

ET EGET KRAFTMARKED FOR INDUSTRIEN?

av

Henrik Bull, Torstein Bye, Lars Sjørgard og Siri Teigum

Notat skrevet på oppdrag av Olje- og Energidepartementet

Bergen/Oslo, 9. juni 2005

1. Ekspertgruppens mandat

Olje- og energidepartementet oppnevnte 11. mai 2005 en uavhengig ekspertgruppe bestående av førsteamanuensis Henrik Bull (leder), forskningssjef Torstein Bye, sjefsøkonom Lars Sørgard og advokat Siri Teigum for å gjennomgå ulike sider ved et eget industrikraftmarked. Gruppen ble bedt om å ”foreta en selvstendig vurdering av i hvilken grad det er mulig å etablere et slikt marked. Gruppen skal i denne forbindelse blant annet vurdere forholdet til EØS-avtalen og praktisk gjennomførbarhet, herunder konsekvenser for det norske kraftmarkedet”

Forslaget om et slikt marked er kommet opp i forbindelse med Regjeringens oppfølging av et anmodningsvedtak fra Stortinget av 9. desember 2004. Dette anmodningsvedtaket gjelder utredning av mulige overgangsordninger for kraftleveranser til Rana-industrien i forbindelse med at langsiktige kraftkontrakter til en relativt lav pris etter hvert løper ut. Slik ekspertgruppen forstår det, er imidlertid et slikt industrikraftmarked tenkt som en varig ordning som ikke bare skal gjelde for et visst område av landet.

I forbindelse med oppnevningen har gruppen fått seg forelagt følgende skisse til et eget marked for langsiktige kontrakter til kraftkrevende industri, inntatt i en rapport av 14. mars 2005 fra Arbeiderpartiets industrikraftgruppe:

”Auksjonsmodellen

Utvalget mener det bør etableres et eget industrikraftmarked. Målsettingen med en slik løsning er å sikre storbrukere av kraft muligheten til å konkurrere om langsiktige avtaler om kraft knyttet til industriproduksjon. Et slikt marked må gjennom objektive kriterier sikre lik konkurranse om den kraft som legges ut i markedet gjennom auksjon. Dette må skje på en måte som sikrer full offentlig innsikt i hvordan kraften auksjoneres bort. Alle aktører som tilfredsstillende objektive kriterier og som har produksjon innenfor EØS området må likestilles, men det bør innrettes slik at det kun inngås fysiske kontrakter. Det vil si at kraften kjøpes på produksjonsstedet. Overføringsnettet med ulike tariffier med mer vil sette rammer for konkurransen. Systemet må være transparent, objektivt og ikke diskriminerende. Det må også utvikles et sett med kriterier som sikrer formålet med ordningen. Slike kan være; - et minste krav til årlig forbruk, - stabilitet i forbruket, - vilje til lange kontrakter (som i seg selv også er en risiko), - at kraften ikke kan videreselges, - krav til energistyringssystemer, og eventuelt forpliktelser til energieffektivitet med mer. Ordningen kan tenkes innført ved at den kraften som blir frigjort når industrikraftkontraktene utgår legges inn i en slik ordning og at Statkraft SF får i oppgave å administrere ordningen på vegne av staten.

Utvalget mener en slik ordning kan være et viktig bidrag forutsatt at det stilles nok kraft til disposisjon for ordningen. At kraft er auksjonert bort vil etter utvalgets vurdering skape en presumsjon for markedsvilkår, forutsatt at auksjonen er åpen, og gjennomføres på en objektiv og ikke-diskriminerende måte.”

Ekspertgruppens vurdering vil ta utgangspunkt i denne beskrivelsen siden den er den mest eksplisitte beskrivelsen av et slikt mulig industrikraftmarked, og dette notatet er vedlagt oppnevningen av gruppen. Ettersom beskrivelsen innskrenker seg til en skisse, må gruppen nødvendigvis legge visse utfyllende forutsetninger og klargjøringer til grunn for sin vurdering.

Ekspertgruppen har sett på auksjonsmodellen isolert fra den ”opsjonsmodellen” som også er skissert i rapporten fra Arbeiderpartiets industrikraftgruppe, og som er ment å skulle ivareta hensynet til forsyningssikkerhet. En utredning av ”opsjonsmodellen” faller utenfor gruppens mandat. Et eget marked for industrikraft kan godt tenkes uten et slikt opsjonsmarked, og et slikt opsjonsmarked forutsetter ikke et eget industrikraftmarked. Gruppen vil imidlertid ta opp forsyningssikkerhet som et hensyn som kan spille inn ved den rettslige vurderingen av et eget industrikraftmarked.

I neste kapittel vil vi kort beskrive dagens organisering av kraftmarkedet, med særlig fokus på det eksisterende fysiske spotmarkedet. I kapittel 3 beskriver vi hvordan et industrikraftmarked i prinsippet kan designes og hvorvidt det er praktisk gjennomførbart. I kapittel 4 drøfter vi de økonomiske konsekvensene av et industrikraftmarked, mens vi i kapittel 5 drøfter ulike juridiske problemstillinger ved opprettelsen av et slikt marked. Til slutt, i kapittel 6, oppsummerer vi vår drøfting og gir vår vurdering av både muligheten for og ønskeligheten av et eget industrikraftmarked.

2. Dagens organisering av kraftmarkedet

Kjøp og salg av kraft er organisert på en kraftbørs administrert av Nord Pool. Det er en felles nordisk kraftbørs, med deltakelse av aktører lokalisert i Norge, Sverige, Finland og Danmark. Den består av et fysisk marked, et finansielt marked samt clearing. I det fysiske markedet (Nord Pool Elspot) er det handel med fysiske kraftkontrakter for levering neste døgn - time for time. I det finansielle markedet er det handel med finansielle kraftkontrakter som benyttes ved prissikring og risikostyring. Clearing innebærer at Nord Pool Clearing trer inn som kontraktsmotpart i finansielle kraftkontrakter. I tillegg finner det sted en viss krafthandel mellom Norden og resten av Europa. Denne handelen er foreløpig begrenset på grunn av manglende overføringskapasitet.

Omsetningen på den fysiske kraftbørsen utgjorde i 2004 et volum tilsvarende 40 % av totalt forbruk i Norden. De som ønsker å kjøpe og de som ønsker å selge kraft det neste døgn melder inn sine bud. På bakgrunn av den etterspørsel og det tilbud som derved fremkommer settes det en pris for hver time som balanserer markedet, det vil si som gir likhet mellom tilbud og etterspørsel. Alt som omsettes i hver enkelt time vil da omsettes til en felles pris, en markedspris, med mindre det oppstår prisområder som følge av flaskehalser i nettet.

Nord Pool setter hver time en systempris, det vil si en pris som gjelder for hele det nordiske markedet og som ikke tar hensyn til eventuelle overføringsbegrensninger i det nordiske nettet (flaskehalser). Ved flaskehalser må kjøp og salg i hvert område balanseres. Ved store og langvarige flaksehalsen blir Norge delt inn i prisområder, og det fastsettes priser i hvert område, mens det ved mindre flaskehalser benyttes motkjøp. I de andre nordiske landene benytter en alltid motkjøp når det oppstår flaskehalser. Motkjøp innebærer at systemansvarlig betaler produsenter for å redusere eller øke sin produksjon. Forskjellen i pris mellom områdepris og systempris – kalt kapasitetsledd – er inntekt til de systemansvarlige.

En aktør som anmelder salg eller kjøp må gjøre det i sitt område. Den markedspris som dannes i det området, vil dermed være den pris aktøren mottar dersom denne selger kraft, og tilsvarende den pris kjøperen betaler dersom denne kjøper kraft.

I det nordiske kraftmarkedet er det et punktтарiffsystem. Det innebærer at en selger betaler en avgift for å mate kraft inn i systemet, og en kjøper betaler en avgift for å ta kraft ut av systemet. Dermed finnes det ingen "kilometeravgift", hvilket er helt naturlig da det ikke er mulig å fastslå hvor kraften som en kjøper mottar, kommer fra.

I dagens marked har en del av industrien signert langsiktige bilaterale kontrakter med staten gjennom Statkraft. Prisene i disse kontraktene er lavere enn markedspris, og resten av markedet har i utgangspunktet ingen betydning for prisene i disse kontraktene. Tilbyder, i

dette tilfelle Statkraft, må ta hensyn til de volum foretaket har kontraktsfestet bilateralt når det deltar som tilbyder i det åpne kraftmarkedet. Foretaket kan da tilby mindre enn det ellers kunne gjort i dette markedet. Samtidig må omfanget av disse kontraktene være kjent for sentralnettoperatoren, operatørene av det regionale nettet og av Nord Pool, slik at de begrensninger dette legger på nettet er kjent i forhold til klareringen av resten av markedet.

I et ordinært effektivt marked hvor de samfunnsmessige overskudd maksimeres, vil markedsklareringen som foregår på Nord Pool fungere som en referanseramme for et bilateralt kontraktmarked. Prisen i de bilaterale kontraktene vil gjenspeile prisene i spotmarkedet, med eventuelle korreksjoner for verdien av faste leveranser (ingen prisrisiko). Det er ordningen med bilaterale kontrakter der prisene på grunn av statlige pålegg overhodet ikke er relatert til prisingen i resten av markedet, som er et problem i forhold til EØS-avtalen, jf. kapittel 5 nedenfor.

3. Mulig design av et industrikraftmarked

Vi ser inntil videre helt bort fra spørsmålet om hvem som kan kjøpe kraft i et industrikraftmarked. En nærmere diskusjon av dette kommer vi tilbake til. Det antas foreløpig bare at et visst antall bedrifter har anledning til å kjøpe kraft i industrikraftmarkedet, heretter kalt de kvalifiserte kjøpere. La oss i tråd med forslaget fra Arbeiderpartiets industrikraftgruppe anta at kraft som frigjøres når industrikraftkontraktene utløper, legges inn i en slik ordning. Dermed vil noe av Statkrafts eksisterende kapasitet kanaliseres inn i dette markedet, og i tillegg er det også åpnet for at en kan supplere med utbygging av ny kapasitet.

Dette vil gi et tilbud og en etterspørsel, og dermed bør det i prinsippet være mulig å etablere en pris som er slik at markedet klareres (tilbudet er lik etterspørselen). Dette kan for eksempel skje ved at tilbud er gitt ut fra politiske vedtak – en gitt mengde kraft stilles til rådighet i dette markedet – og at hver kvalifisert kjøper anmelder hvor mye vedkommende er villig til å kjøpe til hvilken pris.

I forslaget fra Arbeiderpartiets industrikraftgruppe heter det at det skal "kun inngås fysiske kontrakter. Det vil si at kraften kjøpes på produksjonsstedet." En mulig tolkning av dette er at kraften skal anvendes på samme sted som den produseres, for eksempel at kraft fra et verk skal konsumeres på dette stedet. En slik tolkning synes imidlertid å være uforenlig med tanken om at det skal være et auksjonsmarked (hvor en viss mengde kraft tilbys og betalingsvilje til etterspørerne avgjør omsetning og pris). Det er kun i noen få tilfeller mulig å tenke seg konkurranse mellom ulike etterspørere av den størrelse vi her taler om i et lokalt marked. I mange tilfeller vil det kanskje bare være én mulig kvalifisert kjøper i det lokale området, og da er det helt åpenbart at det ikke er noe auksjonsmarked. I det følgende ser vi helt bort fra denne tolkningen av forslaget fra Arbeiderpartiets industrikraftgruppe.

En annen tolkning er at en kjøper på et sted inngår en kontrakt med et produksjonsselskap på et annet sted om å kjøpe kraft til en gitt pris referert kraftstasjon (evt. område der kraftstasjon ligger). Om en har et system med nett-tariffer som er avhengig av for eksempel avstand fra uttakssted, vil den pris som kjøper oppnår, inklusive nett-tariff, bli forskjellig. Med stor produksjon av slik kraft nær kunde i Norge vil da prisen kunne bli lavere i Norge (eller den delen av Norge) enn på steder i Norge eller utlandet som ligger lenger fra produksjonsstedet. Dermed kunne man i prinsippet oppnå de konkurransefordeler som man er ute etter med et slikt marked. Dette reiser rettslige problemer, jf. kapittel 5.

Det eksisterer imidlertid ingen kilometeravgift i kraftnettet i dagens system. En slik ordning som skissert over vil derfor innebære et helt nytt prinsipp for prising av nett-tjenester. I dag har de nordiske landene et punkttariffsystem, og flere europeiske land kommer etter. Det betyr at en produsent betaler en avgift for å sende kraft inn i en node i dette systemet, og forbrukeren betaler en avgift for å ta ut kraft i en node i systemet. Det finnes en god grunn til at det er slik. Kraft matet inn i systemet vil følge minste motstands vei i nettet. Det betyr at kraft matet inn i Alta kan tas ut netto i Bergen, Oslo, Stockholm, København, Helsinki, eller et sted på kontinentet. Det er heller ikke så viktig hvor den tas ut. Det viktige er at det hele tiden må være balanse mellom den mengde kraft som totalt mates inn i alle noder og den kraft som tas ut i alle nodene, hensyn tatt til de totale krafttapene. Det finnes ingen kjent metode å måle hvilket tap som følger av at kraft mates inn i en node og ut i en annen node. Krafttappet er avhengig av den samlede innmatingen i nettet som må til for å dekke uttaket – det varierer over døgnet, timer, år etc. – altså av den balanse og sammensetningen av etterspørsel- og tilbudssiden man til enhver tid har i det totale systemet.

I et slik punkttariffsystem vil den pris som kraftprodusent får for sin kraft, i et eget transparent industrikraftmarked, være lik uansett om kunden er i Åbo, Kiruna, Odda eller Sauda. Det er ikke økonomisk rasjonelt å differensiere prisen etter kundegrupper. En slik diskriminering vil påføre produsenten et tap og dessuten skape rettslige problemer, jf. kapittel 5.

En tredje og mer realistisk tolkning er at 'produksjonsstedet' er det prisområdet som kraften mates inn i, det vil si at kraften mates inn i sentralnettet. Hvis for eksempel Statkraft er pålagt å levere kraft i Sør-Norge, er det Sør-Norge som er definert som produksjonsstedet. Da vil produksjonen bli anmeldt i Sør-Norge (i Statnett-terminologien – område 1 – NO1).

Gitt at produksjonen mates inn i Sør-Norge, er det ikke lenger tale om etterspørsel fra kjøpere i det lokale området hvor kraften produseres. Enhver kvalifisert kjøper som er lokalisert i det aktuelle prisområdet vil kunne gi en anmelding i dette kraftmarkedet. Hvis Sør-Norge er integrert med resten av det nordiske markedet, innebærer dette at samtlige kvalifiserte kjøpere i hele det nordiske markedet kan gi en anmelding i dette markedet. Gitt at det eksisterer et punkttariffsystem i det nordiske markedet (se over), er alle kvalifiserte kjøpere i Norden likestilte. Kraft som mates inn i Sør-Norge kan like gjerne kjøpes av en kunde i Finland som en kunde i Sør-Norge, da det ikke vil være noe avgift som avspeiler kundens avstand til produksjonsstedet.

Hvis det derimot er en på forhånd kjent flaskehals mellom områder med produksjon av industrikraft og etterspørrere av slik kraft, nærmere bestemt at overføringsledningene mellom Sør-Norge og omkringliggende områder antas å bli fullt utnyttet, vil det i praksis kun være kvalifiserte kjøpere i Sør-Norge som kan gi en anmelding. Kvalifiserte kjøpere i andre prisområder må gi en anmeldelse i sitt område, og det vil da kunne være et område uten noe tilbud i industrikraftmarkedet.

Det tredje alternativet vi her har skissert vil være et kraftmarked som kommer i tillegg til det allerede eksisterende marked. Rent teknisk kan vi ikke se at det er noe som er til hinder for å lage flere enn én markeds plass for omsetning av elektrisitet. Vi har allerede i dag flere markeds plasser i ulike land som ikke er fullt integrerte. Det er da teknisk fullt mulig å etablere en markeds plass til. Dette kan for eksempel gjøres etter samme modell som for de andre børsene, for eksempel Nord Pool. Systemoperatørene må da få informasjon om hvor mye som mates inn og hvor mye som tas ut i ulike prisområdet, for å kunne planlegge en god

disponering av det eksisterende nettet. Men det bør være fullt mulig å gjennomføre i praksis, på samme måte som det i dag er mulig med egne industrikontrakter som er helt frikoblet fra Nord Pool.

Ifølge forslaget fra Arbeiderpartiets industrikraftgruppe ønsker en konkurranse om langsiktige avtaler om kraft knyttet til industriproduksjon. En naturlig måte å oppnå det på er å ha en lignende ordning som på Nord Pool. Det er i utgangspunktet et fysisk marked hvor det omsettes kraft for hver time det kommende døgnet. Dette gir en referansepris. Aktørene kan så gjennom prissikringskontrakter sikre seg stabile rammebetingelser hva angår hvilken pris de må betale i fremtiden. Dermed har en et auksjonsbasert system med en referansepris, og mulighet for å sikre seg mot store fremtidige prissvingninger. Ett mulig problem er imidlertid størrelsen på markedet. Det er en reell fare for at det ikke er tilstrekkelig stor omsetning til at en kan sikre et velfungerende marked, ikke minst for prissikringskontrakter med lang varighet (for eksempel for priser fem til ti år frem i tid). Dessuten er det også grunn til å advare mot effekten av en slik ordning på Nord Pool. Et eget industrikraftmarked vil trekke omsetning bort fra Nord Pool. Dette vil redusere mulighetene for at det er et velfungerende marked på Nord Pool, ikke minst for langsiktige prissikringskontrakter.

La oss se helt bort fra problemene nevnt over knyttet til spørsmålet om et eget industrikraftmarked blir velfungerende. Hvordan vil industrikraftmarkedet forholde seg til det eksisterende kraftmarkedet, det vil si dagens spotmarked for fysiske leveringer? Da alle kvalifiserte kjøpere har mulighet for å kjøpe enten i industrikraftmarkedet eller på Nord Pool, vil prisen i industrikraftmarkedet normalt ikke overstige prisen på Nord Pool. Grunnen er at de kvalifiserte kjøperne alltid vil kjøpe der hvor det er billigst, og dermed vil det aldri være omsetning i industrikraftmarkedet til en pris som er høyere enn spotprisen. Dette forhindrer ikke at det i et marked der spotpris varierer betydelig kan være perioder hvor industrikraftprisen kan være høyere enn spotprisen. Siden man i en kontrakt av lengre varighet kjøper seg en grad av sikkerhet og normalt må betale for denne, vil faste kontrakter normalt ha en høyere pris enn spotprisen. Dette er imidlertid ikke intensjonen med å etablere et industrikraftmarked. Derimot kan det i prinsippet tenkes at prisen i industrikraftmarkedet er lavere enn spotprisen. Grunnen er at en stor andel av kjøperne på Nord Pool vil være forhindret fra å kjøpe i industrikraftmarkedet, og dermed kan disse kjøperne ikke skifte over til industrikraftmarkedet og derigjennom sikre at prisene utjevnes. Dermed ser vi at et industrikraftmarked – hvis det er velfungerende – i prinsippet kan lede til lavere priser for de kvalifiserte kjøperne, nettopp det som er motivet bak opprettelsen av et industrikraftmarked.

4. Mulige konsekvenser for det norske kraftmarkedet

Som nevnt over, er det *teoretisk mulig* at opprettelsen av et slikt marked fører til lavere pris for de kjøpere som er kvalifiserte til å delta i dette markedet. Det er imidlertid *langt fra opplagt* at opprettelsen av et slikt marked vil føre til lavere pris for kvalifiserte kjøpere. Det er også et åpent spørsmål om det er norske kvalifiserte kjøpere som tilgodeses dersom det faktisk blir en lavere pris. I det følgende vil vi drøfte konsekvensene dersom det blir prisforskjeller, drøfte om det faktisk vil oppstå prisforskjeller i markedet, om dette i så fall vil tilgodese norske forbrukere, og om det faktisk er mulig på lang sikt å få en effektiv tilbudsside i et slikt marked.

4.1 Konsekvenser av prisforskjeller

La oss inntil videre anta at prisen i industrikraftmarkedet er lavere enn prisen i det åpne spotmarkedet (Nord Pool). Dette vil påvirke både fordeling av inntekt mellom ulike aktører og selve ressursbruken i samfunnet.

Lav pris i industrikraftmarkedet vil innebære at de kvalifiserte kjøperne etterspør mer kraft enn hva de ellers ville etterspurt. Det er nettopp hele ideen bak forslaget, da det gjør det lønnsomt for noen kvalifiserte kjøpere å kjøpe kraft. Hvis de skulle kjøpt kraft i det åpne markedet, ville de ikke funnet det lønnsomt. Økt forbruk av noen kvalifiserte kjøpere vil innebære at det blir mindre kraft tilgjengelig for andre kjøpere i markedet. Mindre kraft tilgjengelig i det åpne markedet vil innebære at prisen i spotmarkedet presses opp. Dermed har etableringen av industrikraftmarkedet ført til lavere pris for de kvalifiserte kjøperne og høyere pris for alle andre kjøpere.

Prisforskjellen vil ikke bare lede til omfordeling mellom ulike kjøpere, men i tillegg til et ressurstap. Når det er ulik pris for samme vare, innebærer det at betalingsvilje for den siste enhet er forskjellig i de to markedene. Prisen avspeiler marginal betalingsvilje, det vil si hvor høyt kunden verdsetter den siste enheten som omsettes. Dette innebærer at ved å flytte en enhet produksjon fra markedet med lav pris til markedet med høy pris vil netto verdiskapning i samfunnet øke. Grunnen er at kraften tas bort fra en anvendelse hvor den verdsettes lavt til en anvendelse hvor den verdsettes høyt. For å konkretisere dette, la oss anta at den kvalifiserte kjøper i industrikraftmarkedet betaler 10 øre/kWh, mens spotprisen på Nord Pool er 25 øre/kWh. Dette vil innebære at ved å flytte en kWh kraft fra industrikraftmarkedet til det ordinære markedet, genereres det en verdi lik 15 øre. Da kraftmarkedet er stort, er det store verdier som kan gå tapt dersom det er prisforskjeller. I Bye og Strøm (1987)¹ ble tapet ved den tidens kontrakter kontra en fri markedspris anslått til 4,5 milliarder kroner per år. Tapet vil selvsagt avhenge av hvilke volumer man snakker om og hvor store prisforskjellene er, men dette illustrerer at de samfunnsøkonomiske tapene kan være betydelige ved et slikt industrikraftmarked.

Ovenstående avhenger av at det ikke eksisterer muligheter for tilbakesalg av den kraften som kjøpes i industrikraftmarkedet til det ordinære markedet. Om dette skulle være mulig, vil prisen i industrikraftmarkedet etter hvert bli lik prisen i det ordinære markedet. Når det ikke eksisterer muligheter for tilbakesalg, ville dette kunne skape kortsiktige problemer i industrikraftmarkedet. Det er stokastikk på både etterspørselsiden og tilbudssiden i kraftmarkedet. Det vil det også være i industrikraftmarkedet. Om det oppstår ubalanser, vil den kortsiktige prisen kunne fluktuere mellom null (for mye tilbud) og uendelig (for lite tilbud). Når det inngås lange kontrakter, må fluktuasjoner på tilbuds- og etterspørselsiden utjevnes med motkjøp i det ordinære markedet, eventuelt i det ordinære regulerkraftmarkedet.

Det er grunn til å minne om at kraftkrevende industri (inklusive treforedling) forbruker om lag 40 TWh per år, hvilket utgjør i underkant av 1/3 av det norske forbruket. Dette illustrerer at en eventuell redusert etterspørsel fra denne gruppen kjøpere kan ha stor betydning for kraftbalansen. I en situasjon der det er vanskelig å bygge ut mer vannkraft, kan en omdisponering av kraften være et godt alternativ. I stedet for å bygge ut dyr, ny kraft, kan en få kanalisert kraft bort fra den del av kraftkrevende industri som har lav verdiskapning. Dette

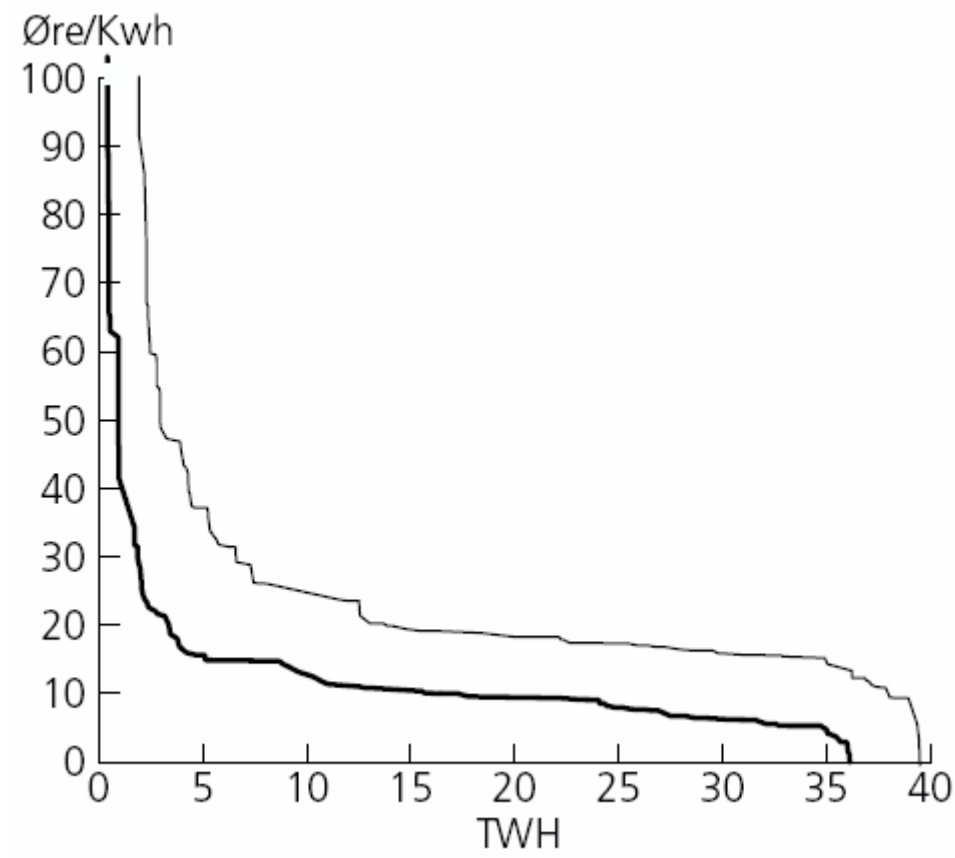
¹ Bye, Torstein og Steinar Strøm (1987): Kraftpriser og kraftforbruk, Sosialøkonomen nr.4 1987. I tillegg kommer indirekte kostnader.

kan avgjort bidra til å dempe prispresset generelt i kraftmarkedet, og dermed komme annen industri og vanlige forbrukere til gode. Opprettelsen av et industrikraftmarked kan begrense muligheten for å oppnå en slik omdisponering av kraftressursene.

4.2 Vil det oppstå prisforskjeller?

Er det grunn til å tro at det vil oppstå lavere pris på industrikraft hvis vi oppretter et eget industrikraftmarked? Betalingsviljen hos alle kunder, også industrikunder, i markedet er vanligvis fallende med den mengden som tilbys. Det betyr at med et økende tilbud vil den mengden som kan tilfredsstilles bli større og prisen vil falle. Hvis tilbudet er stort nok kan prisen falle ned til det nivå man ønsker med et slikt industrikraftmarked. Spørsmålet er imidlertid hva man i dette tilfelle mener med at tilbudet er stort nok. Det må opplagt være stort nok i forhold til den etterspørselen som vi ønsker at det skal være i et slikt marked. La oss inntil videre kun betrakte det norske markedet, og anta at de kvalifiserte kjøperne er kraftkrevende industri og treforedling i Norge.

Figur 1. Kortsiktig (øverste kurve) og langsiktig (nederste kurve) etterspørsel etter elektrisk kraft i kraftintensiv industri og treforedling, 1993.



Kilde: Bye Torstein, Michael Hoel og Steinar Strøm: Et effektivt kraftmarked - konsekvenser for kraftkrevende næringer og regioner. Sosiale og økonomiske studier, no 102, Statistisk sentralbyrå.

La oss bruke en figur fra Bye, Hoel og Strøm (1999)² som en illustrasjon på forskjeller i betalingsvilje blant denne type kjøpere. Figuren er laget ved at en har sett på overskuddene i alle de kraftintensive bedriftene i Norge i 1993. Selv om tallene er gamle, indikerer de godt poenget som framføres nedenfor. Overskuddene kan *i prinsippet* benyttes til å betale mer for kraften enn de allerede betaler i dag, korrigert for at de vil ha en normal avkastning av investeringene sine. Vi kan da regne ut en betalingsvilje for kraft for hver enkelt bedrift i øre/kWh. Hvis vi nå rangerer disse bedriftene etter betalingsvilje får vi en fallende ”etterspørselskurve”. Denne kurven indikerer at selv med en gjennomsnittlig dårlig lønnsomhet i den kraftintensive industrien er det bedrifter som har god lønnsomhet og dermed høy betalingsevne. Hvis disse tallene fortsatt var gyldige, ville det innebære at i et eget industrikraftmarked vil de mest betalingsdyktige blant disse bedriftene ha en høyere betalingsvilje enn selv dagens kraftpris i det ordinære markedet. I et industrikraftmarked vil disse kvalifiserte kjøperne overby kjøper med en lavere betalingsvilje, og dermed vil de som har lavest betalingsvilje måtte stille sist i køen av kjøpere.

I følge Nasjonalregnskapets tall for lønnsomhet i disse næringene var den gjennomsnittlige avkastningen i 1993 i underkant av 3 prosent. Gjennomsnittlig avkastning for de samme næringene i perioden 2002-2004 var ifølge nasjonalregnskapstallene om lag 4 prosent. Dette tilsier at betalingsevnen i dag kan være høyere enn antydning i figuren. Kurven i figuren ovenfor indikerer at en stor del av industrien i så fall har en betalingsvilje som overstiger dagens kraftpris i markedet. Det betyr at et industrikraftmarked må ha et betydelig omfang om det skal kunne gi lavere priser enn dagens markedspris i det ordinære markedet.³

Det kan hevdes at store deler av industrien allerede har signert kommersielle kontrakter og derfor ikke vil være kunder i et slikt industrikraftmarked. Dette er dessuten de som har høyest betalingsvillighet, siden de allerede har signert kontrakter i det ordinære markedet. På lengre sikt vil imidlertid disse delta i et mer gunstig industrikraftmarked og presse prisen opp. På lang sikt vil en dermed måtte stille til rådighet kraft også for disse for å få en lavere pris i industrikraftmarkedet, hvis vi antar at Norge er et avgrenset marked. For å få en tilstrekkelig mye lavere pris, vil volumet måtte økes vesentlig utover dette også.

4.3 Tilgodese norske kjøpere?

Så langt har vi analysert et isolert norsk marked. Som beskrevet foran eksisterer det imidlertid et nordisk kraftmarked. I situasjoner der det er et integrert nordisk marked vil det innebære at kvalifiserte kjøpere i all nordiske land kan by i industrikraftmarkedet. Hvis det utformes et system som de facto leder til at kraftkrevende industri er de eneste kvalifiserte kjøperne, vil det innebære at i en stor andel av tiden vil kraftkrevende industri i hele det nordiske markedet være kvalifisert til å delta i industrikraftmarkedet. I 2003 var hele det nordiske kraftmarkedet integrert i over halvparten av tiden, og Sør-Norge et eget prisområde i under 10 % av tiden. I andre år har vi imidlertid observert et større omfang av flaskehalser. I 2002 var det for eksempel et integrert nordisk marked i 32 % av tiden.⁴ Det illustrerer at det er vanskelig å utforme et industrikraftmarked som kun tilgodeser norsk industri. For det første vil som nevnt

² Bye, Torstein, Michael Hoel og Steinar Strøm: Et effektivt kraftmarked - konsekvenser for kraftkrevende næringer og regioner. Sosiale og økonomiske studier 102, Statistisk sentralbyrå.

³ Figuren kan illustrere et omfang ved at en kraftpris på om lag 25 øre/KWh (om lag dagens pris) tilsvarer en mengde på om lag 10–15 TWh. En pris på om lag 15 øre/KWh tilsvarer en mengde på om lag 20–25 TWh. I tillegg kommer eventuell etterspørsel fra andre land.

⁴ Se Bye, Torstein, Nils Henrik von der Fehr, Christian Riis og Lars Sørgard (2003): Kraft og makt. En analyse av konkurranseforholdene i kraftmarkedet. Utredning skrevet på oppdrag av Arbeids- og Administrasjonsdepartementet.

kvalifiserte kjøpere i andre land i store perioder nyte godt av en eventuell lav pris. For det andre vil utvidelsen av antallet kvalifiserte kjøpere gjøre det enda vanskeligere å oppnå en lav pris i industrikraftmarkedet. For eksempel vil svenske og danske kvalifiserte kjøpere som kjøper kraft i det ordinære markedet med ett skifte over til industrikraftmarkedet, og dette vil foregå helt til prisen i industrikraftmarkedet er den samme som i det ordinære markedet.

På lang sikt vil det nordiske kraftmarkedet bli tettere integrert med det europeiske kraftmarkedet. Den norske kraftintensive industrien utgjør en mindre andel av den totale kraftintensive industrien i Europa. La oss anta at vi dekker 20 prosent av denne og at betalingsvillighetskurven for Norge er om lag representativ for den europeiske. Da må de volumer som må stilles til disposisjon for at prisen i et industrimarked skal falle under dagens markedspris, være minst 5 ganger det innenlandske behovet. For at prisen skal falle ned til et for industrien akseptabelt nivå må dette volumet være vesentlig større enn dette. Dette vil det selvsagt være umulig for Norge å bære alene. Det vil kreve et storstilt samarbeid i alle europeiske land.

Et alternativ til en storstilt satsing på tilbudssiden i et industrielt marked er å begrense etterspørselssiden i dette markedet sterkt. Da må det etableres et sett av objektive kriterier for en slik begrensning. Her kan man antakelig ikke benytte prosessindustri (jfr. begrensningen i el.avgiften) som et slikt kriterium da hele den kraftintensive industrien er prosessindustri. En begrensning på næring, for eksempel bare treforedling, bare aluminium eller bare ferrolegeringsindustri eller bare kjemisk industri, vil antakelig avføde sterke diskusjoner omkring avgrensningen. Like viktig er at man selv med en slik avgrensning vil stå overfor et stort europeisk marked med fallende etterspørselskurve der en betydelig del av markedet har høy betalingsvilje. Et fall i prisen vil da kreve store kraftmengder avsatt i dette markedet, med fallende lønnsomhet i kraftselskapene. Fallende lønnsomhet i private selskaper reduserer investeringsviljen også i det ordinære kraftmarkedet (deler av kapasiteten tilføres dette) og øker dermed prisene også i dette markedet.

Det virker som om hensikten med å etablere et eget industrikraftmarked er å nå et begrenset antall kunder med lave priser. Ekspertgruppen har vanskelig for å tenke seg objektive kriterier for valg av slike bedrifter som vil være treffsikre og samtidig akseptable i form av at de vil kunne bli godkjent under EØS-reglene.

4.4 Vil vi få en tilstrekkelig tilbudsside i et slikt marked?

Med mindre etterspørselssiden begrenses sterkt, noe det er grunn til å tvile på er mulig ut fra objektive kriterier, vil et eget industrikraftmarked øke over tid. For eksempel kan deler av den kraftintensive industrien i Norge som per i dag har signert kontrakter på kommersielle vilkår, til erstatning for de lange kontraktene med lave priser de hadde tidligere og som er forfalt, ønske å gå inn i industrikraftmarkedet fordi prisene er lavere her enn i det kommersielle markedet. Bedrifter som omfattes av dette markedet kan også tenkes å ekspandere av ulike grunner (naturlig ekspansjon, ta ut stordriftsfordeler etc.). Nye bedrifter kan også komme til.

Ekspansjon av tilbudssiden i dette markedet vil være et problem. Vi var i kapittel 3 inne på at en måte å fastsette tilbudssiden i et eget industrikraftmarked, er å pålegge det statlige selskapet Statkraft å gjøre dette, evt. at flere land gjør tilsvarende med de statlige selskaper de har kontroll med. Om dette er rettslig holdbart, vil bli drøftet i kapittel 5. Et alternativ kan være å pålegge alle kraftprodusenter, også privateide, å stille en viss mengde kraft til disposisjon for et industrikraftmarked. Man kan tenke seg at dette gjøres gjennom

omsetningskonsesjonene. Kraftproduksjonsselskaper som blir pålagt en konsesjonsbetingelse om å selge deler av kraften i et marked med lavere priser enn de som er ellers i markedet, må ha økt pris i det ordinære markedet for å kunne få lønnsomhet i prosjektene sine. Men denne økte prisen vil de vanskelig kunne ta ut i dette markedet med mindre alle produsenter i alle land får et slikt påbud (og med like andeler). Grunnen er at de produsenter som ikke får dette påbudet kan ta en lavere pris. Dermed vil de selskaper som får et konsesjonsvilkår om å levere andeler i industrikraftmarkedet neppe bygge ut, da det vil være ulønnsomt i konkurranse med selskaper som ikke får en slik konsesjonsbetingelse. I et integrert europeisk kraftmarked vil dermed tilbudssiden i et slikt separat industrikraftmarked på lang sikt stå i fare for å bryte sammen.

Et alternativ til å legge inn i konsesjonsvilkårene at andeler av produksjonen skal gå til et slikt marked er å etablere egne selskaper som leverer all kraft til et slikt marked. Da er spørsmålet om prising i et slikt marked direkte knyttes til kostnadene ved etablering av nye kraftproduksjonsselskaper. Da vil prisen også på lang sikt bli lik prisen i det ordinære markedet - med mindre slike selskaper subsidieres.

5. Rettslige problemstillinger

5.1 Oversikt over regelverket

Markedet for elektrisk kraft innenfor EØS reguleres i dag av et samspill mellom de generelle reglene i EØS-avtalen og såkalt sekundærlovgivning – direktiver og forordninger. Sekundærlovgivningen gjelder primært tilrettelegging av et indre marked for elektrisk kraft gjennom regler om hvordan nettoperatører skal være organisert, og hvordan de skal opptre overfor kraftprodusenter/leverandører og kraftkjøpere.⁵ Det grunnleggende prinsipp om at elektrisk kraft, som andre varer, skal kunne selges over landegrensene når dette er fysisk mulig, følger av de allmenne prinsipper i EØS-avtalens hoveddel (og EF-traktaten) om fri bevegelse for varer, særlig forbudene mot import- og eksportrestriksjoner.⁶ Også hindringer på inngåelse av finansielle kraftkontrakter må antagelig behandles etter varereglene.⁷

I tillegg til reglene om fri bevegelse for varer kommer reglene om konkurranse og statsstøtte til anvendelse på elektrisitetsmarkedet. I forhold til forslaget om et eget marked for industrikraft er det særlig statsstøttereglene som er aktuelle.

⁵ EU har nylig vedtatt et par sentrale rettsakter om markedet for elektrisk kraft. Dette er for det første direktiv 2003/54 om felles regler for det indre marked for elektrisitet og om opphevelse av direktiv 92/96. Sistnevnte direktiv er del av EØS-avtalen, mens direktiv 2003/54 ennå ikke er gjort til del av avtalen. Så vidt ekspertgruppen har forstått, er det imidlertid klart at direktiv 2003/54 vil bli gjort til del av EØS-avtalen. For det annet har EU vedtatt forordning nr. 1228/2003 om betingelse for netttadgang i forbindelse med grenseoverskridende elektrisitetsutveksling. Ekspertgruppen legger til grunn at forordningen vil bli gjort til del av EØS-avtalen.

⁶ EØS-avtalens vareregler kommer til anvendelse på elektrisk kraft, jf. avtalens art. 8 nr. 3 bokstav a, som viser til kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding varer, der elektrisk kraft er oppført under posisjon 27.16. EF-domstolen har også lagt til grunn at EF-traktatens vareregler kommer til anvendelse på elektrisk kraft, jf. sak C-393/92 *Almelo*, Sml. 1994 s. I-1477.

⁷ Jf. Kommisjonens meddelelse KOM(87) 550 Skabelse af et integreret finansielt område i Europa s. 13, der det heter at opsjoner, terminkontrakter, swaps og andre nye finansielle teknikker må behandles etter samme regler som det underliggende finansielle instrument. I den grad den underliggende transaksjon ikke er et finansielt instrument men en fysisk vare, er det dermed naturlig å legge til grunn at de tilhørende ”finansielle” kontrakter skal behandles etter varereglene. Reelt sett er det da også restriksjonenes innvirkning på den fysiske vareomsetningen som i utgangspunktet er rettslig interessant i et indre markeds-perspektiv.

5.2. Statsstøtte

I henhold til EØS-avtalen art. 61 skal ”støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene”. I forhold til spørsmålet om et eget marked for industrikraft vil utgjøre statsstøtte, er det hensiktsmessig å bryte opp bestemmelsen i følgende tre vilkår:

- Det må foreligge ”støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form”.
- Dette må være støtte som ”vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer”, og som ”påvirker samhandelen mellom avtalepartene”.
- Støtten må ikke kunne anses som ”forenlig med denne avtales funksjon” i henhold til de foreliggende retningslinjer. Avgjørelsen av om dette er tilfellet, tilligger EFTAs overvåkningsorgan med EFTA-domstolen som overprøvingsinstans.

Støttebegrepet

Det følger av ordlyden i art. 61 at støtten må stamme fra ”statsmidler i enhver form”. Hvis vi først tenker oss at det bare er Statkraft som pålegges å levere kraft til det separate markedet for industrikraft, vil dette vilkåret være oppfylt. Det gjelder selv om de ”statsmidler” det her er tale om, er inntekter som Statkraft går glipp av ved ikke å kunne selge kraften til en høyere pris på det alminnelige marked. At tapte inntekter, ikke bare overføring av midler som allerede er hos det offentlige, omfattes av støttebegrepet i art. 61, er klart.⁸ Det følger videre av EF-domstolens rettspraksis at også midler som offentlig kontrollerte foretak har tjent gjennom vanlig virksomhet i et konkurranseutsatt marked, regnes som ”statsmidler” i forhold til statsstøttebestemmelsen dersom det offentlige direkte eller indirekte ha en dominerende innflytelse over foretaket.⁹ Ettersom Statkraft er 100% statseid, er dette vilkåret oppfylt.¹⁰

⁸ Se f.eks. forente saker 67, 68 og 70/85 *van der Kooy*, Sml. 1988 s. 219, som gjaldt billig naturgass fra det statlig kontrollerte Gasunie til nederlandske gartnerier, dommens avsnitt 28: ”I en sådan situation anvender medlemsstaten eller den enhed, som den har indflydelse på, ikke tariffen som en almindelig erhvervsdrivende, men anvender den til at begunstige energiforbrugerne - ligesom visse virksomheder, som den yder støtte - med en økonomisk fordel ved at give afkald på den fortjeneste, som den normalt kunne få.” Tilsvarende synspunkter finner vi i sak C- 251/97 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1999 s. I-6639 (avsnitt 35–36). Et eksempel på det samme er i og for seg sak E-6/98 for EFTA-domstolen, *Norge mot EFTAs overvåkningsorgan*, EFTA-saml. 1999 s. 73 (differensiert arbeidsgiveravgift). Hvor det ikke foreligger rettspraksis fra EFTA-domstolen legger ekspertgruppen til grunn at det relevante EØS-regelverk må tolkes i overensstemmelse med rettspraksis fra EF-domstolen, jf. art. 6 i EØS-avtalen og art. 3 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol. Gruppen kan ikke se at det er særskilte EØS-hensyn ved de EØS-regler som her er aktuelle, som skulle tilsi en annen tolkning av EØS-reglene enn de tilsvarende reglene i EU-retten.

⁹ Jf. sak C-482/99 *Stardust Marine*, Sml. 2002 s. I-4397 (dommens avsnitt 35–37, med henvisning til tidligere rettspraksis).

¹⁰ *Stardust Marine* dreide seg om banken Crédit Lyonnais med tilhørende datterselskaper. I selve banken Crédit Lyonnais eide den franske stat på dette tidspunkt 80% av aksjene, samtidig som den franske stat direkte oppnevnte styreformann og to av styremedlemmene. Dette var åpenbart nok for EF-domstolen. I datterselskapene eide så Crédit Lyonnais over 90% av aksjene. Det spilte ingen rolle at de midler banken og datterselskapene hadde brukt til å støtte et vaklende foretak, var innhentet gjennom bankens vanlige kommersielle virksomhet: ”[D]et er tilstrækkeligt til at anse dem for statsmidler, at de til stadighed er under de offentlige myndigheders kontrol og dermed står til rådighed for de kompetente nationale myndigheder” (avsnitt 37). Domstolens begrunnelse for hvorfor disse midlene måtte anses som statsmidler i forhold til

For at det skal foreligge statsstøtte, må støttetiltaket videre kunne ”tilregnes staten”.¹¹ Dette vil også være tilfellet her, ettersom markedet for industrikraft forutsettes etablert på grunnlag av politiske vedtak.

Dersom alle kraftprodusenter i landet pålegges å avgi kraft til det separate markedet for industrikraft, f.eks. gjennom endrede vilkår i omsetningskonsesjonene, vil vilkåret i art. 61 om ”statsmidler” på den annen side ikke være oppfylt i forhold til private produsenter som det offentlige ikke har noen bestemmende innflytelse over.¹²

I forhold til kommunalt og fylkeskommunalt eide kraftverk vil avgivelsen av billig kraft til det separate industrikraftmarkedet skyldes et tiltak som må ”tilregnes” en annen instans, nemlig staten, enn de offentlige instanser som eier kraftprodusentene – instanser som formodentlig ikke selv ville ha gitt et slikt pålegg til sine kraftselskaper. Dette er imidlertid neppe tilstrekkelig til at ordningen skjærer klar av statsstøttereglene. Også støtte fra regionale myndigheter rammes av art. 61, og regionale og kommunale myndigheter identifiseres ellers med staten i EØS-rettslig sammenheng, ettersom den enkelte stats EØS-forpliktelser ikke kan variere avhengig av hvordan staten internt har organisert seg.

Det kan imidlertid reises spørsmål om en ordning som omfatter alle kraftprodusenter, også de private, vil skjære klar av statsstøttereglene også i forhold til Statkraft og de kommunale og fylkeskommunale ut fra følgende resonnement: Så lenge bare private aktører berøres, oppstår ingen statsstøtte, jf. ovenfor. Men – kan det kanskje hevdes – når markedet består av både private og offentlige aktører, må staten fortsatt kunne regulere ut fra et prinsipp om likebehandling av private og offentlige aktørene, selv om det betyr at også de offentlige aktørene må ”avgis” visse fordeler til motpartene i markedet. Hvis ikke, ville staten i en slik situasjon enten måtte avstå helt fra tiltaket, også i forhold til de private, eller bare pålegge privateide foretak byrden. På den annen side kan et slikt opplegg også fremstå som omgåelse av statsstøttereglene, særlig dersom de offentlige aktørene er dominerende.¹³ Foreliggende rettspraksis gir da også en antydning om at dersom dette resonnementet overhodet skal kunne føre frem, må de offentlig kontrollerte foretakene utgjøre en mindre andel av de foretak som blir pålagt byrden.¹⁴ Det er ikke tilfelle for norsk kraftforsyning. Som nevnt i punkt 4.4

statsstøttebestemmelsen gikk på at ”[n]år staten udøver en dominerende indflydelse på sådanne virksomheder, er den nemlig fuldt ud i stand til at træffe bestemmelse om anvendelsen af disses midler, herunder om de i givet fald skal anvendes til at finansiere særlige fordele for andre virksomheder” (avsnitt 38). EF-domstolen har anført tilsvarende synspunkter allerede i *van der Kooy*, nevnt ovenfor (avsnitt 28). Her hadde den nederlandske stat 50% av aksjene.

¹¹ Jf. bl.a. *Stardust Marine* avsnitt 50–59, sak C-305/89 *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. I-1603 (avsnitt 13–14)

¹² Jf. sak C-379/98, *Preussen Electra mot Schleswag AG*, Sml. 2001 s. I-2099.

¹³ Et pålegg bare rettet til privateide foretak vil reise samme EØS-rettslige problemstilling som hjemfallsretten, nemlig om dette er diskriminering av den del av næringen som er åpen for investorer fra andre EØS-land. Det blir imidlertid et spørsmål i forhold til EØS-avtalens regler om etableringsrett og fri bevegelighet for kapital, ikke i forhold til statsstøttereglene.

¹⁴ *Preussen Elektra* gjaldt en tysk lov som påbød systemoperatørene å kjøpe kraft fra miljøvennlige kraftverk (vannkraft, vindkraft, bioenergi osv.) til en viss minstepris, for å sikre disse kraftverkene økonomi. Den systemoperatøren som saken gjaldt, var privateid, og EF-domstolen kom derfor til at denne operatørens betalinger til de miljøvennlige kraftverkene ikke utgjorde bruk av ”statsmidler”. Det fremgår imidlertid av dommens avsnitt 4 at kjøpsplikten påhvile så vel privateide som offentlig eide systemoperatører. I avsnitt 55 gjør domstolen uttrykkelig oppmerksom på at tyske myndigheter har besvart et skriftlig spørsmål fra domstolen om hvor omfattende det offentlige eierskapet i de relevante systemoperatørene var, med at bare to av de åtte største selskapene var offentlig eide. Deretter slipper domstolen denne problemstillingen.

ovenfor, mener ekspertgruppen at et slikt generelt pålegg til alle norske kraftprodusenter under enhver omstendighet er lite rasjonelt fra et økonomisk synspunkt.

For at et tiltak skal utgjøre statsstøtte som nevnt i art. 61, er det imidlertid ikke tilstrekkelig at ”statsmidler” berøres. Det ligger i selve begrepet ”støtte” at mottakerne av ytelsene må oppnå en *økonomisk fordel* de ellers ikke ville ha fått. I utgangspunktet kan dette synes enkelt i vårt tilfelle: Som ”fordel” regnes her ikke bare direkte tilskudd av likvide midler til foretak. Også andre typer tiltak som letter de byrder som normalt belastes foretakenes budsjetter, regnes som en fordel i denne sammenheng.¹⁵ Billig elektrisk kraft vil kunne være en slik fordel.

På den annen side ligger det også i begrepet ”støtte” at ytelser som fremstår som forretningsmessig fornuftige for tilbyder, ikke godt kan regnes som ”støtte”. Man kan også se det slik at det da ikke foreligger noen økonomisk fordel for mottakeren, sett i forhold til det vedkommende, eller tilsvarende aktører, i prinsippet kan oppnå gjennom å utnytte den normale markedsmekanismen. I forhold til statsstøttereglene har denne problemstillingen gjerne oppstått ved investeringer i offentlig eide foretak — også en offentlig eier må kunne investere frisk kapital i sin virksomhet, når dette fremstår som forretningsmessig fornuftig.¹⁶ Tilsvarende må gjelde når et offentlig eid foretak tilbyr ytelser som fremstår som forretningsmessig gunstige for det offentlig eide foretaket, selv om de potensielle avtakere hittil ikke er blitt tilbudt så fordelaktige ytelser i markedet til nå.¹⁷

I denne sammenheng er ikke *dagens marked* den eneste tenkelige målestokk for hvilke type kraftkontrakter som fremstår som forretningsmessig fornuftige fra kraftprodusentenes side. Man kan nok i prinsippet tenke seg at det offentlige utformer og påbyr bruk av kontrakter som markedet ikke selv har utviklet, men som likevel vil fremstå som kommersielt fornuftige for tilbydere av elektrisk kraft. Så lenge det eksisterende marked ikke er til hinder for at selgere og kjøpere av kraft selv utvikler slike kontrakter, innebærer likevel det faktum at markedet ikke har gjort det, en sterk formodning for at de langtidskontrakter som man her tenker seg for et særskilt marked for industrikraft, ikke er forretningsmessig fornuftige sett fra kraftprodusentenes side.¹⁸ Som det fremgår av kapittel 4 ovenfor, har ekspertgruppen

¹⁵ Jf. bl.a. sak C-256/97 *DM Transport*, Sml. 1999 s. I-3913 (avsnitt 19).

¹⁶ EF-domstolen har i denne sammenheng utviklet det såkalte markedsinvestorprinsippet: ”For at kunne afgøre, om sådanne foranstaltninger [dvs. tilførsel av ny kapital] udgør statsstøtte, må det undersøges, om en privat investor af en størrelse, der kan sammenlignes med organer, som forestår forvaltningen af den offentlige sektor, under tilsvarende omstændigheder kunne tænkes at ville have indskudt en kapital af den omhandlede størrelse”, jf. sak C-305/89 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1991 s. I-1603, avsnitt 19. Avsnitt 20 utfyller dette slik: ”I denne forbindelse skal det imidlertid præciseres, at der vel skal foretages en sammenligning mellem de indgreb, som iværksættes af en offentlig investor, når denne forfølger visse formål mht. økonomisk politik, og den fremgangsmåde, der følges af en privat investor, men denne sidste behøver ikke nødvendigvis være en almindelig investor, som placerer kapital til forrentning på kortere eller længere sigt, men skal dog i det mindste være et privat holdingselskab eller en privat koncern af virksomheder, som følger en global eller sektorbestemt strukturpolitik, og som lader sig lede af mere langsigtede rentabilitetsudsigter.” Markedsinvestorprinsippet kommer også til uttrykk i retningslinjene for statsstøtte fra EFTAs overvåkningsorgan.

¹⁷ Dette kan man i og for seg slutte motsetningsvis av sitatet fra avsnitt 28 i *van der Kooy*, gjengitt ovenfor. Vilkåret om disponeringen av midler i foretak som kontrolleres av det offentlige, må kunne ”tilregnes” det offentlige, kan også ses i dette perspektivet: Forretningsmessig fornuftige disposisjoner kan ikke ”tilregnes” det offentlige, men er foretakets egne.

¹⁸ Se her også avsnitt 29 og 30 i *van der Kooy*: ”Hertil bemærkes, at denne tarif kun gjaldt for væksthusgartnerier. I den erhvervsgren udgør opvarmningsudgifterne en betydelig del af produktionsomkostningerne. Hvis den for disse virksomheder gældende tarif under sådanne omstændigheder udviser en faldende tendens, som ikke forløber parallelt med udviklingen i tariffene for virksomheder, der ikke hører til samme erhvervsgren, giver denne konstatering et fingerpeg, som i princippet kan overbevise om, at præferencetariffen er en støtteforanstaltning. ... Det er imidlertid ikke tilfældet, hvis det påvises, at den

vanskelig for å se at et eget marked for industrikraft vil fremstå som forretningsmessig fornuftig fra produsentenes side.¹⁹

Konkurransевridning, påvirkning på samhandelen

I det følgende forutsettes det at det påtenkte markedet for industrikraft må regnes som støtte gitt av statsmidler ut fra forutsetningene ovenfor. For å rammes av art. 61 må ordningen videre virke slik at den ”vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer”, og den må gjøre det på en slik måte at ordningen ”påvirker samhandelen mellom avtalepartene”.

Disse vilkårene vil være oppfylt dersom ordningen bare er åpen for kraftkrevende industri (avgrenset på en eller annen måte i forhold til annen industri). Dette gjelder selv om ordningen er åpen for slik industri i hele EØS-området. De produkter som kraftkrevende industri produserer, vil i stor utstrekning konkurrere med produkter fra andre typer industri som ikke vil kunne oppnå den samme fordel. Dermed påvirkes konkurransen. Produsentene av disse produktene vil være spredt rundt i EØS-området, slik at samhandelen påvirkes. At kraftkrevende industri også utenfor Norge vil kunne nyte godt av ordningen på lik linje med norske foretak, endrer ikke på dette. Det er ikke noe vilkår etter art. 61 at støtten bare skal gå til landets egen industri.

Dersom man tenker seg at det særskilte markedet for langsiktige kontrakter er åpent *for enhver* i EØS-området, er det imidlertid ikke så lett å hevde at ordningen vil innebære en begunstigelse av «enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer». Skal et eget industrikraftmarked ha noen mening i forhold til det alminnelige markedet, må det likevel oppstilles visse vilkår for å kunne kjøpe, typisk i form av en minste mengde kraft pr. kontrakt, og et forbud mot videresalg. Slike vilkår kan komme til å skape problemer i forhold til statsstøttereglene. De vil innebære at bare de kjøpere som selv kan nyttegjøre seg all kraften som de må kjøpe som et minimum, i realiteten kan delta på markedet – hvilket i realiteten vil være en avgrensning til kraftkrevende industri, evt. også andre større konserner som for sin samlede virksomhet har et stort, jevnt og langvarig kraftbehov. Formodentlig må her realiteten være avgjørende i forhold til statsstøttereglene. Hvorvidt man da uansett vil stå tilbake med en så begrenset krets av mulige kjøpere at det vil være tale om begunstigelse av ”enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer”, er det vanskelig å uttale seg om før man vet konkret hva slags kontrakter som skal tilbys i markedet. Jo flere potensielle kjøpere det vil være, desto mindre vil problemene være i forhold til statsstøttereglene. Som det fremgår av punkt 4.3, vil imidlertid et stort antall kjøpere av den kraftmengde som realistisk kan stilles til disposisjon for et eget marked, ikke føre til den ønskede prisnedgang for kraftkrevende industri i Norge.

omtvistede præferencetarif på baggrund af det pågældende marked er objektivt berettiget af økonomiske hensyn som f.eks. nødvendigheden af at tage konkurrencen op på dette marked med andre energikilder, hvis pris er konkurrencedygtig i forhold til prisen på den pågældende energikilde. For at vurdere, om konkurrencen er reel, skal der ikke blot tages hensyn til prisernes respektive størrelse, men også til de omkostninger, der er nødvendige for en omstilling til en ny energikilde, som f.eks. omkostningerne ved at udskifte og afskrive fyringsanlæg.

¹⁹ I forhold til spørsmålet om forsyningssikkerhet bør det her nevnes at slik kraftforsyningssystemet i Norge er lagt opp, er det Statnetts oppgave å koordinere produksjon og forbruk. I den grad industribedrifter i denne forbindelse tilbyr særskilte forpliktelser til å stille deler av sin kapasitet til disposisjon i tilfelle kraftmangel, vil dette være forpliktelser overfor netteier gjennom såkalte effektkontrakter, ikke forpliktelser overfor kraftprodusentene, jf. Ulf Hammer: Kraftmarked og nettmonopol – kapittel IX i Thor Falkanger og Kjell Haagensen (red): Vassdrags- og energirett, Oslo 2002, s. 684.

Mulig godkjenning fra EFTAs overvåkningsorgan

Dersom det først foreligger statsstøtte, må ordningen meldes til EFTAs overvåkningsorgan. En mulig godkjenning der vil bero på om ordningen faller inn under en av de typer støtte som kan godtas. Disse er i det alt vesentlige begrenset til forskjellige slags forbigående støtteordninger, evt. regionalstøtte. Ren driftsstøtte er som utgangspunkt ikke mulig. Ettersom et eget marked for langsiktige kontrakter må være ment som en permanent ordning for hele landet, eller i alle fall store deler av det, jf. kapittel 1 ovenfor, vil disse typene lovlig støtte ikke være aktuelle. Ekspertgruppen viser her til gjennomgangen av de forskjellige tillatte støtteordningene i St.prp. nr. 65 (2004–2005) pkt. 3.17.2.2.

ODA protokoll 3 åpner for at EFTA-statene enstemmig kan bestemme at en viss type støtte skal anses som forenlig med avtalen ”dersom usedvanlige omstendigheter tilsier et slikt vedtak”. Ekspertgruppen har vanskelig for å se at den kraftkrevende industris behov for billigere kraft kan sies å skyldes ”usedvanlige omstendigheter”. For øvrig beror bruken av denne bestemmelsen på politiske vurderinger.

5.3 WTO og statsstøtte

Kraftkrevende industri konkurrerer også med bedrifter i land utenfor EØS. Disse landene vil i stor grad være medlemmer av Verdens handelsorganisasjon, WTO. I henhold til art. 1 i *Agreement on Subsidies and Countervailing Duties*, som inngår i WTO-regelverket, anses det å foreligge subsidiering bl.a. når ”government revenue that is otherwise due is foregone or not collected”. Det er tvilsomt om dette kan strekkes like langt som statsstøttereglene i EØS-avtalen i forhold til avkall på statskontrollerte foretaks inntekter fra forretningsmessig virksomhet som ellers ville ha vært mulig. Spørsmålet synes ikke berørt i panelavgjørelser eller avgjørelser fra appellorganet. Dersom dette anses å fall inn under definisjonen, synes imidlertid vurderingen av konkurransevridningsvilkåret ovenfor i stor grad å være overførbar på kravene til spesifisitet i subsidieavtalens art. 2. Det vil på den annen side uansett ikke dreie seg om subsidier som er direkte forbudt etter art. 3, men om subsidier som etter art. 5 kan lede til mottiltak etter art. 7 dersom vilkårene i art. 5 og 6 er oppfylt (bl.a. om ”serious prejudice to the interests of another Member”). Hvorvidt berørte WTO-land vil ta initiativet til mottiltak, vil i tillegg bero på politiske overveielser. I lys av konklusjonene ovenfor om statsstøttereglene i EØS går ikke ekspertgruppen nærmere inn på denne problemstillingen.

5.4 Konkurransereglene i EØS

Forslaget om opprettelse av et industrikraftmarked bygger på en forutsetning om at bl.a. Statkraft skal kunne spille en rolle som leverandør i dette markedet. Ettersom norske konkurransemyndigheter har ansett Statkraft å kunne ha en dominerende markedsstilling i det norske kraftmarkedet på grunn av flaskehalsproblematikk, i hvert fall i deler av året,²⁰ er spørsmålet om en slik (tidvis) dominerende aktør har adgang til å forskjellsbehandle kunder som kvalifiserer til å delta i industrikraftmarkedet, og andre kunder. Likedan er det spørsmål om foretaket har adgang til å forby kundene å videreselge kraften. Begge typer problemstillinger reguleres av konkurransereglene.

²⁰ Se V 2002 – 26 og V 2002 – 62.

Hovedspørsmålet vil være hvorvidt Statkraft i dag kan anses som dominerende i noe marked i EØS-avtalen artikkel 54s forstand. Forholdet til den norske konkurranseloven vil jo uansett kunne løses av norske myndigheter. Det vil sprengte rammene for denne vurderingen å foreta en analyse av om Statkraft vil kunne anses som dominerende leverandør i noe kraftmarked i dag iht EØS-avtalen, og ekspertgruppen tar derfor ikke stilling til det spørsmålet. Vi konstaterer at norske konkurransemyndigheter har ansett Statkraft å ha markedsrett i et norsk marked i deler av året og av den grunn har grepet inn mot Statkrafts oppkjøp. Dette må bety at det i hvert fall ikke kan *utelukkes* at det kan bli gjort gjeldende at Statkraft må forholde seg som en dominerende leverandør i kraftmarkedet når Statkraft setter sine forretningsbetingelser, og herunder må avstå fra å drive usaklig forskjellsbehandling av kunder eller pålegge kunder begrensninger mht hva de kan utnytte kraften til (herunder videresalg). Et ønske om å støtte kraftkrevende industri i konkurransen med andre foretak kvalifiserer ikke som ”saklig” i forhold til art. 54. Et slikt tiltak vil ha til formål å hindre den markedsutvikling som konkurransereglene skal fremme.

Konkurransereglene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og de tilsvarende reglene i konkurranseloven §§ 10 og 11 regulerer imidlertid bare *foretakenes* atferd i markedet. I den grad Statkraft og/eller andre foretaks opptreden i et industrikraftmarked er en ren konsekvens av et statlig påbud, vil kraftforetakene ikke kunne holdes ansvarlig for dette under konkurransereglene.²¹ Skulle kraftleverandørene selv, uten forutgående pålegg gjennom lov eller enkeltvedtak fra statens side, derimot legge til ytterligere begrensninger på konkurransen (for eksempel ved å forby kundene å selge kraften videre på eget tiltak), vil konkurransereglene etter omstendighetene kunne anvendes på forholdet og kraftforetakene holdes ansvarlige under disse. I den grad et eget industrikraftmarkedet ikke forutsetter behov for slike avtaler eller forretningsbetingelser utover de som pålegges av staten, trenger ikke dette å bli noe problem for Statkraft og de eventuelle andre berørte kraftleverandørene.

Selv om Statkraft ikke kan holdes ansvarlig for eventuelle statlig pålagte konkurransebegrensninger i form av usaklig forskjellsbehandling mellom kunder som påvirker dem i konkurransen nedstrøms eller forbud mot videresalg av kraften, vil imidlertid staten som pålegger Statkraft å gjennomføre slike konkurransebegrensninger kunne komme i et slikt ansvar iht. EØS artikkel 59. Artikkel 59 slår fast: ”Når det gjelder offentlige foretak, eller foretak som EFs medlemsstater eller EFTA-statene gir særlige eller eksklusive rettigheter, skal avtalepartene avholde seg fra å treffe eller opprettholde tiltak som strider mot reglene i denne avtale, særlig reglene i artikkel 4 og i artikkel 53 til 63.” Det betyr at staten vil bryte EØS-avtalen dersom staten pålegger Statkraft (eller kraftprodusenter som underlegges tilsvarende vilkår) å opptre i markedet på en måte som Statkraft selv ikke kunne valgt å gjøre i forhold til konkurransereglene.

EØS artikkel 59 (2) gir mulighet for et unntak på dette punktet: ”Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning (...) skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem.” Forutsetningen er videre at utviklingen av samhandelen ikke påvirkes i et omfang som strider mot EUs, medlemsstatene og EFTA-statenes interesser. Kommisjonen har i prinsippet

²¹ Et spørsmål er om staten kan velge å regulere Statkrafts virksomhet gjennom eierbeslutninger og ikke gjennom offentlig myndighetsutøvelse, uten at dette får betydning for konkurransereglenes anvendelighet i forhold til Statkraft. For å beskytte selskapet mot innsigelser på det punktet og sikre ordningens effektivitet, synes uansett det tryggeste å være at staten regulerer dette i kraft av sin myndighetsrolle, og ikke gjennom eierbeslutninger.

anerkjent forsyningssikkerhet som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.²² Men slik behovet for reservekapasitet i dag ivaretas av Statnett, er det vanskelig å se at det skulle være nødvendig å etablere et industrikraftmarked iht. offentlig pålegg for å ivareta dette behovet. Det vises her også til vurderingene i pkt. 5.5 om forsyningssikkerhet som begrunnelse for eksportrestriksjoner, og om vern av eget næringsliv mot konkurranse utenfra, som må gjelde tilsvarende her.

5.5 Fri bevegelighet for varer

I den grad statlige tiltak med sikte på å etablere et eget marked for langsiktige kraftkontrakter gjør det vanskelig for utenlandske kraftkjøpere å kjøpe norskprodusert kraft, oppstår spørsmålet om markedsordningen vil være i strid med forbudet i EØS-avtalens art. 12 mot tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative eksportrestriksjoner. EF-domstolen har konsekvent tolket den tilsvarende art. 29 (tidl. art. 34) i EF-traktaten på følgende måte:

”Denne bestemmelse tager sigte på nationale foranstaltninger, hvis formål eller virkning særlig er at hindre eksporthandelen og således skabe forskelsbehandling mellem handelen på hjemmemarkedet i en medlemsstat og dens eksporthandel, således at der herved sikres den pågældende medlemsstats indenlandske produktion eller hjemmemarkedet en særlig fordel til skade for produktionen eller handelen i andre medlemsstater.”

Sitatet er hentet fra sak 15/79 *Groenveld*, Sml. 1979 s. 3409 (dommens avsnitt 7), som gjerne regnes som den grunnleggende dommen om forståelsen av art. 29 (34). EF-domstolen har siden holdt fast ved at bare tiltak hvis formål eller virkning særlig er å hindre eksporthandelen, rammes av bestemmelsen.²³ Bestemmelsen tolkes altså ikke likt med EF-traktatens artikkel 28 (tidl. art. 30, tilsvarende EØS-avtalen art. 11) om tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner, der domstolen også har slått ned på nasjonale ordninger som virker likt for importerte varer og innenlandske produkter.²⁴

Formuleringen ”formål eller virkning” indikerer at det ikke bare er ordninger som etter sitt eget innhold utelukkende gjelder for varer bestemt for eksport, som fanges av EØS-avtalens art. 12. Også ordninger som har til virkning å ramme eksporthandelen hardere enn handel på hjemmemarkedet kan rammes, selv om ordningen etter sin ordlyd både gjelder eksportvarer og varer som omsettes innenlands. EF-domstolen har imidlertid vært meget tilbakeholden med å slå ned på slike ordninger som ikke er åpent diskriminerende.²⁵ EF-domstolen har likevel betraktet påbud om å levere varer bare til lokale avtakere som et eksport hinder fordi dette også hindret eksport ut av landet,²⁶ og den har slått ned på regler om maksimalavstand på transport av visse varer.²⁷

²² Jf. Kommissjonens avgjørelse av 16. des. 2003 i statsstøttesak N 475/2003 Irland.

²³ Jf. bl.a. sak 237/82 *Jongeneel Kaas m.fl.*, Sml. 1984 s. 483 (dommens avsnitt 22), sak C-412/97 *ED*, Sml. 1999 s. I-3845 (dommens avsnitt 10),

²⁴ Jf. sak C-12/02 *Grilli*, Sml. 2003 s. I-11585, der domstolen uttrykkelig pekte på denne forskjellen (dommens avsnitt 41–42).

²⁵ Et eksempel i så måte er *Groenveld*, som gjaldt et nederlandsk forbud mot industriell produksjon av matvarer som inneholdt hestekjøtt. Selv om forbudet var motivert med et ønske om å beskytte nederlandsk matvareindustri mot negative reaksjoner på visse eksportmarkeder, og selv om forbudet ikke gjaldt detaljsalg i Nederland av rent hestekjøtt, mente domstolen at forbudet ikke innebar noen tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ eksportrestriksjon.

²⁶ Sak 118/86 *Nerstvoederfabriek Nederland*, Sml. 1987 s. 3883. Saken gjaldt et påbud om å levere slakteriavfall til lokale avtakere. Det bør tilføyes at domstolen senere har godtatt lokale importforbud mot avfall ut fra prinsippet om at forurensningsproblemer bør løses ved kilden, jf. sak C-2/90 *Kommisjonen mot Belgia*, Sml. 1992 s. I-4431, og det er vel nærliggende at tilsvarende nå vil gjelde for eksportforbud. Poenget her er imidlertid

I forhold til forslaget om et eget marked for industrikraft innebærer dette at en avgrensning av markedet til bare å gjelde avtakere i Norge vil utgjøre et eksport hinder i forhold til art. 12. Det samme vil nok gjelde en avgrensning av markedet til bare å gjelde deler av Norge.²⁸ Faktiske begrensninger i overføringskapasiteten som fører til at det f.eks. er lite aktuelt for avtakere utenfor Norden å delta i et eget industrikraftmarked som baseres på kraft produsert i Norge eller Norden, vil derimot ikke rammes av art. 12. Art. 12 rammer ikke fysiske begrensninger i mulighetene til å levere varer fra ett område til et annet. Oppsplitting av et slikt marked i egne prisområder for å balansere tilbud og etterspørsel når det oppstår flaskehals, innebærer bare bruk av markedsmekanismen for å møte tilsvarende faktiske hindringer og kan heller ikke være noe EØS-rettslig problem i seg selv.

Avstandsbaserte nettatariffer som i praksis særlig rammer eksport av kraft til utlandet, vil derimot rammes av art. 12 og er uansett uaktuelt fordi det følger av forordning nr. 1228/2003 art. 4 at avstandsbaserte nettatariffer er forbudt. Art. 3 i samme forordning bestemmer videre at systemoperatørene skal ha kompensasjon for omkostningene ved å transittere kraft fra/til andre medlemsland/EØS-land. Kompensasjonen skal betales av de nasjonale systemoperatører, og størrelsen skal fastsettes av Kommisjonen for EUs del. For EFTA-landenes del må vel beslutningen treffes av EØS-komiteen eller EFTA-statenes faste komité.

Derimot er et offentligrettslig forbud mot videresalg av kraft ikke i strid med art. 12. Selv om et slikt forbud gjør det umulig å selge denne kraften fra kjøper nr. 1 til en kjøper nr. 2 i et annet EØS-land, gjelder hindringen på samme måte for salg til kjøper nr. 2 i Norge.

Tilsvarende gjelder for et offentligrettslig forbud mot finansielle kontrakter. En annen sak er at det er retts tekniske problemer knyttet til et slikt forbud, ettersom det rettslig sett ikke er så lett å skille fysiske kontrakter fra finansielle kontrakter.

Hvis ordningen først må regnes som et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ eksportrestriksjon, kan det likevel godtas i forhold til EØS-avtalen dersom ordningen er nødvendig for å ivareta de samfunnshensyn som er nevnt i EØS-avtalens art. 13 (tilsv. EF-traktatens art. 30, tidl. 36). Her nevnes bl.a. hensynet til den offentlige sikkerhet, et hensyn EF-domstolen i ett tilfelle har ansett å dekke forsyningssikkerhet for oljeprodukter, pga. den betydning olje har som energikilde i en moderne økonomi.²⁹ Saken gjaldt rett nok EF-traktatens art. 28, ikke art. 29, men det kan ikke være avgjørende.

Senere saker viser imidlertid at det skal mye til før hensynet til forsyningssikkerhet kan anvendes som grunnlag for å opprettholde handelshindrende ordninger. I praksis gir dette seg

at det uansett ble ansett å foreligge en hindring på samhandelen. Spørsmålet om hindringen likevel kan aksepteres i forhold til EØS-avtalen blir behandlet nedenfor.

²⁷ Sak C-350/97 *Monsees*, Sml. 1999 s. I-2921.

²⁸ Tilsvarende har EF-domstolen også ansett kommunale avgifter på utførsel av varer fra vedkommende kommune for å være i strid med EF-traktatens forbud mot toll, som også finnes i EØS-avtalen, jf. sak C-72/03 *Carbonati Apuani*, dom av 9. sept. 2004.

²⁹ Sak 72/83 *Campus Oil*, Sml. 1984 s. 2727. Saken dreide seg om et irsk påbud til oljeimportører om å kjøpe en viss mengde raffinerte oljeprodukter fra det eneste irske oljeraffineriet til priser som dekket raffineriets produksjonskostnader uansett om markedsprisen lå lavere, for å sikre opprettholdelsen av nasjonal raffineringsskapasitet i tilfelle av en ny oljekrise. Kjøpsforpliktelsen skulle gjøre det mulig for raffineriet å inngå langsiktige kontrakter om import av råolje, dels for å kunne opprettholde driften i normale tider og dels for at man i en krisesituasjon skulle være uavhengige av andre stater – eller utenlandske oljeselskapers – vilje til å la raffinerte oljeprodukter fra sine raffinerier fortsatt bli eksportert til Irland.

utslag i en streng anvendelse av kravet til forholdsmessighet mellom mål og middel (proporsjonalitetsprinsippet): ”Det skal således etterprøves, hvorvidt de omtvistede bestemmelser gjør det muligt for den berørte medlemsstat at sikre en minimumsforsyning med energi i tilfælde af en virkelig og alvorlig trussel og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål.”³⁰ Domstolen har f.eks. nektet å godta en gresk ordning for nødlagre for oljeprodukter.³¹ Domstolen viste her uttrykkelig til et punkt i generaladvokatens innstilling der det het at så lenge raffineriene faktisk hadde den nødvendige lagerkapasitet, måtte det være mulig å bygge opp også de nødvendige nødlagre av importert olje gjennom ordninger ”der styres af lovene for markedet og den frie konkurrence” uten noen kjøpsplikt for oljeselskapene.³²

Dette betyr at så lenge behovet for forsyningssikkerhet kan ivaretas uten at det etableres et eget marked for industrikraft basert på eksportrestriksjoner, kan hensynet til forsyningssikkerhet ikke anvendes som grunnlag for å tillate restriksjonene i forhold til art. 12.

I forhold til ordninger som ikke er formelt avgrenset til bare å gjelde for eksportvarer, men som likevel rent faktisk *virker* som et særlig hinder på eksporthandelen, er det nærliggende at EFTA-domstolen (og EF-domstolen) vil godta også andre samfunnshensyn enn dem som er nevnt i art. 30 som grunnlag for likevel å godta ordningen. Begge domstoler har nemlig godtatt hensyn utenfor art. 30 i forhold til ordninger som rent faktisk virker som hinder på *importen*, når ordningene ikke har vært formelt avgrenset til bare å gjelde importvarer.³³ Under merkelappen ”økonomiske hensyn” har imidlertid EF-domstolen aldri vært villig til å godta favorisering av eget næringsliv i forhold til konkurrentene på det indre marked som et godtakbart grunnlag for importhindre.³⁴ Å godta dette ville være å innrømme det enkelte medlemsland en ensidig til rett til å avskjerme seg mot virkningene av det indre marked på de områder der landets næringsliv ikke er konkurransedyktig, samtidig som vedkommende medlemsland fortsatt skulle kunne høste fordelene av det indre marked på andre områder. Slike tiltak står dermed i motstrid til selve det grunnleggende formål for det indre marked.³⁵ Det kan derfor ikke være tvil om at dette synspunktet vil bli gjort gjeldende også i forhold til forbudet mot eksportrestriksjoner, og at også EFTA-domstolen vil anlegge dette synspunktet.³⁶ Dette innebærer at hensynet til å verne norsk kraftkrevende industri mot

³⁰ Sak C-503/99 *Kommisjonen mot Belgia*, Sml. 2002 s. I-4809, avsnitt 48.

³¹ Sak 398/98 *Kommisjonen mot Hellas*, Sml. 2001 s. I-7915.

³² Dommens avsnitt 31 og avsnitt 43 og 44 i generaladvokatens innstilling.

³³ Se f.eks. sak E-5/98 *Fagtún*, EFTA-saml. 1999 s. 53, for EFTA-domstolens del.

³⁴ Se bl.a. sak 7/61 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. dansk utgave 1954-1964 s. 271, (engelsk utgave 1961 s. 317 på s. 329 – varer), sak 95/81 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1982 s. 2187 (premiss 27 på s. 2204 – varer, betaling), sak 288/83 *Kommisjonen mot Irland*, Sml. 1985 s. 1761 (premiss 28 på s. 1776 – varer), sak C-324/93 *Evans*, Sml. 1995 s. I-563 (varer), sak 224/97 *Ciola*, Sml. 1999 s. I-2517 (premiss 16 på s. 2536 – tjenester) og forenede saker C-49/98 m.fl. *Finalarte*, Sml. 2001 s. I-7831.

³⁵ Se for EUs del EF-traktatens art. 2 om «gennem oprettelsen af et fælles marked ... at fremme en harmonisk, afbalanceret og bæredygtig udvikling af den økonomiske virksomhed, ... høj konkurrenceevne og en høj grad af konvergens med hensyn til de økonomiske resultater, ... økonomisk og social samhørighed samt solidaritet mellem medlemsstaterne». I EØS-avtalens art. 1 heter det at «[f]ormålet med denne assosieringsavtale er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde», og i fortalen uttrykker avtalepartene at de er «overbevist om nødvendigheten av å bidra til, ved gjennomføringen av denne avtale, å minske de økonomiske og sosiale forskjeller mellom regionene».

³⁶ EFTA-domstolen har i sak E-1/04 *Fokus Bank*, dom av 23. november 2004, anvendt læren om ”økonomiske hensyn” på den andre typen ulovlige allmenne hensyn som EF-domstolen skyter inn under denne betegnelsen, nemlig hensynet til det offentliges inntekter eller utgifter.

konkurransen fra kraftkrevende industri i andre EØS-land, ikke kan begrunne ordninger som virker som eksporthindre.

Samme resonnering tilsier at tiltaket begrunnet i hensynet til å verne egen industri mot konkurranse utenfra heller ikke utgjør en "tjeneste av allmenn økonomisk betydning" i forhold til art. 59 nr. 2.

6. Oppsummering

Ekspertgruppen har lagt til grunn at et eget industrikraftmarked vil utgjøre et separat marked i tillegg til det markedet (Nord Pool) som eksisterer i dag. Flere enn én markeds plass for elektrisk kraft lar seg etablere rent teknisk, men ekspertgruppen ser en rekke problemer forbundet med en slik ordning.

For det første er det neppe mulig å oppnå de prisforskjeller mellom industrikraftmarkedet og det alminnelige markedet som er hensikten med forslaget om et eget industrikraftmarked. Innenfor den kraftkrevende industrien i Norge finnes det foretak med forskjellig betalingsvilje, og enkelte vil ha en betalingsvilje som overstiger dagens markedspris. Disse kjøperne vil overby kjøpere med en lavere betalingsvilje, det vil si de kjøperne som ordningen er tiltenkt, og prisen vil bli presset opp. Dessuten er det grunn til å spørre om det blir tilstrekkelig omsetning på et slikt marked til at det blir velfungerende, ikke minst hva angår langsiktige kontrakter.

For det andre vil det være vanskelig å forbeholde et eget industrikraftmarked bare for norske avtakere. Vi har et integrert nordisk kraftmarked med et punktтарiffsystem. Det innebærer at en finsk, svensk eller dansk kjøper kan delta på industrikraftmarkedet uten at det påløper en "kilometeravgift" og disse vil dermed delta på like vilkår med norske kjøpere. På lang sikt vil utbygging av overføringskapasitet også gjøre det praktisk mulig for avtakere i resten av Europa å delta i et slikt marked. I så fall må de volumer som stilles til disposisjon, mangedobles, jf. pkt. 4.3. Dermed vil man få store problemer på tilbudssiden, jf. pkt. 4.4. Et eget industrikraftmarked med gunstige priser for kraftkrevende industri i hele Norden, og enda mer i hele EØS, forutsetter en stor og samordnet internasjonal satsing på tilbudssiden.

For det tredje ville et industrikraftmarked med lavere priser enn i det ordinære markedet, hvis det hadde vært mulig, etter ekspertgruppens syn hatt uheldige samfunnsøkonomiske konsekvenser, jf. pkt. 4.1. Lavere pris i et industrikraftmarked ville ha ledet til høyere pris for andre kunder, herunder annen industri og vanlige forbrukere. I tillegg til at noen ville ha tapt og noen vunnet, ville prisforskjellene ha ledet til et tap av ressurser. Grunnen er at et eget industrikraftmarked ville ha hindret en omdisponering av knappe kraftressurser til avtakere som står for en høyere verdiskapning enn de deler av kraftkrevende industri som har problemer med dagens markedspris.

Siste, men ikke minst, er det flere juridiske problemer forbundet med et eget industrikraftmarked. Man kan i prinsippet tenke seg et eget industrikraftmarked som skjærer klar av EØS-avtalens regler om eksporthindringer, konkurranse og statsstøtte, jf. kapittel 5. I praksis kan dette likevel bli vanskelig å få til hvis man samtidig skal oppnå hensikten med et slikt marked, nemlig lavere priser for kraftkrevende industri i Norge enn de prisene som kan oppnås på det ordinære kraftmarked. Konkurransereglene er rett nok bare et problem dersom Statkraft skulle bli ansett å ha en dominerende markedsstilling i et slikt marked, jf. pkt. 5.4.

Forbudet mot eksporthindringer forutsetter imidlertid et marked som i prinsippet er åpent for kjøpere i hele EØS, jf. pkt. 5.5. Videre setter statsstøttereglene i EØS klare grenser for hvordan et industrikraftmarked kan være organisert, jf. pkt. 5.2. Dersom Statkraft er den eneste leverandør av kraft til dette markedet, må det være åpent for en så vid kategori kjøpere at man unngår vilkåret i EØS-avtalens art. 61 om begunstigelse av «enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer». Markedet kan dermed ikke forbeholdes kraftkrevende industri innenfor EØS. Det samme gjelder dersom kommunale og fylkeskommunale kraftverk pålegges å bidra med kraft til markedet. Det følger av de økonomiske vurderingene ovenfor at et slikt marked ikke vil kunne føre til det ønskede prisfallet for kraftkrevende industri. Dersom tilbydersiden i markedet for en stor del består av private kraftprodusenter, er det på den annen side mulig at ordningen vil bli ansett å falle utenfor statsstøttereglene, også i forhold til offentlig eide kraftprodusenter, jf. vilkåret i art. 61 om at støtte må være gitt av ”statsmidler”. Dette er imidlertid usikker juss, og forutsetter uansett en bredere europeisk løsning ettersom norske kraftprodusenter stort sett er eid av det offentlige.

Det er altså en rekke problemer forbundet med opprettelsen av et eget industrikraftmarked, og dessuten liten grunn til å tro at det vil fungere etter hensikten. Ekspertgruppen er derfor kommet til at den ikke vil anbefale at det opprettes et eget industrikraftmarked.