

Olje- og energidepartementet
Postboks 8148 Dep.
0033 Oslo

Også sendt pr. e-post: postmottak@oed.dep.no

Deres ref.:
13/1500-

Dok. nr.: 169394

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no

06.01.2014

Høring — Endringer i energiloven — tredje energimarkedspakke

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 17.9.2013 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettsikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for energirett, vannkraft, olje og gass. Lovutvalget består av Gunnar Martinsen (leder), Kjersti Bergsåker-Aspøy, Are Lysnes Brautaset, Preben Falck, Jon Rabben og Odd-Harald Berg Wasenden.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Sakens bakgrunn

Olje- og energidepartementet ("OED") foreslår i høringsnotat 17. september 2013 endringer i energiloven. Forslaget gjelder implementeringen av tredje energimarkedspakke fra EU. Sentrale områder som må reguleres er blant annet opprettelse av uavhengig reguleringsmyndighet og

klageinstans, og strengere krav til skille mellom monopolbasert og konkurranseutsatt virksomhet for aktører på transmisjonsnetts nivå.

3. Advokatforeningens merknader

3.1 Omfattende forskriftsregulering

OED legger i høringsnotatet opp til at en rekke forhold nærmere skal utdypes og presiseres i forskrift. Enkelte spørsmål skal også spesifiseres av departementet på andre måter. Dette gjelder flere forhold av sentral betydning, for eksempel kriteriene for definering av sentral-nett i energiloven § 1-3 (6), hvilke oppgaver regulatoren skal ha i § 2-3 (1), og hvilke oppgaver, myndighet og organisering den nye klagenemnda skal ha i § 2-3 (4).

Etter Advokatforeningens syn er det en fordel om slike forhold av sentral art fremkommer direkte i energiloven. Videre ser Advokatforeningen det som uheldig at flere av de foreslåtte forskriftshjemlene er vide og i liten grad angir de nærmere rettslige rammer for forskriftenes innhold.

3.2 Sertifisering av operatører på transmisjonsnivå

I høringsnotatet fremgår det at OED i realiteten kun anser Statnett SF ("Statnett") som aktuell som transmisjonsoperatør ("transmission system operator" – "TSO") eller uavhengig systemoperatør ("independent system operator" – "ISO"), avhengig av hvilken modell som blir valgt ved implementeringen.

Etter Advokatforeningens syn åpner direktivet i utgangspunktet for at flere selskaper kan være TSO/ISO for ulike deler av nettet, såfremt oppgavene løses på en tilfredsstillende måte. I tillegg kan det stilles spørsmål ved om alle som oppfyller kravene til TSO/ISO har rettskrav på å bli sertifisert som TSO/ISO i medhold av art 10 og 13. Etter Advokatforeningens oppfatning er det behov for en nærmere drøftelse av hvorvidt det kun er Statnett som er aktuell som TSO/ISO.

3.3 Operatørens adgang til å sette bort oppgaver til andre

OED behandler ikke i høringsnotatet hvilken adgang ansvarlig operatør har til å sette bort gjennom-føringen av sine ansvarsoppgaver til andre aktører. For eksempel er det i den foreslåtte § 4-9 (1) kun fastsatt at "ansvaret for drift, vedlikehold og utvikling av anlegg i sentralnettet" skal overføres til uavhengig operatør. Etter Advokatforeningens syn ville det være en fordel at det ble presisert om, og eventuelt i hvilken utstrekning, ansvarlig operatør har anledning til å sette bort praktisk gjennomføring av oppgaver til andre aktører.

3.4 Verdssettelse av sentralnettsanlegg

OED har i høringen foreslått en hjemmel i § 4-8 (5) der departementet eller reguleringsmyndighet kan fatte vedtak om beregning av vederlag for sentralnettsanlegg som overdras til Statnett.

I den tvangslignende situasjonen med kun én kjøper som lovgivingen skaper, mener Advokatforeningen at det i utgangspunktet er hensiktsmessig at det er § myndighetene regulerer vederlaget for å unngå at Statnett ensidig kan fastsette dette.

Advokatforeningen setter imidlertid spørsmålstegn ved om den foreslåtte reguleringen sikrer selgerne et rimelig og balansert oppgjør, slik de rettslig sett har krav på. Etter Advokatforeningens syn bør vederlaget baseres på alminnelige ekspropriasjonsrettslige prinsipper, noe som også var utgangspunktet i forarbeidene til energiloven § 3-6 (og tidligere §§ 3-4/3-5 nr 2) om ekspropriasjon av nettanlegg og ved implementeringen av eldirektiv 3 i Danmark (lov om elforsyning § 35).

I tillegg er det etter Advokatforeningens syn uklart hvordan prosessen er tenkt gjennomført, for eksempel om fastsettelsen av vederlaget skal skje ved enkeltvedtak i hvert enkelt tilfelle eller om det skal gis en forskrift hvor de sentrale prinsipper for utmålingen fremgår. Videre er det ikke angitt om partene skal stå fritt til å forhandle frem en løsning, eller om departementet eller regulator uavhengig av partenes eventuelle enighet skal fastsette det konkrete vederlaget eller metoden for beregning av dette.

Advokatforeningen mener at disse spørsmålene bør vurderes grundig av departementet opp mot prinsippet i Grunnloven § 105 og alminnelige rettssikkerhetsprinsipper.

3.5 Klassifisering av utenlandsforbindelser

OED legger i høringsnotatet til grunn at utenlandsforbindelser inngår i sentralnettet, og dermed skal anses som en del av transmisjonsnettet. Dette medfører at forbindelsene underlegges krav til atskilt eierskap eller at ansvar for drift, vedlikehold og nettutvikling overføres til uavhengig systemoperatør i medhold av forslag til §§ 4-8 og 4-9.

Advokatforeningen peker på at Norge i dag har flere utenlandsforbindelser til blant annet Sverige som er en del av regional- eller distribusjonsnettet. Dette nyanserer forutsetningen om at alle utenlands-kabler i dag er en del av sentralnettet. Utenlandsforbindelse blir i eldirektiv 3 art 2 nr 13 definert som "equipment used to link electricity systems". OED bør derfor nærmere drøfte klassifiseringen av (eksisterende og nye) utenlandsforbindelser.

3.6 Oppgavefordeling og forvaltningsmyndighet på lavere nettnivå

OED har foreslått ny § 3-7 som fastsetter at departementet kan gi forskrifter om utpeking av operatør av distribusjonssystem ("distribution system operator" – "DSO"), samt hvilke oppgaver og myndighet DSO skal ha overfor aktører som helt eller delvis eier eller er tilknyttet nett. Departementet har ikke konkludert hva gjelder hvilke oppgaver som kan bli lagt til DSO, men trekker blant annet frem ytterligere oppgaver i form av å dekke energitap og reservekapasitet i nettet, i tillegg til ansvar for balansetjenester i distribusjonsnettet.

OED har imidlertid ikke presisert hva slags forvaltningsmyndighet det kan bli behov for å

tillegge DSO, og eventuelt hvilke hensyn og krav som må ivaretas ved denne myndighetsutøvelsen. Etter Advokatforeningens syn bør denne tematikken drøftes, slik at eventuell forskriftsregulering ivaretar sentrale hensyn som nøytralitet, forutberegnelighet og rettssikkerhet for berørte aktører.

3.7 Krav til uavhengig regulator – juridisk skille

Eldirektiv 3 setter strenge krav til regulatorens uavhengighet. Advokatforeningen setter spørsmålsteget ved om den foreslåtte reguleringen av uavhengighet i § 2-3 er dekkende for de krav som stilles til juridisk skille.

Den regulerende myndighet skal etter artikkel 35 fjerde ledd bokstav a være ”legally distinct [...] from any other public or private entity”. Det skal altså være et juridisk skille mellom reguleringsmyndigheten og alle andre offentlige eller private enheter.

EU-kommisjonen har i tolkningsuttalelse uttalt at bestemmelsen synes å utelukke ethvert hierarkisk forhold mellom nasjonal regulator og andre offentlige organer, herunder at regulatoren ikke kan være del av et departement. Det fremheves også at det juridiske skillet er sentralt for at regulatoren skal være i stand til å ta selvstendige avgjørelser.

Etter Advokatforeningens syn burde kravet om juridisk uavhengighet ha vært tatt inn i den foreslåtte § 2-3.

Videre finner Advokatforeningen det tvilsomt om den omorganiseringen av Norges vassdrags- og energidirektorat (”NVE”) som er gjennomført med tanke på implementeringen, er i samsvar med direktivets krav. Som omtalt i høringsnotatet er det opprettet en avdeling, Elmarkedstilsynet (”ET”), som skal ivareta de nasjonale regulatoroppgavene i direktivet. Slik Advokatforeningen tolker direktivet, er det et krav at regulator må være et selvstendig rettssubjekt uavhengig av andre offentlige og private enheter, noe Advokatforeningen setter spørsmålsteget ved om ET vil være.

3.8 Krav til uavhengig regulator – personalmessig skille

Det fremgår av artikkel 35 nr. 4 at regulatorens personell skal være uavhengig, også fra andre offentlige organer. Kravet om personalmessig skille fremgår ikke av den foreslåtte reguleringen i § 2-3, noe den etter Advokatforeningens syn burde ha gjort.

Den foreslåtte ordningen, der ET – som er en avdeling i NVE - skal være nasjonal regulator, fremstår etter Advokatforeningens syn som problematisk i lys av kravene om at regulator reelt sett skal være uavhengig av andre offentlige organer. Ved at ET organiseres som en avdeling i NVE, kan det være fare for at regulatorens uavhengighet utfordres.

Det fremgår ikke tydelig av høringsnotatet om nasjonal regulator skal ha egne ansatte som ikke skal utføre andre oppgaver enn regulatorens, for eksempel andre oppgaver som ligger til det øvrige NVE. Advokatforeningen understreker likevel at det i EU-kommisjonens tolkningsuttalelse fremkommer at direktivet er til hinder for at regulatorens ansatte jobber

deltid i annen offentlig eller privat virksomhet.

OED legger i høringsnotatet til grunn at vassdrags- og energidirektøren ("VED") skal lede både ET som regulator og det øvrige NVE. Advokatforeningen finner det vanskelig å se hvordan VED både skal kunne lede ET og det øvrige NVE uten at regulatorens uavhengighet utfordres, når VED dels skal styre i henhold til politiske signaler og dels være leder for den uavhengige regulatoren.

3.9 Krav til uavhengig regulator – økonomiske rammer

Etter Advokatforeningens syn er regulatorens økonomiske stilling ufullstendig regulert i forslaget til § 2-3 (2). Det fremgår av artikkel 35 nr. 5 at regulatoren må ha tilstrekkelige menneskelige ressurser til å utføre sine oppgaver, noe som også EU-kommisjonen har presisert i sin tolkningsuttalelse. Det vil si at organet må ha tilstrekkelige finansielle midler til å tiltrekke seg kvalifisert personell fra ulike profesjoner som trengs for å utføre stadig mer kompliserte oppgaver. Slik Advokatforeningen forstår direktivet og EU-kommisjonen, vil det være et brudd på direktivet om regulator ikke tilføres tilstrekkelige midler til å kunne utføre sine oppgaver på en god måte. Formuleringen i den foreslåtte § 2-3 (2) bør derfor etter Advokatforeningens syn justeres i tråd med direktivets krav.

3.10 Forordning om grensekryssende krafthandel – utenlandskabel-monopol

I forordning for grensekryssende krafthandel artikkel 17 er det hjemlet adgang for å unnta utenlandskabler som også er transmisjonslinjer fra kravet om adskilt eierskap. Dette betyr at andre enn sertifiserte TSO kan eie utenlandskabler.

Gjeldende energilov § 4-2 legger til grunn at kun Statnett og foretak eid av Statnett kan få konsesjon til å bygge, drive og eie utenlandsforbindelser. Bestemmelsen kan etter Advokatforeningens oppfatning være i strid med forordningen ettersom sistnevnte åpner for at alle aktører kan søke om unntak, også andre enn Statnett og Statnett-kontrollerte virksomheter.

3.11 ACER-forordningen – overnasjonal myndighetsoverføring

EU-organet Agency for the Cooperation of Energy Regulators ("ACER") har en rekke oppgaver etter forordning nr 714/2009. Advokatforeningen setter spørsmålsteget ved om ACER kan fatte vedtak som vil være bindende internrettslig i Norge, blant annet i saker om unntak fra TSO-krav for nye utenlandskabler i medhold av forordningen art 17 nr 5. I så fall er det snakk om at kompetanse til å fatte bindende vedtak i Norge overføres til et internasjonalt organ. OED har signalisert at Norge antakelig vil delta i ACERs arbeid uten stemmerett, i tråd med vanlig praksis for EØS-land.

Advokatforeningen mener problematikken knyttet til overføringen av myndighet i Norge til et overnasjonalt organ bør utredes grundigere og ses i lys av kravene til Stortingets informerte samtykke i Grunnloven §§ 26 og 93.

3.12 Unntak fra forvaltningsloven ved fastsettelse av inntektsrammer

OED fremmer i høringen et forslag om unntak fra forvaltningsloven §§ 34 og 35, som i hovedsak innebærer at vedtak om inntektsrammer kan omgjøres dersom det avdekkes at vedtaket bygger på uriktige opplysninger. Slik omgjøring skal etter forslaget kunne gjøres selv om omgjøringen er til ugunst for det enkelte nettselskap eller andre nettselskap som blir påvirket av omgjøringsvedtaket, og det uten hinder av de tidsmessige begrensningene for slik omgjøring som i dag ligger i forvaltningsloven §§ 34 og 35.

Advokatforeningen peker på at den foreslåtte endringen reduserer forutsigbarheten til nettselskapene, ved at selskaper som har innhentet og rapportert opplysninger i henhold til NVEs rapporteringsrutiner vil kunne få nedjustert sin inntektsramme. På tross av at formålet er å få riktige inntektsrammevedtak, gjør også hensynet til nettselskapenes innrettelse seg gjeldende med tyngde. Advokatforeningen mener derfor at OED bør vurdere å avgrense adgang til omgjøring til en parts ugunst i en begrenset tidsperiode, noe som vil kunne balansere hensynet til riktige vedtak og nettkundene på den ene siden mot hensynet til forutberegnelighet for nettselskapene på den andre siden.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær