

THOMMESSEN

NOTAT

Til Agder Energi AS v/Øyvind Stakkeland
Fra Advokatfirmaet Thommessen
Dato 1. november 2012
Ansvarlig advokat Jens Naas-Bibow

UTENLANDSFORBINDELSER - FORESLÅTTE LOVENDRINGER

1 INNLEDNING

Olje- og energidepartementet ("**OED**") har i høringsnotat av 18. september 2012 foreslått endringer i energiloven vedrørende konsesjonsordningen for utenlandskabler. Departementets forslag er nå på høring med høringsfrist 16. november 2012.

Departementet foreslår nye bestemmelser i energiloven som blant annet trekker opp grensene for hva som krever utenlandskonsesjon og hvilke kriterier som skal legges til grunn i konsesjonsvurderingen. Denne mer lovtekniske endringen fremstår som ryddig, og vi har ingen ytterligere kommentarer til den.

Sentralt i lovforslaget står imidlertid også forslaget om at kun Statnett SF ("**Statnett**") eller foretak hvor Statnett har bestemmende innflytelse skal kunne få nødvendig konsesjon til å eie og drive utenlandskabler. Det er disse eierskapsbegrensningene vi fokuserer på i resten av notatet.

Agder Energi AS ("**Agder Energi**") er en av fem partnere i prosjektselskapet NorthConnect KS ("**NorthConnect**") som etter planen skal etablere og drive en utenlandsforbindelse mellom Norge og Storbritannia (Skottland). Kabelprosjektet er planlagt etablert som et såkalt "merchant cable"-prosjekt, hvor det er nødvendig med unntak etter EUs forordning om grenseoverskridende infrastruktur¹ som åpner for unntak fra eldirektiv IIIs atskillelseskraft og krav om tredjepartsadgang mv.

Dersom forslaget vedtas i den form det er foreslått vil dette innebære at NorthConnect ikke vil kunne få konsesjon til sitt prosjekt med dagens eiersammensetning. Formålet med dette notatet er å gi en juridisk vurdering av OEDs forslag om begrensninger på hvem som skal kunne få konsesjon til etablering av utenlandskabler etter energiloven § 4-2.

Vi vil nedenfor i punkt 2 redegjøre for våre konklusjoner. I punkt 3 vil vi gjøre nærmere rede for vår forståelse av lovforslaget og konsekvensene av dette, mens vi i punkt 4 vil gi en kort gjennomgang av tilsvarende reguleringer i enkelte EU-land. I punkt 5 redegjør for forholdet mellom lovforslaget og EU/EØS-retten.

¹ 714/2009

THOMMESSEN

2 OPPSUMMERING – KONKLUSJONER

Stikkordsmessig har vi kommet til følgende konklusjoner:

- Innføring av de foreslåtte eierbegrensningene på hvem som skal kunne få konsesjon til utenlandskabler er ikke *nødvendig* for å innføre EUs tredje energimarkedspakke og er heller ikke nødvendig for å oppfylle andre EU/EØS-rettslige forpliktelser. Dette viser også vår gjennomgang av hvordan sammenlignbare EU-land regulerer sine utenlandsforbindelser.
- De foreslåtte eierbegrensningene på hvem som skal kunne få konsesjon er i seg selv ikke i strid med den tredje energimarkedspakken, da EU verken i eldirektiv III² eller forordning om grenseoverskridende infrastruktur gir regler som skal regulere hvem som skal kunne få *konsesjon* til etablering av utenlandsforbindelser eller andre nettanlegg. Slik vi ser det kan det imidlertid anføres at lovforslaget bryter med grunntanken/intensjonen bak tredje energimarkedspakke ved at hensikten med innføringen av unntaksordningen i forordningen var å tilrettelegge for at også andre enn TSOer skulle kunne etablere og drive utenlandsforbindelser slik at målet om et sterkt indre marked skal oppnås.
- De foreslåtte eierbegrensningene er problematiske i forhold til EØS-avtalens regler idet eierbegrensningene er en restriksjon av retten til fri kapitalbevegelse. Etter vår vurdering går de foreslåtte eierbegrensningene vesentlig lengre enn det som er nødvendig for å oppnå de formålene som OED har trukket frem.
- Lovforslaget er ikke nødvendig for å sikre Statnett eller det offentlige kontroll over nettutviklingen eller kraftflyten i det norske kraftsystemet. Myndighetene har full adgang til å utøve kontroll over hvilke utenlandskabler som skal bygges gjennom eksisterende konsesjonsordninger. Det er nødvendig både med en utenlandskonsesjon og en anleggskonsesjon for å kunne bygge ut en utenlandsforbindelse. Statnett har på sin side tilstrekkelig mulighet til å påvirke gjennom å gi uttalelser i konsesjonsprosessen.
- Energiloven har blant annet som formål å sikre at overføring av kraft skjer på en samfunnsmessig rasjonell måte og i forarbeidene til energiloven er det slått fast at "*loven skal legge rettslig grunnlag for en effektivisering av kraftmarkedet*".³ Innføring av eierbegrensninger vil ikke bidra til å fremme effektivisering, men isteden kunne svekke kapasiteten til å kunne gjennomføre samfunnsøkonomisk lønnsomme utbygginger.

3 VURDERING AV LOVFORSLAGET

3.1 Bakgrunn

Bakgrunnen for de foreslåtte endringene i energiloven må slik vi ser det antas å være de innvendinger som er blitt fremmet fra ESA mot den nåværende norske utenlandskonsesjonsordningen. ESA tok i brev 5. november 2010 opp spørsmålet om denne ordningen var i strid med EØS-avtalen. ESA påpekte der på at vilkårene for å få en slik konsesjon var uklare, i tillegg til at kravet om en egen konsesjon for å bygge grenseoverskridende infrastruktur sannsynligvis var i strid med forutsetningene i EØS-avtalen. I ESAs Conformity Assessment av 1. juli 2011 stilte ESA videre spørsmål om den andre energimarkedspakken

² 2009/72/EC

³ Ot prp nr 43 (1989-1990) side 84.

THOMMESSEN

som blant annet inneholder eldirektiv II⁴, og den første forordningen om grenseoverskridende infrastruktur⁵ hadde blitt korrekt innført i Norge. ESA viste blant annet i brevet til at det verken fremgår av lov, forskrift eller forarbeider hvilke vilkår som må være oppfylt for å kunne bli tildelt en anleggskonsesjon eller en utenlandskonsesjon.

At lovforslaget er gitt for å oppfylle EØS-rettslige forpliktelser uttales eksplisitt av OED i høringsnotatet hvor OED anfører at forslaget fremmes for at bestemmelsen om utenlandskabler skal "*justeres for fullt ut å bringe bestemmelsen i samsvar med EØS-rettens krav*". Innføring av krav til eierskap til utenlandsforbindelsene begrunner derimot OED med at dette er en presisering av allerede gjeldende praksis selv om det også i følge OED vil være "*I tråd med prinsippene*" i eldirektiv III.

3.2 Hovedinnholdet i lovforslaget

Forslaget til endringer i utenlandskonsesjonsordningen inneholder flere justeringer og presiseringer av dagens konsesjonssystem. Departementet foreslår at det kun skal være etablering og drift av infrastruktur for fysisk transport av strøm som skal være konsesjonspliktig, mens grenseoverskridende krafthandel (bilateralt eller via børs) samt tilrettelegging for slik handel ikke skal være konsesjonspliktig. Et sentralt forhold i lovforslaget er at kretsen av hvem som skal kunne få konsesjon til etablering og drift av utenlandsforbindelser foreslås begrenset til kun å omfatte den "*systemansvarlige*" (Statnett), eller foretak hvor den systemansvarlige har "*bestemmende innflytelse*". I Norge er det Statnett som har konsesjon til å være systemansvarlig, og det er dermed etter forslaget kun Statnett eller Statnett-kontrollerte selskaper som vil kunne få utenlandskonsesjon dersom ordningen vedtas.

Bestemmelsene om at kun Statnett kan få nødvendig tillatelse til å eie og drive utenlandskabler vil kun gjelde innenfor grensene for norsk jurisdiksjon. Ved en organisering med et (utenlandsk) eierselskap som eier "den utenlandske delen" av en utenlandskabel og et norsk selskap som eier den norske delen, vil kravet om at kun Statnett eller selskap kontrollert av Statnett skal kunne få konsesjon bare gjelde på den norske siden av kabelen.

Slik konsesjonssystemet fungerer i dag er det nødvendig med både en utenlandskonsesjon og en anleggskonsesjon for å bygge ut en utenlandskabel, men det har vært et uklart skille mellom disse konsesjonene. Forslaget fra OED avklarer skillet og presiserer hvilke forhold som skal vurderes ved de ulike konsesjonsvurderingene. Om utenlandskonsesjon skal gis skal basere seg på samfunnsøkonomiske vurderinger og forholdet til andre utenlandsforbindelser, mens mer tekniske og konkrete spørsmål knyttet til forsyningssikkerhet, miljø og elektrotekniske forhold skal håndteres under anleggskonsesjonen.

3.3 Konsekvenser av lovforslaget

Konsekvensen av det nye lovforslaget vil være at kun Statnett, eller foretak hvor Statnett har bestemmende innflytelse kan etablere og drive nye utenlandskabler.

For eksisterende kabelprosjekter som er initiert av andre enn Statnett, vil lovforslaget innebære at prosjektene må kanselleres med mindre Statnett bringes inn som samarbeidspartnere, og da i en posisjon som gir Statnett bestemmende innflytelse over eierselskapet.

Lovforslaget gir derimot ikke Statnett noen *plikt* til å involvere seg i andre kabelprosjekter. Statnett vil derfor trolig ikke involvere seg i prosjekter som ikke passer inn i selskapets planer for utvikling av nett

⁴ 2003/54/EC

⁵ 2003/1228

THOMMESSEN

eller dersom Statnett ikke ser seg tjent med å inngå i et partnerskap for å bygge ut en forbindelse. Et viktig spørsmål er hva som ligger i kravet om at Statnett skal ha "bestemmende innflytelse". Begrepet er forklart i OEDs høringsnotat, hvor det fremgår at det med bestemmende innflytelse menes "direkte eller indirekte kontroll over mer enn halvparten av kapitalen og stemmene i selskapet". Hva som ligger i begrepet "kontroll" er derimot ikke nærmere definert.

Etter vår vurdering må "kontroll" tolkes på samme måte som i eldirektiv II artikkel 2 (34) og EUs fusjonsforordning slik at det avgjørende for om kontroll foreligger er at man har adgang til å utøve bestemmende innflytelse og hvor slik adgang – i tillegg til gjennom eierskap – kan foreligge gjennom avtaler eller andre rettigheter (enerettigheter eller delte rettigheter).⁶

Kravet om bestemmende innflytelse vil være innfridd dersom Statnett har flertall av aksjene og kontrollerer mer enn 50 % av stemmene i generalforsamlingen i selskapet. Retten til å velge flertallet av styret eller positive rettigheter til å treffe avgjørelse om finansielle og operasjonelle forhold kan også bli ansett for å innebære bestemmende innflytelse.

4 REGULERING AV UTENLANDSFORBINDELSER I ANDRE EU-LAND

For å vurdere de lovendringer som er foreslått av OED, er det hensiktsmessig å se hvordan enkelte andre EU-land har regulert adgangen til å eie og drive utenlandsforbindelser. Våre undersøkelser viser at ulike EU-land har valgt ulike måter å regulere utenlandsforbindelsene på.

Medlemslandene skiller seg mellom de landene som har valgt at TSOen(e) i stor grad skal stå for utbyggingen av utenlandskabler, og de land som har valgt en gjennomføring hvor det åpnes både for TSO-utbygging og privat utbygging på kommersielle vilkår ("merchant"). Gjennomgangen av reguleringen i øvrige land viser slik vi ser det at det er mulig å ha ordninger som tillater også andre eiere/konsesjonærer enn TSO-er/systemoperatører som Statnett eller selskaper kontrollert av slike.

Som eksempel på en annen tilnærming enn den som er foreslått i departementets lovforslag, kan nevnes at Storbritannia frem til nå har valgt å bygge ut utenlandsforbindelser som enkeltstående prosjekter atskilt fra resten av transmisjonssystemet. Utenlandsforbindelsene til og fra Storbritannia har derfor fått unntak fra vilkår om tredjepartsadgang og inntektsregulering, og er driftet som kommersielle kabler ("merchant"-kabler).⁷ Storbritannia har i den siste tiden hatt en prosess for hvordan fremtidig infrastruktur skal bli regulert, og konkludert med en løsning som ikke er fullt ut regulert, men heller ikke fullt kommersiell, selv om det vil være behov for unntak fra forordningen. Ofgem, den britiske regulatoren, har uttalt at deres "cap and collar"-regulering også vil være aktuelt å diskutere ved etableringen av norske utenlandsforbindelser i stedet for "other new non-exempt interconnectors".⁸

Sverige har en tilsvarende bestemmelse som den i forslaget til OED i ellagen.⁹ I Sverige er det derfor systemoperatøren Svenska Kräftnet, eller foretak hvor Svenska Kräftnet har bestemmende innflytelse, som har muligheten til å få konsesjon. Bestemmelsen ble innført i 1998, og Kommisjonen stilte verken spørsmål i den sammenheng, eller har senere uttalt seg om bestemmelsen er i strid med EU-traktaten.¹⁰ Situasjonen i Sverige er likevel noe annerledes enn i Norge, ved at det har vært liten interesse for privat

⁶ EU fusjonsforordning 139/2004 artikkel 3 (2)

⁷ <http://www.ofgem.gov.uk/Europe/Documents1/Interconnector%20policy%20consultation.pdf>

⁸ Ofgem – den engelske regulatoren – sin konklusjon i sin vurdering av fremtidig regulering:

<http://www.ofgem.gov.uk/Europe/Documents1/Ofgem%20next%20steps%20letter.pdf>

⁹ Ellagen kapittel 2, § 10

¹⁰ I følge juridisk leder i Svensk Energi (tilsvarer Energi Norge)

THOMMESSEN

investering i utenlandsforbindelser i Sverige. Svenska Kräftnet har dermed fått et ansvar mer enn et privilegium gjennom bestemmelsene i ellagen. Slik vi ser det er derfor ikke situasjonene direkte sammenlignbare i Norge og Sverige.

Nederland har tidligere gitt unntak fra kravet om tredjepartsadgang til en kabel mellom UK og Nederland hvor ett selskap som var eid av den nederlandske TSOen TenneT søkte om unntak (etter gammel forordning 1228/2003). Alle utenlandsforbindelsene fra Nederland er imidlertid eid av TenneT.

5 ER BEGRENSNINGEN AV ADGANGEN TIL Å KUNNE FÅ UTENLANDSKONSESJON I STRID MED EØS-RETTE/EØS-AVTALEN?

5.1 Utgangspunkt

Norsk regulering av energisektoren bygger i stor utstrekning på lovgivning fra EU/EØS. Norge har til nå gjennomført EUs andre energimarkedspakke, som inneholder eldirektiv II. Den tredje energimarkedspakken – som blant annet inkluderer eldirektiv III og EUs forordning om grenseoverskridende infrastruktur vedtatt av EU i 2009 – forventes å bli innført i norsk rett i løpet av 2013/2014.

OED begrunner de foreslåtte lovendringene med at energiloven må endres for å: *“fullt ut bringe bestemmelsene [om utenlandskonsesjon] i samsvar med EØS-rettens krav”* og det uttales eksplisitt i høringsnotatet at det da blant annet siktes til kravene etter eldirektiv III.

Slik vi ser det er det imidlertid grunn til å vurdere både om lovforslaget hva gjelder eierskapsbegrensninger til utenlandskabler er *nødvendig* for å implementere eldirektiv III og den tredje energimarkedspakken og om lovforslaget er direkte i strid med bestemmelser i eldirektiv III/forordningen om grenseoverskridende infrastruktur eller selve EØS-avtalen.

5.1.1 Er forslaget nødvendig for å innføre den tredje energimarkedspakken?

Forslaget fra OED begrenser kretsen av hvem som kan få utenlandskonsesjon til Statnett og Statnett-kontrollerte selskaper. Dette begrunner OED med at forslaget *“I tråd med EUs tredje energimarkedspakke”* viderefører prinsippet om at utenlandsforbindelser skal eies og drives av operatør for transmisjonssystemet.¹¹

I eldirektiv III artikkel 9 er det gitt bestemmelser om hvem som kan eie transmisjonssystem. Etter hovedregelen skal transmisjonssystemer, herunder transmisjonsanlegg som utenlandskabler, eies av en TSO. Villkårene for å kunne opptre som TSO for et transmisjonssystem er at virksomheten blant annet må oppfylle krav om eiermessig skille fra omsetnings- og produksjonsvirksomhet, krav om tredjepartsadgang til infrastrukturen og være underlagt inntektsregulering. Det er spesielt kravet til at den som eier transmisjonsnett må være fullt eiermessig atskilt fra produksjon/leverandørvirksomhet som er nytt i dette direktivet.

I forordning om grenseoverskridende infrastruktur¹² er det derimot gitt et unntak fra denne hovedregelen som åpner for at andre enn TSOer skal kunne eie og drive utenlandskabler. I forordningens artikkel 17 (1) åpnes det for at det ved etableringen av *“new interconnectors”* kan gis unntak fra blant annet artikkel 9 i elektrisitetsdirektivet om eiermessig skille (unbundling). Det er også

¹¹ Høringsnotatet s 4

¹² 714/2009/EC

THOMMESSEN

mulig å få unntak fra innteksregulering og kravet til tredjepartsadgang til forbindelsen. En slik kabel vil dermed være en såkalt kommersiell kabel ("merchant-cable").

Unntaksordningen i forordningen innebærer at for eksempel også produsenter og kraftleverandører skal kunne eie og drive utenlandskabler. Slik vi ser det er det derfor ingenting som tilsier at det skulle være *nødvendig* å innføre en nasjonal eierbegrensning for å gjennomføre eldirektiv III eller EUs tredje energimarkedspakke forøvrig.

5.1.2 Er forslaget i strid med Norges forpliktelser etter den tredje energimarkedspakken?

Spørsmålet er videre om en slik restriksjon ikke bare er unødvendig, men også et brudd på Norges forpliktelser etter EUs tredje energimarkedspakke.

Vilkårene for å gi konsesjon til å bygge ut kraftnett er ikke harmonisert i EU, hvilket betyr at det ikke er gitt bestemte regler på EU-nivå om hvordan medlemsstatene skal tildele konsesjoner til bygging av nye nettanlegg. I utgangspunktet er det dermed i stor grad opp til det enkelte medlemsland hvilke vilkår de vil stille, så langt vilkårene er objektive og ikke-diskriminerende.¹³

Slik vi ser det er forslaget fra OED dermed ikke i strid med elektrisitetsdirektivet ettersom vilkårene for å få konsesjon til å bygge infrastruktur ikke er harmonisert i EØS-området.

Når det gjelder forholdet til unntaksordningen i forordning om grenseoverskridende infrastruktur, må denne slik vi ser det forstås som en ordning som lar det være mulig for andre enn TSOer å eie og drive utenlandskabler. Eksistensen av denne unntaksordningen kan derimot etter vår vurdering ikke leses som noe *påbud* til medlemslandene om at også andre enn TSOer skal kunne etablere utenlandskabler. Forslaget fra OED bidrar til å snevre inn hvem det er som kan søke om et slikt unntak, men dette er likevel slik vi ser det ikke i strid med forordningen, ettersom den kun gir uttømmende bestemmelser om på hvilke vilkår det er mulig å gi unntak fra tillatelser/konsesjoner *som allerede er gitt*.

Det er dermed etter vår oppfatning ikke i strid med forordningen å gi restriksjoner på hvem som er kvalifisert til å få konsesjon. OED kan likevel ikke vurdere eventuelle søknader om unntak fra selskaper som er kvalifisert til å få konsesjon basert på andre kriterier enn de som er gitt i forordningen.

5.2 Er forslaget i strid med EØS-avtalen?

5.2.1 Restriksjon etter EØS-avtalen

Selv om ikke lovforslaget strider med bestemte bestemmelser i eldirektiv III eller forordningen om grenseoverskridende infrastruktur, kan de foreslåtte eierbegrensningene for utenlandskabler likevel være i strid med EU/EØS-retten dersom de må sies å stride med EØS-avtalens grunnleggende regler om de fire friheter (fri flyt av personer, varer, tjenester og kapital).

Forslaget innebærer slik vi ser det en restriksjon på eierskapet til utenlandsforbindelser til og fra Norge ettersom kun Statnett som systemansvarlige eller er foretak hvor Statnett har bestemmende innflytelse skal kunne få tildelt en utenlandskonsesjon.

Artikkel 31 i EØS-avtalen forbyr restriksjoner på retten til etablering av virksomheter. Artikkel 40 i EØS-avtalen forbyr restriksjoner på fri kapitalbevegelse. Nasjonale regler som fungerer som hindre eller gjør det mindre attraktivt å utnytte rettighetene i henhold til EØS-avtalen er ett brudd på disse frihetene. Reglene må være begrunnet i lovlige hensyn, se nedenfor punkt 5.2.2.

¹³ Eldirektivet artikkel 7

THOMMESSEN

Slik vi ser det utgjør et system hvor det er nødvendig å innhente konsesjon før man bruker de frie rettighetene til for eksempel å investere i en utenlandskabel i seg selv en restriksjon. Et krav om konsesjon vil i seg selv gjøre investeringer vanskeligere for investorer. Den foreslåtte endringen i energiloven vil dersom den blir innført innebære en enda strengere restriksjon på retten til fri flyt av kapital enn gjeldende konsesjonsregler. Dette fordi forslaget vesentlig innsnevrer hvem som skal kunne få konsesjon til etablering av utenlandskabler. Slik vi ser det vil derfor de foreslåtte endringene utgjøre en restriksjon som begrenser retten til fri flyt av kapital.

5.2.2 Unntak for lovlige restriksjoner på den frie kapitalbevegelsen

Selv om eierbegrensningen vil utgjøre en restriksjon, er ikke nødvendigvis restriksjonen i strid med EØS-avtalen. For at en restriksjon skal være lovlig, må den forfølge et lovlig hensyn og restriksjonen må i tillegg være egnet for å ivareta de fastsatte hensynene. Restriksjonen må heller ikke gå ut over det som er nødvendig for å oppfylle hensynene (krav om proporsjonalitet).

OEDs begrunnelse for de foreslåtte reglene fremgår av høringsnotatet, og er blant annet at eierbegrensningene skal legge til rette for en mest mulig effektiv og sikker kraftutveksling mellom Norge og utlandet og at utenlandskabler skal etableres på en måte som ivaretar allmenne samfunnsinteresser slik som "*forsyningsikkerhet, miljø og ressursforvaltning*".¹⁴

Slik vi ser det er de hensyn som trekkes frem av OED i utgangspunktet allmenne hensyn som kan begrunne en restriksjon som begrenser retten til fri flyt av kapital. Vår vurdering er imidlertid at disse hensynene i tilstrekkelig grad kan ivaretas gjennom selve konsesjonsbehandlingen av utenlandskabler og uten at det er nødvendig med eksplisitte begrensninger i hvem som skal kunne få konsesjon.

I samsvar med forslaget fra OED vil vurderingen av om noen skal tildeles konsesjon legge vekt på en samlet vurdering av alle samfunnsøkonomiske konsekvenser og forholdet til eventuelle konkurrerende prosjekter. Tekniske og forsyningsmessige forhold tas også med i vurderingen av om anleggskonsesjon skal gis. Myndighetene har dermed rik anledning til å sikre at etablering av utenlandskabler skjer på en måte som ivaretar hensynet til en rasjonell/effektiv kraftutveksling og som ivaretar hensynet til forsyningsikkerhet, miljø og rasjonell ressursforvaltning.

Etter vår vurdering går de foreslåtte eierbegrensningene vesentlig lengre enn det som er nødvendig for å oppnå de formålene som OED har trukket frem. Dette innebærer etter vår vurdering at eierbegrensningene må anses for å være i strid med EØS-avtalen. Spørsmålet om proporsjonalitet er imidlertid skjønsmessig, og det er derfor ikke gitt hvordan ESA og EFTA-domstolen vil konkludere i en eventuell sak.

* * *

¹⁴ Høringsnotatet s 2