Byline: Tarjei Ellingsen Røsvoll

Ingress: Artikkelen behandler EUs «delegeringslære», særlig EU-lovgivers kompetanse til å opprette overnasjonale forvaltningsstrukturer med uavhengighet fra Kommisjonen og nasjonale myndigheter. Artikkelen viser at omfanget av og skrankene på denne kompetansen er uklare, og har vært utviklet basert på et skille mellom teknikk og politikk som flere kommentatorer har kritisert. Artikkelen stiller seg kritisk til forsøkene på å foreslå et bedre skille mellom teknikk og politikk, og drøfter alternative måter å legitimere en europeisk forvaltningsmodell basert på tunge innslag av ekspertise i lys av nasjonale erfaringer og politisk teori.

Nøkkelord: Byråifisering, delegering, delegasjon, EU-byråer, *Meroni*, ekspertise, teknokrati, makt

Forfatteromtale: Tarjei Ellingsen Røsvoll (f. 1995), er førsteamanuensis ved INN, og disputerte i 2024 ved UiB med avhandlingen «Delegering: Et kritisk bidrag til rettsvitenskapens tenkning om forvaltningens organisering».

1 Grensene for byråifiseringen av Europa: Fra teknikk til demokratisk faglighet[1]

1.1 Innledning

Et av de mest markante utviklingstrekkene i europeisk forvaltningspolitikk de siste 30-40 årene har vært innslaget av uavhengige byråer som ledd i gjennomføringen av unionens politikk («decentralised agencies»).[2] Kompetansen til å opprette og delegere til disse byråene er imidlertid uavklart, og traktatene er stort sett tause om spørsmålet. Denne artikkelen skal handle om omfanget av og begrensninger på denne kompetansen.

I den norske konteksten er det hovedsakelig myndighetstildelingen til europeiske byråer som har vært diskutert.[3] Enkelte har pekt på de vel så viktige kravene til å gjøre tilknyttede nasjonale tilsyn uavhengige fra nasjonale politiske myndigheter.[4] Det er viktige sammenhenger mellom de to. Ofte krever EU at et overnasjonalt byrå (f.eks. ACER, Agency for the Cooperation of Energy Regulators) skal tildeles vedtakskompetanse med direkte virkning i Norge. Disse byråene har uavhengighet fra Kommisjonen.[5] Samtidig kreves det at medlemsstatene oppretter og tildeler formell uavhengighet og eksklusive kompetanser, til nasjonale forvaltningsorganer (f.eks. RME, Reguleringsmyndigheten for Energi). Eriksen og Fredriksen skriver treffende nok at man kan se for seg en utvikling hvor de nasjonale tilsynsorganene bare er nasjonale i navn.[6] Formålet med slik uavhengighet er å koble organet *av* nasjonale myndigheter, og *på* europeiske. Både myndighetstildeling og krav til uavhengighet handler derfor om å skape en integrert men uavhengig europeisk forvaltningsstruktur. Dette har ofte har vært kalt «agencification», eller byråifisering. Denne artikkelen vil handle om legitimiteten til denne byråifiseringen i et rettsdogmatisk

[1] Denne artikkelen er basert på min prøveforelesning ved Det juridiske fakultet i Bergen den 13.06.2024. Oppgitt tema var «Europeisering av forvaltningen: EUs byråer og myndigheten til å regulere nasjonale forhold som myndighetstildeling». En stor takk til redaksjonen og anonym fagfelle for veldig verdifulle innspill.
[2] Oppsummering i vedlegg 3 til NOU 2024: 7 *Norge og EØS: Utvikling og erfaringer*, og vedlegg 2 s. 19 flg.
[3] Eirik Holmøyvik og Christoffer Conrad Eriksen, «Høyesteretts jernbanebetenkning: en statsrettslig avsporing», *Lov og rett* 61, 2022, s. 28–52, https://doi.org/10.18261/lor.61.1.4.
[4] Christoffer Conrad Eriksen og Halvard Haukeland Fredriksen, *Norges europeiske forvaltningsrett: EØS-avtalens krav til norske forvaltningsorganers organisering og saksbehandling*, Universitetsforlaget, 2019, og nylig Sebastian Mydland Langbakk, «Om EU- og EØS-rettslige krav til uavhengige forvaltningsorganer», *Kritisk juss* 50, 2024, s. 28–67, https://doi.org/10.18261/kj.50.1.2.
[5] Marta Simoncini, «The Delegation of Powers to EU Agencies After the Financial Crisis», *European Papers*, vol. 6, nr. 3, 2021, s. 1485–1503, https://doi.org/10.15166/2499-8249/535 s. 1489: «Unlike EU executive agencies, they do not simply outsource functions of the Commission while remaining under its supervision and responsibility. EU regulatory agencies delocalise some authority from the Commission and act autonomously in sector-specific fields.»
[6] Eriksen og Fredriksen 2019 s. 204.

perspektiv (under punkt 1.2-1.3). Den rettslige argumentasjonen vil underbygges og suppleres ved å utdype de samfunnsteoretiske og politisk-teoretiske forutsetningene som vurderingene hviler på (punkt 1.4) I oppsummeringen trekker jeg de to dimensjonene sammen, og vurderer hvordan tolkningsrommet i traktatene bør utvikles videre.

Spørsmålet har stor betydning for både Norge og Europa. Per dags dato deltar Norge i 31 EU-byråer.[7] Ikke alle inngår riktignok i den forvaltningsstrukturen som ble beskrevet foran. Norske direktorater og departementer pleier varierende grader av formell og uformell kontakt med det europeiske nivået.[8]

I det videre vil jeg omtale de uavhengige nasjonale organene som tilsynsorganer, selv om de ofte har regulatoriske kompetanser av ulikt slag. De er dermed «tilsyn» i den forstand at de fører tilsyn og regulerer nasjonalstatenes implementering av EU-politikk.

Artikkelens problemstilling er i hvilken grad EU kan etablere uavhengige nasjonale tilsynsorganer under ledelse av et overnasjonalt nivå. Dette er både et spørsmål om EU-lovgivers kompetanse til å delegere til et overnasjonalt byrå samtidig som den pålegger nasjonalstatene å skape uavhengige organer, og eventuelle skranker på denne kompetansen.

1.2 Rettslige utgangspunkter for kompetansen til å delegere og pålegge nasjonale tilsynsorganer uavhengighet

1.2.1 Hovedtrekk

Traktatene inneholder ingen spesifikk prosedyre for opprettelse av og delegering til nye eller etablerte EU-byråer, eller noen egen prosedyre for å vedta nye regler for medlemsstatene som spesifikt pålegger dem å tildele myndighet til nasjonale tilsynsorganer innenfor en europeisk struktur.[9] Riktignok innførte Lisboatraktatene en rett til å få prøvd EU-byråers beslutninger (se bl.a. TFEU art. 263 og 277). Dermed anerkjente man byråenes eksistens. Men noen fullverdig kompetansenorm og tilhørende prosedyre manglet, og

[7] En løpende oversikt føres på https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/eos1/byra-program-samarbeid/eu-byraer/id685101/, sist lest 7.02.2025.
[8] Omfanget av kontakten er økende, se Tom Christensen mfl., *Sentralforvaltningen, stabilitet og endring gjennom 40 år*, Universitetsforlaget, 2018, s 124 flg.
[9] Gjermund Mathisen og Halvard Haukeland Fredriksen, *EØS-rett*, 4. utgave utg., Fagbokforlaget, 2022, s. 184 flg. Merijn Chamon, «EU agencies: Does the Meroni Doctrine make sense?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* vol. 17, 2010, s. 281–305, https://doi.org/10.1177/1023263x1001700304 , s. 282: «... agencies are not foreseen in primary law …».

mangler fortsatt i traktatenes tekster. Allerede fraværet av eksplisitt grunnlag kan ses som en legitimitetsutfordring.[10]

Grunnlaget er derfor de alminnelige kompetansenormene i traktatene. EU-lovgiver har relativt generell kompetanse til å vedta lovgivning, og innenfor traktatene/forfatningens grenser vil slike kompetanser normalt kunne benyttes for å vedta nye normer. Tolkningsspørsmålet reiser velkjente teoretiske uenigheter. Spørsmålet blir om kompetanse til å vedta normer med et ubestemt materielt innhold, også innebærer kompetanse til å *delegere* denne kompetansen, herunder å opprette nye kompetanser og delegere disse til delegater.

Her står to gode argumenter mot hverandre. På den ene siden kan man si at en kompetanse til å vedta enhver norm (innenfor visse rammer) også bør anses å være en kompetanse til å vedta delegeringer, som jo er en type norm.[11] På den andre siden har man ofte argumentert med det stikk motsatte, nemlig at delegeringer er særegne typer normer. En normgiver skal ikke skape flere normgivere, ifølge et slikt synspunkt. Traktatene/forfatningens regler for delegering må derfor forstås som uttømmende.[12] Det siste argumentets styrke beror særlig på hvordan man ser på det å opprette eller tildele fullmakter til nye organisasjoner. Prinsipielt kan jo myndigheten alltid kalles tilbake. Reelt vil det å opprette nye organer ofte ha en innlåsende effekt, og skape stiavhengighet.

Disse argumentene slår riktignok litt ulikt ut i EU og ulike nasjonale kontekster. Delegering fra lovgivende forsamling i nasjonal kontekst handler om at et parlamentsflertall og en regjering som utgår fra dette flertallet, utvider innflytelsen til den utøvende makt. Byråifiseringen handler derimot om å kombinere europeisk integrasjon med medlemsstatenes ønske om å oppnå sentralisering, *uten samtidig å styrke Kommisjonen*.[13] Denne tvetydigheten ved maktforholdene bak byråifiseringen er en viktig forklaring på den manglende klargjøringen av de formelle spørsmålene.[14]

[10] Miroslava Cholten og Marloes van Rijsbergen, «The limits of agencification in the European Union», *German Law Journal* vol. 15, nr. 7, 2014, s. 1223–55 s. 1246, https://doi.org/10.1017/s2071832200019350.
[11] Torkel Opsahl, *Delegasjon av Stortingets myndighet*, Tanum, 1965 fremfører argumentet i Norge.
[12] I sak C-270/12 SK, *Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union*, EU:C:2014:18, heretter *ESMA/Shortselling*, tematiseres dette via en diskusjon av TFEU art. 290 og 291, se avsnitt 77–86.
[13] Se for eksempel fremstillingen av opprettelsen av Europol, hos Madalina Busuioc, *The Accountability of European Agencies: Legal Provisions and Ongoing Practices*, Eburon, 2010 s. 22 flg.
[14] Chamon 2010 s. 287.

Utgangspunktet for tolkningen av kompetansen til å delegere, er imidlertid at taushet om kompetansen til å delegere, åpner for to forskjellige tolkninger, der den ene gir grunnlag for en liberal, og den andre for en restriktiv delegeringsadgang.[15] Spørsmålet blir da i praksis hvordan EU-domstolen har løst problemet.

1.2.2 Meroni/Romano og grunnlaget for delegering under ECSC

Den sentrale dommen på feltet er C-9/56 *Meroni*, som omhandlet delegering fra Den høye myndighet i kull- og stålunionen, til en privat sammenslutning for regulering av jern. I *Meroni* antar EU-domstolen at artikkel 8 ECSC definerer Den høye myndighet sine oppgaver, og denne (eller andre bestemmelser) «… hjemler ikke ret til delegation …»[16]. Man resonnerte seg likevel frem til at formålet med traktatene best kunne ivaretas hvis de ble tolket som å gi Den høye myndighet «… ret til at overlade visse beføjelser til lignende organer [som den Høje Myndighed] på betingelser, som Den Høje Myndighed selv fastsætter, og under dens kontrol …».[17] Noenlunde tilsvarende uttalelser finner man i den senere avgjørelsen C-98/80 *Romano*, der det antas at det ikke er lov å tildele myndighet til å gi «retsakter av lovgivningslignende karakter».[18]

Meroni/Romano-doktrinen, som den blir kalt, gir altså både grunnlag for delegering, og oppstiller grensene for delegeringsadgangen. Dette skjer ved at EU-domstolen fastslår at delegering er forbudt, men at *ikke alle former for myndighetstildeling er delegering*. Noen tildelinger av myndighet er bare 'overlatelse av visse beføyelser'. En slik systematikk var et kjent grep i statsrettslige diskusjoner om delegering på nasjonalt nivå før- og i samme tidsperiode som Meroni ble avsagt, og er grunnen til at slike lærer ofte omtales som «non-delegation»-doktriner.[19] «Non-delegation»-doktriner strukturerer spørsmålet om adgangen til å delegere ved å fastslå at delegering er forbudt, men at ikke alle tildelinger av myndighet er delegeringer.[20]

---

[15] En begrenset oversikt over hvilke rettsgrunnlag man benyttet tidligere gis i Busuioc 2010 s. 24 flg.
[16] Sak C-9/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA mod Den Høje Myndighed for Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab*, EU:C:1958:8, s. 71.
[17] Ibid.
[18] Sak C-98/80, *Giuseppe Romano mod Institut National D'Assurance Maladie-Invalidite Bruxelles*, EU:C:1981:104, avsnitt 20, slår fast at «at et organ … ikke kan bemyndiges af Rådet til at udstede retsakter af normativ karakter.»
[19] Se for eksempel Alf Ross, *Statsretlige studier*, Nyt Nordisk Forlag, 1959 s. 164.
[20] For en sammenligning med den amerikanske diskusjonen, som har håndtert spørsmålet på lignende vis, se Miroslava Scholten og Marloes Van Rijsbergen, «The ESMA-Short Selling Case: Erecting a New Delegation Doctrine in the EU upon the Meroni-Romano Remnants», *Legal Issues of Economic Integration* 41, nr. 4, 2014, s. 389–406, https://doi.org/10.54648/leie2014022 s. 396 flg., heretter Scholten og Van Rijsbergen 2014.

Spørsmålet man må stille blir da hvilke myndighetstildelinger som er delegeringer, og hvilke som ikke er det.[21] I praksis beror dette på om delegeringen respekterer de grensene som oppstilles, slik at kompetansespørsmålet blandes med grensespørsmålet.

1.2.3 ESMA/Shortselling – opprydding og nye problemer

Med visse nyanser som jeg kommer tilbake til, ble *Meroni/Romano*-doktrinen videreført i storkammersaken C-270/12, *ESMA/Shortselling*. Storbritannia hevdet at European Securities and Markets Authority (ESMA) ikke hadde kompetanse til å stanse shortsalg av aksjer for å sikre finansiell stabilitet. *ESMA/Shortselling* måtte avklare flere spørsmål. Som jeg skal forklare, ryddes det en god del i diskusjonen.[22] Det er likevel ikke så enkelt som at man nå kan anta at EU-lovgiver har kompetanse til å delegere, og at det som gjenstår er å fastslå hvilke skranker som gjelder for bruken av denne kompetansen.

Dommen slår riktignok fast det som før var tvilsomt, nemlig om *Meroni/Romano* er overførbar til byråifiseringen. I utgangspunktet kan overføringsverdien diskuteres. Meroni angikk delegering fra Kommisjonen til private.[23] Mye taler imidlertid mot å anta at EU-lovgiver skal ha en *snevrere* delegeringsadgang enn Kommisjonen.[24] Som Simoncini påpeker vil delegering fra EU-lovgiver til EU-byråer normalt være mindre betenkelig enn delegering fra Kommisjonen til private aktører, særlig gitt de demokratiske reformene i Lisboatraktaten.[25] Det er også klart at *ESMA/Shortselling* faktisk går lenger enn *Meroni/Romano*-doktrinen i å åpne for delegering, se 1.3.4.

Dommen avklarte imidlertid også viktige spørsmål om grunnlaget for kompetansen til å delegere. Analytisk skilte EU-domstolen spørsmålet om grensene for kompetansegrunnlaget (dommens første og annet spørsmål), og hva dette kompetansegrunnlaget består i (dommens tredje og spesielt fjerde spørsmål). Det tredje spørsmålet var om traktatene hadde uttømmende regulert delegeringsadgangen gjennom å fastlegge at delegering kunne skje etter TFEU art. 290 og 291.[26] Her fremhever EU-

[21] Sml. også Chamon 2010 s. 289.
[22] Se generaladvokatens avgjørelse, avsnitt 26 for en diskusjon av strukturen i vurderingen.
[23] Forut for *ESMA/Shortselling* omtaler Chamon 2010 s. 297 det som «quite unfortunate» at *Meroni* blir brukt.
[24] Catherine M. Donnelly, *Delegation of Governmental Power to Private Parties: A Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2007, https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199298242.001.0001 s. 16 flg. gir en oversikt over delegering til private innen EU.
[25] Se note 94 og omtalen der.
[26] *ESMA/Shortselling* avsnitt 69 flg. Se omtalen i Scholten og Van Rijsbergen 2014 s. 398 flg.

domstolen særlig den implisitte anerkjennelsen av eksistensen til byråene i flere artikler som et viktig argument mot en slik tolkning. Konklusjonen ble at TFEU art. 290 og 291 ikke kan leses som en uttømmende angivelse av EU-lovgivers delegeringsadgang.

Deretter vurderte man, i sakens fjerde spørsmål, hvilket kompetansegrunnlag som skulle benyttes istedenfor. Alternativene som hadde vært diskutert var TFEU artikkel 114 og 352.[27] Artikkel 114 hadde tidligere vært akseptert som grunnlag for å *opprette* organer med rådgivende funksjoner, men å delegere myndighet hadde ikke vært aktuelt.[28] Å bruke artikkel 114 ville derfor utvide tidligere praksis. Det ville også presse ordlyden, fordi bestemmelsen gir EU-lovgiver kompetanse til å opprette en «foranstaltning» som tar sikte på å harmonisere medlemsstatenes lover og administrative bestemmelser.[29] Det er noe anstrengt å si at delegering av kompetanse til å treffe vedtak med direkte virkning i nasjonalstatene er harmoniseringstiltak.[30] Artikkel 352 er mer åpen, men ville på sin side kreve enstemmighet. Generaladvokaten foreslo TFEU artikkel 352, og som Chamon skriver ville dette ha «… put a serious brake on future agencification, since every Member State would have (re)gained a veto power.»[31]

EU-domstolen konkluderte imidlertid med at artikkel 114 gav kompetansegrunnlaget, og med det, økt mulighet for byråifisering. Delegeringen skal derfor anses som en foranstaltning for harmonisering av det indre marked. EU-lovgiver skal også ha «et skøn … vedrørende den mest hensigtsmæssige metode …» for å oppnå harmonisering, herunder om man skal opprette nye organer og delegere til disse.[32] Delegering er altså bare et harmoniseringstiltak blant andre.

Valget av artikkel 114 som grunnlag gir ny form til problemene som *Meroni/Romano* etterlot. Om artikkel 114 kan brukes beror nemlig på om det «objektivt og reelt fremgår af retsakten, at den har til formål at forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og

[27] Se også generaladvokatens uttalelse, avsnitt 25.
[28] Sak C-217/04 SK, *Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union*, EU:C:2006:279, avsnitt 44.
[29] *ESMA/Shortselling*, avsnitt 117.
[30] Se også Scholten og Van Rijsbergen 2014 s. 400: «As a result, the link between the language of the provision and the creation of an EU body and the scope of the latter's powers is quite weak»
[31] Merijn Chamon, «The Empowerment of Agencies Under the Meroni Doctrine and Article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v. Parliament and Council (Short-Selling) and the Proposed Single Resolution Mechanism», *European Law Review* 39, 2014, s. 380–403, https://ssrn.com/abstract=2508645 s. 402. Se generaladvokatens forslag til avgjørelse i avsnitt 27 flg.
[32] *ESMA/Shortselling* avsnitt 102.

funktion.»[33] Dette ligner på spørsmålet om delegering er nødvendig for å oppnå en rettsakts formål, som var tema i *Meroni*. Enkelte spesifikke problemer oppstår som følge av dette kriteriet. Et viktig spørsmål vil være om det å delegere til et relativt selvstendig organ *i seg selv* kan anses å være et harmoniserende tiltak, eller om organets formål i så fall må være begrenset til å ha harmoniserende oppgaver, og hvilke skranker dette i så fall er. Dette kan være problematisk i relasjon til byråenes økende rolle i etableringen av *ny lovgivning*, som det nok er vanskelig å (alltid) anse som et ledd i harmonisering av *eksisterende* markeder og vilkår.[34]

Prinsipielt viktigst er det at hva som anses som harmoniserende tiltak henger tett sammen med sentrale grenser i *Meroni/Romano*-doktrinen, og dermed reintroduseres egentlig «non-delegation»-strukturen på vurderingen.[35] EU-domstolen begrunner at delegering til uavhengige byråer skal anses som harmoniserende tiltak med at det i de aktuelle sakene behøves «yderst tekniske og specialiserede analyser …» og at EU-lovgiver «særlig» kan velge delegering som ledd i en harmoniseringsmetode når «de foranstaltninger, der skal træffes, skal bygge på en særlig professionel og teknisk ekspertise og på enhedens mulighed for at handle [«respond swiftly and appropriately», i engelsk versjon.]»[36] Illustrerende nok begrunner generaladvokaten sin *avvisning av* art. 114 som kompetansegrunnlag, med at ESMA har blitt tildelt en for politisk og ikke-teknisk myndighet.[37] Dette er relativt likelydende vurderinger som de begrensningene *Meroni/Romano* oppstiller. Det kan også argumenteres for at det vil gjelde visse grenser for hvor langt inn i Kommisjonens ansvarsområder byråene kan tildeles kompetanse.[38] Med andre ord vil stridighetene om kompetansens utstrekning fortsette, og den vil henge tett sammen med de skrankene som følger fra *Meroni/Romano* og demokratiprinsippet etter TEU art. 2 og 10.

For spørsmålet om å pålegge medlemslandene opprettelse av uavhengige nasjonale tilsynsorganer, er kompetansespørsmålet enklere, og TFEU artikkel 114 passer godt. I C-

[33] Ibid. avsnitt 113.
[34] Se om denne rollen nedenfor i 1.3.3 og 1.4.2.
[35] Også Scholten og Van Rijsbergen 2014 reintroduserer den eldre diskusjonen gjennom å forsøke å trekke et skille mellom «delegation» og «conferral», se s. 402.
[36] *ESMA/Shortselling*, avsnitt 103 og 105,
[37] Generaladvokatens forslag til avgjørelse avsnitt 45, hvor det spesifiseres at den nærmeste sammenligningen til ESMAs myndighet er «… Kommissionens interventionsbeføjelser inden for landbrug og antidumping, dvs. områder, hvor Kommissionen gennemfører en fælles EU-politik.»
[38] Generaladvokaten argumenterer i avsnitt 52 av sitt forslag til avgjørelse at det reelle formålet med tildeling av myndigheten til ESMA ikke var harmonisering av praksis, men en sentralisering på EU-nivå.

718/18, *Kommisjonen* mot *Tyskland*, problematiseres heller ikke dette. Saken angikk i hvilken utstrekning krav til å gjøre en nasjonal reguleringsmyndighet for energi uavhengig av nasjonale parlamenter, var i samsvar med *Meroni*-doktrinen og demokratiprinsippet etter TEU art. 2 og 10.[39]

Avgjørelsen introduserer dermed i prinsippet et nytt grunnlag for å begrense delegeringsadgang.[40] Krav om uavhengighet (og lojalitet til et EU-byrå) begrenser nasjonale politiske institusjoners demokratiske innflytelse.[41] Fordi *Meroni/Romano* er gjenstand for kontinuerlig nyfortolkning og uansett kan anses som en dimensjon av demokratiprinsippet, er det likevel hensiktsmessig å behandle dem i sammenheng.[42] Samtidig inneholder *Meroni/Romano* andre elementer, som krav til rettssikkerhet, slik at det ikke er naturlig å bare subsumere doktrinen under demokratiprinsippet.[43]

For å oppsummere er grunnlaget for opprettelse av og delegering til byråer TFEU art. 114, og grunnlaget for pålegg om en bestemt myndighetstildeling er den alminnelige kompetansen til å vedta direktiver etter TFEU art. 294 lest i sammenheng med TFEU art. 114. I en vurdering av EU-lovgivers delegeringsadgang må disse kompetansenes omfang først fastlegges. Dersom de gir grunnlag for delegering til det aktuelle byrået, kan man spørre om kompetansen likevel begrenses av *Meroni/Romano*-doktrinen og/eller demokratiprinsippet. Langt på vei vil imidlertid disse spørsmålene måtte ses i tett sammenheng. Spørsmålet videre blir hvordan delegeringsadgangen må vurderes.

[39] Sak C-718/18, *Europa-Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland*, EU:C:2021:662. I avsnitt 131–132 holdes det åpent om *Meroni* skal anvendes direkte på direktivbaserte krav om opprettelse av uavhengige tilsynsorganer. EU-domstolen bemerket kun at den pålagte ordningen *uansett* var i samsvar med de krav som *ville* følge fra Meroni.
[40] C-718/18, avsnitt 124.
[41] Sml. både Kaisa Huhta, «C-718/18 Commission v. Germany: Critical Reflections on the Independence of National Regulatory Authorities in EU Energy Law», *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 30, nr. 6, 2021, s. 255–65, https://doi.org/10.54648/eelr2021025, s. 259 og Ann-Katrin Kaufhold, «Complete, yet limited: The guarantee of independence of National Regulatory Authorities in the energy sector: *Commision* v. *Germany*», *Common Market Law Review*, vol. 59, 2022, s. 1853–92, https://doi.org/10.54648/cola2022121 s. 1860–1861.
[42] Se for eksempel Kaufhold 2022 s. 1882 som har liten tro på Meroni, mens Huhta 2021 s. 261–262 antar det motsatte.
[43] Chamon 2010 s. 296.

1.3 Innholdet i *Meroni/Romano*-doktrinen og demokratiprinsippet

1.3.1 Overordnet om kravene fra *Meroni*

Meroni forutsetter som et utgangspunkt at delegeringen må være nødvendig for å fremme formålet til den rettsakten man delegerer håndhevingen av. På grunn av forankringen i TFEU art. 114 må et formål om at delegeringen skal fremme felleseuropeisk integrasjon antakeligvis regnes som et krav.[44]

Meroni oppstiller ut over dette flere krav.[45] Samtlige er klassiske i *nasjonale* delegeringsdiskusjoner.[46] Delegering skal ikke svekke *rettssikkerheten*, opprettholde *institusjonelle balansen* eller *maktfordelingen*, og sikre at den legitimerte maktutøvelsen har *demokratisk forankring*.[47]

Hvor stort behovet for integrasjon er, vil sannsynligvis ha stor betydning for vurderingen av disse kravene, selv om EU-domstolen ikke direkte har gitt uttrykk for det. En naturlig forklaring på den videre delegeringsadgangen i *ESMA/Shortselling* sammenlignet med *Meroni*, er imidlertid at behovet for delegeringen i sistnevnte tilfellet var langt større. Hvordan man skal vurdere behovet går jeg ikke nærmere inn på i denne artikkelen.

Kravet om å ivareta rettssikkerhet har begrenset praktisk betydning ved delegering til uavhengige byråer, fordi EU-lovgiver står fritt til å kreve at byrået må respektere de samme prosedyrene som det delegerende organ. Muligheten for domstolskontroll vil formelt være ivaretatt for byråene gjennom TFEU art. 263 og 277. For de nasjonale byråene vil adgangen til reell domstolskontroll følge av nasjonal rett. Spørsmålet i det videre er hvordan kravene til demokratisk legitimitet og institusjonell balanse ivaretas.

1.3.2 Delegering av «teknisk» eller «politisk» myndighet.

Meroni ivaretar kravene til demokratisk legitimitet og institusjonell balanse ved å trekke en grense mellom avgjørelser som behøver slik legitimitet, fra de som ikke gjør det. Måten

[44] Se spesielt *ESMA/Shortselling* avsnitt 46.
[45] Se oppsummeringen i Chamon 2014 s. 382.
[46] Se for Norge, Rt. 1952 s. 1089 *Hvalolje*, Rt. 1956 s. 952 *Treforedling* og nylig HR-2021-655-P, *Jernbanebetenkningen.*
[47] For en overordnet fremstilling, se Bogdan Iancu, *Legislative Delegation. The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism*, Springer, 2012, https://doi.org/10.1007/978-3-642-22330-3.

denne grensen trekkes på er ved å skille mellom delegering av tekniske og politiske avgjørelser.[48]

Skillet mellom tekniske og politiske spørsmål henger sammen med to andre sentrale skiller som brukes i *Meroni* og *ESMA/Shortselling.* Det første er om avgjørelsen innebærer bruk av *skjønn*, og i så fall hvor stor skjønnsmarginen er. Det andre er om avgjørelsen har preg av å være utøvelse, gjennomføring eller håndheving av allerede-etablerte normer. I nasjonal kontekst ville man nok kalt dette om oppgavene hører til den *utøvende makt*, og i den engelske språkversjonen av *ESMA/Shortselling* gjentas flere ganger at delegeringen kan forsvares på grunn av myndighetens «… executive …» karakter.[49] Jeg oppfatter dette som litt ulike begreper, ikke bare språklige uttrykk for et felles begrep. Det kan samtidig presiseres at det ikke er valget av ord og uttrykk jeg nedenfor problematiserer, men selve inndelingene EU-domstolen forsøker å gi uttrykk for.

Avgjørelsene kan derfor leses som bygget på tre dikotomier: teknisk/politisk, skjønnsmessig/ikke-skjønnsmessig, og utøvende/lovgivende («executive»/«legislative»).[50] At de tre henger tett sammen, illustreres godt i *Meroni.* Her pekes det på at delegering bare kan skje hvis det er «… gennemførelsesbeføjelser, som er klart afgrænsede …» og dermed kan forhindre at delegaten utøver «… en høj grad af frit skøn …», som i motsatt fall, «… åbner mulighed for [at delegaten kan føre] en virkelig økonomisk politik».[51] I motsatt fall ville «… den delegerende myndigheds valg erstattes af dem, som træffes af den myndighed, der har fået kompetencen …», noe som i så fall innebærer en «… egentlig ansfarsforskydning …».[52]

Det kan diskuteres hvilket av de tre skillene som er mest sentralt, hvordan de henger sammen, og om rettspraksis har utviklet seg på dette punktet. I utdraget fra *Meroni* ovenfor er det for eksempel avgjørelsens preg av å handle om gjennomføring, som forhindrer at «…

[48] Sml. også Simoncini 2021 s. 1498: «… this approach hid [the agencies] regulatory vocation and trapped the development of EU administrative law in the dichotomy between political powers to make policy choices and neutral technical powers to implement such policies.»
[49] *ESMA/Shortselling* bl.a. avsnitt 41 og 67.
[50] Iancu 2012 s. 4 beskriver begrepet om delegering av lovgivende myndighet som å ha en «… inevitably irreducible conceptual structure, insofar as the term can only be explained by means of related constitutional presuppositions and notions attaching to legislation and law-making, whose meanings are assumed and anticipated by the word 'delegation'.»
[51] *Meroni*, side 72.
[52] *Ibid.*

følgerne af kompetencedelegation[en] …» blir at delegaten kan gjennomføre en «… virkelig økonomisk politikk». Her er dermed det overordnede vurderingstemaet om avgjørelsen er teknisk og politisk, mens graden av skjønn og karakteren av at myndigheten er utøvende, utgjør støtteargumenter.

I *ESMA/Shortselling* skjer en liten kursendring, ved at *Meroni* forstås som å legge begrensninger på graden av *skjønn* delegaten kan tildeles.[53] EU-domstolen fortolker doktrinen som å gi et forbud mot delegering av «… omfattende diskretionære beføjelser …».[54] Begrensning begrunnes med ønsket om å gjøre avgjørelsene «… amenable to judicial review …».[55] At ESMA skal gjøre en «… technical factual assessment …» trekkes riktignok inn som et sentralt støtteargument.[56] Som nevnt foran kommer imidlertid skillet mellom teknikk og politikk inn i vurderingen av grunnlaget for delegering i utgangspunktet, etter TFEU art. 114.[57] Det fremheves her at vurderingen særlig beror på om «… de foranstaltninger, der skal træffes, skal bygge på en særlig professionel og teknisk ekspertise …».[58] I *ESMA/Shortselling* blir dermed avgjørelsens tekniske karakter tillagt selvstendig betydning, men primært tatt til inntekt for at delegeringen ikke etterlater omfattende rom for skjønn. Grensen mellom utøvende/lovgivende myndighet, tillegges på sin side begrenset betydning.[59]

C-718/18 er nevnt foran og skal omtales nærmere nedenfor. Avgjørelsen behandler *Meroni*-doktrinens anvendelse på EU-lovgivers pålegg til medlemslandene om å opprette uavhengige nasjonale byråer sammen med demokratiprinsippet i TEU art. 2. Her fremheves at myndigheten utøves «… på grundlag af en teknisk-specialiseret vurdering af

[53] Generaladvokatens forslag til avgjørelse, som oppsummerer *Meroni* som å oppstille et forbud «… mod uforholdsmæssigt brede og/eller vilkårlige gennemførelsesbeføjelser …», avsnitt 92, og et forbud mot «… politiske afgørelser …» avsnitt 93.
[54] *ESMA/Shortselling* avsnitt 41 flg., sitat fra avsnitt 54.
[55] *Ibid.*, avsnitt 53. Den danske språkversjonen er utydelig, fordi det bare kreves at avgjørelsene er «underlagt domstolskontrol». Det litt mer substansielle kravet om at domstolskontrollen skal være *reell* som ligger i uttrykket «amenable», forsvinner i oversettelsen.
[56] *Ibid.* avsnitt 52.
[57] *Ibid.* avsnitt 103.
[58] *Ibid.* avsnitt 105.
[59] I *Romano* er avgjørelsens «normative» karakter, det som står mest sentralt. Hva man legger i dette uttrykket er uklart, ettersom alle rettsakter av både individuell og generell karakter, selv rene anbefalinger, kan være «normative». I *ESMA/Shortselling* uttales det imidlertid at *Romano* ikke sier mer enn *Meroni* gjorde, se avsnitt 66 og omtalen i Chamon 2014 s. 382. Generaladvokaten fremhever på sin side (avsnitt 91) at de «… udøvende og judicielle beføjelser, som EU-lovgiver kan overdrage til institutioner eller organer, er kvalitativt forskellige fra lovgiverens egne beføjelser.»

virkeligheden…», og at avgjørelsen «… ikke indebærer politiske valg».[60] Avgjørelsens «… teknisk[e] karakter …» vurderes også som sentralt i fortolkningen av demokratiprinsippets krav til delegeringen jf. TEU art. 2 og 10.[61] Og som om de ulike uttrykksmåtene ikke allerede var brukt om hverandre på mange nok måter, så skriver domstolen at pålegget må respekteres fordi den innfrir *Meroni*-doktrinens krav til om at delegeringen «… mangler … den vide skønsmargin, som *kendetegner den politiske magt* …».[62] Her forstås derfor vidt skjønn som et støtteargument for at delegeringen har politisk karakter.

Den tette sammenhengen mellom de tre skillene, gjør det vanskelig å holde dem fra hverandre. Noen tendenser er det likevel mulig å konstatere. *ESMA/Shortselling* går først og fremst lenger i å akseptere tildeling av myndighet (etter alle kriterier) enn *Meroni*. Etter *ESMA/Shortselling* kan det også argumenteres for at den demokratiske begrunnelsen, suppleres av substansielle, ikke bare formelle, rettsstatlige krav til domstolsprøving.

Den mer substansielle vektleggingen av domstolskontroll skaper samtidig nye problemer. Vurderingen av avgjørelsens tekniske og skjønnsmessige karakter, spiller nemlig både inn i vurderingen av demokratisk legitimitet, *og* rettsstatlig forankring gjennom domstolskontroll. Dikotomiene mellom teknikk/politikk, utøvende/lovgivende og skjønnsmessig/bundet, kan samtidig sies å se litt ulik ut, avhengig av om de primært støtter opp under et demokratisk eller rettsstatlig argument.

I *Meroni* angikk delegeringen for eksempel fastlegging av «… 'udligningsprisen', 'beregningskriterierne for skrotbesparelser' og 'det præmiebeløb, som ydes ved disse besparelser' …» ved import av stålskrot. Det avgjørende for EU-domstolen var imidlertid at disse prisene ikke kunne «… udarbejdes på grundlag af rene regnskabsmæssige beregninger baseret på objektive kriterier …».[63] Fraværet av slike objektive kriterier gjorde at skjønnsmarginen for vid. Om og hvorfor skjønnsmarginens bredde er et problem, varierer imidlertid. Fra et demokratisk perspektiv er problemet med uklare kriterier at feil organ har utøvd skjønnet og valgt ut de hensyn som skal begrunne avgjørelsen. Det demokratiske problem er i så måte rent 'personelt'. Fra et rettsstatlig perspektiv er utfordringen manglende domstolskontroll og forutberegnelighet, fordi manglende presisjon i kravene til hvilke

[60] C-718/18 avsnitt 134, se også avsnitt 120.
[61] *Ibid*. avsnitt 141.
[62] *Ibid*. Min utheving.
[63] *Meroni* side 74.

kriterier som kan begrunne avgjørelsene til en delegat, gjør det vanskelig for en domstol å prøve om disse kravene faktisk har blitt fulgt. I Norge omtales denne dimensjonen gjerne som legalitetsprinsippets krav til presisjon eller et «kvalitativt hjemmelskrav», mens det har andre navn i andre land.[64] På samme vis kan avgjørelser bygge på tilstrekkelig tekniske standarder til at man kan føre reell domstolskontroll, uten nødvendigvis å være et tilstrekkelig teknisk spørsmål til avverge de demokratisk problemene ved å delegere avgjørelsen.

At de samme momentene er relevant for begge perspektiver, forklarer noe av utydeligheten. Det åpner også et spørsmål om hvilken dimensjon som bør tillegges størst vekt. Mye taler for at den demokratiske dimensjonen bør vies mest oppmerksomhet. De rettsstatlige problemene med upresise hjemler er ganske identiske for vanlige administrative organer, og uavhengige byråer. Kanskje kan forutberegneligheten også sies å bli *mer* skadelidende i en hierarkisk-organisert forvaltning med politisk ledelse (som Kommisjonen), enn i et uavhengig organ basert på faglig ekspertise. Det som er et særegent legitimitetsproblem for uavhengige byråer, er den *demokratiske* dimensjonen.

Den demokratiske legitimiteten blir primært ivaretatt gjennom å sikre at delegering begrenses til tekniske spørsmål.[65] Hvorfor avgjørelsens tekniske karakter bidrar til en slik demokratisk legitimitet, er uavklart – og det er spørsmålet jeg skal utforske i resten av artikkelen. Det er for eksempel uklart om skillet mellom tekniske og politiske saker er av normativ eller empirisk karakter. *Meroni* uttrykker at man vil forhindre en «egentlig ansvarsforskydning», som i seg selv er et uklart uttrykk.[66] Den engelske språkversjonen bruker uttrykket «actual transfer of responsibility», som kanskje kan fortolkes som at man mener det er risiko for at delegering skaper en *de facto* ansvarspulverisering, men hvorfor dette eventuelt skulle være tilfelle, sies ikke noe om.[67] I C-718/18 gjentas det primært at den tekniske og avgrensede karakteren til avgjørelsene forhindrer dem fra å gi organet «… politisk magt …», uten å si noe om hva som kjennetegner denne typen makt.[68]

[64] For eksempel Nikolai V. Skjerdal, *Kvalitative hjemmelskrav,* Tano Aschehoug, 1998.
[65] Se for en lignende vurdering, Simoncini i note 48.
[66] Se generelt om ulike betydninger av ansvar i Mark Bovens, «The Concept of Public Accountability.» i Ewan Ferlie, Laurence E. Lynn Jr., og Christopher Pollitt, red., *The Oxford Handbook of Public Management,* Oxford University Press, 2007, s. 182–204.
[67] Se nærmere om delegering og ansvar, herunder tvetydighetene i det rettslige ansvarsbegrepet, som behandles i Tarjei Ellingsen Røsvoll, *Delegering: Et kritisk bidrag til rettsvitenskapens tenkning om forvaltningens organisering*, Doktoravhandling ved Det juridiske fakultet i Bergen, 2024 kapittel 6.
[68] C-718/18 avsnitt 141.

Uttalelsen illustrerer også at EU-domstolen antar politikk og teknikk (i alle fall noen ganger) er gjensidig utelukkende kategorier. En mulig forklaring på hvorfor avgjørelsers tekniske karakter gjør dem demokratisk legitime, er derfor at parlamenter og politikere uansett ikke har noe behov for å ta stilling til denne typen spørsmål.

Muligheten til å trekke et skille mellom tekniske og politiske spørsmål får i så fall stor betydning. Før jeg diskuterer skillet mer prinsipielt, er det grunn til å spørre om EU-domstolens praktisering av skillet gir god veiledning for de vurderinger som skal gjøres – og at skillet derfor kan begrunnes av pragmatiske årsaker.[69]

1.3.3 Politikk og teknikk i det europeiske energimarkedet

Spørsmålet kan illustreres med C-718/18. Kommisjonen gikk til traktatbruddssøksmål mot Tyskland fordi Nasjonale Reguleringsmyndigheten for Energi (NRM) i Tyskland ikke var gitt tilstrekkelig uavhengighet.[70] Energimarkedsdirektivene krevde at Tyskland måtte tildele et uavhengig forvaltningsorgan eksklusiv kompetanse til å utøve myndighet.[71] Hovedproblemet i saken var om direktivets krav var forenlig med demokratiprinsippet og *Meroni/Romano*-doktrinen.

I saken slo EU-domstolen som forventet fast at slike krav var lovlige og konsistente med både *Meroni/Romano* og demokratiprinsippet, og mer generelt at «… princippet om demokrati ikke er til hinder for offentlige myndigheder, der er placeret uden for en klassisk hierarkisk administration …».[72] Dette utgangspunktet er forståelig, særlig i lys av at fristilte forvaltningsorganer er vanlig i mange europeiske land.[73]

EU-domstolen forsvarte de europeiske byråenes rolle med henvisning til at deres kompetanser er tildelt og bestemt av EU-lovgiver.[74] EU-domstolen fremhevet også

[69] Sml. også Julius Rumpf, «Quaternary Law in EU Electricity Regulation», *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 33, nr. 1, 2024, s. 2–15, https://doi.org/10.54648/eelr2023021, s. 3.
[70] Kravene oppstilles i direktiv 2009/72/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 2003/54/EF (2) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/73/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 2003/55/EF (3).
[71] Lignende spørsmål behandles i sak C-518/07 SK, *Europa-Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland*, EU:C:2010:125, avsnitt 38–46.
[72] C-718/18, avsnitt 126.
[73] For en fremstilling av de nordiske landene og forholdet til EUs krav, se Henrik Wenander, «Administrative Independence in the Nordic States. EU law Requirements and National Traditions», *Nordic Journal of European Law*, vol. 5, nr. 1, 2022, s. 20—39, https://doi.org/10.36969/njel.v5i1.24497.
[74] En annen viktig nyanse i dommen er at EU-domstolen faktisk slår fast at uavhengigheten kun knytter seg til kompetansene og utøvelsen av dem̧ og ikke organet som sådan, se nærmere i Kaufhold 2022 s. 1856. Dette kan gi

muligheten til å få prøvd myndighetens avgjørelser av nasjonalt rettsvesen, og muligheten for «… parlamentstilsyn …», som blant annet kan bety å kreve at NRM eller tilsvarende organer skal rapportere om sin aktivitet til nasjonalforsamlingen.[75]

Til dette kan Tyskland innvende at selv om man aksepterer at det finnes en demokratisk legitimitetskjede fra parlamenter til uavhengige organer i *nasjonal* kontekst, er avstanden vesentlig lengre i EU. Denne innvendingen vær spesielt sterk fordi landet ikke har tradisjon for å bruke uavhengige forvaltningsorganer. Kaufhold gjengir tysk omtale av avgjørelsen som «'highly problematic', 'toxic' and 'incompatible with rule of law principles'».[76] Særlig prinsippet om *Gesetzesvorbehalt* ville ifølge Tyskland kreve at alle vesentlige beslutninger — *politiske* — beslutninger, må kunne treffes av parlamentet.

Saksforholdet i C-718/18 var mer konkret at Tysklands parlament, *Bundesrat*, hadde vedtatt presiserende retningslinjer i lovs form for hvordan den nasjonale reguleringsmyndigheten skulle bruke sin tildelte myndighet. Det var ingen uenighet om at man hadde nøyd seg med å presisere noe av det skjønnsrommet NRM hadde. Spørsmålet var likevel om denne «forstruktureringen» i lovs form, var akseptabel.

EU-domstolen avviste Tysklands demokratiske bekymringer, blant annet ved å argumentere for at Meroni-doktrinen var innfridd i den konkrete saken. Man fremhevde at:

> «For det første omfattes de beføjelser, som på grundlag af en teknisk-specialiseret vurdering af virkeligheden er forbeholdt de nationale regulerende myndigheder, af gennemførelsessfæren. For det andet er de nationale regulerende myndigheder, … underlagt principper og regler, der er fastsat i en sådan detaljeret retlig ramme på EU-plan, som begrænser deres skøn og forhindrer dem i at træffe politiske valg»[77]

en viss støtte til den norske modellen med å ha både politisk styrte og uavhengige deler av en organisasjon, slik RMEs organisering innenfor NVE er et eksempel på.

[75] Se C-718/18 avsnitt 127. Om rapportering, se generaladvokatens forslag til avgjørelse avsnitt 138 med videre henvisninger.

[76] Kaufhold 2022 s. 1859 flg.

[77] C-718/18 avsnitt 132.

EU domstolen beskriver altså at NRM skal foreta en rent «teknisk-specialiseret vurdering af virkeligheden», der man er forhindret fra å treffe «politiske valg.»[78] Hvor rimelig var denne beskrivelsen av den myndighet NRM var gitt?

Regulering av nettleie var tema i den aktuelle saken, spesifikt tilsyn med hvilken nettleie nettselskaper på strømnettet kunne ta. EU-domstolens karakteristikk av hvordan denne reguleringen skulle foregå, tegner et ganske harmonisk bilde:

> «… [NRM] sørger … for, at transmissions- og distributionssystemoperatørerne får passende incitamenter på både kort og langt sigt til at øge effektiviteten, fremme integrationen af markederne og forsyningssikkerheden og støtte de dermed forbundne forskningsaktiviteter».[79]

Det etterlatte inntrykket her er at reguleringen kan skje uten interessemotsetninger eller behovet for å prioritere visse hensyn foran andre. «Teknisk» forstås dermed implisitt de typene spørsmål hvor interessemotsetninger eller verdiavveieninger er unødvendige.

Det er imidlertid vanskelig å komme unna at den tekniske reguleringen av nettleie nettopp innebærer avveininger mellom motstridende politiske målsetninger.[80] Kaisa Huhta eksemplifiserer ved å vise til at nettselskaper kan tenke seg å ville prioritere fremtidige investeringer eller egen profitt, på bekostning av prisen for nåtidige kunder. Direktivet sier bare at nettselskapene kan ta kostpris. Når NRM skal håndheve regelverket må de dermed fortolke den tilsynelatende tekniske standarden ved å balansere hensynet til fremtidige investeringer mot hensynet til forbrukere.[81]

Ut over konstateringen av harmoni jeg har sitert foran, så adresserer EU-domstolen heller ikke hvorfor myndigheten i saken var av rent teknisk karakter. Rumpf skriver treffende at «… the ECJ does not practice what it preaches and avoids the difficult task of examining the

[78] Se tilsvarende Laura Kaschny og Saskia Lavrijssen, «The Independence of National Regulatory Authorities and the European Union Energy Transition», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 72, nr. 3, 2023, s. 715–36, https://doi.org/10.1017/s0020589323000271 s. 716, «… the court considers the competence of NRAs to be limited to questions of a purely technical and apolitical nature …».
[79] C-718/18, avsnitt 116.
[80] Se både Kaufhold 2022 s. 1884, Rumpf 2024 s. 8, og enda flere eksempler i Huhta 2021 s. 260.
[81] Huhta 2021 s. 258.

kind of discretion entirely.»[82] Spørsmålet om noen spørsmål kan anses som mer tekniske enn andre, ble heller ikke tema.

Dermed oppstår også andre problemer, som hvor grensen går mellom det EU-domstolen kaller «… general energy policy guidelines …», som nasjonale myndigheter får lov å regulere, og «… detailed issues such as amortization or indexation …», som de ikke får regulere.[83] Hvor langt kan for eksempel medlemslandene gå i å vedta en generell *oppfordring* om at nettleie bør fastsettes på en måte som sikrer rimelig strøm til forbrukere?[84] Uklarheten i omfanget av den myndigheten som skal utøves uavhengig kan også føre til overimplementering, og dermed en unødig inngripen i nasjonalt spillerom.[85]

At problemene er politiske ligger jo også for dagen.[86] Som Rumpf peker på er utveksling av strøm mellom regioner dypt kontroversielt, og noe Kommisjonen selv eksplisitt pekte på som en «… topic … of heavy political contention …» i sitt opprinnelige lovforslag.[87] Dersom avgjørelsene til den nasjonale reguleringsmyndigheten for energi virkelig var upolitiske, ville ikke Tyskland hatt noen grunn til å utfordre dem rettslig. Dette understreker at grensen mellom tekniske og politiske beslutninger er langt mer flytende enn EU-domstolen hevder (og man kan enkelt si det samme om *ESMA/Shortselling*).[88]

1.3.4 Proseduralisering av problemet

At teknikk og politikk er vanskelig å skille, er ingen nyhet. De samme debattene har utspilt seg i nasjonale kontekster, og Torkel Opsahl skrev for eksempel alt i 1963 at det var en «teoretisk illusjon at avgjørelser skulle kunne inndeles på denne måten.»[89] Kompromisset man historisk sett endte opp med i flere jurisdiksjoner har vært å gå vekk fra en hard grense for adgangen til å delegere politiske saker langs grensen politikk/teknikk. Bortfallet av

[82] Rumpf 2024 s. 8.
[83] Huhta 2021 s. 261.
[84] Se diskusjon av spørsmålene i Kaschny og Lavrijssen 2023 s. 734–735.
[85] I relasjon til uavhengighetskrav generelt, se Eriksen og Fredriksen 2019 s. 204.
[86] Kaschny og Lavrijssen 2023 s. 723: «It is thus evident that the tasks … cannot clearly be divided into 'technical assessments' … and the 'political' sphere.»
[87] Rumpf 2024 s. 10.
[88] Se omtalen hos Simoncini 2021 s. 1499.
[89] Torkel Opsahl, *Fullmakter og folkestyre: Studier i offentlig myndighetstildeling, især ved såkalt delegasjon, i norsk rett*, Manuskript, 1963 s. 2.25. Se også note 46.

grensen kompenseres ved å introdusere saksbehandlingsregler og materielle skranker basert på forholdsmessighet, slik som menneskerettighetene og de fire friheter.[90]

I *ESMA/Shortselling* er man klar på at ESMA *hadde* en skjønnsmargin, men at saksbehandlingsregler sikret at de ikke ble gitt (for) «omfattende diskresjonære beføyelser».[91] EU-domstolen la deretter opp til en *bredere* vurdering der det viktige ble ansett å være at ESMA var «… reguleret af visse kriterier og betingelser, som begrænser ESMA's spillerum», hvor også saksbehandlings- og begrunnelseskrav, med mer, ble trukket inn.[92] Enkelte går derfor litt vel langt når de omtaler *ESMA/Shortselling* som en «maceration» (maltraktering) av *Meroni*-doktrinen.[93] Selv om dommen representerer en utvidelse av delegeringsadgangen til EU-lovgiver, så er det avgjørende å forstå utvidelsen i lys av den proseduraliseringen av problemet domstolen foretok.[94]

Hvor langt prosessuelle krav kan 'gjøre' spørsmål tilstrekkelig tekniske til at domstolskontrollen blir reell, er fortsatt uklart. Huhta argumenterer for ytterligere presiseringer og økte sikkerhetsmekanismer i regelverket.[95] Rumpf foreslår at EU-domstolen faktisk må gå inn i konkrete vurderinger av omfanget av det skjønnet byråene tildeles, og stadfeste graden av politisk skjønnsutøvelse.[96] Disse forslagene innebærer primært å styrke den rettslige kontrollen med de faglige nivåene, gjennom å sikre at de faktisk begrenser seg til å besvare tekniske spørsmål. Som jeg skal begrunne i 1.4.3, tror jeg ikke denne typen proseduralisering løser de sentrale utfordringene. Tilnærmingen viderefører et problematisk ideal om at myndighet bør gjøres teknisk.

Kaufholds spor er å foretrekke. Hun tar til orde for tydeligere demokratisk legitimitet for byråifiseringen på europeisk og nasjonalt nivå, og argumenterer for oppnevnelse av nye parlamentskomiteer til å bedrive overvåkning av de uavhengige nasjonale

[90] Se for eksempel Michael Taggart, «From Parliamentary Powers to Privatization: The Chequered History of Delegated Legislation in the Twentieth Century», *University of Toronto Law Journal*, 2005, s. 575–627, https://doi.org/10.1353/tlj.2005.0030, Peter L Lindseth, «Agents Without Principals?: Delegation in an Age of Diffuse and Fragmented Governance.» i Fabrizio Cafaggi, red., *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, 2006, https://doi.org/10.2139/ssrn.605282.
[91] Om *Romano*, se note 59.
[92] Se *ESMA/Shortselling* avsnitt 45, og videre.
[93] Se Rumpf 2024 s. 3.
[94] Se f.eks. Simoncini 2021 s. 1498: «This case extended the powers of EU agencies if subordinated to EU legislation and controlled through accountability instruments.», tilsvarende Cholten og van Rijsbergen 2014.
[95] Huhta 2021 s. 265.
[96] Rumpf 2024 s. 13–14.

tilsynsorganene.[97] I likhet med Kaufhold oppfatter jeg de demokratiske problemene som størst.

1.4 Kritikk av skillet mellom teknikk og politikk

1.4.1 Forholdet mellom fag og politikk i en moderne forvaltning

Argumentet i det videre vil være at ønsket om å holde byråene innenfor en teknisk sfære, forhindrer en mer demokratisk organisering av dem. Man bør derfor gå vekk fra å basere grensene for delegering på skillet mellom teknikk og politikk.

Den første innvendingen handler om skillets *faktiske* hensiktsmessighet, og behandles i 1.4.2. Jeg vil argumentere for at å begrense myndigheten til uavhengige EU-byråer ikke bare er vanskelig, som diskutert i 1.3.3. Jeg vil også argumentere at denne tilnærmingen er basert på en urealistisk vurdering av byråenes reelle og faktiske innflytelse over politiske spørsmål. Vurderingstemaet legger også opp til å underdrive, heller enn å legitimere, denne innflytelsen. Ønsket om å fremstille fagpersonenes innflytelse som teknisk, skaper demokratiske legitimitetsutfordringer, og bidrar først og fremst til å produsere upersonlige former for makt, se 1.4.3.

Den andre innvendingen handler om skillets *normative* hensiktsmessighet. Argumentet mitt er at faglige aktører kan ha en helt legitim rolle som både beslutningstakere i og bidragsytere til politiske spørsmål. Denne rollen bør ikke primært legitimeres som indirekte demokratisk legitimitet fra EU-lovgiver. Fagpersoners rolle bør ikke legitimeres ved å avgrense deres mandat mot politiske spørsmål, men ved å sikre at den faglige håndteringen av politiske spørsmål ivaretar demokratiske verdier, se 1.4.4.

1.4.2 Den strukturelle avhengigheten mellom fag og politikk

Det er som diskutert foran *uklart* hvorfor man kan overlate 'tekniske' spørsmål til fagpersoner, men ikke 'politiske'. En forklaring er at EU-domstolen antar at interesseavveininger og/eller verdiprioriteringer bør høre til den politiske sfæren, og at uavhengige byråer ikke skal kunne delegeres slik myndighet. Byråene skal, som man ofte gjentar, bare *gjennomføre* vedtatt politikk, ikke selv utforme den.

[97] Kaufhold 2022 s. 1890.

Som problematisert foran kan man enkelt peke på eksempler hvor disse grensene tråkkes over. Jeg vil her hevde at dette ikke er enkeltstående tilfeller. Det er snarere et *strukturelt* element (eller problem) i forholdet mellom det demokratiske og det faglige leddet. I alle fall byråer med en tilsiktet betydning og handlekraft som de jeg her diskuterer, vil nødvendigvis ende opp med å håndtere og få betydelig innflytelse i politiske spørsmål. Jeg avviser derfor ikke ethvert skille mellom teknikk og politikk, men jeg stiller meg kritisk til om dette skillet lar seg implementere i den faktiske organiseringen av relativt komplekse forvaltningsorganer.

En forenklet versjon av denne strukturelle utfordringen, formuleres gjerne i samfunnsvitenskapelige teorier som et spørsmål om *informasjonsasymmetri,* forstått som at fagpersonene sitter på kunnskap som de ikke vil eller kan kommunisere til det politiske nivået.[98] Asymmetrien oppstår fordi faglige aktører tildeles den rollen de gjør, i kraft av deres *kunnskap* eller *epistemiske forutsetninger* for å treffe gode beslutninger. Spørsmålet blir imidlertid hvordan politikere (for eksempel) kan vite hvem blant ulike grupper fagpersoner som har best forutsetninger for å treffe beslutninger, eller når beslutninger som påstås å være tekniske reelt sett inneholder verdiprioriteringer.[99]

Svaret er at politikere ikke kan vite noe sikkert, men stort sett er nødt til å stole på fagpersonenes egen vurdering. Det politiske nivået i så vel nasjonale som overnasjonale organisasjoner, står derfor i et *strukturelt avhengighetsforhold* til fagpersoner.[100] Christensen, Molander og Holst beskriver dette som «ekspertisens faktum.».[101] Heller enn en modell der politikere fastlegger klare rammer og eksperter 'bare' følger objektive og faglige kriterier, er det rimeligere å ta som utgangspunkt det den politiske teoretikeren Joseph Heath skriver, nemlig at det er

[98] For eksempel Giandomenico Majone, «Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction Cost Approach», *Journal of Institutional and Theoretical Economics,* vol. 157, 2001, s. 57–78, https://doi.org/10.1628/0932456012974747.
[99] Se allerede Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology,* ved Gunther Roth og Claus Wittich, University of California Press, 1978 [1922], https://doi.org/10.2307/2575272 s. 991.
[100] Se også Lindseth, 2006 s. 2. Inger-Johanne Sand, *Styring av kompleksitet. Rettslige former for statlig rammestyring og desentralisert statsforvaltning*, Fagbokforlaget, 1996.
[101] Johan Christensen, Cathrine Holst og Anders Molander, *Expertise, Policy-making and Democracy*, Routledge, 2021 s. 11, https://doi.org/10.4324/9781003106555.

> «… best to think of the state … as the product of an ongoing internal tension between an essentially technocratic executive branch, [and] an elected legislature that is highly responsive to public opinion …»[102]

En forståelse av byråenes rolle langs de linjene EU-domstolen gjør, underspiller denne strukturelle avhengigheten mellom det politiske nivået og fagpersonene.[103] Dermed kan den også bidra til å tilsløre makten byråene har, ved å fremstille tekniske spørsmål som upolitiske, uten å begrunne konkret hvorfor så er tilfelle.

Vel så mye som et spørsmål om asymmetrisk informasjon, har også fagpersonene en institusjonell forankring, der de kan forme sitt eget mandat. Simoncini viser hvordan de uavhengige finansmyndighetene på nasjonalt- og overnasjonalt nivå har «… critical rule shaping powers …» gjennom deres deltakelse i lovgivningsprosesser, bruk av retningslinjer og annen soft-law, som former praksis.[104] Rumpf forklarer på sin side hvordan energimarkedene reguleres via nasjonale energimyndigheter i samarbeid med private selskaper. De nasjonale energimyndighetene (som var tema i C-718/18) vedtar såkalte «metodologier», basert på forslag utformet av private aktører som enten eier strømnett eller bidrar til handel og utveksling av strøm. Dermed skapes et komplekst nettverk av nasjonale tilsynsmyndigheter, ulike private aktører og overnasjonale byråer som ACER som reelt sett treffer beslutninger med lovs kraft.[105] I alminnelighet vil det være rimelig å anta at når en overnasjonal byråstruktur først er oppstått, vil byråene være en viktig premissleverandør, og ha innflytelse over lovgivningsprosesser hvor deres mandat videreutvikles.

Dermed er det imidlertid ingen grunn til å insistere på disse byråenes tekniske karakter. Tvert om er det vel rimelig å si at for et politisk flertall i EU (vis á vis både mindretallet, fremtidige koalisjoner og nasjonalstatene), så er det et *politisk mål* å gjøre politiske spørsmål til faglige problemer. Selve formålet med EUs krav til uavhengighet er jo «… to deny politicians the discretion to define policies and to entrust these tasks to expert

[102] Joseph Heath, *The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State*, Oxford University Press, 2020 s. 32, https://doi.org/10.1093/oso/9780197509616.001.0001 se også s. 45 om legitimiteten til ekspertene: «The tempting answer is to say that they have a purely technical perspective, and so they can work it out without making any value judgments. This is clearly not true …»
[103] Se for eksempel sitatet foran i note 79.
[104] Simoncini 2021 s. 1494–1495.
[105] Se fremstillingen i Rumpf 2024, s. 5–6.

regulators.»[106] Ved å innlemme et politisk prosjekt i byråkratiske institusjoner og kunnskapstradisjoner på en slik måte at prosjektet, via fagpersonene, 'lever sitt eget liv', skapes en stiavhengighet og retning, som er vanskelig å snu om på. Delegering til eksperter er i så måte *først og fremst* en måte å løse kollektive handlingsproblemer på.[107] Den epistemiske kvaliteten på beslutningene, kommer i andre rekke. Overføring av kapasitet mellom energiområder eller lovligheten av shortsalg anses i begge tilfeller som *for viktig* til å kunne overlates til nasjonale (og europeiske) demokratiske vindkast. Prinsipielt sett er jeg ikke avvisende til at behovet for koordinering gjør en slik teknokratisk løsning legitim, men man står i en åpen selvmotsigelse om man hevder fagpersonene ikke har politisk makt. Teknikk er snarere (også) *en form for makt* og politikk.

1.4.3 Teknisk politikk som eksempel på upersonlig makt

Spørsmålet blir da hvordan denne tildelingen av makt til fagpersoner, kan legitimeres. Mye av den samfunnsvitenskapelige litteraturen om «informasjonsassymetri» forutsetter at legitimitetsproblemet primært har å gjøre med å forhindre at fagpersonene velger å utnytte sin posisjon for å realisere egne interesser.[108] Det kan naturligvis ikke utelukkes at så er tilfelle. Spørsmålet er imidlertid om en slik problembeskrivelse gir den mest hensiktsmessige inngangen til å regulere den *strukturelle* maktposisjonen som det faglige nivået blir tildelt.

Ser man på de foran-nevnte reguleringsforsøkene, tyder en del på at det ikke er tilfelle.[109] Som ble diskutert i 1.3.2, var et helt vesentlig element i begrensningene på delegeringsadgangen, ønsket om å begrense skjønnet fagpersonene kunne å utøve når de traff beslutninger.[110] Idealet er beslutninger som kan følge «objektive» kriterier, faste mønstre, og derfor er uavhengig av de aktørene som fatter dem. Dette kan man kalle at maktutøvelsen skjer på et upersonlig grunnlag.

---

[106] Kaschny og Lavrijssen 2023 s. 722.
[107] Se Lindseth 2006 s. 2 og Heath 2018 s. 82 flg.
[108] Kritikk fra et institusjonsteoretisk perspektivl, Johan P. Olsen, *Democratic accountability, political order, and change: Exploring accountability processes in an era of European transformation*, Oxford University Press, 2017, https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198800606.001.0001
[109] Problemene med den klassiske tilnærmingen skal heller ikke overdrives; jeg er her mer ute etter å supplere enn erstatte. Se for eksempel Kaufhold 2022 s. 1888 for en fruktbar klassisk diskusjon av betingelsene for demokratisk legitimitet.
[110] Se her blant annet argumentet til Storbritannia i *ESMA/Shortselling* avsnitt 32, og, mer nyansert, GAs forslag til avgjørelse avsnitt 100.

Spørsmålet er imidlertid hvorfor en slik beslutningsprosedyre skal oppfattes som legitim. Makten utøves jo fortsatt. At en beslutning følger et teknisk spor, forhindrer den ikke fra å være politisk.[111] Forskjellen mellom en politisk og en faglig behandling av saken, er at de teknisk-politiske valgene *bakes inn i* de teknisk-politiske prosedyrene.

Mer konkret vil beslutninger basert på «objektive» kriterier som for eksempel operasjonaliserer verdensøkonomiens tilstand eller bærekraften av en form for landbruk, alltid forholde seg til verden på en måte hvor disse forholdene på ulike måter tas for gitt. I siste instans vil den enkelte beslutning innebære en videreformidling av de overordnede strukturelle maktforholdene organisasjonen er underlagt.[112] Å vurdere den sosiale og politiske legitimiteten til en slik beslutning, er ikke et spørsmål som kan løses på et teknisk grunnlag, eller være noe noen er 'ekspert' på. Både personlig og upersonlig maktutøvelse behøver i så måte legitimitet. En fast og teknisk beslutningsprosedyre forhindrer kanskje den enkelte fagperson fra å utnytte sin stilling, men det påvirker i begrenset grad den strukturelle posisjonen til faglige organer vis á vis folkevalgte. At faglig personell får definere et spørsmål som håndterlig via tekniske beslutningsprosedyrer er heller et bevis på deres makt og innflytelse, enn motsatt.[113] Risikoen ved en overnasjonal byråstruktur er i så måte ikke at den kan utnyttes av individuelle tjenestepersoner, men at den stivner fast i et forsøk på å en kompleks verden i for enkle, tekniske og objektive, kategorier.

I verste fall risikerer retten å skape en oppfordring til å standardisere eller bruke 'objektive' kriterier, ikke ut fra kriterienes bidrag til gode beslutninger, men fordi det skal se ut som fagpersonene ikke har noen selvstendig innflytelse. I så fall forsterkes makten til fagpersonene, eller rettere sagt, de 'objektive' strukturene disse følger. Samtidig forhindres de faglige organene fra å innta en mer dynamisk tilnærming til sitt reguleringsområde.[114] På sitt verste vil rettslig regulering kunne *forsterke* heller enn *bøte på* tendensen hos faglige

[111] Sml. Rumpf 2024 s. 9 med videre henvisninger.
[112] Se for eksempel og med henvisning til relevant litteratur, Lillian Cicerchia, «The Structural Domination in the Labor Market», *European Journal of Political Theory*, 2022, s. 4–24 s. 10, https://doi.org/10.1177/1474885119851094.
[113] For eksempel beskriver Theodore Porter, *Trust in Numbers*, Princeton University Press, 1995, https://doi.org/10.1515/9781400821617 s. 89 flg. på levende vis hvordan «objektivering» av en vitenskapelig-byråkratisk praksis, gjerne ved bruk av kompleks kvantifisering, oppstår som et ledd i å forsvare seg mot politisk press.
[114] Porter 1995 s. 74: «Objectivity as impersonality is often confated with objectivity as truth» og videre på s. 78: «… their power is inseparable from their objectivity.».

organer til å utøve upersonlig makt gjennom teknisk-politiske beslutningsprosedyrer som stivner, mister sin tilknytning til den virkelige verden, og sin verdi.[115]

1.4.4 Faglighetens legitimitet

Spørsmålet om hvordan en faglig forankret og uavhengig overnasjonal byråstruktur kan legitimeres, bør derfor vinkles som et spørsmål om hvordan en slik dynamisk og demokratisk relasjon til samfunnet, kan ivaretas.[116] På samme måte som delegering til faglige nivåer må kompenseres med rettsstatlige krav til prosess, må de demokratiske nedsidene også kompenseres gjennom systemtilpasninger i og rundt det faglige organet.

Den mest sentrale tilpasningen for alminnelige forvaltningsorganer er tilknytning til et politisk nivå, som stadig sender nye forventninger og signaler. Kaufholds forslag om å styrke parlamentarisk kontroll, vil være et viktig skritt i denne retningen. Man kan også se for seg en løsning der grensene for å pålegge nasjonal uavhengighet er strengere en grensene for å delegere til europeiske byråer. I så fall ville en mer begrenset uavhengighet på nasjonalt nivå, kompensere for uavhengighet på overnasjonalt nivå.

Organets tilknytning til samfunnet og andre pågående sosiale prosesser enn den formelt demokratiske, er imidlertid vel så viktig. Forvaltningsorganer vil i alminnelighet påvirkes av en kontinuerlig dialog der dets faglige forutsetninger og normative vurderinger problematiseres av andre kunnskapsinstitusjoner, sivilsamfunnet, i den offentlige debatten, og mer generelt, av det samfunnet organet forvalter og utøver myndighet overfor. Man kan som en videre utvikling vurdere om de nasjonale tilsynsorganene i større grad bør føre åpen dialog om de faglige forutsetningene for beslutningene til sin europeiske motpart. Hvis byråene har flere typer faglig kompetanse vil det også kunne forbedre beslutningene, og representere en motvekt mot inngrodde virkelighetsoppfatninger. I vurdering av grensene for delegeringsadgangen, kan slike momenter tillegges vekt.

---

[115] En morsom men ikke alltid like treffende kritikk av 'maskinen' delegering bidrar til å skape finnes i Pierre Bordiueu, «Delegation and Political Fetishism», *Thesis Eleven*, vol. 10—11, nr. 1, 1985, s. 56–70, https://doi.org/10.1177/072551368501000105. Organisasjoner kan stivne, men også lære av seg selv. Se generelt ny-institusjonalismen til Johan P. Olsen, og James March, *Rediscovering Institutions*, The Free Press, 1989.

[116] Som en overordnet inngang mener jeg «deliberative systems»-tilnærmingen hos Johan Christensen, Cathrine Holst, Anders Molander 2021, er hensiktsmessig, se s. 92 flg. Her er et vesentlig moment at økt innflytelse for fagpersoner i en del av systemet må kompenseres med økt demokratisk innflytelse i andre deler av det. En annen tilnærming illustrerer Heath, som argumenterer for at en tilstrekkelig minimalistisk liberalisme kan fungere (og fungerer) som grunnlag for ekspertisens legitimitet, se Heath 2020 s. 45.

Heller enn å møte politisk mobilisering med å trekke seg tilbake i en teknisk sfære, bør løsningen være å utvikle en demokratisk forankret dialog mellom fagorganet, og de som forvaltes. Idealet man forfølger bør gå fra å være *teknisk* utøvelse av politisk myndighet, til en form for *demokratisk faglighet*, som er åpen for å forsvare sine vurderinger.[117] Denne formen for faglighet forutsetter at fagpersonene og andre erkjenner byråenes rolle som beslutningstakere med politisk makt, men likevel forsøker å legitimere at disse avgjørelsene er gode, overfor et demokratisk fellesskap.

Her ligger en særskilt strukturell utfordring i byråstrukturens europeiske og overnasjonale karakter. Etableringen av dialog mellom samfunnet (i form av bruker- eller aktørinteresser), skjer på det lokale nivået gjennom det kontinuerlige møtet mellom forvaltningen og disse aktørene. Samspillet representerer en risiko for «capture», men også grunnlaget for gjensidig påvirkning, og dermed en demokratisering av forvaltningsorganets forankring. Europeiske byråer møter ikke aktører eller lokalsamfunn på denne måten; de har primært i oppgave å koordinere og regulere *nasjonale reguleringsmyndigheter*, ikke samfunnet direkte. Spørsmålet, på et relativt høyt abstraksjonsnivå, er derfor om den dynamikken som oppstår i kontakten mellom forvaltningen og samfunnet som reguleres, kan oppstå for et EU-organ som primært forholder seg til andre (og vel så tekniske) forvaltningsorganer. Og om så er tilfelle, kan disse lokale erfaringene aksepteres eller videreformidles til et overnasjonalt nivå? Kan tilsynene (*for)bli* nasjonale i mer enn navn? Dette er åpne empiriske spørsmål.

1.5 Oppsummering og konklusjon

Spørsmålet i denne artikkelen var hvilket rom EU-lovgiver har til å opprette nye byråer, og å pålegge nasjonalstatene å innlemme uavhengige nasjonale tilsynsorganer under dem. Svaret på dette spørsmålet følger fra en samlet vurdering av TFEU artikkel 114, demokratiprinsippet i TEU art. 2 og 10, samt *Meroni/Romano*-doktrinen. Disse reglene krever en vurdering av om delegeringen er teknisk/politisk, skjønnsmessig/bundet eller utøvende/lovgivende. Forståelsen av disse momentene er noe forskjellig avhengig av om de forstås i et rettsstatlig eller demokratisk perspektiv. Jeg har argumentert for at den demokratiske versjonen har størst betydning for vurderingen av legitimiteten til byråifiseringen. Jeg viste videre at man har gått fra å kreve at delegering bare omfatter

[117] Se også Kaschny og Lavrijssen 2023 s. 733 sin diskusjon om en fremtidig «… just energy transition …».

spørsmål som *er* tekniske, til å kreve at delegering skjer på en måte som gjør at spørsmålet struktureres slik at det *ser ut som* eller *blir* et teknisk spørsmål. Andre kommentatorer har kritisert EU-domstolen for å ikke være tydelig på hvor grensen mellom teknikk og politikk går, eller å oppstille krav til de mekanismene som skal sikre at vurderingen forblir teknisk. Dette er jeg i og for seg enig i, men jeg mener mer prinsipielt at skillet mellom teknikk og politikk er et lite hensiktsmessig utgangspunkt for den videre utviklingen av spørsmålet.

Heller enn å gi en mer presis beskrivelse av grensen mellom det tekniske og det politiske, bør EU-domstolen for det første anerkjenne at en teknisk beslutningsprosedyre, ikke gjør maktutøvelsen til byråer mindre politisk. Deretter bør den fortolke demokratiprinsippet og *Meroni*-doktrinen på en måte som bidrar til å sikre at byråenes faglige vurderinger ikke stivner til, men opprettholder en dynamisk relasjon til de samfunnene som byråene opererer i. Det kan for eksempel innebære at byråene pålegges å bygge opp flere former for faglig kunnskap, tydelig synliggjøre motstriden i de faglige vurderingene som ligger til grunn for deres beslutninger, og vise hvordan ulike politiske og normative perspektiver kunne ledet til andre avgjørelser. At byråene møter og forsvarer sin virksomhet som ledd i parlamentstilsyn, bør også være sentralt. Jeg oppfatter *Meroni/Romano*-doktrinen og demokratiprinsippet som tilstrekkelig vagt beskrevet til at en slik videre utvikling både kan og bør skje innenfor gjeldende rett. Flere av de institusjonelle endringene jeg har nevnt foran, som lokal forankring og flerfaglighet, kan og bør også forankres i direktivene som fastlegger byråenes mandat.

Idealet bør ikke være et ‘riktig’ skille mellom teknikk og politikk, men å utforme forvaltningsorganisasjoner som baserer seg på en type demokratisk faglighet som forstår og er i stand til å reflektere omkring sin egen sosiale posisjon og faglig-forankrede maktutøvelse.