offentlig myndighet, kan de kun håndheves av norske myndigheter ved tvang, såfremt tvangstiltakene kan gjennomføres i Norge uten å krenke andre staters suverenitet. Norske myndigheter har ikke adgang til å gjennomføre tvangstiltak utenfor Norge uten at aksept fra den staten der tvangstiltakene skjer.

Det kan være krevende å identifisere hvor et tvangstiltak blir gjennomført. Høyesterett har i en straffesak antatt at det er tillatt for norske myndigheter å hente ut digital informasjon fra lagringssteder i utlandet, forutsatt at uthenting skjer fra en terminal i Norge, og uten at det utenlandske lagringsstedet blir påvirket av en eventuell uthenting av informasjon. Jeg antar at tilsvarende gjelder der staten har en privatrettslig avtale med en utenlandsk virksomhet, som har et vilkår som gir staten rett til å hente digital informasjon lagret i utlandet.

Folkerettslige håndhevelseskonvensjoner for avtalte vilkår (v. b)

Utover forholdsvis omfattende nordiske samarbeidsavtaler, er det flere europeiske og internasjonale avtaler om grensekryssende samarbeid om tvangsjurisdiksjon. Blant annet gir regelverket om den europeiske arrestordre et grunnlag for at den norske påtalemyndighetens beslutninger får virkning i andre europeiske land. Andre sentrale internasjonale avtaler som åpner for at norsk myndighetsutøvelse kan få virkning i andre

land er, er *Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* («Lugano-konvensjonen») og *The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* («New York-konvensjonen»). Ingen av disse konvensjonene gjelder imidlertid vilkår fastsatt i kraft av offentlig myndighetsutøvelse, det vil si plikter som norske myndigheter ensidig pålegger private parter. Videre gjelder Lugano-konvensjonen ikke for voldgiftssaker. Derimot gjelder New York konvensjonen kun for voldgiftssaker. Regelverket om den europeiske arresterordren gjelder bare straffesaker, og faller utenfor denne utredningens tematikk.

Etter Lugano-konvensjonen kan en part i kontraktsforhold begjære gjennomføring av tvangstiltak i de statene og organisasjonene som har sluttet seg til konvensjonen, det vil si EU, Danmark, Norge, Island og Sveits. Forutsetningen for at tvangstiltak kan begjæres gjennomført etter konvensjonen er at det foreligger en dom eller kjennelse i Norge for kravet.

En part kan også begjære gjennomføring av tvangstiltak etter New York-konvensjonen. Forutsetningen er da at det må foreligge en voldgiftsavgjørelse. Er denne forutsetningen oppfylt kan imidlertid tvangstiltak begjæres gjennomført i konvensjonens 172 medlemsland, inklusive USA, Kina, India og Brasil.

Hvorvidt norske myndigheter kan begjære håndhevelsetiltak gjennomført på grunnlag av en privatrettslig avtale etter Lugano-konvensjonen eller New York-konvensjonen vil bero på en konkret vurdering av den enkelte avtale. For Lugano-konvensjonens del vil et vesentlig moment være om myndighetenes rettigheter etter avtalen går utover rettigheter enhver privat borger kunne hatt. Etter New York-konvensjonen vil det være vesentlig om det er forhold som tilsier at avtalen ikke kan avgjøres av voldgift, jf. konvensjonen artikkel II nr. 1.

5. Adgangen til å pålegge vilkår

5.1 Oversikt

Det å stille som vilkår at virksomheter skal ha bestemte strukturer eller handle på bestemte måter innebærer at virksomhetene pålegges plikter. Etter norsk rett kan ingen private rettssubjekter pålegges plikter uten et rettsgrunnlag. Plikter kan blant annet etableres gjennom avtale og myndighetsutøvelse.

I det følgende redegjør jeg nærmere for adgangen til å stille vilkår gjennom avtale og myndighetsutøvelse.

5.2 Avtaler

Enhver kan ved avtale forplikte seg til å gjøre eller unnlate noe. Det gjelder også for private parter i deres relasjoner med staten. Staten kan derfor blant annet inngå avtale om kjøp av digital infrastruktur (fysisk anskaffelse), eller avtale bruk av slik infrastruktur (anskaffelse av tjenester). I slike avtaler kan det tas inn vilkår som innebærer at virksomheter som leverer infrastruktur eller tjenester forplikter seg til ha bestemte organisasjonsstrukturer, å handle på bestemte måter, eller unnlate å foreta visse handlinger.

Staten kan som eier også inngå avtaler som stiller vilkår for noens bruk av statens eiendom eller eiendeler. I den grad staten er eier av fast eiendom, der digital infrastruktur er plassert, eller staten eier selve den digitale infrastrukturen, kan staten i utgangspunktet kreve at den som skal inngå avtale om bruk av infrastrukturen oppfyller vilkår, herunder at virksomheter som bruker infrastrukturen skal ha bestemte strukturer eller handle på bestemte måter.

Det er klart at avtaleforhold mellom staten og private parter både er regulert av kontraktsrettens og den offentlige rettens regler. I utgangspunktet gjelder kontraktsrettens regler om når bindende avtale er inngått, hva som er riktig ytelse, og krav ved mangelfull eller forsinket ytelse også for avtaler mellom staten og private. I tillegg gjelder forvaltningsloven all forvaltningsvirksomhet, og de alminnelige reglene i lovens kapittel II og III får komme derfor også til anvendelse når det inngås avtaler med private parter. Hvorvidt forvaltningslovens regler om enkeltvedtak (kapittel IV) også gjelder beror på en temmelig sammensatt vurdering, hvor det sentrale er om avtalen er inngått under utøvelse av offentlig myndighet. Forvaltningslovutvalget har oppsummert de sentrale momentene for denne vurderingen slik:

«I vurderingen tas det hensyn til hvilket samfunnsområde avtalen er gjort på, hva formålet med avtalen er, om det dreier seg om fordeling av et knapphetsgode, og hvilken motytelse den private parten må svare. Jo mer balansert avtalen er med hensyn til fordelingen av rettigheter og plikter, desto mindre offentligrettslig preg har den. På den annen side vil avtaler på områder hvor det offentlige skal dekke grunnleggende behov for innbyggerne, som på helse-, omsorgs- og utdanningssektoren, ofte bli regnet som myndighetsutøving.»²

Når staten inngår rent kommersielle avtaler skal det ikke anses som utøvelse av offentlig myndighet. Jeg legger her til grunn at i den grad det er aktuelt å inngå avtaler om at virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur forplikter seg til ha bestemte organisasjonsstrukturer eller å handlinger eller unnlatelser, vil det være tale om kommersielle avtaler. Er det tale om å bruke offentlig myndighet til å pålegge private parter vilkår må reglene om myndighetsutøvelse overholdes (se nedenfor). Jeg legger for ordens skyld til at statens kommersielle avtaler med private kan være underlagt andre offentligrettslige regler enn forvaltningslovens kapittel II og III, avhengig av hva kontrakten går ut på. Blant annet følger det av Grunnloven § 75 at det er opp til Stortinget å bevilge penger til de avtalene staten inngår, og gjelder avtalen en offentlig anskaffelse kommer anskaffelsesreglene til anvendelse jf lov om offentlige anskaffelser.

I tilfeller der selskap som eier kritisk digital infrastruktur i Norge, enten inngår i en konsernstruktur eller i en annen kompleks eierstruktur, må det vurderes om det er tilstrekkelig å inngå avtale med selskapet eller om det også bør inngås avtale med andre deler av konsernet eller eierne. Dette fordi det er en viss mulighet for at konsernet, eller andre eiere, kan omgå de vilkår som kun hviler på det selskapet som eier infrastruktur i Norge, gjennom restruktureringer eller andre selskapsrettslige disposisjoner.

² Se NOU 2019: 5, s. 436-436.

Det er en risiko for omgåelse av avtalte vilkår fordi det også i konsernforhold er slik at det kun er det selskapet som har inngått en avtale som er bundet av denne. Hovedregelen er at et konsernselskap ikke er ansvarlig for å oppfylle et annet konsernselskaps forpliktelser. Selv om det i konsernforhold kan være noe lavere terskel for at et selskaps avtale med utenforstående, skal være bindende for andre selskaper i konsernet,³ er det ingen automatikk i at en avtale med et selskap blir bindende for andre selskap innenfor samme konsern. For å redusere risikoen for at avtalte vilkår blir omgått gjennom restruktureringer eller andre selskapsrettslige disposisjoner, bør eventuelle avtaler om vilkår ikke bare inngås med selskap som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge, men også med det konsernet selskapet eventuelt inngår i eller andre eiere som står bak selskapet.

5.3 Kravet til rettsgrunnlag for myndighetsutøvelse

5.3.1 Rettslige utgangspunkter – legalitetsprinsippet og vilkårs læren

Staten kan pålegge private parter plikter gjennom utøvelse av offentlig myndighet. Når pliktene går ut på at virksomheter skal ha bestemte strukturer eller handle på bestemte måter, og dette ikke kan forankres i avtale eller eierrådighet, er det nødvendig med hjemmel i lov.

Grunnloven § 113 gir et formelt uttrykk for kravet om lovhjemmel for inngrep. Bestemmelsen lyder: «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.»

Høyesterett har tolket bestemmelsen som uttrykk for et «grunnleggende prinsipp at myndighetshandlinger og myndighetsbeslutninger skal være forankret i folkeflertallets vilje», og at det betyr at «[d]en utøvende makt ... ikke [kan] gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir uttrykk for».⁴

Når forvaltningen pålegger plikter overfor private parter vil det være en form for maktbruk som krever forankring i Stortinget. Er pliktene av et visst omfang vil de anses som «inngrep», som etter ordlyden i Grunnloven § 113 krever «grunnlag i lov».

Selv om Grunnloven § 113 etter ordlyden kun omhandler inngrep mot «den enkelte» er det klart bestemmelsen også gjelder inngrep overfor andre private rettssubjekter, som aksjeselskaper og andre foretak.⁵ Det innebærer at vilkår som stilles til selskaper og andre virksomheter må ha hjemmel i lov, dersom vilkårene er å anses som «inngrep».

Krever myndighetene at sensitive eiendeler eller eiendom ekskluderes fra et oppkjøp, eller at virksomheten vedtar bestemmelser som hindrer nye eiere i å utøve stemmerett, delta i virksomhetens styre, eller få tilgang til sensitiv informasjon skal det anses som «inngrep» etter § 113, og krever derfor i utgangspunkt «grunnlag i lov». Det å pålegge slike plikter kan

³ Se HR-2017-1932-A avsnitt 102

⁴ HR-2018-1907-A, avsnitt 49

⁵ Se for illustrasjon HR-2018-1907-A, der Høyesterett vurderte Grunnloven § 113 i en sak hvor et aksjeselskap var part.

etter omstendighetene også anses som inngrep i både markeds- og menneskerettigheter beskyttet av EMK og EØS.

Har lovgivningen forutsatt at visse handlinger krever tillatelse fra forvaltningen, og forvaltningen i tillegg er gitt en viss frihet til å velge om tillatelse skal gis, er det antatt at dette gir et tilstrekkelig lovgrunnlag for å stille vilkår for tillatelsen. Synspunktet og det sentrale innholdet i denne såkalte vilkårlæren er at når forvaltningen kan gjøre det mer, nekte tillatelse, kan forvaltningen også gjøre det mindre, stille vilkår for en tillatelse. Forutsetningen er imidlertid at vilkår har en saklig sammenheng med tillatelsen, og ikke er uforholdsmessig tyngende. I tillegg er det, som jeg kommer tilbake til nedenfor i forbindelse med EØS-retten, en forutsetning at rammene for forvaltningens frihet til å velge om det skal gis tillatelse ikke er for upresise.

Det medfører at i de tilfeller lovgivningen krever godkjenning for visse erverv av eierandeler i selskaper, og forvaltningen er gitt frihet til å vurdere om godkjenning skal gis, kan det i utgangspunktet stilles vilkår for ervervet.

For øvrig må lovgivningen tolkes for å ta stilling til om forvaltningen kan pålegge private plikter, og i tilfelle hva slags plikter.

Dersom det er tale om å pålegge plikter på selskaper som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge, må det vurderes om det er tilstrekkelig å kun treffe vedtak rettet mot det aktuelle selskapet. I tilfeller der selskapet inngår i en konsernstruktur eller i en annen kompleks eierstruktur, er det mulig at vilkår ikke vil ha nødvendig effekt om det ikke også treffes vedtak rettet mot andre deler av konsernet eller eierne, så fremt lovgivning gir hjemmel til det. Dette fordi det er en viss mulighet for at et konsern eller andre eiere kan omgå de vilkår som kun hviler på det selskapet som eier kritisk digital infrastruktur i Norge, gjennom restruktureringer eller andre selskapsrettslige disposisjoner.

For å redusere risikoen for at vilkår blir omgått gjennom restruktureringer eller andre selskapsrettslige disposisjoner, bør altså eventuelle vilkår ikke bare pålegges selskap som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge, men etter omstendighetene, også med det konsernet selskapet eventuelt inngår i eller andre eiere som står bak selskapet, så fremt lovgivningen gir nødvendig hjemmel, og det ligger innenfor det norske myndigheters kan vedta i kraft av deres jurisdiksjon.

Det er klart at Grunnloven, EMK, og EØS-avtalen stiller krav til tolkning av norsk lovgivning som gir hjemmel til å foreta inngrep. Før jeg går nærmere inn på tolkningen av de konkrete lovhjemplene for å stille vilkår i sikkerhetsloven skal jeg derfor redegjøre for de overordnede krav Grunnloven, EMK, og EØS-avtalen stiller for at lovbestemmelser kan gi forvaltningen kompetanse til å pålegge private plikter.

5.2.2 Grunnlovens hjemmelskrav

Oversikt

Lovkravet i Grunnloven § 113 stiller ikke bare krav om at inngrep må ha hjemmel i lov, men krever også at hjemmelen må være tilstrekkelig for forvaltningens inngrep.⁶

I det følgende redegjør jeg kort for hvilke krav til hjemmel som må stilles til de inngrep, som kan bli aktuelt å gjennomføre overfor virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge.

Deretter redegjør jeg for om hjemmelskravet går så langt at dette, tolket i lys Grunnloven, stiller noen minstekrav til presisjonen i inngrepshjemler.

Krav til hjemmel for strukturelle og adferdsbaserte vilkår

Høyesterett har formulert det slik at vurderingen av om en lovhjemmel gir tilstrekkelig hjemmel for et inngrep vil bero på en konkret vurdering. I avgjørelsen inntatt i Rt 1995 s. 530 (Fjordlaks) uttrykte førstvoterende dette slik:

«Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn.»

Flere har hevdet at jo sterkere inngrep jo klarere krav til hjemmelens klarhet.⁷ Det tilsier at er nødvendig med klar lovhjemmel for tyngende inngrep som for eksempel pålegg om at en aktør skal selge deler av sin virksomhet. Som Tobiassen har vist i en nylig undersøkelse av Høyesterettspraksis må dette utgangspunktet likevel modifieres.⁸ Legalitetsprinsippet kan være en skranke i de tilfeller det er tale om svært generell og upresis ordlyd, og inngrepet går betydelig lenger enn forarbeidene gir dekning for. Legalitetsprinsippet kan også være en skranke i de tilfeller inngrepets tyngende karakter ikke står i rimelig forhold til de grunnene som kan anføres for at lovhjemmelen skal være tilstrekkelig.⁹

Den siste av disse to ovennevnte skrankene er i realiteten uttrykk for en helhetsvurdering hvor det skal svært mye til for at Høyesterett kommer til at en lovbestemmelse ikke gir hjemmel. Høyesteretts anvendelse av den første av de nevnte skrankene gir derimot en viss veiledning om hvor vid en lovbestemmelse kan være før den ikke lenger kan anses som hjemmel for inngripende vedtak.¹⁰

Jeg antar derfor at for å stille konkrete vilkår til en virksomhet, er det i utgangspunktet tilstrekkelig at lovens ordlyd kan tolkes som en kompetanse til å pålegge virksomheten plikter for å drive lovlig. Det er ikke nødvendig at loven spesifiserer hvilke plikter som kan pålegges

⁶ For en utførlig gjennomgåelse med referanser til tidligere teori, se Nicolai Skjerdal, *Kvalitative hjemmelskrav*, 1998.

⁷ Erik Boe, *Innføring i juss: Statsrett og forvaltningsrett*, 1993, s. 663.

⁸ Se Tomas Midttun Tobiassen, *Når myndighetene griper inn, En studie av legalitetsprinsippet i Høyesteretts praksis*, 2019.

⁹ Tomas Midttun Tobiassen, *Når myndighetene griper inn, En studie av legalitetsprinsippet i Høyesteretts praksis*, 2019, s. 123.

¹⁰ Se for eksempel Rt. 2004 s. 1603.

virksomhetene, gitt at de plikter som virksomheten blir pålagt ligger innenfor lovens formål. For at myndighetene skal ha kompetanse til å pålegge virksomheter plikt til å handle på bestemte måter, er det derfor i utgangspunktet tilstrekkelig at lovbestemmelsen gir myndighetene kompetanse til å gripe inn i virksomhetenes frihet, det er ikke nødvendig at lovbestemmelsene angir at myndighetene kan gripe inn med nærmere angitte vilkår. Er det tale om å pålegge en virksomhet å endre en allerede lovlig struktur, kan det innebære krav om oppsplitting av en virksomhet, som går lenger enn pålegg om hva virksomheten kan og ikke kan gjøre i kraft av den strukturen virksomheten har. Det tilsier at inngrepshjemler ikke uten videre gir adgang til å pålegge strukturelle tiltak, uten at det har holdepunkter i formålet med loven, ordlyden eller forarbeider.

Når lovgivningen gir forvaltningen frihet til å vurdere om tillatelser skal gis, følger det som nevnt ovenfor av vilkårs læren at myndighetene også har frihet til å stille vilkår for tillatelsen. Forvaltningen har i slike tilfeller også frihet til å velge hvilke vilkår som skal stilles, så lenge vilkårene har saklig sammenheng med tillatelsen, ikke er uforholdsmessig tyngende og for øvrig ligger innenfor lovens formål. Er disse vilkårene oppfylt kan det både pålegges adferdsregulerende og strukturelle vilkår. Tilsvarende gjelder der loven gir forvaltningen frihet til å vurdere om tillatelser skal gis, og uttrykkelig sier at det kan stilles «vilkår» for tillatelsen.

Videre står norske myndigheter relativt fritt til å velge hvilke vilkår som skal pålegges virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur, selv om lovhjemmelen for å pålegge vilkår er generelt utformet, forutsatt at vilkårene ikke er uforholdsmessig tyngende eller går betydelig lenger enn det forarbeidene gir dekning for.

Minstekrav til utforming av inngrepshjemler

Et ytterligere spørsmål er om Grunnloven stiller krav til presisjon i inngrepshjemler. Hensynene bak Grunnloven § 113, domstolenes plikt til kontrollere lovligheten av forvaltningens vedtak etter § 89, og rettsstatsformålet i Grunnloven § 2 tilsier at inngrepshjemler ikke bør være for upresise.

Når det gjelder § 113 har Høyesterett oppsummert de sentrale hensyn bak bestemmelsen i Rt. 2014 s. 1105 (Acta):

«Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at «[a]lle er like for loven». Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75 [bokstav] a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.»¹¹

¹¹ Rt. 2014 s. 1105 (Acta), avsnitt 26. Dommen avsagt under dissens 4-1. Førstvoterendes uttalelser om hensynene bak legalitetsprinsippet fikk støtte av flertallet og har senere blitt gjentatt i flere avgjørelser, blant annet HR-2016-1286-A og HR-2018-1907-A.

I den grad lovgivningen gir forvaltningen betydelig frihet til selv å velge når det skal gripes inn overfor den enkelte og hva inngrepet skal gå ut på, vil muligheten til å forutberegne sin rettsstilling gjennom lovgivningen bli svekket, og inngrepene vil også få en svakere demokratisk forankring. Det tilsier at lovgivningens inngrepshjemler bør angi både betingelsen som må være oppfylt for at forvaltningen kan gripe inn, og rammer for hva inngrepet kan gå ut på.

Det har også vært hevdet at Grunnloven setter grenser for hvor vid adgang forvaltningen skal ha til selv å velge i hvilke tilfeller det skal treffes enkeltvedtak og hva slik vedtak skal gå ut på. Castberg sier det slik:

«Jo videre spillerum en lov gir forvaltningsorganene skjønn i deres myndighetsutøvelse, desto mindre blir den reelle verdi av myndighetenes forankring i lov. Det er utvilsomt en grense for hva grunnloven her tillater. En lov som helt generelt ville bemyndige politiet til å verne om det offentliges interesser ved inngrep overfor borgerne, ville være grunnlovsstridig.»¹²

Videre fremholder Castberg at provisorisk anordning av 31. august 1936 er et eksempel på en kompetansetildeleing som i prinsippet var for vidtgående.¹³ Ordlyden var:

«Når en utlending, hvis opphold eller virksomhet her i riket finnes å være i strid med statens interesser, ikke vil eller ikke kan forlate landet, kan Justisdepartementet beslutte at han skal være undergitt sådanne innskrenkninger med hensyn til bevegelsesfrihet og samkvem med andre som departementet bestemmer.»

Castberg mente riktignok at kompetansetildelingen kunne være innenfor Grunnlovens grenser, fordi det var mulig at Grunnloven stilte strengere krav til inngrep mot norske borgere enn inngrep mot utlendinger. Overfor norske borgere var Castberg imidlertid ikke i tvil. En så vidtgående kompetansetildeling «ville ha vært i strid ned det legalitetsprinsipp som vår forfatning bygger på».

Det har likevel ikke vært noen enighet om hvor Grunnlovens grenser for kompetansetildeling går, og ingen lov har så langt blitt satt til side fordi den går utover disse grensene. Den nevnte provisoriske anordningen fra 1936 har heller ikke av alle vært ansett som et typetilfelle på en for vidtgående kompetansetildeling. Torkel Opsahl omtaler den samme anordningen i Delegasjon av Stortingets lovgivningsmyndighet, og kommenterer at den neppe var i strid med noen lov.¹⁴

Andenæs har derimot i sin fremstilling av Norges statsforfatning uttalt seg i samme retning som Castberg:

«Legalitetsprinsippet regnes for et prinsipp av grunnlovs rang, og det må være en grense for hvor langt lovgivningen kan gå i å utvanne hjemmelskravet.»

¹² Castberg 1964, s. 14

¹³ Se Castberg 1964, s. 14.

¹⁴ Opsahl, s. 325.

Videre er det antatt at kjernen i domstolens konstitusjonelle adgang til å kontrollere forvaltningen, som siden 2020 har kommet til uttrykk i Grunnloven § 89, er at lovgivningen ikke kan «legge en avgjørelse til et forvaltningsorgan på en slik måte at domstolene ikke har rett til å prøve om et vedtak skyldes maktmisbruk fra vedkommende forvaltningsorgans side».¹⁵ Den «maktmisbruk» det er forutsatt at domstolene alltid kan kontrollere er forvaltningens «overskridelse av grensen for vedkommende myndighet eller fullmakt (ultra vires), anvendelse av myndigheten til et annet formål enn det loven har fastsatt (détournement de pouvoir) og krenkelse av likhetsgrunnsetningen».¹⁶ Det er åpenbart at domstolens kontroll av om forvaltningen har overskredet grensene for sin myndighet blir nærmest illusorisk, dersom de grensene loven angir for forvaltningens myndighet er så upresise at det i praksis ikke kan kontrolleres om forvaltningen er utenfor eller innenfor grensene. Som nærmere utdypet nedenfor har det likevel blitt akseptert at lovgivningen kan begrense domstolskontrollen på et avgrenset område, med mindre begrensningene går så langt at større grupper av tvister på sentrale rettsområder blir unndratt kontroll.¹⁷

Kravene til legalitet og domstolskontroll er også sentrale deler av rettsstaten, som det har vært antatt at Grunnloven har beskyttet, og som siden 2012 har vært nedfelt i Grunnloven § 2. Selv om det er vanskelig å utlede noe konkret innhold fra forarbeidene til Grunnloven § 2, er ikke uttrykket «rettsstaten» kun et honnørord. Slik dommer i Høyesterett, Ingvald Falch, har utlagt kjernen i begrepet, er særlig to kjennetegn sentrale ved rettsstaten: «rettsbinding sikret av uavhengige domstoler».¹⁸ Rettsbindingen består i at offentlige myndigheter er bundet av retten, som er noe annet enn at uavhengige domstoler kontrollerer om rettsbindingen etterleves. Videre fremholder Falch også andre sentrale kjennetegn ved rettsstaten, blant annet at «rettsreglene, i alle fall som utgangspunkt, [må] være gjort kjent på *forhånd*, det vil si før borgerne foretar de handlinger hvis lovlighet skal bedømmes.»¹⁹ Det vil klart nok svekke rettsstaten dersom lovbestemmelser ikke setter vilkår for i hvilke tilfeller forvaltningen kan gripe inn i, og heller ingen annen konkret regulering av hva inngrepene kan gå ut på. Slike bestemmelser reduserer den rettslige bindingen av, og muligheten for å føre rettslig kontroll med, forvaltningen. Dessuten vil slike lovbestemmelser føre til at private parter mulighet til å forutsi sin rettsstilling også blir redusert.

Selv om det konstitusjonelle vernet av legalitetsprinsippet, domstolskontrollen med forvaltningen og rettsstaten svekkes av upresise lovbestemmelser som gir et

¹⁵ Forvaltningskomiteens innstilling (1958) s. 369. Formålet med grunnlovsfestingen av domstolenes legalitetskontroll med forvaltningen i 2020 var ikke å endre rettstilstanden, men å grunnlovfeste «den etablerte ordningen» med domstolskontroll av forvaltningen, se Innst.258 S (2019–2020) s. 1. Forvaltningskomiteens uttalelser i 1958 om domstolskontrollens konstitusjonelle kjerne er derfor fortsatt relevant, også for tolkningen av Grunnloven § 89, slik den lyder i dag.

¹⁶ Forvaltningskomiteens innstilling (1958) s. 369.

¹⁷ Se Rt. 2012, s. 519, avsnitt 81, Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, 8. utgave 1998, s. 287 og den mer utførlige drøftelsen i Olav Haugen Moen, *Forvaltningsskjønn og domstolskontroll*, 2019, s. 125-130.

¹⁸ Ingvald Falch, «Rettsstatens betydning», *Lov og rett* 2021, s.43-57, på s. 48.

¹⁹ Falch 2021, s. 49.

forvaltningsorgan stort spillerom, er det i løpet av de siste hundre år likevel vedtatt flere slike bestemmelser, enten i lov, eller i provisorisk anordning.²⁰

Høyesterett har i likhet med Stortinget heller ikke tolket Grunnloven slik at legalitetsprinsippet, domstolskontrollen med forvaltningen og rettsstaten setter strenge krav til hvordan lovgivningen skal utformes. Høyesterett har akseptert at lovgivningen legger forholdsvis omfattende begrensninger på domstolskontrollen med forvaltningen. I forbindelse med etableringen av Gjenopptakelseskommisjonen ble straffeprosessloven endret i 2001, slik at alle gjenopptakelsessaker ble flyttet fra domstolene til det nye forvaltningsorganet (Gjenopptakelseskommisjonen). Spørsmålet om loven hindret domstolene fra å kontrollere kommisjonen kom opp i dommen i Rt 2012 s. 519. Saken gjaldt gyldigheten av en beslutning truffet av kommisjonen, og Høyesterett i storkammer kom til at loven måtte tolkes slik at domstolene kunne prøve kommisjonens generelle lovtolkning og etterlevelse av grunnleggende saksbehandlingsregler, men at domstolene ikke kunne overprøve kommisjonens konkrete rettsanvendelse, blant annet fordi loven ga anvisning på til dels «meget skjønnsmessige vurderinger.»²¹ En slik begrensning i domstolskontrollen ble ansett for å være forenlig med det konstitusjonelle vernet av domstolenes kontroll med forvaltningen. Det bærende synspunktet så ut til være at det er tilstrekkelig for å oppfylle Grunnlovens krav at forvaltningsvedtak kan bringes inn «for domstolene for prøving, og [at] «domstolene har et visst minimum av overprøvingskompetanse».

Det må etter avgjørelsen være klart at det ikke er i strid med det konstitusjonelle vernet av domstolenes kontroll med forvaltningen, om kontrollen beskjæres «på et avgrenset område».

Det kan likevel reises spørsmål om det er forenlig med den formelle forankringen rettsstaten og legalitetsprinsippet nå har fått i Grunnloven §§ 2 og 113, å vedta lovhjemler som gir myndighetene kompetanse og frihet til å pålegge private plikter, som ikke har presise vilkår for i hvilke tilfeller det kan treffes enkeltvedtak, eller noen konkrete rammer for hva enkeltvedtakene helt konkret kan gå utpå. Det er for så vidt klart at selv slik lovgivning ikke vil gi forvaltningen frihet til å treffe enkeltvedtak med et innhold som er strid med Grunnlovens menneskerettigheter eller andre overordnede rettsnormer. Likevel er det ikke gitt at lovhjemler som ikke setter ytterligere rammer for i hvilke tilfeller forvaltningen kan gripe inn overfor den enkelte og hva inngrepene kan gå utpå, går for langt i å utfordre kjernen i den hensyn som Høyesterett har lagt til grunn at legalitetsprinsippet og rettsstaten skal ivareta.²² På bakgrunn av rettskildematerialet er det neppe mulig å gi et generelt svar på spørsmålet.

Oppsummert må det bero på en sammensatt vurdering om lovgivningen går for langt i å utfordre legalitetsprinsippet og rettsstatens kjerne, når det ikke settes presise betingelser

²⁰ Noen eksempler er provisorisk anordning av 31. august 1936 (nå opphevet) om tiltak overfor utlendinger, provisoriske anordning av 8. mai 1945 om prisregulering mv. (nå opphevet), prisloven av 1953 § 23 (nå opphevet), lov av 1953 om oppfinnelser av betydning for rikets forsvar § 6, og forurensningsloven § 40 andre ledd.

²¹ Rt 2012 s. 519, avsnitt 76.

²² se Rt. 2014 s. 1105, avsnitt 26, HR-2020-2472-P (Klimadommen), avsnitt 123, og HR-2021-417-P (Acer), avsnitt 80.

for i hvilke tilfeller forvaltningen kan gripe inn overfor den enkelte og heller ikke rammer for hva inngrepene kan gå utpå. Relevante momenter i denne vurderingen må blant annet bero på hva slags forvaltningsområdet det gjelder, om de aktuelle lovbestemmelsene i realiteten omfatter hele eller deler av det aktuelle forvaltningsområdet, og hvorvidt lovens formål setter snevre eller vide rammer for hvilke inngrep forvaltningen kan foreta.

5.2.3 EMKs hjemmelskrav

EMK rettighetsbeskyttelse innebærer krav om at inngrep i rettigheter må kunne kontrolleres og bygge på tilstrekkelig presis hjemmel. Kravet til domstolskontroll og presise hjemler henger sammen.

EMK artikkel 6 krever blant annet at enhver skal ha rett til en rettferdig og offentlig rettergang, for å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter. Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har tolket bestemmelsen slik at den krever at domstolene kan foreta reell kontroll av om forvaltningens avgjørelser er lovlige. En illustrasjon av dette er EMDs avgjørelse i Obermeier mot Østerrike. Saken gjaldt suspensjon av en delvis ufør arbeidstaker, som etter loven måtte godkjennes av et særskilt forvaltningsorgan. Et sentralt spørsmål i saken var om nasjonale domstoler hadde foretatt en tilstrekkelig kontroll med det særskilte forvaltningsorganets vurdering av om suspensjonen burde godkjennes. I den forbindelse uttalte EMD:

“In this respect it must be taken into account that the relevant legislation does not contain any substantial and precise provisions for the decisions to be taken by the Disabled Persons Board or the Provincial Governor. From this silence of the law, the Austrian Administrative Court has itself inferred that the Administrative Court can only determine whether the discretion enjoyed by the administrative authorities has been used in a manner compatible with the object and purpose of the law. This means, in the final result, that the decision taken by the administrative authorities, which declares the dismissal of a disabled person to be socially justified, remains in the majority of cases, including the present one, without any effective review exercised by the courts.”²³

EMDs vurdering var altså at EMKs krav til en rettferdig rettergang ikke var oppfylt når lovens bestemmelser ikke ga domstolene anledning til å prøve annet enn om organet hadde gått utover lovens formål. Det tilsier at det vil være i strid med EMK-artikkel 6 om en lovhjemmel er slik utformet at domstolene ikke kan kontrollere annet enn om norske myndigheter har gått utenfor lovens formål. Det er i så fall et strengere krav til lovhjemlers presisjon enn det som følger av Grunnloven.

Basert på EMDs praksis kan det reises spørsmål om det er i strid med EMK artikkel 6 å anvende lovhjemler som angir så upresise kriterier for vurderinger av om forvaltningens beslutninger er lovlige, at domstolene i realiteten kun kan kontrollere om forvaltningen har gått utenfor lovens formål. Det vil nok likevel være å trekke avgjørelsen i Obermeier mot

²³ Se Obermeier mot Østerrike 28. juni 1990, avsnitt 70.

Østerrike for langt at det alltid vil være i strid med EMK-artikkel 6 om en lovhjemmel er utformet på den måten at domstolene i realiteten ikke kan kontrollere annet enn om norske myndigheter har gått utenfor lovens formål. Så lenge loven angir kriterier for å vurdere lovligheten av myndighetenes beslutninger, vil det ikke nødvendigvis være i strid med EMK artikkel 6 at kriteriene er upresist utformet, så lenge nasjonale domstoler kan prøve om kriteriene er tolket riktig.²⁴ Dersom domstolene i tillegg kan prøve om en avgjørelse bygger på riktig faktum, om saksbehandlingsregler er fulgt, vil det også gi ytterligere holdepunkter for at kravet til rettferdig rettergang er overholdt. Videre vil kravene til presis utforming av lovgivningen antageligvis heller ikke være så strenge når det gjelder forvaltningen av nasjonal sikkerhet, hvor statene må ha nokså stor frihet til å utøve skjønn ved vurdering av hvilke tiltak som er best egnet for å ivareta sikkerheten.

Videre er det etter EMK klart at inngrep krever lovhjemmel, legitimt formål og en begrunnelse for hvorfor inngrepet er et nødvendig og forholdsmessig tiltak i et demokratisk samfunn. På den bakgrunn har EMD blant annet presisert hva som kan ansees som tilstrekkelig hjemmel.

Vilkår som pålegges virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur kan blant annet tenkes å gripe inn i flere EMK-rettigheter. Som illustrasjon antar jeg for eksempel at visse strukturelle vilkår som påbud om salg av deler av virksomhet eller eiendom etter omstendighetene kan være inngrep i EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (EMK P1-1).

Bestemmelsen lyder slik:

«Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper.»

EMK P1-1 er inkorporert som norsk lov jf. Menneskerettsloven av 1999 § 2. Ved motstrid går EMK P1-1 foran annen formell lov, jf. Menneskerettsloven § 3 jf. § 2. Det er på det rene at inngrep i eiendomsretten, for eksempel krav om at noen avstår deler av sin virksomhet krever hjemmel, og at det stilles krav til hjemmelens kvalitet.²⁵

Det grunnleggende avgjørelsen om hva som skal anses som tilstrekkelig hjemmel for inngrep i rettigheter vernet av EMK er *Sunday Times mot Storbritannia*, som riktignok ikke gjaldt inngrep i eiendomsretten, men inngrep i ytringsfriheten.²⁶ Den delen av avgjørelsen som gjelder lovkravet er likevel utformet helt generelt og er også gjentatt i senere avgjørelse, og har av den grunn betydning for hvilke krav som skal stilles til hjemmelen for inngrep i blant annet eiendomsretten. Det EMD sier om lovkravet er:

«In the Court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression 'prescribed by law'. First, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his

²⁴ Se i denne retning *Zumbotel mot Østerrike*, 21. september 1993, avsnitt 32 og 33.

²⁵ Se for eksempel *Carbonara og Ventura mot Italia*, 30. mai 2000, avsnitt 64.

²⁶ Se *Sunday Times mot Storbritannia* 26. april 1979.

conduct: he must be able – if need with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.»²⁷

Av de to delene av lovkravet som EMD her tar opp her, er det det andre som er en relevant skranke mot for vide lovhjemler. EMDs poeng ser ut til å være at kravet om rettsgrunnlag for inngrep i rettighetene forutsetter at normene er så presise at borgerne på forhånd kan vite under hvilke vilkår inngrep i rettighetene kan skje, og hva slags inngrep det vil være tale om. Slik kan man i rimelig grad forutse hva som blir de rettslige konsekvensene av ens handlinger.

Når det gjelder inngrep i eiendomsretten etter EMK P1-1 har EMD uttrykt dette slik i *Carbonara og Ventura mot Italia*: «the requirement of lawfulness means that rules of domestic law must be sufficiently accessible, precise and foreseeable»²⁸

EMDs krav til presisjon i rettsgrunnlaget er imidlertid ikke nødvendigvis et krav om presisjon i lovtekst. Kravene kan oppfylles også av andre rettskildedefaktorer, såfremt de er offentlige og tilgjengelige for allmennheten. Eksempelvis kan forvaltningsinstrukser og andre direktiver som ikke er rettslig bindende, få betydning ved vurderingen av om rettsgrunnlaget er tilstrekkelig presist.²⁹ EMD har blant annet uttrykt dette slik:

«the Court considers that although those directives did not themselves have the force of law, they may to the admittedly limited extent to which those concerned were made sufficiently aware of their contents - be taken into account in assessing whether the criterion of foreseeability was satisfied in the application of the Rules»³⁰

Det er altså ikke nødvendigvis et krav om at presist rettsgrunnlag må være nedfelt i lovtekst, en generell lov som lest i lyst av offentlig tilgjengelig forarbeider som presiserer hjemmelen vil kunne oppfylle presisjonskravet.

5.2.4 EØS-avtalens hjemmelskrav

Oversikt

EØS-rettens regler om de fire friheter stiller også krav til tolkning av hjemler for inngrep. Dels kan ikke lovgivningen tolkes slik at det den gir forvaltningen kompetanse til å pålegge vilkår som er uforholdsmessige inngrep i EØS-avtalens rettigheter. Dels stiller EØS-avtalen minstekrav til hvordan lovgivningen skal utformes for at den skal gi forvaltningen hjemmel til å pålegge private parter plikter. Gir en lovbestemmelse en for vid og upresis hjemmel for forvaltningen, vil det å ha bestemmelsene i seg selv kunne anses som en uforholdsmessig restriksjon på retten til fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital på tvers av

²⁷ Se *Sunday Times mot Storbritannia* 26. april 1979, avsnitt 49.

²⁸ Se *Carbonara og Ventura mot Italia*, 30. mai 2000, avsnitt 64.

²⁹ Se *Silver m.fl. mot Storbritannia* 25. mars 1983, avsnitt 86-88.

³⁰ Se *Silver m.fl. mot Storbritannia* 25. mars 1983, avsnitt 88.

landegrensene, og derfor være i strid med EØS-avtalens forpliktelser. I det følgende redegjør jeg nærmere for de EØS-reglene som setter rammer for hvor vide og upresise forvaltningens lovhjemler kan være.

Først presenterer jeg helt kort hovedtrekk ved EU-domstolens vurderinger av lovhjemlers presisjon og betydning av disse vurderingene for EØS-avtalen og regler om investeringskontroll. Deretter redegjør jeg nærmere for betydning av lovgivningens rammer for forvaltningsskjønn, ved EU- og EFTA-domstolens vurderinger av om regler om investeringskontroll er lovlige restriksjoner. Videre behandler jeg EUs forordning om screening av investeringer (investeringsscreening),³¹ og betydning av disse reglene for tolkningen av EØS-avtalens regler. Avslutningsvis sammenfatter jeg EØS-rettens krav til investeringskontroll og adgangen til å gjøre unntak fra disse kravene.

Hovedtrekk ved EU-domstolens vurdering av lovhjemlers presisjon mv.

Når lovgivningen ikke angir presise betingelser for vurderinger av om forvaltningen skal treffe avgjørelser, overlates i realiteten slike vurderinger til forvaltningens eget skjønn. Og uten presise kriterier for skjønnsutøvelsen er det vanskelig å forutsi hvordan forvaltningens skjønn vil bli utøvd. Fordi det kan virke dempende på transaksjoner i et marked, om aktørene ikke på forhånd kan vite om transaksjoner vil bli ansett lovlige, kan upresis lovgivning som gir forvaltningen stor frihet til å utøve skjønn, føre til mindre aktiviteter på markedene. Blant annet på den bakgrunn har EU-domstolen i flere saker lagt til grunn at det å gjøre retten til fri bevegelse betinget av forvaltningens skjønn, i seg kan utgjøre en restriksjon på den rett EU-traktatene gir til fri bevegelse på tvers av landegrenser.³² I en eldre foreleggelsessak, som gjaldt fri bevegelse av varer, uttalte EU-domstolen i 1983 helt generelt at «Freedom of movement is a right whose enjoyment may not be dependent upon a discretionary power or on a concession granted by the national authorities.»³³

Bakgrunnen for uttalelsen er at det vil virke begrensende på økonomisk virksomhet i EUs indre marked om aktørene ikke på forhånd kan vite om grensekryssende transaksjoner er lovlige, men må avvente hvordan myndighetene utøver skjønn.³⁴

For øvrig er EU domstolens uttalelse om at retten til fri bevegelse ikke kan være betinget av forvaltningsskjønn helt generell og kan derfor ikke uten videre tas til inntekt for en allmenn regel. Snarere er det tale om et uttrykk for et utgangspunkt for vurderinger av om det å gi forvaltningen skjønn er forenelig med retten til fri bevegelse. Som et slikt utgangspunkt illustrerer uttalelsen imidlertid at enhver nasjonal regel, også regler om investeringskontroll, kan anses som en restriksjon, dersom retten til å utøve fri bevegelse er betinget av forvaltningsskjønn. Som jeg kommer tilbake til nedenfor er det imidlertid klart at i den grad forvaltningsskjønn i seg selv anses som en restriksjon på retten til fri

³¹ Se Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2019/452 av 19. mars 2019 om et regelsett for kontroll av utenlandske direkteinvesteringer i unionen.

³² Se Christoffer C. Eriksen, *The European Constitution, Welfare States and Democracy: The four freedoms vs. national administrative discretion*, 2011.

³³ Se sak 124/81 avsnitt 10.

³⁴ Eriksen 2011

bevegelighet, kan skjønnet rettfærdiggjøres dersom det kan begrunnes i EU-retten unntaksregler.

Fordi EU-domstolens avgjørelser om tolkning av grunnfrihetene før 1992 er bindende for tolkningen av EØS-avtalen, må den nevnte uttalelsen også legges til grunn ved tolkning av EØS-retten regler om fri bevegelse. Det innebærer i hvert fall som et utgangspunkt at retten til fri bevegelse heller ikke i EØS kan være betinget av skjønn, men at skjønn må kunne rettfærdiggjøres dersom det anses som en restriksjon.

Etter EU-domstolens praksis er det klart at nasjonale ordninger som kan utgjøre en hindring for eller begrensning av erverv av aksjer og avholde investorer fra andre medlemsstater i å investere i slike virksomheter, skal anses for å utgjøre «restriksjoner» etter TEUV artikkel 63, som beskytter kapitalfriheten.³⁵ Er ervervet av en slik art at erververen får en innflytelse på virksomheten som gjør at vedkommende kan treffe avgjørelse om dets drift, vil ervervet være beskyttet av etableringsretten etter TEUV artikkel 49.³⁶ I utgangspunktet vil nasjonale ordninger anses som «restriksjoner» etter denne bestemmelsen, når de kan hemme utøvelsen av etableringsretten eller gjøre utøvelsen av etableringsretten mindre attraktiv.³⁷ Tilsvarende gjelder ved tolkning av EØS-avtalens artikkel 31 og 40.³⁸

Det er klart at regler som krever at myndighetene godkjenner investeringer i en virksomhet, vil gjøre det mindre attraktivt å foreta investeringer. Slike godkjenningsregler er derfor ansett som «restriksjoner» på etableringsretten og kapitalfriheten, både av EU-domstolen og av EFTA-domstolen.³⁹ Og som nærmere utdypet nedenfor har begge domstolene i flere saker kommet til at slike restriksjoner ikke kan forsvares som forholdsmessige restriksjoner, dersom godkjenningsordningen gir myndighetene et skjønn som ikke er avgrenset av presise og tilgjengelige kriterier.

I EU domstolens praksis er det imidlertid ikke bare krav om godkjenning av investeringer som er ansett som restriksjoner. I tillegg har EU-domstolen kommet til at det også kan anses som restriksjoner å ha regler som gir myndigheter kompetanse til å stanse eller pålegge aktører plikter, etter at de har gjennomført investeringer eller transaksjoner.⁴⁰ Et fellestrekk i noen av de forholdsvis få sakene hvor EU-domstolen har ansett slike regler for å være restriksjoner på fri bevegelse er at de aktuelle reglene gir myndighetenes kompetanse til å utøve skjønn som ikke er avgrenset av presise kriterier.⁴¹ Ett eksempel er EU-domstolens avgjørelse i en traktatbruddsak mot Frankrike, C-483/99.

Et av spørsmålene i saken gjaldt om den franske finansministerens myndighet til å stanse enhver beslutning om å overføre eller pantsette verdiene av utenlandske datterselskap i et

³⁵ Se for eksempel C-543/08, avsnitt 47.

³⁶ Se for eksempel C-251/98, avsnitt 22.

³⁷ Se for eksempel C-55/84, avsnitt 37.

³⁸ Se blant annet E-9/11, avsnitt 82.

³⁹ Se for illustrasjon EU-domstolens sak C-483/99, se særlig avsnittene 37, 41, 42 og 56, og EFTA-domstolens sak E-9/11, særlig avsnitt 79-82.

⁴⁰ Eriksen 2011

⁴¹ Se blant annet C-483/99, avsnitt 52 og 53 og C-318/10, avsnitt 27 og 28.

fransk oljeselskap (Société Nationale Elf-Aquitaine). Om kompetansen til å stanse slike transaksjoner uttalte EU-domstolen:

«Even though what is involved here is not a system of prior authorisation but a system of opposition ex post facto, it is common ground that the exercise of that right is likewise not qualified by any condition limiting the wide discretion of the minister concerned regarding controls on the identity of the holders of the assets of the subsidiary companies. It follows that the system clearly goes beyond what is necessary in order to attain the objective pleaded by the French Government, namely the prevention of disruption of a minimum supply of petroleum products in the event of a real threat. Moreover, the French legislative provisions in issue do not reflect any such limitation.

Since the structure of the system established does not include any precise, objective criteria, the legislation in issue goes beyond what is necessary in order to attain the objective indicated.»⁴²

På det grunnlag konkluderte EU-domstolen blant annet med at det var i strid med reglene om fri bevegelighet av kapital å ha en bestemmelse i kraft som tildeler den franske staten en aksje i Elf-Aquitaine, som gir staten:

«the right to oppose any decision to transfer or use as security ... the majority of the capital of four subsidiaries of [Elf-Aquitaine]».

Selv om EU-domstolens ikke sier det direkte, forutsetter konklusjon at reglene om etterfølgende kontroll også anses som «restriksjoner» på kapitalfriheten.

Skjønn og investeringskontroll

Det er klart at avgrensningen av myndighetenes skjønn er et sentralt element i EU-domstolens vurderinger av om regler om investeringskontroll er lovlige restriksjoner regler om etableringsrett og kapitalfrihet. Forutsetningen er at restriksjonene er begrunnet i henholdsvis TEUV artikkel 52 eventuelt EØS-avtalen artikkel 33, eller almene hensyn, dersom det er tale om nasjonalitetsnøytrale restriksjoner.

Statenes anvendelse av de nevnte unntaksreglene er underlagt en forholdsvis streng domstolskontroll, også når det gjelder sikkerhetshensyn. Illustrerende er tolkningen av reglene om fri bevegelse av kapital. Her har EU-domstolen i en sak om franske regler for kontroll av utenlandske investeringer lagt til grunn at de hensyn medlemsstatene angir som begrunnelse for å anvende unntaksreglene må kunne overprøves av EUs institusjoner, og kun aksepteres dersom det er reelle grunner til å påberope de aktuelle hensynene:

«It should be observed, first, that while Member States are still, in principle, free to determine the requirements of public policy and public security in the light of their national needs, those grounds must, in the Community context and, in particular, as

⁴² Se C-483/99, avsnitt 52 og 53.

derogations from the fundamental principle of free movement of capital, be interpreted strictly, so that their scope cannot be determined unilaterally by each Member State without any control by the Community institutions. Thus, public policy and public security may be relied on only if there is a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society. Moreover, those derogations must not be misapplied so as, in fact, to serve purely economic ends.»⁴³

For at unntaksreglene skal kunne påberopes av statene, må restriksjonene ikke bare være begrunnet i lovlige hensyn, i tillegg må restriksjonene være egnete og nødvendige virkemidler for å ivareta disse hensynene. Ved denne vurderingen har EU-domstolen i en rekke saker kommet til at det er uforholdsmessig, og etter hvert også i strid med prinsippet om rettsikkerhet (legal certainty) at medlemsstatene har lovbestemmer som gir nasjonale forvaltning for vid skjønnsmyndighet til å godkjenne meldinger om oppkjøp eller andre forhold.

EU-domstolens praksis er fulgt opp av EFTAs EØS-institusjoner. Blant annet har EFTAs overvåkningsorgan (ESA) fremholdt at norsk lovgivning har gitt forvaltningen et så vidt skjønn at retten til fri bevegelighet har blitt uforholdsmessig begrenset. Illustrerende er ESAs «letter of formal notice» angående lov av 1994 om erverv av næringsvirksomhet. I ESAs pressemelding, som oppsummerte brevet, het det:

«It is the Authority's view that a system requiring an administrative authorisation involves a certain degree of discretion, creates legal uncertainty for investors and is, consequently, liable to hinder or make less attractive the exercise of the freedom of establishment and the free movement of capital. As the rules have not been justified they must be regarded contrary to the EEA Agreement.»⁴⁴

Den norske regjeringen protesterte mot ESAs vurdering, men foreslo likevel å oppheve hele loven. Stortinget sluttet seg til forslaget og loven om erverv av næringsvirksomhet ble opphevet i 2002.⁴⁵

Videre har EFTA-domstolen også lagt til grunn at legal certainty setter grenser for hvor vide skjønn lovgivningen kan gi. I sak E-9/11 som gjaldt regler om eierkontroll i den tidligere børsloven, uttalte EFTA-domstolen:

«In a case where the acquisition of shareholdings and the exercise of voting rights above a certain threshold are based on exceptions to main rules that provide for an outright ban, legal certainty calls for those exceptions to be sufficiently clear and precise.»⁴⁶

I samme sak la EFTA-domstolen også til grunn de krav EU-domstolen har anvendt i tilsvarende saker ved prøving av om skjønnet er uforholdsmessig:

⁴³ Se sak C-54/99, avsnitt 17 (referanser utelatt).

⁴⁴ Se ESA PR(00)06.

⁴⁵ Jf Lov om oppheving av lov om erverv av næringsverksemd, ikraft fra 1. juli 2002.

⁴⁶ Se sak E-9/11, avsnitt 99.

«In this regard, the Court recalls that, while the principle of legal certainty does not preclude the conferral of discretionary powers on the competent authorities, a system of prior administrative approval must be based, as a general rule, on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance to the undertakings concerned. All persons affected by a restrictive measure of that type must have a legal remedy available to them».⁴⁷

EUs regler om screening av investeringer

Ved tolkning av EØS-reglene om kravene til presisjon i lovgivning om eierskapskontroll for sikkerhetsformål har det en viss betydning at det i EU, som ledd i EUs handelspolitikk er vedtatt en forordning om investeringscreening med hjemmel i TEUV artikkel 207.⁴⁸ EUs felles handelspolitikk er ikke EØS-relevant, og forordningen er derfor ikke tatt inn i EØS-avtalen. Forordningen om investeringscreening har likevel betydning for tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser, da EØS-avtalens bestemmelser om fri etableringsrett og kapitalflyt i EØS-avtalens artikkel 31 og 40 setter grenser for hvordan det kan utøves kontroll med investeringer i EØS. En sak er at investorer utenfra EØS-området kan få tilgang til EUs indre marked via Norge og EØS-avtalen, dersom Norge ikke praktiserer like streng screening som EU.⁴⁹ En annen sak, som har direkte rettslig betydning for tolkning av EØS-avtalens bestemmelser om etableringsrett og kapitalflyt er at disse skal tolkes i samsvar med de tilsvarende bestemmelsene i TFEU, henholdsvis artikkel 49 og 63.⁵⁰

EU-kommisjonen har videre vurdert forordningen om investeringscreening etter TFEU artikkel 63, fordi denne i motsetning til EØS-avtalen artikkel 40, både gjelder kapitalbevegelser mellom medlemsland og mellom medlemsland og tredjeland. Etter EU-kommisjonens vurdering er forordningen en restriksjon på fri kapitalbevegelse, men likevel lovlig fordi den er utformet i samsvar med unntaksreglene og alminnelige EU-rettslige prinsipper:

«Investment screening mechanisms may represent a restriction on the free movement of capital which, however, may be justified when necessary and proportionate for the achievement of the objectives defined in the Treaty, including on public security and public policy grounds (Article 65 TFEU) or for overriding reasons in the general interest, as defined by the Court of Justice of the European Union.

As clarified in the case law of the Court of Justice, whereas Member States enjoy discretion in determining public policy and public security requirements in the light of their national needs, those public interests cannot be determined unilaterally by the Member States without any control by the institutions of the EU and must be interpreted strictly: they may be relied on only if there is a genuine and sufficiently

⁴⁷ Se sak E-9/11, avsnitt 100.

⁴⁸ Se mer utførlig om dette i NOU 2023: 28, punkt 8.3 og Charlotte Hafstad, ««Weaponization» av eierskap og norske eierskapskontrollregler», *Lov og rett* 2023, s. 303-324.

⁴⁹ Hafstad 2023.

⁵⁰ Se C-452/01 Ospelt

serious threat to a fundamental interest of society. [...] Furthermore, investment screening mechanisms should comply with the general principles of EU law, in particular the principles of proportionality and legal certainty. These principles require that the procedure and the criteria for the investment screening are defined in a non-discriminatory and sufficiently precise manner. Potential investors must be able to know such mechanisms in advance and to seek judicial review.

The proposed Regulation is consistent with these requirements. It confirms that Member States may screen foreign direct investments on grounds of security or public order and sets out basic procedural requirements for Member State's screening mechanisms, such as transparency, non-discrimination between different third countries and judicial review.»⁵¹

Etter EØS-avtalen artikkel 40 kan det heller ikke etablere restriksjoner på kapitalflyt med mindre de kan begrunnes som nødvendige og forholdsmessige tiltak for å ivareta lovlige hensyn, som for eksempel sikkerhetshensyn. Det innebærer at regler for screening som er restriksjoner på kapitalflyt ikke bare må være begrunnet i sikkerhetshensyn, for å være lovlige etter EØS-avtalen og EØS-loven. I tillegg må slike screening regler – og praksis – være forholdsmessige, det vil si ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å begrense kapitalflyten i EØS. For å etablere regler for investeringskontroll som er i samsvar med forpliktelsene etter EØS-avtalen artikkel 40 kan derfor den nevnte forordningen om investeringscreening tjene som en mal for norske myndigheter.⁵² For tolkningen av EØS-avtalen bestemmelser om kapitalflyt er det uansett nødvendig å gå noe nærmere inn på forordningens innhold.

Før jeg går nærmere inn på innholdet i forordningen om investeringscreening gjør jeg oppmerksom på EU-kommisjonen ikke har vurdert forordningen etter reglene om etableringsrett, fordi disse reglene kun gjelder mellom EUs medlemsland og ikke mellom EUs medlemsland og tredjeland. I EØS-området er det imidlertid klart at også regler om investeringskontroll må utformes i samsvar med reglene om fri etableringsrett i EØS-avtalen artikkel 31. I utgangspunktet vil en investering være beskyttet av etableringsfriheten dersom investor fra EØS får kontroll i et norsk selskap, mens kapitalfriheten beskytter investeringer som ikke leder til slik kontroll. Det innebærer at i den grad norske myndigheters etablerer regler for eierskapskontroll som er restriksjoner på etableringsretten, kan ikke disse restriksjonene være uforholdsmessige.

Forordningen om investeringscreening angir virkeområde gjennom definisjoner av sentrale begreper som screening og utenlandske direkte investeringer. Med «screening» sikter forordningen til prosedyrer som gjør det mulig å vurdere, undersøke, tillate, betinge, forby eller avvike utenlandske direkte investeringer.⁵³ Utenlandske direkte investeringer er definert som enhver investering foretatt av en utenlandsk investor med det formål å etablere

⁵¹ Se EU-kommisjonens Explanatory Memorandum, COM(2017) 487 final.

⁵² Se også Hafstad 2023, s. 306.

⁵³ Forordning 2019/452, artikkel 2 nr. 3.

eller opprettholde varige og direkte forbindelse mellom den utenlandske investoren og den som kapitalen stilles til rådighet for (investeringsobjektet).⁵⁴ Forutsetningen er at investeringen blir gjort med tanke på utøvelse av økonomisk aktivitet i en medlemsstat. Den vide definisjonen omfatter også investeringer som gjør det mulig med effektiv deltakelse i ledelsen av eller kontrollen med en virksomhet som utøver økonomisk aktivitet.

Videre regulerer forordningen medlemsstatenes mekanismer for screening av de aktuelle investeringene, og stiller krav til hvordan slike mekanismer skal utformes. Forordningen stiller ikke krav om at medlemsstatene skal gjennomføre screening, men stiller krav til de medlemsstatene som har eller skal innføre screening av hensyn til sikkerheten eller den offentlige orden.⁵⁵ Blant annet stiller forordnings artikkel 3 nr. 2 følgende krav:

«Rules and procedures related to screening mechanisms, including relevant timeframes, shall be transparent and not discriminate between third countries. In particular, Member States shall set out the circumstances triggering the screening, the grounds for screening and the applicable detailed procedural rules.»

Formålet med kravet til transparens er å sikre at investorene, Kommisjonen og de øvrige medlemsland kan få innblikk i hvordan investeringer vil kunne bli screenet.⁵⁶

Kommisjonen foreslo i januar 2024 en ny forordning om investeringscreening.⁵⁷ Forslaget, om det blir vedtatt, vil blant annet innebære et krav om at medlemsstatene skal etablere en screening mekanisme jf artikkel 3 nr. 1. Minimumskravene til innholdet i slike mekanismer bygger videre på forordning 2019/452, men presiser blant annet kravene til utformingen av disse mekanismene. Det heter i forslaget artikkel 4 nr. 1 at:

«Rules and procedures related to screening mechanisms, and measures taken pursuant to such rules and procedures, shall comply with Union law, be transparent and shall not discriminate between third countries or between the Member States in which the foreign investor's subsidiary in the Union is established»

En endring fra forordning 2019/452 er uttrykket «shall comply with Union law». Det er ikke et nytt krav, men snarere en presisering som også sier noe om rettsstilstanden per i dag. I fortalen er uttrykket begrunnet slik:

«(12) Screening foreign investments should be carried out in accordance with this Regulation, taking into account all factual information available and adhering to the principle of proportionality and other principles enshrined in the Treaties. Moreover, the screening of foreign investments which are carried out through subsidiaries of the foreign investor established in the Union should in all cases comply with the

⁵⁴ Forordning 2019/452, artikkel 2 nr 1.

⁵⁵ Forordning 2019/452, artikkel 3 nr 1.

⁵⁶ Forordning 2019/452, fortale, avsnitt 15.

⁵⁷ Se COM(2024) 23 final

requirements stemming from Union law, and in particular with the Treaty provisions on freedom of establishment and free movement of capital, as interpreted in the case law of the Court of Justice of the European Union, consistently with the objective of preserving an open and inclusive internal market. Any restrictions to the freedom of establishment and free movement of capital in the Union, including the screening and measures arising from screening, such as mitigating measures and prohibitions should be based on a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society, and should be appropriate and necessary as set out in the case law of the Court of Justice. At the same time, when assessing the justification and proportionality of a restriction, the specificities of investments within the Union operated through a subsidiary of a foreign investor may be taken into account when assessing any restrictions on freedom of establishment or to the free movement of capital, including where appropriate in any Commission opinion adopted pursuant to this Regulation. This should be done taking into account the integration of Member State schemes into a Union-wide cooperation mechanism.»

Samlet sett tilsier gjeldende praksis fra EU og EFTA-domstolen, forordningen om investeringsscreening, forslaget til ny forordning, og Kommisjonens begrunnelser og forklaringer av dette regelverket, at screeningmekanismer må bygge på de prinsipper som rettspraksis har utviklet i saker om eierskapskontroll, for å være i samsvar med primærrettens krav om etableringsrett og kapitalflyt. Det innebærer at i den grad reglene er restriksjoner på grunnfrihetene, er det ikke tilstrekkelig at reglene er begrunnet i sikkerhetshensyn etter EØS-avtalen 33 eller andre lovlige allmenne hensyn. Utformingen av reglene må i tillegg både være forholdsmessige, og overholde prinsippet om rettssikkerhet (legal certainty). Det betyr blant annet at reglene må være ikke-diskriminerende, og tilstrekkelig presise til at potensielle investorer kjenner til mekanismene på forhånd, og har tilgang til domstolkontroll. Uten å oppfylle disse kravene vil screening mekanismer neppe være i samsvar med gjeldende forordnings krav om at regler og prosedyrer for screening mekanismer må være transparente, jf. forordning 2019/452 artikkel 3 nr. 2.

Etter min vurdering kan det kun gjøres unntak for de nevnte EØS-rettslige kravene til utforming av regler om investeringskontroll dersom de kan begrunnes i EØS-avtalen artikkel 123. Etter denne bestemmelsen er ikke EØS-retten til hinder for enkelte nærmere angitte tiltak. Det er tale om tiltak som blant annet «angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål». Og tiltak som den enkelte stat anser som «vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden, i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet».

Det er imidlertid antatt at terskelen for å anvende EØS-avtalen artikkel 123 er høy, og tiltak som begrunnes i bestemmelsen må uansett ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta formålet. Jeg går nærmere inn på bestemmelsen nedenfor, ved vurderingen av om

EØS-avtalens krav er ivaretatt ved utformingen av sikkerhetslovens hjemler for å stille vilkår til virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur.

6. Hjemmelsgrunnlag

6.1 Innledning- sikkerhetslovens hjemler

I norsk lovgivning har det vært en rekke bestemmelser som har gitt myndighetene kompetanse til å pålegge virksomheter plikter i forbindelse med ulike tillatelsesordninger. For muligheten til å pålegge risikoreduserende vilkår for virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge, er det i dag først og fremst sikkerhetslovens lovhjemler som er relevante. Loven har tre bestemmelser som gir Kongen i statsråd kompetanse til å stille vilkår overfor virksomheter som eier eller kontrollerer digital infrastruktur i Norge, jf sikkerhetsloven §§ 2-5, 9-4 og 10-3.

Jeg nevner for ordens skyld at annen lovgivning også inneholder enkelte bestemmelser om tillatelser og inngrep som etter omstendighetene også gir hjemmel for å pålegge plikter til virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur. Blant annet krever E-komloven tillatelse for ulike former for bruk av digital infrastruktur,⁵⁸ eksportkontrollloven krever tillatelse for eksport som også kan omfatte utførsel av data innhentet fra digital infrastruktur, og konkurranseloven både har bestemmelser om både inngrep og tillatelser for visse foretakssammenslutninger som også kan gi hjemmel for å stille vilkår til virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur.⁵⁹

I det følgende redegjør jeg for hovedinnholdet i sikkerhetsloven § 2-5, § 9-4 og 10-3 og hva slags vilkår de gir hjemmel for å pålegge, forholdet mellom bestemmelsene, og deretter om de er så generelle og vage at de ikke kan anvendes som rettsgrunnlag for å fastsette vilkår for virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge.

6.2 Inngrepshjemmelen - § 2-5

6.2.1 Ordlyden

Sikkerhetsloven § 2-5 første setning er en generell inngrepshjemmel. Bestemmelsen gir «Kongen i statsråd» kompetanse til å «fatte nødvendige vedtak for å hindre sikkerhetstruende virksomhet eller annen planlagt eller pågående aktivitet som kan innebære en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet»

Flere av begrepene i ordlyden er definert i lovens § 1-5. Forarbeidene har også omfattende kommentarer og merknader til flere av begrepene. For å klargjøre innholdet i bestemmelsen er det derfor nødvendig å tolke de enkelte delene av bestemmelsen i lys av både § 1-5 og forarbeidene.

6.2.2 «sikkerhetstruende virksomhet»

Bestemmelsens første alternativ, hindre «sikkerhetstruende virksomhet» er nærmere definert i lovens § 1-5 nr 4 og ytterligere utdypet i forarbeidene. Etter lovens § 1-5 nr. 4 skal

⁵⁸ Se bestemmelsene om nekting av tilkopling eller frakopling av radio- og terminalutstyr jf § 2-5 fjerde ledd og bruk av frekvenser i det elektromagnetiske frekvensspekteret jf § 6-2.

⁵⁹ Se også oversikten i NOU 2023: 28, kapittel 6.

uttrykket «sikkerhetstruende virksomhet» forstås som «tilsiktete handlinger som direkte eller indirekte kan skade nasjonale sikkerhetsinteresser». Det nærmere innholdet i slike handlinger er presisert av departementet:

«Tilsiktete handlinger som direkte kan skade vil si handlinger der intensjonen er å påføre en eller annen form for skade på nasjonale sikkerhetsinteresser, og hendelser forårsaket av slike handlinger. Dette vil blant annet kunne omfatte sabotasje- eller terroraksjoner der målet er å ramme en viktig samfunnsfunksjon, for slik å forsøke å skade myndighetenes styringsevne Med tilsiktete handlinger som indirekte kan skade, menes handlinger der intensjonen ikke nødvendigvis er å skade nasjonale sikkerhetsinteresser, men der konsekvensen eller hendelsen som følger av den tilsiktete handlingen kan skade sikkerhetsinteressene. Dette vil for eksempel kunne innebære etterretningsoperasjoner fra en fremmed stat, der målet ikke nødvendigvis er å skade norske interesser, men snarere å fremme egne interesser gjennom å skaffe sensitiv informasjon som kan gi den fremmede staten et fortrinn overfor Norge. Slik etterretningsinformasjon kan i en tilspisset situasjon eller i en forhandlingssituasjon mellom den fremmede staten og Norge potensielt skade norske interesser.»⁶⁰

Etter bestemmelsens første ledd kan det derfor treffes vedtak for å hindre bestemte handlinger, som sabotasje- eller terroraksjoner eller etterretningsoperasjoner fra en fremmed stat, der målet ikke nødvendigvis er å skade norske interesser, men snarere å fremme egne interesser gjennom å skaffe sensitiv informasjon som kan gi den fremmede staten et fortrinn overfor Norge.

6.2.3 «nasjonale sikkerhetsinteresser»

Paragraf 2-5 andre alternativ, planlagt eller pågående aktivitet som kan innebære en ikke ubetydelig risiko for at «nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet» skal tolkes langt videre enn første alternativ. Begrepet om nasjonale sikkerhetsinteresser er ifølge departementet «en utvidelse av den tidligere lovs begrep om vitale nasjonale sikkerhetsinteresser:

«Nasjonale sikkerhetsinteresser gis videre en legaldefinisjon i lovforslagets § 1-5, som omfatter både de tre overordnede interessene og underkategoriene i bokstav a til e. Dette gir en konkret avgrensning for hvilke interesser loven er ment å skulle beskytte, for å fjerne den usikkerheten som har vært knyttet til det sammenliknbare begrepet vitale nasjonale sikkerhetsinteresser i gjeldende sikkerhetslov. Ved å utelate vitale i angivelsen av interessene, mener departementet at lovens virkeområde skal tolkes videre enn hva tilfellet er med dagens lov, men innenfor tydelige rammer.»⁶¹

Slik «nasjonale sikkerhetsinteresser» er definert i sikkerhetslovens § 1-5 nr. 1, er det tale om et begrep som omfatter enkelte mer avgrensede kategorier av interesser som «landets suverenitet, territorielle integritet og demokratiske styreform», og en videre kategori, «overordnede sikkerhetspolitiske interesser». Etter loven er det et krav om at disse

⁶⁰ Prop. 153 L (2016 –2017), s. 36.

⁶¹ Prop. 153 L (2016 –2017), s. 33.

sikkerhetspolitiske interessene må være «knyttet til» bestemte forhold angitt i § 1-5 nr 1. bokstav a til e.

Forarbeidene setter rammer for tolkningen av de forholdene som er listet opp i § 1-5 nr 1.⁶² Det medfører at det er grenser for hva Kongen i statsråd kan påberope som grunnlag for å treffe vedtak etter § 2-5. Disse rammene er imidlertid ikke bare tydelige, deler av rammene er både vide og upresise. Rammene for hva som kan påberopes som grunnlag for å treffe vedtak etter § 2-5 er derfor ikke like «tydelige» som departementet forutsetter at de skal være.

Etter forarbeidene er det for så vidt klart at sikkerhetsloven bokstav § 1-5 a til c skal tolkes i lys av begrepet om statssikkerhet som har et avgrenset innhold, jf Prop. 153 L (2016-2017), s. 33. Det er først og fremst forholdene som nevnes i § 1-5 bokstav d og e som er vide og upresise.

Bokstav d gjelder «økonomisk stabilitet og handlefrihet». I proposisjonen legger departementet til grunn at dette blant annet kan omfatte «stabil utvikling i makroøkonomiske hovedstørrelser som inflasjon, valutakurs, vekst og sysselsetting, stabile kapitalforhold overfor utlandet, velfungerende systemer for å håndtere offentlige ytelser og inntekter, og stabilitet i den finansielle infrastrukturen og finansmarkedene for øvrig».⁶³ Etter dette alternativet kan altså Kongen i statsråd treffe vedtak etter § 2-5 dersom det er overordnede sikkerhetspolitiske interesser knyttet til risiko for at utviklingen i makroøkonomiske hovedstørrelser er truet.

Bokstav e gjelder «samfunnets grunnleggende funksjonalitet og befolkningens grunnleggende sikkerhet», og skal ifølge departementet tolkes slik at det favner «både infrastruktur og objekter som er avgjørende for at sivilsamfunnet skal fungere» jf prop. 153 L (2016-2017), s. 35. Etter dette alternativet kan det altså treffes vedtak etter § 2-5 dersom det er overordnede sikkerhetspolitiske interesser knyttet til risiko for at blant annet kritisk digital infrastruktur er truet.

6.2.4 «planlagt eller pågående aktivitet»

Vedtak for å hindre «planlagt eller pågående aktivitet som kan innebære en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet» kan etter dette treffes for å hindre en rekke ulike former for aktivitet. Dette er tilsiktet av departementet, som i merknadene til bestemmelsen klargjør at uttrykket «aktivitet» skal tolkes vidt:

«Begrepet aktivitet favner vidt. Både iøynefallende aktiviteter som f.eks. oppføring av bygninger eller utplassering av antenner, og mindre synlige aktiviteter, som f.eks. planer om utbygging, ferdsel i et område eller oppkjøp av virksomheter, omfattes av begrepet. [...] Hvilke typer aktivitet bestemmelsen er ment å ramme er verken mulig eller hensiktsmessig å angi nærmere konkret. Bestemmelsen er ment å være en sikkerhetsventil for å kunne hindre enhver aktivitet, uavhengig av hvordan disse materialiserer seg. Det avgjørende vil være hvorvidt aktiviteten har potensial til å

⁶² Prop. 153 L (2016-2017), s. 33-35.

⁶³ Prop. 153 L (2016-2017), s. 35

innebære en ikke ubetydelig risiko mot nasjonale sikkerhetsinteresser. Det er ikke krav om at aktiviteten må rette seg direkte mot virksomheter som er omfattet av loven. Også aktivitet som mer indirekte eller avledet innebærer en ikke ubetydelig risiko mot nasjonale sikkerhetsinteresser, vil etter forholdene kunne omfattes av bestemmelsen», Prop. 153 L (2016–2017), s. 168 (min understrekning).

En forutsetning for å stanse aktivitet etter sikkerhetsloven § 2-5 er at aktiviteten medfører en «ikke ubetydelig risiko» for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet. Uttrykket forekommer så vidt jeg vet kun i sikkerhetsloven, men brukes her i flere bestemmelser enn i § 2-5. Uttrykket finnes blant annet også i lovens § 9-4 og § 10-3.

6.2.5 «ikke ubetydelig risiko»

Formuleringen «ikke ubetydelig risiko» kom inn som en del av flere nye bestemmelser i den nå opphevede sikkerhetsloven av 1998, ved en lovendring i 2016. En av de nye bestemmelsene hvor uttrykket ble brukt var § 5 a, som påla virksomheter en varslingsplikt ved «ikke ubetydelige risiko» for nærmere angitte sikkerhetstruende aktivitet, og som ga Kongen i statsråd vid kompetanse til å stanse den aktivitet det ble varslet om. Paragraf 5 a er derved en forløper til det som i dag er sikkerhetsloven § 2-5. Uttrykket «ikke ubetydelig risiko» var med i Forsvarsdepartementets høringsnotat til § 5 a, og i det lovforslag som ble fremmet i Prop. 97 L (2015–2016). Uttrykket «ikke ubetydelig risiko» ble likevel grundigst kommentert i forbindelse med forslaget til ny § 29 a i sikkerhetsloven av 1998 om anskaffelser til kritisk infrastruktur, jf Prop. 97 L (2015–2016), kapittel 11. Vurderingene av uttrykkets innhold har likevel overføringsverdi til tolkningen av den tidligere § 5 a og gjeldende § 2-5. Basert på en rekke hørings svar til regulering av varslingsplikt om offentlige anskaffelser, vurderer departementet innholdet i uttrykket slik:

«Begrepet «ikke ubetydelig risiko» innebærer at det er situasjoner med risiko ut over det «normale» som skal varsles. Vurderingen vil måtte omfatte både sannsynlighet, sårbarhet og mulige konsekvenser. På sannsynlighetssiden innebærer kriteriet at det normalt ikke skal varsles dersom det kun foreligger en helt fjerntliggende eller rent teoretisk mulighet for at anskaffelsen skal kunne resultere i sikkerhetstruende virksomhet. Det bør være noe konkret med den aktuelle anskaffelsen som tilsier at risikoen er noe høyere enn ved andre anskaffelser. Bestemmelsen innebærer imidlertid ikke et krav om sannsynlighetsovervekt.»⁶⁴

Det er altså klart at uttrykket «ikke ubetydelig risiko» var ment å favne svært vidt, at det ikke stiller krav om sannsynlighetsovervekt, og at det bare i normale tilfeller skal avgrenses mot en «helt fjerntliggende eller rent teoretisk mulighet» for at sikkerhetstrusselen skal inntreffe. For øvrig åpner departementet for at uttrykket «ikke ubetydelig risiko» må tolkes på bakgrunn av at det «i mange tilfeller kan være tilnærmet umulig å gjøre nøyaktige sannsynlighetsberegninger av risikoen» for at handlinger skal inntreffe, og at vurderingene da må konsentreres om «sårbarhet og mulige konsekvenser».⁶⁵

⁶⁴ Prop. 97 L (2015–2016), s. 64.

⁶⁵ Prop. 97 L (2015–2016), s. 64.

I sikkerhetsutvalgets utkast til ny sikkerhetslov i NOU 2016: 16 ble det foreslått å heve terskelen for i hvilke tilfeller Kongen i statsråd kunne gripe inn. I utkastet til § 2-5 ble uttrykket «ikke ubetydelig risiko» erstattet med uttrykket «stor grad av sannsynlighet». Departementet var imidlertid ikke enig i at terskelen burde heves og begrunnet standpunktet slik:

«Departementet er enig med Utenriksdepartementet i at utvalgets forslag til skjerpning av kravet til sannsynlighet etter gjeldende § 5 a, kan medføre at bestemmelsen mister sin selvstendige funksjon. Departementet har forståelse for at utvalget ut fra bestemmelsens inngripende karakter ønsker å etablere ytterligere rettssikkerhetsgarantier. Bestemmelsen er imidlertid ment å være en sikkerhetsventil, jf. Prop. 97 L (2015–2016) side 19. Bestemmelsen vil eksempelvis kunne benyttes hvor det ikke foreligger andre rettslige grunnlag for å stanse en aktivitet som innebærer en risiko mot nasjonale sikkerhetsinteresser. At vedtaksmyndigheten er lagt til Kongen i statsråd, og skal baseres på råd fra relevante fagmyndigheter, vil sikre at saken er tilstrekkelig godt opplyst, både hva gjelder den konkrete risikoen og hva gjelder hvilke konsekvenser et eventuelt vedtak vil kunne få. Videre vil det sikre at vedtakene dermed er velbegrunnede og proporsjonale ut fra hensynet til nasjonal sikkerhet. Som det framgår av Prop. 97 L (2015–2016) side 21, vil det også måtte vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle hvor bestemmelsen vurderes benyttet, hvorvidt vedtaket vil være i overensstemmelse med Grunnloven, menneskerettsloven og Norges internasjonale forpliktelser. Departementet har på denne bakgrunn kommet til at det materielle innholdet i gjeldende § 5 a bør videreføres, med nødvendige tilpasninger til den nye loven. Bestemmelsens natur som sikkerhetsventil tilsier at den i likhet med gjeldende § 5 a skal favne vidt, og bør være anvendelig på alle typer aktiviteter som kan innebære en ikke ubetydelig risiko mot nasjonale sikkerhetsinteresser.»⁶⁶

I merknadene til § 2-5 har departementet ytterligere kommentert hva som ligger i uttrykket «ikke ubetydelig risiko»:

«Bestemmelsen stiller ikke krav om at det må foreligge en viss bestemt sannsynlighet for at aktiviteten vil innebære en risiko mot nasjonale sikkerhetsinteresser dersom den etableres eller gjennomføres. At aktiviteten skal kunne medføre» en ikke ubetydelig risiko, innebærer derimot at vedtaksmyndigheten ikke inntreffer hvis dette framstår som usannsynlig, eller det kun er en teoretisk mulighet for det. Terskelen for sannsynlighet må ellers ses i sammenheng med de mulige konsekvensene av den aktuelle aktiviteten. Dersom konsekvensen for nasjonale sikkerhetsinteresser kan bli katastrofal, vil også terskelen for når det fattes vedtak bli lav. Motsatt vil terskelen kunne heves dersom konsekvensen av den aktuelle aktiviteten regnes som liten.»⁶⁷

Basert på departementets vurderinger er det uklart akkurat hvor mye som skal til for at det skal foreligge en «ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet». Samlet sett tilsier forarbeidene at uttrykket «ikke ubetydelig risiko» ikke skal tolkes som et

⁶⁶ Prop 153 L (2016-2017), s. 54.

⁶⁷ Prop 153 L (2016-2017) s. 168-169.

krav om at det skal foretas bestemte vurderinger av sannsynlighet, men at det i realiteten er tale om en sammensatt helhetsvurdering som i praksis vil være svært vanskelig å etterprøve for domstoler.

6.2.6 «nødvendige vedtak»

Paragraf § 2-5 gir ikke Kongen i statsråd en ubegrenset frihet til å treffe vedtak, ordlyden krever at det kun kan fattes vedtak som er «nødvendige». Etter departementets merknader til bestemmelsen er det klart at kravet om nødvendighet skal innebære en vid forholdsmessighetsvurdering: «at Kongen i statsråd ikke skal fatte mer byrdefulle vedtak enn det som er påkrevd, og som vurderes som rimelig i den konkrete saken.»⁶⁸

6.2.7 Derogasjonshjemmel

Videre fremgår det av § 2-5 annen setning at det kan fattes vedtak etter bestemmelsen «uten hensyn til begrensningene i forvaltningsloven § 35 og uavhengig av om aktiviteten er tillatt etter annen lov eller annet vedtak». Det innebærer at Kongen i statsråd med hjemmel i sikkerhetsloven § 2-5 kan omgjøre ethvert gyldig vedtak, og forby enhver annen lovlig aktivitet (derogasjon). Dette gir en ytterligere utvidelse kompetansen etter bestemmelsen:

«Bestemmelsen tar høyde for tilfeller der forvaltningen allerede har fattet et vedtak, og det av hensyn til risiko mot nasjonale sikkerhetsinteresser anses nødvendig å omgjøre vedtaket. Videre slås det i bestemmelsen fast at vedtak etter første punktum også kan fattes uten hensyn til om aktiviteten er tillatt etter annen lov eller annet vedtak. Et vedtak av Kongen i statsråd kan derfor i praksis sette til side en rekke ulike former for vedtak og aktiviteter som i utgangspunktet er tillatt, f.eks. nekte gjennomføring eller stille ytterligere vilkår for en byggetillatelse, frekvenstillatelse, ferdselsrett, jaktrett, en våpentillatelse eller et privat oppkjøp av en virksomhet.»⁶⁹

Departementet angir uttrykkelig at bestemmelsen gir hjemmel til å stille ytterligere vilkår til allerede tillatt aktivitet, og det følger for så vidt også av at loven gir hjemmel til å fatte vedtak for å hindre en rekke ulike typer aktiviteter. Det er vanskelig å trekke en grense mot vilkår som ikke kan settes med hjemmel i bestemmelsen, i og med at det som nevnt ovenfor er forutsatt av departementet i lovforarbeidene at «[b]estemmelsen er ment å være en sikkerhetsventil for å kunne hindre enhver aktivitet, uavhengig av hvordan disse materialiserer seg.». Stortinget har derfor ved vedtakelsen av loven akseptert at loven var ment å favne svært vidt. Vilkårene som vedtas med hjemmel i bestemmelsen må likevel være egnet til å fremme lovens formål, og ikke være uforholdsmessig tyngende. Videre gir bestemmelsen ikke hjemmel for å vedta vilkår som kan krenke menneskerettighetene nedfelt i Grunnloven.

6.2.8 Vedtakenes virkeområde

Endelig setter ikke sikkerhetsloven § 2-5 noen grenser for hvem vedtak kan rettes mot. Kongen i statsråd kan derfor med hjemmel i bestemmelsen treffe vedtak rettet både mot virksomheter som er underlagt sikkerhetsloven og andre virksomheter, i tillegg til fysiske personer. Med hjemmel i § 2-5 kan det derfor treffes vedtak om å ikke bare pålegge plikter

⁶⁸ Prop 153 L (2016-2017), s. 169.

⁶⁹ Prop.153 L (2016-2017), s. 169.

på selskaper som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge. Dersom slike selskap inngår i en konsernstruktur eller i en annen kompleks eierstruktur, kan det også treffes vedtak rettet mot andre deler av konsernet eller eierne, såfremt lovens vilkår er oppfylt og folkerettens jurisdiksjonsregler etterleveres (se nedenfor punkt 8).

6.3 Anskaffelser- § 9-4

Sikkerhetsloven § 9-4 gjelder anskaffelser av skjermingsverdig informasjonssystem, objekt eller infrastruktur som «kan innebære en ikke ubetydelig risiko for at ... infrastrukturen kan bli rammet av eller brukt til sikkerhetstruende virksomhet.» Dette skal som nevnt ovenfor tolkes slik at det må foreligge risiko for bestemte handlinger, som sabotasje- eller terroraksjoner eller etterretningsoperasjoner fra en fremmed stat. Er dette vilkåret oppfylt kan Kongen i statsråd etter § 9-4 vedta «at anskaffelsen ikke skal gjennomføres, eller om at det skal settes vilkår for den [...] også dersom det er inngått avtale om anskaffelsen».

Bestemmelsen gjelder ikke sikkerhetsgraderte anskaffelser, som er regulert etter lovens § 9-2 og § 9-3. For øvrig forutsetter bestemmelsen at underliggende organer har vurdert sikkerhetsrisiko ved anskaffelsen og varslet departementet om anskaffelsen innebærer risiko, etter henholdsvis sikkerhetsloven § 9-4 første og andre ledd. Kongen i statsråd må likevel kunne fatte vedtak etter bestemmelsen, selv om slikt varsel ikke er gitt, såfremt de øvrige vilkårene er oppfylt.

Etter bestemmelsen er det et vilkår for å treffe vedtak at det foreligger en «ikke ubetydelig risiko for at ... infrastrukturen kan bli rammet av eller brukt til sikkerhetstruende virksomhet». Selv om det er et lavt og ubestemt krav til sannsynlighet, gir definisjonen av uttrykket «sikkerhetstruende virksomhet» en forholdsvis klar avgrensning av i hvilke tilfeller kompetanse kan utøves etter bestemmelsen. For å treffe vedtak er det en forutsetning at det er en viss risiko for at infrastrukturen kan bli rammet av eller brukt til sabotasje- eller terroraksjoner eller etterretningsoperasjoner fra en fremmed stat. Dette er et vilkår som domstolene kan kontrollere.

Videre har departementet i forarbeidene forutsatt at Kongen i statsråd har stor frihet med tanke på hva slags vedtak som kan fattes, dersom vilkårene er oppfylt: «Det kan i prinsippet fattes alle typer vedtak. Den mest inngripende typen vedtak vil være å stanse en anskaffelse som sådan eller å forby bruk av visse leverandører. En mindre inngripende type vedtak er å stille vilkår om å innføre risikoreduserende tiltak.», se Prop.97 L (2015–2016), s. 76

Det er likevel klart at vilkårene må ha saklig sammenheng med vurderingen om å tillate anskaffelsen. Det må med andre ord fastsettes vilkår for å motvirke risiko for at infrastrukturen kan bli rammet av eller brukt til sikkerhetstruende virksomhet, som blant annet sabotasje- eller terroraksjoner eller etterretningsoperasjoner fra en fremmed stat. Som nevnt i forarbeidene setter formålet med bestemmelsen og loven grenser, slik at det ikke er adgang til å fatte vedtak for å «gripe inn ved risiko for industrispionasje som kun er egnet til å skade en enkeltbedrifts forretningsvirksomhet». Tilsvarende må gjelde ved vilkår, slik at det heller ikke kan stilles vilkår etter bestemmelsen kun for å begrense risiko for slik industrispionasje som kun rammer enkeltbedrifter. Prop.97 L (2015–2016), s. 65.

Videre er det i samsvar med alminnelige tolkningsprinsipper klart at vilkårene ikke kan være uforholdsmessig tyngende. Er det tale om anskaffelse innenfor EØS skal vurderingen av forholdsmessighet foretas i relasjon til eventuelle EØS-rettigheter vilkårene griper inn i.

6.4 Erverv - § 10-3

Sikkerhetsloven § 10-3 gjelder visse kvalifiserte erverv av eierandeler som «kan medføre en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet». Foreligger slik risiko kan Kongen i statsråd vedta «at ervervet ikke kan gjennomføres, eller om at det skal settes vilkår for gjennomføringen [...] også dersom det allerede er inngått avtale om ervervet».

Bestemmelsen er en del av det systemet for investeringskontroll som etableres av lovens kapittel 10. Hovedelementene i dette systemet består av tre trinn, privates meldeplikt, departementets vurderingsplikt og Kongen i statsråds kompetanse til å stanse eller pålegge vilkår for erverv.

Det første trinnet følger av sikkerhetsloven § 10-1 første ledd som pålegger en meldeplikt for «[den som vil erverve en kvalifisert eierandel i en virksomhet som er underlagt [sikkerhets]loven». Meldingen skal sendes til departementet. For virksomheter som ikke er omfattet av «noe departements ansvarsområde» følger det av bestemmelsen at meldingen skal «sendes til sikkerhetsmyndigheten».

Jeg legger til at det i lovvedtak av 20. juni 2023 er besluttet å utvide meldeplikten, slik at den ikke bare gjelder den som vil erverve en eierandel, men også avhenderen av eierandelen og virksomheten ervervet gjelder, jf. § 10-1 andre ledd. Lovendringen er per 28. oktober 2024 ennå ikke satt i kraft.

Forøvrig forutsatte departementet at det ville være kjent hvilke virksomheter som er underlagt sikkerhetsloven:

«Informasjon om hvilke virksomheter som er underlagt loven vil ...også være tilgjengelig hos det departement som har truffet vedtak om å underlegge virksomheten loven, og hos sikkerhetsmyndigheten som vil ha en oversikt over alle virksomheter som er underlagt loven. I dag er informasjonen om hvilke virksomheter som er underlagt loven tilgjengelig på NSMs hjemmesider.»⁷⁰

I dag er det imidlertid ikke offentlig kjent hvilke selskaper som er underlagt loven, og dette får som nærmere utdypet nedenfor i punkt 6.6 betydning for vurderingen av om lovens kapittel 10 etablerer en tilstrekkelig åpen og tilgjengelig prosedyre for investeringskontroll.

Det andre trinnet i lovens system for investeringskontroll innebærer at departementet eller sikkerhetsmyndigheten skal vurdere og «ta stilling til meldingen» jf § 10-2 første ledd, første setning. Videre bestemmer § 10-2 annen setning at den som har meldt inn ervervet skal orienteres innen en frist på «60 arbeidsdager», om ervervet er godkjent eller om saken skal behandles av Kongen i statsråd. Fristen kan avbrytes dersom det fremsettes krav om ytterligere opplysninger jf. § 10-2 andre ledd siste setning.

⁷⁰ Prop 153 L (2016-2017), s. 151.

Det er ikke forbudt å gjennomføre ervervet før det er godkjent. I forarbeidene er det likevel forutsatt at det er mest sannsynlig at erverv ikke blir gjennomført før godkjennelse:

«Departementet ser ikke behov for et gjennomføringsforbud fram til godkjennelse foreligger. Risikoen for at ervervet blir stanset eller reversert, vil etter all sannsynlighet medføre en utsettelse av gjennomføringen til melderer har fått beskjed om ervervet er godkjent, jf. § 10-2, eller om det skal behandles av Kongen i statsråd, jf. § 10-3.», Prop. 153 L (2016–2017), s. 151.

Ved lovvedtak av 20. juni 2023 er det besluttet at det ikke lenger skal være adgang til å gjennomføre erverv før utløpet av 60 dagers fristen. Etter den nye ordlyden kan ikke erverv gjennomføres før meldingen er behandlet etter § 10-2, jf. § 10-1 fjerde ledd. Lovendringen er per 28. oktober 2024 ennå ikke satt i kraft.

For departementets vurdering av om erverv skal godkjennes hadde sikkerhetsutvalget foreslått enkelte retningslinjer:

«Ved spørsmål om anvendelse av unntaket må det foretas en konkret vurdering i den enkelte sak. Det må vurderes hvilken sikkerhetsinteresse som skal beskyttes, hva som er sammenhengen mellom sikkerhetsinteressen og inngrepet i eierskapet for det relevante selskapet, og endelig hvorfor det er nødvendig å kontrollere eierskapet for å verne om sikkerhetsinteressen.», jf. NOU 2016:19, s. 239.

Videre forutsatte sikkerhetsutvalget at unntaket kun skal brukes i de tilfeller som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123. Det ville medført at det var en høy terskel for å ikke godkjenne erverv.

Som nevnt ovenfor gir EØS-avtalen artikkel 123 staten adgang til å treffe tiltak i strid med EØS-avtalens regler i tre typer av tilfeller. Det vil være en vesentlig forskjell mellom lovens vilkår for den adgang Kongen i statsråd har til å treffe vedtak etter § 10-3, og departementets vurdering av erverv skulle godkjennes etter § 10-2, dersom departement skulle godkjenne alle erverv med mindre vilkårene var oppfylt etter artikkel 123. Etter § 10-3 kan Kongen i statsråd treffe vedtak når et erverv medfører «en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet». Som nevnt ovenfor skal dette tolkes slik at det ikke gjelder noe krav om sannsynlighetsovervekt for en slik risiko, det er tilstrekkelig at det er en viss risiko for at sikkerhetsinteressene blir truet. Selv om det er usikkerhet om hvordan EØS-avtalen artikkel 123 skal tolkes, tilsier ordlyden at bestemmelsen stiller krav om at det ikke er tilstrekkelig at det er en viss risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet, for at staten kan påberope seg unntakene i artikkel 123 bokstav a-c.

Unntaket etter artikkel 123 bokstav a gjelder kun de i tilfeller staten «anser det nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser». Kravet om nødvendighet er strengere enn «en ikke ubetydelig risiko». Videre, etter artikkel 123 bokstav b er det et unntak for tiltak som angår «produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål» (bokstav b). Etter dette alternativet er det avgjørende om et tiltak er begrunnet i forsvarsformål. Det er en

snevvrere kategori enn «nasjonale sikkerhetsinteresser» jf. sikkerhetsloven § 1-5 nr. 1. Endelig er det etter artikkel 123 bokstav c unntak for tiltak som staten «anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden, i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet». Disse tilfellene er langt mindre omfattende enn de tilfellene som omfattes av uttrykket «en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet».

Departementet sluttet seg heller ikke til sikkerhetsutvalgets forutsetning om unntaket om å ikke godkjenne erverv kun skal brukes i de tilfeller som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123:

«Stans av et erverv i en virksomhet vil i utgangspunktet være i strid med EØS-avtalens regler om fri etableringsrett og den frie bevegelighet av kapital, jf. EØS-avtalens artikkel 31 og 40. Imidlertid vil et inngrep bare gjøres i særlige tilfeller, hvor formålet med inngrepet ikke kan oppnås på en mindre inngripende måte. Det må videre være forholdsmessighet mellom den konkrete risiko for skadevirkning for nasjonale sikkerhetsinteresser og negative konsekvenser for de involverte aktørene. Departementet antar at artikkel 123, men også i enkelte tilfeller artikkel 33, da vil kunne hjemle inngripen.» Prop. 153 L (2016-2017), s. 152.

Når det antas at departementet kan unnlate å godkjenne erverv etter EØS-avtalen artikkel 33 innebærer dette at det blir en vesentlig lavere terskel for å ikke godkjenne erverv. Det åpner i prinsippet for at departementet kan unnlate å godkjenne et erverv når det er et egnet og nødvendig tiltak for å ivareta nasjonal sikkerhet.

For øvrig er det ikke i forarbeidene angitt noen konkrete retningslinjer for departementets vurdering av om ervervet skal godkjennes. I forslaget til endringer i eierskapskontrollreglene i Prop. 95 L (2022 –2023) heter det kun at «vurderingen beror på en helhetsvurdering og skjer på grunnlag av meldingen fra kjøper», Prop. 95 L (2022 –2023), s. 18. Hva meldingen fra kjøper skal inneholde er likevel spesifisert i virksomhetsikkerhetsforskriften § 93.

Det tredje trinnet i systemet for investeringskontroll gir Kongen i statsråd kompetanse til å vedta «at ervervet ikke kan gjennomføres, eller om at det skal settes vilkår for gjennomføringen [...] også dersom det allerede er inngått avtale om ervervet». Forutsetningen er at ervervet «kan medføre en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet». Vilkåret er identisk med vilkåret i lovens § 2-5, og skal i utgangspunktet tolkes på samme måte. Jeg viser derfor til redegjørelsen for denne bestemmelsen ovenfor. Som jeg kommer tilbake til nedenfor ser det imidlertid ut til at departementet har forutsatt at terskelen for å anvende § 2-5 skal være noe høyere enn terskelen for å anvende § 10-3, selv om vilkåret for å utøve kompetanse etter begge bestemmelser bygger på den samme ordlyden.

Det er ikke i forarbeidene sagt noe konkret om hvilke «vilkår» som kan settes for gjennomføringen av et erverv, utover at «vedtak etter bestemmelsen må ligge innenfor formålet med sikkerhetsloven [og] må også være forholdsmessig, slik at hensynet til

nasjonale sikkerhetsinteresser må veie opp for de negative økonomiske konsekvensene av vedtaket» jf Prop L (2016-2017), s. 152.

For øvrig setter sikkerhetsloven formål vide rammer for hvilke vedtak som kan fattes. Formålet med loven er blant annet å trygge Norges «nasjonale sikkerhetsinteresser» jf. § 1-1 bokstav a. Som nevnt ovenfor under redegjørelsen for lovens § 2-5 er uttrykket «nasjonale sikkerhetsinteresser» definert slik at det omfatter mer avgrensede kategorier interesser som «landets suverenitet, territorielle integritet og demokratiske styreform», og en videre kategori, «overordnede sikkerhetspolitiske interesser». Det sistnevnte kan være knyttet til forhold som er både vide og upresise, slik som «økonomisk stabilitet og handlefrihet» og «samfunnets grunnleggende funksjonalitet og befolkningens grunnleggende sikkerhet». Slik loven skal tolkes etter forarbeidene betyr dette at det etter § 10-3 kan stilles ulike typer vilkår for erverv, herunder vilkår som gjelder overordnede sikkerhetspolitiske interesser knyttet til risiko for trusler mot utviklingen i makroøkonomiske hovedstørrelser eller risiko for trusler mot kritisk digital infrastruktur.

De konkrete vilkårene som stilles må for øvrig ha en saklig sammenheng med godkjenningen av ervervet, og ikke være uforholdsmessig tyngende. Oppfylles disse kravene kan det etter § 10-3 stilles vilkår om at en sensitiv eiendel eller eiendom blir ekskludert fra et oppkjøp, eller at en ny minoritetseier ikke skal få styreplass eller tilgang til sensitiv informasjon i et selskap, eller at stemmeretten for visse eiere oppheves.

Sikkerhetsloven § 10-3 sier ikke hvem det kan stilles vilkår til. Ut ifra sammenhengen i lovens kapittel 10 må det imidlertid være klart at det kan stilles vilkår til den som erverver, og det selskapet ervervet skjer i. Jeg ser ikke holdepunkter i verken ordlyd eller forarbeider for at det kan stilles vilkår overfor andre. De folkerettslige rammene for anvendelse av § 10-3 i utlandet kommer jeg tilbake til i punkt 8 nedenfor.

6.5 Forholdet mellom bestemmelsene

Ordlyden i sikkerhetsloven § 2-4, § 9-4 og § 10-3 har et delvis overlappende anvendelsesområde, i den forstand at § 2-5 overlapper både med § 9-4 og § 10-3, mens § 9-4 og § 10-3 ikke overlapper i det de har ulikt anvendelsesområde.

Av de tre bestemmelsen er det høyest terskel for å anvende § 9-4. Bestemmelsen kan i motsetning til § 2-5 og § 10-3 kun brukes når det er tale om at infrastruktur eller andre nærmere angitte innretninger «kan bli rammet av eller brukt til sikkerhetstruende virksomhet», altså «tilsiktete handlinger som direkte eller indirekte kan skade nasjonale sikkerhetsinteresser» jf. § 1-5 nr. 4. Derimot kan kompetansen etter § 2-5 og § 10-3 anvendes når det er en viss mulighet for at «nasjonale sikkerhetsinteresser... blir truet».

Videre ser det, som nærmere utdypet nedenfor, ut til å være forutsatt av departementet at terskelen for å anvende § 2-5 skal være høyere enn for å anvende § 10-3. Denne forutsetningen er imidlertid ikke gjenspeilet den konkrete ordlyden i bestemmelsene, slik departementet selv har kommentert de enkelte delene av denne ordlyden.

Etter ordlyden har sikkerhetsloven § 2-5 og § 10-3 et felles vilkår. Etter begge bestemmelser kan Kongen i statsråd fatte vedtak for å hindre at visse forhold kan «innebære en ikke

ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet». Ordlyden skiller seg likevel på ett punkt, i tillegg til den forskjellen som består i at § 10-3 kun kan anvendes ved visse erverv som medfører nasjonal sikkerhetsrisiko, mens § 2-5 er langt videre fordi den kan anvendes for å hindre handlinger og aktivitet som kan innebære en nasjonal sikkerhetsrisiko. Etter ordlyden i § 2-5 kan det kun fattes vedtak som er «nødvendige». Tilsvarende begrensning er ikke angitt i ordlyden i § 10-3. Likevel er tilsvarende begrensning som nevnt ovenfor forutsatt å gjelde også ved anvendelse av § 10-3, jf. s. Prop L (2016-2017), s. 152.

På tross av at det tilsynelatende er felles vilkår for å anvende sikkerhetsloven §§ 2-5 og 10-3, har departementet som nevnt forutsatt at terskelen for å anvende § 2-5 skal være høyere enn § 10-3.

Dels fremgår det av forarbeidene at § 2-5 ikke skal være en regulær unntaksbestemmelse, men at det skal noe helt særskilt til for å anvende kompetanse etter den: «Bestemmelsen vil ... være en sikkerhetsventil, og den forutsettes benyttet kun i helt spesielle tilfeller.» Prop 153 L. (2016-2017), s. 169. Tilsvarende er ikke forutsatt for § 10-3. Om denne bestemmelsen viser departementet riktignok til at «§ 10-3 kun vil bli anvendt helt unntaksvis»,⁷¹ men omtaler den ikke som den samme sikkerhetsventilen som § 2-5.

Dels forutsetter forarbeidene at selv om vilkårene etter § 10-3 er oppfylt, så er det ikke gitt at vilkårene etter § 2-5 er oppfylt. I merknadene til § 10-3 heter det: «Bestemmelsene [om erverv av eierandeler] gir imidlertid ikke adgang til å gripe inn i beslutninger som er et resultat av forvaltningen av virksomheten, eksempelvis et salg av eiendeler eller overføring av rettigheter og forpliktelser til uønskede aktører. Skal sistnevnte tilfeller kunne stanses av hensyn til nasjonal sikkerhet må vilkårene i § 2-5 være oppfylt.»⁷²

6.6 Er hjemlene tilstrekkelig presise?

Etter Grunnloven, EMK og EØS er det som redegjort for ovenfor i punkt 5, enkelte rettslige krav til presisjon for lovhjemler som gir forvaltningen kompetanse. Hovedtrekkene i de EØS-rettslige kravene er omtalt i sikkerhetsutvalgets utredning, NOU 2016: 9 *Samhandling for sikkerhet* (s. 237-240), men verken Grunnlovens eller EMKs presisjonskrav er omtalt i den nevnte utredningen eller andre forarbeider til sikkerhetsloven. I det følgende forutsetter jeg at virksomhetene kan påberope seg disse presisjonskravene, og vurderer i hvilken grad sikkerhetslovens hjemler for å stille vilkår oppfyller kravene til presisjon.

Etter Grunnloven stilles det ikke strenge krav til lovhjemlenes presisjon. Sentralt i vurderingen av om en lovhjemmel er for vid og upresis, er hva slags forvaltningsområde hjemmelen angår, om hele forvaltningsområdet er omfattet, og hvor vide grenser lovens formål setter for hvilke inngrep forvaltningen kan foreta.

Ut ifra disse kriteriene er det etter min vurdering temmelig klart at det forholdsvis snevre anvendelsesområdet for sikkerhetsloven § 9-4 og § 10-3, medfører at bestemmelsene ikke er strid med de krav Grunnloven stiller til lovhjemlers presisjon. Det er tale om hjemler som er begrenset til henholdsvis avtaler om anskaffelser og erverv av eierandeler, det vil si

⁷¹ Prop 153 L. (2016-2017), s. 152.

⁷² Prop 153 L. (2016-2017), s. 150.

disposisjoner som private parter ikke nødvendigvis har rettskrav på å gjennomføre, og etter omstendighetene kan avstå fra. Det er videre åpenbart at ivaretagelsen av nasjonal sikkerhet er et forvaltningsområde hvor myndighetene må ha nokså stor frihet til å vurdere hva som i de konkrete situasjonene utgjør relevante trusler.

Sikkerhetsloven § 2-5 reiser større utfordringer for Grunnlovens krav til lovhjemlers presisjon. Bestemmelsen gir som nevnt Kongen i statsråd kompetanse til å treffe vedtak for å «hindre planlagt eller pågående aktivitet som kan innebære en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet.»

For det første er det en utfordring for Grunnlovens presisjonskrav at vilkårene for å bruke kompetansen etter bestemmelsen ikke er tydelig angitt. Det er tilstrekkelig at det foreligger «en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet».

En sak er at nasjonale sikkerhetsinteresser er et begrep som ikke bare omfatter forholdsvis klart avgrensede kategorier som «landets suverenitet, territorielle integritet og demokratiske styreform», men også en videre kategori, «overordnede sikkerhetspolitiske interesser» jf. § 1-5 nr. 1. Som redegjort for i punkt 6.2 er det klart at det kan treffes vedtak etter § 2-5 når det er en viss risiko for at kritisk digital infrastruktur er truet. I tillegg gir bestemmelsen som nevnt hjemmel for å treffe vedtak i en rekke andre situasjoner, også når det er en viss risiko for at utviklingen i makroøkonomiske hovedstørrelser er truet, som blant annet «inflasjon, valutakurs, vekst og sysselsetting, og stabile kapitalforhold», jf. Prop. 153 L (2016-2017), s. 35.

En annen og mer upresis side av vilkåret for å anvende § 2-5, er at det er tilstrekkelig at en pågående eller planlagt aktivitet kan medføre en «ikke ubetydelig risiko» for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet. Mangelen på presisjon ligger i at det ikke kreves klare holdepunkter for at nasjonale sikkerhetsinteresser skal anses for å være «truet».

Kongen i statsråd har på grunnlag av disse vilkårene kompetanse til å fatte vedtak for å hindre «enhver aktivitet, uavhengig av hvordan disse materialiserer seg», «uavhengig av begrensningene i forvaltningsloven § 35 og uavhengig av om aktiviteten er tillatt etter annen lov eller annet vedtak». Dette gir Kongen i statsråd stor frihet til selv å avgjøre om lovlige aktiviteter likevel skal forbys.

Videre angis det ingen konkrete retningslinjer for det skjønn som Kongen i statsråd skal utvise etter bestemmelsen, utover at vedtak må være «nødvendig», som i forarbeidene er presisert slik at vedtak må være forholdsmessige og rimelige. Det er derved vanskelig å forutsi hvordan Kongen i statsråd skal utøve kompetansen etter bestemmelsen.

De vide og upresise vilkårene for å treffe vedtak etter § 2-5, at det kun er lovens formål som setter rammer for vedtakets innhold, og fravær av andre retningslinjer enn et krav til forholdsmessighet ved utøvelse av skjønnet tilsier at bestemmelsen er så upresis at den er nær grensen for å utvanne hjemmelskravet i strid med det som i dag er Grunnlovens forutsetninger.

Det kan også reises spørsmål om mangelen på presisjon i bestemmelsen og omfanget av den kompetansen bestemmelsen gir, gjør at bruken av bestemmelsen ikke er underlagt

tilstrekkelig kontroll. Det er krevende for domstoler å kontrollere upresise bestemmelser som ikke setter rammer for hvilket innhold vedtak skal ha. Det kan ikke heller ikke klages over enkeltvedtak fattet av Kongen i statsråd til overordnet organ jf. forvaltningslovens § 34.

Det er likevel flere forhold som tilsier at det er kriterier for anvendelse av lovens § 2-5 som innebærer at hjemmelen er tilstrekkelig avgrenset og underlagt tilstrekkelig kontroll, slik at den ikke er i strid med Grunnlovens presisjonskrav. For det første er det en forutsetning for å anvende bestemmelsen at det er omstendigheter som tilsier en viss risiko for en trussel mot «landets suverenitet, territorielle integritet og demokratiske styreform» samt nærmere angitte «overordnede sikkerhetspolitiske interesser» jf. sikkerhetsloven § 1-5. Selv om domstolene ikke uten videre bør overprøve Kongen i statsråds vurdering av hva som utgjør slike trusler, gir ordlyden i loven likevel mulighet for at domstolene kan stille visse krav til statsrådets vurderinger av eventuelle trusler. For det andre er det forutsatt i forarbeidene at loven skal være en sikkerhetsventil. Det tilsier at det skal være en høy terskel for å anvende kompetansen etter bestemmelsen. For det tredje kan kompetansen etter bestemmelsen kun utøves av Kongen i statsråd. Det sikrer at bruken av kompetansen er underlagt både parlamentarisk og konstitusjonell kontroll, i tillegg til ordinær domstolkontroll. Sett i lys av at ivaretagelsen av nasjonal sikkerhet er et forvaltningsområde hvor myndighetene må ha en viss frihet til å vurdere hva som i de konkrete situasjonene utgjør relevante trusler, er § 2-5 etter mitt syn forenelig med de hjemmelskravet som kan utledes av Grunnloven. Det er imidlertid en forutsetning at bestemmelsen forblir en sikkerhetsventil.

Vurderingen av om EMKs minstekrav til lovhjemlers klarhet vil i betydelig grad være sammenfallende med vurderingen av om Grunnlovens krav til presisjon er oppfylt. Som nevnt i punkt 5.2.3 er det likevel mulig at EMK artikkel 6 og retten til rettferdig rettergang om borgerlige rettigheter og plikter stiller strengere krav til presisjon i lovgivningen enn Grunnloven. EMD har blant annet kommet til at det var i strid med EMK artikkel 6 å anvende nasjonal lovgivning som ikke inneholdt substansielle eller presise bestemmelser for beslutninger truffet av et forvaltningsorgan, når loven ble tolket slik at domstolene bare kan prøve om skjønnet er utøvd innenfor rammene av lovens formål.⁷³ Hvorvidt EMK artikkel 6 også stiller tilsvarende strenge krav når det gjelder forvaltningen av sikkerhet er imidlertid mer usikkert. Jeg antar imidlertid at spørsmålet ikke vil komme på spissen ved anvendelse av sikkerhetslovens §§ 2-5, 9-4 og 10-3, så fremt bestemmelsene anvendes og tolkes i tråd med forarbeidenes presiseringer av ordlyden, slik at norske domstoler vil føre reell kontroll med bruken av bestemmelsene.

Når det gjelder EØS-rettens hjemmelskrav må sikkerhetslovens bestemmelser vurderes på en annen måte enn i relasjon til Grunnlovens og EMKs hjemmelskrav. EØS-rettens hjemmelskrav setter først og fremst krav til lovhjemlers presisjon på de områdene lovgivningen anses som restriksjoner på fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital.

Det er klart at sikkerhetsloven kapittel 10 etablerer et system for investeringskontroll som må anses som en restriksjon på etableringsretten og kapitalfriheten, jf. EØS-avtalen artikkel 31 og 40. Loven pålegger erververe (og når lovendringen fra 2023 settes i kraft) også avhendere og

⁷³ Se Obermeier mot Østerrike 28. juni 1990, avsnitt 70.

de aktuelle virksomhetene, en meldeplikt om visse erverv. Selv om det (før lovendringen fra 2023 settes i kraft) formelt er tillatt å gjennomføre et erverv før departementet godkjenner ervervet, er det i realiteten tale om en type tillatelsesordning som både EU- og EFTA-domstolen tidligere har ansett for å være i strid med reglene om etableringsrett og kapitalfrihet. Hvorvidt ordningen likevel kan rettfærdiggjøres vil da bero på om reglene kan begrunnes i hensynet til sikkerhet og om de er egnet og nødvendig tiltak for å ivareta hensyn til nasjonal sikkerhet. Ved denne vurderingen vil det være avgjørende om reglene er tilstrekkelig transparente, slik at investorene, ESA, Kommisjonen og andre land i EØS kan få innblikk i hvordan investeringer vil kunne bli screenet.

Reglene om investeringskontroll i sikkerhetsloven kapittel 10 er upresise på to områder, som begge gjør det krevende for investorene, ESA, Kommisjonen og andre land i EØS å få innblikk i hvordan investeringer vil kunne bli screenet.⁷⁴

For det første er det vanskelig for andre enn norske sikkerhetsmyndigheter og virksomhetene som er underlagt sikkerhetsloven å vite i hvilke tilfeller en investering er underlagt reglene i sikkerhetsloven kapittel 10. Det er som nevnt forutsatt i forarbeidene at Nasjonal sikkerhetsmyndighet skal ha en hjemmeside med oversikt over norske selskaper som er underlagt sikkerhetsloven, men etter dagens sikkerhetslov er dette informasjon som ikke er offentlig tilgjengelig. Det skaper usikkerhet om hvilke investeringer som er underlagt kontroll.⁷⁵

For det andre er det verken i lov eller forarbeider angitt noen presise kriterier for vurdering av om investeringer skal godkjennes, utover at disse vurderingene skal være forholdsmessig.⁷⁶ Det vil derfor i praksis være svært krevende for domstoler å kontrollere lovligheten av avgjørelser om å stanse eller sett vilkår for godkjenning av investeringer. Det er klart at det er mulig å formulere klarere og mer presise kriterier både i lov og forarbeider.⁷⁷ En kunne for eksempel presisert at investeringer skal godkjennes med mindre visse vilkår er oppfylt. Sett i lys av EU- og EFTA-domstolens praksis antar jeg derfor at mangel på åpenhet om hvem som er underlagt reglene i kapittel 10 og mangel på presise retningslinjer for adgangen til nekte eller stille vilkår for erverv, kan medføre at reglene i sikkerhetsloven kapittel 10 går lenger enn det som er nødvendig i å begrense etableringsretten og kapitalfriheten, jf. EØS-avtalen artikkel 31 og 40, og at mekanismen i lovens kapittel 10 neppe kan forsvares etter EØS-avtalen artikkel 33 eller læren om allmenne hensyn.

Det er klart at det å treffe vedtak etter lovens § 10-3 i flere tilfeller kan tenkes å falle inn under unntaket i EØS-avtalen artikkel 123. Fordi departementet har forutsatt at det kan treffes vedtak etter § 10-3 også utenom de tilfellene som er nevnt i artikkel 123, kan imidlertid ikke hele mekanismen for investeringskontroll i kapittel 10 forsvares med bakgrunn i EØS-avtalen artikkel 123.

⁷⁴ Se også NOU 2023: 28, kapittel 13 og Hafstad 2023.

⁷⁵ Se også NOU 2023: 8, s. 93

⁷⁶ Se også NOU 2023: 8, s. 95-96.

⁷⁷ Se analysene og forslaget til ny modell for investeringskontroll i NOU 2023: 28.

På den bakgrunn er det betydelig risiko for at reglene i sikkerhetsloven kapittel 10 er i strid med EØS-avtalen artikkel 31 og 40.⁷⁸ Fordi begge bestemmelser gjelder som norsk lov, som ved motstrid skal gå foran annen norsk lovgivning jf. EØS-loven §§ 1 og 2, innebærer det i så fall at det i EØS-området ikke kan fattes gyldige vedtak etter sikkerhetsloven § 10-3. Det innebærer at det er betydelig risiko for at vedtak om stans av erverv og vedtak om vilkår for erverv vil være ugyldige.

Når det gjelder sikkerhetsloven § 2-5 og § 9-4 er det for det første grunn til å reise spørsmål om disse er å anse som restriksjoner. Jeg antar at kompetansen til å treffe vedtak etter § 9-4, som kun inntreffer når det er behov for å hindre «sikkerhetstruende virksomhet», er så avgrenset at den uansett kan forsvares som et egnet og nødvendig tiltak for å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser. Av den grunn er derfor bestemmelsen i seg selv neppe i strid med EØS-regler, såfremt den tolkes og anvendes i samsvar med ordlyden og departementets forutsetninger.

Sikkerhetsloven § 2-5 gir i motsetning til § 9-4 Kongen i statsråd en svært vid kompetanse som ikke er avgrenset av transparente kriterier. Det kan derfor reises spørsmål ved om bestemmelsen kan være en restriksjon på etableringsretten eller kapitalfriheten, fordi den skaper en usikkerhet som kan begrense investeringer, eller i hvert fall gjøre det mindre attraktivt å investere i norske selskaper. Hafstad har antatt at det er vanskelig å «forene med EU- og EØS-rettens krav til at inngrep i grunnleggende friheter forutsetter «specific, objective conditions», som kan gi veiledning med tanke på om transaksjonen godkjennes eller ikke», og at den «åpenbart heller ikke [oppfyller] grunnkravene etter forordning 2019/452 artikkel 3 annet ledd om at reglene og prosedyrene for screening skal være åpne og tilgjengelige samt angi omstendighetene som utløser screeningen, begrunnelsen for screeningen, og tilhørende detaljerte prosedyrer».⁷⁹

Jeg er enig med Hafstad i at de vagt formulerte vilkårene for å treffe vedtak etter sikkerhetsloven § 2-5 gjør det vanskelig å forene bestemmelsen med EØS-rettens krav til presist hjemmelsgrunnlag, forutsatt at bestemmelsen er en restriksjon på etableringsretten og kapitalfriheten jf. EØS-avtalen artikkel 31 og 40. Etter min vurdering er det imidlertid ikke opplagt at bestemmelsen i seg selv utgjør en slik restriksjon. Riktignok har EU-domstolen uttalt at retten til fri bevegelse ikke kan være avhengig av forvaltningsskjønn, og lagt til grunn at bestemmelser som gir forvaltning et vidt skjønn i seg selv kan være restriksjoner på fri bevegelse. Det er likevel få saker hvor EU-domstolen har kommet til at et vidt skjønn til å gjøre inngrep i seg selv er en restriksjon. Når forarbeidene forutsetter at § 2-5 er en sikkerhetsventil som ikke vanligvis skal brukes, tilsier det at det skal svært mye til for at bestemmelsen skal anvendes, selv om ordlyden i seg selv setter få formelle skranker for bruken av bestemmelsen. På den bakgrunn er det derfor grunn til å anta at bestemmelsen ikke vil anses som en restriksjon, forutsatt at den blir anvendt i tråd med forarbeidenes forutsetninger. Vurderingen er imidlertid usikker. Slik jeg ser det er det betydelig tvil om

⁷⁸ Se i samme retning, Hafstad 2023.

⁷⁹ Hafstad 2023, s. 323.

hvorvidt staten vil få medhold i en eventuell retts sak om hvorvidt § 2-5 er i strid med EØS-retten, og om det eventuelle tapet av konkurransekraft og investeringslyst i norske selskaper, som bestemmelsen kan medføre, i realiteten er ulovlig.

7 Håndheving av vilkår

7.1 Innledning – tvangskraft og tvangsfullbyrdelse

For å håndheve vilkår med tvang må krav om tvangsfullbyrdelse begjæres etter tvangsfullbyrdelseslovens regler. Tvangsfullbyrdelse av et krav kan bare gjennomføres når det foreligger et alminnelig eller et særlig tvangsgrunnlag for kravet, og dette tvangsgrunnlaget er tvangskraftig jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1.

Tvangsfullbyrdelsesloven definerer en rekke typer av alminnelige tvangsgrunnlag i lovens § 4-2. De mest aktuelle for spørsmålet om myndighetens adgang til å håndheve vilkår overfor utenlandske virksomheter er dom eller kjennelse av en norsk domstol (bokstav a), voldgiftsdom (bokstav d) og avgjørelse av utenlandsk domstol (bokstav g).

Tvangsfullbyrdelse kan gå ut på ulike tvangshandlinger. For pengekrav kan det tas utlegg etter lovens kapittel 7. Og den som har panterett løsøre kan kreve tvangssalg etter lovens kapittel 8, tilsvarende kan den som har panterett i finansielle instrumenter kreves tvangssalg etter lovens kapittel 10 II. Pengekrav kan inndrives etter lovens kapittel 10 III, og penger kan kreves utbetalt etter kapittel 10 IV, tvangsdekning i immaterialrettigheter kan gjennomføres med salg, utstedelse av lisenser eller utbetaling av inntekster fra allerede etablerte lisenser jf. kapittel 10 V, og andre formuesgoder kan dekkes inn ved tvang gjennom salg, leie eller andre disposisjoner jf. kapittel 10 VI. Det kan kreves salg eller bruk realregistrerte formuesgoder etter kapittel 11, og krav som går ut på annet enn betaling av penger kan kreves gjennomført ved tvang etter kapittel 13.

Jeg antar at tvangsgjennomføring av strukturelle eller adferdsbaserte vilkår først og fremst vil gjelde krav som går ut på annet enn betaling av penger. Etter kapittel 13 kan andre krav enn penger blant annet gjennomføres ved utlevering av løsøre og verdipapir jf. § 13-8, fravikelse av fast eiendom jf § 13-11, sikkerhetsstillelse jf § 13-3, andre handleplikter jf. § 13-14, og unnlates- og tåleplikter jf. § 13-16.

Er det tale om å tvangsfullbyrde avtalte vilkår vil det i utgangspunktet være nødvendig å få en rettslig avgjørelse om at staten har et krav på at vilkårene skal gjennomføres, før slike krav kan kreves tvangsfullbyrdet. En avgjørelse fra en norsk eller utenlandsk domstol, eller en voldgiftsdomstol, kan være tvangsgrunnlag jf. lovens kapittel 4, og kan gi grunnlag for å begjære tvangsfullbyrdelse etter lovens kapittel 13.

De vedtak Kongen i statsråd treffer om vilkår etter sikkerhetsloven § 2-5, § 9-4 og § 10-3 er tvangsgrunnlag etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 13. Det innebærer at vedtakene kan begjæres tvangsgjennomført etter kapittel 13 uten at staten først må kreve dom for sine krav.

For håndhevingen av de strukturelle og adferdsbaserte vilkår denne utredningen omfatter vil det først og fremst være spørsmål om de kan tvangsgjennomføres som handleplikter etter tvangsfullbyrdelsesloven § 13-14.

7.2 Tvangsgjennomføring av handleplikter

I prinsippet kan både strukturelle og adferdsbaserte vilkår gjennomføres ved at eierne foretar bestemte handlinger. Er det vilkår for en utenlandsks virksomhets erverv av eierandeler i et norske aksjeselskap at en sensitiv eiendel eller eiendom ekskluderes fra et oppkjøp, kan det gjennomføres blant annet ved vedtak om fisjon (deling av aksjeselskap) etter aksjelovens kapittel 14. Det krever at eierne må stemme for en fisjonsplan jf aksjeloven § 14-6. Tilsvarende kan vilkår om å oppheve stemmeretter i et norsk aksjeselskap, hindre en ny minoritetseier i å få styreplass eller tilgang til sensitiv informasjon i selskapet eller deler av dets virksomhet også gjennomføres ved vedtak på generalforsamlingen, forutsatt at vedtakene har et innhold som ikke går lenger enn generalforsamlingens myndighet etter aksjelovens bestemmelser og for øvrig treffes på den måte loven og vedtektene krever. Dette viser at de nevnte strukturelle og adferdsbaserte vilkår i realiteten forutsetter at det fremlegges bestemte forslag på aktuelle selskapers generalforsamling, og at eierne stemmer for disse forslagene. Spørsmålet er etter dette om det er adgang til å gjennomføre slike generalforsamlingsvedtak ved tvang etter tvangsfullbyrdelseslovens bestemmelser.

Etter tvangsfullbyrdelsesloven § 13-14 første ledd er det tre alternativer for fullbyrdelse av handleplikter. Det kan besluttes at saksøker, det vil her si staten, gis rett til å utføre handlingen, at namsmyndighetene skal utføre handlingen eller at saksøkte, det vil si eierne av det norske selskapet, pålegges en løpende mulkt for den tiden som går uten at handleplikten blir oppfylt.

Retten står ikke helt fritt i valget mellom alternativene for fullbyrdelse. Det er forutsatt i forarbeidene at dersom handlingen bare kan oppfylles av saksøkte selv, vil pålegg om løpende mulkt være det eneste fullbyrdingsalternativet.⁸⁰ I lovkommentaren er det videre antatt at det ikke kan besluttes at saksøker eller namsmyndighetene kan undertegne et dokument som saksøkte selv må undertegne, slik at det da kun er aktuelt å pålegge løpende mulkt, så lenge saksøkte ikke undertegner dokumentet.⁸¹ Men er det tale om en handling som saksøkte ikke selv må foreta, men som frivillig kan overlates til andre, for eksempel en fullmektig, har Høyesteretts ankeutvalg lagt til grunn at det kan besluttes at både saksøker og namsmyndighetene kan gjennomføre handlingen:

«Etter ankeutvalgets syn er imidlertid saksøktes medvirkning ikke på samme måte nødvendig for de handlingene saksøkte frivillig kan la andre utføre, typisk ved å gi fullmakt. Da er ikke handlingen personlig på en slik måte at den må utføres av saksøkte selv. Dersom saksøkte frivillig kan overlate handlingen til en annen, er det mulig å gjøre det samme ved tvang. Den åpne ordlyden i § 13-14 første ledd tilsier at bestemmelsen hjemler en slik tvangsoverføring. Tolkningen støttes av hensynet til å sikre mest mulig effektiv tvangsfullbyrdelse.»⁸²

På grunnlag av denne lovtolkningen kom Ankeutvalget til at både saksøker og namsmyndighetene kan tvangsgjennomføre aksjeeiers plikt til å stemme i en konkret sak på

⁸⁰ Ot.prp.nr.65 (1990–1991), s. 50, se også HR-2023-782-U avsnitt 21.

⁸¹ Se Thor Falkanger mfl., Tvangsfullbyrdelsesloven. Lovkommentar, § 13-14.

⁸² Se HR-2023-782-U, avsnitt 22.

generalforsamlingen i et aksjeselskap, når det fremgår av tvangsgrunnlaget hva stemmegivningen skal gå ut på. Ankeutvalgets konkrete resonnement bygget også på at det følger av aksjeloven § 5-2 at en aksjeeier har rett til å delta på generalforsamlingen ved fullmektig, som kan pålegges plikter, blant annet om hvordan vedkommende skal stemme i en bestemt sak.⁸³

Legges Ankeutvalgets lovtolkning til grunn kan de nevnte strukturelle og adferdsbaserte vilkår tvangsgjennomføres etter § 13-14, såfremt generalforsamlingen i et selskap har til behandling lovlig utarbeidede forslag om gjennomføring av de aktuelle vilkårene. I et slikt tilfelle kan både saksøker og namsmyndighetene tvangsgjennomføre aksjeeierens plikt til å stemme for forslagene. For handlinger som er personlig på en slik måte at den må utføres av saksøkte selv, er tvangsfullbyrdelsen begrenset til pålegg om løpende mulkt.

Jeg legger til at det ikke er opplagt at Ankeutvalgets tolkning av tvangsfullbyrdsesloven § 13-14 er riktig. Ankeutvalget har ikke vurdert hvorvidt det å gi noen en fullmakt er «personlig på en slik måte at den må utføres av saksøkte selv». Det kan argumenteres for at det å overlate stemmegivning til andre er i strid med forarbeidenes forutsetning om at det ikke kan besluttes tvangsgjennomføring av handlinger som bare kan oppfylles av saksøkte selv. Jeg går ikke nærmere inn på dette her. Dersom domstolene i en konkret sak skulle komme til at Ankeutvalgets tolking er uriktig, vil virkningen være at handlepliktene kun kan tvangsgjennomføres med pålegg om løpende mulkt.

Jeg går ikke nærmere inn på hva et vedtak må gå ut på for at en virksomhet blir pålagt plikt som kan kreves gjennomført ved tvang, men forutsetter i det videre at både strukturelle og adferdsbaserte vilkår kan utformes på en slik måte at de kan kreves gjennomført etter tvangsfullbyrdsesloven kapittel 13.

7.3 Prosessuelle forhold

Begjæring om tvangsfullbyrdelse skal rettes mot den som handleplikten, tåleplikten eller unnlatesplikten hviler på jf. tvangsfullbyrdsesloven § 13-4. Departementet har forutsatt at det ved begjæring om utlevering/ fravikelse, sikkerhetsstillelser eller andre handleplikter skal vedkommende som er henholdsvis besitter, forpliktet og underlagt handleplikt, gjøres til saksøkt.⁸⁴ I den grad det er en juridisk person som er besitter, forpliktet eller underlagt en handleplikt, må det også kunne rettes begjæring om tvangsfullbyrdelse mot juridiske personer.

Krav om tvangsfullbyrdelse etter kapittel 13 skal rettes til namsmannen når det gjelder begjæring om utlevering av løssøre eller verdipapir og ved fravikelse av fast eiendom. Den kompetente namsmann er den som er i det distrikt hvor «formuesgodet» eller «eiendommen» er, jf. § 13-3.

Forøvrig skal begjæring om tvangsfullbyrdelse av andre krav enn utlevering og fravikelse settes fram for tingretten. Den kompetente tingretten er den som er «i det distrikt hvor

⁸³ Se HR-2023-782-U, avsnitt 23.

⁸⁴ Ot.prp.nr.65 (1990–1991), s. 264.

saksøkte har alminnelig verneing», men «begjæringen kan også settes fram for tingretten i det distrikt hvor det formuesgodet eller den gjenstand finnes som fullbyrdelsen gjelder» jf. § 13-3 tredje ledd

8. Folkerettslige rammer

8.1 Jurisdiksjonsregler

Folkerettens jurisdiksjonsregler handler om statenes myndighet til å vedta, anvende og håndheve regler overfor andre. For å klargjøre jurisdiksjonsreglene, er det hensiktsmessig å skille mellom ulike former for myndighetsutøvelse. Lovgivningsjurisdiksjon handler om lovgivningen kan gjøres gjeldende overfor noen eller noe. Domsjurisdiksjon handler om det kan treffes avgjørelser basert på lovgivningen. Tvangsjurisdiksjon handler om adgangen til å håndheve lovgivningen.

Jurisdiksjonsreglene bygger på suverenitetsprinsippet og den enkelte stats suverene rett til å bestemme over eget territorium (territorialhøyhet) og sine borgere (personalhøyhet). Territorialhøyheten gir alle statsmakter jurisdiksjon på statens eget territorium. Personalhøyheten innebærer derimot at staten bare kan regulere sine egne borgeres handlinger i utlandet gjennom lov og dom, ikke gjennom tvangsmakt på en annen stats territorium. Videre kan stater etter folkeretten samtykke til at andre stater og internasjonale organisasjoner utøver jurisdiksjon på deres territorium. Slik samtykke er gitt gjennom enkelte internasjonale avtaler.

Ved utøvelse av myndighet overfor utenlandske virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge, er det i utgangspunktet ikke grunnlag for å utøve jurisdiksjon som følge av personalhøyhet. Grunnlaget for den jurisdiksjon statsmaktene eventuelt kan utøve, er derfor statens territorialhøyhet.

De rettskildene som jurisdiksjonsreglene kan utledes fra er foruten suverenitetsprinsippet nedfelt i FN pakten og folkerettslig sedvanerett, det vil den adferd stater har hatt over tid i den tro at praksisen har vært bindende. Hvilke slutninger som kan trekkes fra denne statspraksisen er imidlertid temmelig uklare fordi store deler av statspraksisen ikke er kjent. Det er likevel enighet om en viss kjerne i folkerettens jurisdiksjonsregler. I det følgende konsentrerer jeg meg om denne kjernen.

8.2 Lovgivnings- og domsjurisdiksjon

Både lovgivningsjurisdiksjon og domsjurisdiksjon handler om å fastlegge innholdet i normer, enten det skjer gjennom vedtakelse av generelle normer i lov og forskrift, eller vedtakelse av individuelle normer (enkeltvedtak og dommer).

Utgangspunkt etter folkeretten er territorialprinsippet. Det innebære at staten har lovgivningsjurisdiksjon og domsjurisdiksjon på eget territorium, det vil si adgang til å fastsette både generelle og individuelle normer innenfor sine grenser.

Territorialprinsippet er presisert gjennom henholdsvis et subjektivt og et objektivt territorialprinsipp.⁸⁵ Prinsippene klargjør i hvilke tilfeller en stat kan normere handlinger som er straffbare etter sin interne rett. De får også betydning for den utøvende makts jurisdiksjon til å vedta hvilke plikter virksomheter skal etterleve, fordi det er opp til den enkelte stat å avgjøre i hvilken grad brudd på plikter fastsatt av den utøvende makt skal anses straffbare.

En stat har etter det subjektive territorialprinsippet jurisdiksjon over handlinger som er påbegynt i staten, selv om virkningene skjer i en annen stat. Det innebærer at rent folkerettslig så kan staten stille visse vilkår overfor utenlandske virksomheter, selv om de får virkning utenfor Norge. Forutsetningen etter dette subjektive prinsippet er at det gjelder handlinger som påbegynnes i Norge. Er det tale om at utenlandske virksomheter gjennom oppkjøp av norske selskaper, blir eier eller får kontroll over kritisk digital infrastruktur i Norge, kan staten altså stille som vilkår at de norske selskapene skal være organisert på bestemte måter eller at de skal pålegges bestemte plikter også etter et eventuelt oppkjøp, selv om vilkårene da får virkning for de utenlandske selskapene utenfor Norge.

Etter det objektive territorialprinsippet, kan en stat også ha jurisdiksjon over handlinger som er påbegynt i andre stater. Forutsetningen etter dette objektive prinsippet er at handlingene utenfor statens grenser inngår som en del av grunnlaget for noe som først er fullført på statens territorium. Den norske staten kan altså stille vilkår ved for eksempel erverv av eierandeler som gjelder handlinger foretatt i utlandet av utenlandske virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge, når det er tale om handlinger som blir fullført i Norge. Er det tale om å regulere handlinger som kun gjelder kritisk digital infrastruktur i Norge, men som er resultat av beslutninger i utlandet, vil den norske staten klart nok ha jurisdiksjon over forholdet.

Videre forutsetter den såkalte effektdoktrinen at en stat også har jurisdiksjon til å normere handlinger som skjer utenfor statens grenser, når den har visse virkninger i staten. Dette reiser krevende grensespørsmål. Nesten alle handlinger kan ha mulige virkninger i alle stater, slik at det er et spørsmål hvor grensen skal trekkes mellom de virkninger av utenlandsk handling som gir en stat jurisdiksjon til å regulere handlingen, og de virkninger som ikke gir slik jurisdiksjon. Flere kilder, riktignok med ulike formuleringer, tilsier at en stat har jurisdiksjon over en handling som er påbegynt i utlandet når den har direkte, vesentlige og forutsigbare virkninger på statens territorium.⁸⁶

Effektdoktrinen innebærer at den norske staten kan fastsette normer for utenlandske virksomheters handlinger, i den grad disse har direkte, vesentlige og forutsigbare virkninger i Norge. For å fastsette vilkår overfor utenlandske virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge, må altså vilkårene knytte seg til handlinger som har direkte, vesentlige og forutsigbare virkninger i Norge. Det innebærer også at norske myndigheter kan stille vilkår ved erverv av eierandeler i selskaper som eier eller kontrollerer

⁸⁵ Se generelt, James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 2012, s. 458-459.

⁸⁶ Se blant annet James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 2012, s. 458-459, og Eu-domstolens sak T-102/96, hvor Retten legger til grunn at EUs regler kan anvendes på fusjoner, når det «kan forudses, at en påtænkt fusjon vil have en umiddelbar og væsentlig virkning» på EUs territorium, avsnitt 90. Se også avsnitt 92.

kritisk digital infrastruktur i Norge, såfremt vilkårene gjelder handlinger som har direkte, vesentlige og forutsigbare virkninger i Norge.

Endelig er det antatt det i folkeretten også er et beskyttelsesprinsipp som gir staten adgang til å regulere handlinger i utlandet som angår statenes sikkerhetsinteresser. Det er imidlertid ingen enighet om kriteriene for anvendelse av et slikt prinsipp, og det er antatt at det utøve jurisdiksjon på grunnlag av prinsippet «may be a matter of knowing it when one sees it».⁸⁷ Det å anvende dette prinsippet faller derfor utenfor den kjernen i folkerettens jurisdiksjonsregler det er en viss enighet om, og jeg går derfor ikke nærmere inn på prinsippet her.

8.3 Tvangsjurisdiksjon

Det klare utgangspunktet etter folkeretten er at staten bare kan utøve tvang på eget territorium. Videre er det antatt at det er tale om eksklusiv jurisdiksjon, slik at ingen uten samtykke kan håndheve sin lovgivning på en annen stats territorium. Dette er uttrykt av den Permanente Internasjonale Domstolen (PCIJ) i Lotus-saken, som her uttalte:

“Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.” (avsnitt 45).

Det er klart at forbudet mot å utøve tvangsjurisdiksjon på en annen stats territorium, uten grunnlag i sedvanerett eller den aktuelle statens samtykke omfatter fysiske handlinger. En stats myndigheter kan ikke pågripe personer på en annen stats territorium, uten denne statens samtykke. Det er heller ikke adgang til å ta fysisk beslag i eiendeler på en annen stats territorium.

I tillegg er også ikke-fysiske håndhevelsetiltak omfattet av forbudet mot å utøve tvangsjurisdiksjon på annen stats territorium. Det vil derfor i utgangspunktet være utøvelse av tvangsjurisdiksjon i strid med folkeretten dersom myndighetene i en stat pålegger fysiske eller juridiske personer i en annen stat å utlevere informasjon, uten å først å ha innhentet samtykke fra den aktuelle staten.⁸⁸ Tilsvarende er det antatt i folkerettslitteraturen at det må skilles mellom en stats pålegg til personer i utlandet, og en stats informasjon til personer i utlandet. Det er kun det første som kan anses som utøvelse av tvangsjurisdiksjon.⁸⁹

I praksis kan grensen mellom håndhevelsetiltak og utøvelse av lovgivnings- og domsjurisdiksjon være vanskelig å trekke. To tilfeller som i de siste årene har vært oppe i norsk rettspraksis bidrar til å illustrere hvordan grensene skal trekkes med tanke på henholdsvis ransaking av servere, pålegg om utlevering av opplysninger, og tvangsmulkt.

⁸⁷ Crawford 2012, s. 462.

⁸⁸ Crawford 2012, s. 479.

⁸⁹ Se F.A. Mann, «The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years», Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1984, s. 40-41.

Hvorvidt det er innenfor norske myndigheters jurisdiksjon å ransake servere i utlandet ble behandlet av Høyesterett i Tidal-saken, HR-2019-610-A.⁹⁰ Saken gjaldt en begjæring fra påtalemyndigheten om ransaking hos et selskap som selv ikke var siktet, for å få tilgang til datamateriale som selskapet hadde lagret på servere i utlandet. Det var tale om skybasert lagring, som selskapet selv hadde tilgang til fra Norge uten noe samtykke fra en annen stat. Høyesterett kom til at det var hjemmel for ransaking etter straffeprosessloven § 192, og foretok deretter en forholdsvis omfattende vurdering av om denne ransakingen var innenfor norske myndigheters jurisdiksjon:

Høyesteretts vurdering tok utgangspunkt i at folkeretten, som nevnt ovenfor, ikke tillater noen stat å «anvende tvangsmidler på en annen stats territorium uten samtykke fra vedkommende stat», og nevnte som eksempel at det er på «det rene at norsk politi og påtalemyndighet ikke kan foreta pågripelser utenlands eller ransake et hus i et annet land», avsnitt 40.

Videre viste Høyesterett til at folkerettens utgangspunkter ga «mindre veiledning når det gjelder ransaking og beslag av elektronisk lagret materiale» avsnitt 41. I vurderingen ble det blant annet vist til at det ved skybasert lagring både kan være tilfeldig hvor det konkrete fysiske lagringsstedet er, at dette kan endres uten informasjon som gir brukeren anledning til kontroll over hvor dataene oppbevares, slik at lagringslandet kan være ukjent for brukerne. Høyesterett viste blant annet også til at norske myndigheter har gått ut i fra at det er en viss anledning til foreta ransaking av servere i utlandet og tilsvarende tiltak, når en kan få tilgang til dataene fra en terminal i Norge.

I vurderingen viste Høyesterett også til at praksis fra andre land varierte, slik at det ikke var noen bindende sedvane på område, men at «mange land i praksis synes å godta en slik ransaking som i saken her». Det avgjørende vurderingstemaet for Høyesterett ble etter dette om ransakingen grep «inn i en annen stats eksklusive tvangsjurisdiksjon på en slik måte at denne statens suverenitet krenkes?». Blant annet ut ifra at beslutningen om tvangsmiddelet er truffet av norske myndigheter med ivaretagelse av rettsikkerhetsgarantier, satt i gang i selskapets lokaler Norge, uten at norske myndigheter på egenhånd trenger seg inn i materiale som ligger lagret i utlandet, og at ransakingen kun ville gi tilgang til det materialet selskapet selv hadde lagret, og som det selv fritt kunne hente tilbake fra serveren i utlandet, uten at det ble gjort endringer i det materialet som var lagret. På grunnlag av en slik konkret vurdering kom Høyesterett til at ransakingen ikke krenket en annen stats suverenitet, og at det på det grunnlag ikke var utøvelse tvangsjurisdiksjon i strid med folkeretten å gjennomføre den aktuelle ransakingen av servere i utlandet.

Hvorvidt det var innenfor norsk jurisdiksjon å gi to utenlandske selskaper pålegg om å utlevere opplysninger ble vurdert i en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett i sak LB-2021-122818. Saken gjaldt en begjæring fra politiet om utlevering av opplysninger fra henholdsvis

⁹⁰ For en mer utførlig folkerettslig analyse av avgjørelsen, se Jørgen Skjold, «Suverenitet, jurisdiksjon og beslag i informasjon på server i utlandet – En kommentar til Høyesteretts kjennelse i Tidal-saken og Ruis kritikk», *Lov og rett* 2019, s. 617-639.

Facebooks og TikToks irske selskaper. Et sentralt spørsmål i kjennelsen var folkerettens grenser for beslutning om utleveringspålegg overfor de to utenlandske virksomhetene.

Borgarting viste innledningsvis til den ovennevnte Tidal-saken og at et lands politi i utgangspunktet ikke «kan foreta etterforsningskritt som fordrer fysiske tiltak på andre lands territorium. Videre vurderte lagmannsretten det konkrete saksforholdet på grunnlag av den samme problemstillingen Høyesterett formulering i Tidal-saken: Vil en beslutning om det aktuelle tiltaket rettet mot forhold undergitt en annen stats jurisdiksjon, gripe «inn i denne statens eksklusive tvangsjurisdiksjon på en slik måte at statens suverenitet krenkes»?

I motsetning til Høyesteretts kjennelse i Tidal-saken kom lagmannsretten til at pålegget ville gripe inn en annen stats eksklusive jurisdiksjon, fordi det ikke var påvist noen «folkerettslig sedvane eller traktat eller annen avtale som åpner for at utleveringspålegg kan utstedes direkte overfor selskaper i andre land», og poengterte at utleveringspålegget ikke var rettet mot «selskaper eller selskapsansatte i Norge, men mot selskaper hjemmehørende i andre land».

Lagmannsretten kom likevel til at norske domstoler kunne treffe avgjørelse om at vilkårene for det aktuelle tiltaket var oppfylt etter norsk intern rett, og viste til at det ikke er

«i strid med folkeretten å treffe avgjørelse om tvangsmidler som skal gjennomføres i andre land. Det er tvert om en utbredt praksis internasjonalt for at det treffes slike beslutninger, og det er uansett den anmodede stat som avgjør om tvangsmiddelet skal utføres. En slik beslutning er heller ikke i strid med norske regler...[...] En kjennelse eller beslutning om tvangsmidler i utlandet kan ha som slutning at tvangsmiddelet skal gjennomføres f.eks. at det skal utføres ransaking av en bestemt leilighet («fullbyrdingsavgjørelse»). Slike slutninger synes å være mest utbredt, men det ville antagelig være mer presist om slutningen angir at vilkårene for ransaking er tilstede (fastsettelsesavgjørelse), ettersom det er opp til utenlandske myndigheter å avgjøre om rettsanmodningen skal tas til følge.»⁹¹

Lagmannsrettens avgjørelse er godt begrunnet og illustrerer at norske domstoler kan ta stilling til om vilkårene for tvangstiltak er oppfylt etter norsk intern rett gjennom en fastsettelsesavgjørelse, men ikke treffe avgjørelse om konkrete tvangstiltak overfor utenlandske virksomheter.

Selv om det i utgangspunktet ikke er adgang for norske myndigheter til å anvende eller håndheve norsk lovgivning utenfor det norske territoriet, er det likevel flere internasjonale avtaler som åpner for at norsk myndighetsutøvelse kan få virkning i andre land. Jeg går igjennom enkelte slike grunnlag nedenfor i punkt 6.4.

8.4 Internasjonale konvensjoner om tvangsfullbyrdelse

8.4.1 Innledning

Det er flere europeiske og internasjonale avtaler om grensekryssende samarbeid om tvangsjurisdiksjon. Blant annet gir regelverket om den europeiske arrestordre et grunnlag for

⁹¹ Se LB-2021-122818

at den norske påtalemyndighetens beslutninger får virkning i andre europeiske land. Andre sentrale internasjonale avtaler som åpner for at norsk myndighetsutøvelse kan få virkning i andre land er, er Lugano-konvensjonen (2007) og New York-konvensjonen (1958) av særlig interesse. Ingen av disse konvensjonene gjelder imidlertid forvaltningssaker,⁹² og mens Lugano-konvensjonen ikke gjelder voldgiftssaker,⁹³ gjelder New York konvensjonen kun voldgiftssaker. Regelverket om den europeiske arrestdren gjelder bare straffesaker, og faller utenfor temaet her.

Selv om staten ikke kan kreve fullbyrdet forvaltningsvedtak gjennom Lugano-konvensjonen og New York-konvensjonen, kan staten likevel påberope seg konvensjonene når staten har inngått privatrettslig avtaler med virksomheter i andre land, og det er aktuelt å begjøre tvangfullbyrdelse av avtalevilkårene.

Jeg behandler ikke her de prosessuelle forutsetningene som må være oppfylt for at eventuelle tvister om avtaler skal behandles av norske domstoler eller internasjonal voldgift, og at norsk lovgivning skal anvendes. Det er imidlertid avgjørende at det offentlige ved eventuell avtaleinngåelse med virksomheter som eier eller kontrollerer kritisk digital infrastruktur i Norge i hvert enkelt tilfelle vurderer hva som er hensiktsmessig vernet og lovvalg i henhold til den internasjonale privatrettens regler.

8.4.2 Lugano-konvensjonen

Lugano-konvensjonen gjelder for EFTAs og EUs medlemsland, og gir mulighet for tvangsgjennomføring av avtale vilkår. Formålet med konvensjonen er blant annet å «å innføre en hurtig prosedyre for fullbyrding av dommer» jf konvensjonens forale.

Etter Lugano-konvensjonen artikkel 38 skal «en dom som er avsagt i en Konvensjonstat og som er tvangskraftig der, fullbyrdes i en annen Konvensjonstat (mottakerstaten) når den er blitt erklært tvangskraftig i denne staten etter begjæring fra en part med rettslig interesse».

Jeg går ikke nærmere inn på betingelsene som må være oppfylt utover at konvensjonen ikke gjelder offentligrettslige forhold. For at Lugano-konvensjonen skal komme til anvendelse på avtaler mellom det offentlige og det private er det derfor en forutsetning at myndighetenes rettigheter etter avtalen ikke går utover rettigheter enhver privat part kunne hatt.

8.4.3 New York konvensjonen

New York-konvensjonen gjelder anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske voldgiftsavgjørelser. Per 12. oktober 2024 er det 172 stater som har tiltrådt konvensjonen. Konvensjonen et forholdsvis enkelt og effektivt system for håndhevelse av voldgiftsavgjørelser i de fleste land.

Etter konvensjonens artikkel II nr 1 og 2 skal traktatpartene «anerkjenne» voldgiftsklausuler. Etter artikkel II nr 3 innebærer dette blant annet at nasjonale domstoler, etter begjæring fra en part, skal henvise en sak til voldgift dersom den gjelder et forhold regulert av en

⁹² For Lugano-konvensjonens del følger dette av artikkel 1 nr 1

⁹³ Se Lugano-konvensjonen artikkel 1 nr 2 bokstav d.

voldgiftsklausul, med mindre domstolen finner at avtalen er «ugyldig, ute av kraft eller at den ikke kan gjennomføres».

Videre følger det av konvensjonens artikkel III at traktatpartene også skal fullbyrde voldgiftsavgjørelser:

«På de vilkår som er fastsatt i de følgende artikler, skal enhver kontraherende stat anerkjenne voldgiftsavgjørelser som bindende og fullbyrde dem overensstemmende med prosessreglene på det territorium hvor avgjørelsen legges til grunn. Det må ikke pålegges vesentlig mer tyngende vilkår eller høyere gebyrer eller avgifter for anerkjennelse eller fullbyrdelse av voldgiftsavgjørelser som denne konvensjon gjelder for, enn for anerkjennelse eller fullbyrdelse av innenlandske voldgiftsavgjørelser.»

Med denne forpliktelsen etablerer konvensjonen et rammeverk for fullbyrdelse og gjennomføring av avtalte vilkår, blant annet i de tilfeller en voldgiftsavgjørelse går ut på at slike vilkår er brutt av en avtalepart. Forpliktelsen til å fullbyrde avgjørelser er imidlertid ikke uten begrensninger. Ordlyden i konvensjonen begrenser både hva slags avtaler og hvilke voldgiftsklausuler som er omfattet av konvensjonsforpliktelsene, og også under hvilke vilkår som gir rett til å få fullbyrdet avgjørelser i et annet land. Jeg går ikke nærmere inn på dette, men nevner kun at i avtaler hvor det offentlige er part så vil ikke enhver avtale nødvendigvis anses som et forhold som kan avgjøres av voldgift, jf konvensjonen artikkel II nr 1. Ved inngåelse av avtaler med voldgiftsklausuler er det derfor avgjørende for muligheten til håndhevelse av dem, at de utformes slik at gjelder forhold som kan avgjøres av voldgift.

Christoffer Conrad Eriksen