

EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven

Utredning til Olje- og energidepartementet
9. juli 2007

Henrik Bjørnebye, Finn Arnesen, Ivar Alvik og
Ola Mestad

Senter for europarett

Universitetet i Oslo

Innhold

INNHold	2	
1	SAMMENDRAG.....	5
2	INNLEDNING	7
3	EØS-AVTALENS BETYDNING FOR REGULERING AV KRAFTSEKTOREN – GRUNNTREKK	9
3.1	Innledning	9
3.2	Oversikt over EØS-avtalens struktur og innhold	9
3.2.1	Avtalens struktur og tema	9
3.2.2	Regelimport som EØS-rettslig særtrekk og utfordring	10
3.3	Hovedtrekk i reglene om de fire friheter.....	13
3.3.1	Frie varebevegelser	13
3.3.2	Fri bevegelighet for personer. Etableringsfrihet.....	15
3.3.3	Fri bevegelighet for tjenester	16
3.3.4	Reglene om frie kapitalbevegelser	17
3.3.5	Noen fellestrekk ved de fire friheter	17
3.4	Hovedtrekk i reglene om statsstøtte	18
3.4.1	Innledning	18
3.4.2	Forbudt statsstøtte	19
3.4.3	Enkelte utvalgte statsstøtteproblemstillinger.....	22
3.4.4	Tillatt statsstøtte. Dispensasjon.....	23
3.4.5	Håndhevingen av statsstøttereglene. Meldeplikt.....	23
3.5	Nærmere om forholdet mellom bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel og bestemmelser vist til i vedleggene	24
4	SEKUNDÆRLOVREGULERING AV ENERGIMARKEDET	26
4.1	Innledning	26
4.2	Elektrisitetsdirektivet	28
4.3	Elektrisitetsforordningen.....	33
4.4	Elforsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet	36
4.5	Fornybardirektivet.....	38
4.6	CHP-direktivet (kraftvarmedirektivet).....	40
4.7	Energitjenestedirektivet	42
4.8	Kort om de tjeneste- og produktbaserte energisparingsdirektivene.....	44
4.9	Særskilt sekundærlovgivning om rapporteringsrutiner.....	45
4.10	Øvrige reguleringsinitiativ: Firenze-forumet og ERGEG.....	46
4.11	Horisontal sekundærlovgivning av betydning for regulering av energimarkedet.....	48
5	REGULERING AV NYINVESTERINGER I ELPRODUKSJONSKAPASITET.....	49
5.1	Innledning	49

5.2	Forpliktelsene til å legge til rette for et stabilt investeringsklima	50
5.2.1	Oversikt	50
5.2.2	Fremme av et stabilt investeringsklima	50
5.2.3	Fastsettelse av roller og ansvarsområder	52
5.3	Krav til tillatelsesprosedyren for rett til bygging av ny produksjonskapasitet – elektrisitetsdirektivet art. 6	55
5.3.1	Oversikt	55
5.3.2	Særlig om kravet til ikke-diskriminering.....	55
5.4	Adgangen til å gjøre unntak fra tillatelsesprosedyren i elektrisitetsdirektivet artikkel 6.....	57
5.4.1	Oversikt	57
5.4.2	Anbudsprosedyren i elektrisitetsdirektivet artikkel 7	58
5.4.3	Adgangen til å gjøre unntak fra elektrisitetsdirektivet for gjennomføring av tjenester av allmenn økonomisk betydning	61
5.5	Særlig om økonomiske støtteordninger ved utbygging av ny produksjonskapasitet	63
5.6	Oppsummering	65
6	REGULERING AV NYINVESTERINGER I NETTKAPASITET.....	67
6.1	Innledning.....	67
6.2	Rollefordeling og ansvarsområder	68
6.3	Offentlig støtte.....	69
6.4	Tariffregulering	70
6.5	Tredjepartsadgang	73
6.6	Oppsummering	75
7	EØS-RETTLIGE RAMMER FOR RESTRIKSJONER PÅ KRAFTEKSPORT	76
7.1	Innledning.....	76
7.2	Forbud mot restriksjoner på elektrisitetseksport	76
7.3	Unntaksadgangen	78
7.4	Oppsummering	79
8	EØS-RETTLIGE RAMMER FOR MAGASINDISPONERING.....	80
8.1	Innledning.....	80
8.2	Eksportrestriksjonsforbudet i EØS-avtalen art 12.....	80
8.3	EØS-avtalen art. 59	83
8.4	Oppsummering	85
9	REGULERING AV VARMEMARKEDET	86
9.1	Innledning.....	86
9.2	Forbudet mot statsstøtte i EØS artikkel 61.....	87
9.3	Oppsummering	89
10	RAMMEBETINGELSER FOR ENERGIEFFEKTIVISERING	90
10.1	Innledning.....	90
10.2	Nærmere om krav til nasjonale tiltak i sekundærlovgivningen.....	90

10.3	Generelt om støtte- og finansierungsordninger.....	92
10.4	Oppsummering.....	93

1 Sammendrag

De EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven er fastsatt gjennom et samspill mellom de prinsipielle reglene om det indre marked i EØS-avtalens hoveddel og et omfattende sett av sekundærlovgivning, særlig i form av direktiver. De praktisk viktigste generelle hovedreglene gjelder frie varebevegelser og reglene om statsstøtte (kap. 3) og de enkelte energirelaterte direktivene m.v. er gjennomgått i kap. 4.

På de særlige problemstillinger som reises i mandatet er våre hovedsynspunkter følgende:

For *nyinvesteringer i kraftproduksjon* (kap. 5) krever EØS-retten som hovedregel at investeringer i ny elproduksjonskapasitet skal foretas av markedsaktørene på bakgrunn av prissignalene fra velfungerende, konkurransebaserte kraftmarkeder, i henhold til tillatelser fra nasjonale myndigheter.

Aktørene som skal investere i ny produksjonskapasitet må være funksjonelt og selskapsmessig atskilt fra nettvirksomhet med et mulig unntak for systemansvarlige nettselskapers adgang til å anskaffe produksjonskapasitet til reservekraftformål.

Medlemsstatene har på nærmere bestemte vilkår en snever adgang til å gripe inn i markedet for å sikre nyinvesteringer av forsyningsikkerhetshensyn ved hjelp av anbudsprosedyren i elektrisitetsdirektivet artikkel 7, ved å pålegge enkeltaktører offentlige tjenesteforpliktelser, og/eller ved å yte offentlig støtte. Adgangen til å gripe inn i markedet av hensyn til miljøet for å fremme elproduksjon fra fornybare energikilder eller etterspørselsreducerende tiltak er i utgangspunktet noe videre. Bruk av økonomiske insentiver for å fremme nyinvesteringer må som klar hovedregel skje på bakgrunn av en forutgående anbudskonkurranse.

For *nyinvesteringer i nettkapasitet* (kap. 6) tillegger EØS-retten de systemansvarlige nettselskapene og distribusjonsnettselskapene et særlig ansvar, men åpner for at også andre aktører kan investere i nett. Sekundærlovreguleringen overlater i utgangspunktet et nokså vidt handlingsrom til medlemsstatene ved insentivregulering av nettinvesteringer.

Offentlig støtte til nettutbygging vil i utgangspunktet utgjøre statsstøtte, som eventuelt kan innvilges fritak av ESA. Insentivordninger kan også struktureres i henhold til vilkårene i Altmark-dommen og derved gå klar av statsstøtteforbudet. Fastsettelse av investeringsinsentiver i form av tariffregulering vil i utgangspunktet ikke utgjøre statsstøtte med mindre de aktørene som faktisk bærer tariffkostnadene er offentlig eid. Vilkårene for innvilgelse av unntak fra tredjepartsadgang som investeringsinsentiv er strenge, og ESA har anledning til å overprøve beslutninger fattet av den nasjonale regulatoren i denne forbindelse.

Adgangen til å *begrense eller hindre elektrisitetsekspert* for å sikre nasjonal kraftoppdekning er svært begrenset etter EØS-retten (kap. 7). Slike eksportrestriksjoner er i utgangspunktet forbudt etter EØS-avtalen artikkel 12, og de vil også være i strid med ikke-diskrimineringsforbudet i elektrisitetsdirektivet. Direktivet inneholder en meget snever unntaksadgang til å innføre midlertidige beskyttelsestiltak ved en plutselig krise på

energimarkedet. Vilkårene vil bare være oppfylt helt unntaksvis, og restriksjonen vil bare være tillatt i den utstrekning den er nødvendig for å avhjelpe den krisen som har oppstått.

Nasjonal *regulering av vannmagasin disponering* rammes i utgangspunktet ikke av forbudet mot eksportrestriksjoner i EØS-avtalen artikkel 12 (kap. 8). Det kan diskuteres om slik regulering i visse tilfelle likevel kan rammes dersom den rammer eksportmarkedet hardere enn hjemmemarkedet. Heller ikke synes magasinregulering å rammes av reglene i EØS-avtalen artikkel 59 nr. 1 om konkurransebegrensende tiltak gjennom offentlige foretak.

For *regulering av varmemarkedet* (kap. 9) er det hovedsakelig EØS-reglene om statsstøtte som setter rammer. Statlig støtte til varmekraftutbygging og -produksjon/-forbruk rammes som utgangspunkt av statsstøtteregelen i EØS-avtalen artikkel 61. For statlig støtte tildelt gjennom offentlig anbudskonkurranse og på kommersielle vilkår kan det likevel gjelde unntak hvor støtten ytes som kompensasjon for utførelse av en statlig tjenesteforpliktelse. Statsstøttereglene rammer ikke støtteordninger som finansieres på annen måte enn gjennom statlige midler, for eksempel ved å la ekstrakostnader belastes andre markedsaktører, eller hvor utbygging finansieres av autonome enheter som er funksjonelt uavhengige av statlig styring og kontroll. Støtteordninger som er omfattet av statsstøttereglene må godkjennes av ESA. I den grad det er tale om støtte til virksomhet som forutsettes basert på en økonomisk begrunnet etterspørsel, og som faller inn under CHP-direktivets definisjon av høyeffektiv kraftvarme er det sannsynlig at slik godkjenning vil bli gitt.

For *energieffektivisering* (kap. 10) oppstiller EØS-retten krav først og fremst gjennom sekundærlovgivning med en rekke spesifikke krav til produkter, bygninger og tjenester som har betydning for energiforbruk.

Utover dette krever det nye energitjenestedirektivet, som trolig vil bli inkludert i EØS-avtalen, en rekke tiltak for å etablere et marked for energitjenester på nasjonalt nivå. I dette ligger (i) krav om nærmere bestemte pålegg til nasjonale energi- og distribusjonsselskaper, (ii) innføring av alternative nasjonale tiltaksregimer for å sikre reelle tilbud og etterspørsel etter energitjenester, (iii) krav om transparent og tilgjengelig informasjon til markedsaktørene om de nasjonale tiltakene for energieffektivisering, (iv) krav til tilgjengelige finansieringsordninger for sluttbrukerne og (v) krav om å ha effektive kontroll- og evalueringsordninger som kan identifisere potensialet for energieffektivisering hos den enkelte energikunde.

Nasjonale finansieringsordninger for energieffektivisering som rammes av reglene om statsstøtte i EØS krever godkjenning fra ESA. Vi anser det likevel sannsynlig at støtteordninger som er egnet til å fremme energieffektivisering i forholdsvis vid utstrekning vil oppnå slik godkjenning.

2 Innledning

Denne utredningen er laget etter oppdrag fra Olje- og energidepartementet. Oppdraget er fastlagt slik:

”EUs regelverk utgjør sentrale rammebetingelser for det norske energimarkedet. Utredningen skal gi en samlet framstilling av relevante direktiver, forordninger mv. og skal klargjøre betydningen i forhold til de fire utredningene som nå skal gjennomføres som en del av evalueringen av energiloven.”

De fire utredningene som det vises til i mandatet gjelder: (1) Vilkår for ny kraftproduksjon, (2) Magasindisponering, (3) Varmesektoren, og (4) Energieffektivisering.

Denne utredningen faller i to hoveddeler. I den første hoveddelen har vi i kap. 3 valgt å gi en fremstilling av de generelle EØS-reglene som særlig vil komme til anvendelse i forhold til en revisjon av energiloven, og deretter gi en oversikt og gjennomgang av den relevante sekundærlovgivningen i form av direktiver og lignende i kap. 4. For å forstå hvordan EØS-retten virker på et felt er det særlig viktig å forstå sammenhengen og samspillet mellom de generelle traktatbaserte reglene og innholdet i de konkrete sekundærlovgivningsinstrumenter i form av direktiver og forordninger.

Den som bare er interessert i hovedinnholdet av et enkelt direktiv kan derfor gå direkte til det relevante underavsnittet i kap. 4.

Den andre hoveddelen av denne utredningen, kap. 5 – 10, gjennomgår de EØS-rettslige rammene for de fire delutredningene som er omtalt i mandatet. I forhold til den første omtalte delutredningen har vi foretatt en videre inndeling slik at kap. 5 og 6 begge gjelder direkte og indirekte vilkårene for ny kraftproduksjon. De to neste knytter seg til magasindisponering, men slik at vi første ser på direkte eksportregulering i kap. 7, og deretter på magasindisponering i kap. 8. De to siste kapitlene gjelder hver sin delutredning slik det fremgår av overskriftene.

For lesningen av kap. 5 – 10 gjelder at de generelle reglene som omtales, så vel som de konkrete direktivene, er utdypet i kap. 3 og 4.

Noen generelle observasjoner er på sin plass innledningsvis. EØS-rettslig regulering av energimarkedene er for tiden preget av en overgang fra et mer ensidig fokus på hensynet til økonomisk effektivitet til også å legge vekt på miljøhensyn og hensynet til forsyningssikkerhet. Avveiningen av disse tre gruppene hensyn skaper en særskilt spenning i reguleringen og i anvendelsen av generelle prinsipper. Dette gjør den rettslige situasjonen noe mer usikker enn den ellers ville være.

Den norske liberaliseringen av energimarkedet gjennom energiloven av 1990 var båret frem av mange av de samme synspunkter som senere har gjort seg gjeldende i EUs energirettslige initiativer. De norske reglene har derfor stort sett ligget i forkant av den EØS-rettslige reguleringen. Dermed har anvendelsen av denne ikke budt på særlig store problemer.

Norsk elektrisitetsproduksjon er i all hovedsak vannkraftbasert. Dette faktiske forholdet er forskjellig fra situasjonen i praktisk talt alle EU-land. Det innebærer at de problemstillinger som

typisk har opptatt EU-lovgiverne ikke nødvendigvis er treffende for norske problemstillinger og at praksis fra EF-domstolen ofte behandler andre spørsmål.

Om denne utredningen er det å si at den er skrevet av de fire forfatterne slik at hver forfatter har hatt primæransvaret for sine oppgaver, men at utkastene er diskutert før ferdigstillingen. Ansvar er derfor felles.

Det er i mandatet særlig nevnt at utrederne skal stå til disposisjon for de som arbeider med de omtalte delutredningene. Den som ønsker kontakt, kan sende e-post til henrik.bjornebye@jus.uio.no eller finn.arnesen@jus.uio.no, som vil kunne svare eller formidle kontakt til den som kan.

3 EØS-avtalens betydning for regulering av kraftsektoren – grunntrekk

3.1 Innledning

Her i kap. 3 gir vi en oversikt over de mest sentrale generelle EØS-rettslige problemstillingene og reglene som er relevante for energisektoren. I avsnitt 3.2 forklarer vi om samspillet mellom EU-rett og EØS-rett og de særlige utfordringer det byr på. Dette blir noe mer utdypet i 3.5. I avsnitt 3.3 gjennomgår vi reglene om de fire friheter som er grunnreglene for det indre marked. I avsnitt 3.4 gjennomgår vi hovedtrekk i reglene om statsstøtte som typisk vil kunne komme til anvendelse i situasjoner der myndighetene ønsker å stimulere til en særskilt utvikling og som derfor vil være relevante for energisektoren.

3.2 Oversikt over EØS-avtalens struktur og innhold

3.2.1 Avtalens struktur og tema

Et sentralt trekk ved EØS-avtalen er at den regulerer nasjonale myndigheters regulering av økonomisk aktivitet i sin alminnelighet. Formålet med avtalen er å utvide det indre markedet i EU til også å omfatte EFTA-landene Island, Liechtenstein og Norge. I dette ligger en avgrensning av anvendelsesområdet for EØS-avtalens regler sammenlignet med anvendelsesområdet for regelverket i EU ved at EØS-avtalen i første rekke adopterer *de markedsrelaterte reglene* i EU. Det vil si reglene om de fire friheter, konkurransereglene og reglene om statsstøtte, jf. for så vidt EØS-avtalen art. 1.

Denne avgrensningen er imidlertid ikke skarp; dels fordi EØS-avtalen også omfatter en del tilstøtende områder, for eksempel miljø, og dels fordi reglene om de fire friheter kan ha betydning på områder som ikke umiddelbart fremstår som markedsrelaterte, eksempelvis utformingen av norske skatteregler. For energisektoren og de problemstillinger som diskuteres her; EØS-avtalens betydning for handlefriheten ved reguleringen av sektoren, er forskjellene mellom EU og EØS-rett med hensyn til saklig anvendelsesområde likevel av begrenset betydning.

Det sentrale virkemidlet for etableringen av det indre marked i EU er like regler om markedsrelaterte forhold av betydning for utvekslingen av innsatsfaktorer og sluttprodukter over landegrensene. Det sentrale virkemidlet for utvidelsen av det indre marked til også å omfatte EFTA-landene er derfor *regelhomogenitet*, i betydningen likhet mellom de regler som gjelder i EU og de som gjelder i EØS.

EØS-avtalen er bygget opp slik at vi finner generelle prinsipper om fri bevegelighet for varer, personer, tjenester og kapital, konkurranse mellom foretak og statsstøtte i avtalens hoveddel, og

sektorspesifikke særreguleringer i vedlegg til avtalen. Dette medfører at vurderingen av nasjonale myndigheters reguleringsrom ikke bare må skje i forhold til sektorreguleringen, men også i forhold til de regler som følger av EØS-avtalens hoveddel, også innenfor de områder som dekkes av sektorreguleringen. Sagt i klartekst; den omstendighet at et direktiv ikke er til hinder for en gitt nasjonal regulering, medfører ikke nødvendigvis at reguleringen er forenlig med EØS-avtalen. Vi kommer nærmere tilbake til dette i avsnitt 3.5.

Det sentrale trekket ved EØS-avtalen er at den begrenser avtalepartenes, altså statenes, frihet til å regulere eller ikke regulere økonomisk aktivitet som de måtte ønske. Analysen av regulering av økonomisk aktivitet kan organiseres i fem hovedtemaer. Det første reguleringstemaet er adgangen til å drive virksomhet. Dette har generelle dimensjoner så som spørsmålet om det i det hele tatt skal være adgang til å drive slik virksomhet, og hvem som i så fall skal gis adgang, og omfangsrelaterte dimensjoner, for eksempel spørsmålet om flere skal gis adgang til den aktuelle virksomheten. Et neste reguleringstema knytter an til markedsadgang og markedsatferd. Én side ved dette er reguleringen av virksomhetenes etterspørsel etter innsatsfaktorer og opptreden i forhold til hverandre. I relasjon til reguleringen av kraftsektoren er det imidlertid regulering av foretakenes disposisjoner over det produserte som påkaller oppmerksomhet. Et tredje reguleringstema er utøvelsen av selve virksomheten, det vi kan kalle rene produksjonsrelaterte forhold, slik som miljøtiltak, produksjonsregulering, m.v. Et fjerde reguleringstema er fordeling av over- og underskudd mellom markedsaktører og stat. Stikkordene her er skatt og støtte. Det siste reguleringstemaet er statens opptreden som aktør i markedet.

Reglene om de fire friheter og om statsstøtte er av stor betydning i relasjon til alle disse reguleringstemaene, noe denne fremstillingen vil vise. De reglene som følger av EØS-avtalens hoveddel er sektoruavhengige. Derfor er det hensiktsmessig å gi en oversikt over innholdet, slik at problemstillinger sektorlovgivningen ikke gir grunnlag for å reise lettere kan identifiseres og håndteres. Dette er forsøkt gjort i avsnittene 3.3 og 3.4 nedenfor.

3.2.2 Regelimport som EØS-rettslig særtrekk og utfordring

Dersom EØS skal fungere etter hensikten, er det som nevnt av avgjørende betydning at EØS-avtalens bestemmelser forstås på samme måte som de bestemmelser i EU-retten avtalen gjengir. Dette medfører at så vel EF-domstolens praksis som Europakommisjonens praksis og retningslinjer blir sentrale tolkningsfaktorer når man skal ta stilling til hvilke regler som følger av EØS-avtalen. Disse tolkningsfaktorene suppleres av så vel EFTA-domstolens praksis som praksis og retningslinjer fra EFTAs overvåkingsorgan, ESA. Den omstendighet at det er EØS-retten som begrenser norske myndigheters handlefrihet, ikke fellesskapsretten, medfører at det ikke alltid er gitt at en EØS-bestemmelse skal forstås på samme måte som dens

felleskapsrettslige motstykke. Den store hovedregelen er imidlertid regellikhet. Avvik krever derfor en særskilt begrunnelse.¹

EØS-avtalen danner grunnlaget for et dynamisk regelverk. Dynamikkelementet har flere dimensjoner. Den første, og mest i øynefallende, er at avtalen stadig endres ved at nye rettsakter, typisk direktiver, fra EU innlemmes i avtalen. Innlemmelsen skjer ved vedtak i EØS-komiteen. I forbindelse med vedtaket her kan det være gjort tilpasninger som medfører at rettsaktene reiser også andre spørsmål enn de gjør når de forstås i en EU-kontekst.² Det kan være betydelig etterslep i EØS-komiteen, slik at rettsakter som har betydning for energisektoren i EU, ennå ikke er innlemmet i EØS-avtalen. Det kan også knytte seg tvil til omfanget av de tilpasninger rettsaktene vil undergå i forbindelse med innlemmelsen. Dette reiser særlige utfordringer for den som skal ta stilling til norske myndigheters reguleringsrom; skal vurderingen skje i forhold til nå-situasjonen, eller skal vurderingen (også) gjøres i forhold til et regelverksom antas å komme til anvendelse en eller annen gang i fremtiden.

Den andre dimensjonen ved dynamikkelementet ligger i rettspraksis knyttet til EØS-avtalen selv eller de bestemmelser i EU-retten EØS-avtalen gjengir. Det sentrale her er at rettspraksis kan gi grunnlag for å anta at den regel som følger av en bestemt bestemmelse nå er en annen enn det var grunnlag for å anta tidligere,³ eller at reglene har implikasjoner man tidligere ikke så.⁴ Et kompliserende forhold er at det i noen tilfelle kan knytte seg usikkerhet til hvorvidt en avgjørelse fra EF-domstolen kan legges til grunn ved tolkningen av EØS-avtalen, og til hvorvidt en avgjørelse fra EFTA-domstolen om forståelsen av EØS-avtalen bygger på en riktig forståelse av de bestemmelser i fellesskapsretten de aktuelle bestemmelsene i EØS-avtalen gjengir.⁵

En tredje dimensjon ligger i det forhold at EF-traktaten er endret flere ganger etter at EØS-avtalen ble undertegnet. Disse endringene har EØS-avtalen ingen mekanismer for å fange opp, og spørsmålet blir derfor hvilken betydning traktendringer i EU, som ikke gjenspeiles i EØS-avtalen, har for tolkningen av EØS-avtalen.⁶ Et gjennomgående trekk ved traktatendringene i EU av mulig betydning for tolkningen av EØS-avtalen, er at de medfører en inkludering av ikke-økonomiske hensyn som relevante og pliktige ved avgjørelse av ulike EU-rettsproblemer. I noen tilfelle kan denne inkluderingen ses som en kodifikasjon av EF-domstolens tidligere praksis –

¹ Se for øvrig Sejersted, Arnesen, Rognstad Foyen og Kolstad: EØS-rett, 2. utg., Oslo 2004 (Sejersted et al.) avsnitt 9.2, med videre henvisninger.

² Et nærliggende eksempel er betydningen av EØS-komiteens erklæring knyttet til vedtaket om å innlemme direktiv 94/22/EF i EØS-avtalen, gjengitt som vedlegg 3 til St.prp. 40 (1994-95).

³ Skoleeksempelet er EF-domstolens avgjørelse i forente saker C-267/91 og C-268/91, Straffesaker mot Keck og Mithouard, Sml. 1993 s. I-6097.

⁴ EF-domstolens praksis om reglene om de fire friheters betydning for utformingen av nasjonale skatteregler kan kanskje tjene som eksempel her.

⁵ Nærmere om disse spørsmålene, se Ole-Andreas Rognstad, EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkningen av EØS-avtalen, TfR 2001 s. 435-464

⁶ Se nærmere Sejersted et al. avsnitt 4.6, med videre henvisninger.

typisk i forhold til reglene om de fire friheter. Det er likevel den forskjell at ikke-økonomiske hensyn i EF-domstolens praksis stort sett er benyttet som grunnlag for unntak fra traktatens restriksjonsforbud, ikke som grunnlag for fastleggelsen av restriksjonsforbudene.⁷

Inkluderingen av slike hensyn i traktatgrunnlaget, og særlig der hensynene gis en sentral plassering, reiser imidlertid spørsmål om hvilken betydning dette har for innholdet i de EØS-rettslige reglene. Et nærliggende eksempel av betydning for de spørsmål som behandles i denne utredningen er henvisningen til «bærekraftig utvikling» og «et høyt nivå for miljøvern og bedring av miljøkvaliteten» i EF art. 2. Disse uttrykkene kom inn i bestemmelsen ved Maastrichttraktaten i 1991. Vi finner ikke noen tilsvarende bestemmelse i EØS-avtalen, men miljøhensyn og hensynet til en fornuftig utnyttelse av naturressurser er nevnt i EØS-avtalens fortale. I sak E-1/01 ble EFTA-domstolen invitert til å trekke analogislutninger fra bestemmelser i Unionstraktaten. EFTA-domstolen avviste dette, jfr:

«It has further been suggested that Article 6(3) TEU might offer a basis for derogation, since language is central to the maintenance of the national identity of a State. The Court notes that the EEA Agreement contains no corresponding provision. Since the Treaty on European Union was negotiated before the conclusion of the EEA Agreement, it must be assumed that this discrepancy is intentional. The Court cannot base its reasoning on the analogous application of Article 6(3) TEU in the instant case.»⁸

Vi ser her at EFTA-domstolen la avgjørende vekt på at Unionstraktaten forelå før EØS-avtalen ble undertegnet, og at mangelen på tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalen derfor må være tilsiktet. Det er likevel grunn til å merke seg at det her dreide seg om bestemmelser i nettopp Unionstraktaten, ikke EF-traktaten. EFTA-domstolen la imidlertid tilsvarende synspunkter til grunn i sak E-1/02, som reiste spørsmålet om betydningen av bestemmelser i EF-traktaten og fellesskapsretten for øvrig som (ennå) ikke gjenfinnes i EØS-avtalen, jf.

«As to the Defendant's submissions to the effect that Article 141(4) EC and the new Directive 2002/73/EC of 23 September 2002 amending Directive 76/207/EEC should apply to the present case by analogy, the Court observes that these provisions have not been made part of EEA law. They therefore do not provide a legal basis to decide the present application either directly or by analogy.»⁹

EFTA-domstolen påpekte imidlertid også at *tolkningen av direktiver* omfattet av EØS-avtalen må skje i lys av den rettslige og samfunnsmessige utvikling på det området direktivet omfatter.¹⁰ Det kan dermed synes som om holdningen til betydningen av bestemmelser i EF-traktaten er noe mindre steil enn holdningen til betydningen av bestemmelser i Unionstraktaten. Det er også

⁷ Et unntak her er rettspraksis i tilknytning til EF art. 90, som svarer til EØS-avtalen art. 14. Her har EF-domstolen lagt til grunn at avgiftsdifferensiering som er forankret i for eksempel miljøhensyn ikke rammes av forbudet mot proteksjonistiske avgifter, selv om avgiften reelt sett ikke rammer innenlandske produkter, jf. til illustrasjon sak C-213/96, Outokumpo Oy, Sml. 1998 s. I-1777.

⁸ Sak E-1/01, Einarsson, EFTA Court Report 2002 s. 1, premiss 43.

⁹ Sak E-1/02, EFTAs overvåkingsorgan mot Norge, EFTA Court Report 2003 s. 1, premiss 55.

¹⁰ Sak E-1/02, EFTAs overvåkingsorgan mot Norge, EFTA Court Report 2003 s. 1, premiss 56.

grunn til å fremheve at målsettingen om likhet mellom de regler som følger av EØS-avtalen og de som gjelder i fellesskapsretten på det samme området, vil tilsi at EØS-avtalens bestemmelser så langt mulig tolkes i samsvar med de regler som gjelder i EU.

En rekke av de spørsmål reguleringen av kraftsektoren i Norge reiser har sammenheng med ressursgrunnlaget; vannkraft. Ressursgrunnlaget i EU er, med forbehold for enkelte land, i det alt vesentlige et annet; hovedtyngden av elektrisiteten fremstilles gjennom forbruk av andre energibærere. Dette medfører at så vel sektorreguleringen i EU/EØS som praksis fra EF-domstolen og uttalelser fra Europakommisjonen som regel har sin bakgrunn i andre faktiske forhold enn de som foreligger i Norge. Dette kan i sin tur ha betydning for hvilke argumenter disse rettskildene gir, og kraften i dem, ved vurderingen av handlingsrommet ved reguleringen av kraftsektoren i Norge.

3.3 Hovedtrekk i reglene om de fire friheter¹¹

3.3.1 Frie varebevegelser

Frie varebevegelser i det indre marked er søkt sikret gjennom forbud mot toll og avgifter med tilsvarende virkning, mot proteksjonistiske interne avgifter, mot kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning som slike restriksjoner, og forbudet mot kvantitative eksportrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning som slike restriksjoner.¹²

EØS-avtalens regler om frie varebevegelser kommer ikke til anvendelse i forhold til alle varer, jf. EØS-avtalen art. 8. Vi legger til grunn at dette ikke reiser særlige spørsmål i denne sammenheng.¹³

Det er sikker rett at elektrisitet er å anse som en vare i EØS-rettslig sammenheng.¹⁴ Om også varme er å anse som en vare, kan muligens være noe mer tvilsomt, men det er liten tvil om at varmbæreren vil være det. I denne sammenheng vil vi ikke gå nærmere inn på dette spørsmålet.

Avgiftsregler kan være hensiktsmessige for å styre etterspørsel etter energi. Man kan for eksempel tenke seg en CO₂ avgift på elektrisitet der avgiften beregnes på grunnlag av den CO₂ som frigjøres i produksjonsprosessen. En slik avgift vil favorisere elektrisitet fremstilt ved vannkraft. Den altoverveiende delen av norsk elektrisitetsproduksjon skjer ved vannkraft, og en slik avgift vil derfor ramme importert elektrisitet hardere enn norskprodusert. Dette reiser spørsmålet om EØS-avtalen art. 14, som forbyr proteksjonistiske interne avgifter, er til hinder for

¹¹ For en nærmere redegjørelse, se Sejersted m.fl. kapitlene 15 til 22.

¹² Se henholdsvis EØS-avtalen art. 10, 14, og 11 til 13.

¹³ Nærmere om avgrensningen, se Sejersted m.fl. avsnitt 17.1.

¹⁴ Se Sml. 1994 s. I-1477, Almelo, premiss 28.

en slik CO2 avgift. Legger vi til grunn at avgiften er opprinnelsesnøytral og forankret i hensyn som er akseptable i en EØS-sammenheng, vil avgiften neppe være i strid med art. 14.¹⁵

I motsetning til EØS-avtalen art. 14, som forbyr proteksjonistiske interne avgifter og lar hensynene bak avgiften være av betydning, forbyr art. 11 toll og alle avgifter med tilsvarende virkning. Ved kategoriseringen av en avgift som toll eller avgift med tilsvarende virkning som toll, er det uten betydning om avgiften virker proteksjonistisk, og uten betydning hvilke hensyn som ligger til grunn for avgiften. Dette medfører at grenseoppgangen mellom toll og avgifter med tilsvarende virkning på den ene side, og interne avgifter på den annen, kan være av avgjørende betydning. Retningslinjen ved grenseoppgangen er om den aktuelle avgiften er en del av et helhetlig internt avgiftssystem eller ikke.¹⁶

EØS-avtalen art. 11 forbyr kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning. Fra dette forbudet gjør art. 13 unntak for tiltak som er nødvendige for å ivareta nærmere angitte hensyn. Av de hensyn som nevnes i bestemmelsen, er det i første rekke hensynet til offentlig orden og sikkerhet som kan tenkes føre frem. Unntaket i art. 13 suppleres av et unntak utviklet gjennom rettspraksis. Dette ulovfestete unntaket skiller seg fra unntaket i art. 13 i to henseende. For det første er det ulovfestete unntaket bare anvendelig i forhold til restriksjoner som kommer til anvendelse på innenlandske og importerte produkter uten distinksjon. Produktkrav er skoleeksempelet på slike krav. Anvendelsesområdet for det ulovfestete unntaket er dermed snevrere enn for det som følger av art. 13; det sistnevnte får anvendelse også i forhold til tiltak som direkte retter seg mot importerte varer. For det annet skiller det ulovfestete unntaket seg fra unntaket i art. 13 ved at i prinsippet alle ikke-økonomiske hensyn kan legitimere restriksjoner. Anvendelsesområdet for det ulovfestete unntaket er dermed i dette henseendet videre enn for unntaket i art. 13; oppregningen av relevante hensyn i bestemmelsen er uttømmende.¹⁷ Et fellestrekk ved unntakene er at de bare er anvendelige der de hensyn som anføres ikke allerede er ivaretatt i sekundærlovgivningen.

Uttrykket «tiltak med tilsvarende virkning» som kvantitative importrestriksjoner er forstått vidt av EF-domstolen, slik at nær sagt alle tiltak som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt kan påvirke samhandelen er omfattet.¹⁸ Dette innebærer at også tiltak som er opprinnelsesnøytrale i sin utforming kan være tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner. Forbeholdet refererer til to presiseringer. For det første kan virkningene for samhandelen av et tiltak være for avledet og indirekte til at tiltaket kvalifiserer som et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. For det annet fant EF-domstolen i Sml. 1993 s. I-6097, Keck, at nasjonale regler om bestemte *former for salg* ikke er å anse som tiltak

¹⁵ Se Sml. 1998 s. I-1777, Outokumpu, som dette eksemplet bygger på.

¹⁶ Se nærmere Sejersted m.fl. avsnitt 17.2, og Sml. 1998 s. I-1777, Outokumpu, for et eksempel på grenseoppgangen i praksis.

¹⁷ Nærmere om unntakene, se Sejersted m.fl. avsnitt 17.3.5.

¹⁸ Jf Sml. 1974 s. 874, Dassonville.

med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner dersom de påvirker omsetningen av innenlandske og importerte varer på samme måte, rettslig og faktisk.¹⁹

Forbudet mot kvantitative eksportrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning er ikke gitt en like vid tolkning. Dette kan illustreres med Sml. 1999 I-3845, ED, hvor EF-domstolen uttaler følgende om motstykket til EØS-avtalen art. 12:

«Det bemærkes, at efter Domstolens faste praksis tager traktatens artikel [29] 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 hjemmemarked en særlig fordel».²⁰

Vi ser dermed at ikke enhver av medlemsstatenes bestemmelser for handelen som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt kan påvirke samhandelen er å anse som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative eksportrestriksjoner. En eller annen form for destinasjonsbestemt forskjellsbehandling synes å være nødvendig. I forlengelsen av dette ligger at tiltak som rammes av art. 12, antakelig bare kan opprettholdes med hjemmel i art. 13.

3.3.2 Fri bevegelse for personer. Etableringsfrihet

Bestemmelsene om fri bevegelse for personer omfatter egentlig to friheter; fri bevegelse for *arbeidskraft* og *etableringsfrihet*. Det er den siste som er av særlig betydning i forhold til reguleringen av energisektoren som sådan.²¹ Etableringsreglene fremgår av EØS-avtalens art. 31 flg. Her fremgår det at det ikke skal være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere og selskap²² fra en EØS-stat til å etablere seg på en annen EØS-stats område. En viktig side ved etableringsfriheten er at den innebærer en frihet til å velge i hvilken form etableringen skal skje, det vil si om etableringen skal skje gjennom datterselskap eller filial.²³

Innholdet i etableringsfriheten fremgår av EØS-avtalen art. 31 annet ledd, som bestemmer at den innebærer adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet, og å opprette og lede foretak på de vilkår som etableringslandet fastsetter for egne statsborgere. EF-domstolen har lagt til grunn at nasjonale tiltak som kan

«genere de ved traktaten grunnleggende friheter eller gjøre udøvelsen heraf mindre attraktiv, skal opfylde fire betingelser: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i

¹⁹ For en nærmere redegjørelse for rekkevidden av EØS art. 11, se Sejersted m.fl. avsnitt 17.3.3.e

²⁰ Sak 412/97, premiss 10.

²¹ Reglene om fri bevegelse for arbeidskraft vil imidlertid begrense friheten til å regulere foretakenes opptreden som etterspørere etter arbeidskraft, men de spørsmål dette reiser, berører vi ikke i denne fremstillingen.

²² Jf. EØS-avtalen art. 34.

²³ Se Sml. 1999 s. I-1459, Centros for en illustrasjon av hva dette innebærer.

tvungende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.»²⁴

EF-domstolen har, i relasjon til reglene om fri bevegelse for kapital, lagt til grunn at konsesjons- og tillatelsesordninger er restriksjoner for fri bevegelse at slike ordninger må bygge på objektive, ikke-diskriminerende kriterier som er kjent på forhånd og nødvendige for å ivareta allmenne ikke-økonomiske interesser, samt at de som berøres av de vedtak som fattes må ha rettsmidler til sin disposisjon. Poenget her er at en regulering som fastsetter bruk av forvaltningsskjønn lett i seg selv kan utgjøre en ulovlig restriksjon. Som sagt er det særlig i relasjon til reglene om fri bevegelse for kapital vi finner uttalelser som dette fra EF-domstolen. Tilsvarende synspunkter er imidlertid lagt til grunn ved vurderingen av tillatelsesordninger for pasienters adgang til å motta behandling i utlandet under egen trygdeordning, og det er antatt at disse kravene til selve regelutformingen gjelder generelt. Graver sammenfatter rettspraksis på området slik:

«Disse dommene vil dermed få vidtrekkende konsekvenser for det norske systemet med reguleringslovgivning som stiller krav om godkjenninger eller tillatelser og overlater til forvaltningens skjønn å vurdere den enkelte sak i hvert tilfelle. Etter hvert som implikasjonene av avgjørelsene trenger inn, vil mange lover måtte gjennomgå en vesentlig presisering og klargjøring av kompetansen. Samtidig vil kravet til domstolsprøving innebære at norske domstoler vil måtte overprøve forvaltningens avgjørelser i slike saker mye mer intenst enn vi har vært vant til. Og denne prøvingen vil ikke bare dreie seg om hensynet til de fire friheter. Slik EF-domstolen har lagt opp prøvingstemaet, vil det dreie seg om en konkret prøving av om de vilkår loven stiller opp for å nekte en tillatelse eller for å gripe inn i en aktivitet er oppfylt i det aktuelle tilfellet.»²⁵

Vi deler Gravers syn, og en rekke av bestemmelsene i sekundærlovgivningen vi kommer tilbake til nedenfor, kan best ses som operasjonaliseringer av disse elementene i blant annet etableringsreglene.

3.3.3 Fri bevegelse for tjenester

Reglene om fri bevegelse for tjenester følger av EØS-avtalen art. 36 flg. Tjenestereglerne er subsidiære i forhold til reglene om de øvrige frihetene i den forstand at bare økonomisk aktivitet som ikke fanges opp av reglene om fri bevegelse for varer, personer eller kapital, fanges opp av reglene om fri bevegelse for tjenester, jf EØS-avtalen art. 37.

Reglene om fri bevegelse for tjenester antas å ha begrenset betydning for reguleringsrommet ved regulering av energisektoren som sådan, men kan ha atskillig betydning for reguleringen av tilknyttede aktiviteter.

Reglene om fri bevegelse for tjenester regulerer fire situasjoner. Den første situasjonen er der tjenesten etter sin art er grenseoverskridende, det vil si der tjenesteyter og –mottaker befinner

²⁴ Sml. 1999 s. I-1459, Centros, premiss 34.

²⁵ Hans Petter Graver, Forvaltningsrett i markedsstaten, Oslo 2002, s. 86.

seg i hvert sitt EØS-land når tjenesten ytes. Skoleeksempelet her er fjernsynstjenester. Her krever tjenestereglene at en tjeneste som er lovlig markedsført i ett land, skal ha uhindret adgang til markedene i de øvrige landene. Vi kan se det slik at tjenestereglene, som varereglene, her gir grunnlag for et opprinnelseslandsprinsipp.

For det annet kommer tjenestereglene til anvendelse der tjenesteyter begir seg til mottaker og presterer tjenesten der. Skoleeksempelet her er utenlandske entreprenørbedrifter som påtar seg oppdrag i Norge. Også her er utgangspunktet at tjenesteyter skal ha uhindret adgang til markedet. Men han må finne seg i å følge de samme regler som tjenesteytere etablert i vertslandet, med mindre disse reglene reelt sett er mer byrdefulle for ham enn dem, jf. EØS-avtalen art. 37 tredje ledd.

Den tredje situasjonen der tjenestereglene kommer til anvendelse er der tjenestemottaker begir seg til tjenesteyter og mottar tjenesten der. Skoleeksempelet her er pasienter som reiser utenlands for behandling. Her er utgangspunktet at tjenestemottakers hjemland ikke kan gjøre det mindre attraktivt for tjenestemottaker å motta tjenesten i utlandet, og vertsstaten kan ikke behandle den gjestende tjenestemottaker dårligere enn den behandler egne tjenestemottakere.

Den fjerde situasjonen er der tjenesten presteres i et land der verken tjenestemottaker eller tjenesteyter er hjemmehørende. Skoleeksempelet er turistguider som ikke er hjemmehørende i det land de guider. Situasjonen er neppe særlig aktuell i relasjon til energisektoren.

Som nevnt er utgangspunktet at restriksjoner på utvekslingen av tjenester over landegrensene er forbudt. Forbudet suppleres imidlertid av unntak, så vel avtalefestete som domstolsskapte, der restriksjonen er nødvendig for å ivareta allmenne ikke-økonomiske hensyn.

3.3.4 Reglene om frie kapitalbevegelser

Reglene om frie kapitalbevegelser finner vi i EØS-avtalen art 40 flg., og de innebærer at det ikke skal være noen restriksjoner på kapitalflyten over landegrensene. Reglene er av særlig betydning i relasjon til eierbegrensninger i foretak, noe den såkalte hjemfallsaken illustrerer godt.²⁶ Enhver begrensning i hvem som kan eie andeler i foretak, vil være restriksjoner på kapitalflyten, og dermed måtte forankres i allmenne ikke-økonomiske hensyn.

3.3.5 Noen fellestrekk ved de fire friheter

Det er langt på vei mulig å operere med et skille mellom *markedstilgang* og *markedsatferd* i relasjon til alle de fire frihetene. For så vidt gjelder markedstilgangsspørsmålet, innebærer reglene at alle tiltak som vanskeliggjør markedstilgangen er å anse som restriksjoner som bare kan opprettholdes der de er nødvendige for å ivareta allmenne ikke-økonomiske hensyn. For så

²⁶ Dom 26. juni 2007 i sak E-2/06, særlig premiss 67.

vidt gjelder markedsatferdsregulering, krever reglene at de tiltak som treffes så vel rettslig som faktisk er like byrdefulle for alle berørte.

Et neste fellestrekk er at forbudene mot hindringer suppleres av så vel traktatfestete som domstolsskapte unntak. Disse unntakene er imidlertid bare anvendelige i fravær av relevant sekundærlovgivning. Dette innebærer at i den grad de hensyn som begrunner en nasjonal restriksjon er ivaretatt gjennom sekundærlovgivningen (direktivet), er unntaksadgangen etter så vel bestemmelsene om de fire friheter i EØS-avtalens hoveddel som etter de domstolsskapte unntakene stengt. Eventuelle avvik fra EØS-avtalens krav vil da måtte forankres i andre av EØS-avtalens regler, og da i første rekke EØS-avtalen art. 97.²⁷

3.4 Hovedtrekk i reglene om statsstøtte

3.4.1 Innledning

Økonomiske incentiver i form av tilskudd, særskilte skatte- og avgiftsregler, garantier, (rimelige) lån og innsatsfaktorer kan tenkes brukt som virkemidler innenfor energisektoren. Det samme gjelder offentlige investeringer i infrastruktur. EØS-avtalens regler om statsstøtte begrenser muligheten til å bruke slike virkemidler, og stiller i tillegg særskilte krav til saksbehandlingen ved bruken av dem. Statsstøttereglene i EØS-avtalen speiler statsstøttereglene i EU-retten.

Praksis viser at statsstøttebegrepet favner så vidt at alle de nevnte typene virkemidler etter omstendighetene kan være statsstøtte etter EØS-avtalen. Statsstøtteinnsigelser kan forsinke og endog hindre lovlige tiltak, i tillegg til at slike innsigelser selvfølgelig kan hindre tiltak som er i strid med regelverket. Eksempler knyttet til norske forhold kan illustrere dette; ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift, skatteregimet i forbindelse med Snøhvitutbyggingen, Oslo kommunes salg av de såkalte sykehusboligene, den kraftkrevende industriens betingelser ved kjøp av elektrisk kraft, statsforetakslovens bestemmelser om kreditorenes stilling og prosessindustriens fritak fra elektrisitetsavgift.²⁸ Felles for statsstøtteinnsigelsene, hva enten de viser seg å være berettigete eller ikke, er at de kan føre til omfattende ressursbruk så vel hos «støttegiver» som hos «støttmottaker».

Statsstøttereglene i EØS-avtalen håndheves av EFTAs overvåkingsorgan, ESA, i forhold til de EFTA-land som er deltakere i EØS, det vil si Island, Lichtenstein og Norge. ESAs beslutninger kan bringes inn for EFTA-domstolen etter reglene i ODA²⁹ art. 36. ESA har utarbeidet omfattende retningslinjer knyttet til praktiseringen av statsstøttereglene. Forbildet for

²⁷ Vi ser ikke grunn til å redegjøre nærmere for denne her, og nøyer oss med å vise til behandlingen i Arnesen og Graver, Rettslige sider ved Norges EU-rettete avtaler, Makt- og demokratiutredningen rapport nr. 19, Oslo 2000.

²⁸ Om prosessindustriens avgiftsvilkår, se EFTA Court Report 2005 s. 121

²⁹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA)

retningslinjene er Europakommisjonens retningslinjer om sin håndhevelse av statsstøttereglene i forhold til EU-landene. ESAs retningslinjer fremstår i det alt vesentlige som en kopi av disse.

ESAs behandling av statsstøttesaker kan trekke ut. Som eksempel kan nevnes Oslo kommunes salg av de såkalte sykehusboligene, hvor ESA innledet prosessen medio mai 2001, og hvor prosessen ikke ble avsluttet før i mars 2005, temmelig nøyaktig fire år etter at salget ble vedtatt. Transaksjonen ble frosset, og for kjøper av eiendommene så vel som for kommunen er det klart at dette ikke var noen ønskesituasjon; nær sagt uansett hva man måtte mene om det materielle spørsmålet.³⁰

Statsstøtte utbetalt i strid med statsstøttereguleringen kan ESA kreve at staten krever tilbakebetalt. Tilbakebetalingsspørsmålet reiser en rekke spørsmål knyttet så vel til hvor langt ESAs adgang til å kreve tilbakebetaling rekker, statens adgang til å pålegge kommuner å kreve tilbakebetaling etter norsk rett, og rekkevidden av adgangen til å kreve tilbakebetaling etter norsk rett.³¹

ESAs praksis viser at det ikke sjelden dispenseres fra statsstøtteforbudet i art. 61 nr. 1, og at ESA ofte ikke finner grunn til å gripe inn. Det er likevel et poeng at ESA gjennomgående finner at det foreligger støtte omfattet av EØS-avtalen art. 61 nr. 1, antakelig fordi dette medfører at behandlingen av spørsmålet om tiltaket kan gjennomføres blir løftet fra nasjonale myndigheter til ESA.

3.4.2 Forbudt statsstøtte

EØS-avtalen art. 61 bestemmer at

«støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene, eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som virir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, [skal] være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene».

Dette presiseres og modifiseres i de øvrige deler av bestemmelsen.

EØS-avtalen art. 61 gjelder som norsk lov, og svarer til EF-traktaten art. 87. EF-domstolen har fastslått at forbudet mot statsstøtte ikke har «direkte virkning» i den forstand at nasjonale domstoler kan dømme etter regelen i art. 87, jfr. Sml. 1973 s. 611. Spørsmålet om EØS-avtalens art. 61 skal forstås på samme måte er uavklart. Hensynet til homogenitet trekker klart nok i retning av å se det slik at norske domstoler ikke har kompetanse til å avgjøre om et støttetiltak er i strid med EØS-avtalen. En viss støtte for et slikt resultat gir EØS-avtalen art. 62, som kan leses som en uttømmende regulering av hvem som har kompetanse i statsstøttesaker. I denne sammenheng er det liten grunn til å gå nærmere inn i spørsmålet.

³⁰ For en nærmere redegjørelse for saken, se EFTAs overvåkingsorgans beslutning 55/05/COL.

³¹ Nærmere om disse spørsmålene, se Hjelmeng, Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte, Oslo 2004.

EF-domstolen har lagt til grunn en vid forståelse av EF-traktatens støttebegrep. Illustrativ i så måte er Sml. 1980 s. 1205, Denkvit, hvor EF-domstolen fant at

«Bestemmelsen [art. 87 EF] tager ... sigte på de beslutninger fra medlemsstaterne, hvorved disse med henblik på gjennomførelsen af deres egne økonomiske og sosiale mål, ensidigt og selvstændigt stiller økonomiske midler til rådighed for virksomheder eller andre retssubjekter eller giver dem fordele, der skal begunstige virkeliggørelsen af de ønskede økonomiske eller sosiale mål.»³²

Det er likevel ikke noe vilkår at det skjer en overføring av midler fra det offentlige, noe som kan illustreres med Sml. 1994 s. I-877. Her uttaler EF-domstolen at statsstøttebegrepet

«ikke blot omfatter positive ydelser såsom selve tilskuddene, men ligeledes de indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i egentlig forstand, er af samme art, og har samme virkninger.»³³

EFTAs overvåkingsorgan og EFTA-domstolen legger den samme vide forståelsen til grunn i relasjon til EØS-avtalens statsstøttebegrep, jf. for så vidt EFTA Court Report 1999 s. 74, Differensiert arbeidsgiveravgift. Det sentrale elementet i EØS-avtalens støttebegrep er dermed at *det skapes en fordel for mottakeren, som koster staten penger.*

Et viktig element i støttebegrepet er likevel at den fordel mottakeren får, motsvares av en byrde for staten. Dette kan illustreres med Sml. 1993 s. I-887, Sloman Neptun. Saken gjaldt spørsmålet om reglene om det tyske internasjonale skipsregister, som blant annet gjør det mulig å ansette folk fra land utenfor EU på lokale vilkår, utgjorde statsstøtte i fellesskapsrettslig forstand. EF-domstolen fant her at den

«pågående ordning tilsigter ikke ved sitt formål eller sin opbygning at skabe en fordel, der udgør en supplerende byrde for staten eller for [offentlige eller private organer der er udpeget eller oprettet af staten], men indebærer udelukkende en ændring – til fordel for rederiene – af de rammer, som gælder de kontraktlige forhold mellem virksomhederne og deres ansatte. Konsekvenserne heraf, såvel hvad angår forskellen i beregningen af de sociale sikringsbidrag – som den nationale ret har fremhævet – som hvad angår tabet i skatteinntægter på grund af de lave lønninger – som Kommissionen har fremhævet – er forhold, som er uadskilleligt forbundet med ordningen, og som ikke udgør noget middel til at yde de pågående virksomheder en bestemt fordel.»³⁴

EF-domstolen har bekreftet denne innfallsvinkelen i Sml. 2001 s. I-2094, PreussenElektra, som gjaldt en ordning som skulle tilgodese produksjon av elektrisitet fra fornybare energikilder. Ordningen gikk i korthet ut på at strømforsyningsforetakene hadde lovbestemt plikt til å kjøpe elektrisitet fra fornybare energikilder til minstepriser som lå over den økonomiske verdien av elektrisiteten. De ulempene dette medførte for enkelte foretak, ble søkt utjevnet gjennom en ordning der andre foretak hadde plikt til å kompensere de som kom skjevt ut. EF-domstolen fant

³² Premiss 31

³³ Premiss 13.

³⁴ Premiss 21

at denne ordningen ikke innebar statsstøtte, rett og slett fordi den ikke medførte noen direkte eller indirekte overførsel av statsmidler til produsentene.

I EØS-avtalens definisjon av statsstøtte ligger det videre et *selektivitetskriterium*, jfr. «ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer». Det tilsvarende kravet etter art. 87 EF har avstedkommet atskillig debatt, og rettssituasjonen i forhold til generell regulering kan neppe anses avklart.

EF-domstolens praksis kan indikere at en fordel som er utslag av generelle reguleringer hvor det utelukkende beror på objektive kriterier om man er omfattet eller ikke, ikke tilfredsstillende selektivitetskravet. Det kan her vises til generaladvokat Darmons forslag til avgjørelse i Sml. 1993 s. 887, *Sloman Neptun*, hvor EF-domstolens praksis får ham

«til at hælde til den opfattelse, at den eneste grundlæggende forudsætning for anvendelsen af artikel 92 [art. 87 EF], stk. 2, er, at foranstaltningen ifølge sin natur har *karakter af en undtagelse* i forhold til opbygningen af det almindelige system, den udgør en del af».

Dette medfører at selektivitetskravet vil være tilfredsstillende der myndighetene har et element av skjønn med hensyn til om en fordel skal tilstås eller ikke. Det kan i denne forbindelse vises til Sml. 1996 s. I-4551, hvor vi finner følgende:

«Det må ... fastslås, at FNE's interventioner hverken er begrænset til bestemte sektorer, områder eller en begrænset kategori af virksomheder.

Som Kommissionen imidlertid med rette har fremhævet, råder FNE over en skønsmåling, som giver den mulighed for at afpasse den finansielle intervention efter forskellige hensyn, såsom navnlig valg af begunstigede, størrelsen af beløpet for den finansielle intervention og betingelserne for interventionen. Den franske regering har selv erkendt, at administrationen kan fravige de generelle retningslinjer, som den har fastsat, når dette er begrundet i den særlige situation, som foreligger.»³⁵

Dette følges opp i EF-domstolens avgjørelse i Sml. 1998 s. I-7907, *Ecotrader*, og EFTA-domstolen kan forstås i samme retning når den i EFTA Court Report 1999 s. 74, *Differensiert arbeidsgiveravgift*, finner at

«the system of regionally differentiated social security contributions must be seen as favouring certain undertakings within the meaning of Article 61(1) EEA, unless it can be shown that the selective effect of the measures is justified by the nature of the general scheme of the system itself. Any direct or indirect discrimination which is to be considered justified, must derive from the inherent logic of the general system and result from objective conditions within that general system.»³⁶

Et siste krav er at støtten må *påvirke samhandelen* mellom EØS-statene. Dette kravet er nærmest uten praktisk betydning der støttemottakerne er engasjert i produksjon av varer, fordi EF-domstolen har forstått det tilsvarende kravet etter EF-traktaten slik at det er nok at vilkårene for innenlandsk virksomhet endres for at kravet skal være tilfredsstillende. EFTA-domstolen har lagt det

³⁵ Premissene 23 og 24

³⁶ Premiss 38

samme til grunn i sak EFTA Court Report 1999 s. 74, Differensiert arbeidsgiveravgift, jfr. følgende:

«According to established case law of the ECJ [EF-domstolen], when State aid strengthens the position of an undertaking compared with other undertakings competing in intra-Community trade, the latter must be regarded as affected by that aid. For that purpose it is not necessary for the beneficiary undertaking itself to export its products. Where a Member State grants aid to an undertaking, domestic production may, for that reason, be maintained or increased, with the result that undertakings established in other Member States have less chances of exporting their products to the market in that Member State».³⁷

For så vidt gjelder tjenester, viser imidlertid enkelte avgjørelser fra Europakommisjonen at samhandelskravet er av praktisk betydning, typisk der tjenesten bare omsettes i et lokalt marked. Europakommisjonen har derfor funnet at støtte til offentlig transport i havnebassenget i Venezia ikke påvirket samhandelen, og heller ikke støtte til et friluftsbad i Dorsten.³⁸

3.4.3 Enkelte utvalgte statsstøtteproblemstillinger

Offentlig eiendom er et statsmiddel. Dette innebærer at salg av offentlig eiendom til priser under markedsverdi vil være statsstøtte i EØS-rettslig forstand. Kommisjonen har utgitt en meddelelse om salg av offentlig eid, fast eiendom, og den kan være verdt litt oppmerksomhet.³⁹ Meddelelsen legger opp til at salg av offentlig eiendom kan skje på to måter, enten gjennom budgivning eller ved salg til markedsverdi uten budgivning. I de siste tilfellene skal salget skje baseres på en taksering utført av en uavhengig ekspert. Verdsettelsen skal skje med sikte på å finne markedsverdien, og denne er den pris eiendommen ville oppnå i et salg mellom en villig selger og en uavhengig kjøper på verdsettelsesdagen. Vi ser at målestokken for hva som er statsstøtte utgjøres av hva en privat aktør ville gjort i samme situasjon.⁴⁰

Retningslinjene gjelder etter sin egen ordlyd bare ved salg av fast eiendom, men det de søker å sikre; at transaksjonen skal skje på markedsvilkår, gjelder i forhold til alle transaksjoner der det offentlige er part. I forlengelsen av dette ligger for øvrig at dersom det offentlige er kjøper, vil en overpris kunne karakteriseres som en statsstøtte til selger.

Foretak kontrollert av det offentlige er sentrale elektrisitetsprodusenter, og elektrisitet er en viktig innsatsfaktor i annen virksomhet. Praksis fra EF-domstolen om gasspriser til visse typer av brukere, for eksempel drivhusdyrkere, hvor et statskontrollert selskap er selger, viser at slike transaksjoner kan utgjøre statsstøtte. I en norsk sammenheng er det nærliggende å tenke på salg av statskraftverkens elektrisitetsproduksjon til industrien. Det er ingen tvil om at dersom den

³⁷ Premiss 59.

³⁸ Se nærmere om disse avgjørelsene i Sejersted m.fl. s. 610.

³⁹ EF-tidende C 209 7. juli 1997 s. 3 til 5. ESA har utarbeidet tilsvarende retningslinjer, datert 30. juni 1999.

⁴⁰ Nærmere om dette, se Sejersted m.fl. avsnitt 28.3.4.

strømpris et foretak må betale er lavere enn markedsverdien for den aktuelle strømmen, vil vi ha med statsstøtte å gjøre.

Det er imidlertid for enkelt å sammenligne den pris som betales med den pris som kunne vært oppnådd ved salg til andre. Forskjeller mellom forbrukere kan nemlig begrunne ulike priser. For eksempel kan avtaksprofilen være annerledes, og volumet. Dette er forhold som kan tilsi at noen ikke skal betale den samme pris som andre.⁴¹ Igjen møter vi privat aktør-modellen, og behovet for å foreta markedsanalyser. Siktemålet med markedsanalysen er å finne målestokken for vurderingen av om den pris som betales gjenspeiler markedsverdien for det produkt som leveres.

Privat aktør-modellen legges også til grunn ved vurderingen av om lån, garantier og andre finansielle tiltak inneholder elementer av statsstøtte.

3.4.4 Tillatt statsstøtte. Dispensasjon

EØS-avtalen art. 61 nr. 2 gir enkelte unntak fra statsstøtteforbudet. Ingen av disse er særlig praktiske i relasjon til energisektoren. Artikkel 61 nr. 3 gir ESA adgang til å dispensere fra forbudet i nr. 1. ESAs skjønn ved denne vurderingen er temmelig vidt, og det er vel særlig det vurderingstema art. 61 nr. 3 bokstav b) gir anvisning på – støtte til prosjekt som har til formål å sikre et viktig prosjekt av felleseuropeisk betydning – som kan tenkes å være praktisk i relasjon til støttetiltak i energisektoren. Bestemmelsen gir anvisning på en konkret vurdering av nyttevirkningene for EØS av tiltaket, og det er derfor liten grunn til å redegjøre nærmere for elementene i denne vurderingen her.⁴²

Vedlegg XV til EØS-avtalen inneholder en rekke spesifikke unntak fra statsstøtteforbudet. I relasjon til energisektoren er den viktigste kanskje innlemmelsen av Kommisjonsbeslutning 2005/842/EC som fastlegger når støtte i form av kompensasjon til foretak som er pålagt å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning, er forenlig med EØS-avtalen, og dermed unntatt fra notifikeringsplikten etter ODA protokoll 3 art. 1 nr. 3. Beslutningen er en anvendelse og utlegning av EF-domstolens avgjørelse i Sml. 2003 s. I-7747, Altmark. I denne avgjørelsen anvendte EF-domstolen unntaket i EF art. 86 nr. 2, som svarer til EØS-avtalen art. 59 nr. 2, ved bedømmelsen av traktatmessigheten av overførsler av statsmidler til foretak som er pålagt å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning.

3.4.5 Håndhevingen av statsstøttereglene. Meldeplikt

Statsstøttereglene håndheves av ESA, i samsvar med bestemmelsene i ODA protokoll 3. I denne sammenheng er det ikke grunn til å redegjøre for disse reglene i detalj. Her er det nok å understreke plikten etter ODA protokoll 3 del II art. 2 til å melde all ny støtte og støtteplaner til

⁴¹ Se for øvrig Hammer, Stortingsbestemte industrikraftkontrakter: Forholdet til EØS-avtalens regler om statsstøtte, i: To EØS-rettslige studier fra kraftmarkedet, IUSEF nr. 35, Oslo 2000.

⁴² For en nærmere behandling, se, Sejersted m.fl. avsnitt 28.10

ESA, og plikten etter ODA protokoll 3 del II art. 3 til ikke å tildele støtte før ESA har gitt klarsignal. Støtte som gis uten å være godkjent av ESA vil bli krevd tilbakeført.⁴³ Et slikt tilbakeføringskrav kan ramme mottakerne hardt, ikke minst der støtten tar form av avgiftsfritak eller særlig gunstige skatte- eller avgiftsordninger, jf. for så vidt EFTA Court Report 2005 s. 121.

3.5 Nærmere om forholdet mellom bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel og bestemmelser vist til i vedleggene

Som nevnt vil bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel være sentrale ved fastleggelsen av reguleringsrommet selv på områder der det foreligger sektorspesifikk regulering. Samtidig vil det være slik at der det foreligger sektorspesifikk regulering, vil det nærliggende startpunktet for analysen av reguleringsrommet være denne reguleringen. Forholdet mellom bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel og bestemmelser vist til i vedleggene til avtalen reiser to spørsmål. Det første spørsmålet er om EØS-avtalens hoveddel begrenser utvalget av de tolkningsalternativer sektorreguleringen gir grunnlag for. Det andre spørsmålet er i hvilken grad sektorreguleringen er relevant ved tolkningen av bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel.

EØS-avtalen art. 119 bestemmer at de rettsakter det er vist til i vedleggene til avtalen utgjør «en integrerende del» av avtalen. I forarbeidene til Stortingets samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen heter det at dette innebærer at rettsaktene er en del av avtalen «på linje med» bestemmelsene i hoveddelen.⁴⁴ Rettsaktene er opprinnelig gitt med hjemmel i EF-traktaten. I fellesskapsretten er det sikker rett at bestemmelser gitt med hjemmel i traktaten ikke kan gi grunnlag for regler som er i strid med traktaten med mindre traktaten selv åpner for det.⁴⁵ Problemet i forhold til EØS-avtalen er at bestemmelsene i vedlegget ikke er gitt med hjemmel i avtalen, men fremstår som tillegg til den. Homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen tilsier likevel at sekundærlovgivningen bør tolkes etter de samme prinsipper når den tolkes i en EØS-sammenheng som når den tolkes i en EU-kontekst.

Spørsmålet om bestemmelser i rettsakter vist til i EØS-avtalens vedlegg kan trekkes inn ved tolkningen av bestemmelser i avtalens hoveddel, er særlig aktuelt der sekundærlovgivningen er begrunnet i hensyn som ennå ikke er behandlet i EF-domstolens praksis. Spørsmålet blir således om hensyn nevnt i direktivene kan begrunne krav som medfører hindringer i de fire friheter. I favør av å tillegge hensynene slik legitimerende virkning, taler i første rekke at dette er hensyn fellesskapslovgiver har ansett relevante i relasjon til reguleringen av sektoren, samt at EF-domstolens praksis om de fire friheter viser at allmenne ikke-økonomiske hensyn kan begrunne handelshindringer.

⁴³ Nærmere om dette, se Hjelmeng, *Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte*, Oslo 2004.

⁴⁴ St.prp. 100 (1991-92) s. 102.

⁴⁵ Se eksempelvis sak 218/82, *Kommisjonen mot Rådet*, Sml. 1983 s. 4063. Dette følger for så vidt også av EF-domstolens kompetanse etter EF art. 230 til å føre lovlighetskontroll med EU-institusjonenes rettsakter.

Det er også grunn til å fremheve at EF-domstolen i enkelte saker har utledet saksbehandlingsregler og prosedyrekrav av bestemmelser om de fire friheter i EF-traktaten, som langt på vei svarer til krav som følger av direktiver. Et særlig klart eksempel på dette er Sml. 2000 s. I-10745, Telaustria.

4 Sekundærlovregulering av energimarkedet

4.1 Innledning

Her i kap. 4 gjennomgår vi særlig de ulike rettsaktene som inngår i EUs sekundærlovgivning for energiområdet. Dette følger opp mandatets krav om en samlet fremstilling av relevante direktiver, forordninger mv. I tillegg ser vi litt på noen andre reguleringsinitiativ. Energisektoren har lenge vært gjenstand for regulering gjennom sekundærlovgivning. Likevel er det først i løpet av det siste tiåret at lovgivningsprosessen har skutt fart. Taktskiftet har kommet som følge av den integrasjons- og liberaliseringsprosessen som ble igangsatt for å realisere målsettingen om å etablere *et indre energimarked*.

Det indre energimarkedet er betegnelsen på et marked for omsetning av energiprodukter uten indre grenser, der fri bevegelse mellom EUs medlemsstater er sikret i samsvar med bestemmelsene i EF-traktaten, jf EF-traktaten artikkel 14 nr. 2. Gjennom EØS-avtalen opptrer også de øvrige EØS-landene som deltakere i det indre energimarkedet.

Tradisjonelt har strukturen i europeisk energiforsyning vært preget av at store, vertikalt integrerte og offentlig eide foretak har hatt ansvaret for nasjonal kraftoppdekning på bakgrunn av en faktisk eller rettslig monopolstilling, gjerne supplert med en oppdeckningsplikt.⁴⁶ Strukturen umuliggjorde integrasjon mellom nasjonale energimarkeder fordi aktører i de forskjellige medlemslandene ikke hadde tilgang til markedene i de øvrige landene.

Vedtakelsen av det første eldirektivet i 1996 la grunnlaget for en skrittvis liberalisering av elektrisitetmarkedet ved at medlemsstatene ble pålagt å tilrettelegge den nasjonale markedsstrukturen for gradvis konkurranseåpning.⁴⁷ Dette direktivet ble erstattet av et nytt elektrisitetsdirektiv i 2003 som legger til rette for ytterligere konkurranseåpning.⁴⁸ Dette er det sentrale direktivet på energirettens område (avsnitt 4.2) Det nye elektrisitetsdirektivet suppleres dessuten av en rekke andre sekundærlovgivningstiltak som søker å legge til rette for gjennomføringen av EUs grunnleggende energipolitiske målsetninger om å etablere et indre energimarked som ivaretar de tre sentrale hensynene til *miljøet, forsyningssikkerhet og økonomisk effektivitet*.

Eldirektivet og elforordningen (avsnitt 4.3) inneholder i dag de grunnleggende bestemmelsene for etableringen av et fungerende, indre elektrisitetmarked med grenseoverskridende handel av elektrisitet. Ved siden av å legge til rette for et effektivt integrert kraftmarked, kommer også de siste årenes vektlegging av miljø- og forsyningssikkerhetshensyn på fellesskapsplan til uttrykk i

⁴⁶ Denne strukturen var også nokså betegnende for det norske kraftmarkedet i tiden før energilovsreformen, selv om den norske eierstrukturen var mer desentralisert enn i de fleste landene på kontinentet, se nærmere Ulf Hammer, *Tilrettelegging av kraftmarkedet* (Oslo, 1999), s. 62 flg.

⁴⁷ Direktiv 96/92/EF av 19. desember 1996.

⁴⁸ Direktiv 2003/54/EF, nærmere behandlet nedenfor i punkt 4.2.

eldirektivet. Disse hensynene kommer likevel klart til uttrykk i den øvrige sekundærlovgevingen, som inneholder en rekke forskjelligartede tiltak som særlig har til formål å realisere miljø- og forsyningssikkerhetsmålsettinger.

Elforsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet (avsnitt 4.4) søker å bidra til økt elforsyningssikkerhet både på lang og kort sikt ved å legge til rette for et stabilt investeringsklima og samordning av operasjonelle standarder for elektrisitetsnett. Gjennom fornybardirektivet (avsnitt 4.5) og CHP- eller kraftvarmedirektivet (avsnitt 4.6) tar en videre sikte på å ivareta miljø- og forsyningssikkerhets hensyn ved å fremme elektrisitetsproduksjon fra fornybare energikilder og kraftvarmeproduksjon på markedets tilbudsside. De samme hensynene gjør seg også sterkt gjeldende på markedets etterspørselsside, dels gjennom det nylig vedtatte energitjenestedirektivet (avsnitt 4.7) som søker å legge til rette for energieffektivisering mer generelt, og dels gjennom mer spesielle sekundærlovgevingstiltak som stiller krav til energibruken for nærmere definerte produkter og tjenester.

Ved siden av de tradisjonelle sekundærlovgevingstiltakene i form av direktiver og forordninger, er det dessuten grunn til å nevne fremveksten av mer uformelle samarbeidsfora på felleseuropeisk plan, som en viktig pådriver i arbeidet med etableringen av et indre elektrisitetsmarked. I første rekke er det Firenze-forumet og den europeiske regulatorgruppen ERGEG (avsnitt 4.10).

I tillegg til de omtalte rettsaktene ser vi også på en del andre rettsakter som kan være relevante for energisektoren (avsnitt 4.8 og 4.9) og omtaler kort en del sektorovergripende rettsakter (avsnitt 4.11).

Mengden og karakteren av den gjeldende sekundærlovgeving viser i dag klart at fellesskapslovgiver ikke bare ser behov for midlertidig regulering av energimarkedet av hensyn til å legge til rette for virksom konkurranse, men også ser slik lovgivning som et nødvendig virkemiddel for å realisere EUs energipolitikk i bredere forstand. Selv om de enkelte sekundærlovgevingstiltakene i hovedsak fremstår som rammelovgivning, kan det derfor hevdes at fellesskapslovgivningen på energiområdet samlet sett er i ferd med å legge grunnlaget for en felleseuropeisk energirett.

Som nylig varslet av Kommisjonen i meddelelsen om en energipolitikk for Europa, er dessuten flere nye lovgivningsinitiativ på trappene.⁴⁹ Selv om denne europeiske energiretten ikke regulerer alle sider av nasjonal energivirksomhet, vil den i svært mange henseender være av betydning for handlingsrommet ved vurderingen av nasjonale reguleringsinitiativ.

⁴⁹ Meddelelse fra Kommissionen til det Europæiske Råd og Europa-Parlamentet - En Energipolitikk for Europa, KOM(2007) 1 endelig, side 20-23.

4.2 Elektrisitetsdirektivet

Det sentrale direktive er Direktiv 2003/54/EF om felles regler for det indre elektrisitetsmarkedet (eldirektivet), som ble vedtatt av EU-landene 26. juni 2003, og erstatter det tidligere eldirektivet 96/92/EF.⁵⁰ EUs medlemsstater hadde frist til 1. juli 2004 med å gjennomføre direktivet.⁵¹ EØS-komiteen vedtok å innlemme direktivet i EØS-avtalen den 2. desember 2005 sammen med den øvrige sekundærlovgivningen i EUs energimarkedspakke fra 2003.⁵² Norske myndigheter har i den forbindelse vurdert rekkevidden av direktivet og foretatt enkelte endringer i energiloven med tilhørende forskrifter for å sørge for at det norske regelverket er i overensstemmelse med EØS-forpliktelsene.⁵³

Eldirektivets overordnede formål er å bidra til etableringen av et indre elektrisitetsmarked på EU-nivå som ivaretar hensynene til effektivitet, forsyningssikkerhet og miljøbeskyttelse.⁵⁴ Direktivets anvendelsesområde er vidt, og omfatter hele ressurskjeden innen elektrisitetssektoren; fra produksjon til transmisjon, distribusjon og salg av elektrisitet.⁵⁵ Direktivet utgjør følgelig ryggraden i den EØS-rettslige regulering av elektrisitetsmarkedet.

Mens eldirektivet krever full markedsåpning – med andre ord at alle kunder skal ha adgang til fritt å velge elektrisitetsleverandør – fra 1. juli 2007, har dette vært ordningen i Norge side energiloven trådte i kraft i 1991.⁵⁶ I og med at den norske energilovsreformen bygger på mange av de samme reguleringspolitiske vurderingene som eldirektivet, samtidig som det norske systemet i mange henseender ligger foran utviklingen i EØS-reguleringen, innebærer eldirektivet på mange punkter ingen avgjørende skranke for videre utvikling av norsk energilovgivning. Som nærmere omtalt i den videre fremstillingen, kan en imidlertid ikke utelukke at direktivet kan utgjøre en reell skranke på enkelte områder.⁵⁷

I likhet med den norske energiloven er eldirektivet tuftet på et reguleringspolitisk skille mellom *omsetning av elektrisitet*, hvor innføring av konkurranse anses som et tjenlig

⁵⁰ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 96/92/EF, EFT L 176/37, 15.07.2003.

⁵¹ Direktivets artikkel 30 nr. 1.

⁵² Foruten eldirektivet inneholdt denne pakken naturgassdirektivet (2003/55/EF) samt elforordningen (1228/2003). Sistnevnte forordning omtales nærmere nedenfor i avsnitt 3.5.3.

⁵³ Se Ot prp nr 61 (2005-2006) om lov om endringer i energiloven samt OEDs høringsforslag om endringer i energiloven av 28. juni 2005 og høringsforslag om endringer i energilovsforskriften av 2. oktober 2006.

⁵⁴ Se særlig direktivets artikkel 3 nr 1. Disse hensynene er også fremhevet som hovedmålsettingen for regulering av energimarkedet i en rekke andre EU-dokumenter de siste årene, se blant annet kommisjonens meddelelse Infrastruktur og forsyningssikkerhet på energiområdet, KOM(2003) 743 endelig udg., side 3 og Kommisjonens grønnbok En europeisk energistrategi: bæredyktighet, konkurrenceevne og forsyningssikkerhet, 8.3.2006, KOM(2006) 105 endelig udg.

⁵⁵ Direktivets artikkel 1.

⁵⁶ Se direktivets artikkel 21 nr. 1 c).

⁵⁷ Se særlig kapittel 5-8 nedenfor.

virkemiddel, og *nettfunksjonene*, hvor innføring av konkurranse ikke anses mulig eller samfunnsøkonomisk lønnsomt.⁵⁸

Mens innføringen av konkurranse for elektrisitetsomsetning i Norge i hovedsak var motivert av hensynet til nasjonal samfunnsøkonomisk effektivitet, er imidlertid også målet om fri bevegelse av elektrisitet over landegrensene et grunnleggende hensyn ved innføringen av konkurranse på EU-nivå. Slik integrasjon av tradisjonelt sett nasjonale elektrisitetsmarked var ikke gjennomførbart under de tidligere nasjonale reguleringsregimene, som i de fleste land var tuftet på områdemonopol for salg av elektrisitet og begrenset grad av konkurranse mellom aktører så vel nasjonalt som over landegrensene.

Det gjeldende eldirektivet bygger på det tidligere direktivet 96/92/EF, som la grunnlaget for innføring av konkurranse i det europeiske elektrisitetsmarkedet.⁵⁹ Direktivet søker å akselerere den liberaliseringsprosessen som ble igangsatt ved det første direktivet, i tråd med EU-rådets ønsker uttrykt under Lisboa-konferansen i 2000.⁶⁰ Direktivets virkemidler for å nå målsettingen om opprettelse av et indre elektrisitetsmarked er i hovedsak strengere bestemmelser om *tredjepartsadgang til elektrisitetsnettet*, krav knyttet til *selskapsmessig atskillelse* av nettselskaper fra vertikalt integrerte produksjons- og omsetningsfunksjoner, krav til opprettelse av en *selvstendig energiregulator* og *strengere regulering av nettselskapenes ansvar og virksomhet*. Et gjennomgående trekk ved bestemmelsene er at de søker å sikre at forskjellsbehandling mellom enkeltaktører unngås, særlig i nettmarkedene hvor risikoen for slik forskjellsbehandling gjerne er størst. Dette målet søkes oppnådd dels ved at direktivet fremsetter uttrykkelige forbud mot forskjellsbehandling, og dels ved at det stilles nærmere krav til de forskjellige aktørenes organisering og ansvarsområder med henblikk på å unngå risikoen for skjult forskjellsbehandling.

De konkurransebaserte markedene for omsetning av elektrisitet er i mindre grad gjenstand for regulering i eldirektivet enn de monopolbaserte nettfunksjonene. Likevel inneholder eldirektivet også enkelte bestemmelser om produksjon av elektrisitet. Det følger av artikkel 6 at medlemslandene skal legge til rette for en konsesjonsprosedyre med nærmere angitte objektive, transparente og ikke-diskriminerende kriterier for markedsaktørenes adgang til å utvikle ny produksjonskapasitet. Denne konsesjonsprosedyren kan i enkelte tilfeller erstattes av en anbudsprosedyre for utvikling av ny produksjonskapasitet dersom det er nødvendig av hensyn til miljøet eller forsyningssikkerheten.⁶¹

⁵⁸ For den norske energilovsreformens vedkommende er dette skillet utførlig beskrevet av Ulf Hammer, *Tilrettelegging av kraftmarkedet* (Oslo, 1999), se særlig s. 113 flg.

⁵⁹ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 96/92/EF af 19. december 1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet, EFT L27/20, 30.1.1997, opphevet med virkning fra 01. 07. 2004, jf artikkel 29 i direktiv 2003/54/EF.

⁶⁰ Draft Presidency Conclusions – Lisbon European Council 23 and 24 March 2000, side 5-6.

⁶¹ Direktivets artikkel 7. Artikkel 6 og 7 er nærmere behandlet nedenfor i kapittel 4.

Lik tilgang til transporttjenester er en grunnleggende premiss for å sikre like konkurransevilkår i markedene for omsetning av elektrisitet. Kravet til medlemsstatene om å sikre at alle kunder gis adgang til elektrisitetsnettet på objektivt og ikke-diskriminerende grunnlag, basert på offentliggjorte og regulerte transporttariffer, utgjør følgelig også en av direktivets grunnleggende regler.⁶² For å sikre slik tredjepartsadgang inneholder direktivet også omfattende regler om organisering og ansvar for de rettssubjektene som opererer transmisjonsnett og distribusjonsnett, omtalt som henholdsvis transmisjonssystemansvarlige (TSOer) og distribusjonssystemansvarlige (DSOer), samt regler for organisering og ansvar for den regulatoren som skal overvåke markedet.

Direktivet krever at medlemsstatene skal utpeke TSOer med nærmere angitte ansvarsområder for driften av transmisjonsnettet,⁶³ og DSOer med nærmere angitte ansvarområder for distribusjonsnettet.⁶⁴ For å hindre kryssubsidiering og forskjellsbehandling ved vurdering av adgang til nettet skal disse aktørene være selskapsmessig atskilt fra aktører som opererer innen andre deler av elektrisitetssektoren, slik som produsenter og leverandører.⁶⁵ I tillegg til det formelle kravet om selskapsmessig atskillelse, oppstiller direktivet også minimumsregler for hvilke funksjonelle krav som må oppfylles av nettselskapene for å sikre uavhengigheten i forhold til øvrige enheter i vertikalt integrerte virksomheter.⁶⁶ For DSOenes del kan medlemsstatene likevel gjøre unntak fra atskillelsesreglene for selskap som betjener mindre enn 100.000 tilknyttede kunder eller små isolerte systemer.⁶⁷ Direktivets bestemmelser om atskillelse av nettvirksomhet er i norsk rett søkt gjennomført i energiloven § 4-6 og § 4-7.

Kommisjonen har nylig antydnet at det kan bli aktuelt å foreslå krav til eiermessig atskillelse av TSOene for å unngå at nettselskaper begunstiger øvrige selskap i samme konsern.⁶⁸ Forslaget er kontroversielt, og det er usikkert om et slikt forslag vil bli vedtatt. For Norges del er spørsmålet

⁶² Artikkel 20 nr. 1. Se for øvrig Ingvald Falch, *Rett til nett* (Oslo, 2004) s. 22-40 for en gjennomgang av norske regler om tredjepartsadgang til elektrisitetsnett, hvor også elektrisitetsdirektivets bestemmelser behandles.

⁶³ I Norge anvendes begrepet systemansvarlig nettselskap om TSOen Statnett.

⁶⁴ Direktivets artikkel 8 og 13. Ansvarsområdene for TSOer og DSOer er angitt i henholdsvis artikkel 9 og 14. Direktivets skille mellom TSOer og DSOer fremgår av definisjonene av transmisjon og distribusjon i henholdsvis artikkel 2 nr. 3 og 5. Definisjonene, som er til dels overlappende, knytter seg dels til spenningsnivået til det nettet aktøren opererer, og dels til formålet med nettransporten. Sett hen til norske forhold kan en som utgangspunkt legge til grunn at reglene om transmisjonsnett knytter seg til sentralnettet, mens reglene om distribusjonsnett knytter seg til distribusjons- og regionalnett. Direktivet åpner for øvrig også for at én aktør kan drive et kombinert transmisjons- og distribusjonssystem, jf artikkel 17.

⁶⁵ Direktivets artikkel 10 og 15. Bestemmelsene er imidlertid ikke til hinder for at nettet som sådan eies av et selskap som også opererer innen andre markeder, forutsatt at den aktøren som har ansvaret for å operere nettet er selskapsmessig atskilt, se artikkel 10 og 15, begges nr. 1 i.f.

⁶⁶ Direktivets artikkel 10 nr. 2. Se også Ot prp nr 61 (2005-2006) s. 20-21 og Hallvard Gilje Aarseth, *Nye krav til skille mellom monopol- og konkurransebasert virksomhet i kraftsektoren* (Marius nr. 327, 2005) for en nærmere gjennomgang av direktivets krav til nettselskapenes uavhengighet.

⁶⁷ Direktivets artikkel 15 i.f.

⁶⁸ Meddelelse fra Kommissjonen om En energipolitikk for Europa, KOM(2007) 1 endelig, 10.01.2007, side 7-8.

uansett av mindre interesse, i og med at en offentlig eid TSO vil være å anse som Eiermessig atskilt fra øvrige interesser i elektrisitetsektoren så lenge Eiermyndigheten til de forskjellige interessene utøves av forskjellige departement. I Norge er Statnett som norsk TSO organisert som et statsforetak med OED som forvalter av eierskapet og foretaksmøte, mens statens øvrige kommersielle interesser i kraftsektoren er ivaretatt av statsforetaket Statkraft, som forvaltes av NHD.

Direktivet krever også at medlemsstatene skal utpeke en eller flere regulatorer for elektrisitetmarkedet som skal være «totalt uafhængige af interesser i elektricitetsindustrien».⁶⁹ Regulatoren skal blant annet ha til oppgave å sikre likebehandling og effektiv konkurranse gjennom markedsovervåkning, ha ansvar for nettdgangsspørsmål, samt opptre som klageorgan i nettdgangstvister. Uavhengighetskravet innebærer at det organet som utpekes som regulator ikke samtidig kan utøve Eierkontroll over andre selskap som opererer i elektrisitetsektoren. Derimot krever ikke direktivet at regulatoren er uavhengig fra nasjonale myndigheter.⁷⁰ NVE, som i all hovedsak opptre som regulator i det norske markedet, oppfyller derfor uavhengighetskravet i direktivet.⁷¹ Uavhengighetskravet i direktivet kan derimot tenkes å sette grenser for OEDs adgang til å opptre som regulator i elektrisitetmarkedet, i og med at departementet også er Eier av Statnett. Eksempelvis synes Kommisjonen å legge til grunn at et departement bare har adgang til å godkjenne eller oppheve en beslutning fattet av en underordnet regulator, og ikke adgang til å fatte en egen beslutning.⁷²

Ved siden av å legge til rette for et effektivt, indre elektrisitetmarked, søker Eldirektivet også å ivareta andre grunnleggende hensyn som miljøhensyn og hensynet til forsyningssikkerhet. Disse hensynene søkes ivaretatt dels ved at direktivet krever at medlemsstatene pålegger enkeltaktører – i første rekke TSOene - et nærmere bestemt ansvar, dels ved at medlemsstatene gis adgang til å pålegge enkeltaktører tjenester av allmenn økonomisk interesse, og dels gjennom medlemsstatenes adgang til å vedta beskyttelsestiltak i krisesituasjoner. Direktivet inneholder dessuten omfattende rapporteringsbestemmelser for nasjonale myndigheter.

Direktivet krever at medlemsstatene pålegger TSOene å utføre en rekke oppgaver som særlig knytter seg til *ivaretagelsen av forsyningssikkerheten*.⁷³ Derimot kreves det ikke at medlemsstatene skal pålegge andre aktører slik som produsenter eller leverandører nærmere definerte oppgaver av hensyn til miljøet eller forsyningssikkerheten. På den annen side fremgår

⁶⁹ Direktivets artikkel 23.

⁷⁰ Se tilsvarende Christopher W. Jones, *EU Energy Law* (1. utg., 2004), side 99.

⁷¹ Se energilovforskriften kapittel 7.

⁷² Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas, The role of the regulatory authorities, 14.01.2004, side 1, note 1.

⁷³ Se direktivets artikkel 9 og 11. Artikkel 11 nr. 3 gir for øvrig et eksempel på oppgaver som også kan knytte seg til miljøhensyn. DSOene har også enkelte oppgaver knyttet til ivaretagelsen av forsyningssikkerheten, se direktivets artikkel 14.

det av artikkel 3 nr. 2 at medlemsstatene kan pålegge selskaper i elektrisitetssektoren offentlige tjenesteforpliktelser «som kan omfatte leveringernes sikkerhet, herunder forsyningssikkerhet, regelmessighet, kvalitet og pris samt miljøbeskyttelse, herunder energieffektivitet og klimabeskyttelse». Denne bestemmelsen er supplert blant annet av artikkel 3 nr. 3, som pålegger medlemsstatene å sikre forbrukere en rett til å motta elektrisitet «af en bestemt kvalitet til rimelige, let og klart sammenlignelige og gjenomsiglige priser».⁷⁴

Sistnevnte bestemmelse innebærer at medlemsstatene ikke bare har rett til, men også plikt, til å sørge for et sikkerhetsnett – for eksempel i form av en forsyningspliktig leverandør – i de tilfellene hvor forbrukerne ikke mottar slike kraftleveranser gjennom den alminnelige markedsfunksjonen, enten forsyningssvikten skyldes markedets funksjon eller forbrukerens eget forhold. I og med at direktivet legger opp til innføringen av et markedsystem for omsetning av elektrisitet, hvor elektrisitetsprisen avhenger av tilbud og etterspørsel i markedet, er det imidlertid uklart hva direktivet legger i at forbrukerne skal være sikret «rimelige» priser. Ordlyden taler i retning av at bestemmelsen setter en skranke for hvor høy markedsprisen kan være før den ikke lenger anses som rimelig. Tatt i betraktning det reguleringspolitiske valget som er gjort i eldirektivet, kan det imidlertid være like naturlig å forstå bestemmelsen slik at den ikke setter noen skranke for markedsprisen så lenge prisdannelsen skjer i et fungerende marked.

Offentlige pålegg til enkeltaktører om å utføre nærmere definerte tjenester av allmenn økonomisk betydning har tradisjonelt vært et viktig styringsverktøy i kraftsektoren. Et viktig spørsmål er dermed i hvilken utstrekning direktivet tillater at slike ordninger innføres. I praksis vil det sentrale spørsmålet ofte være i hvilken utstrekning det kan ytes kompensasjon fra det offentliges side – enten i form av økonomisk støtte eller ved at det innvilges andre særskilte rettigheter – som ellers vil være i strid med EØS-avtalen. Dersom det er tale om å yte kompensasjon som i utgangspunktet vil være i strid med reglene om statsstøtte i EØS-avtalens hoveddel, må et eventuelt unntak forankres i EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2. Offentlig kompensasjon for utføring av tjenester av allmenn økonomisk betydning kan imidlertid også tenkes å være i strid med enkelte av bestemmelsene i eldirektivet selv, avhengig av hvordan kompensasjonsordning er utformet. Adgangen til å gjøre unntak i slike tilfeller fremgår av direktivets artikkel 3 nr. 2 sammenholdt med artikkel 3 nr. 8. Lest i sammenheng innebærer disse bestemmelsene særlig tre skranke for adgangen til å yte kompensasjon for utføring av tjenester av allmenn økonomisk betydning.

For det første fremgår det av artikkel 3 nr. 8 at det bare er adgang til å unnta fra direktivets bestemmelser om utbygging av ny produksjonskapasitet (artikkel 6 og 7), om tredjepartsadgang (artikkel 20), og om direkte linjer (artikkel 22).⁷⁵ Dette innebærer at det ikke er adgang til å

⁷⁴ Medlemsstatene kan også velge å la små virksomheter være omfattet av forsyningsplikten, se nærmere i artikkel 3 nr. 3.

⁷⁵ Prinsipielt sett kunne en tenke seg at EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2 anvendes direkte til å gjøre unntak fra andre bestemmelser i direktivet enn de som er angitt i artikkel 3 nr. 8. I og med at eldirektivets artikkel 3 nr. 2 og nr. 8 i realiteten innebærer en sektorbestemt tolkning av artikkel 86 nr. 2, er det imidlertid neppe rom for å utfylle direktivets bestemmelser med EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 i dette tilfellet.

gjøre unntak fra direktivets øvrige krav, som for eksempel bestemmelsen i artikkel 3 nr. 4 om at eventuell kompensasjon må ytes på ikke-diskriminerende og transparente vilkår.

For det andre fremgår det av artikkel 3 nr. 2 at slike tjenester av allmenn økonomisk interesse bare kan pålegges for å verne visse interesser; «leveringernes sikkerhet, herunder forsyningssikkerhet, regelmessighet, kvalitet og pris samt miljøbeskyttelse, herunder energieffektivitet og klimabeskyttelse». Medlemsstatene står dermed ikke lenger helt fritt til å definere omfanget av sine tjenester av allmenn økonomisk interesse. Hensynene som er nevnt i artikkel 3 nr. 2 er likevel så sentrale og vidtrekkende at de nok i praksis vil dekke de fleste slike offentlige tjenesteforpliktelser i kraftsektoren.

For det tredje må de øvrige vilkårene i artikkel 3 nr. 2 og nr. 8 være oppfylt; tjenesteforpliktelsene skal være klart definerte, transparente, ikke-diskriminerende og kontrollerbare. Bortsett fra i de tilfellene hvor tjenesteforpliktelsene av praktiske grunner må utføres av nettselskap i deres egenskap av monopolforetak, skal det i praksis mye til for at disse vilkårene kan anses oppfylt uten at oppdraget med å utføre de offentlige tjenesteforpliktelsene anbudsutsettes.

Videre kan det bare gjøres unntak fra direktivet i den utstrekning slike unntak er *nødvendig* for utføring av de offentlige tjenesteforpliktelsene, og utviklingen av samhandelen ikke påvirkes i et omfang som strider mot fellesskapets interesse. I praksis innebærer dette at medlemsstatene neppe kan påberope seg artikkel 3 nr. 2 og nr. 8 til å gjøre unntak for utføring av offentlige tjenesteforpliktelser dersom de interessene som søkes vernet allerede er ivaretatt gjennom andre direktivmekanismer som er mindre inngripende for samhandelen, for eksempel dersom de samme interessene kan anses tilstrekkelig godt vernet gjennom mekanismene i direktivet om elforsyningssikkerhet og infrastruktur.⁷⁶

Endelig åpner også direktivet for at det innføres særskilte beskyttelsestiltak dersom det skulle oppstå en krise i energimarkedet, se direktivets artikkel 24. Denne bestemmelsen er nærmere behandlet nedenfor i kap. 7.

4.3 Elektrisitetsforordningen

Forordning nr. 1228/2003 om betingelsene for netttadgang i forbindelse med grenseoverskridende elektrisitetsutveksling (elforordningen) har til formål å oppstille rettfærdige regler for grenseoverskridende handel med elektrisitet, og dermed bidra til økt konkurranse innen det indre elektrisitetsmarkedet.⁷⁷ Forordningen skiller seg fra eldirektivet ved et snevrere

⁷⁶ Se tilsvarende i Christopher W. Jones, EU Energy Law (1. utg., 2004), side 123-125. Direktivet om elforsyningssikkerhet og infrastruktur er nærmere omtalt nedenfor i punkt 4.4.

⁷⁷ Europa-parlaments og Rådets forordning (EF) Nr. 1228/2003 av 26. juni 2003, EFT L 176/1, 15.07.2003, artikkel 1.

anvendelsesområde og formål. Den er i første rekke rettet mot behovet for å legge til rette for økt handel med elektrisitet *over landegrensene*.

Forordningen ble vedtatt inkludert i EØS-avtalen av EØS-komiteen samtidig med eldirektivet den 2. desember 2005. I tråd med forpliktelsen i EØS-avtalen artikkel 7 a) om gjennomføring av forordninger, har norske myndigheter vedtatt en særskilt forskriftshjemmel i energiloven § 7-6 med en tilhørende forskrift som gjennomfører forordningen som sådan i nasjonal rett.⁷⁸

Elforordningens hoveddel inneholder enkelte grunnleggende bestemmelser for grenseoverskridende elektrisitetshandel, mens mer detaljerte retningslinjer er gitt i vedlegg til forordningen. En sentral mekanisme ved elforordningen er at innholdet i dette vedlegget kan endres i samsvar med den såkalte komitologiordningen.⁷⁹ Mekanismen innebærer at Kommisjonen som et utgangspunkt har adgang til å vedta nye retningslinjer basert på uttalelsene fra et særskilt opprettet rådgivende utvalg. Forordningens artikkel 8 regulerer nærmere hvilke forhold retningslinjene skal regulere. Disse retningslinjene er bindende for nasjonale reguleringsmyndigheter, jf forordningen artikkel 9.

Mekanismen reiser særlige EØS-rettslige spørsmål. Vedtakelse av nye retningslinjer så vel som endringer i eksisterende retningslinjer må i forhold til EØS anses som nye fellesskapsrettsakter som krever særskilt beslutning av EØS-komiteen i henhold til EØS-avtalens artikkel 98. Deretter må endringene gjennomføres særskilt ved lov- eller forskriftsendring i nasjonal rett. Endringene i retningslinjene vil derfor ikke ha den samme umiddelbare direkte virkningen i norsk rett som i EU-medlemsstatene. I praksis vil imidlertid forskjellen for EUs medlemsstater og de øvrige EØS-statene her først og fremst materialisere seg som en tidsforskjell, i og med at nye retningslinjer under forordningen også må antas å ville bli gjort til del av EØS-avtalen, og at de nødvendige forskriftsendringene deretter vil bli gjennomført.

Elforordningens hoveddel inneholder for det første nærmere regler om *kompensasjonsordningen* mellom systemansvarlige nettselskaper ved overføring av grensekryssende elektrisitetsstrømmer, se forordningens artikkel 3. Valget av reguleringsløsning på dette punktet var gjenstand for debatt før vedtakelsen av forordningen, og den valgte løsningen er reguleringsteknisk noe komplisert. Regelverket må ses på bakgrunn av de reguleringstekniske kompliserende elementene som oppstår som følge av at elektrisitet innen et synkronisert system alltid vil bevege seg minste motstands vei (mot området med størst elektrisitetsunderskudd), og at fysiske elektrisitetsstrømmer derfor ikke vil samsvare med de enkelte kraftkontraktene. Forordningen fastsetter retningslinjer for beregning av omfanget av de

⁷⁸ Forskrift 20. desember 2006 nr. 1563 om gjennomføring i norsk rett av elforordningen.

⁷⁹ Se særlig elforordningens artikkel 8 og 13 samt Rådets beslutning 1999/468/EF av 28. juni 1999, EFT L 184/23, 17.07.1999.

grensekryssende elektrisitetsstrømmene og for beregning av kostnader knyttet til overføring av dem. Kompensasjonsbeløpet skal for EØS-avtalens del fastsettes av ESA.⁸⁰

Forordningen inneholder videre i artikkel 4 nærmere regler om hvilke prinsipper som skal gjelde for *fastsettelse av nettariffer*. Bestemmelsen gjelder også innad for nasjonale nett uavhengig av om nettet krysser en landegrense eller ikke. Bestemmelsen gjentar dels krav som allerede følger av eldirektivet, som at nettariffer skal anvendes uten forskjellsbehandling, men inneholder også nye krav til uformingen av tariffene. Det følger blant annet av bestemmelsen at tariffene ikke kan være avstandsbaserte, at produsentene som hovedregel skal bære en mindre del av de samlede tariffkostnadene enn sluttkundene, og at tariffnivået når det er hensiktsmessig skal fastsettes slik at det gir lokaliseringssignaler på europeisk plan med hensyn til utnyttelse av infrastrukturen og behovet for nyinvesteringer.⁸¹ Det følger dessuten uttrykkelig av bestemmelsen at det ikke skal pålegges noen særskilt eksporttariff for grenseoverskridende elektrisitetstransaksjoner.⁸²

Harmoniserte regler for *informasjon om ledig nettkapasitet og fordeling av knapp kapasitet* utgjør sentrale virkemidler for etableringen av et fungerende indre elektrisitetsmarked, og forordningen inneholder nærmere prinsipper om slike regler i henholdsvis artikkel 5 og 6. De sentrale prinsippene for informasjon om nettkapasitet er at de systemansvarlige nettselskapene skal offentliggjøre sikkerhets-, drifts- og planleggingsstandarder samt overslag over ledig overføringskapasitet.⁸³ Utgangspunktet for reguleringen av knapp kapasitet er at slike kapasitetsbegrensninger skal håndteres ved hjelp av ikke-diskriminerende, markedsbaserte løsninger som gir markedsaktørene og de systemansvarlige nettselskapene effektive økonomiske signaler.⁸⁴ De ytterligere retningslinjene som er gitt for regulering av informasjonsstrøm og kapasitetsbegrensninger i forordningens artikkel 5 og 6 er også nærmere regulert i vedlegget til forordningen.

På EU-nivå har det opprinnelige vedlegget fra forordningens vedtakelsestidspunkt nylig blitt erstattet av nye og mer omfattende retningslinjer, som utgjør et nytt skritt i retning av et harmonisert regelverk for regulering av kapasitetsbegrensninger.⁸⁵ Så vidt vi er kjent med har de nye retningslinjene foreløpig ikke blitt besluttet inntatt i EØS-avtalen av EØS-komiteen, og de er følgelig ennå heller ikke gjennomført i forskriften til energiloven.

Artikkel 7 i elforordningen gir medlemsstatene adgang til å innvilge *unntak* fra regelen i forordningens artikkel 6 nr. 6, som regulerer hvilke formål inntekter fra tildeling av kapasitet på

⁸⁰ Se forordningen slik den er gjennomført under EØS-avtalen artikkel 3 nr. 4.

⁸¹ Se artikkel 4 nr. 2-4, som også inneholder enkelte andre krav som vi ikke går nærmere inn på her.

⁸² Artikkel 4 nr. 5.

⁸³ Forordningen artikkel 5.

⁸⁴ Forordningen artikkel 6 nr. 1.

⁸⁵ Kommissionens afgørelse af 9. november 2006 om ændring af bilaget til forordning (EF) nr. 1228/2003 (2006/770/EF), EFT L 312/59, 11.11.2006.

grensekryssende overføringslinjer kan anvendes til, og eldirektivets regler om tredjepartsadgang i direktivets artikkel 20 og 23 nr. 2-4. Bakgrunnen for unntaksregelen er at strenge regler om tredjepartsadgang og kanalisering av nettinntekter kan medføre at potensielle nettinvestorer fratras de nødvendige insentivene til å investere i kostnadskrevenne overføringsforbindelser mellom landene i det indre elektrisitetsmarkedet. Unntaksbestemmelsen kan følgelig ses som et forsøk på å balansere behovet for å sikre tredjepartsadgang i det eksisterende elektrisitetsnettet av hensyn til å sikre like konkurransevilkår på den ene side, og behovet for å sikre nyinvesteringer som er en forutsetning for opprettelsen av et fungerende indre marked på den andre siden.⁸⁶ Vilkårene for innvilgelse av fritak er svært strenge, og ESA har adgang til å omgjøre medlemsstatens beslutning om å gi fritak dersom vilkårene likevel ikke anses oppfylt.⁸⁷ I og med at behovet for nye infrastrukturinvesteringer, særlig med hensyn til nye overføringsforbindelser over landegrensene, utgjør et høyt prioritert satsningsområde på europeisk nivå, kan en imidlertid ikke helt utelukke at reglene om adgangen til å innvilge fritak vil kunne bli praktisert noe mer liberalt enn det forordningens ordlyd gir inntrykk av.

4.4 Elforsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet

Direktiv 2005/89/EF om foranstaltninger til fremme af elforsyningssikkerhed og infrastrukturinvesteringer (elforsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet) ble vedtatt 18. januar 2006, og EUs medlemsstater har frist til å gjennomføre direktivet til 24. februar 2008.⁸⁸ Direktivet har foreløpig ikke blitt inntatt i EØS-avtalen av EØS-komiteen. Siden direktivet er vedtatt med henblikk på å sikre at det indre markedet for elektrisitet fungerer tilfredsstillende og i medhold av indre markeds-bestemmelsen i EF-traktaten artikkel 95, er det lite tvil om at direktivet er EØS-relevant. Vi vil derfor anta at direktivet på sikt på sikt vil bli inkludert i EØS-avtalen.

Direktivets overordnede formål er å sikre at det indre markedet for elektrisitet fungerer tilfredsstillende ved å sikre en *passende produksjonskapasitet*, en *rimelig balanse mellom produksjon og etterspørsel* samt en *passende grad av nettsammenkobling* mellom medlemsstatene med tanke på utviklingen av det indre marked.⁸⁹ De overordnede virkemidlene for å nå dette målet er krav til medlemsstatene om å sikre en høy grad av elforsyningssikkerhet ved å fremme et stabilt investeringsklima, definere rollene og ansvaret til de enkelte aktørene i kraftmarkedet, samt å sørge for at de systemansvarlige nettselskapene fastsetter

⁸⁶ Unntaksbestemmelsen kunne derfor retts teknisk like gjerne vært inntatt i eldirektivet som i elforordningen. Denne løsningen er for øvrig valgt for naturgassdirektivets del, se direktivets artikkel 22.

⁸⁷ Se nærmere forordningens artikkel 7 og nærmere beskrivelse av vilkårene og prosedyren i Christopher W. Jones, EU Energy Law (1. utg., 2004), side 175-182.

⁸⁸ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2005/89/EF, EFT L 33/22, 04.02.2006.

⁸⁹ Direktivets artikkel 1 nr. 1.

minimumsstandarder og -krav for nettets driftssikkerhet.⁹⁰ Disse forpliktelsene for medlemsstatene er kombinert med nye rapporteringsforpliktelser for medlemsstatene som utvider de rapporteringsforpliktelsene om forsyningssikkerhetsforhold som allerede eksisterer i eldirektivet.⁹¹

Proessen fram til vedtakelse av elforsyningssikkerhet- og infrastrukturdirektivet bar preg av at de spørsmålene direktivet berører er kontroversielle i flere henseender. De vanskeligste spørsmålene er dels i hvilken grad forsyningssikkerhetsutfordringene skal løses på fellesskapsnivå i stedet for på nasjonalt nivå, og dels hvilke virkemidler som er best egnet til å ivareta forsyningssikkerheten i et liberalisert elektrisitetmarked. Resultatet av uenigheten rundt disse spørsmålene er at den endelige direktivteksten er mindre inngripende overfor medlemsstatene enn Kommisjonens opprinnelige forslag – særlig med hensyn til investeringer i grenseoverskridende overføringsforbindelser – og direktivets ordlyd er uklar på flere punkter.⁹²

Slik den endelige direktivteksten fremstår, må en kunne innvende at direktivet neppe bidrar til å avklare mange av de vanskelige forsyningssikkerhetsspørsmålene som var intensjonen bak det opprinnelige forslaget. Det er for eksempel vanskelig å være uenig i at det er hensiktsmessig å sikre et stabilt investeringsklima og å definere markedsaktørenes roller og ansvar, slik direktivet pålegger medlemsstatene å gjøre i artikkel 3. Det nærmere innholdet i disse forpliktelsene er likevel vagt.⁹³ Uklarheten blir ikke mindre av at direktivet dels understreker at nye investeringer i produksjonskapasitet skal foretas av markedsaktørene på bakgrunn av markedets prissignaler uten offentlig inngripen, og dels åpner for at offentlig inngrep kan foretas for å sikre ny produksjonskapasitet av hensyn til forsyningssikkerheten.⁹⁴ Bestemmelsen i artikkel 6 om nyinvesteringer i nett er også svært generell i sin utforming ved at den krever at medlemsstatene skal fastlegge rettslige rammebetingelser som gir de riktige insentivene til nettinvesteringer og vedlikehold, samt at de systemansvarlige nettselskapene skal samarbeide i spørsmål om investeringer i samkjøringslinjer, uten at bestemmelsen gir noen nærmere retningslinjer for hvordan disse forpliktelsene skal oppfylles.⁹⁵

De utvidede rapporteringsforpliktelsene kan ved første øyekast se ut til å være elforsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivets viktigste bidrag til utviklingen av det indre

⁹⁰ Se særlig direktivets artikkel 3 nr. 1 og 4 nr. 1.

⁹¹ Direktivets artikkel 7.

⁹² Se Kommisjonens forslag til direktiv om foranstaltninger til fremme af elforsyningssikkerhed og infrastrukturinvesteringer, KOM(2003) 740 endelig.

⁹³ Se Henrik Bjørnebye, *Electricity Generation Capacity Tenders in the Security of Supply Interest: It's All Wrong, but It's All Right* (EUI Working Paper No. 2007/06, Robert Schuman Centre for Advanced Studies), side 3-5 for en nærmere redegjørelse av disse forpliktelsene.

⁹⁴ Se henholdsvis artikkel 5 nr. 1 a) og 5 nr 2 a) og f) i direktivet.

⁹⁵ Se Henrik Bjørnebye, *Interconnecting the Internal Electricity Market: A Goal Without A Plan? I Competition and Regulation in Network Industries, Volume 1* (2006) No. 3, s. 333-353 på s. 337-340 for en nærmere gjennomgang av direktivets bestemmelser om nettinvesteringer og Kommisjonens opprinnelige forslag til bestemmelse om nettinvesteringer.

elektrisitetmarkedet, se direktivets artikkel 7. Medlemsstatenes forpliktelser til å rapportere om forhold slik som nettets driftssikkerhet, den fremtidige forventede balanse mellom produksjon og etterspørsel og fremtidige investeringsplaner vil være egnet til å gi en bedre oversikt over forsyningssikkerhetsutfordringene på fellesskapsnivå, som igjen på sikt kan avstedkomme nye sekundærlovgivningsinitiativ.

I og med at direktivet først trer i kraft i 2008, og EUs medlemsstater har frist til 1. desember 2007 med å informere Kommisjonen om hvilke endringer de vil gjøre i nasjonal lovgivning som følge av implementeringen, gjenstår det å se hvilken betydning direktivet vil få for nasjonal regulering av forsyningssikkerhetsspørsmål. Selv om direktivets ordlyd er vag på flere punkter, kan det ikke utelukkes at forpliktelser som i utgangspunktet kan fortone seg som uklare på sikt kan gjøres til gjenstand for mer presise og inngripende tolkninger fra fellesskapsorganenes side enn man i utgangspunktet skulle tro.

4.5 Fornybardirektivet

Direktiv 2001/77/EF om fremme af elektricitet produceret fra vedvarende energikilder inden for det indre marked for elektricitet (fornybardirektivet) ble vedtatt den 27. september 2001, og EUs medlemsstater hadde frist til 27. oktober 2003 med å implementere direktivet.⁹⁶ EØS-komiteen vedtok å innlemme direktivet i EØS-avtalen 8. juli 2005. I forbindelse med implementeringen av direktivet i norsk rett ble det vurdert som ikke nødvendig med lovtilpasninger.⁹⁷ I kjølvannet av at direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen er det likevel foretatt enkelte endringer i norsk energilovgivning, og et utkast til ny forskrift om opprinnelsesgarantier er for tiden ute på høring.⁹⁸

Formålet med fornybardirektivet er å *fremme en økning i andelen av fornybare energikilders bidrag til elektrisitetsproduksjon* i det indre elektrisitetmarkedet, samt å legge til rette for en fremtidig fellesskapsramme for slik produksjon.⁹⁹ Fornybare energikilder er i direktivet definert som «vedvarende, ikke-fossile kilder (vind, sol, geotermisk varme, bølge- og tidevandsenergi, vandkraft, biomasse, lossepladsgas, gas fra rensningsanlæg og biogas)».¹⁰⁰

Som det fremgår av direktivets formål, er fornybarhetsdirektivets funksjon snarere å sikre en økning av en bestemt type innsatsfaktorer til elproduksjon enn å ivareta det indre elektrisitetmarkedets funksjon som sådan. Sammen med CHP-direktivet, som behandles nedenfor i punkt 4.6, er direktivet følgelig produksjonsrelatert, hvor hovedformålet er å fremme

⁹⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/77/EF, EFT L 283/33, 27.10.2001.

⁹⁷ OEDs høringsnotat av 30. mars 2007 om utkast til forskrift om opprinnelsesgarantier, side 3.

⁹⁸ Se henholdsvis energiloven § 4-3 fjerde ledd som lovfester Statnetts rolle som utsteder av opprinnelsesgarantier for produsert elektrisk energi, og OEDs høringsnotat av 30. mars 2007.

⁹⁹ Direktivets artikkel 1.

¹⁰⁰ Direktivets artikkel 2 a).

miljøhensyn innen elproduksjon. Begge direktiv er også vedtatt i medhold av EF-traktaten artikkel 175 nr. 1 om miljøtiltak, og ikke i medhold av den indre markeds-bestemmelsen i traktatens artikkel 95. Selv om direktivenes hovedformål er å ivareta miljøhensyn har de imidlertid også en forsyningssikkerhetsfunksjon i og med at økt fornybar elektrisitetsproduksjon kan tenkes å erstatte noe av behovet for import av olje og gass fra tredjeland, og dermed bidra til å begrense unionens energiavhengighet. Det sistnevnte hensynet er ikke av tilsvarende betydning for Norge som stor eksportør av olje og gass.

Fornybardirektivet pålegger medlemsstatene å sette veiledende mål for andelen av fremtidig elektrisitetsforbruk produsert av fornybare energikilder.¹⁰¹ Dersom målene skulle vise seg uforenlige med unionens samlede målsetning, uten at det foreligger noen berettiget grunn for slikt avvik, kan den enkelte medlemsstat pålegges et mål. Medlemsstatene er videre forpliktet til å treffe «passende foranstaltninger til at fremme et øget forbrug af elektricitet» fra fornybare energikilder i overensstemmelse med de nasjonale veiledende målene.¹⁰² Direktivet pålegger medlemsstatene følgelig en viss aktivitetsplikt for å nå de nasjonale målene, men aktivitetspliktens rekkevidde er ikke helt klar. I denne sammenheng gir direktivet bare anvisning på en alminnelig proporsjonalitetsvurdering ved å fastsette at tiltaket «bør stå i rimelig forhold til det mål, der skal nås».¹⁰³

I og med at vannkraftanlegg uansett størrelse regnes som en fornybar energikilde i henhold til direktivet, er Norges andel av fornybar energiproduksjon allerede svært høy. Dette er også reflektert i Norges veiledende mål, som er satt til 90 % elektrisitetsforbruk fra fornybare energikilder innen 2010.¹⁰⁴

Det følger videre av direktivet at medlemsstatene skal legge til rette for et system med opprinnelsesgarantier for elektrisitet slik at det er mulig å garantere at elektrisiteten er produsert fra fornybare energikilder.¹⁰⁵ Medlemsstatene er dessuten forpliktet til å foreta en evaluering av administrative rutiner for tildeling av tillatelser til elproduksjon fra fornybar energi-anlegg.¹⁰⁶ Endelig skal medlemsstatene sikre at slik elektrisitet garanteres nettilgang, og nettoperatørene eventuelt kan gi slik elektrisitet prioritet til nettet.¹⁰⁷

Fornybardirektivet etablerer ikke en fellesskapsramme for støtteordninger til fornybar elektrisitetsproduksjon. I stedet pålegger direktivet Kommissjonen å evaluere medlemsstatenes bruk av støtteordninger og presentere en veldokumentert rapport basert på erfaringene fra

¹⁰¹ Direktivets artikkel 3 nr. 2.

¹⁰² Direktivets artikkel 3 nr. 1.

¹⁰³ Direktivets artikkel 3 nr. 1 i.f.

¹⁰⁴ OEDs rammenotat om direktiv 2001/77/EF, Versjon OED/EV 26.8.2005, side 3.

¹⁰⁵ Direktivets artikkel 5. Som nevnt ovenfor har OED nylig sendt et utkast til ny forskrift om opprinnelsesgarantier på høring i denne sammenheng.

¹⁰⁶ Direktivets artikkel 6.

¹⁰⁷ Direktivets artikkel 7.

medlemslandene. Rapporten kan ledsages av et forslag til et rammeverk for støtteordninger på fellesskapsplan.¹⁰⁸ En slik rapport ble offentliggjort av Kommisjonen i en meddelelse fra desember 2005.¹⁰⁹ Kommisjonen fant det imidlertid ikke hensiktsmessig å presentere et eget forslag til en fellesskapsramme for støtteordninger i denne rapporten.¹¹⁰

4.6 CHP-direktivet (kraftvarmedirektivet)

Direktivet 2004/8/EF om fremme af kraftvarmeproduktion på grundlag af en efterspørgsel efter nyttevarme på det indre energimarked og om ændring af direktiv 92/42/EØF (CHP-direktivet) ble vedtatt 11. februar 2004, med implementeringsfrist for EUs medlemsstater 21. februar 2006.¹¹¹ Direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen 8. desember 2006. OED har vurdert direktivet slik at det med enkelte unntak ikke er nødvendig med særskilt tilpasning av norsk lov eller forskrift i forbindelse med implementeringen i norsk rett.¹¹²

Formålet med CHP-direktivet er «at øge energieffektiviteten og forbedre forsyningssikkerheden ved at skabe en ramme til fremme og udvikling af højeffektiv kraftvarmeproduktion baseret på efterspørgsel efter nyttevarme og primærenergibesparelser på det indre energimarked».¹¹³ Med kraftvarmeproduksjon menes samtidig produksjon av termisk energi og elektrisk og/eller mekanisk energi i en og samme prosess.¹¹⁴ I likhet med fornybardirektivet, er også CHP-direktivet vedtatt i medhold av EF-traktaten artikkel 175, og det har særlig til formål å ivareta miljø- og forsyningssikkerhetshensyn. Foreløpig benyttes imidlertid slik kraftvarmeproduksjon i beskjeden grad i Norge.¹¹⁵

CHP-direktivet inneholder mange av de samme virkemidlene som fornybardirektivet, og er også i det vesentligste bygget over samme lest. CHP-direktivet er imidlertid – i motsetning til fornybardirektivet – nøytralt med hensyn til valg av primærenergikilder til elektrisitetsproduksjon. Direktivets funksjon er snarere å sikre at de energikildene som anvendes til elektrisitetsproduksjon anvendes mest mulig effektivt ved at også varmen fra produksjonsprosessen kommer til anvendelse.

I likhet med fornybardirektivet legger også CHP-direktivet opp til et system med opprinnelsesgarantier, ved å pålegge medlemsstatene en plikt til å sørge for at det kan utstedes

¹⁰⁸ Direktivets artikkel 4.

¹⁰⁹ Meddelelse fra Kommissionen – Støtte til elektrisitet fra vedvarende energikilder, KOM(2005) 627 endelig utg., 07.12.2005. Denne rapporten dekker også rapporteringsforpliktelsene i direktivets artikkel 8.

¹¹⁰ Op cit., side 16.

¹¹¹ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2004/8/EF af 11. februar 2004, EFT L 52/50, 21.02.2004.

¹¹² OEDs rammenotat om direktiv 2004/8/EF, Versjon 2.1.2007 OED/EV, side 3.

¹¹³ Direktivets artikkel 1 første pkt.

¹¹⁴ Direktivets artikkel 3 a).

¹¹⁵ OEDs rammenotat om direktiv 2004/8/EF, Versjon 2.1.2007 OED/EV, side 3.

opprinnelsesgarantier for elektrisitet produsert ved høyeffektiv kraftvarmeproduksjon.¹¹⁶ OED tar sikte på å gjennomføre forpliktelsene til å utstede opprinnelsesgarantier for elektrisitet fra fornybare energikilder og fra kraftvarmeproduksjon i fellesskap i den nye forskriften om opprinnelsesgarantier.

For øvrig pålegger direktivet medlemsstatene blant annet å utarbeide en analyse over det nasjonale potensialet for høyeffektiv kraftvarmeproduksjon,¹¹⁷ å vurdere de nasjonale administrative prosedyrene for tildeling av tillatelser til kraftvarmeproduksjon med tanke på å fremme slike investeringer,¹¹⁸ samt å sikre nettilgang for slik elektrisitet.¹¹⁹ I tillegg er medlemsstatene pålagt å rapportere om forhold av betydning for nasjonal kraftvarmeproduksjon.¹²⁰

CHP-direktivet krever ikke at medlemsstatene skal fastsette veiledende mål for fremtidig bruk av elektrisitet fra kraftvarmeproduksjon, slik fornybardirektivet gjør for elektrisitet fra fornybare energikilder. Direktivet søker heller ikke å etablere en egen fellesskapsramme for utformingen av eventuelle støtteordninger for kraftvarmeproduksjon. Derimot følger det av direktivets artikkel 7 nr. 1 at medlemsstatene er forpliktet til å foreta en bred vurdering av mulighetene til å nå de samme miljøvirkningene ved hjelp av andre energieffektiviseringsiltak når en vurderer økonomisk støtte til kraftvarmeproduksjon. Bestemmelsen fastsetter at

«Medlemsstaterne drager omsorg for, at støtte til kraftvarmeproduktion i både eksisterende og fremtidige enheder baseres på efterspørgsel efter nyttevarme og primærenergibesparelser, på baggrund af de foreliggende muligheder for at mindske energiefterspørgsel ved hjælp av andre økonomisk eller miljømæssigt fordelagtige foranstaltninger såsom anden forbedring af energieffektiviteten.»

For øvrig bygger CHP-direktivet i likhet med elektrisitetsforordningen på en komitologiordning, slik at Kommisjonen har en viss adgang til å vedta ytterligere regler til direktivet i vedleggs form.¹²¹ I denne sammenheng har Kommisjonen nylig fastsatt harmoniserte referanseverdier ved separat produksjon av elektrisitet og varme i henhold til direktivets artikkel 4, jf artikkel 14.¹²²

¹¹⁶ Direktivets artikkel 5. Hva som er å anse som høyeffektiv kraftvarmeproduksjon er nærmere spesifisert i vedlegg III til direktivet, se direktivets artikkel 3 i).

¹¹⁷ Direktivets artikkel 6.

¹¹⁸ Direktivets artikkel 9.

¹¹⁹ Direktivets artikkel 8.

¹²⁰ Direktivets artikkel 10. I likhet med fornybardirektivet pålegger CHP-direktivet for øvrig også fellesskapsorganene særskilte analyse- og rapporteringsforpliktelser, se direktivets artikkel 7 nr. 2-3 og artikkel 11.

¹²¹ Se i denne sammenheng direktivets artikkel 4 om effektivitetskriterier for kraftvarmeproduksjon, artikkel 13 om revisjon samt artikkel 14 om selve utvalgsprosedyren.

¹²² Kommissionens beslutning af 21. december 2006 om fastsættelse af harmoniserede referenceverdier for effektiviteten ved separat produktion af el og varme, jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/8/EF, EFT L 32/183, 06.02.2007.

Så vidt vi er kjent med, har denne beslutningen foreløpig ikke blitt inntatt i EØS-avtalen av EØS-komiteen.

4.7 Energitjenestedirektivet

Direktiv 2006/32/EF om energieffektivitet i slutanvendelserne og om energitjenester samt om opphævelse af Rådets direktiv 93/76/EØF (energitjenestedirektivet) ble vedtatt 5. april 2006, og implementeringsfristen for EU-landene er satt til 17. mai 2008.¹²³

Direktivet er vedtatt i medhold av miljøbestemmelsen i EF-traktaten artikkel 175, og har som hovedformål å fremme en kostnadseffektiv energieffektivisering på sluttbrukernivå.¹²⁴ Direktivet omfatter enhver form for kommersielt tilgjengelig energi, og er følgelig av betydning for reguleringen av det indre energimarkedet i sin alminnelighet.¹²⁵ De overordnede hensynene som ligger til grunn for direktivets målsetning er behovet for å ivareta miljøhensyn og å sikre energiforsynings sikkerheten i EU.¹²⁶

Så vidt vi er kjent med, er direktivet for tiden til vurdering i EØS-organene for mulig gjennomføring i EØS. I og med at direktivet er vedtatt i medhold av EF-traktaten artikkel 175 og søker å videreutvikle det indre energimarkedet gjennom ivaretakelsen av klima- og forsynings sikkerhetshensyn, er direktivet etter vår oppfatning EØS-relevant. Vi legger derfor til grunn at det vil bli inkludert i EØS-avtalen. Norske myndigheter har foreløpig ikke tatt endelig stilling til hvilke eventuelle endringer som kreves i norsk lovgivning for å implementere direktivet, men OED utelukker ikke at slike endringer kan komme på tale.¹²⁷

Energitjenestedirektivet definerer «energieffektivitet» som «forholdet mellom et output af ydelse, tjeneste, varer eller energi og et input af energi».¹²⁸ I utgangspunktet kan en tenke seg at innføringen av et system for markedsbasert omsetning av elektrisitet i seg selv burde bidra til ønskede energieffektiviseringsgevinster ved at sluttbrukerne velger mer energieffektive løsninger som svar på økning i markedsprisen for elektrisitet. Foreløpige erfaringer på fellesskapsplan tyder imidlertid på at innføring av konkurranse i energisektoren har ført til liten grad av energieffektivisering på etterspørselssiden.¹²⁹ Direktivet bygger følgelig på en reguleringspolitisk forutsetning om at ytterligere tilrettelegging av markedet er nødvendig for å oppnå de ønskede energieffektiviseringseffektene på etterspørselssiden.

¹²³ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2006/32/EF af 5. april 2006, EFT L 114/64, 27.04.2006. Enkelte rapporteringsforpliktelser har imidlertid allerede trådt i kraft for EUs medlemsstater, se direktivets artikkel 18 jf. artikkel 14 nr. 1, 2 og 4.

¹²⁴ Direktivets artikkel 1.

¹²⁵ Se definisjonen av energi i direktivets artikkel 3 a).

¹²⁶ Se direktivets fortale, henholdsvis avsnitt 2 og 1.

¹²⁷ Se OEDs Rammenotat om energitjenestedirektivet, OED/EV 15.05.06, side 2.

¹²⁸ Direktivets artikkel 3 b).

¹²⁹ Se direktivets fortale, avsnitt 9.

Energitjenestedirektivet inneholder særlig to sett av virkemidler for å nå målsettingen om å fremme kostnadseffektiv energieffektivisering på sluttbrukernivå.

For det første krever direktivet at medlemsstatene skal adoptere nasjonale indikative mål for fremtidig energieffektivisering på 9 % innen 9 år fra 1. januar 2008.¹³⁰ Metoden for beregningen av energisparingsmålene er nærmere regulert i vedleggene til direktivet. Bestemmelsene om de veiledende målene for energieffektivisering er supplert av regler som skal bidra til å bedre rammebetingelsene for energieffektiviseringstiltak og avhjelpe markedsimperfeksjoner som hindrer slike tiltak.¹³¹ I denne sammenheng er medlemsstatene forpliktet til å sikre at offentlig sektor opptrer som et forbilde med hensyn til å bidra til energieffektiviseringstiltak.¹³² Videre skal medlemsstatene sikre at energidistributører, distribusjonssystemoperatører og/eller sluttbrukerleverandører videreformidler kundeinformasjon av betydning for energieffektiviseringsprogrammer til de relevante myndighetsorganene og at disse aktørene avstår fra aktiviteter som kan være til hinder for energieffektiviseringstiltak.¹³³

For det andre søker direktivet å legge til rette for etableringen av et marked for energieffektiviseringstjenester for sluttbrukere.¹³⁴ I denne sammenheng er medlemsstatene pålagt å sørge for at energidistributører, distribusjonssystemoperatører og/eller sluttbrukerleverandører overholder minst ett av flere forhåndsfastsatte krav i direktivet myntet på å fremme bruken av energieffektiviseringstjenester. Medlemsstatene skal videre sikre at frivillige avtaler og/eller andre markedsorienterte ordninger etableres for å støtte opp om slike tiltak, samt legge til rette for at også andre potensielle tjenesteytere gis tilgang til markedet ved å sikre tilstrekkelige insentiver og lik adgang til markedet.¹³⁵

I tillegg til de ovenfor nevnte virkemidlene inneholder direktivet også bestemmelser om fremme av energieffektivisering ved å legge til rette for informasjonstilgjengelighet og –transparens,¹³⁶ innføring av mulige sertifiseringsordninger,¹³⁷ finansielle instrumenter,¹³⁸ energieffektive transporttariffer,¹³⁹ fond og finansieringsmekanismer,¹⁴⁰ energiettersynsordninger,¹⁴¹ og bruk av individuelle energiforbruksmålere og informativ

130 Direktivets artikkel 4 nr. 1.

131 Direktivets artikkel 1 a).

132 Direktivets artikkel 5.

133 Direktivets artikkel 6 nr. 1.

134 Direktivets artikkel 1 b).

135 Direktivets artikkel 6 nr. 2 og nr. 3.

136 Direktivets artikkel 7.

137 Direktivets artikkel 8.

138 Direktivets artikkel 9.

139 Direktivets artikkel 10.

140 Direktivets artikkel 11.

141 Direktivets artikkel 12.

fakturering for slutt kunder.¹⁴² Direktivet inneholder dessuten rapporteringsforpliktelser for medlemsstatene samt en revisjonsprosedyre som er tuftet på komitologiordningen.¹⁴³ Revisjonsprosedyren innebærer at Kommisjonen i samarbeid med et særskilt opprettet utvalg gis en viss adgang til å revidere de nokså omfattende vedleggene til direktivet.¹⁴⁴

4.8 Kort om de tjeneste- og produktbaserte energisparingsdirektivene

Energieffektivisering er et høyt prioritert energipolitisk tiltak på fellesskapsplan for å ivareta miljø- og forsyningssikkerhetshensyn. I tillegg til energitjenstedirektivet har det derfor også blitt vedtatt en rekke andre energieffektiviseringsdirektiver de siste årene. Disse skiller seg fra energitjenstedirektivet ved at de stiller energieffektiviseringskrav til særskilte grupper produkter eller tjenester. Slikt sett kan en si at de i første rekke bidrar til energieffektivisering ved å sette produkt- og tjenestekrav i andre markeder enn i de typiske energimarkedene. Vi vil derfor anta at de fleste av disse direktivene i hovedsak vil være av relevans ved revisjon av annen lovgivning enn energiloven med tilhørende forskrifter, i første rekke produktkontrollen. I og med at det ikke kan utelukkes at direktivene også kan være av en viss betydning ved revisjon av energiloven, vil vi likevel gi en helt kortfattet oversikt over denne sekundærlovgivningen i det følgende.

Følgende tre direktiver, som alle er vedtatt i medhold av EF-traktaten artikkel 95, oppstiller produktkrav for særskilte produkter:

- Direktiv 96/57/EF om energieffektivitetskrav til elektriske kjøleskap, dypfrysere og kombinasjonsskap til husholdningsbruk, som inneholder regler om maksimalt tillatt elektrisitetsforbruk for slike apparater.¹⁴⁵
- Direktiv 2000/55/EF om energieffektivitetskrav for lysstoffbelysning, som inneholder regler om maksimalt tillatt elektrisitetsforbruk for lysstoffrør.¹⁴⁶
- Direktiv 2005/32/EF om rammene for fastleggelse af krav til miljøvennlig design av energiforbrukende produkter (ecodesigndirektivet), som fastsetter krav til miljøvennlig design for enkelte typer produkter som forbruker energi.¹⁴⁷

¹⁴² Direktivets artikkel 13.

¹⁴³ Se henholdsvis artikkel 14 og 15 i direktivet.

¹⁴⁴ Se nærmere direktivets artikkel 14 nr. 4, artikkel 15 og artikkel 16. Se punkt 3.5.3 ovenfor for en nærmere redegjørelse for komitologiordningen.

¹⁴⁵ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/57/EF af 3. september 1996, EFT L 236/36, 18.09.1996, endret ved direktiv 2005/32/EF.

¹⁴⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/55/EF af 18. september 2000 om energieffektivitetskrav for forkoblinger til lysstoffbelysning, EFT L 279/33, 01.11.2000, endret ved direktiv 2005/32/EF.

¹⁴⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/32/EF af 6. juli 2005 om rammene for fastleggelse af krav til miljøvennlig design af energiforbrugende produkter og om ændring af Rådets direktiv 92/42/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/57/EF og 2000/55/EF, EUT L 191/29, 22.07.2005.

De to førstnevnte direktivene er inntatt i EØS-avtalen, mens direktiv 2005/32/EF så vidt vi er kjent med foreløpig er til vurdering for innlemmelse i EØS-avtalen.

Av øvrig sekundærlovgivning som har til formål å bidra til energieffektivisering – og som alle er inntatt i EØS-avtalen – kan særlig nevnes

- Rådets direktiv 92/42/EØF om krav til virkningsgrad i nye varmtvannskjeler som benytter flytende eller gassformig brensel¹⁴⁸

- Rådets direktiv 92/75/EØF om angivelse af husholdningsapparaters energi- og ressursforbruk ved hjelp af merking og standardiserte vareopplysninger, som innfører en merkeordning for husholdningsprodukter slik at forbrukere lettere kan velge energieffektive produkter.¹⁴⁹

- Forordning nr. 2422/2001 om et fellesskapsprogram for energieffektivitetsmerking af kontorutstyr, som innfører muligheten til å ta i bruk «Energy Star»-programmet på bakgrunn av en avtale mellom EU og USA.¹⁵⁰

Endelig er det grunn til å peke på direktiv 2002/91/EF om bygningers energibruk, som også er innlemmet i EØS-avtalen.¹⁵¹ Direktivet har til formål å forbedre bygningers energibruk, og innfører i denne sammenheng blant annet felles regler om beregning av bygningers energibruk, energisertifikat som viser hvor energieffektive bygninger er, periodiske kontroller med klimaanlegg, og krav til uavhengige sertifiserings- og kontrollrutineeksperter.

4.9 Særskilt sekundærlovgivning om rapporteringsrutiner

I tillegg til sekundærlovgivningen omtalt i avsnitt 4.2 – 4.8 ovenfor, finnes det også enkelte sekundærlovgivningsinitiativ som utelukkende omhandler rapportering til fellesskapsorganer.

Rådets direktiv 90/377/EØF om en fellesskapsprosedyre med hensyn til gjennomsiktighet for prisen på gass og elektrisitet til industrielle sluttbrukere (pristransparensdirektivet) omhandler rapportering for virksomheter.¹⁵² Direktivet forplikter medlemsstatene til å pålegge virksomheter som selger gass eller elektrisitet til sluttbrukere i industrien å gi opplysninger om priser og

¹⁴⁸ Rådets direktiv 92/42/EØF af 21. maj 1992 om krav til virkningsgrad i nye varmtvandskedler, der anvender flydende eller luftformigt brændsel, EFT L 167/17, 22.06.1992, endret ved direktiv 2005/32/EF.

¹⁴⁹ Rådets direktiv 92/75/EØF af 22. september 1992, om angivelse af husholdningsapparaters energi- og ressourceforbrug ved hjælp af mærkning og standardiserede vareoplysninger, EFT L 297/16, 13.10.1992. Se også Kommissjonsdirektiv 94/2/EF, 95/12/EF, 95/13/EF, 96/60/EF, 96/89/EF, 97/17/EF, 98/11/EF, 2002/31/EF, 2002/40/EF om nærmere gjennomføringsbestemmelser til de enkelte produktgruppene under direktiv 92/75/EØF.

¹⁵⁰ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2422/2001 af 6. november 2001 om et fællesskapsprogram for energieffektivitetsmærkning af kontorudstyr, EFT L 332/1, 15.12.2001.

¹⁵¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/91/EF af 16. december 2002 om bygningers energimæssige ydeevne, EFT L 1/65, 04.01.2003.

¹⁵² Rådets direktiv 90/377/EØF af 29. juni 1990 om en fællesskapsprocedure med hensyn til gennemsigtigheden af prisen på gas og elektricitet til den endelige forbruger i industrien, EFT L 185/16, 17.07.1990.

salgssystemer, prissystemer og forbrukskategorier til Eurostat, som kan offentliggjøre opplysninger i sammenfattet form for å bidra til bedre prisgjennomsiktighet.

Rådsforordning nr. 736/96 om innberetning til Kommisjonen om investeringsprosjekter av interesse for Fellesskapet innenfor olje-, naturgass- og elektrisitetssektorene pålegger på sin side medlemsstatene å innberette til Kommisjonen årlig om investeringsprosjekter med en fellesskapsdimensjon innen produksjon, transport, lagring eller distribusjon av olje, naturgass eller elektrisitet.¹⁵³ Sett i lys av de omfattende rapporteringsforpliktelsene som følger av nyere sekundærlovgivning i energisektoren, er nok denne forordningen i dag av mindre praktisk betydning enn tidligere.

4.10 Øvrige reguleringsinitiativ: Firenze-forumet og ERGEG

Ved siden av sekundærlovgivningen behandlet i avsnittene ovenfor, utgjør opprettelsen av samarbeidsfora på fellesskapsplan et viktig virkemiddel for utviklingen av det indre energimarked. De må derfor omtales i sammenheng med den formelle sekundærlovgivningen. Firenze-forumet (Electricity Regulatory Forum of Florence), Madrid-forumet (the Gas Regulatory Forum of Madrid) og ERGEG (the European Regulators Group for Electricity and Gas) har spilt og spiller sentrale roller, til tross for at foraene ikke har formell lovgivningsmyndighet og at deres beslutninger krever enstemmighet.

Firenze-forumet ble etablert i 1998 for å diskutere etableringen av et fungerende indre elektrisitetsmarked, mens Madrid-forumet ble etablert året etter for å diskutere tilsvarende problemstillinger med hensyn til etableringen av det indre gassmarkedet. Deltakerne omfatter medlemsstater, regulatorer og kommisjonsrepresentanter, så vel som representanter fra markedsdeltakere som systemansvarlige nettselskap, tradere, sluttbrukere og energibørser. Aktører fra både EUs medlemsstater, øvrige EØS-stater, kandidatland og øvrige relevante land som Russland deltar på møtene. Foraene samles om lag hvert halvår.¹⁵⁴ En rekke forskjellige tema har blitt diskutert på møtene, hvor deltakerne har klart å komme til enighet på flere punkter.¹⁵⁵

¹⁵³ Rådets forordning (EF) nr. 736/96 af 22. april 1996 om indberetning til Kommissionen om investeringsprojekter af interesse for Fællesskabet inden for olie-, naturgas- og elektricitetssektorerne, EFT L 102/1, 25.04.1996. Se også Kommissionens Forordning (EF) nr. 2386/96 af 16. december 1996 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 736/96, EFT L 326/13, 17.12.1996. Se for øvrig forskrift 11. desember 1992 nr. 1065 til energiloven, hvor den tidligere forordningen nr. 1056/72 om innberetning er inkorporert.

¹⁵⁴ Dokumenter fra møtene til foraene publiseres av Kommisjonen på nettsidene <http://ec.europa.eu/energy/electricity/florence/twg.htm> og http://ec.europa.eu/energy/gas/madrid/index_en.htm.

¹⁵⁵ Se Peter Cameron, *Competition in Energy Markets* (Firenze, 2001) s. 283 flg. for en nærmere beskrivelse av Firenze-forumet og Madrid-forumet, samt Burkard Eberlein, *Regulation by cooperation: The "third way" in making rules for the internal energy market*, side 59-88, i *Legal aspects of EU energy regulation*, Peter Cameron (ed.) (Oxford, 2005) for en mer oppdatert beskrivelse av Firenze-forumet. Se også Jens Weinmann, *Agglomerative Magnets and Informal Regulatory Networks: Electricity Market Design Convergence in the*

I tillegg til Firenze- og Madrid-forumet, opprettet Kommissjonen i 2003 the European Regulators Group for Electricity and Gas (EREG).¹⁵⁶ Regulatorgruppen består av lederne for de nasjonale energiregulatorene eller deres representanter.¹⁵⁷ Den ble opprettet for å

«på eget initiativ eller på Kommissionens anmodning rådgive Kommissionen og bistå den med at styrke det indre marked for energi, navnlig ved udarbejdelsen af udkast til gennemførelsesforanstaltninger på området elektricitet og gas, og i alle spørgsmål vedrørende det indre marked for gas og elektricitet. Gruppen skal lette samrådet, samordningen og samarbejdet mellem de nationale tilsynsmyndigheder med henblik på at bidrage til en ensartet anvendelse i alle medlemsstater af direktiv 2003/54/EF og 2003/55/EF og forordning (EF) nr. 1238/2003 såvel som af eventuelle fremtidige fællesskabsbestemmelser om elektricitet og gas.»¹⁵⁸

Kommissjonens beslutning om å opprette EREG ble gitt formalisert EØS-tilknytning gjennom EØS-komiteens beslutning om implementering av energimarkedspakken 2. desember 2005. Norge ved NVE deltar som observatør på EREGs møter.

Samarbeidsforaene er av betydning for utviklingen av det indre energimarkedet av flere grunner. For det første vil avtaler inngått i disse foraene være av stor betydning dersom det er mulig å komme til et enstemmig resultat, i og med at de er så bredt sammensatt. Dernest utgjør foraene uansett et viktig møtested for drøfting av forslag som på sikt kan munne ut i nye sekundærlovgivningsinitiativ. Slikt sett kan også forslag som ikke oppnår enstemmighet i foraene likevel på sikt bli bindende for medlemslandene gjennom komitologiordningen eller ved vedtakelse av ny sekundærlovgivning ved kvalifisert flertall i henhold til EF-traktaten artikkel 95 eller 175, jf artikkel 251. Endelig kan en også tenke seg at foraenes omforente retningslinjer kan få en viss indirekte juridisk betydning ved at fellesskapsorganene legger til grunn at retningslinjene innebærer en operasjonalisering av de bestemmelsene som allerede inngår i EF-traktaten og sekundærlovgivningen. Kommissjonen eller ESA kan for eksempel tenkes å argumentere med at foraenes retningslinjer allerede følger av EF-traktatens og EØS-avtalens konkurransebegrensningsregler, og følgelig er bindende. Dersom en slik sak skulle komme på spissen for EF- eller EFTA-domstolen vil imidlertid det formelle utgangspunktet være at foraenes retningslinjer i seg selv er av svært begrenset rettskildemessig betydning.

USA and Continental Europe (EUI Working Paper No. 2007/15, Robert Schuman Centre for Advanced Studies) for en bredere analyse av betydningen av slike uformelle fora for utviklingen av elektrisitetsmarkedene i USA og Europa.

¹⁵⁶ Kommissionens afgørelse 2003/796/EF af 11. november 2003 om oprettelse af gruppen af europæiske tilsynsmyndigheder for elektricitet og gas, EUT L 296/34, 14.11.2003.

¹⁵⁷ Se Kommissjonsbeslutning 2003/796/EF, artikkel 2 nr. 1.

¹⁵⁸ Se Kommissjonsbeslutning 2003/796/EF, artikkel 1 nr. 2.

4.11 Horisontal sekundærlovgivning av betydning for regulering av energimarkedet

Foruten den energispesifikke sekundærlovgivningen, finnes det også en rekke horisontale sekundærlovgivningsinitiativ som kan være av betydning for energisektoren så vel som andre sektorer.

I denne kategorien faller for eksempel rådsdirektiv 85/337/EØF om vurdering av visse offentlige og private prosjekters innvirkning på miljøet, som endret ved rådsdirektiv 97/11/EF (konsekvensutredningsdirektivet).¹⁵⁹ Direktivet stiller krav til medlemsstatene om konsekvensutredning av anleggsprosjekter – herunder enkelte typer energiutbyggingsprosjekter – som vil kunne påvirke miljøet i vesentlig grad.

Videre er direktiv 2004/17/EF om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av kontrakter innenfor vann- og energiforsyning, transport samt posttjenester (forsyningsvirksomhetsdirektivet) av sentral betydning for bruk av anbudskonkurranser i energisektoren.¹⁶⁰ Direktivet er gjennomført i norsk rett ved forskrift 7. april 2006 nr. 403 til lov om offentlige anskaffelser.

Det kan heller ikke utelukkes at reglene om blant annet etableringsfrihet for tjenesteytere i direktiv 2006/123/EF om tjenesteytelser i det indre marked (tjenestedirektivet) kan få en viss betydning innenfor energisektoren.¹⁶¹

¹⁵⁹ Rådets direktiv 85/337/EØF af 27. juni 1985 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet, EFT L 175/40, 05.07.1985 og Rådets Direktiv 97/11/EF af 3. marts 1997 om ændring af direktiv 85/337/EØF om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet, EFT L 73/5, 14.03.1997.

¹⁶⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (forsyningsvirksomhetsdirektivet), EUT L 134/1, 30.04.2004.

¹⁶¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked, EUT L 376/36, 27.12.2006, se særlig artikkel 9 flg. Det er imidlertid verdt å merke seg at reglene om fri utveksling av tjenesteytelser i direktivets artikkel 16 ikke kommer til anvendelse for tjenesteytelser av allmenn økonomisk interesse, herunder tjenesteytelser i elektrisitets- og gasssektoren, jf direktivets artikkel 17 nr. 1 b) og c).

5 Regulering av nyinvesteringer i elproduksjonskapasitet

5.1 Innledning

Et av spørsmålene i mandatet er hvordan samfunnsmessig rasjonelle investeringer i ny kraftproduksjon skal oppnås, og hvilke rammer EØS-retten setter for valget av reguleringsløsninger i dette henseendet.

Fellesskapsrettens reguleringspolitiske utgangspunkt for investeringer i ny elproduksjonskapasitet er at investeringer skal foretas av markedsaktører på bakgrunn av prissignalene fra velfungerende, konkurransebaserte kraftmarked, i henhold til tillatelser fra nasjonale myndigheter.¹⁶² Grunntanken er – i likhet med grunntanken bak den norske energilovsreformen av 1990 – at innføringen av konkurranse skal fungere som et instrument som fremmer økonomisk effektivitet og markedsintegrasjon, og at et effektivt marked også ivaretar forsyningssikkerheten på lang sikt ved å gi de nødvendige prissignalene for nødvendige nyinvesteringer. Et problem er imidlertid at det i mange tilfeller kan synes vanskelig å få gjennomført produksjonsinvesteringene selv om de anses samfunnsmessig rasjonelle.

Det reguleringspolitiske utgangspunktet om markedsbaserte investeringer er reflektert både i forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet og i elektrisitetsdirektivet. Artikkel 3 nr. 1 i førstnevnte direktiv pålegger medlemsstatene å legge til rette for et stabilt investeringsklima og å definere rollene og ansvarsområdene til de enkelte aktørene i elektrisitetsmarkedet av hensyn til forsyningssikkerheten.¹⁶³ Artikkel 6 i elektrisitetsdirektivet pålegger medlemsstatene å innføre en tillatelsesprosedyre for bygging av ny elproduksjonskapasitet basert på markedsaktørenes investeringsbeslutninger.

Samtidig åpner fellesskapslovgivningen for at et markedsbasert system i seg selv ikke alltid vil føre til samfunnsmessig optimale investeringer. I denne sammenheng peker forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet på mulighetene til å utforme ytterligere investeringsinsentiv, for eksempel i form av offentlige støtteordninger, og elektrisitetsdirektivet åpner for å gjøre unntak fra tillatelsesprosedyren i artikkel 6. Disse bestemmelsene må også ses i sammenheng med statsstøtteregele i EØS-avtalens hoveddel i den utstrekning offentlige støtteordninger er aktuelle, jfr. ovenfor avsnitt 3.4.

I det følgende behandler vi først sekundærlovgivningens krav til medlemsstatene om å legge til rette for et stabilt investeringsklima i punkt 5.2. Dernest behandler vi elektrisitetsdirektivets krav til medlemsstatenes tillatelsesprosedyre for utbygging av ny produksjonskapasitet og adgangen til å gjøre unntak fra denne ordningen i henholdsvis punkt 5.3 og 5.4. I punkt 5.5

¹⁶² Se blant annet Kommissjonens begrunnelse til forslaget til forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektiv, KOM(2003) 740 endelig, 10.12.2003, side 3-5.

¹⁶³ Direktivets artikkel 3 nr. 1.

behandler vi enkelte særskilte problemstillinger knyttet til offentlige støtteordninger til utbygging av ny produksjonskapasitet, før vi gir en kort oppsummering i punkt 5.6.

5.2 Forpliktelsene til å legge til rette for et stabilt investeringsklima

5.2.1 Oversikt

Tilretteleggelse for et stabilt investeringsklima og fastlegging av rollene og ansvarsområdene til de forskjellige aktørene i kraftmarkedet hører med blant elforsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivets sentrale virkemidler for å nå direktivets hovedmålsetninger om å sikre «en passende produksjonskapasitet» og «en rimelig balance mellom udbud og efterspøringsel» av elektrisitet.¹⁶⁴ Direktivets artikkel 3 nr. 1 lyder som følger:

«Medlemsstatene sikrer en høy grad af elforsyningssikkerhed ved at træffe de nødvendige foranstaltninger til fremme af et stabilt investeringsklima og fastlægge, hvilke roller og ansvarsområder de kompetente myndigheder, inklusive reguleringsmyndighederne hvor det er relevant, og alle relevante markedsaktører skal have, og ved at offentliggøre oplysninger herom. De relevante markedsaktører er bl.a. transmissions- og distributionssystemoperatørerne, elproducenterne, leverandørerne og slutkunderne.»

Som et utgangspunkt kan forpliktelsen til å fremme et stabilt investeringsklima best beskrives som en form for omsorgsforpliktelse til å søke å løse forsyningssikkerhetsutfordringer ved hjelp av markedsbaserte virkemidler i den utstrekning det er mulig. Denne generelle forpliktelsen er nærmere behandlet nedenfor i punkt 5.2.2. Elforsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivets krav om å definere roller og ansvarsområder gir heller ikke så klare føringer i seg selv, men på dette punktet er elektrisitetsdirektivets bestemmelser om rollefordelingen av stor betydning for medlemsstatenes handlingsrom. De EØS-rettslige rammene for medlemsstatenes fastsettelse av roller og ansvarsområder behandles nærmere nedenfor i punkt 5.2.3.

5.2.2 Fremme av et stabilt investeringsklima

Forpliktelsen i forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet artikkel 3 nr. 1 til å sikre et stabilt investeringsklima er løst formulert; medlemsstatene forpliktet til å «træffe de nødvendige foranstaltninger» til å fremme et stabilt investeringsklima, uten at tiltakene er nærmere spesifisert. Direktivets øvrige bestemmelser gir også begrenset veiledning med hensyn til hva forpliktelsen innebærer. Medlemsstatene skal ta hensyn til betydningen av å sikre elforsyningens kontinuitet,¹⁶⁵ til transparente og stabile rettslige rammebetingelser,¹⁶⁶ og betydningen av å

¹⁶⁴ Henholdsvis artikkel 1 nr. 1 bokstav a) og b) i direktivet.

¹⁶⁵ Direktivets artikkel 3 nr. 2 a).

fremme etableringen av likvide engrosmarkeder,¹⁶⁷ som gir passende prissignaler både på produksjons- og forbrukssiden.¹⁶⁸ Medlemsstatene *kan* dessuten ta hensyn til betydningen av å fjerne administrative hindringer for investeringer i infrastruktur og produksjonskapasitet.¹⁶⁹

Samlet sett synes direktivets bestemmelser dels å pålegge medlemsstatene å sørge for etableringen av engrosmarked for elektrisitet, og dels å sørge for at slike marked er velfungerende ved å bidra til forutberegnelighet for markedsaktørene gjennom stabile rammebetingelser. En generell forpliktelse til å etablere engrosmarked innebærer ingen reell skranke for reguleringen av norske rammebetingelser med mindre man ser for seg en full reversering av det systemet energiloven bygger på. En forpliktelse til å sørge for at slike marked er velfungerende kan i prinsippet være av større betydning for nasjonalstatenes handlingsrom. Samtidig er forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet uklart med hensyn til hvilke typer forpliktelser dette innebærer for medlemsstatene.

På den ene siden er det opplagt at direktivets bestemmelser ikke pålegger medlemsstatene å legge til rette for perfekt konkurranse i den forstand at markedsimperfeksjoner må fjernes for enhver pris. Eksempelvis krever ikke direktivet at medlemsstatene senker terskelen for tildeling av konsesjoner for bygging av ny produksjonskapasitet – gitt at disse prosedyrene er i overensstemmelse med artikkel 6 i elektrisitetsdirektivet – selv om innvilgelse av flere konsesjoner kan lette adgangen til markedet for nye aktører og dermed øke konkurransen i elektrisitetsmarkedet.

På den annen side kan det ikke utelukkes at forpliktelsene til å sørge for et velfungerende marked må anses som en skranke for bruk av virkemidler som direkte motvirker markedets funksjon, slik som for eksempel innføring av myndighetsfastsatte pristak i engrosmarkedet. Kommisjonen har også ved flere anledninger uttalt seg skeptisk til bruken av denne typen virkemidler tatt i betraktning den usikkerheten de kan føre til blant mulige investorer, selv om den har unnlatt å hevde at slik prisregulering i seg selv er i strid med sekundærlovgivningen.¹⁷⁰

Som et utgangspunkt innebærer bestemmelsen neppe mer enn en omsorgsforpliktelse til å søke å løse forsyningssikkerhetsutfordringer ved hjelp av markedsbaserte virkemidler der det er mulig. Bestemmelsen synes ikke å pålegge medlemsstatene noen klare resultatforpliktelser, og

¹⁶⁶ Direktivets artikkel 3 nr. 2 b).

¹⁶⁷ Direktivets artikkel 3 nr. 2 g).

¹⁶⁸ Direktivets artikkel 5 nr. 1 a).

¹⁶⁹ Direktivets artikkel 3 nr. 3 d).

¹⁷⁰ Kommissionens meddelelse til Europa-Parlamentet og Rådet - Infrastruktur og forsyningssikkerhet på energiområdet, KOM(2003) 743 endelig, 10.12.2003, side 8-9, og Meddelelse fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet - Udsigterne for det indre gas- og elmarked, KOM(2006) 841 endelig, 10.01.2007, side 8-9, som også henviser til at Kommisjonen har innledet en rekke traktatbruddsprosedyrer mot nasjonale prisreguleringer tuftet på forskjellige rettsgrunnlag.

den bærer i så måte mer preg av å være en programmerklæring enn en klar pliktregel for medlemsstatene.

5.2.3 Fastsettelse av roller og ansvarsområder

Det følger videre av artikkel 3 nr. 1 i forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet at medlemsstatene skal fastlegge hvilke roller og ansvarsområder som er tillagt offentlige myndigheter og relevante markedsaktører i elektrisitetsmarkedet, samt å offentliggjøre slike opplysninger. Bestemmelsen har bakgrunn i et behov for å klargjøre hvilke aktører som har et forsyningssikkerhetsansvar og hvordan det skal utøves innenfor rammene av et markedsbasert system. Bestemmelsen innebærer følgelig en positiv forpliktelse for medlemsstatene til å klargjøre og offentliggjøre informasjon om hvilke roller og ansvarsområder de enkelte aktørene har. Av større betydning for medlemsstatenes handlingsrom er det imidlertid at elektrisitetsdirektivet allerede går langt i å fastlegge hvilke roller og ansvarsområder de enkelte aktørene skal og ikke skal pålegges. Denne generelle rollefordelingen behandles i det følgende.

For *offentlige myndigheters* del kan statlig styring av kraftsektoren i prinsippet skje enten ved utøvelse av eiermyndighet eller ved regulatorstyring. Selv om EØS-retten bygger på en forutsetning om at styring av energimarkedet i utgangspunktet skal skje ved hjelp av regulatoriske virkemidler, inneholder ikke sekundærlovgivningen noe forbud mot styring gjennom statlig eierskap. Medlemsstatene er derimot i utgangspunktet underlagt de samme materielle EØS-rettslige begrensningene ved utøvelse av eiermyndighet som ved utøvelse av regulatormyndighet. Eksempelvis har staten ikke adgang til å instruere Statnett eller Statkraft i utbyggingssaker på en måte som strider mot ikke-diskrimineringsreglene i elektrisitetsdirektivet eller statsstøtteregele i EØS-avtalens hoveddel.

Utøvelse av offentlig reguleringsmyndighet er nærmere regulert i elektrisitetsdirektivet artikkel 23. Som nevnt ovenfor i punkt 4.2, stiller bestemmelsen krav til regulators uavhengighet, som kan tenkes å sette grenser for OEDs adgang til å opptre som regulator i elektrisitetsmarkedet siden departementet også er eier av Statnett. Selv om artikkel 23 ikke stiller spørsmål ved statens rolle eller ansvar for beslutninger knyttet til utvikling av ny produksjonskapasitet, kan bestemmelsen følgelig tenkes å stille krav til den institusjonelle organiseringen ved utøvelse av slike regulatoroppgaver.

I utgangspunktet synes det å følge av bestemmelsen at de uavhengige regulatorene også skal være ansvarlige for beslutninger knyttet til utvikling av ny produksjonskapasitet, ved å kreve at regulatorene «i det mindste [skal] have ansvar for at sikre at der ikke sker forskelsbehandling, at der er effektiv konkurranse, og at markedet fungerer effektivt». Denne vide angivelsen av ansvarsområdet må imidlertid leses i sammenheng med artikkel 23 nr. 1 litra a)-h), hvor det fremgår at regulatorens ansvarsområder med hensyn til markedsovervåking i første rekke er

nettrelaterte.¹⁷¹ De påfølgende bestemmelsene i artikkel 23 nr. 2-5 er også knyttet til nettregulering snarere enn produksjonsregulering.

I en tolkningsuttalelse til elektrisitetsdirektivet, som riktignok ikke er formelt juridisk bindende, synes Kommisjonen også å legge til grunn at beslutninger knyttet til investeringer i ny produksjonskapasitet ikke hører inn under de obligatoriske oppgavene til de uavhengige regulatorne som skal oppnevnes i medhold av artikkel 23.¹⁷² Angivelsen av regulatorenes arbeidsområde i artikkel 23 nr. 1 må derfor etter vår oppfatning forstås slik at de uavhengige regulatorne som et minimum skal være ansvarlige for å sikre ikke-diskriminering og effektivitet i *nettmarkedet* for å fremme et effektivt elektrisitetsmarked. Det innebærer at elektrisitetsdirektivet ikke krever at forhold som gjelder elproduksjonsinvesteringer som sådan må overlates til den uavhengige regulatoren. I motsetning til for nettreguleringen, står staten derfor fritt til å organisere de institusjonelle rammene for regulering av produksjonsbeslutninger i overensstemmelse med utgangspunktet om institusjonell frihet i elektrisitetsdirektivet artikkel 3 nr. 1.

For *markedsaktørens* del er utgangspunktet at EØS-retten ikke stiller noen formelle krav til at elektrisitetsprodusentene skal pålegges ansvar for kraftoppdekningen, verken lokalt eller regionalt. Hvorvidt medlemsstatene likevel kan pålegge enkelte produsenter å investere som en offentlig tjenesteforpliktelse mot kompensasjon, behandles nærmere nedenfor i punkt 5.4.3.

På den annen side er nettselskaper, enten de opererer transmisjons- eller distribusjonsnett, forhindret fra å inneha egen elproduksjonskapasitet i henhold til elektrisitetsdirektivets regler om selskapsmessig atskillelse.¹⁷³ Et særskilt spørsmål som oppstår i denne sammenheng, er hvorvidt systemansvarlige nettselskap likevel har rett til å inneha produksjonskapasitet til reservekraft ved særskilt anstrengte driftssituasjoner, eller om slik reservekraftproduksjon må være selskapsmessig atskilt fra nettvirksomheten.

Elektrisitetsdirektivet krever at systemansvarlige nettselskap skal være ansvarlige for å sikre at nettet har tilstrekkelig kapasitet til å imøtekomme rimelige krav om elektrisitetsoverføring, men pålegger ikke den systemansvarlige noe særskilt ansvar for å sikre tilstrekkelig produksjonskapasitet.¹⁷⁴ På dette punktet kan det hevdes at kravet i energiloven § 5A-1 om at den systemansvarlige skal sørge for momentan balansen mellom samlet produksjon og forbruk

¹⁷¹ Denne nettreguleringen kan selvfølgelig være av stor betydning for produksjonsrelaterte forhold, se for eksempel elektrisitetsdirektivets artikkel 23 nr. 1 litra f) om vilkår, betingelser og tariff for tilslutning av nye elektrisitetsprodusenter.

¹⁷² Se Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas, The role of the regulatory authorities, 14.1.2004, side 3.

¹⁷³ Henholdsvis artikkel 10 nr. 1 og 15 nr. 1, som nærmere omtalt ovenfor i punkt 3.5.2.

¹⁷⁴ Se særlig elektrisitetsdirektivet artikkel 9 a) og b). Lest i sammenheng med direktivets definisjoner av begreper som transmisjon (artikkel 2 nr. 3), transmisjonssystemoperatør (artikkel 2 nr. 4), sammenkoblet system (artikkel 2 nr. 14) og systembrukere (artikkel 2 nr. 18) er det mest naturlig å forstå henvisningen til "systemet" i artikkel 9 som en henvisning til transportsystemet, og ikke til hele ressurskjeden for elektrisitet fra produksjon til forbruk.

favner noe videre enn det minimumsansvaret som den systemansvarlige skal være pålagt etter elektrisitetsdirektivet artikkel 9.

Samtidig fremgår det av forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet at medlemsstatene for å sikre balansen mellom produksjon og etterspørsel skal «pålegge transmissionssystemoperatørene at sikre en hensigtsmessig reservekapasitet til balanseformål og/eller vedtage tilsvarende markedsbaserte foranstaltninger».¹⁷⁵ Spørsmålet som dermed oppstår er hvorvidt de systemansvarlige nettselskapene kan disponere slik reservekapasitet ved selv å drive slike produksjonsanlegg innen samme rettssubjekt som nettvirksomheten til tross for elektrisitetsdirektivets hovedregel om selskapsmessig atskillelse.

Det følger av elektrisitetsdirektivet at energien til reservekapasitetsformål skal anskaffes ved hjelp av gjennomsiktede, ikke-diskriminerende og markedsbaserte metoder.¹⁷⁶ Punkt 10 i fortalen til forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet fremsetter videre at

«Foranstaltninger, der kan anvendes til at sikre opretholdelse af passende reserveproduktionskapasitet, bør være markedsorienterede og ikke-diskriminerende og kan omfatte foranstaltninger som f.eks. kontraktmæssige garantier og ordninger, kapacitetsoptioner eller kapacitetsforpligtelser. Disse foranstaltninger kan endvidere suppleres med andre ikke-diskriminerende instrumenter såsom kapacitetsbetalinger.»

Både elektrisitetsdirektivet og forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet synes å legge til grunn at systemansvarlige nettselskap skal sikre oppdekning av reservekapasitet ved å kontrahere kapasiteten i markedet snarere enn selv å disponere slik produksjonskapasitet. På den annen side kan det innvendes at hovedformålet med elektrisitetsdirektivets regler om selskapsmessig atskillelse av nettvirksomhet er å sikre nøytralitet i nettfunksjonen, og at den systemansvarliges disposisjonsrett over begrenset produksjonskapasitet til reservekapasitetsformål neppe er egnet til å sette denne nøytraliteten i fare. Dessuten omfatter ordlyden i elektrisitetsdirektivet innkjøp av energi generelt – som også kan gjelde innkjøp av primærenergi til elektrisitetsproduksjon – og ikke bare elektrisitet.

Etter vår oppfatning er det mest nærliggende å forstå direktivenes regulering av reservekapasitet dit hen at hovedreglene om selskapsmessig atskillelse av nettvirksomhet ikke er til hinder for at systemansvarlige nettselskap disponerer egen produksjonskapasitet utelukkende til reservekraftformål. Løsningen må imidlertid anses som usikker.

¹⁷⁵ Forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet artikkel 5 nr. 1 b).

¹⁷⁶ Se også tilsvarende bestemmelse for distribusjonsnettselskaper i elektrisitetsdirektivet artikkel 14 nr. 5.

5.3 Krav til tillatelsesprosedyren for rett til bygging av ny produksjonskapasitet – elektrisitetsdirektivet art. 6

5.3.1 Oversikt

Elektrisitetsdirektivet artikkel 6 pålegger medlemsstatene å legge til grunn en tillatelsesprosedyre med objektive, gjennomsiktede og ikke-diskriminerende kriterier ved etablering av ny produksjonskapasitet.¹⁷⁷

Bestemmelsen inneholder en uttømmende liste over hvilke kriterier medlemsstatene kan legge til grunn for tildeling av tillatelser.¹⁷⁸ Disse kriteriene kan omhandle følgende forhold: elektrisitetssystemets, anleggenes og tilhørende utstys sikkerhet og pålitelighet; beskyttelse av folkehelse og sikkerhet; miljøbeskyttelse; arealanvendelse og plassering; anvendelse av offentlig område; energieffektivitet; arten av primærenergikilder som anvendes i elektrisitetsproduksjonen; forhold ved søkeren så som forhold av teknisk, økonomisk og finansiell betydning; og overensstemmelsen med tiltak som utføres i allmennhetens interesse i medhold av artikkel 3 i elektrisitetsdirektivet.¹⁷⁹ Selv om listen er uttømmende, favner de angitte kriteriene så vidt at den i praksis ikke begrenser medlemsstatenes handlingsrom ved utforming av nasjonale kriterier i særlig grad.

Bestemmelsen forplikter videre medlemsstatene til å ta hensyn til den begrensede størrelsen og potensielle innvirkning av små og/eller desentraliserte produsenter ved anvendelse av tillatelsesprosedyren.¹⁸⁰

Endelig oppstiller bestemmelsen enkelte prosessuelle krav til medlemsstatene; tillatelseskriteriene og –prosedyrene skal offentliggjøres, avslag på tillatelse skal begrunnes og begrunnelsen skal være objektiv, ikke-diskriminerende, velfundert og behørig dokumentert, og søkeren skal ha klageadgang.¹⁸¹

5.3.2 Særlig om kravet til ikke-diskriminering

I utgangspunktet tillegges bestemmelsen i elektrisitetsdirektivet artikkel 6 medlemsstatene et vidt handlingsrom med hensyn til vurdering av om nye elproduksjonsanlegg skal tillates oppført eller ikke, såfremt de grunnleggende kravene til objektivitet, gjennomsiktighet og ikke-diskriminering

¹⁷⁷ Elektrisitetsdirektivet artikkel 6 nr. 1.

¹⁷⁸ Se tilsvarende Christopher W. Jones, *EU Energy Law* (1. utg., 2004), side 15.

¹⁷⁹ Se elektrisitetsdirektivet artikkel 6 nr. 2.

¹⁸⁰ Elektrisitetsdirektivet artikkel 6 nr. 3. Fornybardirektivet artikkel 6 og CHP-direktivet artikkel 9 henstiller for øvrig også medlemsstatene til å søke å legge tillatelsesprosedyrene til rette for å fremme henholdsvis elektrisitetsproduksjon fra fornybare energikilder og kraftvarmeproduksjon. Se for øvrig også forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet artikkel 3 nr. 2 bokstav e) og nr. 3 bokstav a).

¹⁸¹ Elektrisitetsdirektivet artikkel 6 nr. 4.

er oppfylt. En mulig modifikasjon av dette utgangspunktet kan likevel tenkes å følge av kravet til ikke-diskriminering.

Elektrisitetsdirektivets ikke-diskrimineringsregler er et utslag av det generelle EF-rettslige ikke-diskrimineringsprinsippet, som krever at ensartede forhold ikke skal behandles forskjellig, eller ulike forhold ikke skal behandles likt, med mindre forskjellsbehandlingen er objektivt begrunnet.¹⁸² Ved konkurranse om konsesjoner kan for eksempel en medlemsstat som et klart utgangspunkt ikke prioritere en søker fremfor en annen ut i fra andre kriterier enn dem som uttrykkelig følger av direktivets artikkel 6 nr. 2.

I juridisk teori er det dessuten hevdet at ikke-diskrimineringskravet i artikkel 6 begrenser medlemsstatenes frihet til å stille krav om hvilke primærenergikilder som skal anvendes i elektrisitetsproduksjonen. Synspunktet bygger på et resonnement om at nye kriterier knyttet til bruken av primærenergikilder kan medføre diskriminering av nye markedsaktører sett i forhold til eksisterende aktører som ikke var underlagt de samme kravene på et tidligere etableringstidspunkt. Videre argumenteres det med at restriksjoner på bruken av primærenergikilder er egnet til å hindre adgangen til markedet for nye markedsdeltakere, i strid med det underliggende formålet med en tillatelsesprosedyre. Nye og strengere kriterier kan i følge dette resonnementet bare innføres dersom det er forholdsmessighet mellom kriteriene og de legitime hensyn som søkes oppnådd.¹⁸³

Etter vår oppfatning er det ikke grunnlag for å anlegge en så vid forståelse av ikke-diskrimineringsprinsippet som det gjengitte synspunktet antyder. Det prinsipielle spørsmålet som oppstår er hvorvidt situasjonen ved behandling av nye søknader i dag er sammenliknbar med tidligere situasjoner hvor søknader har blitt innvilget, og i så fall om endringen i fastsettelse av kriterier er objektivt begrunnet. I *VEMW*, Saml. 2005 s. I-4983, som gjaldt fortrinnsrett til adgang til grenseoverskridende elektrisitetsnett, gikk riktignok EF-domstolen langt i å konstatere at det forelå forskjellsbehandling uavhengig av på hvilket tidspunkt og under hvilket reguleringsregime rettigheten ble etablert.¹⁸⁴ Tilsvarende synspunkt kan i prinsippet tenkes anført i forhold til behandling av søknader om utbygging av ny produksjonskapasitet. Samtidig foreligger det etter vår oppfatning også tungtveiende hensyn som taler i retning av at medlemsstaten står fritt til å endre kriterier for slike tillatelser.

For det første er det grunn til å reise spørsmål ved om tillatelser innvilget på et annet tidspunkt i det hele tatt kan utgjøre et relevant sammenlikningsgrunnlag. Eksisterende tillatelser kan være

¹⁸² Sak C-17/03, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water, Amsterdam Power Exchange Spotmarket BV, Eneco BV mod Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie*, Saml. 2005 s. I-4983, premiss 47-48 og forente saker C-128/03 og C-129/03, *AEM SpA, AEM Torino SpA mod Autorità per l'energia elettrica e per il gas*, Saml. 2005 s. I-2861, premiss 58.

¹⁸³ Se Christopher W. Jones, *EU Energy Law* (2. utg.), side 17-18.

¹⁸⁴ Sak C-17/03, se særlig premiss 49-54. Avgjørelsen bygger på ikke-diskrimineringsforbudene knyttet til nettdagang under det tidligere elektrisitetsdirektivet 96/92/EF, men er også av interesse for fastleggelse av ikke-diskrimineringskravet i artikkel 6 i det eksisterende elektrisitetsdirektivet.

innvilget under helt andre reguleringsregimer og under andre samfunnsforhold enn de någjeldende. Det kan for eksempel ikke være relevant å sammenlikne adgangen til utbygging av ny vannkraft i dag med situasjonen under de store vannkraftutbyggingene på midten av forrige århundre, hvor tilgangen på kraftressurser var et helt annet. Videre kan bevisstheten rundt sentrale samfunnshensyn som hensynet til miljøet utvikle seg over tid, og medføre at tidligere innvilgede tillatelser til for eksempel gasskraftverk uten CO₂-rensing ikke lenger er et aktuelt sammenlikningsgrunnlag for tillatelser som gis i dag.

Selv i de tilfellene hvor tidligere tillatelser som anvendes som sammenlikningsgrunnlag er innvilget bare for kort tid tilbake, og under sammenliknbare samfunnsforhold, kan det etter vår oppfatning ikke stilles for høye krav til objektiv begrunnelse for endringer i kriteriene. Innvilgelse av tillatelser til utbygging av ny produksjonskapasitet beror på avveininger av sentrale samfunnsspørsmål som hvor slike anlegg skal plasseres, hva slags energikilder som skal tillates og hvilke miljøstandarder som skal legges til grunn. Det foreligger følgelig et klart behov for å kunne endre tillatelseskriteriene i takt med samfunnsutviklingen, og denne utviklingen kan ikke låses til et bestemt tidspunkt basert på tidligere innvilgede tillatelser. Dessuten kan det hevdes at det har formodningen mot seg at bestemmelsen er ment å gripe inn i medlemsstatenes frihet til å bestemme sammensetningen av nasjonal energiforsyning så lenge den er vedtatt ved kvalifisert flertall i medhold av traktatens artikkel 95 jf. artikkel 251, og ikke ved enstemmighet i medhold av EF-traktaten artikkel 175 nr. 2 c).

Oppsummeringsvis er ikke-diskrimineringsregelen i elektrisitetsdirektivets artikkel 6 etter vår oppfatning ikke til hinder for at medlemsstatene endrer kriteriene for tillatelse til utbygging av ny produksjonskapasitet over tid. Derimot innebærer regelen et klart forbud mot at disse kriteriene fastsettes på en måte som direkte eller indirekte begunstiger enkelte aktører på bekostning av andre aktører ved vurdering av nye søknader med mindre forskjellsbehandlingen er objektivt begrunnet.

5.4 Adgangen til å gjøre unntak fra tillatelsesprosedyren i elektrisitetsdirektivet artikkel 6

5.4.1 Oversikt

Tillatelsesprosedyren i elektrisitetsdirektivet artikkel 6 bygger på en forutsetning om at markedsaktørene skal ta initiativet til nyinvesteringer i kraftproduksjon på bakgrunn av prissignaler fra elektrisitetsmarkedet, uten noen form for offentlig inngripen. Samtidig åpner direktivet for to unntaksmuligheter fra dette utgangspunktet.

For det første åpner direktivets artikkel 7 for at medlemsstatene kan gjøre unntak fra tillatelsesprosedyren av forsyningssikkerhets- og miljøhensyn ved å fremme nyinvesteringer gjennom bruk av anbudsprosedyrer. Dernest åpner direktivets artikkel 3 nr. 2 og nr. 8 for at det

kan gjøres unntak både fra tillatelsesprosedyren og anbudprosedyren dersom det er nødvendig for utføringen av tjenester av allmenn økonomisk betydning.

Begge unntaksbestemmelsene bygger på en erkjennelse av at en ordning som overlater investeringsbeslutningene til markedsaktørene ikke alltid vil føre til samfunnsmessig optimale investeringer. Selv om vilkårene for anvendelse av unntakene er forskjelligartede, bygger derfor bestemmelsene på de samme grunnleggende avveiningene; er en foreslått investering nødvendig for ivaretagelsen av allmenne samfunnshensyn, og er offentlig markedsinngrep nødvendig for å sikre gjennomføring av investeringen?

I det følgende behandler vi anbudprosedyren i elektrisitetsdirektivet artikkel 7 nedenfor i punkt 5.4.2, og bestemmelsene om tjenester av allmenn økonomisk betydning i punkt 5.4.3. Begge former for unntak vil i praksis ofte være ledsaget av nærmere investeringsinsentiv i form av offentlige støtteordninger, som må vurderes i forhold til statsstøtteregele i EØS-avtalens hoveddel. Adgangen til å yte slik offentlig støtte behandles nærmere nedenfor i punkt 5.5.

5.4.2 Anbudprosedyren i elektrisitetsdirektivet artikkel 7

Elektrisitetsdirektivet artikkel 7 er ment som en sikkerhetsventil som åpner for at offentlige myndigheter kan ta initiativet til nyinvesteringer i den utstrekning markedsaktørene ikke iverksetter investeringer som er nødvendige av forsyningssikkerhets- og miljøhensyn.¹⁸⁵ Tanken er at myndighetene kan ta initiativet til iverksetting av en ønsket investering ved å utlyse en anbudskonkurranse som inneholder mulige subsidieelementer. Anbudsutlysning kan for eksempel inneholde et tilbud fra myndighetene om langsiktig kraftkjøp fra det aktuelle kraftverket, hvor subsidieelementet utgjøres av differansen mellom antatt fremtidig markedspris og salgsprisen som tilbys av beste anbyder.¹⁸⁶ Anbudsutlysningen kan rette seg enten mot nyinvesteringer i produksjonskapasitet, eller mot investeringer i energieffektiviseringstiltak i form av etterspørselsstyring, som for eksempel frivillige utkoblinger.

Elektrisitetsdirektivet artikkel 7 har to funksjoner. På den ene siden pålegger bestemmelsen medlemsstatene å legge til rette for at anbudprosedyrer eller tilsvarende transparente og ikke-diskriminerende prosedyrer kan iverksettes på kort varsel dersom det skulle bli nødvendig å gripe inn i markedet av hensyn til forsyningssikkerheten. Forpliktelsen har sin bakgrunn i at

¹⁸⁵ I motsetning til det någjeldende direktivet, overlot det tidligere elektrisitetsdirektivet det til medlemsstatene å avgjøre om man ønsket å anvende tillatelsesprosedyren eller anbudprosedyre, jf artikkel 4 og 5 i det nå opphevede direktivet 96/92/EF. Anbudprosedyren ble imidlertid ikke valgt som hovedprosedyre av noen medlemsstat under det tidligere direktivet, se Kommissjonens forslag til endringsdirektiv for direktiv 96/92/EF og 98/30/EF, KOM(2001) 125 endelig, 13.03.2001, side 8.

¹⁸⁶ Slike støtteelementer må også vurderes i forhold til statsstøtteregele i EØS-avtalens hoveddel, uavhengig av om vilkårene i elektrisitetsdirektivet artikkel 7 er oppfylt. Som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor i punkt 5.5, vil nok imidlertid støtteelementer som ytes i overensstemmelse med prosedyrene i artikkel 7 som en klar hovedregel også oppfylle de fire kumulative vilkårene fremsatt av EF-domstolen i sak C-280/00, *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg mod Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Saml. 2003 s. I-7747, og derfor ikke utgjøre statsstøtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1.

forsyningssikkerhetsproblemer i en medlemsstat også kan påvirke forsyningssikkerheten i andre medlemsstater, og dermed utgjøre et felles problem.

Samtidig begrenser bestemmelsen medlemsstatenes adgang til å iverksette anbudsprosedyrer eller tilsvarende prosedyrer. Slike prosedyrer kan bare iverksettes dersom produksjonsinvesteringer eller etterspørselsreducerende tiltak som gjennomføres etter tillatelsesprosedyren ikke er tilstrekkelige til å garantere forsyningssikkerheten eller ivareta hensynet til miljøbeskyttelse eller fremme av ny teknologi.

Denne begrensningen i medlemsstatenes handlingsfrihet reiser to hovedproblemstillinger. For det første oppstår et spørsmål om hvordan begrepene forsyningssikkerhet, miljøbeskyttelse og ny teknologi skal forstås. Dernest oppstår et spørsmål om i hvilke tilfeller vilkåret om at bruk av markedsmekanismen i henhold til prosedyren i artikkel 6 ikke er tilstrekkelig til å ivareta hensynene til forsyningssikkerhet eller miljøbeskyttelse, er oppfylt.

Begrepet miljøbeskyttelse er nokså selvforklarende, og henvisningen til ny teknologi må særlig ses på bakgrunn av utvikling av teknologi som er egnet til å bedre energiutnyttelsen eller på annet vis fremme miljøhensyn. Derimot er begrepet «forsyningssikkerhet» mindre klart, og det er heller ikke nærmere definert i elektrisitetsdirektivet.¹⁸⁷ Som reguleringspolitisk målsetning omfatter begrepet klart nok hensynet til å sikre uavbrutte elektrisitetsforsyninger for sluttbrukere. Et mer vanskeligere spørsmål er i hvilken utstrekning begrepet også kan anses for å omfatte hensynet til at sluttbrukerne skal motta elektrisitetsforsyninger til rimelige eller overkommelige priser.

Det ville harmonere dårlig med elektrisitetsdirektivets utgangspunkt om innføringen av et markedssystem dersom en høy markedspris i seg selv kunne legitimere unntak fra markedssystemet, tatt i betraktning at markedsprissvingninger er nødvendige for å sikre nyinvesteringer. Alminnelige prisvariasjoner kan derfor ikke anses som et forsyningssikkerhetsanliggende.¹⁸⁸ Derimot kan det ikke helt utelukkes at plutselig og svært høy prisstigning som følge av uforutsette og ekstraordinære omstendigheter kan anses som et forsyningssikkerhetsproblem, tatt i betraktning den betydningen slike prissjokk kan tenkes å ha for grunnleggende samfunnshensyn som folkehelsen og offentlig sikkerhet.

Vurderingen av når gjennomføringen av en anbudskonkurranse er nødvendig, er i prinsippet nokså enkel i de tilfellene hvor en søker å forfølge miljøhensyn. Medlemsstatenes miljøbeskyttelsesnivå er foreløpig ikke gjenstand for totalharmonisering på fellesskapsnivå. Dersom en medlemsstat har satt seg konkrete miljøpolitiske målsetninger, som for eksempel krav

¹⁸⁷ Forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet definerer "elforsyningssikkerhet" som "et elektrisitetssystemes evne til at forsyne sluttbrukerne med elektrisitet i overensstemmelse med dette direktiv", jf artikkel 2 b). Denne definisjonen er så vidt direktivspesifikk og lite presis at den ikke er egnet til å kaste nevneverdig lys over forståelsen av begrepet slik det er anvendt i elektrisitetsdirektivet.

¹⁸⁸ Derimot pålegger direktivet medlemsstatene å sikre at forbrukere har tilgang til elektrisitet til rimelige priser i den såkalte universal service-bestemmelsen i artikkel 3 nr. 3. En nærmere gjennomgang av denne bestemmelsen vil imidlertid falle utenfor rammene for denne utredningen.

til hvor stor andel av kraftproduksjonen som skal være basert på fornybare energikilder, kan anbudsprosedyren anvendes dersom de investeringene som foretas av markedsaktørene på bakgrunn av tillatelsesprosedyren ikke er tilstrekkelige til å realisere målsetningen.

Vurderingen av i hvilke tilfeller gjennomføringen av anbudskonkurranser er nødvendig av hensyn til forsyningssikkerheten er derimot mer komplisert, og vil avhenge av de nærmere omstendighetene rundt forsyningssikkerhetsproblemet.

En mulig utfordring i et vannkraftbasert system som det norske kan for eksempel være at det oppstår et behov for å bygge ut andre former for kraftproduksjon for å sikre tilstrekkelige forsyninger i et tørrår. Selv om forsyningssikkerheten i tørrår også kan bedres ved å bygge ut overføringsforbindelser til andre land, pålegger neppe EØS-retten medlemsstatene å prioritere utbyggingen av slike forbindelseslinjer fremfor utbygging av nasjonal kraftproduksjon.¹⁸⁹ Dersom det kan dokumenteres et behov for utbygging av andre former for kraftproduksjon av hensyn til å skape en nødvendig sikkerhetsmargin ved tørrår, vil bruk av anbudsalternativet i utgangspunktet være tillatt dersom markedsaktørene ikke investerer i denne kapasiteten på bakgrunn av de kriteriene som stilles i henhold til tillatelsesprosedyren.

Det er derimot tvilsomt om anbudsprosedyren kan godtas som virkemiddel i de tilfellene hvor det oppstår en generell bekymring for manglende balanse mellom samlet produksjon og samlet forbruk på lang sikt. Kommisjonens resonnement i en statsstøttesak som gjaldt utbygging av irsk reservekapasitet gir en viss veiledning i så måte.¹⁹⁰ I spørsmålet om slik utbygging kunne anses som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, la Kommisjonen til grunn at man må skille mellom investeringer i «den alminnelige» produksjonskapasiteten og investeringer i dyrere reservekapasitetsløsninger for særlig anstrengte driftssituasjoner. I denne forbindelse uttalte Kommisjonen at et av vilkårene for å anse investeringer i reservekapasitet som en ikke-kommersiell tjeneste av allmenn økonomisk betydning var at:

«A clear distinction is made between «normal» capacity and «reserve» capacity generation. The former being the capacity that the market would spontaneously provide to cover expected demand (or expected increases of demand) under normal market and regulatory conditions. Indeed, in a liberalised market, as with other products, private investors are expected to ensure that sufficient capacity is available to meet demand. In general terms, the price mechanism is the way that this is expected to be achieved in the competitive market. As prices rise investment will become viable and either more capacity will come on stream, or demand will be constrained. A transparent and reliable price mechanism for wholesale electricity is sufficient in this respect. The provision of (or the increase of) normal capacity generation cannot be considered a Service of General Economic Interest. [...]

The «reserve» capacity is the additional capacity that would not be spontaneously provided by normal market forces but is considered necessary in order to meet peaks of demand. One may indeed wonder

¹⁸⁹ I denne sammenheng inneholder Forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet bare en nokså generell forpliktelse for medlemsstatene til å ta hensyn til det indre markedet og mulighetene for grenseoverskridende samarbeid om elforsyningssikkerhet, jf artikkel 3 nr. 2 bokstav c).

¹⁹⁰ State aid N 475/2003 – Ireland, Public Service Obligations in respect of new electricity generation capacity for security of supply, C(2003)4488fin, 16.12.2003.

whether investors are prepared to invest in peaking capacity to cover the very highest periods of demand or incidents where a large proportion of other generation is not available. It is arguable that such investment might not occur because such events are infrequent and their occurrence is unpredictable. Accordingly there may be a case for governments to provide further measures, in addition to market mechanisms, to ensure adequate capacity is available.»¹⁹¹

Resonnementet ovenfor er også relevant for spørsmålet om bruken av anbudsprosedyren etter elektrisitetsdirektivet artikkel 7 er nødvendig, eller om bruk av tillatelsesprosedyre i artikkel 6 er tilstrekkelig for å ivareta forsyningssikkerheten. Det er ikke gitt at skillet mellom «normal produksjonskapasitet» og reservekapasitet er så enkelt å trekke opp i et vannkraftsystem. Det kan derfor diskuteres hvorvidt Kommisjonens grensedragning er hensiktsmessig. Likevel bidrar uttalelsen ovenfor til å illustrere at fellesskapsorganene i utgangspunktet vil være tilbakeholdne med å godta statlig inngripen for å sikre utbygging av produksjonskapasitet i sin alminnelighet. Derimot vil det være større rom for bruk av anbudsprosedyrer ved utbygging av reservekraftløsninger såfremt det er uklart hvorvidt markedsaktørene vil ta initiativet til slike investeringer i mangel av nærmere insentivordninger.

5.4.3 Adgangen til å gjøre unntak fra elektrisitetsdirektivet for gjennomføring av tjenester av allmenn økonomisk betydning

Elektrisitetsdirektivet artikkel 3 nr. 2 åpner for at medlemsstatene

«under fuld iagttagelse af de relevante bestemmelser i traktaten, særlig artikel 86 [tilsvarende EØS-avtalen artikkel 59], ud fra almindelig økonomisk interesse pålægge selskaber i elektricitetssektoren offentlige serviceforpligtelser, som kan omfatte leveringernes sikkerhed, herunder forsyningssikkerhed, regelmæssighed, kvalitet og pris samt miljøbeskyttelse, herunder energieffektivitet og klimabeskyttelse.»

Det følger videre av bestemmelsen at slike offentlige tjenesteforpliktelse skal være klart definerte, transparente, ikke-diskriminerende og kontrollerbare, og de skal sikre elektrisitetsselskaper etablert på EØS-områder lik tilgang til nasjonale forbrukere. Bestemmelsen må ses i sammenheng med artikkel 3 nr. 8, som fremsetter at selskap pålagt slike offentlige tjenesteforpliktelse kan unntas fra blant annet direktivets artikkel 6 og 7

«for så vidt anvendelsen retligt eller faktisk ville hindre opfyldelsen af de forpligtelser, der er pålagt elektricitetsselskaber under hensyn til almen økonomisk interesse, og for så vidt udviklingen af samhandelen ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse. I henhold til dette direktiv og til artikel 86 i traktaten omfatter Fællesskabets interesse bl.a. konkurrence i forbindelse med privilegerede kunder.»

Oppregningen i artikkel 3 nr. 2 av hvilke hensyn de offentlige tjenesteforpliktelsene kan tuftes på må sannsynligvis anses uttømmende. Det innebærer at det ikke vil være mulig å få unntak fra

¹⁹¹ State aid N 475/2003, C(2003)4488fin, premiss 35.

direktivets artikkel 6 og 7 for utføringen av offentlige tjenesteforpliktelser som er motivert av andre hensyn enn forsyningssikkerhets- og miljøhensyn.

Utføringen av offentlige tjenesteforpliktelser, gjerne mot kompensasjon i form av offentlig støtte eller monopolrettigheter, har tradisjonelt spilt en stor rolle i europeisk kraftforsyning. Selv om elektrisitetsdirektivet åpner for en videreføring av offentlige tjenesteforpliktelser innenfor rammene av et markedssystem, er medlemsstatenes handlingsrom med hensyn til bruk av slike virkemidler for å sikre produksjonsinvesteringer svært begrenset.

For det første har Kommisjonen, som pekt på ovenfor i punkt 5.4.2, stilt seg avvisende til at investeringer i ny produksjonskapasitet i sin alminnelighet i det hele tatt kan anses som en offentlig tjenesteforpliktelse. Derimot kan bestemmelsen tenkes å komme til anvendelse i forhold til investeringer i reservekapasitet.

For det andre følger det av artikkel 3 nr. 2 og nr. 8 at tildeling av områdemonopoler som kompensasjon for utføring av offentlige tjenesteforpliktelser ikke lenger er tillatt. I den utstrekning bestemmelsen er aktuell, vil i så fall offentlige støtteordninger være det mest aktuelle kompensasjonsalternativet.

Derneft følger det av artikkel 3 nr. 8 at unntak fra artikkel 6 og 7 bare er aktuelt dersom unntak er nødvendig for utføring av tjenesten, og for såvidt følgene for samhandelen ikke strider mot fellesskapets interesse. Tatt i betraktning at både elektrisitetsdirektivet og forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet har egne mekanismer som søker å ivareta nivået for produksjonsinvesteringer, vil det i praksis være vanskelig å oppfylle proporsjonalitetskravet i artikkel 3 nr. 8 for andre typer virkemidler i form av offentlige tjenesteforpliktelser.

Endelig følger det av artikkel 3 nr. 4 at i den utstrekning det ytes noen form for kompensasjon fra medlemsstaten for utføring av de offentlige tjenesteforpliktelsene, så skal det skje på en transparent og ikke-diskriminerende måte. I praksis vil et slikt krav om ikke-diskriminering i tildelingsfasen innebære at oppdraget med å utføre de offentlige tjenesteforpliktelsene må anbudsutsettes.¹⁹² Unntak fra dette utgangspunktet kan tenkes i de tilfellene hvor tjenesten av praktiske grunner må utføres av et nettselskap i monopolstilling, men i andre tilfeller må medlemsstatene påregne en streng bevisbyrde for å godtgjøre at regelen om ikke-diskriminering er fulgt dersom tjenesteforpliktelsen er tildelt utenom anbudskonkurranse.¹⁹³

På bakgrunn av de ovenfor nevnte innskrenkningene er det klart at statens handlingsrom ved bruk av offentlige tjenesteforpliktelser som virkemiddel for å fremme produksjonsinvesteringer er sterkt begrenset.

¹⁹² Se tilsvarende Christopher W. Jones, *EU Energy Law* (1. utg., 2004), side 135-136.

¹⁹³ Se tilsvarende Kommisjonens tolkningsuttalelse *Public Service Obligations*, 16.01.2004, side 6.

5.5 Særlig om økonomiske støtteordninger ved utbygging av ny produksjonskapasitet

Offentlige støtteordninger som insentiv for utbygging av ny kraftproduksjon kan tenkes strukturert på en rekke ulike måter. Som vi har pekt på ovenfor, kan en støtteordning utgjøre en integrert del av en anbudsutlysning etter elektrisitetsdirektivet artikkel 7, eller fungere som kompensasjon for utføring av offentlige tjenesteforpliktelser i form av investeringsforpliktelser i henhold til direktivets artikkel 3 nr. 2. I begge disse tilfellene må støtteordningen, i tillegg til å oppfylle vilkårene i elektrisitetsdirektivet, også være forenlig med statsstøttereglene i EØS-avtalens hoveddel. I det følgende forutsetter vi at slik støtte finansieres av det offentlige, slik at det i utgangspunktet ikke er tvilsomt at de fire kumulative vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 er oppfylt.¹⁹⁴ Det innebærer at en må legge til grunn som et praktisk utgangspunkt at slike ordninger må forhåndsnotifiseres til ESA, og bare vil være lovlige i den utstrekning de godkjennes.

Det følger imidlertid av EF-domstolens avgjørelse i *Altmark*, Saml. 2003 s. I-7747 at offentlig kompensasjon til foretak som utøver offentlige tjenesteforpliktelser likevel ikke utgjør statsstøtte i henhold til EF-traktatens artikkel 87 nr. 1 (tilsvarende EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1) såfremt fire kumulative vilkår er oppfylt.¹⁹⁵

For det første må den aktuelle virksomheten rent faktisk være pålagt å utføre klart definerte offentlige tjenesteforpliktelser.¹⁹⁶ Som et utgangspunkt kan en legge til grunn at de tjenestene som ikke vil bli utført av markedsaktørene på rent kommersielle betingelser, vil falle inn under begrepet offentlige tjenesteforpliktelser.¹⁹⁷ Tjenesteforpliktelser som er pålagt i overensstemmelse med elektrisitetsdirektivet artikkel 3 nr. 2 vil klart nok oppfylle dette vilkåret. Det samme vil som klar hovedregel gjelde for prosjekter som er gjort til gjenstand for anbud i henhold til kravene i elektrisitetsdirektivet artikkel 7, idet anbudsprosedyren er iverksatt fordi markedsaktørene ikke finner det hensiktsmessig å foreta investeringene på rent kommersielle betingelser.

For det andre skal kriteriene som ligger til grunn for beregning av kompensasjonen være fastlagt på forhånd på en objektiv og transparent måte. Etterfølgende støtte som ytes som følge av at utføringen av en tjenesteytelse blir dyrere enn man opprinnelig hadde tatt høyde for, vil derimot utgjøre statsstøtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Se nærmere punkt 3.4.2 ovenfor.

¹⁹⁵ Sak C-280/00, *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

¹⁹⁶ *Altmark*, Saml. 2003 s. I-7747, premiss 89.

¹⁹⁷ Forente saker C-34/01 to C-38/01, *Enirisorse SpA og Ministero delle Finanze*, Saml. 2003 s. I-14243, premises 33-34, gir et eksempel på at ikke enhver form for tjenesteytelse vil bli ansett som en offentlig tjenesteforpliktelse i så måte.

¹⁹⁸ *Altmark*, Saml. 2003 s. I-7747, premiss 90-91.

For det tredje må kompensasjonen ikke overstige det som er nødvendig for helt eller delvis å dekke de utgiftene som er forbundet med utføringen av tjenesteytelsen, inkludert en rimelig fortjeneste.¹⁹⁹

For det fjerde må utvelgelsen av den virksomheten som skal utføre den offentlige tjenesteytelsen enten skje gjennom en offentlig anbudskonkurranse i henhold til de gjeldende anbudsreglene, eller fastlegges på bakgrunn av en analyse av de omkostningene som en alminnelig, veldrevet virksomhet innen samme sektor ville pådratt seg for utføringen av tjenestene, inkludert en rimelig fortjeneste.²⁰⁰

Som en tommelfingerregel er det nærliggende å anta at støtte som ytes på bakgrunn av en offentlig anbudskonkurranse i henhold til de gjeldende anbudsreglene – enten det gjelder kompensasjon for offentlige tjenesteforpliktelser eller støtte som ledd i en anbudsprosedyre etter elektrisitetsdirektivet artikkel 7 – vil oppfylle de tre siste *Altmark*-vilkårene. I tillegg til å oppfylle vilkår 4, vil slike anbudsprosedyrer i sin alminnelighet også ivareta behovet for forhåndsfastsatte kompensasjonskriterier (vilkår 2) og bidra til at kompensasjonen ikke blir høyere enn nødvendig (vilkår 3).

Dersom utvelgelsen ikke skjer på bakgrunn av en offentlig anbudskonkurranse, må det derimot foretas en nærmere vurdering av aktørvalget på bakgrunn av vilkår 2 - 4 i *Altmark*, hvor medlemsstaten vil ha bevisbyrden for at utvelgelsen er i overensstemmelse med vilkårene. I praksis kan det være vanskelig for medlemsstaten å godtgjøre at riktig aktør er valgt i slike tilfeller, med mindre den offentlige tjenesteytelsen bare kan utføres av en nettvirksomhet i egenskap av å være et monopolforetak. Slik utvelgelse uten forutgående anbudsrunde må dessuten vurderes opp mot ikke-diskrimineringsreglene i elektrisitetsdirektivet.²⁰¹

Et praktisk tilfelle hvor det vil være vanskelig å utlyse en anbudskonkurranse, er i de tilfellene hvor en aktør allerede har blitt tildelt en tillatelse til bygging av ny produksjonskapasitet, men hvor prisutviklingen i elektrisitetsmarkedet har medført at aktøren likevel ikke ser seg tjent med å iverksette bygging. Spørsmålet kan da tenkes å oppstå om medlemsstaten skal bidra med økonomisk støtte for å sikre utbygging av produksjonskapasiteten. I slike tilfeller kan nasjonale konsesjonsregler være til hinder for at konsesjonæren fratas konsesjonen slik at den kan utlyses på nytt anbud. I denne typen situasjoner vil EF-domstolens vilkår i *Altmark* klart nok ikke være

¹⁹⁹ *Altmark*, Saml. 2003 s. I-7747, premiss 92.

²⁰⁰ *Altmark*, Saml. 2003 s. I-7747, premiss 93.

²⁰¹ I prinsippet kan en tenke seg at støtteordninger som ikke oppfyller *Altmark*-kriteriene i stedet kan anses forenlige med EØS-avtalen i medhold av artikkel 59 nr. 2. Selv om vilkårene i henhold til denne bestemmelsen åpner for en noe videre vurdering enn *Altmark*-vilkårene, er det tvilsomt om bestemmelsen i praksis vil ha nevneverdig selvstendig betydning i saker som gjelder kompensasjon for utføring av offentlige tjenesteforpliktelser. Kommisjonen har i Fællesskabsrammebestemmelser for statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste, EUT C 297/4, 29.11.2005, for øvrig også lagt til grunn at vurderingen i henhold til EF-traktaten artikkel 86 nr. 2 (tilsvarende EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2) i praksis vil være svært lik *Altmark*-vurderingen. Vi behandler derfor ikke EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2 særskilt i det følgende.

oppfylt, og eventuell offentlig støtte vil være å anse som statsstøtte som er gjenstand for notifisering i henhold til EØS-avtalens statsstøtteregler. Dessuten vil denne formen for støtte være vanskelig å forene med ikke-diskrimineringsreglene i elektrisitetsdirektivet. Adgangen til å yte støtte i slike situasjoner vil derfor være svært begrenset.

Gunstige tariffordninger for nettransport utgjør en annen mulig form for insentiver til produksjonsrelaterte investeringer. For det første kan det tenkes at det ytes offentlig støtte til utbygging av infrastruktur i forbindelse med utbygging av ny produksjonskapasitet. Slik støtte til nettutbygging kan i prinsippet også innebære en støtte til utbygger av produksjonskapasitet ved at produsenten vil betale lavere fremtidige transporttariffer enn hva som ville vært tilfelle dersom infrastrukturen hadde blitt utbygd på rent kommersielle betingelser. Dersom støtten rent faktisk tilgodeser en eller en bestemt krets av produsenter, vil selektivitetskravet i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 være oppfylt, og en må følgelig legge til grunn at ordningen utgjør en støtte for produsent(en) som må forhåndsnotifiseres til ESA.

Endelig kan det tenkes at en utbygger ytes støtte i form av lavere transporttariffer som følge av andre forhold enn at det ytes offentlig støtte til infrastrukturutbyggingen. Dels kan en tenke seg at det offentlige tilbyr lavere tariffer gjennom sitt eierskap i nettvirksomhet. Slike eierbeføyelser vil også være omfattet av statsstøttereglene. Dels kan en tenke seg at staten som regulator pålegger nettvirksomheten å ta lavere tariffer eller beregne lavere anleggsbidrag enn hva som ellers ville være tilfelle. I slike tilfeller bæres ikke utgiftene til investeringsinsentivet nødvendigvis av det offentlige, og det er derfor ikke gitt at det foreligger statsstøtte. Vi viser til gjennomgangen nedenfor i punkt 6.4 for en nærmere vurdering av om slike situasjoner utgjør statsstøtte.

5.6 Oppsummering

Fremstillingen i dette kapitlet kan i hovedtrekk oppsummeres som følger:

- EØS-retten krever som hovedregel at investeringer i ny elproduksjonskapasitet skal foretas av markedsaktørene på bakgrunn av prissignalene fra velfungerende, konkurransebaserte kraftmarked, i henhold til tillatelser fra nasjonale myndigheter.
- Aktørene som skal investere i ny produksjonskapasitet må være funksjonelt og selskapsmessig atskilt fra nettvirksomhet. Et mulig unntak gjelder likevel for systemansvarlige nettselskapers adgang til å anskaffe produksjonskapasitet til reservekraftformål, men rettstilstanden er uklar på dette punktet.
- Medlemsstatene har på nærmere bestemte vilkår adgang til å gripe inn i markedet for å sikre nyinvesteringer av forsyningssikkerhets- og/eller miljøhensyn.
- Adgangen til å gripe inn i markedet av forsyningssikkerhetshensyn ved hjelp av anbudsprosedyren i elektrisitetsdirektivet artikkel 7, ved å pålegge enkeltaktører offentlige tjenesteforpliktelser, og/eller ved å yte offentlig støtte er i utgangspunktet snever. Adgangen

til å gripe inn i markedet for å fremme elproduksjon fra fornybare energikilder eller etterspørselsreducerende tiltak av hensyn til miljøet er derimot i utgangspunktet videre.

- Medlemsstatenes bruk av økonomiske insentiver for å fremme nyinvesteringer må som klar hovedregel skje på bakgrunn av en forutgående anbudskonkurranse.

6 Regulering av nyinvesteringer i nettkapasitet

6.1 Innledning

Som andre del av den rettslige vurderingen i forhold til vilkår for ny kraftproduksjon ser vi på vilkårene for investeringer i nettkapasitet Dette omfatter en lang rekke forskjelligartede forhold, fra bygging av større forbindelseslinjer mellom EØS-statene til mindre vedlikeholdsarbeid og tilkoblinger på lokalplan. EØS-retten begrenser i prinsippet medlemsstatenes handlingsfrihet i forhold til alle slike investeringer, dels gjennom anvendelse av statsstøttereglene i EØS-avtalens hoveddel, og dels gjennom særskilt regulering av nettinvesteringer i sekundærlovgivningen. I første rekke er det likevel spørsmålet om investeringer i grenseoverskridende overføringsforbindelser som tiltrekker seg politisk oppmerksomhet på fellesskapsplan.

Tilstrekkelig overføringskapasitet mellom medlemsstatene er en forutsetning for etableringen av et fungerende, indre elektrisitetsmarked med fri bevegelse av elektrisitet og konkurranse mellom elektrisitetsselskap på tvers av landegrensene. Det er dessuten antatt at gode overføringsforbindelser er egnet til å ivareta forsyningssikkerhetshensyn ved å bidra til flere forsyningsskilder for den enkelte region ved anstrengte driftssituasjoner.²⁰² Det er derfor bred enighet på EU-nivå om behovet for utbygging av et rasjonelt europeisk kraftnett.²⁰³ Valget av virkemidler på fellesskapsplan for å gjennomføre denne målsetningen har derimot vist seg å være en vanskeligere oppgave.²⁰⁴ Disse vanskelighetene gjenspeiles også i den foreliggende sekundærlovgivningen.

Sekundærlovgivningen knyttet til nettinvesteringer bygger på samme vis som nasjonal regulering på en erkjennelse av at behovet for regulering av nettmonopolet er langt større enn behovet for regulering av produksjon og omsetning. En naturlig konsekvens av at elektrisitetsdirektivet legger til rette for regulerte transporttariffregimer med mindre rom for markedsbaserte prissignaler, er at fellesskapsreguleringen også i større grad åpner for offentlige

²⁰² Se Kommissjonens begrunnelse til forslaget til forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektiv, KOM(2003) 740 endelig, 10.12.2003, side 5. For et vannkraftsystem som det norske kan dessuten sammenkobling med termiske systemer på kontinentet innebære forsyningssikkerhetsfordeler som følge av at de termiske systemene ikke er sårbare for tørrår, se Ulf Hammer, Norway: Security of Supply in Liberalized Energy Sectors: A new role for regulation, side 307-336 i Energy Security, Managing Risk in a Dynamic Legal and Regulatory Environment (Barton et al., 2004), på side 321.

²⁰³ Dette behovet er adressert i en rekke dokumenter på fellesskapsplan, se for eksempel Kommissjonens grønnbok En europeisk energistrategi: bæredygtighet, konkurrenceevne og forsyningssikkerhet, KOM(2006) 105 endelig udg., 8.3.2006.

²⁰⁴ Disse vanskelighetene gjenspeiler seg også i at man foreløpig ikke har vært i stand til å realisere målsettingen fra EU-rådets Barcelona-møte i 2002 om at hvert medlemsland skulle oppnå overføringskapasitet tilsvarende minst 10 % av nasjonal installert kapasitet, se DG Competition's Draft preliminary report to the Energy sector inquiry, 16. februar 2006, side 150-166, som også peker på at Barcelona-målsettingen i seg selv heller ikke er tilstrekkelig til å sikre nødvendig overføringskapasitet mellom medlemslandene.

investeringsinsentiver i form av tariffregulering, støttemekanismer og tildeling av særlige rettigheter ved nettinvesteringer enn ved produksjonsinvesteringer.

I det følgende vil vi først behandle de grunnleggende utgangspunktene for nettinvesteringer i sekundærlovgivningen i punkt 6.2. Deretter behandler vi offentlig støtte i punkt 6.3, tariffregulering i punkt 6.4 og tildeling av eksklusive rettigheter til infrastruktur i punkt 6.5, før vi gir en kort oppsummering i punkt 6.6.

6.2 Rollefordeling og ansvarsområder

Elektrisitetsdirektivet så vel som forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet tillegger de systemansvarlige nettselskapene et særskilt ansvar for investeringer i transmisjonsnett.²⁰⁵ Det er ikke helt avklart hvorvidt elektrisitetsdirektivets krav om at systemansvarlig skal sikre at systemet til stadighet kan imøtekomme krav om transmisjon av elektrisitet også kan forstås som en investeringsforpliktelse i tilfeller med knapp kapasitet.²⁰⁶ Etter vår oppfatning er direktivets ordlyd for uklart på dette punktet til å kunne anses for å inneholde så omfattende forpliktelser for de systemansvarlige. Distribusjonsselskapenes ansvar for investeringer i regional- og lokalnett er også anerkjent, om enn ikke like klart fremhevet.²⁰⁷ EØS-retten er imidlertid ikke til hinder for at også andre aktører investerer i nett, forutsatt at driften av slike nett skjer i overensstemmelse med elektrisitetsdirektivets krav til selskapsmessig og funksjonell atskillelse av nettvirksomhet.²⁰⁸

Reguleringen av nettinvesteringer i forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet så vel som i elektrisitetsdirektivet og i elektrisitetsforordningen, bærer preg av generell rammelovgivning. Til tross for at en av hovedmålsetningene med forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet er å sikre en passende sammenkobling mellom medlemsstatene med henblikk på utvikling av et indre marked, inneholder direktivet få konkrete virkemidler av stor betydning for medlemsstatenes handlingsrom.²⁰⁹ Direktivets krav om å sikre et stabilt investeringsklima og definere roller og ansvarsområder innebærer – i likhet med for produksjonsinvesteringenes del – få konkrete forpliktelser for medlemsstatene.²¹⁰ I forbindelse med at det skal sikres en passende

²⁰⁵ Se særlig elektrisitetsdirektivet artikkel 9 bokstav a), b) og d), og forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet artikkel 6 og 7.

²⁰⁶ Elektrisitetsdirektivet artikkel 9 bokstav a).

²⁰⁷ Se særlig forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet artikkel 6 nr. 1.

²⁰⁸ Adgangen til å tillate kommersielle investeringer i overføringsforbindelser er uttrykkelig anerkjent i forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet artikkel 6 nr. 2. Se også ovenfor i punkt 4.2 om kravene til selskapsmessig atskillelse av nettvirksomhet.

²⁰⁹ Direktivets artikkel 1 bokstav c). Det opprinnelige direktivforslaget til Kommissjonen inneholdt en mer inngripende mekanisme som innebar at systemansvarlige nettselskap kunne pålegges å investere i overføringsforbindelser av europeisk interesse, men dette forslaget ble helt fjernet fra direktivet i den videre beslutningsprosessen, se KOM(2003) 740 endelig, 10.12.2003, forslag til artikkel 7.

²¹⁰ Direktivets artikkel 3 nr. 1, nærmere behandlet ovenfor i punkt 5.2 i forhold til produksjonsinvesteringer.

sammenkobling mellom medlemsstatene følger det dessuten av direktivets artikkel 3 nr. 5 at det skal tas hensyn til den enkelte medlemsstats geografiske forhold, opprettholdelse av en rimelig balanse mellom kostnadene ved oppføring av nye overføringsforbindelser og fordelene for sluttkundene, og hensynet til å sikre en mest mulig effektiv bruk av eksisterende overføringsforbindelser.

Videre følger det av forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet artikkel 6 nr. 1 at medlemsstatene skal fastsette regler som

«indebærer investeringssignaler til så vel transmissions- som distributionssystemoperatørene om at utvikle deres net med henblik på at imødekomme den forventede efterspøringsel fra markedet [og som] [...] letter vedligeholdelse og i givet fald fornyelse af deres net.»

Elektrisitetsdirektivet artikkel 3 nr. 7 inneholder en liknende forpliktelse ved å pålegge medlemsstatene å treffe passende tiltak som

«især [kan] omfatte passende økonomiske incitament, eventuelt ved at benytte alle eksisterende ordninger i medlemsstatene og i Fællesskabet til vedligeholdelse og etablering af den nødvendige netinfrastruktur, herunder sammenkoblingskapacitet.»

Elektrisitetsdirektivet og forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet pålegger dessuten medlemsstatene å sikre at de systemansvarlige nettselskapene samarbeider om investeringsbeslutninger for overføringsforbindelser.²¹¹

Elektrisitetsforordningen inneholder noe mer konkrete regler knyttet til investeringer og nettariffling, men også disse bestemmelsene overlater mye til medlemsstatenes skjønn. Det følger av elektrisitetsforordningen artikkel 3 nr. 6 at behovet for investeringer i ny infrastruktur skal hensyntas ved beregningen av kostnadene for overføring av grenseoverskridende elektrisitetsstrømmer. Videre er nettinvesteringer som opprettholder eller øker kapasiteten i overføringsforbindelsene angitt som et av de formålene som inntekter fra tildeling av utvekslingskapasitet kan anvendes til etter artikkel 6 nr. 6.

Oppsummeringsvis gir sekundærlovgivningen medlemsstatene nokså stor grad av handlefrihet med hensyn til utformingen av de konkrete nettinvesteringsinsentivene. Som vi kommer tilbake til nedenfor, må imidlertid denne reguleringen suppleres med bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel, i første rekke statsstøttereglene.

6.3 Offentlig støtte

Offentlig støtte til samfunnsmessig rasjonelle nettinvesteringer kan tenkes strukturert på en rekke forskjellige måter, og støtten kan tilgodese forskjellige aktører. I dette punktet behandler vi situasjonen hvor det ytes økonomisk støtte som belastes offentlige midler til utbygging av nett.

²¹¹ Elektrisitetsdirektivet artikkel 9 bokstav d) og forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet artikkel 6 nr. 2.

Støtte til utviklingen av et infrastrukturprosjekt vil i utgangspunktet tilgodese utbyggeren av infrastrukturen, men den kan også tenkes indirekte å tilgodese elprodusenter og sluttbrukere ved at støtten kan bidra til å senke nettareffene for den subsidierte infrastrukturen.

I utgangspunktet skal det relativt lite til for at offentlig støtte til nettinvesteringer vil være av en slik selektiv art at den oppfyller de fire kumulative vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1, og følgelig vil være å anse som statsstøtte. Slike støtteordninger må derfor i utgangspunktet forhåndsnotifiseres til ESA. Tatt i betraktning nettinvesteringenes betydning for utviklingen av et velfungerende indre elektrisitetsmarked skal en ikke utelukke at ESA vil godta støtte til samfunnsmessige rasjonelle investeringer, men overvåkningsorganet har i utgangspunktet diskresjonær kompetanse ved vurderingen av dette spørsmålet.²¹²

Også i forhold til støtte til nettinvesteringer kan støtten i prinsippet tenkes strukturert som kompensasjon for utføring av offentlige tjenesteforpliktelser i henhold til vilkårene i *Altmark*, Saml. 2003 s. I-7747.²¹³ En forpliktelse til å gjennomføre samfunnsmessig ønskelige nettinvesteringer som ikke foretas av markedsaktørene på alminnelige kommersielle vilkår vil i utgangspunktet kvalifisere som en offentlig tjenesteforpliktelse i medhold av det første Altmark-vilkåret. Dersom utbyggingsoppdraget anbudsutsettes, vil også de øvrige Altmark-vilkårene som regel være oppfylt. Hvis derimot myndighetene ønsker at utbyggingen skal skje for eksempel i regi av et forhåndsfastsatt nettselskap, vil det i praksis være vanskeligere for medlemsstaten å godtgjøre at Altmark-vilkårene er oppfylt, men det er prinsipielt sett ingenting i veien for at man anvender Altmark-vilkårene også i slike tilfeller.²¹⁴

For EU-landenes del er det også mulig å søke om EU-støtte gjennom reglene om transeuropeiske energinett.²¹⁵ Disse reglene er imidlertid ikke en del av EØS-avtalen.

6.4 Tariffregulering

Insentiver til nettinvesteringer kan også ytes i form av tariffregulering, ved at regulator tillater nettselskapene å beregne tariffer som medfører høyere avkastning på nettinvesteringen enn normalt. Slike investeringsinsentiver er også et naturlig virkemiddel for å oppfylle

²¹² Det følger av fast praksis fra EF-domstolen at Kommisjonen har et vidt skjønn ved vurdering av om støtte kan anses forenlig med EF-traktaten i henhold til artikkel 87 nr.3, og at domstolen følgelig begrenser seg til å undersøke om skjønnsutøvelsen er åpenbart uriktig eller om det foreligger myndighetsmisbruk, se blant annet sak C-148/04, *Unicredito Italiano SpA mod Agenzia delle Entrate*, Saml. 2005 s. I-11137, premiss 71 med videre henvisninger til rettspraksis. Tilsvarende må legges til grunn for ESAs kompetanse ved vurdering av støtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61 nr. 3.

²¹³ Se nærmere ovenfor i punkt 4.5.

²¹⁴ Alternativt kan EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2 tenkes anvendt som rettsgrunnlag, se tilsvarende ovenfor i punkt 4.5.

²¹⁵ Se EF-traktaten artikkel 154-156 og de nye retningslinjene i Europa-Parlamentets og Rådets beslutning nr. 1364/2006/EF af 6. september 2006 om retningslinjer for de transeuropeiske net på energiområdet og om opphævelse af beslutning 96/391/EF og nr. 1229/2003/EF, EUT L 262/1, 22.09.2006.

medlemsstatenes forpliktelse til å sørge for et regelverk som gir investeringssignaler for nettutvikling, jf forsyningssikkerhets- og infrastrukturendirektivet artikkel 6 nr. 1. I et statsstøtterettslig perspektiv skiller slike ordninger seg fra de offentlige støtteordningen omtalt ovenfor ved at kostnadene ved tariffinsentivene bæres av nettkundene, og ikke nødvendigvis det offentlige.

Regulering av nettariffer er nærmere regulert i elektrisitetsforordningen artikkel 4. Av denne bestemmelsen følger det blant annet at tariffene skal være transparente, ivareta behovet for nettsikkerhet, avspeile faktiske kostnader, være ikke-diskriminerende, og ikke være avstandsbaserte.²¹⁶ Det følger videre av bestemmelsen at forbrukerne som et utgangspunkt skal belastes en større del av den samlede transporttariffen enn produsentene, og at produsent- og forbrukertariffene kan utformes slik at de gir lokaliseringfremmende signaler.²¹⁷ Bestemmelsen hindrer også at det beregnes særskilte tariffer på import og eksport som følge av grenseoverskridelsen.²¹⁸

Kravet om at tariffene skal avspeile faktiske kostnader, er ikke til hinder for at nasjonale regulatorer tillater nettselskapene å innkreve en tariff som gir avkastning på nettinvesteringen. Kravet om kostnadsreflektivitet innebærer heller ikke at nettselskapenes avkastning nødvendigvis må være lav for alle nettdeler vurdert isolert. Det er tariffsystemet som en helhet som skal avspeile de faktiske kostnadene.²¹⁹ Vilkåret er derfor ikke til hinder for at nasjonale myndigheter tillater høyere enn normal avkastning på enkelte nettprosjekter for å sikre nødvendige investeringer.

Et særskilt spørsmål er om offentlig tariffregulering som tillater høyere enn normal avkastning, kan anses som statsstøtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1, og derfor må forhåndsnotifiseres til ESA. Det avgjørende spørsmålet er om denne formen for insentiver kan anses som «støtte gitt av statsmidler» i bestemmelsens forstand.

EF-domstolens avgjørelse i *PreussenElektra*, Saml. 2001 s. I-2099, er av interesse i denne sammenheng.²²⁰ Saken gjaldt tysk lovgivning som påla lokale leverandører og nettselskap å kjøpe elektrisitet til forhåndsfastsatte priser av produsenter av fornybar energi for å støtte fornybar energiproduksjon. Lovgivningen påla videre selskapene på høyere nettnivå å dekke en del av meromkostningene ved kjøp av slik elektrisitet. Det var på det rene at kjøpsplikten innebar en økonomisk fordel for produsentene av fornybar energi, og offentlige myndigheter hadde ikke dominerende eierinnflytelse i de selskapene som var pålagt å betale i den konkrete saken.²²¹

²¹⁶ Forordningens artikkel 4 nr. 1.

²¹⁷ Forordningens artikkel 4 nr. 2.

²¹⁸ Forordningens artikkel 4 nr. 4 og 5.

²¹⁹ Se tilsvarende Christopher W. Jones, *EU Energy Law* (1. utg.), side 47-48 og Kommisjonens tolkningsuttalelse *The Role of the Regulatory Authorities*, 14.01.2004, side 4-6.

²²⁰ Sak C-379/98, *PreussenElektra AG og Schleswig AG*.

²²¹ Avgjørelsens premiss 54 og 55.

Selskapene hevdet at den tyske lovgivningen var i strid med EF-traktatens statsstøtteregler og reglene om frie varebevegelser.²²²

Med hensyn til anvendelse av statsstøttereglene, pekte EF-domstolen først på utgangspunktet om at «alene fordele, der direkte eller indirekte ydes ved hjelp af statsmidler, skal betraktes som støtte».²²³ Deretter fremhevet domstolen at

«den forpligtelse, der påhviler de private elforsyningsvirksomheder til at købe elektricitet fremstillet fra vedvarende energikilder til fastsatte mindstepriser, [utgjør ikke] nogen direkte eller indirekte overførsel af statsmidler til producenterne af denne type elektricitet».²²⁴

Endelig pekte domstolen på at

«Fordelingen af den finansielle byrde, som denne købsforpligtelse medfører for de private elforsyningsvirksomheder, mellem disse og øvrige private virksomheder, kan heller ikke udgøre en direkte eller indirekte overførsel af statsmidler».²²⁵

Generaladvokatens uttalelse i saken bidrar til å understreke domstolens poeng:

«Statsmidler [...] omfatter derfor kun midler, som de offentlige myndigheter hadde rådighet over [...]

I denne sag har de tyske myndigheter ikke rådighet over de beløp, der skal overføres i henhold til StrEG 1998, og får det aldrig. Ingen offentlig myndighet har på noget tidspunkt nogen som helst ret til disse beløp. De forlader reelt aldrig den private sfære».²²⁶

EF-domstolen kom følgelig til at den tyske lovgivningen ikke innebar statsstøtte i EF-traktatens forstand. Domstolens resonnement er også av relevans ved vurderingen av tariffinsentiver for nettinvesteringer opp mot statsstøtteforbudet i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1. Kostnadene ved nettinsentiver i form av adgang til å beregne høyere enn normal avkastning ved fastsettelse av nettariffen bæres av nettkundene, og innebærer i utgangspunktet ingen direkte eller indirekte overføring av statsmidler. Dersom nettkundene i det konkrete tilfellet består av offentlige aktører, kan det imidlertid ikke utelukkes at kostnadene likevel anses indirekte dekket av offentlige midler, og derved vil utgjøre statsstøtte.

På grunnlag av gjennomgangen ovenfor kan en oppsummere med at sekundærlovgivningen overlater et relativt stort handlingsrom til nasjonale myndigheter ved fastsettelse av investeringsinsentiver til nettutvikling gjennom tariffregulering. Hvorvidt slike insentiver er å anse som statsstøtte må vurderes konkret på bakgrunn av hvilke aktører som rent faktisk bærer

²²² Spørsmålet om det forelå en restriksjon for den frie varebevegelsen slik det oppsto i saken er ikke av direkte overføringsverdi til spørsmålet om regulering av tariffinsentiver for nettinvesteringer, og behandles derfor ikke nærmere her.

²²³ Avgjørelsens premiss 58.

²²⁴ Avgjørelsens premiss 59.

²²⁵ Avgjørelsens premiss 60.

²²⁶ Generaladvokatens forslag til avgjørelse, premiss 165 og 166.

kostnaden ved insentivordningen i form av høyere tariffer. Dersom det ikke er staten eller statselskaper, vil det i utgangspunktet ikke foreligge statsstøtte i EØS-avtalens forstand.

6.5 Tredjepartsadgang

Sikring av tredjepartsadgang til nettet, altså adgang for andre enn netteier og den han leverer kraft til eller kjøper fra, utgjør et helt sentralt virkemiddel i sekundærlovgivningen for å etablere et konkurransebasert, indre elektrisitetsmarked. Samtidig kan krav om tredjepartsadgang også medføre at potensielle infrastrukturinvestorer anser risikoen forbundet med investeringer for å være for stor tatt i betraktning at adgangen til og avkastning fra nettet er regulert. Sekundærlovgivningen søker å balansere behovet for adgang til eksisterende infrastruktur mot behovet for å fremme nye investeringer ved å tillate unntak fra kravet om tredjepartsadgang i enkelte situasjoner. En slik særrett til bruk av egen infrastruktur kan følgelig også utgjøre et insentiv for nettinvesteringer.

Et unntak fra tredjepartsadgang kan baseres på to forskjellige bestemmelser i sekundærlovgivningen. For det første følger det av elektrisitetsforordningen artikkel 7 at nye forbindelseslinjer på nærmere betingelser kan unntas fra forordningens krav om hva inntektene fra slike nett skal anvendes til, og fra elektrisitetsdirektivets krav om tredjepartsadgang og tariffregulering.²²⁷ Dernest følger det av elektrisitetsdirektivet artikkel 3 nr. 2 og nr. 8 at et selskap som utfører offentlige tjenesteforpliktelser på nærmere betingelser kan unntas fra direktivets regler om tredjepartsadgang.²²⁸

Elektrisitetsforordningen artikkel 7 åpner for unntak ved bygging av nye likestrømsforbindelser mellom medlemslandene.²²⁹ Unntak kan imidlertid også tenkes for vekselstrømforbindelser dersom investeringskostnaden og risikoen knyttet til prosjektet er særlig høy, og behovet for unntak derved vil være det samme som for likestrømsforbindelser.²³⁰ Av samme grunn omfatter unntaksadgangen også «markante kapasitetsforøgelser» i eksisterende overføringsforbindelser.²³¹ Kommisjonen har som et generelt utgangspunkt lagt til grunn at bestemmelsen omfatter prosjekter av et slikt økonomisk omfang at det ville hatt en

²²⁷ Se elektrisitetsforordningen artikkel 7 nr. 1 jf forordningen artikkel 6 nr. 6 og elektrisitetsdirektivet artikkel 20 og artikkel 23 nr. 2-4.

²²⁸ Elektrisitetsdirektivet artikkel 3 nr. 8 jf artikkel 20. Bestemmelsen gir også adgang til å unnta fra direktivets regler om direkte linjer i artikkel 22. Derimot åpner bestemmelsen ikke for at det gjøres unntak fra reglene om tariffregulering i artikkel 23, i motsetning til unntaksbestemmelsen i elektrisitetsforordningen artikkel 7.

²²⁹ Se definisjonen av "samkøringslinje" i forordningens artikkel 2 nr. 1, som bare omfatter grenseoverskridende overføringsforbindelser. Denne definisjonen er snevrere enn definisjonen av tilsvarende begrep i elektrisitetsdirektivet artikkel 2 nr. 13, som også kan tenkes å omfatte overføringsforbindelser mellom nasjonale nettsystemer. Nasjonale overføringsforbindelser kan derfor bare unntas i medhold av elektrisitetsdirektivet artikkel 3 nr. 2 og nr. 8.

²³⁰ Se forordningens artikkel 7 nr. 2.

²³¹ Forordningens artikkel 7 nr. 3.

kapitalkostnad på mer enn 10€ per tilknyttet kunde dersom hele prosjektet skulle vært fullfinansiert gjennom nettariffene.²³²

De nærmere vilkårene som må være oppfylt for at unntak skal innvilges fremgår av artikkel 7 nr. 1 bokstav a)-f): Investeringen må øke konkurransen i elektrisitetsforsyningen; risikoen ved investeringen må være så stor at den ikke hadde funnet sted uten unntaket; forbindelseslinjen må eies av et eget rettssubjekt atskilt fra de nasjonale systemansvarlige nettselskapene; det må oppkreves tariffer av brukerne av linjen; kapital- og driftsomkostningene ved forbindelseslinjen må ikke være helt eller delvis finansiert via tariffinntekter fra de nettsystemene linjen forbinder; og unntaket må ikke skade konkurransen eller det indre elektrisitetsmarkedets eller reguleringssystemenes effektivitet.

Vilkårene i artikkel 7 nr. 1 gir anvisning på en meget snever unntaksadgang. I tillegg til å sette grenser for selskapsmessig organisering og finansiering av prosjektet, innebærer vilkårene en streng proporsjonalitetsvurdering som dels krever at prosjektet skal medføre fordeler, men ikke ulemper for det indre elektrisitetsmarkedet, og dels krever det at unntak er helt nødvendig for at investeringen skal finne sted. Unntak kan derfor ikke påregnes dersom prosjektet kunne vært gjennomført ved hjelp av andre reguleringstiltak som er mindre restriktive for fri bevegelse og konkurranse. Dersom vilkårene for å innvilge unntak er oppfylt, følger det dessuten av bestemmelsen at unntaket ikke skal være av et større omfang enn det som er nødvendig for å realisere prosjektet.²³³

Vurderingen av om unntak skal innvilges etter elektrisitetsforordningen artikkel 7 foretas av de nasjonale regulatorene.²³⁴ I Norge er OED reguleringsmyndighet etter forordningens artikkel 7.²³⁵ Dersom det innvilges unntak, skal departementet straks underrette ESA, som innen to måneder har adgang til å kreve at vedtaket endres eller oppheves.²³⁶ Foreløpig foreligger det ett unntak etter elektrisitetsforordningen artikkel 7, for Estlink-forbindelsen mellom Finland og Estland, og flere søknader er for tiden til behandling.

For andre typer infrastrukturprosjekter enn de som er omfattet av elektrisitetsforordningen artikkel 7, kan det i prinsippet tenkes innvilget unntak fra tredjepartskravet i elektrisitetsdirektivet i medhold av direktivets artikkel 3 nr. 2 og nr. 8.²³⁷ Som et utgangspunkt legger også disse bestemmelsene til grunn en streng proporsjonalitetsvurdering, hvor det avgjørende vil være hvorvidt unntak er nødvendig for å utføre investeringsforpliktelsen, og ikke påvirker samhandelen i et omfang som strider mot fellesskapets interesser. Vurderingen vil

²³² Se Kommissjonens tolkningsuttalelse Exemptions From Certain Provisions of the Third Party Access Regime, 30.01.2004, side 2.

²³³ Forordningens artikkel 7 nr. 1 bokstav f) og nr. 4 bokstav b).

²³⁴ Forordningens artikkel 7 nr. 4.

²³⁵ Forskrift 20. desember 2006 nr. 1563 § 2.

²³⁶ Forordningens artikkel 7 nr. 5.

²³⁷ Bestemmelsene er nærmere kommentert ovenfor i punkt 5.4.3.

følgelig være nokså parallell med den vurderingen som foretas i medhold av elektrisitetsforordningen artikkel 7. I og med at disse prosjektene presumptivt er av mindre økonomisk omfang og innebærer mindre risiko enn de prosjektene som kan kvalifisere for unntak etter forordningens artikkel 7, må en kunne legge til grunn at unntaksadgangen også etter elektrisitetsdirektivet artikkel 3 nr. 2 og nr. 8 vil være snever.

6.6 Oppsummering

Fremstillingen i dette kapittelet kan i hovedtrekk oppsummeres som følger:

- EØS-retten tillegger de systemansvarlige nettselskapene og distribusjonsnettselskapene et særlig ansvar for nettinvesteringer, men åpner for at også andre aktører kan investere i nett.
- Sekundærlovreguleringen overlater i utgangspunktet et nokså vidt handlingsrom til medlemsstatene ved insentivregulering av nettinvesteringer.
- Offentlig støtte til nettutbygging vil i utgangspunktet utgjøre statsstøtte, som eventuelt kan innvilges fritak av ESA etter forutgående notifikasjon. Offentlige insentivordninger kan imidlertid også struktureres i henhold til Altmark-vilkårene, og derved gå klar av statsstøtteforbudet.
- Fastsettelse av investeringsinsentiver i form av tariffregulering vil i utgangspunktet ikke utgjøre statsstøtte med mindre de aktørene som faktisk bærer tariffkostnadene er offentlige eid.
- Vilkårene for innvilgelse av unntak fra tredjepartsadgang som investeringsinsentiv er strenge, og ESA har anledning til å overprøve beslutninger fattet av den nasjonale regulatoren i denne forbindelse.

7 EØS-rettslige rammer for restriksjoner på krafteksport

7.1 Innledning

Dersom det oppstår en anstrengt balanse mellom produksjon og forbruk av elektrisitet, kan en i prinsippet tenke seg at myndighetene søker å avhjelpe problemet ved å begrense eller hindre elektrisitetseksporten til andre avtalestater. I dette kapitlet vil vi kort drøfte hvilken adgang myndighetene har etter EØS-retten til å begrense elektrisitetsoverføringen til andre avtalestater av hensyn til å sikre nasjonal elektrisitetsoppdekning.

Slike eksportrestriksjoner kan tenkes innført ved at myndighetene nekter tilgang til tilkoblingslinjer til andre avtalestater – enten gjennom myndighetsvedtak eller ved å instruere det systemansvarlige nettselskapet til å innføre slike restriksjoner – eller ved at produsenter og leverandører nektes å inngå salgavtaler med aktører etablert i andre avtalestater. Som vi kommer tilbake til nedenfor, er det offentliges adgang til å innføre eksportrestriksjoner i slike situasjoner svært begrenset, uavhengig av hvordan restriksjonen utformes.

Nedenfor behandler vi forbudene mot eksportrestriksjoner i EØS-avtalens hoveddel og i sekundærlovgivningen i punkt 7.2, og adgangen til å gjøre unntak fra forbudene i punkt 7.3. I punkt 7.4 gir vi en kort oppsummering.

7.2 Forbud mot restriksjoner på elektrisitetseksport

EØS-avtalen artikkel 12 forbyr kvantitative eksportrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning mellom avtalepartene. I *Groenveld*, Saml. 1979 s. 3409, fremhevet EF-domstolen at den tilsvarende bestemmelsen i EF-traktaten artikkel 29

«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 hjemmemarked en særlig fordel til skade for produktionen eller handelen i andre medlemsstater.»²³⁸

Bestemmelsen er følgelig til hinder for nasjonale bestemmelser som hindrer eller begrenser utførsel av varer, herunder også tiltak som i praksis er å anse som en restriksjon for eksporten spesielt.²³⁹ Det er derfor ikke tvilsomt at en myndighetsbeslutning om å begrense

²³⁸ Sak 15/79, *P.B. Groenveld BV mod Produktschap voor Vee en Vlees*, Saml. 1979 s. 3409, premiss 7. Tilsvarende uttalelser har blitt gjentatt av EF-domstolen i flere senere saker, se for eksempel sak 237/82, *Jongeneel Kaas BV m.fl. mod Netherlands og Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole*, Saml. 1984 s. 483, premiss 22 og sak C-47/90, *Établissements Delhaize frères et Compagnie Le Lion SA mod Promalvin SA og AGE Bodegas Unidas SA*, Saml. 1992 s. I-3669, premiss 12.

²³⁹ Sejersted m.fl., *EØS-rett* (2. utg., Oslo 2003), side 310-311 med videre henvisninger til rettspraksis. I utgangspunktet vil også krav om tillatelse for eksport utgjøre en restriksjon i henhold til bestemmelsen. En

elektrisitetsoverføringen til andre avtalestater for å sikre nasjonale forsyninger utgjør en kvantitativ eksportrestriksjon i medhold av EØS-avtalen artikkel 12. Det samme vil gjelde dersom myndighetene instruerer et systemansvarlig nettselskap til å begrense elektrisitetseksporten over tilknytningslinjene til andre avtalestater, jf EØS-avtalen artikkel 59 nr. 1 jf artikkel 12.

Samtidig oppstår et spørsmål om slike eksportrestriksjoner også er i strid med EØS-avtalens sekundærlovgivning. Spørsmålet er av betydning for vurderingen av i hvilken utstrekning EØS-avtalen åpner for unntak fra eksportrestriksjonsforbudet, i og med at unntaksadgangen er snevrere etter elektrisitetsdirektivet enn etter avtalens hoveddel.

Elektrisitetsdirektivet inneholder ikke noe uttrykkelig forbud mot eksportrestriksjoner eller tiltak med tilsvarende virkning, men direktivet forbyr diskriminerende tiltak. Medlemsstatene skal generelt sett avstå fra å forskjellsbehandle elektrisitetsselskaper for så vidt angår så vel rettigheter som forpliktelser.²⁴⁰ Dernest er medlemsstatene forpliktet til å sikre at de systemansvarlige nettselskapene ikke forskjellsbehandler systembrukere eller kategorier av systembrukere.²⁴¹ Endelig er medlemsstatene pålagt å sikre innføringen av en ordning med ikke-diskriminerende tredjepartsadgang til elektrisitetsnett.²⁴² Ikke-diskriminerende adgang til elektrisitetssystemet er dessuten fremhevet som et viktig prinsipp i elektrisitetsforordningen.²⁴³

Et nasjonalt tiltak som hindrer eller begrenser elektrisitetseksporten medfører en forskjellsbehandling mellom innenlands handel og eksporthandel. Etter vår oppfatning er det derfor klart at elektrisitetsdirektivet forbyr at en avtalestat legger begrensninger på nettsadgangen over landegrensene for å hindre elektrisitetseksport. Slike restriksjoner vil medføre en forskjellsbehandling mellom systembrukere avhengig av etableringssted.²⁴⁴

Spørsmålet som dermed oppstår, er i hvilken utstrekning elektrisitetsdirektivet likevel unntaksvis godtar slike begrensninger på adgangen til å eksportere elektrisitet.

nærmere vurdering av konsesjonskravet for utførsel og innførsel av elektrisk energi i energiloven § 4-2 faller imidlertid utenfor denne utredningens rammer.

²⁴⁰ Direktivets artikkel 3 nr. 1 siste punktum.

²⁴¹ Direktivets artikkel 8 jf artikkel 9 bokstav e). Systembrukere er i direktivet definert som alle fysiske eller juridiske personer som forsyner eller forsynes fra et transmisjons- eller distribusjonssystem, jf artikkel 2 nr. 18.

²⁴² Direktivets artikkel 20 nr. 1.

²⁴³ Se blant annet forordningens artikkel 6 nr. 1.

²⁴⁴ Elektrisitetsdirektivet artikkel 21 nr. 2 a) begrenser dessuten medlemsstatenes adgang til å legge restriksjoner direkte på nasjonale produsenter eller leverandørers adgang til å selge elektrisitet til kunder etablert i andre EØS-stater.

7.3 Unntaksadgangen

Elektrisitetsdirektivet artikkel 24 åpner for at medlemsstatene kan treffe særskilte beskyttelsestiltak i helt spesielle tilfeller. Bestemmelsen lyder som følger:

«Opstår der en pludselig krise på energimarkedet, eller oppstår der fare for personers fysiske sikkerhet, for apparaters eller anlægs driftssikkerhet eller systemets integritet, kan en medlemsstat midlertidig træffe de nødvendige beskyttelsesforanstaltninger.

Sådanne foranstaltninger må ikke forstyrre den måte, hvorpå det indre marked fungerer, mere end høyst nødvendig og må ikke være mere vidtgående, end det er strengt nødvendig for at afhjælpe de pludselige vanskeligheter, der er opstået.

Den pågældende medlemsstat underretter omgående de øvrige medlemsstater om foranstaltningerne og underretter samtidig Kommissionen, som kan beslutte, at medlemsstaten skal ændre eller ophæve foranstaltningerne, hvis de medfører konkurrenceforvridning og påvirker samhandelen negativt på en måde, som strider imod den fælles interesse.»

Det følger av bestemmelsen at en medlemsstat kan treffe de nødvendige midlertidige beskyttelsestiltakene dersom det oppstår en pludselig krise på energimarkedet. Bestemmelsen gjør det imidlertid klart at adgangen til å innføre beskyttelsestiltak er svært begrenset.

For det første åpner bestemmelsen bare for at det innføres beskyttelsestiltak dersom det oppstår en plutselig krise i markedet. Eksportrestriksjoner kan følgelig ikke anvendes som virkemiddel for å sikre nasjonal balanse mellom produksjon og forbruk på lengre sikt. Det er bare i de tilfellene at en uforutsett krise oppstår at tiltak kan tenkes innført som et midlertidig nødtiltak.

Dernest følger det av vilkåret om at det må oppstå en *krise* på energimarkedet at forhold som markedet selv kan løse ikke åpner for beskyttelsestiltak. En markert stigning i elektrisitetsprisene som følge av en anstrengt balanse mellom produksjon og forbruk vil etter vår oppfatning ikke være tilstrekkelig til å kvalifisere til en krise i energimarkedet i denne sammenheng. Derimot er det grunn til å tro at vilkåret om en krise i energimarkedet er oppfylt dersom det oppstår en svært anstrengt driftssituasjon som markedet ikke klarer uten nærmere inngrep som rasjoneringstiltak eller liknende.

Videre innfører bestemmelsen en streng proporsjonalitetsvurdering; et beskyttelsestiltak må ikke forstyrre den indre markedets funksjon mer enn *høyst nødvendig*, og må ikke være mer vidtgående enn *strengt nødvendig* for å avhjelpe krisen, og tiltaket må ikke stride mot fellesskapets interesser. I praksis medfører disse kriteriene at beskyttelsestiltak i form av eksportrestriksjoner bare er tillatt dersom det ikke hadde vært mulig å avhjelpe krisen ved hjelp av virkemidler som er mindre inngripende for samhandelen med andre EØS-stater. I og med at eksportrestriksjoner i utgangspunktet utgjør et inngripende tiltak for det indre elektrisitetsmarkedets funksjon, skal det derfor svært mye til for at slike restriksjoner kan godtas. I en tolkningsuttalelse til bestemmelsen har Kommisjonen uttalt at det i slike situasjoner kreves

omfattende bevis fra medlemsstatens side for at innføringen av eksportrestriksjoner var det eneste tenkelige alternativet for å avhjelpe krisen. Dersom det finnes alternative, mindre inngripende, tiltak legger Kommisjonen til grunn at hensynet til fellesskapsinteressen i å etablere et felles, indre elektrisitetsmarked og å fremme solidaritet mellom medlemsstatene i forsyningssikkerhetsspørsmål medfører at disse tiltakene må prioriteres fremfor eksportrestriksjoner.²⁴⁵

Forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet artikkel 4 nr. 3 krever dessuten at medlemsstatenes beskyttelsestiltak etter elektrisitetsdirektivet artikkel 24 ikke må diskriminere mellom grenseoverskridende kontrakter og nasjonale kontrakter. Dermed kan det reises spørsmål ved om det i det hele tatt vil være adgang til å vedta eksportrestriksjoner som beskyttelsestiltak når dette direktivet trer i kraft.

Endelig er det grunn til å peke på at elektrisitetsdirektivet artikkel 24 uansett bare åpner for at avtalestatene innfører *midlertidige* beskyttelsestiltak. En eksportrestriksjon kan derfor uansett ikke tillates i større omfang enn det som er nødvendig for å avhjelpe den oppståtte krisen i energimarkedet.

Det følger av bestemmelsens siste ledd at ESA har en vid adgang til å endre eller oppheve nasjonale beskyttelsestiltak dersom de anses for å medføre konkurransevridninger og påvirker samhandelen i strid med fellesskapets interesse.

7.4 Oppsummering

Avtalestatenes adgang til å begrense eller hindre elektrisitetseksport av hensyn til å sikre nasjonal kraftoppdekning er svært begrenset etter EØS-retten. Slike eksportrestriksjoner er i utgangspunktet forbudt etter EØS-avtalens artikkel 12, og de vil også være i strid med ikke-diskrimineringsforbudet i elektrisitetsdirektivet.

Elektrisitetsdirektivet inneholder en meget snever unntaksadgang i form av adgangen til å innføre midlertidige beskyttelsestiltak dersom det oppstår en plutselig krise på energimarkedet. Vilkårene for å innføre eksportrestriksjoner i henhold til denne bestemmelsen vil bare være oppfylt helt unntaksvis, og restriksjonen vil i så fall bare være tillatt i den utstrekning den er nødvendig for å avhjelpe den krisen som har oppstått.

²⁴⁵ Kommisjonens tolkningsuttalelse Measures to Secure Electricity Supply, 16.01.2004, side 8-9.

8 EØS-rettslige rammer for magasindisponering

8.1 Innledning

Bedriftsøkonomiske hensyn kan tilsi at vannmagasinene disponeres på en annen måte enn det som følger av andre hensyn, som for eksempel forsyningssikkerhetshensyn, beredskapshensyn, miljøhensyn eller andre hensyn som kan karakteriseres som eksterne i forhold til den aktuelle kraftprodusenten. I slike situasjoner kan det være aktuelt å pålegge en kraftprodusent å disponere magasinet på en annen måte enn den produsenten mener er bedriftsøkonomisk ønskelig. Et slikt pålegg vil kunne ha virkninger for kraftprisene så vel i Norge som i andre EØS-land, og vil som regel også ha betydning for kraftutvekslingen over landegrensene. Spørsmålet blir dermed hvilken betydning EØS-avtalen har for adgangen til å pålegge kraftprodusenten å disponere magasinene på en annen måte enn vedkommende selv ønsker.

De reglene i EØS-avtalen som er aktuelle i denne sammenheng er forbudet mot eksportrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning, EØS-avtalen art. 12, forbudet etter EØS-avtalen art. 59 nr. 1 mot, for så vidt gjelder offentlige foretak og foretak gitt særlige eller eksklusive rettigheter, å treffe tiltak som er i strid med EØS-avtalen, samt ikke-diskrimineringsprinsippet slik dette er uttrykt i elektrisitetsdirektivet og elektrisitetsforordningen.

8.2 Eksportrestriksjonsforbudet i EØS-avtalen art 12

EØS-avtalen art. 12 forbyr kvantitative *eksportrestriksjoner* og tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative eksportrestriksjoner, for varer, jfr. avsnitt 7.2 ovenfor. Elektrisitet er en vare i EØS-rettslig sammenheng. Regulering av magasindisponering kan best karakteriseres som en regulering av *produksjonen* av elektrisitet, ikke av hvordan produsert elektrisitet skal disponeres. Problemstillingen blir dermed om produksjonsregulering er et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ eksportrestriksjon,²⁴⁶ og det forutsettes at den produksjonen det er tale om å regulere mates inn i et nett som har tilknytningspunkter til nett i andre EØS-stater.

Forbudet mot kvantitative *importrestriksjoner* og tiltak med tilsvarende virkning, EØS-avtalen art. 11, favner, på samme måte som motstykket i EF-trakten art. 28, vidt.²⁴⁷ Til tross for stadige oppfordringer og kritikk,²⁴⁸ har imidlertid ikke EF-domstolen lagt til grunn en tilsvarende vid tolkning av forbudet mot *eksportrestriksjoner*. Den store hovedregelen er derfor at bare *tiltak som skiller mellom produkter* bestemt til eksport og produkter bestemt til hjemmemarkedet er å

²⁴⁶ For en nærmere analyse av det samme spørsmålet i relasjon til petroleumsvirksomheten på norsk kontinentalsokkel, se Finn Arnesen, Statlig styring og EØS-rettslige skranker, Oslo 1996 avsnitt 31.2.

²⁴⁷ Se nærmere Sejersted et. al. EØS-rett, 2. utg., (2004) avsnitt 17.3.3.

²⁴⁸ Se Kapteyn & VerLoren van Themaat, Introduction to the Law of the European Communities, 3rd ed. by Gormley, London 1998 s. 648 til 651, med videre henvisninger

anse som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative eksportrestriksjoner. Dette kan illustreres med Sml. 1999 I-3845, ED, hvor EF-domstolen uttaler:

«Det bemærkes, at efter Domstolens faste praksis tager traktatens artikel 34 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 hjemmemarked en særlig fordel».²⁴⁹

Dette medfører at generell regulering av magasindisponeringen neppe rammes av forbudet i EØS-avtalen art. 12. I forlengelsen av dette ligger at en slik regulering derfor heller ikke behøver være begrunnet i hensyn nevnt i EØS-avtalens art. 13 eller andre hensyn EF- eller EFTA-domstolen har anerkjent.

Det kan imidlertid reises spørsmål om dette vil forholde seg annerledes der reguleringen er selektiv, slik at bare noen, men ikke alle, kraftprodusenter får pålegg om magasindisponeringen. Med mindre grunnlaget for differensieringen er de markeder produsentene betjener – noe som gitt karakteristika ved kraftmarkedet neppe er særlig praktisk – vil nok heller ikke slike pålegg rammes av forbudet i EØS-avtalen art 12. EF-domstolen har imidlertid lagt til grunn at de tilfelle der produsentenes nasjonalitet tillegges vekt ved stipulering av produksjonen, rammes av eksportrestriksjonsforbudet,²⁵⁰ selv om dette etter vår mening er vel så nærliggende å karakterisere som forbudt nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling.

Den aktuelle saken, Sml. 1981 s. 1993, Oebel, gjaldt tyske regler som forbød nattarbeid i bakerier, og utkjøring og utlevering av bakervarer til forbrukere og utsalgssteder mellom kl 22 og 0545. Forbudet mot nattarbeid – som gjaldt uavhengig hvor bakerivarene skulle og uavhengig av nasjonaliteten til de næringsdrivende, fant EF-domstolen at klart nok ikke utgjorde en eksportrestriksjon.

Utkjøringsforbudet ble hevdet å være et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ eksportrestriksjon fordi det hindret bakerier i Tyskland å levere bakervarer rettidig til mottakere i andre land. Heller ikke dette fant EF-domstolen var et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ eksportrestriksjon, så lenge dette gjaldt uavhengig av produsentens hjemsted.

Endelig kan det reises spørsmål om pålegg om magasindisponering som medfører at elektrisitetsproduksjonen reduseres når den norske etterspørselen er lav og økes når den er høy, rammes av forbudet i art. 12. Til grunn for problemstillingen ligger en forutsetning om at utenlandsk etterspørselsmønster fraviker det norske, slik at den tenkte magasinreguleringen derfor rammer eksportmarkedet hardere enn hjemmemarkedet. Vi kjenner ingen saker fra EF-domstolen som kan gi ytterligere veiledning for slike situasjoner. På den ene side kan det hevdes at det fremdeles står fast at en slik regulering ikke medfører noen destinasjonsbestemt differensiering mellom den elektrisiteten som faktisk blir produsert, verken formelt eller reelt. På

²⁴⁹ Sak 412/97, premiss 10.

²⁵⁰ Jf. sak 155/80, Bøtesak mot Sergius Oebel. Sml. 1981 s. 1993.

den annen side kan det hevdes at realiteten i et slikt pålegg er å gi hjemmemarkedet en fordel på bekostning av eksportmarkedet. Etter vår oppfatning er løsningen ikke åpenbar, men gitt at et slikt magasindisponeringspålegg neppe vil være begrunnet i rene markedsmessige forhold, men knyttet opp til ressursforvaltnings- og miljøhensyn, er vi tilbøyelige til å anta at pålegget ikke vil rammes av EØS-avtalen art. 12.

EØS-avtalen art. 13 gjør unntak fra restriksjonsforbudene i artiklene 11 og 12 for restriksjoner som er begrunnet i nærmere angitte hensyn. For så vidt gjelder restriksjonsforbudet i art. 11, har EF-domstolen supplert unntaket i motstykket til EØS-avtalen art. 13, EF-traktaten art. 30, med et domstolsskapt unntak. Et vilkår for at dette skal komme til anvendelse er imidlertid at det dreier seg om tiltak som kommer til anvendelse på importerte og innenlandske varer uten distinksjon,²⁵¹ og slike tiltak rammes som vist ikke av forbudet i art. 12. EF-domstolen har avvist å inkludere andre hensyn i EF art. 30 enn dem som er nevnt der, og dette er fulgt opp av EFTA-domstolen, jf.

«EØS-avtalen artikkel 13 er innholdsmessig identisk med EF-traktaten artikkel 36 [nå art. 30]. EØS-avtalen artikkel 6 og Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 3 (2) er således anvendelig ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 13.

EF-domstolen har konsekvent slått fast at EF-traktaten artikkel 36 [nå art. 30] må tolkes restriktivt siden den utgjør et unntak fra den grunnleggende regel om at alle hindringer for den frie varebevegelse mellom medlemsstatene må fjernes. Denne rettspraksisen viser at EF-domstolen er uvillig til å utvide området for aktuelle hensyn ut over de som direkte er nevnt i EF-traktaten artikkel 36 [nå art. 30], se særlig sak 7/61 *Commission mot Italy* [1961] ECR 317; sak 46/76 *Bauhuis mot Netherlands* [1977] ECR 5, sak 113/80 *Commission mot Ireland* [1981] ECR 1625; og Case 72/83 *Campus Oil Limited mot Minister for Industry and Energy* [1984] ECR 2727.»²⁵²

En magasinregulering som eventuelt rammes av EØS-avtalen art 12 kan dermed bare opprettholdes der den er nødvendig for å ivareta hensynet offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi.²⁵³

Dersom man mener at eksportrestriksjonsforbudet favner videre, slik at det omfatter også tiltak som ikke innebærer en favorisering av hjemmemarkedet, synes det temmelig klart at unntaket i art. 13 må suppleres på samme måte som i forhold til importrestriksjonsforbudet.

I avgjørelsen referert i Sml. 1984 s. 2727, *Campus Oil*,²⁵⁴ fant EF-domstolen at Irland kunne opprettholde tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative restriksjoner på import av olje under henvisning til hensynet til offentlig sikkerhet. Det sentrale for EF-domstolen var at olje,

²⁵¹ Se nærmere Sejersted et al. avsnitt 17.3.5.

²⁵² Sak E-5/96, *Ullensaker kommune mot Nille AS*, EFTA Court Report 1997 s. 30, premissene 32 og 33.

²⁵³ Hensynet til vern om den industrielle eller kommersielle eiendomsrett (immateriellrettigheter) er åpenbart ikke aktuelt her.

²⁵⁴ Sak 72/83, *Campus Oil Ltd mot Minister for Industry and Energy*.

som en viktig energibærer, er av grunnleggende betydning for et lands eksistens fordi så vel landets institusjoner og offentlige tjenester som befolkningens overlevelse er avhengig av den. EF-domstolen la derfor til grunn at tiltak som begrenser virkningene av forstyrrelser i oljetilførselen kan opprettholdes under henvisning til hensynet til offentlig sikkerhet. Tilsvarende betraktninger kan etter omstendighetene legges til grunn i forhold til elektrisitet for så vidt gjelder Norge.

I nødvendighetskravet ligger det to elementer. For det første må magasinregulering være et egnet virkemiddel til beskyttelsen av de aktuelle hensynene, og for det annet må det være slik at man ikke kan oppnå det samme beskyttelsesnivå med tiltak som virker mindre hindrende på samhandelen enn magasinregulering. Norge står temmelig fritt ved fastsettelsen av beskyttelsesnivået, men vil ha tvilsrisikoen med hensyn til om beskyttelsesnivået kan oppnås med tiltak som virker mindre hindrende for samhandelen.²⁵⁵

8.3 EØS-avtalen art. 59

EØS-avtalen art. 59 nr. 1 forbyr EØS-statene, for så vidt gjelder offentlige foretak og foretak gitt særlige eller eksklusive rettigheter, å treffe eller opprettholde tiltak som er i strid med EØS-avtalen. Bestemmelsen utlegges ikke sjelden dit hen at den er til hinder for at statene pålegger slike foretak noe de ikke kunne avtalt seg i mellom uten å bryte EØS-rettslige regler som retter seg mot foretakene, samt at staten ikke kan benytte sin innflytelse i foretakene for å få dem til å opptre på en måte som staten ikke kunne pålagt dem uten å bryte de av EØS-avtalens regler som retter seg mot staten.²⁵⁶ I denne sammenheng gjelder spørsmålet betydningen av konkurransereglene, det vil si EØS-avtalen art 53 og 54, for myndighetenes adgang til å regulere magasindisponeringen.

De aller fleste kraftprodusenter i Norge er «offentlige foretak»,²⁵⁷ det er derfor ikke nødvendig å drøfte nærmere spørsmålet om private kraftprodusenter har «særlige eller eksklusive rettigheter» i denne sammenheng.

Et utgangspunkt kan være at dersom kraftprodusentene seg i mellom ble enig om å koordinere kraftproduksjonen, vil dette være en avtale som rammes av EØS-avtalen art. 53 nr. 1 bokstav b). Det ligger da nær å trekke den slutning at myndighetene ikke kan pålegge dem å disponere magasinene på en slik måte at dette medfører redusert produksjon. Rettspraksis i tilknytning til EF-traktaten art. 86 – motstykket til EØS-avtalen art. 59 – gjelder i det alt vesentlige

²⁵⁵ Se nærmere Sejersted et. al. avsnitt 17.3.5.4, og nylig EFTA-domstolen i sak E-1/06, Gevinstautomatsaken, premiss 29, riktignok i relasjon til pengespill.

²⁵⁶ Se i denne retning Jones and Sufrin, EC Competition Law (2001) s. 432 til 433. Hochbaum I Groeben Thiesing, Ehlermann (Hrsg), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag (1999) s. 2/1732.

²⁵⁷ Dette fordi offentlige myndigheter (stat, fylkeskommune eller kommune) samlet kontrollerer minst 2/3 av aksjene i disse foretakene.

rekkevidden av bestemmelsen lest i sammenheng med EF-traktaten art. 82, forbudet mot misbruk av dominerende stilling. Spørsmålet om hvilken betydning bestemmelsen har når den leses i sammenheng med forbudet i EØS-avtalen art. 53/EF-traktaten art. 81, er nesten ikke berørt i praksis.

Lignende spørsmål har imidlertid vært oppe i en rekke saker der temaet har vært om medlemsstatenes lojalitetsplikt lest i sammenheng med konkurransereglene er til hinder for nasjonale regler som har samme virkning som konkurransebegrensende avtaler. EF-domstolen har i disse sakene understreket at medlemsstatene bare bryter lojalitetsplikten der de forsterker virkningene av allerede eksisterende avtaler, og der de delegerer markedsreguleringskompetanse til markedsaktørene.²⁵⁸ I Sml. 2002 s. I-8055, CIF, beskrives rettstilstanden slik:

«Det skal hertil for det første bemærkes, at selv om artikel 81 EF og 82 EF ganske vist udelukkende vedrører virksomheders adfærd og ikke omfatter love eller administrative bestemmelser, som er fastsat af medlemsstaterne, fremgår det ikke desto mindre, at denne bestemmelse, sammenholdt med artikel 10 EF, som opstiller en samarbejdsforpligtelse, pålægger medlemsstaterne ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger – selv ikke i form af love eller administrative bestemmelser – som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler (jf. dom af 16.11.1977, sag 13/77, GB-Inno-BM, Sml. s. 2115, præmis 31, af 21.9.1988, sag 267/86, Van Eycke, Sml. s. 4769, præmis 16, af 17.11.1993, sag C-185/91, Reiff, Sml. I, s. 5801, præmis 14, af 9.6.1994, sag C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Sml. I, s. 2517, præmis 14, af 5.10.1995, sag C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Sml. I, s. 2883, præmis 20, og af 19.2.2002, sag C-35/99, Arduino, Sml. I, s. 1529, præmis 34).

Domstolen har bl.a. fastslået, at der foreligger tilsidesættelse af artikel 10 EF og 81 EF, såfremt en medlemsstat enten foreskriver eller fremmer inngåelse af avtaler i strid med artikel 81 EF eller forsterker sådanne aftalers virkninger, eller såfremt den fratager de af den udstedte retsforrifter deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention (jf. Van Eycke-dommen, præmis 16, Reiff-dommen, præmis 14, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft-dommen, præmis 14, Centro Servizi Spediporto-dommen, præmis 21, og Arduino-dommen, præmis 35).²⁵⁹ »

Siden et pålegg om magasindisponering verken vil pålegge avtaleinngåelser, forsterke virkningen av allerede inngåtte avtaler eller innebære at kraftforetakene delegeres ansvar, vil et slikt pålegg rettet til private foretak ikke være i strid med lojalitetsplikten etter EØS-avtalen art. 3 sammenholdt med EØS-avtalen art. 53.²⁶⁰

I Sml. 2001 s. I-8089, Ambulanz Glöckner, som gjaldt spørsmålet om det forelå tilsidesettelse av EF-traktaten art. 86 sammenholdt med art 81 nr. 1, resonnerte EF-domstolen langs de samme linjer som den har gjort i sakene om mislighold av lojalitetsplikten etter EF-traktaten art 10 sammenholdt med art. 81 nr. 1. Selv om det i denne sakene ikke var tale om offentlige foretak,

²⁵⁸ For en nærmere redegjørelse, se Fejø, EU-Konkurrenceret, Almindelig del (2003), s. 38-46.

²⁵⁹ Sak C-198/01, Consorzio Industrie Fiammeri (CIF) mot Autorità Garante Della Concorrenza e del Mercato, premissenes 45 og 46.

²⁶⁰ Se også Kolstad, Ryssdal, Graver og Hjelmeng, Norsk Konkurranserett, bind 1 (2007) avsnitt 14.2.

men foretak med særlige eller eksklusive rettigheter, synes det ikke grunn til å la det forhold at kraftprodusentene kontrolleres av det offentlige gjennom eierposisjoner tilsi et annet resultat der det ikke er den alminnelige lojalitetsplikten etter EØS-avtalen art. 3 lest i sammenheng med EØS-avtalen art. 53 som er temaet, men det spesielle utslaget av lojalitetsplikten EØS-avtalen art. 59 er, lest i sammenheng med art. 53.

Pålegg om magasindisponering vil dermed heller ikke være i strid med EØS-avtalen art. 59 nr. 1.

8.4 Oppsummering

Nasjonal regulering av vannmagasindisponering rammes i utgangspunktet ikke av forbudet mot eksportrestriksjoner i EØS-avtalen artikkel 12 fordi reguleringen ikke skiller mellom produkter bestemt for eksport og produkter bestemt for hjemmemarkedet. Det kan diskuteres om slik regulering i visse tilfelle likevel kan rammes dersom den rammer eksportmarkedet hardere enn hjemmemarkedet. Heller ikke synes magasinregulering å rammes av reglene i EØS-avtalen artikkel 59 nr. 1 om konkurransebegrensende tiltak gjennom offentlige foretak.

9 Regulering av varmemarkedet

9.1 Innledning

Varmemarkedet er i mindre grad enn energimarkedet gjenstand for direkte EØS-regulering. Som nevnt i avsnitt 4.6 over inneholder imidlertid det såkalte CHP- eller kraftvarmedirektivet (2004/8/EF) visse krav til nasjonale tiltak. I tillegg oppstiller direktivet enkelte særregler og relevante unntak i forhold til de alminnelige rammene som følger av EØS-retten. Særlig oppstiller direktivet en definisjon og nærmere krav til «høyeffektiv kraftvarme» som vil kunne ha betydning for anvendelsen av EØS-avtalens alminnelige regler.

Utover dette er det EØS-rettslige utgangspunktet at nasjonale reguleringer og tiltak rettet inn mot varmemarkedet må være i samsvar med EØS-rettens alminnelige krav knyttet til det indre marked. En viktig forskjell fra elektrisitetsmarkedet er imidlertid at markedet for fjernvarme naturlig er lokalt begrenset, og dermed i mindre grad reiser samhandels- og fellesmarkedsproblematikk. Markedet for fjernvarme kan riktignok være grenseoverskridende i lokale områder, men det er vanskelig å forestille seg ett felles marked. At generelle reguleringer spesifikt rettet inn mot varmemarkedet skal støte mot EØS-avtalens forbud mot handelshindringer fremstår derfor etter vår oppfatning som forholdsvis lite praktisk. Når det er sagt må som nevnt varmekraft etter vår oppfatning i utgangspunktet likevel anses som en vare som er omfattet av EØS-avtalens regler om det frie varebytte.

På den annen side har varmemarkedet en samhandelsdimensjon i den forstand at det kan påvirke og påvirkes av markedet for elektrisitet. Som tidligere nevnt kan det således tenkes at særavgifter på strøm vil kunne være i strid med EØS-avtalen artikkel 14 fordi varmekraft må anses som en sammenlignbar vare. Som et mer generelt utgangspunkt innebærer dette også at de generelle EØS-reglene som skal sikre konkurranse og effektive markedsvilkår kommer til anvendelse.

Relevante tiltak rettet mot varmemarkedet må dermed for det første overholde det generelle forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, samt anbudsreglene for offentlige anskaffelser mv. Dette reiser imidlertid ikke, så vidt vi kan se, særlige problemer knyttet til varme.

Vi antar at aktuelle nasjonale tiltak hovedsakelig vil ta form av ordninger for å stimulere investeringer i og utbygging av fjernvarmenett, samt sikre tilstrekkelige økonomiske betingelser for driften av slike anlegg. Slike tiltak kan man tenke seg i form av offentlige tilskudd og støtteordninger knyttet til investeringer og produksjon/forbruk, eller som *regulering* av forbruk på sluttbrukernivå for eksempel som pålegg om bruk eller tilknytningsplikt. Etter vårt syn er det dermed først og fremst reglene om statsstøtte i EØS artikkel 61 som kan tenkes å reise særlige problemer ved tiltak rettet inn mot varmemarkedet.

9.2 Forbudet mot statsstøtte i EØS artikkel 61

Artikkel 61 oppstiller som nevnt fire sentrale vilkår for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Det må (i) foreligge støtte, som (ii) er finansiert av offentlige midler, (iii) er egnet til å vri konkurransen og (iv) er spesifikt rettet mot enkeltforetak eller produksjonen av en enkelt vare.

Som nevnt i punkt 3.4.2 over er statsstøttebegrepet i artikkel 61 blitt fortolket vidt av EU-domstolen, slik at enhver økonomisk fordel finansiert av det offentlige som utgangspunkt vil måtte anses som statsstøtte. Det må legges til grunn at tiltak som spesifikt begunstiger varmekraft samtidig vil måtte anses egnet til å vri konkurransen bort fra bruk av elektrisitet og andre varmekilder. Videre er det etter vårt syn uten videre klart at omsetning av varmekraft må anses som produksjon av en «enkelt vare» etter artikkel 61 (1).

Det må følgelig legges til grunn at statsfinansierte og sektorspesifikke ordninger rettet inn mot varmemarkedet for å stimulere til økt utbygging og bruk av varmekraft, som utgangspunkt vil være å anse som statsstøtte etter artikkel 61 (1). I praksis betyr dette at eventuelle støtteordninger vil være avhengige av forhåndsnotifikasjon og godkjenning fra ESA.

Rene tilskudd til investering og utbygging eller subsidier til produksjon eller bruk av varmekraft vil således i utgangspunktet være omfattet av artikkel 61 (1) og kreve godkjenning fra ESA.

Det kan likevel tenkes enkelte typer av offentlige overføringer og støtteordninger hvor det er tvilsomt om det tilstås en økonomisk fordel som kvalifiserer som støtte. EF-domstolens ovennevnte avgjørelse i *Altmark* forutsetter at overføringer som kan anses som vederlag for offentlige tjenester heller ikke er statsstøtte etter artikkel 61.²⁶¹ Avgjørelsen forutsetter imidlertid som nevnt en forholdsvis snever anvendelse av dette unntaket, slik at (i) virksomheten må operere under offentlig pålegg, (ii) kompensasjonen må være fastlagt på en objektiv og transparent måte og (iii) ikke overstige nødvendige utgifter for utførelse av tjenesten samt en rimelig fortjeneste, samt (iv) at utvelgelsen av virksomheten som utfører tjenesten er skjedd i henhold til offentlig anbud eller på basis av en analyse av hva som kan anses som normale kommersielle vilkår for utførelse av tjenesten. For nærmere om innholdet i disse vilkårene viser vi til det vi skriver ovenfor i avsnitt 5.5.

Anvendt mot varmemarkedet betyr dette etter vårt syn at det i en viss utstrekning vil kunne ytes offentlig støtte til utbygging av varmekraftproduksjon så lenge det skjer på grunnlag av spesifikt offentlig pålegg, og på bakgrunn av en offentlig anbuds konkurranse i henhold til gjeldende anbudsregler. Man kunne i denne sammenheng for eksempel tenke seg et pålegg om utbygging av varmekraftproduksjon som vilkår for utbygging av annen kraftproduksjon eller industri som genererer anvendelig overskuddsvarme. Så lenge støtteelementet er integrert i en

²⁶¹ Sak C-280/00, *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

kommersiell helhet som er etablert og drevet på markedsvilkår vil det etter vårt syn kunne hevdes at det kun er å anse som betaling for en offentlig tjenesteforpliktelse, selv om det i praksis er egnet til å medføre en viss konkurransevidning fra strøm til varmekraft innenfor det lokale området. Når det gjelder tilfeller hvor utvelgelsen ikke skjer på bakgrunn av en offentlig anbudskonkurranse, anser vi dette mer problematisk, og kan vise til det vi skriver om tilsvarende i avsnitt 5.5 og 6.3.

En annen type støtteordning som i utgangspunktet går klar av statsstøttereglene er reguleringer og tiltak som ikke direkte eller indirekte er finansiert av offentlige midler. Dette ble som allerede nevnt lagt til grunn av EF-domstolen i *Preussen Elektra*, Sml. 2001 s. I-2099,²⁶² hvor EF artikkel 87 ble ansett kun å omfatte ordninger *direkte eller indirekte finansiert av statlige midler*, og dermed ikke andre ordninger som ga økonomiske fordeler selv om de kunne være reelt konkurransevidende.

Utenfor statsstøttereglene faller også ordninger for finansiering av ny kraftproduksjon gjennom statlige selskaper eller enheter som opererer uavhengig av statlige myndigheter i den enkelte sak. Det betyr i praksis at statlig eide foretak kan finansiere investeringer i produksjonskapasitet og fjernvarmenett, så lenge de enkelte investeringene er basert på markedsbetingelser. Dette følger blant annet av EF-domstolens avgjørelse i *Stardust Marine*, Sml. 2002, s. I-4397, som vi kommer nærmere tilbake til i avsnitt 10 nedenfor.

Når det gjelder støtteordninger som i utgangspunktet rammes av artikkel 61 er det likevel mulig å oppnå godkjenning fra ESA. Etter artikkel 61 (3) kan ESA blant annet godkjenne ulike former for støtteordninger som anses viktige for å fremme en ønsket økonomisk utvikling innenfor EØS-området. Et slikt formål er behovet for mer miljøeffektiv energibruk og produksjon. I ESAs retningslinjer er støtte til kraftvarmeproduksjon særlig spesifisert som et legitimt virkemiddel som vil kunne godtas i denne sammenheng, jfr. Del III om støtte til miljøbeskyttelsestiltak, kap. D.1.3. I denne sammenheng vil CHP-direktivets mål om å fremme høyeffektiv kraftvarmeproduksjon være av sentral betydning. Utgangspunktet er at ESA i forholdsvis vid utstrekning kan og vil godkjenne støtteordninger for effektiv utnyttelse av spillvarme ved annen kraftproduksjon og industri som faller inn under CHP-direktivet. I denne forbindelse er det først og fremst CHP-direktivets definisjon av «høyeffektiv kraftvarme» som vil være av avgjørende betydning, samt om virksomheten er forutsatt basert på en reell og «økonomisk begrunnet etterspørsel etter varme og kjøling»²⁶³.

²⁶² C-379/98

²⁶³ Jfr. CHP-direktivet, fortalet, pkt. 25.

9.3 Oppsummering

Slik vi ser det er det hovedsakelig EØS-reglene om statsstøtte som setter relevante rammer for norsk regulering av rammemarkedet, ved siden av regler med mer generell anvendelse slik som forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet.

Etter vårt syn må det antas at statlig støtte til varmekraftutbygging og produksjon/forbruk som utgangspunkt rammes av statsstøtteregelen i EØS artikkel 61. Såfremt det skjer gjennom en offentlig anbudskonkurranse og på kommersielle vilkår kan det likevel gjelde unntak hvor støtten ytes som kompensasjon for utførelse av en statlig tjenesteforpliktelse. Videre omfatter ikke statsstøttereglene støtteordninger som finansieres på annen måte enn gjennom statlige midler, for eksempel ved å la ekstrakostnader belastes andre markedsaktører, eller hvor utbygging finansieres av autonome enheter som er funksjonelt uavhengige av statlig styring og kontroll.

Dersom det er tale om støtteordninger som er omfattet av statsstøttereglene betyr det at lovligheten er avhengig av godkjenning fra ESA. I den grad det er tale om støtte til virksomhet som forutsettes basert på en økonomisk begrunnet etterspørsel, og som faller inn under CHP-direktivets definisjon av høyeffektiv kraftvarme er det imidlertid sannsynlig at slik godkjenning vil bli gitt.

10 Rammebetingelser for energieffektivisering

10.1 Innledning

I dette avsnittet skal vi behandle de viktigste rammebetingelsene som EØS-retten setter for nasjonale tiltak knyttet til energieffektivisering.

Energieffektivisering er et prioritert mål innenfor EU og EØS-samarbeidet. Det er særlig ansett som et virkemiddel for å oppnå bedret forsyningssikkerhet, samt reduserte utslipp av klimagasser for å oppfylle EU landenes forpliktelser under Kyoto-protokollen.²⁶⁴ Slik energieffektivisering er nedfelt som en målsetning i flere ulike felleskapsinitiativer, blant annet som nevnt en lang rekke med sekundærlovgivning innenfor ulike områder.

Den generelle målsetningen om energieffektivisering går imidlertid nokså klart utover det naturlige nedslagsfeltet for energiregulering i mer snever forstand. Som reflektert i EU- og EØS-regelverket omfattes et vidt spekter av tiltak som gjelder alt fra effektivitetskrav til nye bygninger, lys og oppvarming, husholdningsprodukter og andre elektriske apparater, industriproduksjon, samt transport og motorteknologi. Utnytting av spillvarme fra annen kraftproduksjon gjennom utbygging av fjernvarmeanlegg som drøftet ovenfor i kap. 9 er følgelig også et energieffektiviseringstiltak. I den sammenheng viser vi til det vi skriver over. Utover dette tillater ikke rammen for denne utredningen en mer omfattende behandling av all relevant sekundærlovgivning som er knyttet til den generelle målsetningen om energieffektivitet. Vi nøyer oss i denne sammenheng med å vise til redegjørelsen i avsnitt 4.7 og 4.8. I dette avsnittet skal vi først og fremst redegjøre noe mer utfyllende for hvilke generelle krav EØS-retten oppstiller til nasjonale tiltak for energieffektivisering, og deretter vurdere i noe bredere forstand hvilket alminnelig handlingsrom den generelle EØS-retten gir for nasjonale tiltak på dette området.

10.2 Nærmere om krav til nasjonale tiltak i sekundærlovgivningen

Som allerede nevnt oppstiller relevant EØS-sekundærlovgivning en rekke krav til elektriske produkter og annet sluttbrukerutstyr, samt nye bygninger, som er begrunnet i en generell målsetning om energieffektivitet. Siden slike spesifikke produkt- og bygningskrav i hovedsak vil være implementert i nasjonal rett gjennom annen lovgivning enn energilovgivningen går vi imidlertid ikke nærmere inn dette her.

På mer overordnet nivå legger som nevnt nå det såkalte energitjenestedirektivet (direktiv 2006/32/EF) enkelte generelle rammer for EUs satsning på energieffektivitet på sluttbrukernivå. Vi antar at direktivet vil bli inkludert i EØS-avtalen, slik at de konkrete kravene direktivet

²⁶⁴ Jfr. Grønnboken om Energieffektivitet, s. 4-5

oppstiller til medlemsstatenes energipolitikk også er relevant for Norge. Hovedinnholdet i direktivet har vi redegjort nærmere for over i avsnitt 3.4.7, blant annet den generelle forpliktelsen for medlemsstatene i artikkel 4 til å oppnå et indikativt energisparemål på 9 % i løpet av en niårsperiode. På mer konkret plan er de sentrale elementene i direktivet knyttet til målsetningen om å etablere et marked for energitjenester. Dette inkluderer fem hovedelementer som vi gjennomgår kort i det følgende.

Det første sentrale elementet er et pålegg til medlemsstatene om å stille visse nærmere definerte krav til private energileverandører, distributører og nettoperatører for å legge til rette for et fungerende marked for energieffektiviseringstjenester (artikkel 6). Dette inkluderer for det første et krav om en nærmere bestemt rapporteringsplikt knyttet til statistiske opplysninger om sluttbrukere, og for det andre et generelt krav om å unngå aktiviteter som hindrer eller vanskeliggjør et effektivt og fungerende marked for energieffektiviseringstjenester. Særlig dette siste kravet søker å adressere den mulige interessekonflikten som et energiselskap kan finne seg i dersom det både skal selge energi og levere energieffektiviseringstjenester. Medlemsstatene må påse at energiselskaper ikke bruker sin posisjon til å motvirke et effektivt marked for energieffektivisering, selv om dette kunne være i deres interesse som selgere av energi. Dette må også ses i lys av direktivets artikkel 6 (3) som pålegger medlemsstatene å sikre så like og enhetlige markedsvilkår at også andre markedsaktører kan tilby slike tjenester i konkurranse med energileverandører, distributører og nettoperatører.²⁶⁵

Det andre hovedelementet er et pålegg til medlemsstatene om å velge mellom to ulike regimer for etablering av et marked for energieffektiviseringstjenester (artikkel 6.2).²⁶⁶ I følge det første alternativet (litra a) må medlemsstatene pålegge private energileverandører, distributører og nettoperatører enten (i) å selv tilby konkurransedyktige energieffektiviseringstjenester til sluttbrukerne, eller (ii) å sikre sluttbrukerne adgang til konkurransedyktige tjenester gjennom uavhengige analyser og/eller finansieringsordninger, eller (iii) bidra til fond og finansieringsordninger etablert for å fremme energieffektivisering. Alternativt (litra b) kan medlemsstatene sikre at slike tjenester blir tilbudt og etterspurt gjennom inngåelse av frivillige avtaler eller andre markedsorienterte ordninger, i den grad man oppnår det samme som ved pålegg til energiselskapene etter litra a.

Det tredje hovedelementet i direktivet er et krav om å sikre transparent og tilgjengelig informasjon om nasjonale tiltak og mekanismer til de relevante markedsaktørene og sluttbrukerne (artikkel 8), noe som også inkluderer et krav om å etablere tilstrekkelige sertifiseringsordninger for tilbydere av energieffektiviseringstjenester (artikkel 9).

²⁶⁵ Jfr. Werring (red.): EU Energy Law, Vol III, EU Environmental Law – Energy Efficiency and Renewable Energy Sources (2006), s. 301

²⁶⁶ Ibid.

Som et fjerde hovedelement oppstiller direktivet krav til medlemsstatene om å sikre at det finnes finansieringsordninger for sluttbrukeranvendelsen av energieffektiviseringstjenester, blant annet gjennom å endre eller oppheve nasjonale lover og forskrifter som begrenser anvendelsen av slike ordninger (artikkel 9.1), stille til rådighet kontraktsmodeller som kan anvendes av offentlige og private brukere av tjenestene (artikkel 9.2), og sørge for at det ikke ligger incitament i tariffene for distribusjon og forsyning av energi som motvirker energieffektivisering (artikkel 10). Medlemsstatene kan også etablere fond som skal yte tilskudd til gjennomføring av energieffektiviseringstiltak for å fremme utviklingen av et marked for slike tjenester (artikkel 11).

Endelig oppstiller direktivet som et femte hovedelement krav til medlemsstatene om å sikre at det finnes effektive kontroll og evalueringsordninger som kan identifisere potensialet for energieffektiviseringsordninger på sluttbrukernivå (artikkel 12), inkludert tilstrekkelig presise ordninger for måling av energiforbruk hos sluttbrukerne (artikkel 13).

10.3 Generelt om støtte- og finansieringsordninger

Som nevnt er en av måtene forespeilet i energitjenestedirektivet for å sikre tilstrekkelig finansiering av energieffektiviseringstiltak på sluttbrukernivå å etablere eller utnytte etablerte fond eller støtteordninger. Direktivet forutsetter imidlertid at slike fond og støtteordninger må anvendes innenfor rammen av de generelle statsstøttereglene i EØS-avtalen, jfr. artikkel 11.1. Vi har tidligere gjennomgått anvendelsen av statsstøttereglene i forhold til elektrisitets- og varmekraftmarkedet, og kan i stor grad henwise her til det vi skriver der.²⁶⁷

Vi antar at det skal lite til før markedet for energitjenester vil måtte anses å ha en samhandelsdimensjon. Dette betyr for det første at tiltak og støtteordninger ikke må virke diskriminerende i forhold til nasjonalitet, jfr. det generelle diskrimineringsforbudet i EØS artikkel 4. Videre må det legges til grunn at overføring av statlige midler som tilgodeser enkelte bedrifter eller kategorier av energitjenester som utgangspunkt vil rammes av statsstøttebegrepet i EØS artikkel 61, og dermed være avhengig av notifikasjon og godkjenning fra ESA. Vi antar imidlertid at det også i forhold til energieffektivisering kan tenkes at statlige overføringer vil kunne anses som kompensasjon for offentlige tjenesteforpliktelser, særlig kanskje i forbindelse med pålegg rettet til energiselskaper etter energitjenestedirektivets artikkel 6. Forutsetningen er imidlertid at kompensasjonen gis på markedsmessige betingelser i henhold til EF-domstolens avgjørelse i *Altmark* som redegjort for over i pkt. 9.2. Videre forhindrer som nevnt ikke artikkel 61 at visse energieffektiviseringstiltak, som for eksempel kontroll og inspeksjonsordninger, finansieres gjennom kompensasjon fra andre markedsaktører.

²⁶⁷ Se avsnitt 5.5 og 9.2

Mest praktisk i en nasjonal kontekst er det kanskje at det opprettes egne fond eller selskaper med siktemål å finansiere energieffektiviseringstiltak, og/eller at dette kanaliseres gjennom eksisterende ordninger som Enova. Utgangspunktet må antas å være at statsstøttereglene kommer til anvendelsen i den grad midlene står under statlig kontroll, eller det foreligger noen annen mulighet for statlig instruksjonsmyndighet utover normale eierskapsbeføyelser. Motsatt vil midler som forvaltes av selskaper og stiftelser med full funksjonell uavhengighet fra staten i utgangspunktet ikke være omfattet av statsstøttereglene, jfr. EF-domstolens avgjørelse i *Stardust Marine*, Sml. 2002, s. I-4397. Slik vi ser det kan dette likevel stille seg annerledes hvor et selskap eller en stiftelse er opprettet på grunnlag av statsmidler med ett bestemt siktemål, for eksempel å støtte energieffektivisering. Dette må anses som en form for indirekte støtte gitt av statsmidler i henhold til artikkel 61. Etter vårt syn vil imidlertid også en slik virksomhet kunne falle utenfor statsstøttereglene, i den utstrekning den opererer funksjonelt uavhengig av statlig kontroll og instruksjon og på markedsmessige betingelser.

Støtteordninger som rammes av artikkel 61 må notifiseres til ESA for godkjenning. Ved støtte til energieffektiviseringstiltak er det likevel forholdsvis sannsynlig at slik godkjenning vil bli gitt. Som allerede nevnt er bedre beskyttelse av miljøet, herunder en mer effektiv energibruk og produksjon, ansett som et prioritert mål innenfor EØS. Det er følgelig lagt opp til at støtteordninger for å fremme energieffektivisering i vid utstrekning skal kunne godkjennes av ESA, jfr. ESAs retningslinjer Del III om miljøbeskyttelsestiltak, kap. D.1.3.

10.4 Oppsummering

EØS-retten oppstiller krav til energieffektivisering på nasjonalt nivå først og fremst gjennom sekundærlovgivning som oppstiller en rekke spesifikke krav til produkter, bygninger og tjenester i medlemslandene som har betydning for energiforbruk.

Utover dette oppstiller det nye energitjenestedirektivet som trolig også vil bli inkludert i EØS-avtalen, en rekke krav til tiltak for å etablere et marked for energitjenester på nasjonalt nivå. I dette ligger (i) krav om nærmere bestemte pålegg til nasjonale energi og distribusjonsselskaper, (ii) innføring av alternative nasjonale tiltaksregimer for å sikre reelt tilbud og etterspørsel etter energitjenester, (iii) et krav om transparent og tilgjengelig informasjon til markedsaktørene om de nasjonale tiltakene for energieffektivisering, (iv) krav til tilgjengelige finansieringsordninger for sluttbrukerne og (v) krav om å ha effektive kontroll og evalueringsordninger som kan identifisere potensialet for energieffektivisering hos den enkelte energikunde.

Nasjonale tiltak for energieffektivisering må være i samsvar med hovedreglene i EØS-avtalen om det indre marked. Først og fremst betyr dette at finansierings- og støtteordninger som rammes av reglene om statsstøtte i EØS artikkel 61 og 62 krever godkjenning fra ESA. Vi anser det likevel sannsynlig at støtteordninger som er egnet til å fremme energieffektivisering i forholdsvis vid utstrekning vil oppnå godkjenning fra ESA.