



Olje- og energidepartementet
Postboks 8148 Dep
0033 OSLO
postmottak@oed.dep.no

Bergen, 19.06.2020

Høringsuttalelse til Ren energi-pakken

Norsk klimastiftelse takker for muligheten til å delta i høringen om regjeringens arbeid med EUs fjerde energimarkedspakke (Ren energi-pakken).

Vårt innspill er en uavhengig juridisk betenkning publisert i mai 2020 om innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen og ACERs rolle. Utredningen er skrevet av professor Henrik Bjørnebye ved Universitetet i Oslo.

Last ned: [«Hva betyr EUs ren energi-pakke for Norge?»](#)

I betenkningen slår Bjørnebye fast følgende:

- Ren energi-pakken støtter opp om initiativet omtalt som EUs energiunion, som er en viktig del av EUs klimapolitikk.
- EU-lovgivningens regulering av kraftmarkedet – der Norge deltar – er både omfattende og detaljert.
- Men heller ikke gjennom fjerde energimarkedspakke vil EU og ACER ha myndighet til å gripe inn i grunnleggende ressursforvaltningsspørsmål. Norske myndigheter vil fortsatt være suverene for eksempel når det gjelder tildeling av konsesjoner til vind- og vannkraftutbygging eller bygging av utenlandskabler.
- Ren energi-pakken kan «under tvil» vedtas innlemmet i EØS-avtalen ved alminnelig flertallsbeslutning – fordi den formelle suverenitetsavståelsen er begrenset.

Bakgrunnen for at Norsk klimastiftelse har bedt Bjørnebye skrive denne betenkningen er den opphetede debatten i 2018 om Norges tilknytning til EUs tredje energimarkedspakke. Der var det store spørsmålet hvilken innflytelse EUs energibyrå, ACER, ville få over det norske kraftmarkedet og hvordan Norges energipolitiske handlefrihet ville bli påvirket.

Når nå behandlingen av en ny energimarkedspakke er på trappene, ønsker Klimastiftelsen å bidra til en kunnskapsbasert debatt om saken.

Med vennlig hilsen

Lars-Henrik Paarup Michelsen
Daglig leder



Hva betyr EUs ren energi-pakke for Norge?

Juridiske betenkning om innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen og ACERs rolle.



HENRIK BJØRNEBYE

*Professor i rettsvitenskap ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.
Han arbeider særlig med fagområdene energirett og EU/EØS-rett, og har
også tidligere arbeidserfaring som advokat.*

Rapporten er skrevet av Henrik Bjørnebye

REDAKSJON:

Anders Bjartnes (ansvarlig redaktør)
Lars-Henrik Paarup Michelsen

DESIGN:

Håvar Skaugen

REDAKSJONSSLUTT:

15.05.2020

FORSIDEBILDE:

Den Europeiske Union



Norsk klimastiftelse
NORGES GRØNNE TANKESMIE

Norsk klimastiftelse er Norges grønne tankesmie. Vi sprer kunnskap og ideer til et bredt publikum om klimændringer og klimaløsninger. Målet er et samfunn uten menneskeskapte klimagassutslipp. Klimastiftelsen tror på åpenhet og samarbeid. I stiftelsens formelle nettverk sitter landets fremste universiteter, høyskoler og forskningssentre.

Vi takker våre hovedsamarbeidspartnere:

Forord

I 2018 pågikk det en svært opphetet debatt om Norges tilknytning til EUs tredje energimarkedspakke. Det store spørsmålet var hvilken innflytelse EUs energibyrå, ACER, ville få over det norske kraftmarkedet.

Denne utredningen handler ikke om tredje energimarkedspakke, men om den fjerde – også kalt vinterpakken og ren energi-pakken – som ble formelt vedtatt av EU i 2019. For å bidra til en mer kunnskapsbasert offentlig samtale om denne fjerde lovgivningspakken på energifeltet, har Klimastiftelsen bedt professor Henrik Bjørnebye fra det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo gi svar på noen grunnleggende spørsmål: Hvordan skiller fjerde energimarkedspakke seg fra den tredje, inkludert rollen til ACER, og hvordan står dette seg i møte med grunnlovens bestemmelser om suverenitetsavståelse?

Innholdet i betenkningen står fullt og helt på Bjørnebyes egen regning, Klimastiftelsen har i denne sammenheng kun vært utgiver.

Før du kaster seg inne i detaljene er det viktig ikke å miste det store bildet av synet: En vellykket klimapolitikk i Europa fordrer et tettere energisamarbeid over landegrensene. Norge tar del i dette samarbeidet, både gjennom EØS-avtalen, deltakelse i kvotemarkedet og gjennom felles gjennomføring av mål om klimakutt. Et så omfattende samarbeid må reguleres om det skal fungere. Derfor er utformingen av lovgivningspakkene viktig – og debatten om dem fortjener et best mulig kunnskapsgrunnlag.

Lars-Henrik Paarup Michelsen
Daglig leder



Innhold

4	1 SAMMENDRAG
---	--------------

11	2 INNLEDNING
----	--------------

14	3 UTVIKLINGEN AV EUS ENERGIPOLITIKK OG ENERGIRETT
----	---

17	4 GJENNOMFØRINGEN AV TREDJE ENERGIMARKEDSPAKKE I NORSK RETT
----	---

23	5 REN ENERGI-PAKKEN
----	---------------------

29	6 GRUNNLOVEN §§ 115 OG 26
----	---------------------------

37	7 SÆRLIG OM ESAS ADGANG TIL Å KREVE INFORMASJON OG GI BØTER
----	---

41	8 AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER
----	-----------------------------

1 Sammendrag

1.1 INNLEDNING

I denne betenkningen behandler jeg enkelte juridiske spørsmål som oppstår ved innlemmelse av EUs ren energi-lovgivningspakke i EØS-avtalen. Jeg konsentrerer meg særlig om spørsmål knyttet til den myndighet EFTAs overvåkningsorgan (ESA) vil få til å fatte vedtak etter EØS-avtalen i de tilfellene ACER fatter vedtak i EU.

Innlemmelsen av EUs tredje energimarkedspakke fra 2009 i EØS-avtalen var gjensstand for betydelig debatt i Norge i 2018. Et sentralt spørsmål var hvilken innflytelse EUs energibyrå ACER ville få over det norske kraftmarkedet ved at ESA ble gitt myndighet til å fatte ACER-vedtak overfor Reguleringsmyndigheten for energi (RME).

EUs lovgivningspakke «Ren energi for alle europeere» består av fire forordninger og fire direktiver som ble foreslått av EU-Kommisjonen i 2016 og endelig vedtatt av EU-organene i 2018 og 2019. Lovgivningspakken – ofte omtalt som ren energi-pakken, fjerde energimarkedspakke eller vinterpakken – erstatter kraftmarkedslovgivningen i tredje energimarkedspakke og mye annen EU-lovgivning på energi- og klimaområdet. Den er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen.

Ren energi-pakken utvider ACERs myndighet på enkelte områder sammenlignet med tredje energimarkedspakke. I denne betenkningen behandler jeg først ACERs myndighet til å fatte bindende vedtak etter tredje energimarkedspakke, før jeg ser på hvilke områder hvor ACER har fått utvidet myndighet etter ren energi-pakken. Jeg forutsetter at ESA vil få tilsvarende utvidet myndighet ved en eventuell innlemmelse av

ren energi-pakken i EØS-avtalen. Derne st vurderer jeg hvilken betydning utvidelsen av myndigheten har for spørsmålet om Stortingets samtykke til EØS-innlemmelse må skje ved tre fjerdedels flertall etter Grunnloven (Grl.) § 115 eller ved alminnelig flertall etter Grl. § 26.

1.2 DET NORSKE KRAFTMARKEDET OG EUS INDRE ENERGIMARKED

Som EØS-medlem har Norge rettslig sett vært en del av EUs indre marked siden EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994. Dette samarbeidet omfatter også EUs indre energimarked, som kan beskrives som et marked som sikrer fri bevegelse av elektrisitet og naturgass over landegrensene i EU/EØS-statene. I det følgende konsentrerer jeg meg om kraftmarkedet, hvor EUs indre energimarkedslovgivning i praksis har størst betydning for Norge.

Det norske kraftmarkedet ble som et av de første kraftmarkeder i verden åpnet for konkurranse ved ikrafttreddelsen av energiloven i 1991, og de andre nordiske landene fulgte samme utvikling kort tid etter. Fysisk og økonomisk har Norge vært en integrert del av det nordiske kraftmarkedet siden begynnelsen av 1990-tallet. Dette markedet blir stadig tettere integrert med resten av det europeiske kraftmarkedet, både som følge av markedsutviklingen og ny EU-regulering.

Det nordiske kraftmarkedet bygger på en avansert markedsmodell. Utviklingen i EUs kraftmarkedslovgivning har ligget bak den nordiske modellen, og inntil nylig hatt lite å si for norsk regulering. De sakene hvor EØS-avtalen har hatt størst betydning for norsk kraftsektor, som for eksempel EFTA-domstolens sak E-2/06

(hjemfallssaken), har gjerne knyttet seg til reglene i EØS-avtalens hoveddel. Fra vedtakelsen av tredje energimarkedspakke har EU-lovgivningen blitt såpass omfattende at dette bildet er i ferd med å endre seg. Samtidig er den nordiske modellen fremdeles en viktig inspirasjonskilde for utviklingen i EU.

1.3 TREDJE ENERGIMARKEDSPAKKE

Tredje energimarkedspakke slik den ble gjennomført i norsk rett med virkning fra 1. november 2019 er nærmere behandlet nedenfor i punkt 4. Endringene som ble gjennomført i energiloven med forskrifter er dels av institusjonell art, knyttet til opprettelsen av RME og Energiklagenemnda, og dels av materiell art knyttet til gjennomføring av rettigheter og plikter i regelverket. På overnasjonalt nivå er dessuten etableringen av ACER – og den særskilte ACER/ESA-modellen for EØS-avtalens vedkommende – et sentralt institusjonelt grep i tredje energimarkedspakke. Ren energi-pakken bygger videre på denne institusjonelle strukturen.

Kravene i eldirektiv 2009/72 om etablering av en uavhengig nasjonal reguleringsmyndighet hører med blant de reglene i tredje energimarkedspakke som har størst betydning for Norge. Det følger av regelverket slik det er gjennomført i norsk rett at RME skal opptre uavhengig og være unntatt fra instruksjonsrett ved utøvelsen av tillagt myndighet. Denne myndigheten gjelder i hovedsak forvaltning av regelverket for overføring og omsetning av kraft. Organet skal samarbeide med øvrige nasjonale reguleringsmyndigheter og ACER, og er forpliktet til å gjennomføre ESAs «ACER-vedtak» internt i norsk rett.

Den myndigheten ACER er tillagt etter ACER-forordning 713/2009 har fått betydelig oppmerksomhet i Norge. Det følger av forordningen at ACERs oppgaver skal utføres både ved bruk av ikke-bindende virkemidler og ved myndighet til å fatte bindende vedtak på nærmere definerte området. Selv om bruken av ikke-bindende virkemidler i praksis gir ACER betydelig innflytelse, er det adgangen til å fatte bindende vedtak som har stått sentralt i den norske debatten. Det skyldes at det er på sistnevnte område spørsmålet om myndighetsoverføring fra norske myndigheter til en internasjonal sammenslutning oppstår.

Ved innlemmelsen av tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen ble det valgt en løsning hvor ESA fatter bindende vedtak rettet mot RME på grunnlag av utkast til vedtak fra ACER. RME må deretter gjennomføre vedtakene nasjonalt ved å fatte de nødvendige enkeltvedtak rettet mot norske rettssubjekter. Dette skiller seg fra løsningen på EU-nivå, hvor ACER kan fatte vedtak direkte overfor nærmere bestemte nasjonale rettssubjekter. RME deltar i ACERs arbeid, men har ikke stemmerett i byråets regulatorforum hvor de bindende vedtakene fattes med to tredjedels flertall blant EUs nasjonale reguleringsmyndigheter.

ACERs adgang til å fatte bindende vedtak er begrenset, og må ses på bakgrunn av EU-domstolens Meroni-doktrine. Denne doktrinen innebærer at EU bare kan delegere klart definert utøvende myndighet til EU-byråene, og byråenes skjønnsutøvelse må være gjenstand for kontroll og adgang til overprøving.

Den nærmere adgangen for ACER til å fatte bindende vedtak følger av ACER-forordning 713/2009 artikkel 7-9, hvor myndigheten etter artikkel 8 er av størst praktisk betydning. Bestemmelsen gir på nærmere betingelser ACER myndighet til å fatte vedtak om reguleringsspørsmål i forbindelse med grensekryssende infrastruktur der disse spørsmålene hører under de nasjonale reguleringsmyndighetenes kompetanse. ACERs myndighet til å fatte vedtak etter forordningen er betinget enten av at de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet om det aktuelle reguleringsspørsmålet eller at de i fellesskap anmoder ACER om å treffe vedtak. Bestemmelsen gir dermed ACER en tvisteløsningsfunksjon ved uenighet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter.

I praksis har ACERs vedtakskompetanse hatt størst betydning ved fastsettelse av utfyllende metoder og vilkår til kommisjonsforordninger vedtatt i medhold av tredje energimarkedspakke. Myndigheten til å fastsette slike metoder og vilkår i de tilfellene hvor de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet er regulert direkte i de aktuelle kommisjonsforordningene, men fremgår ikke klart av ACER-forordning 713/2009 artikkel 8. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, er myndigheten til å vedta slike metoder og vilkår nærmere kodifisert og utvidet i den nye ACER-forordningen 2019/942 vedtatt som del av ren energi-pakken.

1.4 REN ENERGI-PAKKEN

Ren energi-pakken søker å gjennomføre mange av de politiske målsettingene som inngår i initiativet omtalt som EUs energunion, hvor klimahensyn står sentralt. Omstillingen til en fornybar energisektor for å unngå klimakrise er blant annet søkt

realisert ved å legge til rette for innfasing av desentralisert fornybar kraftproduksjon. For å gjennomføre denne innfasingen er det viktig å etablere regler som gir ny fornybarproduksjon markedsadgang på konkurransedyktige vilkår sammenlignet med etablert storskalaproduksjon, som i mange EU-land bygger på ikke-fornybar kull- og gasskraft. Slike markedsregler – ofte omtalt som markedsdesign – regulerer særlig tilknytning til kraftnettet, drift av nettet og markedet for omsetning av kraft.

I ren energi-pakken er særlig ny ACER-forordning 2019/942, ny elforordning 2019/943, nytt eldirektiv 2019/944 og til en viss grad også nytt fornybardirektiv (EU) 2018/2001 av betydning for markedsdesignet. Denne lovgivningen erstatter ACER-forordningen, elforordningen og eldirektivet i tredje energimarkedspakke, samt fornybardirektiv 2009/28, og vil bli vurdert for innlemmelse i EØS-avtalen.

ACER-forordning 2019/942 i ren energi-pakken viderefører ACERs myndighet etter ACER-forordning 713/2009 og utvider den på enkelte områder. Det viktigste området hvor ACER har fått utvidet myndighet etter den nye forordningen, gjelder kompetansen til å fastsette vilkår og metoder etter nærmere bestemte kommisjonsforordninger.

På EU-plan er det vedtatt åtte kommisjonsforordninger i medhold av tredje energimarkedspakke som gir detaljerte nettrekler for kraftmarkedet. Forordningene er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen. Fire av dem er vedtatt som retningslinjer som åpner for at nasjonale reguleringsmyndigheter skal komme til enighet om utfyllende metoder og vilkår. Det følger av ACER-forordning 2019/942 at ACER på enkelte betingelser

har myndighet til å vedta metoder og vilkår etter retningslinjene i de tilfellene hvor de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet. ACER har også på enkelte områder fått primær myndighet til å vedta vilkår og metoder som tidligere krevde godkjenning fra samtlige nasjonale reguleringsmyndigheter. Dermed vil det være tilstrekkelig med tilslutning fra to tredjedeler av regulatormedlemmene i ACERs regulatorforum for å godkjenne metodene fremfor enstemmighet blant regulatorene. Sammenlignet med ACERs tiltenkte oppgaver i ACER-forordning 713/2009 er det tale om en nokså betydelig utvidelse av ACERs myndighet.

I de fire retningslinjene som ble vedtatt etter tredje energimarkedspakke, men før ren energi-pakken ble vedtatt, er ACER imidlertid allerede et stykke på vei tillagt den myndigheten som nå følger av ACER-forordning 2019/942. I praksis gjelder også flesteparten av ACERs bindende vedtak etter ACER-forordning 713/2009 artikkel 8 nettopp fastsettelsen av slike metoder og vilkår. Hvorvidt ACER-forordning 2019/942 innebærer en betydelig utvidelse av ACERs myndighet eller ikke, avhenger derfor av om man sammenligner byråets utvidete kompetanse med hva som uttrykkelig fremgår av ACER-forordning 713/2009 eller med kommisjonsforordningene vedtatt etter tredje energimarkedspakke, men før ren energi-pakken. Uansett er det på det rene at det i hvert fall er tale om en viss utvidelse av myndigheten sammenlignet med tredje energimarkedspakke.

I og med at de fire EU-retningslinjene ikke er innlemmet i EØS-avtalen ennå, må en uansett se hen til den utvidelsen av ACERs myndighet som har funnet sted både etter ren energi-pakken og etter retningslinjene

i sammenligningen med tredje energi-markedspakke. Ut ifra en slik vurdering har ACER fått utvidet myndighet til å fatte vedtak om metoder og vilkår på områder som sannsynligvis vil få stor betydning for regulering av kraftmarkedet.

Derimot vil ACER heller ikke etter ren energi-pakken ha myndighet til å gripe inn i nasjonale myndigheters vurdering av om et planlagt kabelprosjekt skal innvilges konsesjon. Dette er i overensstemmelse med Meroni-doktrinen nevnt ovenfor, som ikke tillater at et EU-byrå får myndighet til å tildele eller overprøve tildeling av konsesjoner på grunnlag av en bred vurdering av om tiltaket er samfunnsmessig rasjonelt, slik norske konsesjonsmyndigheter har adgang til etter energiloven. Videre har EU begrenset kompetanse til å vedta lovgivning om utnyttelsen av nasjonale energiresurser, jf. Traktat om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV) artikkel 194 nr. 2 annet avsnitt og 192 nr. 2 bokstav c). I tråd med disse utgangspunktene har ACER heller ikke myndighet til å overprøve grunnleggende nasjonale ressursforvaltningsbeslutninger, som spørsmål om en ressurs skal bygges ut og om hvorvidt et kraftproduksjonsanlegg skal gis konsesjon.

1.5 GRUNNLOVENS RAMMER FOR INN- LEMMELSE AV REN ENERGI-PAKKEN I EØS-AVTALEN

Spørsmålet er så hvilke rammer Grunnloven oppstiller for norsk beslutning om innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen. Nærmere bestemt er problemstillingen om Stortingets tilslutning til slik innlemmelse kan skje ved alminnelig flertall etter Grl. § 26 eller om Stortinget må gi samtykke med tre fjerdedels flertall etter Grl. § 115. Tredje energimarkedspakke ble besluttet innlemmet etter prosedyren i Grl. § 26.

Jeg behandler her bare betydningen av at ACER – og dermed sannsynligvis også ESA – er gitt utvidet myndighet til å fatte vedtak på enkelte områder etter ACER-forordning 2019/942 sammenlignet med myndigheten etter ACER-forordning 713/2009. Ren energi-pakken regulerer også en lang rekke andre spørsmål som det ville falle utenfor rammene for denne betenkningen å vurdere nærmere.

Det følger av Grl. § 26 første ledd at myndigheten til å inngå traktater ligger til Kongen i statsråd. Traktater «av særlig stor viktighet» og traktater som nødvendiggjør ny lov eller stortingsbeslutning må ratifiseres av Stortinget for å bli bindende, jf. § 26 annet ledd. Det følger av sikker konstitusjonell praksis at bestemmelsen også åpner for «lite inngripende» myndighetsoverføring til internasjonale organer hvor Norge er medlem.

For mer inngripende former for myndighetsoverføring er spørsmålet om traktatinngåelse kan skje etter Grl. § 115. Bestemmelsen gir Stortinget adgang til ved tre fjerdedels flertall (hvor minst to tredjedeler av stortingsrepresentantene er tilstede) å *«samtykke i at en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til, på et saklig begrenset område skal ha rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter, dog ikke beføyelse til å forandre denne Grunnlov.»* Det følger av Grl. § 115 annet ledd at bestemmelsen ikke gjelder ved deltakelse i internasjonale sammenslutninger hvor organets beslutninger bare har folkerettslig virkning for Norge.

ACER-modellen både i tredje energimarkedspakke og i ren energi-pakken innebærer enkelte elementer av

myndighetsoverføring fra norske statsorganer til en internasjonal sammenslutning (formelt sett ESA for Norge etter EØS-avtalen). Norske myndigheter har foreløpig ikke utarbeidet forslag til ACER-modell for ren energi-pakken under EØS-avtalen, men det er nærliggende å anta at man vil bygge på den samme modellen som i tredje energimarkedspakke. I så fall vil fremdeles ESA fatte vedtak overfor nasjonale reguleringsmyndigheter på grunnlag av utkast til vedtak fra ACER.

Den nærmere vurderingen av Grunnlovs-spørsmålene er inntatt nedenfor i punkt 6. Her har jeg under tvil konkludert med at Stortingets tilslutning til innlemmelse av ACER/ESA-modellen for kraftmarkedet i ren energi-pakken kan skje ved alminnelig flertall etter prosedyren i Grl. § 26 annet ledd. I denne vurderingen har jeg lagt til grunn Lovavdelingens tolkning av Grunnloven ved innlemmelse av tredje energimarkedspakke i brev 27. februar 2018. Ettersom Lovavdelingen bygger på en formell forståelse av skillet mellom adgangen til å binde Norge folkerettslig og internrettslig etter Grl. § 115, får ACERs reelle makt nokså begrenset plass i vurderingen. Slik jeg forstår Lovavdelingen, vil ESAs vedtak rettet mot RME, og herunder vedtak om nye metoder og vilkår etter eksisterende kommisjonsforordninger, bare anses for å binde Norge folkerettslig. ACERs – og ESAs – utvidede myndighet til å binde Norge folkerettslig etter ren energi-pakken sammenlignet med tredje energimarkedspakke får dermed også begrenset betydning for vurderingen av om det foreligger mer enn «lite inngripende» myndighetsoverføring etter Grl. § 26. Tatt i betraktning de mange vanskelige tolknings-spørsmålene som oppstår er det likevel behov for grundigere vurderinger både av ren energi-regelverket og av Grunnlovens

rammer enn det som er mulig i denne betenkningen før lovgivningen kan besluttes innlemmet i EØS-avtalen.

1.6 SÆRLIG OM ESAS MYNDIGHET TIL Å KREVE INFORMASJON OG GI BØTER

I henhold til elforordning 2019/943 artikkel 65(1), kan Kommisjonen kreve at medlemsstatene og nasjonale reguleringsmyndigheter gir all informasjon som er nødvendig for å håndheve forordningen. Hvis den aktuelle medlemsstaten eller den nasjonale reguleringsmyndigheten ikke gir nødvendig informasjon innen en fastsatt frist, kan Kommisjonen kreve informasjonen direkte fra de aktuelle foretakene i medlemsstaten, jf. artikkel 65(2). Det følger videre av forordningen artikkel 66(2) at Kommisjonen kan gi bøter på opptil 1 prosent av selskapets årsomsetning dersom foretaket forsettlig eller uaktsomt gir feil, ufullstendig eller villedende informasjon eller ikke overholder en pålagt frist for å gi informasjon.

Denne informasjonsplikten og bøtesanktionen bygger på tidligere regler i elforordning 714/2009, og før det i elforordning 1228/2003, men informasjonspliktens virkeområde er gradvis utvidet. Lovavdelingen har vurdert om myndighet for ESA til å kreve tilsvarende informasjon og å ilegge bøter innebærer mer enn «lite inngripende» myndighetsoverføring både etter forordning 1227/2003 og 714/2009. Etter en samlet vurdering konkluderte Lovavdelingen under tvil med at myndighetsoverføringen etter elforordning 1228/2003 lå innenfor det Stortinget kunne gi samtykke til etter Grl. § 26 annet ledd, og den samme konklusjonen ble opprettholdt ved vurderingen av forordning 714/2009.

Tatt i betraktning at Lovavdelingen uttrykte tvil om konklusjonen allerede i 2004, og at

informasjonsplikten senere har blitt vesentlig utvidet, er det etter mitt syn ikke gitt at myndighetsoverføringen slik den er regulert i elforordning 2019/943 vil være å anse som «lite inngripende» etter Grl. § 26. Det er i hvert fall grunnlag for at Lovavdelingen foretar en ny vurdering av spørsmålet før Stortinget samtykker til innlemmelse av ren energi-pakken. Ettersom informasjonsplikten og bøtekompetansen ikke synes å ha hatt noen praktisk betydning verken på EU- eller EØS-plan, kunne en kanskje tenke seg en særskilt EØS-tilpasning i forordningen hvor ESA har mer begrenset myndighet enn Kommisjonen, og som dermed medfører mindre grad av myndighetsoverføring.

1.7 AVSLUTTENDE REFLEKSJONER

I møte med en stadig økende EU-kraftmarkedsregulering hvor ACER reelt sett har betydelig innflytelse, kan en stille spørsmål ved om vurderingen etter Grl. §§ 26 og 115 egentlig gir den beste innfallsvinkelen til å diskutere Norges forhold til EUs energiunion. ACER – og dermed ESA i sin ACER-funksjon – har ikke myndighet til å gripe inn i grunnleggende ressursforvaltningsspørsmål, som for eksempel norske myndigheters konsesjonsvurdering ved utbygging av nye ressurser eller utenlandskabler. Derimot er EUs regulering av funksjonene for overføring og omsetning av kraft i ferd med å bli svært omfattende, og det er på disse områdene ACERs myndighet er ytterligere utvidet i ren energi-pakken. Kombinasjonen av utførlige materielle EU-regler for kraftmarkedet og en sentral tvisteløsnings- og samordningsfunksjon for ACER vil innebære at også norsk kraftmarkedsrett i stor utstrekning blir gjenstand for EU/EØS-regulering. I denne forvaltningsmodellen er det mulig at det også kan bli fattet ACER/ESA-vedtak i strid med norske synspunkter og interesser.

Innlemmelse av utførlig EU-regulering og sentralisering av forvaltningsmodellen for kraftmarkedet er en nødvendig konsekvens av norsk tilslutning til EUs indre kraftmarked gjennom EØS-avtalen. Denne reguleringen er langt mer omfattende enn man opprinnelig så for seg ved undertegning av EØS-avtalen, men det er fremdeles tale om markedsregulering snarere enn regulering av grunnleggende norske ressursforvaltningsspørsmål. Et viktig spørsmål ved vurderingen av ren energi-pakken er dermed om man er villig til å akseptere

at tilgangen til EØS-markedet medfører omfattende felles EU/EØS-regulering så lenge dette ikke legger avgjørende føringer for norsk ressursforvaltning.

2 Innledning

Norsk klimastiftelse har gitt meg i oppdrag å vurdere hvorvidt EFTAs overvåkningsorgan (ESA) vil få utvidet myndighet til å fatte ACER-vedtak ved innlemmelse av EUs ren energi-lovgivningspakke i EØS-avtalen. I denne sammenheng oppstår et spørsmål om utvidelse av ESAs myndighet medfører at Stortingets samtykke til EØS-innlemmelse må skje ved tre fjerdedels flertall etter Grunnloven (Grl.) § 115 snarere enn ved alminnelig flertall etter Grl. § 26.

EØS-komiteen besluttet å innlemme tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen den 5. mai 2017.¹ Denne energimarkedspakken består av fem rettsakter: eldirektiv 2009/72/EF og elforordning nr. (EF) 714/2009 på kraftmarkedssiden, gassdirektiv 2009/73/EF og gassforordning nr. (EF) 715/2009 på gassmarkedssiden, samt forordning om etablering av ACER nr. (EF) 713/2009 som gjelder begge sektorer. Etter omfattende offentlig debatt i Norge og på Island, ble beslutningen ratifisert av Stortinget i 2018 og Alltinget i 2019. Rettsaktene trådte i kraft og ble gjennomført i norsk rett med virkning fra 1. november 2019.

Et sentralt spørsmål i den norske debatten om tredje energimarkedspakke, var om tilslutning til modellen med etablering av EU-byrået Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER) innebar en myndighetsoverføring som krevde Stortingets tilslutning etter prosedyren i Grl. § 115. Nærmere bestemt var spørsmålet om EØS-modellen hvor EFTAs overvåkningsorgan (ESA) skal fatte vedtak rettet mot de nasjonale uavhengige reguleringsmyndighetene på grunnlag av ACERs utkast til vedtak, innebar en myndighetsoverføring som krevde tilslutning etter Grl. § 115. Justisdepartementets lovavdeling konkluderte i brev 27. februar 2018 med at Stortingets tilslutning

med alminnelig flertall etter Grl. § 26, og denne prosedyren ble fulgt av Stortinget.

EUs lovgivningspakke «Ren energi for alle europeere» – ofte omtalt som ren energi-pakken, fjerde energimarkedspakke eller vinterpakken – er en samlebetegnelse på en rekke direktiver og forordninger som ble vedtatt i 2018 og 2019. Denne lovgivningen erstatter i det vesentlige den tredje energimarkedspakke og mye annen tidligere EU-lovgivning på energi- og klimaområdet. I ren energi-pakken inngår blant annet en ny ACER-forordning (EU) 2019/942, et nytt eldirektiv (EU) 2019/944 og en ny elforordning (EU) 2019/943. Denne lovgivningen erstatter ACER-forordningen, eldirektivet og elforordningen i tredje energimarkedspakke.

Den nye ACER-forordningen, eldirektivet og elforordningen i ren energi-pakken er EØS-relevante, i likhet med de tilsvarende rettsaktene i tredje energimarkedspakke. Det er derfor nærliggende at det vil bli tatt initiativ til innlemmelse av de nye rettsaktene i EØS-avtalen. Ettersom rettsaktene utvider ACERs myndighet på enkelte områder sammenlignet med tredje pakke, oppstår igjen spørsmålet om hvilken bestemmelse i Grunnloven som skal legges til grunn for Stortingets eventuelle samtykke til EØS-innlemmelse. Et sentralt spørsmål i denne betenkningen er om de nye reglene om ACERs myndighet er av en slik art at innlemmelse krever Stortingets samtykke med tre fjerdedels flertall etter Grl. § 115, eller om det er tilstrekkelig med Stortingets samtykke ved alminnelig flertall etter Grl. § 26 annet ledd.

De rettslige rammene for bruk av Grl. §§ 26 og 115 ved myndighetsoverføring til internasjonale organer er grundig behandlet i

1 EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017.

juridisk litteratur og offentlige utredninger mv, og det finnes omfattende statspraksis på området.² Spørsmålet ble også utførlig vurdert i forbindelse med innlemmelsen av tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen.³ Spørsmålet om hvilken myndighet ACER og ESA er tildelt – og hvilken myndighet de kan tildeles etter EU/EØS-retten – har derimot ikke vært vurdert i samme bredde.⁴ ACERs myndighet etter ren energi-pakken er så vidt jeg vet ennå ikke behandlet i norsk juridisk litteratur.

Hovedformålet med denne betenkningen er å redegjøre for ACERs – og for EØS-avtalens vedkommende eventuelt ESAs – myndighet etter ren energi-pakken. Som bakgrunn gir jeg først en kort oversikt over utviklingen av EUs energipolitikk og energirett nedenfor i punkt 3. Her gir jeg også en oversikt over lovgivningen i ren energi-pakken. Den nærmere vurderingen i betenkningen er imidlertid begrenset til å gjelde ACERs kompetanse i kraftmarkedsspørsmål etter ACER-forordning 2019/942 lest i sammenheng med eldirektiv 2019/944 og elforordning 2019/943. I punkt 4 behandler jeg deretter gjennomføringen av tredje energimarkedspakke i norsk rett, før jeg vurderer ACERs myndighet etter ren energi-pakken i punkt 5.

I punkt 6 behandler jeg spørsmålet om utvidelsen av ACERs myndighet i ren energi-pakken tilsier at Stortingets samtykke til innlemmelse må skje i medhold av Grunnloven § 115. I denne vurderingen bygger jeg på Lovavdelingens tolkning av Grunnloven i

vurderingen av tredje energimarkedspakke. Det er en viss uenighet i juridisk teori om Lovavdelingens grunnlovstolkning, men det ville føre for lang å behandle disse spørsmålene her. Jeg konsentrerer meg derfor om å vurdere hvorvidt utvidelsen av ACERs myndighet medfører andre krav til Stortingets samtykke enn tredje energimarkedspakke, gitt Lovavdelingens syn på tolkning av Grunnlovens skranker.⁵

Etter andre og tredje energimarkedspakke har ESA fått adgang til på nærmere vilkår å kreve informasjon av norske selskaper og ilegge bøter ved misligholdt informasjonsplikt. Ren energi-pakken viderefører og utvider informasjonsplikten. ESAs kompetanse innebærer en viss grad av myndighetsoverføring, og spørsmålet har vært til behandling hos Lovavdelingen både i forbindelse med innlemmelse av andre og tredje energimarkedspakke.⁶ Selv om temaet i denne betenkningen er begrenset til en vurdering av ESAs «ACER-myndighet», behandler jeg likevel også spørsmålet om ESAs myndighet til å kreve informasjon og gi bøter ettersom det har nær tilknytning til de øvrige spørsmålene, se nærmere nedenfor i punkt 7.

EUs energimarkedslovgivning, inkludert nettkoder og retningslinjer vedtatt som kommisjonsforordninger, er samlet sett en svært omfattende og uoversiktlig materie. I forbindelse med innlemmelse i EØS-avtalen er det naturlig og nødvendig at EU-energilovgivningen så vel som spørsmålet om Grunnlovens rammer gjøres til gjenstand for

2 Se blant annet Lovavdelingens brev 27. februar 2018 og Hans Petter Graver, Grunnloven § 115 og ACER-saken (betenkning avgitt til Nei til EU, 2018), særlig s. 14, for en oversikt over sentrale kilder.

3 Op.cit.

4 Et unntak er Hanna Bjørhus Askhagen, Energimarkedsbyrået ACER – Begrenset men betydelig (Marius nr. 521, 2019), men hun behandler ikke Grunnlovsspørsmålet.

5 Se nærmere om denne tilnærmingen nedenfor i punkt 6.2.

6 Se Lovavdelingens uttalelse 8. desember 2004, JDLOV-2004-5639, og Lovavdelingens brev til OED 25. juni 2014, ref.nr. 14/1689.

grundige utredninger fra myndighetenes side. Det har ikke vært mulig å behandle alle disse spørsmålene like nøye eller i sin fulle dybde innenfor rammene av denne betenkningen. Selv om jeg så langt det er mulig har forsøkt å gi en full oversikt, kan jeg for eksempel ikke utelukke at enkeltregler i ren energi-pakken kan tolkes slik at de også gir ACER myndighet eller rettigheter som ikke er fanget opp her, eller at EU-organene kan legge til grunn en mer ekspansiv

tolkning av byråets myndighet enn det jeg har lagt til grunn. Det er derfor viktig å presisere at denne betenkningen er ment som et første bidrag til vurderingen av enkelte sider av ren energi-pakken, som nødvendigvis må suppleres av ytterligere utredninger.

3 Utviklingen av EUs energipolitikk og energirett

Arbeidet med etablering av EUs indre energimarked begynte allerede i 1988.⁷ Dette arbeidet var kjent ved undertegningen av EØS-avtalen, men spilte ingen sentral rolle i EØS-forhandlingene ettersom daværende EF ikke hadde utviklet en felles energipolitikk på dette tidspunktet.⁸

Den opprinnelige tanken med å etablere et indre marked for elektrisitet og naturgass må ses i sammenheng med det generelle målet om å etablere et indre marked uten grenser for varer, tjenester, person og kapital etter EF-traktaten artikkel 95 (nå traktat om den Europeiske Unions virkemåte (TEUV) art. 114). Det viktigste virkemiddelet for å sikre fri bevegelse av energi over landegrensene var å åpne markedet for omsetning av varene elektrisitet og naturgass ved at kjøperne kunne velge kraft- og gassleverandør.

Det norske kraftmarkedet ble som et av de første kraftmarkeder i verden åpnet for konkurranse allerede ved ikrafttreddelsen av energiloven i 1991.⁹ Tilsvarende prosesser ble gjennomført i de andre nordiske landene kort tid etter, som førte til opprettelsen av et regionalt nordisk engrosmarked for kraft på et svært tidlig tidspunkt. Dette innebar at EU-reguleringen av kraftmarkedet lå bak den norske og nordiske utviklingen i mange år med den praktiske konsekvensen at EU-reguleringen hadde lite å si for norsk regulering. Samtidig har den norske og nordiske modellen vært – og er fortsatt – en viktig inspirasjonskilde for EU-reguleringen på området som eksempel på et avansert

og velfungerende konkurransebasert kraftmarked på regionalt nivå.

Det første eldirektivet 96/92/EF inneholdt bare minimumsregler med begrenset ambisjonsnivå, og spilte i praksis liten rolle for det allerede velutviklede norske kraftmarkedet. Tilsvarende fikk det andre eldirektivet 2003/54/EF og den første elforordningen nr. (EF) 1228/2003 heller ikke særlig praktisk betydning ved innlemmelse i EØS-avtalen 2. desember 2005. De sakene hvor EØS-avtalen har hatt størst betydning for norsk kraftsektor, som for eksempel sak E-2/06, hjemfallssaken for EFTA-domstolen, har gjerne knyttet seg til reglene i EØS-avtalens hoveddel.

Det var dermed først ved innlemmelsen av tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen at EU-reguleringen fikk større praktisk betydning for den norske modellen. Av størst betydning var kravene i eldirektiv 2009/72/EF om at de nasjonale reguleringsmyndighetene må være uavhengig av både bransjeaktører og øvrige myndigheter, og etableringen av ACER i medhold av ACER-forordning 713/2009. Disse kravene er nærmere omtalt nedenfor i punkt 4.

Utover på 2000-tallet har utviklingen av EUs energipolitikk skutt fart. Det som begynte som et prosjekt om markedsintegrasjon ble først preget av større oppmerksomhet rettet mot hensynet til forsynings-sikkerhet. Dernest har klimahensynet fått en stadig viktigere plass i utviklingen av EUs energipolitikk ettersom erkjennelsen av

7 EU-Kommisjonens arbeidsdokument «The internal energy market», COM (88) 238 final, 02.05.1988.

8 St.prp.nr. 100 (1991-92), s. 164.

9 Energiloven 29. juni 1990 nr. 50.

klimakrise har seget inn. Andre hensyn som forbrukerhensyn har også fått en viktigere plass, men i dag er det klart at omleggingen av EUs energisektorer for å nå klimamålsettinger står helt sentralt i EUs energi- og klimapolitikk.

I 2007 vedtok det Europeiske Rådet de såkalte 20/20 i 2020-målene: Innen 2020 å redusere klimagassutslippene med 20 prosent sammenlignet med 1990-nivå, å øke energieffektiviteten ved å spare 20 prosent av EUs energiforbruk, og å nå 20 prosent fornybarandel i EUs totale energiforbruk. For å nå disse målene ble det vedtatt ny lovgivning på flere områder, blant annet nytt fornybardirektiv 2009/28/EF, nytt bygningsdirektiv 2010/31/EU og nytt energieffektiviseringsdirektiv 2012/27/EU samt utvikling av EUs klimakvotemarked.

For kraftmarkedet innebærer energiomleggingen blant annet at det må legges til rette for økt elektrifisering, økning i fornybar kraftproduksjon, energieffektivisering, utfasing av fossil kraftproduksjon, forbrukerfleksibilitet og nye teknologier. Markedsreglene – eller markedsdesignet – som skal legge til rette for denne utviklingen følger av energimarkedspakkene. Den tredje energimarkedspakken vedtatt i 2009 videreutvikler kraftmarkedsdesignet sammenlignet med den andre pakken fra 2003.

Det er imidlertid først i tiden etter at tredje pakke ble vedtatt at arbeidet med et nytt kraftmarkedsdesign virkelig har skutt fart. I 2015 lanserte EU-Kommisjonen Energiunionstrategien som bygger på fem dimensjoner: sikkerhet, solidaritet og tillit; et fullt integrert indre energimarked; energieffektivitet; klimahandling og

dekarbonisering; forskning, utvikling og konkurransekraft innen lavkarbon og ren energi-løsninger.¹⁰ EUs energiunion er altså et energipolitisk initiativ hvor klimahensyn står helt sentralt. På lovgivningssiden har strategien ført til to store utviklingstrekk for kraftmarkedet: Vedtakelse av nettkoder og retningslinjer i medhold av elforordning 714/2009 og vedtakelse av lovgivningen i fjerde energimarkedspakke.

Elforordning 714/2009 gir hjemmelsgrunnlag for vedtakelse av utfyllende nettkoder og retningslinjer i form av kommisjonsforordninger. Det er per i dag vedtatt åtte kommisjonsforordningen for kraftsektoren – fire nettkoder og fire retningslinjer (samtlike i fellesskap ofte omtalt som nettkoder).¹¹ Disse forordningene inneholder omfattende regler for kraftmarkedet og for tilknytning til og drift av kraftsystemet. De åtte vedtatte kodene er kommisjonsforordningene (EU) 2016/631 om fastsettelse av nettreger om krav til nettilknytning for produksjonsanlegg, (EU) 2016/1388 om fastsettelse av nettreger om nettilknytning av forbruks- og distribusjonssystemer, (EU) 2016/1447 om fastsettelse av nettreger om tilslutning av transmisjonssystemer med høyspentlikestrøm og likestrømtilknyttede elproduksjonsanlegg, (EU) 2017/1485 om fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnettet for elektrisk kraft («SOG»), (EU) 2017/2196 om fastsettelse av en netregel for nødsituasjoner og systemgjenoppretting, (EU) 2015/1222 om fastsettelse av retningslinjer for kapasitetstildeling og håndtering av kapasitetsbegrensninger («CACM»), (EU) 2017/2195 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av kraftsystemet («EB») og (EU) 2016/1719

10 Se Kommisjonens meddelelse KOM (2015) 80 og senere publikasjoner.

11 Se https://www.entsoe.eu/network_codes/ (sist besøkt 9. mars 2020).

om fastsettelse av retningslinjer for langsiktig kapasitetstildeling («FCA»).

Nettkodene og retningslinjene er EØS-relevante, mer er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen. Så langt har Olje- og energidepartementet sendt de fire retningslinjene CACM, SOGL, EB og FCA på høring for fremtidig gjennomføring i norsk rett.¹²

Parallelt med utviklingen av nettkoder har EU også vedtatt lovgivningen i fjerde energimarkedspakke. Foruten de allerede nevnte nye ACER-forordning 2019/942, eldirektiv 2019/944 og elforordning 2019/943, består fjerde energimarkedspakke også av et nytt bygningsdirektiv (EU) 2018/844 som har til formål å redusere energibruk i bygninger, et nytt energieffektiviseringsdirektiv (EU) 2018/2002 som skal bidra til å nå et bindende mål om 32,5 prosent energieffektivitet innen 2030, et nytt fornybardirektiv (EU) 2018/2001 som skal bidra til å nå et bindende EU-mål om 32 prosent fornybarandel i EUs energimiks innen 2030, og styringsforordningen 2018/1999 som blant annet legger opp til en ordning for medlemsstatenes rapportering av tiårige energi- og klimaplaner. Endelig er det vedtatt en forordning (EU) 2019/941 om risikoberskap i kraftsektoren.

Det nye bygningsdirektivet 2018/844 og energieffektiviseringsdirektivet 2018/2002 erstatter de tidligere direktivene på EU-nivå, som ennå ikke er innlemmet i EØS-avtalen. Det nye fornybardirektivet 2018/2001 erstatter det tidligere fornybardirektivet 2009/28 som er innlemmet i EØS-avtalen. Styringsforordningen 2018/1999 er et nytt lovgivningsinitiativ på EU-nivå, og beredskapsforordning 2019/941 er i realiteten også et nytt initiativ selv om det formelt erstatter det EØS-innlemmede forsynings-sikkerhetsdirektivet 2005/89 som hadde

liten praktisk betydning. Hvorvidt de nevnte lovgivningsinitiativene (foruten ACER-forordningen, eldirektivet og elforordningen) er EØS-relevante er så langt ikke endelig avklart, og det vil føre for langt å vurdere spørsmålet i denne betenkningen. På grunnlag av tidligere innlemmelser, er det vel grunn til å anta at i hvert fall det nye fornybardirektivet 2018/2001 vil bli ansett som EØS-relevant.

Oppsummeringsvis er det altså vedtatt svært omfattende lovgivning på EU-nivå i tiden etter vedtakelsen av tredje energimarkedspakke som har til formål å realisere unionens energi- og klimamålsettinger. Denne lovgivningen er dels vedtatt i form av kommisjonsforordninger (nettkoder og retningslinjer) i medhold av tredje energimarkedspakke, og dels i form av direktiver og forordninger etter EUs alminnelige lovgivningsprosedyre vedtatt som ledd i fjerde energimarkedspakke. Det spørsmålet jeg behandler i det følgende, er hvilken betydning den nye kraftmarkedslovgivningen i ACER-forordning 2019/942 lest i sammenheng med elforordning 2019/943 og eldirektiv 2019/944 har for ACERs myndighet og hvorvidt dette får betydning for norsk Stortingsbehandling av innlemmelse av lovgivningen i EØS-avtalen.

4 Gjennomføringen av tredje energimarkeds-pakke i norsk rett

4.1 INNLEDNING

Tredje energimarkedspakke ble gjennomført i norsk rett med virkning fra 1. november 2019. Som ledd i gjennomføringen ble det gjort endringer både i energiloven og forskrifter til loven. Endringene er dels av institusjonell art, knyttet til opprettelsen av Reguleringsmyndigheten for energi (RME) og Energiklagenemnda, og dels av materiell art knyttet til gjennomføring av rettigheter og plikter i regelverket.

I det følgende vil jeg særlig konsentrere meg om de institusjonelle endringene som også etter fjerde energimarkedspakke vil ha betydning for gjennomføring av ACER og ESAs beslutninger i norsk rett. Disse endringene er behandlet nedenfor i punkt 4.2. Derest gir jeg i punkt 4.3 et overblikk over de EU-rettslige rammene for delegering av myndighet til byråer, før jeg i punkt 4.4 beskriver de konkrete områdene hvor ACER (og ESA under EØS-avtalen) har myndighet til å fatte bindende beslutninger etter tredje energimarkedspakke.

4.2 GJENNOMFØRING AV INSTITUSJONELLE KRAV

ACER-forordning 713/2009 ga ACER myndighet til å fatte rettslig bindende beslutninger på enkelte nærmere definerte områder. Forordningen er inkorporert i norsk rett ved forskrift 24. oktober 2019 nr. 1434.

Som ledd i EØS-innlemmelsen av tredje energimarkedspakke ble det gjort

tilpasninger hvor ESA formelt skal fatte beslutningen overfor EØS/EFTA-statene i de tilfellene hvor ACER har myndighet til å fatte beslutninger i EU.¹³ Det ble videre lagt opp til en løsning hvor ESA fatter vedtak rettet mot de nasjonale reguleringsmyndighetene, som må gjennomføre beslutningene nasjonalt.¹⁴ Dette skiller seg fra løsningen i EU, hvor ACER kan fatte vedtak rettet direkte mot nasjonale aktører i EU-statene, som for eksempel transmisjonssystemoperatørene (TSOene). ESAs vedtak overfor EFTA-statene etter EØS-avtalen skal baseres på et utkast til vedtak fra ACER.¹⁵ Et slikt utkast fra ACER er ikke rettslig bindende, men det er en underliggende forutsetning for EØS-tilpasningen at ESA vil fatte et likegyldende eller tilnærmet likegyldende vedtak.¹⁶ EØS-tilpasningen legger også opp til en modell for konfliktløsning i EØS-komiteen ved uenighet mellom ACER og ESA.¹⁷

Eldirektiv 2009/72 stiller krav til uavhengighet for norske reguleringsmyndigheter.¹⁸ Kravene er gjennomført i norsk rett i energiloven § 2-3 og i forskrift om netregulering og energimarked (NEM).¹⁹

OED skal utpeke en reguleringsmyndighet og en klagenemnd etter energiloven § 2-3 første ledd, hvor henholdsvis RME og Energiklagenemnda er utpekt. Det følger av energiloven § 2-3 annet ledd at begge organer «er uavhengige og kan ikke instrueres om utøvelsen av tillagt myndighet». I NEM er det også presisert at RME ikke kan

¹³ Tilpasningene er inntatt i EØS-avtalens vedlegg IV nr. 47 (d).

¹⁴ EØS-avtalen vedlegg IV nr. 47 (d)(i).

¹⁵ EØS-avtalen vedlegg IV nr. 47 (d)(iv).

¹⁶ Prop. 4 S (2017-2018) s. 26.

¹⁷ EØS-avtalen vedlegg IV nr. 47 (d)(v).

¹⁸ Eldirektiv 2009/72/EF art. 35.

¹⁹ Forskrift 24. oktober 2019 nr. 1413. Jeg foretar ikke en egen vurdering i denne betenkningen av om den nasjonale gjennomføringen oppfyller direktivets krav til uavhengighet.

instrueres i det enkelte tilfellet om utøvelsen av oppgaver.²⁰ RME skal være organisert som en egen, uavhengig enhet innenfor NVE og administrativt underlagt OED, jf. NEM § 2-1 annet og fjerde ledd. Ansatte i RME kan ikke samtidig utføre arbeid i andre deler av NVE eller i annen virksomhet dersom det er egnet til å svekke tilliten til den ansattes upartiskhet og uavhengighet.²¹ Både RME og Energiklagenemnda har budsjettautonomi og kan ikke instrueres om disponering av tildelte budsjettmidler.²² Enkeltvedtak fattet av RME kan bare påklages til Energiklagenemnda.²³

Det fremgår videre av energiloven § 2-3 fjerde ledd at RME skal samarbeide med andre lands reguleringsmyndigheter og internasjonale institusjoner i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Dette innebærer en plikt for RME til å samarbeide med andre reguleringsmyndigheter i EØS-området så vel som ACER og ESA. I NEM § 2-4 annet ledd er det dessuten presisert at RME i utøvelsen av sine oppgaver skal sørge for at beslutninger truffet av ESA i henhold til ACER-forordning 713/2009 (EØS-avtalen vedlegg IV nr. 47) blir gjennomført i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser. RME er dermed forpliktet til å gjennomføre internt i norsk rett de beslutningene ESA fattet i sin «ACER-funksjon».

Oppsummert er altså RME uavhengig av norsk forvaltning og unntatt fra instruksjonsrett, samtidig som organet er forpliktet til å samarbeide med nasjonale reguleringsmyndigheter og ACER, og forpliktet til å

gjennomføre ESAs «ACER-vedtak» internt i norsk rett.

4.3 EU-RETTSLIGE RAMMER FOR DELEGERING AV MYNDIGHET TIL EU-BYRÅER

EU-retten bygger på et prinsipp om myndighetstildeling som innebærer at EU-institusjonene bare kan utøve den myndigheten som medlemslandene har tildelt dem etter traktatene.²⁴ Ettersom EU-byråene ikke har noe eget rettslig grunnlag i traktatene, gjelder det strenge rammer for hvilken myndighet de øvrige institusjonene kan tildele byråene. Disse skrankene er viktige å ta i betraktning for å forstå ACERs funksjon og oppgaver.

Delegasjon av myndighet til byråer må for det første skje i overensstemmelse med EU-rettens prinsipper om nærhet (subsidiaritet) og proporsjonalitet.²⁵ Nærhetsprinsippet innebærer at tiltak bare skal treffes på EU-plan såfremt formålet ikke kan nås på tilstrekkelig måte ved tiltak på nasjonalt eller regionalt nivå.²⁶ Proporsjonalitetsprinsippet tilsier at EU-tiltakene ikke skal gå lenger i form og innhold enn det som er nødvendig for å nå målene.²⁷ EU-domstolen har tolket disse skrankene nokså vidt, og i praksis skal det mye til for at EU-institusjonene anses for å ha overtrådt nærhets- og proporsjonalitetsprinsippene ved vedtakelse av ny lovgivning.

De begrensningene som følger av EU-domstolens *Meroni*-doktrine, er av større betydning for adgangen til å delegerer myndighet til byråer. Doktrinen innebærer at EU-institusjonene bare kan delegerer klart definert

20 NEM § 2-1 fjerde ledd.

21 NEM § 2-1 femte ledd.

22 Energiloven § 2-3 tredje ledd og NEM § 2-1 fjerde ledd.

23 Energiloven § 2-3 annet ledd annet pkt.

24 Dette prinsippet om «conferral of powers» er nå kodifisert i Traktat om den Europeiske Union (TEU) art. 5(2).

25 Se tilsvarende Askhaven, Energimarkedsbyrået ACER (2019), s. 28-29.

26 TEU art. 5(3).

27 TEU art. 5(4).

utøvende myndighet til andre organer.²⁸ Prinsippet ble først etablert ved Meroni-saken, som gjaldt den nå opphevede Traktaten om Det Europeiske Kull- og Stålfelleskap (EKSF),²⁹ men er senere bekreftet av EU-domstolen blant annet i ESMA-saken.³⁰ Et viktig spørsmål, er i hvilken utstrekning det er adgang til å delegere utøvelse av skjønnsmyndighet til et byrå etter Meroni-doktrinen. Hvor grensene for slik delegasjon går er ikke helt avklart i rettspraksis, men det er på det rene at det delegerende organets mulighet til å kontrollere den delegerte myndighetsutøvelsen er av sentral betydning.³¹ På grunnlag av rettspraksis oppsummerer Askhaven rettstilstanden slik at det er adgang til å delegere klart definert utøvende myndighet til EU-byråer, og at delegasjonen kan åpne for skjønnsutøvelse så langt myndigheten er gjenstand for kontroll.³² I en ny dom oppsummerer førsteinstansretten rettstilstanden langs de samme linjene med henvisning til ESMA-saken: *«(...) as regards an EU entity created by the EU legislature, it has been stated in the case-law that a grant of powers to such an entity is compatible with the requirements of the Treaties, if it does not concern acts having the force of law and if the powers granted are precisely delineated and amenable to judicial review (...)»*.³³

Selv om rekkevidden av Meroni-doktrinen kan være uklar, kan en i hvert fall legge til grunn at EU-institusjonene ikke har adgang til å delegere diskresjonær myndighet med begrenset kontroll til EU-byråene. EU-retten tillater for eksempel ikke at et byrå får

myndighet til å tildele eller overprøve tildeling av konsesjoner på grunnlag av en bred vurdering av om tiltaket er samfunnsmessig rasjonelt, slik norske konsesjonsmyndigheter har adgang til etter energiloven. Den myndigheten ACER tildeles må være klart definert og kunne gjøres til gjenstand for full overprøving. Disse skrankene preger også den konkrete reguleringen av ACERs myndighet i ACER-forordningene fra 2009 og 2019.

4.4 ACER OG ESAS MYNDIGHET TIL Å FATTE BINDENDE BESLUTNINGER

ACERs formål er å bistå nasjonale reguleringsmyndigheter i å utføre regulatoroppgaver i medlemsstatene og om nødvendig koordinere deres handlinger, mekle og løse tvister mellom reguleringsmyndigheter.³⁴ For å nå disse målsettingene kan byrået utarbeide uttalelser og anbefalinger på nærmere definerte områder, bidra i arbeidet med utforming av nettreglereglinjer samt fatte bindende individuelle vedtak på angitte områder.³⁵ ACER er også gitt egne oppgaver i REMIT-forordningen (EU) 1227/2011 om innsidehandel og i infrastrukturforordningen (EU) 347/2013. Disse to forordningene er ikke en del av tredje eller fjerde energimarkedspakke, og er så langt ikke implementert i EØS-avtalen. Jeg går derfor ikke nærmere inn på ACERs oppgaver etter disse reglene.

ACERs oppgaver etter tredje energimarkedspakke er utførlig behandlet av Hanna Bjørhus Askhaven.³⁶ Hun konkluderer blant annet med at ACERs individuelle

28 Se Askhaven, Energimarkedsbyrået ACER (2019), særlig s. 28-33, for en nærmere gjennomgang av Meronidoktrinen.

29 Sak 9/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA mod Den Høje Myndighed for Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab*.

30 Sak C-270/12, *Storbritannia og Nord-Irland mot Europaparlamentet og Rådet*.

31 Askhaven, Energimarkedsbyrået ACER (2019), s. 31.

32 Op.cit., s. 33

33 Sak T-755/17, *Federal Republic of Germany v European Chemicals Agency*, avsnitt 139.

34 Se ACER-forordning 713/2009 art. 1(2) og ACER-forordning 2019/942 art. 1(2), hvor bare sistnevnte forordning uttrykkelig nevner mekling og tvisteløsning som formål. Det er imidlertid klart at ACER også har denne funksjonen på nærmere angitte områder i den første ACER-forordningen.

35 ACER-forordning 713/2009 art. 4.

36 Askhaven, Energimarkedsbyrået ACER (2019).

vedtaksmyndighet bare er ett av flere viktige virkemidler for byrået, og at det særlig er spekteret av ikke-bindende virkemidler – såkalt «soft law» – «som gjør det berettiget å karakterisere ACER som et av EUs mest betydelige byråer».³⁷ Jeg er enig med Askhaven i at ACER samlet sett har betydelig innflytelse når en ser hen til alle virkemidler byrået har til disposisjon. Utelukkende å se hen til de områdene hvor byrået har myndighet til å fatte individuelle bindende vedtak gir slikt sett ikke et komplett bilde av ACERs reelle betydning. Når en skal vurdere spørsmålet om myndighetsoverføring i lys av Stortingets tilslutning etter Grunnloven, vil ACERs myndighet til å fatte bindende vedtak likevel være avgjørende. På de områdene hvor byrået ikke har myndighet til å fatte vedtak som nasjonale reguleringsmyndigheter eller markedsaktører er rettslig forpliktet til å følge, kan det heller ikke være tale om myndighetsoverføring i formell forstand. I det følgende behandler jeg derfor bare ACERs myndighet til å fatte rettslig bindende vedtak.

Det følger av ACER-forordning 713/2009 at byrået kan fatte individuelle vedtak i de særlige tilfellene omfattet av forordningen artikkel 7-9. ACERs bindende vedtak krever avstemning med to tredjedels flertall i ACERs regulatorstyre. Beslutningsmekanismen innebærer i praksis at saker som ellers bare kunne vært avgjort ved enstemmighet mellom to eller flere nasjonale reguleringsmyndigheter, kan avgjøres ved to tredjedels flertall blant samtlige EU-reguleringsmyndigheter i de tilfellene hvor ACER har vedtakskompetanse. Med andre ord gir vedtaksmyndigheten langt på vei ACER en tvisteløsningsfunksjon.

I henhold til artikkel 7(1) kan ACER fatte vedtak om tekniske spørsmål hvor dette følger av eldirektiv 2009/72 eller elforordning 714/2009 (og tilsvarende av gassdirektiv 2009/73 og gassforordning 715/2009). Som fremhevet av Askhaven, gir ikke bestemmelsen i seg selv en hjemmel til å fatte vedtak, men viser kun til eventuelle hjemler i de øvrige rettsaktene.³⁸ Noen slike hjemler av betydning finnes ikke, og ACER-forordning 713/2009 artikkel 7(1) har derfor egentlig ingen selvstendig betydning.³⁹ De øvrige avsnittene i artikkel 7 gir ikke ACER myndighet til å fatte bindende vedtak.

Utgangspunktet for EU-reguleringen er at adgangen til bruk av kraftnett på transparense og rimelige vilkår er sikret gjennom utførlig regulering. I forbindelse med utbygging av en mellomlandsforbindelse kan det fra investorenes side være ønskelig å inngå særskilte, langsiktige avtaler om bruk med enkeltaktører for å øke investeringssikkerheten. Slike avtaler vil gjerne være betinget av at det innvilges unntak fra reglene om tredjepartsadgang. Etter ACER-forordning 713/2009 artikkel 9(1) og elforordning 714/2009 artikkel 17(5) har ACER adgang til å innvilge slike unntak i de tilfellene hvor de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet om unntaksadgangen.

ACER-forordning 713/2009 artikkel 8 er av størst praktisk betydning for byråets myndighet. Artikkel 8(1) gir på nærmere betingelser ACER myndighet til å fatte vedtak om reguleringsspørsmål i forbindelse med grensekryssende infrastruktur der disse spørsmålene hører under de nasjonale reguleringsmyndighetenes kompetanse. ACERs myndighet til å fatte vedtak er betinget enten av at de nasjonale

37 Op.cit., s. 162 og 163.

38 Op.cit., s. 122-125.

39 Se nærmere Askhaven, Energimarkedsbyrået ACER (2019), som også peker på bestemmelsens spesielle tilblivelseshistorie som forklaring for dens manglende betydning.

reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet om det aktuelle reguleringsspørsmålet eller at de i fellesskap anmoder ACER om å treffe vedtak. Bestemmelsen er dermed av avgjørende betydning for ACERs funksjon som tvisteløser for de nasjonale reguleringsmyndighetene.

Artikkel 8 stiller blant annet krav til konsultasjon og tidsfrister for å fatte vedtak, samt enkelte krav til hvilke spørsmål som skal reguleres av vilkår for adgang til mellomlandsforbindelser.⁴⁰ Kommisjonen kan vedta nærmere retningslinjer ved komitologi om i hvilke situasjoner ACER skal ha kompetanse til å fatte vedtak om *«om vilkår og betingelser for adgang til og operativ sikkerhet i forbindelse med grenseoverskridende infrastruktur»*.⁴¹

Bestemmelsen gir for eksempel ACER rettsgrunnlag til å fatte vedtak i de sakene hvor reguleringsmyndighetene i landene på hver side av en mellomlandsforbindelse ikke kommer til enighet om vilkårene for bruk av kabelen. ACER har derimot ikke kompetanse til å gripe inn i nasjonale myndigheters vurdering av om et planlagt kabelprosjekt skal innvilges konsesjon. Slike beslutninger fattes av hvert lands myndigheter uten at det foreligger noe krav om at myndighetene må komme til enighet, og uten at spørsmålet om konsesjon kan bringes inn til ACER for avgjørelse.

I praksis har imidlertid hjemmelsgrunnlaget i ACER-forordning 713/2009 artikkel 8 vist seg å ha langt større betydning på et annet område enn tvister mellom reguleringsmyndigheter om konkrete mellomlandsforbindelser. I medhold av de fire retningslinjene CACM, SOGL, EB og FCA

som er vedtatt som kommisjonsforordninger etter elforordning 714/2009, skal nasjonale reguleringsmyndigheter komme til enighet om en mengde metoder og vilkår på grunnlag av utkast fra TSOer og, i noen tilfeller, kraftbørsene (NEMOer, «nominated electricity market operators»). For Norges del skal altså slike metoder godkjennes av RME når retningslinjene er gjennomført i norsk rett. Noen metoder og vilkår er allerede fastsatt i EU-landene, mens andre er under utarbeidelse.

Mekanismen med utarbeidelse av metoder og vilkår har blitt utviklet etter vedtakelsen av elforordning 714/2009. Rettsgrunnlaget for utarbeidelse av metoder og vilkår følger dermed direkte av de enkelte retningslinjene, og ikke uttrykkelig av elforordning 714/2009. Noen metoder og retningslinjer gjelder samtlige medlemsland, og skal utarbeides av alle TSOer og godkjennes av alle nasjonale uavhengige reguleringsmyndigheter,⁴² noen gjelder regioner og skal utarbeides av aktørene i den aktuelle regionen,⁴³ og noen skal utarbeides av hver enkelt TSO og godkjennes hver for seg av reguleringsmyndighetene.⁴⁴ Det følger videre av de enkelte retningslinjene at ACER kan vedta de endelige metodene og retningslinjene i de tilfellene hvor de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet eller henviser saken til ACER.

Artikkel 8 i ACER-forordning 713/2009 gjelder etter sin ordlyd bare for vedtak i forbindelse med grenseoverskridende infrastruktur. Vedtakelse av metoder og vilkår, som hjemlet i retningslinjene, kan være mer vidtrekkende. Et spørsmål som oppstår i denne sammenheng, er om Kommisjonen har kompetanse til å delegere myndighet

40 ACER-forordning 713/2009 art. 8(1)-(3).

41 ACER-forordning 713/2009 art. 8(4).

42 Se for eksempel SOGL artikkel 6 nr. 2.

43 Se for eksempel SOGL artikkel 6 nr. 3.

44 Se for eksempel SOGL artikkel 6 nr. 4.

videre til ACER etter retningslinjene uten at delegasjonsadgangen har et klarere grunnlag i ACER-forordningen. I denne sammenhengen oppstår det også et spørsmål om hvorvidt skrankene for myndigheten etter ACER-forordning 713/2009 skal tolkes.⁴⁵ For EUs del er disse spørsmålene nå løst ved at ACER er gitt videre myndighet til å vedta metoder og vilkår direkte i den nye ACER-forordningen 2019/942.⁴⁶ Hvorvidt spørsmålet om myndigheten etter tredje energimarkedspakke noensinne vil komme på spissen er usikkert, og jeg går ikke nærmere inn på spørsmålet her.

En gjennomgang av ACERs individuelle vedtak publisert på byråets nettside⁴⁷ viser at det så langt har fattet 36 vedtak for kraftsektoren og seks vedtak for gassektoren.⁴⁸ Av de 36 avgjørelsene knyttet til kraftsektoren, er det fattet 32 avgjørelser i medhold av retningslinjene vedtatt etter elforordning 714/2009, to avgjørelser om godkjenning av ENTSO-E metoder etter den nye kriseberedskapsforordningen 2019/941,⁴⁹ én avgjørelse angående fritak fra krav om tredjepartsadgang etter elforordning

714/2009⁵⁰ og én avgjørelse om en investeringsforespørsel for mellomlandsforbindelse etter TEN-forordning 347/2013.⁵¹ Av de 32 avgjørelsene i medhold av retningslinjene, er 9 av prosessuell art og gjelder tidsforlengelse for reguleringsmyndighetenes arbeid med å komme til enighet, jf. elforordning 714/2009 art. 8(1) annet avsnitt.⁵²

De 23 materielle vedtakene etter retningslinjene gjelder alle utarbeidelsen av ytterligere vilkår og metoder til retningslinjene. Av disse vedtakene, gjaldt fire saker ACERs godkjenning av regler hvor det forelå enighet mellom reguleringsmyndighetene.⁵³ De resterende 19 sakene gjaldt tilfeller hvor reguleringsmyndighetene ikke kom til enighet innen tidsfristen eller anmodet ACER om å fatte vedtak som følge av manglende enighet.⁵⁴

I praksis har det altså vist seg så langt at ACERs vedtaksmyndighet har hatt klart størst betydning for utarbeidelsen av metoder og vilkår til de allerede utførte EU-retningslinjene vedtatt som kommisjonsforordninger.

45 EU-domstolens (førsteinstansrettens) avgjørelse i sak T-332/17, E-control mot ACER, særlig premiss 42-46 kan leses i retning av at ACER har nødvendig myndighet, men domstolen tar ikke opp spørsmålet direkte. Se også Askhaven, Energimarkedsbyrået ACER (2019), s. 131-135. ACER selv har lagt til grunn at byrået hadde slik kompetanse etter tredje energimarkedspakke.

46 Se nærmere nedenfor i punkt 5.3.

47 Se https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Pages/Individual-decision.aspx (oversikt oppdatert pr. 23. mars 2020).

48 For gassektoren har ACER fattet vedtakene 01/2014 av 11. august 2014 (om TEN-forordningen), 11/2018 av 16. oktober 2018, 05/2019 av 9. april, 10/2019 av 6. august 2019,

49 Vedtak 07/2020 og 8/2020, begge av 6. mars 2020.

50 Vedtak 05/2018 av 19. juni 2018, AQUIND, mellomlandsforbindelse Storbritannia-Frankrike, jf. elforordning 714/2009 art. 17(4) og 17(5).

51 Vedtak 02/2015 av 16. april 2015, involverte reguleringsmyndigheter ikke enige om investeringsforespørsel ved mellomlandsforbindelse, jf. TEN-forordning 347/2013 art. 12(6).

52 Vedtakene 10/2017, 01/2018, 02/2018, 03/2018, 09/2018, 03/2019, 06/2019, 11/2019 og 06/2020. Syv av vedtakene er fattet i medhold av CACM, ett i medhold av FCA (06/2020) og ett i medhold av EB (06/2019).

53 Vedtak 14/2019 av 29. oktober 2019 (FCA), 15/2019 av 30. oktober 2019 (FCA), 04/2020 av 30. januar 2020 (CACM) og 05/2020 av 30. januar 2020 (CACM).

54 Vedtak 06/2016 av 17. november (CACM), 03/2017 av 2. oktober 2017 (FCA), 04/2017 av 14. november 2017 (CACM), 05/2017 av 14. november 2017 (CACM), 06/2017 av 13. desember 2017 (FCA), 07/2017 av 14. desember (CACM), 04/2018 av 24. april 2018 (CACM), 08/2018 av 26. juli 2018 (CACM), 10/2018 av 27. september 2018 (CACM), 01/2019 av 24. januar 2019 (CACM), 02/2019 av 21. februar 2019 (CACM), 02/2019 av 21. februar 2019 (CACM), 04/2019 av 1. april 2019 (CACM), 07/2019 av 19. juni 2019 (SO), 08/2019 av 19. juni 2019 (SO), 09/2019 av 25. juli 2019 (CACM), 15/2019 av 30. oktober 2019 (FCA), 16/2019 av 30. oktober 2019 (FCA), 01/2020 av 24. januar 2020 (EB), 02/2020 av 24. januar 2020 (EB) og 03/2020 av 24. januar 2020 (EB).

5 Ren energi-pakken

5.1 INNLEDNING

I dette kapittelet vurderer jeg ACERs myndighet til å fatte bindende vedtak etter den nye ACER-forordningen 2019/942. For å fastlegge rammene for ACERs myndighet, må forordning 2019/942 leses i sammenheng med den øvrige lovgivningen i fjerde energimarkedspakke. I det følgende vil jeg konsentrere meg om ACERs myndighet etter forordning 2019/942 lest i sammenheng med den nye elforordningen 2019/943 og det nye eldirektivet 2019/944.

Ren energi-pakken søker å gjennomføre mange av de politiske målsettingene som inngår i initiativet omtalt som EUs energiunion, og hvor klimahensyn står helt sentralt. Omstillingen til en fornybar energisektor for å unngå klimakrise er blant annet søkt realisert ved å legge til rette for innfasing av desentralisert fornybar kraftproduksjon. For å gjennomføre denne innfasingen er det viktig å etablere regler som gir ny fornybarproduksjon markedsadgang på konkurransedyktige vilkår sammenlignet med etablert storskalaproduksjon, som i mange EU-land bygger på ikke-fornybar kull- og gasskraft. Slike markedsregler regulerer særlig tilknytning til kraftnettet, drift av nettet og markedet for omsetning av kraft. I ren energi-pakken er særlig ny ACER-forordning 2019/942, ny elforordning 2019/943, nytt eldirektiv 2019/944, og til en viss grad også nytt fornybardirektiv (EU) 2018/2001, av betydning for markedsdesignet.

På samme vis som for ACER-forordning 713/2009, følger det av ACER-forordning 2019/942 at ACER har til oppgave å gi rådgivende uttalelser og anbefalinger, å fatte individuelle beslutninger, og å avgjøre ikke-bindende overordnede retningslinjer.⁵⁵ Som for tredje energimarkedspakke utgjør ACERs myndighet til å fatte individuelle beslutninger bare en del av byråets oppgaver, og

i praksis er det klart at ACERs virksomhet på andre områder også har stor betydning for energimarkedet. Ettersom det bare er spørsmålet om bindende vedtaksmyndighet som er av betydning for Grunnlovsspørsmålet, behandler jeg bare denne delen av ACERs virksomhet i det følgende.

I prosessen med vedtakelse av ren energi-pakken ble det også foreslått tiltak som ville gitt ACER større betydning, men som ikke ble vedtatt. Det viktigste punktet i denne sammenheng var spørsmålet om kravet til stemmeflertall i ACERs regulatorstyre. Det ble her foreslått å senke terskelen for vedtak fra to tredjedels flertall til simpelt flertall. Dette forslaget ble imidlertid ikke vedtatt, og bindende vedtak av ACER krever følgelig fortsatt to tredjedels tilslutning blant de nasjonale reguleringsmyndighetene i regulatorstyret.

Artikkel 2 (d) i ACER-forordning 2019/942 inneholder videre henvisninger til en rekke områder hvor ACER kan fatte individuelle beslutninger. Nedenfor vil jeg først i punkt 5.2 gi en kort oversikt over de områdene hvor ACERs myndighet etter ACER-forordning 2019/942 synes å tilsvare myndigheten etter den tidligere ACER-forordningen 713/2009. Deretter vil jeg i punkt 5.3 diskutere de områdene hvor jeg legger til grunn at det har størst betydning at ACER har fått utvidet myndighet. Jeg vil her konsentrere meg om noen hovedpunkter snarere enn å redegjøre i detalj for alle områder hvor ACER kan ha fått utvidet myndighet sammenlignet med grunnlaget i tredje energimarkedspakke.

5.2 OMRÅDER HVOR ACERs EKSISTERENDE MYNDIGHET VIDEREFØRES

På en del områder er ACERs myndighet så vidt jeg kan se ikke nevneverdig utvidet fra tredje til fjerde energimarkedspakke.

55 ACER-forordning 2019/942, artikkel 2. Sml. ACER-forordning 713/2009, artikkel 4.

Som i ACER-forordning 713/2009, følger det også av ACER-forordning 2019/942 at byrået skal fatte avgjørelser om tekniske spørsmål etter eldirektivet og elforordningen i tredje og fjerde energimarkedspakke.⁵⁶ Ettersom bestemmelsen bare viser til områder hvor ACER har myndighet til å fatte beslutninger etter det øvrige regelverket, gir ikke ACER-forordningen i seg selv noen myndighet til ACER på dette punktet.⁵⁷ Elforordningen og eldirektivet etter ren energi-pakken synes umiddelbart ikke å gi ny myndighet av større betydning på dette området, men jeg har ikke hatt anledning til å vurdere spørsmålet i detalj i denne betenkningen.

Videre har ACER myndighet også etter forordning 2019/942 til å fatte vedtak om unntak fra tredjepartsadgang for nye mellomlandsforbindelser dersom de involverte nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet eller anmoder ACER om å fatte vedtak.⁵⁸

ACER har dessuten myndighet til å fatte vedtak om kostnadsfordeling for mellomlandsforbindelser etter infrastrukturforordning 347/2013 artikkel 12(6).⁵⁹ Hjemmelsgrunnlaget følger her direkte av infrastrukturforordningen som også gjaldt før vedtakelsen av fjerde energimarkedspakke. Såvidt jeg er kjent med er det ennå ikke tatt stilling til om infrastrukturforordningen er EØS-relevant, og den er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen.

Endelig har ACER flere funksjoner knyttet til REMIT-forordning 1227/2011 som gjelder

forbud mot innsidehandel og markedsmanipulasjon.⁶⁰ Også på dette punktet synes ACERs hjemmelsgrunnlag å følge direkte av REMIT-forordningen som gjaldt allerede før vedtakelsen av fjerde energimarkedspakke. REMIT er så langt heller ikke innlemmet i EØS-avtalen.

5.3 OMRÅDER HVOR ACERs MYNDIGHET UTVIDES

Etter den nye ACER-forordningen kan ACER kreve at en rekke aktører, inkludert de nasjonale reguleringsmyndighetene og TSOene, skal utlevere den informasjonen til ACER som er nødvendig for at byrået skal kunne utøve sine oppgaver etter forordningen.⁶¹ ACER hadde ikke tilsvarende myndighet etter den tidligere forordningen 713/2009. Ved innlemmelse i EØS-avtalen, vil det sannsynligvis bli vedtatt en tilpasning hvor ESA gis myndighet til å kreve informasjon av de nasjonale reguleringsmyndighetene, som igjen må innhente informasjon fra eventuelle nasjonale aktører.

En viktigere utvidelse av ACERs myndighet følger av ACER-forordning 2019/942 artikkel 6 nr. 10. Etter bestemmelsen har ACER myndighet til å fatte vedtak om «regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border system security» som krever felles beslutning av to eller flere nasjonale reguleringsmyndigheter i medhold av EU-energimarkedsløvgivningen. Det er et vilkår for at ACER skal ha myndighet til å fatte vedtak at de nasjonale reguleringsmyndighetene enten ikke har vært i stand til å komme til enighet innen en gitt tid, eller

56 Se ACER-forordning 2019/942 artikkel 6 nr. 1. Sml. ACER-forordning 713/2009 artikkel 7 nr. 1.

57 Se tilsvarende om bestemmelsen i ACER-forordning 713/2009 artikkel 7 nr. 1 i Hanna Bjørhus Askhaven, Energimarkedsbyrået ACER – Begrenset men betydelig (Marius nr. 521, 2019), s. 122-125.

58 ACER-forordning 2019/942 artikkel 10 og elforordning 2019/943 artikkel 63 nr. 5. Sml. ACER-forordning 713/2009 artikkel 9(1) og (2) og elforordning 714/2009 artikkel 17.

59 Se ACER-forordning 2019/942 art. 11(d).

60 ACER-forordning 2019/942 art. 12 og REMIT 1227/2011 art. 7-12 og 16(4).

61 ACER-forordning 2019/942, artikkel 3 nr. 2, 7 nr. 2 (b) og 8 (c).

at de fremmer en forespørsel til ACER om å fatte vedtak.⁶²

Den tilsvarende bestemmelsen i ACER-forordning 713/2009 artikkel 8 nr. 1 ga ACER tilsvarende myndighet til å fatte vedtak «For cross-border infrastructure».⁶³ Ordlyden i den nye forordningen 2019/942 er dermed utvidet slik at ACER ikke bare har myndighet til å fatte vedtak knyttet til mellomlandsforbindelser, men også om andre forhold som påvirker handel og systemsikkerhet over landegrensene. I utgangspunktet er dette en betydelig utvidelse av ACERs myndighet. Et viktig område i denne sammenhengen er myndigheten til å fastsette metoder og vilkår i medhold av retningslinjene vedtatt som kommisjonsforordninger. I den nye ACER-forordningen fremgår myndigheten til å vedta slike regler dels av artikkel 4 og 5, og dels artikkel 6 nr. 10.

Den tilsvarende regelen i ACER-forordning 713/2009 er langt enklere og etter sin ordlyd snevrere, ettersom utviklingen av metoder og vilkår til retningslinjene ikke var påtenkt da forordningen ble vedtatt. I praksis har likevel ACER som nevnt fattet en rekke avgjørelser om metoder og vilkår også etter denne forordningen.⁶⁴ Bestemmelsene i den nye ACER-forordningen fremstår derfor i noen utstrekning som en kodifisering av den forståelsen som allerede ble lagt til grunn etter de tidligere reglene. Om ACER-forordning 713/2009 ga tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for den tidligere praksisen på området, er imidlertid et mer åpent spørsmål.

Ettersom retningslinjene CACM, EB, SOGL og FCA heller ikke er innlemmet i EØS-avtalen så langt, vil jeg i denne betenkningen sammenligne ACERs myndighet til å godkjenne vilkår og metoder etter forordning 2019/942 med den myndigheten som uttrykkelig fremgår av forordning 713/2009, og som ble vurdert av Lovavdelingen.

En annen viktig endring i ACERs myndighet, gjelder adgangen til å godkjenne vilkår og metoder som etter CACM, EB, SOGL og FCA skal godkjennes av samtlige reguleringsmyndigheter i EU. Artikkel 5 nr. 2 i ACER-forordning 2019/942 synes her å legge opp til at ACER får den primære myndigheten til å godkjenne vilkår og metoder som etter EU-retningslinjene skal godkjennes av samtlige reguleringsmyndigheter i EU.⁶⁵ Det fremgår ikke helt klart av bestemmelsen om ACER skal godkjenne vilkårene og metodene i tillegg til at reguleringsmyndighetene skal godkjenne dem, eller om ACER får en primær vedtakskompetanse som erstatter kravet om enstemmig vedtak blant reguleringsmyndighetene. Slik jeg forstår bestemmelsen, er det mest nærliggende å legge det siste tolkningsalternativet til grunn. Dermed vil det være tilstrekkelig med tilslutning fra to tredjedeler av regulatormedlemmene i ACERs regulatorforum for å godkjenne metodene fremfor enstemmighet blant regulatorene. For vilkår og metoder som skal godkjennes av alle nasjonale reguleringsmyndigheter i en region, har ACER fremdeles en sekundær myndighet til å godkjenne dersom reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet eller på eget

62 De nærmere vilkårene for ACERs myndighet, og herunder hvor stor andel av reguleringsmyndighetene som må anmode om en avgjørelse i henhold til de forskjellige rettsaktene, er nærmere regulert i artikkel 6 nr. 10. Jeg går ikke nærmere inn på disse vilkårene her.

63 Se ovenfor i punkt 4.4.

64 Se ovenfor i punkt 4.4.

65 Bestemmelsen gjelder i hovedsak nettkoder og retningslinjer vedtatt før 4. juli 2019 med senere endringer, se artikkel 5 nr. 2 b). Se artikkel 6 nr. 10 b) for kravene om tilslutning fra 60 prosentprosent av reguleringsmyndighetene ved henvisning til ACER etter senere vedtatte nettkoder og retningslinjer.

initiativ ber ACER om å fatte en avgjørelse.⁶⁶ I sistnevnte tilfeller har imidlertid lederen av ACERs regulatorstyre på visse vilkår rett til å kreve at reguleringsmyndighetene i den aktuelle regionen henviser saken til ACER for avgjørelse.⁶⁷

Ettersom det skal utarbeides vilkår og metoder på en lang rekke områder, er myndigheten til å godkjenne reglene viktig. Etter ACER-forordning 713/2009 har altså ACER bare en sekundær myndighet til å godkjenne vilkår og metoder hvor samtlige reguleringsmyndigheter ikke kommer til enighet, eller henviser saken til ACER, mens den nye forordningen 2019/942 gir ACER primær vedtakskompetanse i slike tilfeller. Reelt sett kan en innvende at endringen ikke har så stor praktisk betydning, ettersom ACER uansett ville ha vedtakskompetanse også etter forordning 713/2009 dersom reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet. Ved en vurdering av ACERs formelle beslutningsmyndighet, er det likevel grunn til å skille mellom tilfeller hvor ACER har primær vedtakskompetanse og tilfeller hvor byrået bare har en avledet kompetanse. Slik sett kan en kanskje si at ACERs myndighet i den nye forordningen ikke lenger er avgrenset til kun å innebære en tvisteløsningsfunksjon, men nå også inneholder en viss regulatorfunksjon.

Etter samme mønster som ovenfor er ACER også gitt myndighet til å fastsette metode og forutsetninger for vurdering av prisområder og alternativt oppsett av prisområder der de nasjonale regulatoren ikke kommer

til enighet.⁶⁸ Formålet med denne metoden er å bidra til optimal inndeling av prisområder på EU-nivå for å unngå kapasitetsbegrensninger i nettet.

ACER kan også fatte bindende avgjørelser om godkjenning av TSOenes forslag til metodikk for bruk av flaskehalsinntekter.⁶⁹ Flaskehalsinntekter kan beskrives som ekstraintekter som nettselskaper genererer som følge av at det er begrenset overføringskapasitet mellom to elprisområder og at prisen for bruk av nettet øker. Elforordning 2019/943 artikkel 19 stiller overordnede krav til allokering av flaskehalsinntekter. Som hovedregel skal disse inntektene brukes til å sikre tilstrekkelig kapasitet på de overføringsforbindelsene hvor flaskehalsene kan oppstå.⁷⁰ Mer detaljerte regler for allokering av inntektene i overensstemmelse med hovedregelen fastsettes i den metodikken som skal foreslås av TSOene og godkjennes av ACER.⁷¹

Elforordning 2019/943 legger opp til etableringen av Regional coordination centres (ROCs) hvor TSOene fra hver elektrisitetsregion deltar som medlemmer.⁷² Disse sentrene skal supplere TSOene rolle ved å utføre oppgaver av regional betydning.⁷³ Ved utføring av sine oppgaver skal ROCsene opptre uavhengig av enkeltvis nasjonale interesser og TSO-interesser.⁷⁴ Sentrene skal ha en rekke oppgaver, som å gjennomføre koordinert kapasitetskalkulering i henhold til nærmere metoder vedtatt etter CACM-retningslinjen.⁷⁵ Etter ACER-forordningen og elforordningen har ACER myndighet til å

66 ACER-forordning 2019/942, artikkel 5 nr. 2-4.

67 ACER-forordning 2019/942, artikkel 5 nr. 3 siste avsnitt.

68 ACER-forordning 2019/942, artikkel 5 nr. 7 jf. elforordning 2019/943 artikkel 14 nr. 5.

69 ACER-forordning 2019/942, artikkel 4 nr. 4 og elforordning 2019/943 artikkel 19 nr. 4.

70 Elforordning 2019/943, artikkel 19 nr. 2.

71 Elforordning 2019/943, artikkel 19 nr. 4.

72 Elforordning 2019/943 artikkel 35.

73 Elforordning 2019/943 artikkel 35 nr. 5.

74 Elforordning 2019/943 artikkel 35 nr. 4.

75 Elforordning 2019/943 artikkel 37 nr. 1 (a) og videre i bestemmelsen.

godkjenne forslag til hvilke TSOer, budområder mv. som inngår i hver systemoperasjonsregion.⁷⁶ ACER har også myndighet til å godkjenne forslag til tildeling av nye rådgi-vende oppgaver for ROCene.⁷⁷

ACER har også myndighet til å godkjenne og eventuelt endre forslagene til metoder og beregninger knyttet til den europeiske vurderingen av ressurstilgjengelighet som skal gjennomføres av ENTSO-E.⁷⁸ Det samme gjelder forslagene til tekniske spesifikasjoner for grenseoverskridende deltakelse i kapasitetsmekanismer,⁷⁹ og metoder for å identifisere elektrisitetskrisescenarier på regionalt nivå og for vurdering av kortvarig og sesongbasert ressurstilgjengelighet.⁸⁰

5.4 OPPSUMMERING

Det viktigste området hvor ACER har fått utvidet myndighet etter forordning 2019/942 sammenlignet med myndigheten etter forordning 713/2009, gjelder kompetansen til å vedta eller godkjenne vilkår og metoder til retningslinjene CACM, EB, SOGL og FCA. I de tilfellene hvor vilkår og metoder skal vedtas av samtlige nasjonale reguleringsmyndigheter i EU etter retningslinjene, har ACER fått primær vedtakskompetanse etter forordning 2019/942. Dette innebærer at ACER har rett til å vedta slike metoder med to tredjedels flertall i byråets regulatorstyre fremfor at det stilles krav til enstemmighet blant samtlige reguleringsmyndigheter. I de tilfellene hvor vilkår og metoder skal vedtas regionalt av flere reguleringsmyndigheter, vil ACER ha kompetanse til å fatte vedtak hvor de aktuelle reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet eller henviser saken til ACER.

Sammenlignet med ordlyden og ACERs tiltenkte oppgaver i ACER-forordning

713/2009 er det tale om en nokså betydelig utvidelse av ACERs myndighet. I de fire retningslinjene CACM, EB, SOGL og FCA – som alle er vedtatt som kommisjonsforordninger i medhold av elforordning 714/2009 og som ennå ikke er innlemmet i EØS-avtalen – er ACER imidlertid langt på vei allerede tillagt den myndigheten som nå følger av ACER-forordning 2019/942. Som nevnt ovenfor i punkt 4.4., er det også i medhold av denne myndigheten ACER har avsagt klart flest vedtak i tiden før forordning 942/2019 ble vedtatt. Dersom en legger til grunn at ACER-forordning 713/2009 gir Kommisjonen tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag til å delegere slik myndighet til ACER ved kommisjonsforordning – som ikke er helt opplagt – kan en diskutere om utvidelsen av myndighet etter ACER-forordning 2019/942 er betydelig. Uansett er det på det rene at det i hvert fall er tale om en viss utvidelse av myndigheten sammenlignet med tredje energimarkedspakke. Ettersom EUs markedsmodell utvikler seg, blir det også stadig tydeligere at utformingen og vedtakelse av metoder og vilkår til retningslinjene sannsynligvis vil få stor betydning for regulering av kraftmarkedet. Endelig innebærer det noe nytt at ACER etter forordning 2019/942 har primær myndighet til å godkjenne vilkår og metoder som etter retningslinjene skal vedtas av samtlige reguleringsmyndigheter.

Ettersom retningslinjene CACM, EB, SOGL og FCA heller ikke er innlemmet i EØS-avtalen ennå, må en uansett se hen til den utvidelsen av ACERs myndighet som har funnet sted både etter ren energi-pakken og etter retningslinjene i sammenligningen med tredje energimarkedspakke. Ut ifra en slik vurdering har ACER fått utvidet myndighet til å fatte vedtak på områder

76 ACER-forordning 2019/942 artikkel 7 nr. 2 (a) og elforordning 2019/943 artikkel 36 nr. 3 og 4.

77 ACER-forordning 2019/942 artikkel 7 nr. 2 (a) og elforordning 2019/943 artikkel 37 nr. 2.

78 ACER-forordning 2019/942 artikkel 9 nr. 1 (a) og elforordning 2019/943 artikkel 23 nr. 3, 4, 6 og 7.

79 ACER-forordning 2019/942 artikkel 9 nr. 1 (b).

80 ACER-forordning 2019/942 artikkel 9 nr. 3.

som sannsynligvis vil få stor betydning for regulering av kraftmarkedet.

Derimot vil ACER heller ikke etter ren energi-pakken ha myndighet til å gripe inn i nasjonale myndigheters vurdering av om et planlagt kabelprosjekt skal innvilges konsesjon. Dette er i overensstemmelse med Meroni-doktrinen nevnt ovenfor, som ikke tillater at et EU-byrå får myndighet til å tildele eller overprøve tildeling av konsesjoner på grunnlag av en bred vurdering av om tiltaket er samfunnsmessig rasjonelt, slik norske konsesjonsmyndigheter har adgang til etter energiloven. Videre har EU begrenset kompetanse til å vedta lovgivning om

utnyttelsen av nasjonale energiresurser, jf. Traktat om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV) artikkel 194 nr. 2 annet avsnitt og 192 nr. 2 bokstav c). I tråd med disse utgangspunktene har ACER heller ikke myndighet til å overprøve grunnleggende nasjonale ressursforvaltningsbeslutninger, som spørsmål om en ressurs skal bygges ut og om hvorvidt et kraftproduksjonsanlegg skal gis konsesjon.

6 Grunnloven §§ 115 og 26

6.1 INNLEDNING

På grunnlag av det ovennevnte, er spørsmålet i dette kapittelet hvilke rammer Grunnloven oppstiller for norsk beslutning om innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen. Nærmere bestemt er problemstillingen om Stortingets tilslutning til slik innlemmelse kan skje ved alminnelig flertall etter Grl. § 26 eller om Stortinget må gi samtykke med tre fjerdedels flertall etter Grl. § 115.

Det følger av Grl. § 26 første ledd at myndigheten til å inngå traktater ligger til Kongen i statsråd. Traktater «av særlig stor viktighet» og traktater som nødvendiggjør ny lov eller stortingsbeslutning må ratifiseres av Stortinget for å bli bindende, jf. § 26 annet ledd.

Ren energi-pakken vil – i likhet med tredje energimarkedspakke – kreve lovendringer ved innlemmelse i EØS-avtalen og gjennomføring i norsk rett. Det er derfor på det rene at en eventuell regjeringsbeslutning om å innlemme fjerde energimarkedspakke i EØS-avtalen krever Stortingets ratifikasjon. Et slikt vedtak i Stortinget skjer ved alminnelig flertall etter Grl. § 26.

Norske myndigheter har foreløpig ikke tatt stilling til spørsmålet om innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen. Det er derfor så langt heller ikke utarbeidet forslag til ACER-modell for ren energi-pakken under EØS-avtalen. I prinsippet kunne man tenke seg at det ble utviklet en ny modell nå som avviker fra løsningen etter tredje energimarkedspakke. I praksis er det likevel nærliggende å anta at EØS-innlemmelsen av ren energi-pakken vil bygge på den samme modellen som tredje energimarkedspakke. I vurderingen i det følgende forutsetter jeg

at en innlemmelse av ren energi-pakken vil bygge videre på modellen fra tredje energimarkedspakke, hvor ESA fattet vedtak overfor nasjonale reguleringsmyndigheter på grunnlag av utkast til vedtak fra ACER.

ACER-modellen i tredje og fjerde energimarkedspakke innebærer enkelte elementer av myndighetsoverføring fra norske statsorganer til en internasjonal sammenslutning (formelt sett ESA for Norge etter EØS-avtalen). Som jeg kommer tilbake til nedenfor, følger det av konstitusjonell praksis at myndighetsoverføring som er «lite inngripende» kan skje ved traktatinngåelse etter Grl. § 26.

For mer inngripende former for myndighetsoverføring er spørsmålet om traktatinngåelse kan skje etter Grl. § 115. Bestemmelsen gir Stortinget adgang til ved tre fjerdedels flertall (hvor minst to tredjedeler av stortingsrepresentantene er tilstede) å «*samtykke i at en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til, på et saklig begrenset område skal ha rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter, dog ikke beføyelse til å forandre denne Grunnlov.*»

Det følger av Grl. § 115 annet ledd at bestemmelsen ikke gjelder ved deltakelse i internasjonale sammenslutninger hvor organets beslutninger bare har folkerettslig virkning for Norge.

Dermed oppstår to sentrale problemstillinger i det følgende. Det ene er om ESA i sin «ACER-rolle» etter fjerde energimarkedspakke kun vil fatte beslutninger som har folkerettslig virkning for Norge, eller om organet også vil fatte beslutninger med internrettslige virkninger, jf. Grl. § 11 annet

ledd. Det andre er om overføringen av myndighet fra norske statsorganer til ESA vil være mer enn «lite inngripende», jf. praksis etter Grl. § 26.

De ovennevnte vurderingene er vanskelige både fordi det finnes forskjellige syn på tolkningen av Grunnlovsbestemmelsene, og fordi fjerde energimarkedspakke er så omfattende og komplisert. Det ville føre for langt å behandle alle sider av grunnlovstolkningen så vel som innholdet i fjerde energimarkedspakke innenfor rammene av denne betenkningen. Ettersom spørsmålene om tolkning av Grunnloven allerede har vært gjenstand for utførlig analyse, konsentrerer jeg meg derfor om innholdet i fjerde energimarkedspakke. Denne tilnærmingen er nærmere forklart nedenfor i punkt 6.2. Deretter behandler jeg anvendelsen av Grl. § 115 i punkt 6.3 og Grl. § 26 i punkt 6.4.

6.2 NÆRMERE OM UTGANGSPUNKTET FOR VURDERINGEN

Anvendelsen av Grl. §§ 26 og 115, med hovedvekt på læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring, har vært gjenstand for omfattende diskusjoner i juridisk litteratur og offentlige utredninger mv., det finnes en rikholdig statspraksis på området, og Justisdepartementets lovavdeling har vurdert spørsmålene en rekke ganger på forskjellige samfunnsområder.⁸¹ Temaet er også grundig vurdert og diskutert i særskilt tilknytning til innlemmelse av tredje energimarkedspakke i norsk rett. I juridisk teori er det en viss uenighet om tolkningen av Grunnlovens rammer for myndighetsoverføring.⁸² Denne uenigheten kan naturligvis også få betydning for vurderingen av hvilke

konstitusjonelle rammer som anses å gjelde ved beslutninger om innlemmelse av tredje og fjerde energimarkedspakke.

Tredje energimarkedspakke er allerede innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett. Hovedformålet med denne betenkningen er å vurdere hvilke ytterligere elementer av myndighetsoverføring som følger av fjerde energimarkedspakke, og om en slik utvidelse stiller andre konstitusjonelle krav ved innlemmelse enn hva som var tilfellet for tredje pakke. Jeg legger derfor til grunn de samme tolkningene av Grunnloven som norske myndigheter la til grunn ved innlemmelsen av tredje energimarkedspakke uten å problematisere Grunnlovsvurderingene som sådan. Det innebærer at jeg i det følgende legger til grunn Lovavdelingens vurdering av Grunnlovens rammer ved innlemmelse av tredje energimarkedspakke.

Olje- og energidepartementet innhentet tre vurderinger fra Justisdepartementets Lovavdeling i forbindelse med innlemmelse i EØS-avtalen av ACER-forordning 713/2009.⁸³ I tillegg ble det innhentet en vurdering av ESAs kompetanse til å innhente informasjon og ilegge bøter i medhold av elforordning 714/2009, som jeg kommer tilbake til nedenfor i punkt 7.⁸⁴ Av Lovavdelingens vurderinger av ACER-forordning 713/2009, er den siste vurderingen av 27. februar 2018 svært grundig og av størst interesse for de konstitusjonelle spørsmålene som oppstår ved innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen. I det følgende vil jeg i stor utstrekning bygge på denne vurderingen. Lovavdelingens vurdering

81 Se blant annet Lovavdelingens brev 27. februar 2018 og Hans Petter Gravers betenkning avgitt til Nei til EU, 2018, *Grunnloven § 115 og ACER-saken*, særlig s. 14, for en oversikt over noen sentrale kilder.

82 Se Graver (2018), *Grunnloven § 115 og ACER-saken*, s. 14 for en oversikt over litteratur på området, og på s. 28-31 for en gjennomgang og vurdering av ulike syn, særlig med henvisning til arbeider av Eirik Holmøyvik og Tarjei Bekkedal.

83 Lovavdelingens brev 21. januar 2011 (snr. 2010/8085), 25. april 2016 (JDLOV-2016-2442-1) og 27. februar 2018.

84 Lovavdelingens brev til Olje- og energidepartementet 25. juni 2014, sak 14/1689.

inneholder omfattende henvisninger til statspraksis, litteratur, mv, og jeg gjentar ikke dem her.

Lovavdelingen har i vurderingen 27. februar 2018 valgt først å knytte vurderingen til Grl. § 115 og deretter Grl. § 26. Jeg følger samme opplegg i den videre fremstillingen.

6.3 GRUNNLOVEN § 115

Grunnloven § 115 lyder som følger:

«For å sikre den internasjonale fred og sikkerhet eller fremme internasjonal rettsorden og samarbeid kan Stortinget med tre fjerdedels flertall samtykke i at en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til, på et saklig begrenset område skal ha rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter, dog ikke beføyelse til å forandre denne Grunnlov. Når Stortinget skal gi sitt samtykke, bør, som ved behandling av grunnlovsforslag, minst to tredjedeler av dets medlemmer være til stede.

Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke ved deltagelse i en internasjonal sammenslutning hvis beslutninger bare har rent folkerettslig virkning for Norge.»

I vurderingen av om bestemmelsen kommer til anvendelse for Stortingets beslutning om å samtykke til innlemmelse av fjerde energimarkedspakke, forutsetter jeg altså at samme EØS-modell vil bli anvendt for fjerde som for tredje energimarkedspakke. Med andre ord en modell hvor ESA formelt fatter vedtak rettet mot nasjonale reguleringsmyndigheter i EFTA-statene i de tilfellene hvor ACER fatter vedtak i EU. Med en slik

modell er det på det rene at Norge er tilsluttet den aktuelle internasjonale sammenlutningen (ESA), jf. § 115 første ledd. Den eventuelle myndighetsoverføringen gjelder videre på et saklig begrenset område.

Et sentralt spørsmål er om de beslutningene ESA vil fatte etter fjerde energimarkedspakke bare har rent folkerettslig virkning for Norge, eller om de også kan ha internrettslig virkning for private rettssubjekter. Etter ordlyden i § 115 annet ledd kommer ikke bestemmelsen til anvendelse hvis beslutningene bare har folkerettslig virkning.

I vurderingen av 27. februar 2018 om ACER-forordning 713/2009 tar Lovavdelingen utgangspunkt i at ESA på nærmere vilkår gis myndighet til å treffe vedtak om hvordan RME skal utøve sin myndighet overfor private rettssubjekter, kombinert med at RME ikke kan instrueres av nasjonale myndigheter ved utføring av sine oppgaver som reguleringsmyndighet.⁸⁵ Det er på det rene at ordningen innebærer visse elementer av myndighetsoverføring.⁸⁶ Tilsvarende vil gjelde etter fjerde energimarkedspakke.

Etter Lovavdelingens syn er det «trolig dekkende å si at kjerneområdet for anvendelsen av Grunnloven § 115 er tilfeller der et internasjonalt organ gis myndighet til å skape rettigheter og plikter for statens borgere direkte (uten statens mellomkomst)».⁸⁷ Lovavdelingen legger imidlertid til grunn at det likevel ikke er grunnlag for generelt å unnta myndighetsoverføring som ikke har internrettslig virkning fra bestemmelsens anvendelsesområde.⁸⁸

Etter Lovavdelingens oppfatning er det ikke avgjørende at de folkerettslige

⁸⁵ Lovavdelingens brev 27. februar 2018, s. 1.

⁸⁶ Op.cit.

⁸⁷ Op.cit., s. 11.

⁸⁸ Op.cit.

forpliktelsene er rettet mot RME, og ikke statens øverste organer. At plikten for organet til å etterleve en folkerettslig forpliktelse har kommet til uttrykk i intern norsk rett er heller ikke avgjørende.⁸⁹ RMEs uavhengighet endrer ikke virkningene i intern rett av organets vedtak.⁹⁰ Lovavdelingen kommer derfor til at det foreligger et element av myndighetsoverføring, men at den gjelder overføring av myndighet til å treffe vedtak med folkerettslig myndighet som faller utenfor Grl. § 115, jf. bestemmelsens annet ledd.⁹¹

Som nærmere beskrevet ovenfor i punkt 4 og 5, vil den grunnleggende modellen for myndighetsoverføring være den samme etter tredje energimarkedspakke og ren energi-pakken. Forutsatt at man ikke velger en helt ny modell for forholdet mellom ACER, ESA og nasjonale myndigheter ved innlemmelse av ren energi-pakken, som er usannsynlig, vil utgangspunktene for Lovavdelingens vurdering gjelde tilsvarende for den nye pakken: ESA gis myndighet til å treffe «ACER-vedtak» rettet mot RME, som gjennomfører vedtakene internrettslig overfor private rettssubjekter, og RME kan ikke instrueres av nasjonale myndigheter ved utføring av disse oppgavene.

Det avgjørende spørsmålet for at Grl. § 115 skal komme til anvendelse er etter Lovavdelingens syn om myndighetsoverføringen gjelder adgang til å treffe vedtak med folkerettslig eller internrettslig myndighet. Forskjellen i ACERs myndighetsutøvelse – og ESAs myndighetsutøvelse under

EØS-avtalen – etter tredje og fjerde energimarkedspakke ligger i at myndigheten til å fatte vedtak er utvidet på enkelte området i fjerde energimarkedspakke. Modellen som sådan har ikke vært gjenstand for vesentlige endringer.

Den mest betydningsfulle endringen i modellen for myndighetsoverføring, knytter seg til at ACER etter ren energi-pakken uttrykkelig er gitt myndighet til å godkjenne eller vedta generelle vilkår og metoder på en rekke områder. I denne sammenheng er byrået også gitt en primærkompetanse til å vedta vilkår og metoder som etter EU-retningslinjene skal vedtas av samtlige reguleringsmyndigheter i EU.⁹²

ACER har allerede vedtatt vilkår og metoder på mange områder i medhold av ACER-forordning 713/2009 og retningslinjene vedtatt som kommisjonsforordninger etter elforordning 714/2009.⁹³ De aktuelle vilkårene og metodene retter seg direkte mot bestemte nasjonale rettssubjekter, i praksis særlig TSOer og kraftbørser. Etter EØS-avtalen vil løsningen da sannsynligvis være at ESA fattet vedtak om vilkår og metoder rettet mot RME, som så fattet tilsvarende internrettslig vedtak overfor for eksempel Statnett. Selv om vilkårene og metodene etter retningslinjene gjelder regulering av kraftmarkedet mer generelt, og ikke bare setter vilkår for en konkret mellomlandsforbindelse, vil altså prinsippet om at ESA treffer et vedtak overfor RME som så gjennomfører det internrettslig være det samme.⁹⁴ Etter mitt syn er det derfor

89 Op.cit., s. 12-14.

90 Op.cit., s. 14.

91 Op.cit., s. 15.

92 Se nærmere ovenfor i punkt 5.3 og 5.4.

93 Se punkt 4.4 ovenfor.

94 Et spørsmål som kan diskuteres, er om myndigheten til å vedta metoder og vilkår må anses som en myndighet til å vedta lovgivning som ligger utenfor ESAs kompetanse etter EØS-avtalen, se Graver, Grunnloven § 115 og ACER-saken (2018), s. 40

mest nærliggende å konkludere med at Grl. § 115 heller ikke kommer til anvendelse ved innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen, forutsatt at en legger til grunn Lovavdelingens tolkning av bestemmelsen, jf. unntaket i § 115 annet ledd.

Hans Petter Graver har i betenkning for Nei til EU vurdert om unntaket i Grl. § 115 annet ledd kom til anvendelse ved Stortingets samtykke til innlemmelse av tredje energimarkedspakke. Han er enig i Lovavdelingens tolkning av Grl. §§ 26 og 115 på flere punkter, men deler ikke synet på at ESAs «ACER-vedtak» etter tredje energimarkedspakke bare vil ha folkerettslig virkning.⁹⁵ Graver fremhever blant annet at problemet med modellen ikke først og fremst er RMEs uavhengighet fra norske myndigheter, men at organet samtidig er underlagt ESAs, og dermed i realiteten EU-organenes, instruksjonsmyndighet.⁹⁶ Videre argumenterer han for at ESA i disse tilfellene gis myndighet til å treffe vedtak av rettsendrende, og ikke rettshåndhevende, karakter, og at Norge er forpliktet til å gjennomføre artikkel 37 i eldirektiv 2009/72/EF, som blant annet krever at RME skal overholde og gjennomføre alle juridisk bindende beslutninger fra ESA.⁹⁷ Etter Gravers syn innebærer dette at kollisjonsregelen i EØS-loven § 2 kommer til anvendelse slik at nasjonale myndigheters plikt til å gjennomføre ESAs og Kommisjonsens vedtak går foran andre bestemmelser i norsk rett som regulerer samme forhold.⁹⁸ Han utleder av dette at ESAs myndighet ikke er av folkerettslig karakter, ettersom ESAs vedtak vil være bindende for RME også på internrettslig grunnlag, og at det

derfor kan synes som om Lovavdelingen forveksler spørsmålet om adressaten for en forpliktelse med spørsmålet om forpliktelssens karakter som folkerettslig eller internrettslig.⁹⁹ Graver skriver videre:

«Den avgjørende forskjellen mellom en beslutning som får internrettslig virkning, og en som bare skaper en folkerettslig forpliktelse er om det er skapt en kompetanse i den interne rett for det internasjonale organet til å treffe beslutninger, eller om den enkelte beslutning må gjennomføres ved en egen internrettslig inkorporasjon for å få internrettslig virkning. Slik energidirektivene skal gjennomføres vil en slik inkorporasjon ikke være nødvendig siden hjemmelen til å gi beslutninger er inkorporert med direktivet. Selv om beslutningen bare binder myndighetene er det således likevel bindende etter intern rett, og ikke bare som en folkerettslig forpliktelse. Det betyr blant annet at en privat part som er skadelidende ved at den nasjonale reguleringsmyndigheten ikke følger en instruksjon fra EFTAs overvåkningsorgan vil kunne reise sak for norske domstoler. Domstolene vil måtte legge instruksjonen fra EFTAs overvåkningsorgan til grunn, også der hvor den strider mot andre norske regler, i medhold av EØS-lovens § 2.»¹⁰⁰

Ved innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen vil ESAs myndighet til å fatte vedtak følge av ACER-forordning 2019/942, tilsvarende som myndigheten nå følger av ACER-forordning 713/2009, og denne forordningen vil etter all sannsynlighet bli gjennomført som sådan ved norsk forskrift

og straks nedenfor. Jeg går ikke nærmere inn på spørsmålet i denne betenkningen, og forutsetter at samme modell kan og vil bli brukt her som for de ACER-vedtakene ESA allerede har myndighet til å fatte etter ACER-forordning 713/2009 artikkel 8.

95 Graver, Grunnloven § 115 og ACER-saken (2018), s. 38-41.

96 Op.cit., s. 39.

97 Eldirektiv 2009/72/EF artikkel 37 nr. 1 bokstav d. Se tilsvarende i eldirektiv 2019/944 artikkel 51 nr. 1 bokstav g.

98 Graver, Grunnloven § 115 og ACER-saken (2018), s. 40.

99 Op.cit., s. 40-41.

100 Op.cit., s. 41.

ved nasjonal gjennomføring. RMEs forpliktelse til å gjennomføre ESAs vedtak i intern norsk rett vil formodentlig fortsatt følge av NEM § 2-4 annet ledd, hvor det følger at RME i utøvelsen av sine oppgaver skal sørge for at beslutninger truffet av ESA i henhold til ACER-forordningen blir gjennomført i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser.¹⁰¹ Bestemmelsen i NEM gjennomfører her Norges folkerettslige forpliktelse til å sørge for at RME gjennomfører ESAs juridisk bindende beslutninger.¹⁰² RMEs myndighet til å fatte enkeltvedtak rettet mot Statnett og kraftbørser som gjennomfører ESA-vedtakene følger av flere bestemmelser i energiloven.¹⁰³

Jeg er enig med Graver i at resultatet av denne reguleringsteknikken reelt sett vil være at de vedtak ESA fattet (som igjen bygger på ACERs vedtak) vil få internrettslige virkninger, ettersom RME er forpliktet til å gjennomføre ESA-vedtaket ved å fatte enkeltvedtak rettet mot nasjonale rettssubjekter.

For det tilfellet at RME ikke følger opp ESAs vedtak ved å fatte enkeltvedtak internrettslig, er jeg imidlertid ikke enig med Graver i at nasjonale domstoler må legge ESAs instruks til grunn, og at den vil ha forrang for andre norske regler i medhold av EØS-loven § 2. I et slikt tilfelle vil Norge ha brutt sine folkerettslige forpliktelser ved ikke å sørge for at RME gjennomfører ESAs vedtak internrettslig ved enkeltvedtak. Men ESA-vedtaket om for eksempel en metode

etter kommisjonsforordningen SOGL vil ikke være internrettslig bindende for Statnett før RME har fattet et enkeltvedtak i medhold av energiloven § 6-1 fjerde ledd. Det kan derfor heller ikke legges til grunn som gjennomført. EØS-loven § 2 vil da heller ikke gi forrang til metoden fremfor andre norske rettsregler. EØS-loven § 2 gir dessuten etter sin ordlyd bare forrang til EØS-forpliktelser som er gjennomført ved lov eller forskrift, og ikke forpliktelser som er gjennomført ved enkeltvedtak. Forarbeidene til loven gir heller ikke indikasjon på at bestemmelsen må forstås slik at den også skal omfatte enkeltvedtak.¹⁰⁴ Et ESA-vedtak vil altså ikke forplikte nasjonale rettssubjekter som Statnett uten at RME har fattet enkeltvedtak. Noe annet er at statens eventuelle manglende gjennomføring på visse vilkår kan medføre erstatningsansvar for staten.

Under forutsetning av at Grl. § 115 må tolkes slik at bestemmelsen legger avgjørende vekt på et formelt skille mellom folkerettslige og internrettslige forpliktelser snarere enn den reelle virkningen av forpliktelsene, slutter jeg meg derfor til Lovavdelingens vurdering. I så fall er det mest nærliggende å anta at Grl. § 115 heller ikke vil komme til anvendelse ved innlemmelse av ren energi-pakken. Konklusjonen er ikke opplagt, og spørsmålet bør utredes nærmere i forbindelse med innlemmelsen.

6.4 GRUNNLOVEN § 26

Grunnloven § 26 lyder:

101 Se punkt 4.2 ovenfor. NEM § 2-4 annet ledd må da justeres slik at den krever gjennomføring av beslutninger etter ACER-forordning 2019/942, og ikke 713/2009.

102 Eldirektiv 2009/72/EF artikkel 37 nr. 1 bokstav d og den tilsvarende bestemmelsen i eldirektiv 2019/944 artikkel 51 nr. 1 bokstav g.

103 Se de nærmest likelydende bestemmelsene i energiloven § 3-3 fjerde ledd, § 3-4 tredje ledd, § 3-4 a tredje ledd, § 4-2 fjerde ledd, § 4-5 tredje ledd, § 6-1 fjerde ledd, og tilsvarende forslag til lovendring vil bli fremmet i hvert fall for avregningsansvaret etter energiloven § 4-3.

104 Ot.prp.nr.79 (1991-1992). EØS-loven § 2 gjennomfører forpliktelsen i EØS-avtalen protokoll 35, hvor det fremgår at EFTA-statene skal innføre en lovregel om at «gjennomførte EØS-regler» skal gå foran andre lovregler ved mulig konflikt. Jeg går ikke her nærmere inn på spørsmålet om protokoll 35 må forstås slik at den også krever at EØS-regler gjennomført ved enkeltvedtak skal ha forrang, og om EØS-loven § 2 tolket i lys av presumsjonsprinsippet i så fall også må forstås slik at bestemmelsen gir forrang til enkeltvedtak, til tross for lovens ordlyd.

«Kongen har rett til å innkalle tropper, begynne krig til forsvar av landet og slutte fred, inngå og oppheve forbund, sende og motta sendemenn.»

Traktater om saker som er av særlig stor viktighet, og i alle tilfeller traktater hvis iverksettelse etter Grunnloven nødvendig-gjør en ny lov eller stortingsbeslutning, blir først bindende når Stortinget har gitt sitt samtykke dertil.»

Det er ikke gitt at gjennomføringen av ESAs ACER-myndighet etter ren energi-pakken vil kreve nye lovendringer, men innlemmelsen av EU-lovgivningen i EØS-avtalen vil nok under enhver omstendighet være å anse som en sak av «særlig stor viktighet» som krever Stortingets tilslutning.¹⁰⁵ Traktater «av særlig stor viktighet» og traktater som nødvendiggjør ny lov eller stortingsbeslutning må ratifiseres av Stortinget for å bli bindende, jf. § 26 annet ledd. Bestemmelsen begrenser ikke hva Kongen kan inngå traktat om, men traktatinngåelsen må respektere Grunnlovens øvrige bestemmelser.¹⁰⁶ I denne forbindelse diskuterer Lovavdelingen om kravene til RMEs uavhengighet, hvor Kongen ikke har adgang til å instruere RME ved utøvelsen av de EØS-rettslige forpliktelsene, er i strid med Grl. § 3 hvorefter Kongen er den utøvende makt. Etter Lovavdelingens syn er forbudet mot instruksjonsrett ikke i strid med Grl. § 3. Under tvil kommer imidlertid Lovavdelingen til at kombinasjonen av at ESA er gitt kompetanse til å treffe pålegg rettet mot RME

samtidig som Kongen ikke har adgang til å instruere RME om de samme spørsmålene innebærer et ytterligere element av myndighetsoverføring.¹⁰⁷ Elementet av myndighetsoverføring ligger her i begrensningene i Kongens instruksjonsmyndighet, jf. Grl. § 3. ESAs myndighet til å gi pålegg til RME blir derimot av Lovavdelingen ansett som en myndighet til å binde Norge folkerettslig, som riktignok også vil være et moment i vurderingen av myndighetsoverføring.

Skillet mellom folkerettslig og internrettslig virkning er ikke avgjørende for vurderingen etter Grl. § 26 på samme måte som for Grl. § 115, men om traktaten faller i den ene eller andre kategorien er et moment i vurderingen av om myndighetsoverføringen er tillatt.¹⁰⁸ Det gjelder vide rammer for staten til å overlate myndighet til et internasjonalt organ til å binde seg folkerettslig.¹⁰⁹ Lovavdelingen fremhever at det følger av sikker konstitusjonell praksis at myndighetsoverføring som er «lite inngripende» likevel kan skje ved inngåelse av traktat etter Grl. § 26.¹¹⁰

Vurderingen av hvilke traktater som kan aksepteres som «lite inngripende» må ta utgangspunkt i Grunnlovens enkelte kompetansebestemmelser.¹¹¹ Etter praksis, særlig fra Stortingets behandling av tidligere saker, fremhever Lovavdelingen at relevante momenter ved vurderingen av hva som er «lite inngripende» blant annet er

105 Se blant annet Justisdepartementets lovavdeling tolkningsuttalelse 12.02.2007 (saksnr. 200700764 EO KHR). Samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsakter som inngår i felles oppfyllelse med EU av utslippsmålet for 2030, Prop. 94 S (2018-2019) er et nylig eksempel på en sak som ble fremmet for Stortinget som en sak av særlig stor viktighet, men som ikke krevde lovendring.

106 Lovavdelingens brev 27. februar 2018, s. 17.

107 Op.cit., s. 16.

108 Op.cit., s. 21 med videre henvisninger.

109 Op.cit., s. 20.

110 Op.cit., s. 18-20 med en lang rekke videre henvisninger. Se også Graver, Grunnloven § 115 og ACER-saken (2018), s. 25-28, hvor han slutter seg til europautredningens syn om at læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring bygger på en konsistent og ganske omfattende parlamentarisk praksis.

111 Lovavdelingens brev 27. februar 2018, s. 19.

«den nærmere arten av myndigheten som overføres, omfanget av myndighetsoverføringen og i den forbindelse om overføringen gjelder et bestemt og avgrenset saksområde. Det har videre betydning om overføringen er basert på gjensidighet og likeverdig deltakelse. I praksis er det også lagt vekt på i hvilken grad norske myndigheter har mulighet til å avbøte uheldige virkninger av myndighetsoverføringen. Det må også legges vekt på arten av de samfunnsmessige og politiske interessene som berøres gjennom myndighetsoverføringen. I grensetilfeller kan Stortingets standpunkt i det enkelte tilfellet bli avgjørende for spørsmålet om Grunnloven § 26 kan brukes.»¹¹²

De fleste elementer i Lovavdelingens konkrete vurdering av tredje energimarkedspakke i lys av momentene ovenfor, vil gjelde tilsvarende for vurderingen av ren energi-pakken.¹¹³ Den største forskjellen mellom ACER (og ESAs) myndighet etter tredje og fjerde energimarkedspakke ligger som tidligere nevnt i myndigheten til å vedta vilkår og metoder etter retningslinjene i fjerde energimarkedspakke. Det innebærer at betydningen av ACER og ESAs myndighet vil være større i fjerde enn i tredje pakke, at ESAs vedtak i større utstrekning vil ha preg av markedsregulering enn det som var forutsatt i tredje pakke (selv om det formelt gjennomføres ved enkeltvedtak), og at det vil være mindre rom for supplerende nasjonal lovregulering av kraftmarkedet enn det Lovavdelingen har lagt til grunn for tredje pakke.

Lovavdelingen har lagt til grunn at ESAs myndighet til å gi pålegg til RME er av folkerettslig karakter, og konkluderer blant annet med at *«gitt de vide rammene praksis har tillatt for staten til å overlate kompetansen*

til å binde seg folkerettslig, må betydningen av ESAs kompetanse til å binde Norge folkerettslig gjennom sine pålegg rettet mot RME få begrenset vekt i den totalvurderingen som må skje. Vi kan ut fra dette ikke se at ESAs vedtakskompetanse får utslagsgivende betydning for vurderingen.»¹¹⁴ Dersom en legger dette synspunktet til grunn, skal det en del til for at en utvidet myndighet for ESA etter ren energi-pakken til å binde Norge folkerettslig kan få avgjørende betydning for vurderingen.

Etter mitt syn er det derfor mest nærliggende å legge til grunn at ESAs «ACER-myndighet» også etter ren energi-pakken vil ligge innenfor rammene av hva som er å anse som «lite inngripende» myndighetsoverføring, forutsatt at en legger Lovavdelingens tolkning av Grl. § 26 til grunn. Tatt i betraktning kompleksiteten og det voldsomme omfanget av ren energi-pakken, særlig sett i sammenheng med nettkoder, retningslinjer, vilkår og metoder vedtatt på EU-nivå, vil det under enhver omstendighet være behov for grundige vurderinger før lovgivningen kan besluttet innlemmet i EØS-avtalen. I denne sammenhengen er det nødvendig både å foreta en mer utførlig vurdering av den aktuelle EU-lovgivningen enn det som er mulig innenfor rammene av denne betenkningen, og en mer inngående vurdering av forholdet til Grunnloven. Denne betenkningen kan følgelig fungere som en foreløpig, men ingen endelig vurdering i så måte.

112 Lovavdelingens brev 27. februar 2018, s. 19.

113 Se nærmere Lovavdelingens brev 27. februar 2018, s. 23-25.

114 Lovavdelingens brev 27. februar 2018, s. 24-25.

7 Særlig om ESAs adgang til å kreve informasjon og gi bøter

I henhold til elforordning 743/2019 artikkel 65(1), kan Kommisjonen kreve at medlemsstatene og nasjonale reguleringsmyndigheter gir all informasjon som er nødvendig for å håndheve forordningen. Hvis den aktuelle medlemsstaten eller den nasjonale reguleringsmyndigheten ikke gir nødvendig informasjon innen en fastsatt frist, kan Kommisjonen kreve informasjonen direkte fra de aktuelle foretakene i medlemsstaten, jf. artikkel 65(2). Det følger videre av forordningen artikkel 66(2) at Kommisjonen kan gi bøter på opptil 1 prosent av selskapets årsomsetning dersom foretaket forsettlig eller uaktsomt gir feil, ufullstendig eller villedende informasjon eller ikke overholder en pålagt frist for å gi informasjon.¹¹⁵

Informasjonsplikten og bøtesanksjonen i elforordning 743/2019 art. 65 og 66 bygger på tilsvarende regler i elforordning 714/2009 art. 20 og 22, men likevel slik at informasjonsplikten etter forordning 714/2009 art. 20 nr. 1 bare omfatter den informasjonen som var nødvendig for å nå formålene som følger av den forordningens artikkel 13(4) og 18.

Ved innlemmelse av tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen ble ESA gitt myndighet til å anmode foretakene i EFTA-statene om informasjon etter elforordning 714/2009 artikkel 20(2) og 20(5), og å gi bøter til foretak i EFTA-statene etter artikkel 22(2).¹¹⁶

Informasjonsplikten og bøtekompetansen i elforordning 714/2009 bygger igjen på tilsvarende regulering i tidligere elforordning 1228/2003/EF. Sistnevnte forordning ble innlemmet i EØS-avtalen 2. desember 2005 og gjennomført i norsk rett. Etter elforordning 1228/2003 artikkel 10(1) og 10(2) kunne Kommisjonen kreve informasjon fra medlemsstatene og reguleringsmyndighetene, og dernest fra de involverte foretakene. Kommisjonens kompetanse til å gi selskapene bøter ved overtredelse av informasjonsplikten fulgte av forordningen artikkel 12(2). Reguleringen var parallell og nærmest likelydende med elforordning 714/2009 artikkel 20 og 22(2).

Justisdepartementets lovavdeling vurderer spørsmålet om myndighetsoverføring i forbindelse med Stortingets samtykke til innlemmelse av elforordning 1228/2003 i EØS-avtalen.¹¹⁷ Lovavdelingen tok her stilling til om myndighetsoverføringen etter forordningen artikkel 10 og 12(2) kunne anses som «lite inngripende» slik at Stortingets samtykke kunne skje etter Grl. § 26 annet ledd. Lovavdelingen konkluderte med at ESAs adgang til å kreve informasjon etter forordningens artikkel 10 var lite inngripende og at Stortinget kunne samtykke til denne mekanismen etter Grl. § 26 annet ledd. Når det gjaldt kompetansen til å gi bøter etter artikkel 12(2) var Lovavdelingen i større tvil. Lovavdelingen pekte på at det var tale om en ensidig myndighetsavståelse til ESA,

115 Henvisningsteknikken i elforordning 743/2019 art. 65 og 66 er retts teknisk uheldig. Artikkel 66 nr. 2 viser til art. 65 nr. 3 og 5. Artikkel 65 nr. 3 viser igjen til art. 65 nr. 1, som omhandler informasjonsplikten til medlemsstatene og nasjonale reguleringsmyndigheter. Foretakenes informasjonsplikt er behandlet i art. 65 nr. 2. Ettersom foretakenes informasjonsplikt er avledet av medlemsstatenes plikt må det likevel være på det rene at Kommisjonen kan gi bøter til foretakene ved deres mislighold av informasjonsplikten.

116 EØS-avtalen vedlegg 4, 13.12.2019, nr. 20 (c) og (d).

117 Lovavdelingens uttalelse 8. desember 2004, JDLOV-2004-5639.

og at Stortingets samtykke etter daværende Grl. § 93 (nå § 115) ble ansett nødvendig da EØS-avtalen ble inngått fordi ESA fikk myndighet til å ilegge bøter og tvangsmulkt i konkurransesaker. Videre ble det lagt vekt på at bøkene etter elforordning 1228/2003 art. 12(2) kunne komme opp i betydelige beløp (1 prosent av selskapets årsomsetning), men at det likevel var tale om lavere mulige bøter enn i konkurransesaker (opptil ti prosent av årsomsetningen).

Videre ble det lagt vekt på at elforordning 1228/2003 gjaldt en bestemt bransje, i motsetning til konkurransereglene som gjelder generelt. Det ble også pekt på at ordningen etter elforordningen kunne «delvis ses på som et tilbygg til det konkurranserettslige regelverket som allerede eksisterer innenfor EØS», og som Stortinget allerede hadde samtykket til. Det siste argumentet er etter mitt syn ikke så treffende, i hvert fall ikke slik EUs kraftmarkedslovgivning og elforordningene har utviklet seg. Allerede elforordning 1228/2003 gikk lenger enn å utgjøre en sektorregulering av konkurransereglene, og de nye elforordningene 714/2009 og 2019/943 har et formål og nedslagsfelt som går langt utover en utbygging av konkurransereglene.

Dernest pekte Lovavdelingen på at elforordning 1228/2003 innebar en videreføring av den energipolitikken som var satt i verk allerede før undertegning av EØS-avtalen, og som lå til grunn for Stortingets samtykke etter Grl. § 93 ved avtalens vedtakelse. Ettersom EUs energipolitikk og energilovgivning har utviklet seg voldsomt fra 2003, har heller ikke dette argumentet betydning i dag.

Endelig hadde det etter Lovavdelingens syn betydning at ESAs kompetanse til å kreve

informasjon fra selskapene og å ilegge dem bøter var subsidiær, ettersom norske myndigheter hadde mulighet til å unngå at ESA krevde informasjon fra foretakene ved selv å skaffe den nødvendige informasjonen, om nødvendig ved bruk av tvangsmidler. Dette argumentet har tilsvarende betydning ved vurdering av elforordningene 714/2009 og 2019/943. I begge disse forordningene skal informasjonen først anmodes utlevert fra medlemsstatene og nasjonale reguleringsmyndigheter.

Etter en samlet vurdering hvor det ble lagt vekt på sistnevnte moment, konkluderte Lovavdelingen under tvil med at myndighetsoverføringen etter elforordning 1228/2003 artikkel 12(2) lå innenfor det Stortinget kunne gi samtykke til etter Grl. § 26 annet ledd, og at samtykke etter daværende Grl. § 93 ikke var nødvendig. En samlet vurdering av informasjonsplikten i forordning artikkel 10 og bøkekompetansen i artikkel 12(2) kunne ikke lede til en annen konklusjon. I tråd med dette rådet, ble Stortingets samtykke til innlemmelse av elforordning 1228/2003 (og eldirektiv 2003/54/EF) gitt i medhold av Grl. § 26 annet ledd.

I forbindelse med innlemmelsen av tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen, ble Lovavdelingen på ny anmodet om å vurdere ESAs tilsvarende kompetanse til å innhente informasjon og ilegge bøter i medhold av elforordning 714/2009 artikkel 20 og 22(2).¹¹⁸ I denne vurderingen pekte Lovavdelingen på at reglene om opplysningsplikt i elforordning 714/2009 artikkel 20(1) og 20(2) har tilnærmet identisk utforming med reglene i elforordning 1228/2003 artikkel 10. Informasjonsplikten i elforordning 714/2009 knytter seg til utøvelse av oppgavene etter artikkel 13(4) og 18, som

¹¹⁸ Lovavdelingens brev til Olje- og energidepartementet 25. juni 2014, sak 14/1689.

gjelder tilsvarende områder som elforordning 1228/2003 artikkel 3(4) og 8.¹¹⁹

Lovavdelingen la til grunn at elforordning 714/2009 art. 13(4) hadde tilnærmet samme ordlyd som elforordning 1228/2003 art. 3(4) og (6), med unntak av art. 13(4) annet pkt. Den nye bestemmelsen i art. 13(4) annet pkt. har ikke betydning for rekkevidden av ESAs kompetanse til å kreve informasjon, og har derfor ikke selvstendig betydning for spørsmålet om myndighetsoverføring.¹²⁰ Lovavdelingen problematiserte heller ikke denne bestemmelsen ytterligere.

Dernest pekte Lovavdelingen på at artikkel 18 *«viderefører tidligere artikkel 8, og med unntak av et nytt tredje ledd er bestemmelsene innholdsmessig like»*. Den nye bestemmelsen i elforordning 714/2009 artikkel 18(3) er sitert av Lovavdelingen i en fotnote, hvor Lovavdelingen pekte på at *«Tilføyselsen i artikkel 18 nr. 3 innebærer at Kommisjonen også kan gi retningslinjer om visse forbud»*, men er ikke nærmere kommentert i brevet.

På ovennevnte bakgrunn konkluderte Lovavdelingen med at de underliggende opplysningspliktene ble gitt en *«svært begrenset utvidelse»* i elforordning 714/2009 art. 20 sammenlignet med pliktene i elforordning 1228/2003 art. 10. Lovavdelingens konklusjon var følgende at *«I lys av at den nye energiforordningen kun medfører en svært beskjeden utvidelse av bøteleggingskompetansen i forhold til saksforholdet som vi vurderte i 2004, legger vi til grunn at spørsmålet fortsatt må vurderes på samme måte. Vi mener derfor at bøteleggingskompetanse etter*

forordningen kan overføres til ESA med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd.»

Bestemmelsen i elforordning 714/2009 art. 18(3) har i praksis vist seg å være langt viktigere enn det Lovavdelingen la til grunn i vurderingen av 25. juni 2014. Forordningen gir Kommisjonen hjemmel til å vedta nettkoder i artikkel 6 og retningslinjer i artikkel 18. Da Forordningen ble vedtatt, var nok tanken at nettkodene i hovedsak skulle utarbeides og vedtas i henhold til prosessen i forordningen artikkel 6. Som nærmere beskrevet ovenfor i punkt 4, ble imidlertid resultatet at fire av i alt åtte nettkoder ble vedtatt som retningslinjer etter reglene i forordningen artikkel 18: EB, SOGL, CACM og FCA.

De fire retningslinjene som er vedtatt i EU i medhold av elforordning 714/2009 art. 18 er omfattende (til sammen er de på mer enn 250 sider), og regulerer en lang rekke forhold knyttet til driften av kraftnettet og kraftmarkedets funksjon. I praksis innebærer dette at informasjonsplikten etter elforordning art. 20 potensielt er svært omfattende. ESA kan i prinsippet kreve informasjon om de fleste spørsmål av betydning for kraftmarkedet av de fleste aktørene i markedet. I praksis har det dermed skjedd en betydelig utvidelse i pliktens omfang ved vedtakelsen av retningslinjene etter art. 18, sammenlignet med plikten etter elforordning 1228/2003. Kretsen av de forholdene som kan medføre bøtesanksjoner, og dermed ESAs kompetanse til å ilegge bøter, er dermed tilsvarende utvidet. Etter elforordning 743/2019 er dette enda tydeligere, ettersom forordningen lar informasjonsplikten gjelde all informasjon som

¹¹⁹ Lovavdelingen vurderte i dette brevet også enkelte nye opplysningsplikter i gassforordning 715/2009 og eldirektiv 2009/72/EF, men kom til at innhenting av opplysninger etter de aktuelle bestemmelsene ikke var ledsaget av bøtekompetanse for Kommisjonen/ESA. Myndighetsoverføringen etter disse bestemmelsene måtte derfor anses mindre inngripende.

¹²⁰ Bestemmelsen presiserer bare at Kommisjonens myndighet til å fastsette beløp for den såkalte inter-TSO beslutningsmekanismen skal skje etter komitologiordningen.

er nødvendig for å håndheve forordningen, og altså ikke begrenserplikten til håndheving av enkeltbestemmelser.

Det er altså ikke helt treffende at elforordning 714/2009 «*kun medfører en svært beskjeden utvidelse av bøteleggingskompetansen*» sammenlignet med reguleringen i elforordning 1228/2003, slik Lovavdelingen konkluderer med i brevet av 25. juni 2014. Når en sammenligner forordning 1228/2003 med den nye elforordningen 743/2019, blir forskjellen enda tydeligere.¹²¹ Spørsmålet er så om Lovavdelingens manglende vurdering har avgjørende betydning for spørsmålet om myndighetsoverføring etter Grunnloven §§ 26 annet ledd og 115.

Det siste argumentet i Lovavdelingens vurdering fra 2004, som også uttrykkelig ble fremhevet i konklusjonen den gang, står ved lag: ESAs rett til å kreve informasjon fra selskapene og ilegge bøter ved misligholdt informasjonsplikt er subsidiær til medlemsstatenes og de nasjonale reguleringsmyndighetenes muligheter til å innhente opplysninger. Så vidt jeg er kjent med, foreligger det ingen eksempler på at Kommisjonen eller ESA har krevd informasjon direkte fra foretakene etter bestemmelsene. Det taler isolert sett i retning av at det fremdeles er tale om lite inngripende myndighetsoverføring som Stortinget kan samtykke til etter Grunnloven § 26 annet ledd. Argumentet om at reguleringen gjelder en bestemt sektor – kraftsektoren – og ikke næringsvirksomhet i bredere forstand, står også ved lag og taler i samme retning. Momentene om at EUs energipolitikk var kjent allerede ved EØS-avtalens inngåelse og at reguleringen er en videreføring av konkurransereglene er, som nevnt ovenfor, ikke treffende

for dagens regulering, og er ikke relevante i vurderingen. Den ensidige myndighetsoverføringen og at det kan bli tale om nokså betydelige bøter, tilsier på samme måte som i 2004 at det er tale om myndighetsoverføring av en viss betydning.

Tatt i betraktning at Lovavdelingen uttrykte tvil om konklusjonen allerede i 2004, og at informasjonsplikten senere har blitt vesentlig utvidet, er det etter mitt syn ikke gitt at myndighetsoverføringen slik den er regulert i elforordning 743/2019 vil være å anse som «lite inngripende» etter Grl. § 26. Det er i hvert fall grunnlag for at Lovavdelingen foretar en ny vurdering av spørsmålet før Stortinget samtykker til innlemmelse av fjerde energimarkedspakke. Ettersom informasjonsplikten og bøtekompetansen ikke synes å ha hatt noen praktisk betydning verken på EU- eller EØS-plan, kunne en kanskje tenke seg en særskilt EØS-tilpasning i forordningen hvor ESA har mer begrenset myndighet enn Kommisjonen og som dermed medfører mindre grad av myndighetsoverføring.

121 Det er forståelig at Lovavdelingen ikke tok hensyn til artikkel 18(3)(d) i vurderingen fra 2014. Reglene i forordningen er detaljerte, og på dette tidspunktet var det ennå ikke vedtatt noen nettkoder. Antakelsen på dette tidspunktet var antakeligvis at de kodene som var under utvikling ville bli vedtatt etter nettkode-prosessen i artikkel 6, og ikke som retningslinjer etter artikkel 18.

8 Avsluttende betraktninger

Hovedspørsmålene i denne betenkningen er om ESA vil få utvidet myndighet til å fatte ACER-vedtak ved innlemmelse av EUs ren energi-lovgivningspakke i EØS-avtalen, og i så fall om utvidelsen av myndighet medfører at Stortingets samtykke til EØS-innlemmelse må skje ved tre fjerdedels flertall etter Grl. § 115, og ikke ved alminnelig flertall etter Grl. § 26. Vurderingen av disse spørsmålene er vanskelig av særlig to grunner.

For det første er ren energi-pakken svært omfattende og komplisert, særlig når en også tar i betraktning de nettkodene og retningslinjene som er vedtatt som kommisjonsforordninger i medhold av lovgivningen. Regelverket er fremdeles i sterk utvikling, særlig i forbindelse med utviklingen av vilkår og metoder i medhold av retningslinjene. Det er krevende å få full oversikt over ACERs – og dermed ESAs – myndighet etter summen av denne lovgivningen, og det er for tidlig å si sikkert hvilke tolkninger EU-organene og i siste instans EU-domstolen vil legge til grunn for forståelsen av myndighetshjemlene.

For det andre byr også Grunnlovens rammer for myndighetsoverføring til ESA på vanskelige tolkningsspørsmål. Med tanke på innlemmelse av ren energi-pakken i EØS-avtalen gjør det vurderingen særlig komplisert at Grl. § 115 – etter Lovavdelingens syn – er tuftet på nokså formelle betraktninger om skillet mellom folkerettslig og internrettslig myndighet, og at grensene for «lite inngripende» myndighetsoverføring etter Grl. § 26 bygger på brede skjønnsmessige avveininger. I møte med en stadig økende EU-kraftmarkedsregulering hvor ACER reelt sett åpenbart vil ha betydelig innflytelse, kan en stille spørsmål ved om vurderingen etter Grl. §§ 26 og 115 egentlig gir den beste innfallsvinkelen

til å diskutere de grunnleggende politiske spørsmålene om Norges forhold til og rolle i EUs energiunion.

Rettslig sett har jeg under tvil konkludert med at Stortingets tilslutning til innlemmelse av ACER/ESA-modellen for kraftmarkedet i ren energi-pakken kan skje ved alminnelig flertall etter prosedyren i Grl. § 26 annet ledd. I denne vurderingen har jeg lagt til grunn Lovavdelingens tolkning av Grunnloven. Ettersom Lovavdelingen bygger på en formell forståelse av skillet mellom adgangen til å binde Norge folkerettslig og internrettslig etter Grl. § 115, får ACERs reelle makt nokså begrenset plass i vurderingen. ACERs – og dermed ESAs – utvidede myndighet til å binde Norge folkerettslig etter ren energi-pakken sammenlignet med tredje energimarkedspakke får dermed også begrenset betydning for vurderingen av om det foreligger mer enn «lite inngripende» myndighetsoverføring etter Grl. § 26. Et tema som ikke fanges opp godt av denne vurderingen, er som påpekt av Graver den utviklingen av EUs forvaltningsmodell som skjer ved den stadige utvidelsen av byråmodellene, som er vanskelig å innpasse i EØS-modellen og som reelt sett medfører overføring av betydelig myndighet til EUs organer.¹²² Gitt de mange vanskelige tolkningsspørsmålene som oppstår vil det uansett være behov for mer grundige vurderinger både av ren energi-regelverket og av Grunnlovens rammer før lovgivningen kan besluttet innlemmet i EØS-avtalen.

I den norske ACER-debatten ved innlemmelsen av tredje energimarkedspakke var ACERs betydning for grunnleggende norsk ressursforvaltning et sentralt tema. Det ble blant annet reist spørsmål ved om energimarkedspakken ville få betydning for norsk offentlig eierskap til vannkraftressurser og

¹²² Graver, Grunnloven § 115 og ACER-saken (2018), s. 42-49.

norske myndigheters mulighet til å avgjøre med endelig virkning om nye utenlandskabler skulle få konsesjon. Det er på det rene at ACER – og dermed ESA – ikke har myndighet til å gripe inn i slike ressursforvaltningsspørsmål etter tredje energimarkedspakke. Det samme gjelder etter de tilsvarende reglene i ren energi-pakken.

Derimot er EUs regulering av funksjonene for overføring og omsetning av kraft – de sentrale kraftmarkedsfunksjonene – i ferd med å bli svært omfattende, og det er på disse områdene ACERs myndighet er ytterligere utvidet i ren energi-pakken. Kombinasjonen av utførlige materielle EU-regler for kraftmarkedet og en sentral tvisteløsnings- og samordningsfunksjon for ACER vil innebære at også norsk kraftmarkedsrett i stor utstrekning blir gjenstand for EU/EØS-regulering. I denne forvaltningsmodellen er det mulig at det også kan bli fattet ACER/ESA-vedtak i strid med norske interesser. Det er imidlertid viktig å understreke at denne forvaltningsmodellen i hovedsak knytter seg til markedet for overføring og omsetning av kraft, og ikke til de grunnleggende spørsmålene om utnyttning av nye ressurser og utbygging av nye anlegg.

Innlemmelse av utførlig EU-regulering og sentralisering av forvaltningsmodellen for kraftmarkedet er en nødvendig konsekvens av norsk tilslutning til EUs indre kraftmarked gjennom EØS-avtalen. Denne reguleringen er langt mer omfattende enn man opprinnelig så for seg ved undertegning av EØS-avtalen, men det er fremdeles tale om markedsregulering snarere enn regulering av grunnleggende norske ressursforvaltningsspørsmål. Et viktig politisk spørsmål er dermed – som ellers når det gjelder EØS-samarbeidet – om man er villig til å akseptere at tilgangen til EØS-markedet medfører felles EU/EØS-regulering, så lenge dette ikke legger avgjørende føringer for norsk ressursforvaltning.



Norsk klimastiftelse
NORGES GRØNNE TANKESMIE