

Professor Henrik Bjørnebye
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo
E-post: henrik.bjornebye@jus.uio.no

Oslo, 17. desember 2019

Energi Norge
v/Næringspolitisk rådgiver Anders Sivertsgård

JURIDISKE SPØRSMÅL VED GJENNOMFØRING AV EUS RETNINGSLINJER FOR KRAFTSEKTOREN I NORSK RETT

1 Sammenheng

I denne betenkningen for Energi Norge vurderer jeg enkelte juridiske spørsmål av betydning for gjennomføringen av EUs nettkoder og retningslinjer for kraftsektoren i norsk rett.

I medhold av elforordning nr. 714/2009, som er innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett, er det vedtatt åtte nettkoder og retningslinjer. Olje- og energidepartementet (OED) har sendt på høring forslag til gjennomføring i norsk rett av tre retningslinjer med høringsfrist 20. desember 2019: Kommisjonsforordningene 2017/2195 om balansering av kraftsystemet («EB»), 2016/1719 om langsiktig kapasitetstildeling («FCA») og 2017/1485 om drift av transmisjonsnett («SOGL»). I tillegg behandler jeg enkelte spørsmål knyttet til nettkoden 2016/631 om nettilknytning for produksjonsanlegg («RfG»), som foreløpig ikke er sendt på høring.

Både nettkoder og retningslinjer er vedtatt som Kommisjonsforordninger med direkte virkning i EU-retten. Ved innlemmelse i EØS-avtalen må begge kategorier lovgivning gjennomføres som sådan i EFTA-statene, jf EØS-avtalen artikkel 7 a). På samme måte som for gjennomføring av elforordningen, har OED lagt opp til inkorporering ved at det i forskrift til energiloven skal fremgå at retningslinjene «gjelder som forskrift» med de endringene som følger av EØS-tilpasningene. De inkorporerte retningslinjene er planlagt å gjelde side om side med øvrige forskrifter til energiloven.

Eventuell motstrid mellom de inkorporerte retningslinjene og andre bestemmelser i lov eller forskrift kan tenkes løst ved anvendelse av presumsjonsprinsippet eller forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2. Presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp som krever at man så langt det er mulig skal tolke eksisterende bestemmelser i energiloven med forskrifter i overensstemmelse med bestemmelsene i nettkoder og retningslinjer som er innlemmet i EØS-avtalen. Hvis det likevel er motstrid, vil nettkoder og retningslinjer som er inkorporert i norsk rett ved forskrift ha forrang for annen norsk forskrift, og i prinsippet også ha forrang for lovbestemmelser vedtatt etter gjennomføringsforskriften, jf EØS-loven § 2

annet pkt. Dersom nettkodene eller retningslinjene inkorporert i forskrift strider mot allerede eksisterende norske lovbestemmelser, gjelder derimot ikke forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2.

Retningslinjene åpner for fastsetting av nærmere metoder og vilkår som skal utarbeides av TSOer og NEMOer, og godkjennes av nasjonale reguleringsmyndigheter, og i siste instans ACER.

Metoder og retningslinjer som er vedtatt av nasjonale reguleringsmyndighetene før EØS-innlemmelsen, vil antakeligvis bli adressert i innlemmelsesprosessen og gjennomført av de nasjonale reguleringsmyndighetene i EFTA-statene, herunder RME. For fremtidige metoder og vilkår vil Statnett og RME kunne delta i utarbeidelsesprosessen sammen med TSOer og reguleringsmyndigheter i de aktuelle EU-landene. I de tilfellene hvor ACER fatter den endelige beslutningen om godkjenning av metoder og vilkår, må ESA fatte en tilsvarende beslutning under EØS-avtalen. ESAs beslutning vil for Norges del være rettet mot RME, som iverksetter beslutningen i nasjonal rett.

RMEs gjennomføring av metoder og vilkår ved enkeltvedtak rettet mot Statnett er kun bestemmende for Statnetts rettigheter og plikter. Det innebærer at Statnett må ha særlig hjemmelsgrunnlag for å kunne pålegge andre aktører å følge reglene, hvor det mest nærliggende grunnlaget er vedtakskompetansen etter systemansvarsforskriften.

Flere av retningslinjene og nettkodene som er planlagt innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett regulerer til dels de samme temaene som eksisterende norske forskrifter til energiloven. Et særlig spørsmål er om det er uoverensstemmelser mellom Statnetts ansvar som TSO etter systemansvarsforskriften og det grensesnittet som trekkes opp mellom TSO- og DSO-oppgaver i nettkodene og retningslinjene.

Selv om det ikke har vært mulig å vurdere retningslinjene i sin fulle bredde i denne betenkningen, viser en begrenset gjennomgang at forholdet mellom systemansvarsforskriften og nettkoder/retningslinjer er uoversiktlig. På noen punkter gir EU-forordningene enkeltaktører rettigheter som ikke er forutsatt i systemansvarsforskriften, og på andre punkter kan en spørre om det foreligger direkte motstrid.

Det vil være svært uheldig å ha to regelsett med mulig motstrid som virker side om side. Selv om motstriden kan tenkes løst ved anvendelse av presumsjonsprinsippet eller forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2, vil eventuelle uoverensstemmelser og uklarheter gjøre det vanskeligere for aktørene å forutberegne sin rettsstilling, og situasjonen kan være konfliktskapende. En uavklart regelsituasjon kan også utgjøre et brudd på EØS-retten.

For å sikre regelharmoni må en gjøre nødvendige tilpasninger i eksisterende norske forskrifter slik at de samsvarer med og er fullt ut tilpasset nettkodene og retningslinjene som skal inkorporeres i norsk rett. For å sikre slik regelharmoni er det etter mitt syn mye som taler for at det er nødvendig med en mer grunnleggende revisjon av eksisterende forskrifter til energiloven enn foreslått i høringsaken av 26. september 2019.

2 Innledning

Jeg har fått i oppdrag av Energi Norge å utrede enkelte juridiske spørsmål ved gjennomføring av EUs nettkoder og retningslinjer for kraftsektoren i norsk rett.

Det er vedtatt tilsammen åtte nettkoder og retningslinjer som Kommisjonsforordninger i medhold av elforordning (EF) nr. 714/2009. Elforordningen er innlemmet i EØS-avtalen som en del av tredje energimarkedspakke, og er inkorporert i norsk rett.¹ Nettkodene og retningslinjene er EØS-relevante, men de er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen.²

Den 26. september 2019 sendte Olje- og energidepartementet (OED) forslag til gjennomføring i norsk rett av tre retningslinjer på høring: Kommisjonsforordning (EU) 2017/2195 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av kraftsystemet («EB»), Kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 om fastsettelse av retningslinjer for langsiktig kapasitetstildeling («FCA») og Kommisjonsforordning (EU) 2017/1485 om fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnett for elektrisk kraft («SOGL»). Høringsfristen er 20. desember 2019.

Jeg har blitt bedt om å vurdere tre hovedproblemstillinger av betydning for gjennomføring av retningslinjene i norsk rett. For det første oppstår et generelt spørsmål om samordningen av eksisterende norske forskrifter på den ene siden og nettkoder og retningslinjer på den annen side. Mer konkret er spørsmålet hvilken formell status nettkodene og retningslinjene har, og hvilke regler som gjelder ved motstrid mellom dem og eksisterende norske forskrifter. Deretter oppstår et spørsmål om hvilken formell status de utfyllende metodene og vilkårene som skal vedtas i medhold av retningslinjene har, og hvilke krav som gjelder ved inkorporering av dem i norsk rett. Endelig oppstår konkrete spørsmål om reguleringen av grensesnittet mellom TSO- og DSO-oppgaver i retningslinjene og i norsk lov- og forskriftsverk, hvor Energi Norge har bedt meg vurdere nærmere bestemte bestemmelser.

I det følgende vil jeg først redegjøre for bakgrunnen for retningslinjene i punkt 3. Deretter vurderer jeg spørsmålet om gjennomføring av retningslinjene i punkt 4, og gjennomføring av metoder og vilkår i punkt 5. I punkt 6 diskuterer jeg grensesnittet mellom TSO- og DSO-oppgaver på grunnlag av de bestemmelsene Energi Norge ønsker vurdert.

3 Bakgrunn

EUs vedtakelse av nettkoder og retningslinjer er et resultat av en langvarig og omfattende prosess med etablering av EUs energiunion og et indre elektrisitetsmarked. I det følgende vil jeg for oversiktens skyld gi en kortfattet innføring.

¹ Forordningen gjelder som forskrift til energiloven med virkning fra 1. november 2019, jf forskrift 20. desember 2006 nr. 1536 om vilkår for tilgang til nett for utveksling av elektrisk kraft over landegrensene § 1.

² Se også Olje- og energidepartementets høringsbrev 26. september 2019, hvor departementet anser disse forordningene som EØS-relevante.

Lovgivningen for etablering av det indre elektrisitetsmarkedet har frem til og med vedtakelsen av tredje energimarkedspakke skjedd på grunnlag av den generelle bestemmelsen om etablering av det indre marked i nåværende artikkel 114 i Traktat om den Europeiske Unions virkemåte (TEUV, tidligere artikkel 95 i EF-traktaten). Det første eldirektivet 96/92/EF ble vedtatt i 1995, avløst av det andre eldirektivet 2003/54/EF og den første elforordningen nr. (EF) 1228/2003 i 2003, som igjen ble avløst av tredje energimarkedspakke i 2009. Tredje energimarkedspakke 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.³

EØS-komiteen besluttet den 5. mai 2017 å innlemme den tredje energimarkedspakken i EØS-avtalen.⁴ Etter en opphetet debatt både i Norge og på Island ble beslutningen ratifisert av det norske Stortinget 22. mars 2018 og Islandske Alþingi høsten 2019.⁵ Den tredje energimarkedspakke er dermed innlemmet i EØS-avtalen, og den ble gjennomført i norsk rett med virkning fra 1. november 2019.

På EU-plan har energi og klima stått høyt på agendaen også etter vedtakelsen av den tredje energimarkedspakken – særlig etter vedtakelsen av strategien for EUs energiunion i 2015. Det førte til EU-Kommisjonens forslag til den omfattende lovgivningspakken Clean Energy for All Europeans i 2016 (også omtalt som «ren energi-pakken», «vinterpakken» og «fjerde energimarkedspakke»)⁶ Denne lovgivningen ble vedtatt i EU i 2018 og 2019, og inneholder blant annet et nytt eldirektiv (EU) 2019/944, en ny elforordning (EU) 2019/943 og en ny ACER-forordning (EU) 2019/942. Denne lovgivningen erstatter eldirektivet, elforordningen og ACER-forordningen i tredje energimarkedspakke. Den nye lovgivningen inneholder en rekke nye materielle bestemmelser og nye regler for vedtakelse og endring av nettkoder og retningslinjer. Ved en senere innlemmelse i EØS-avtalen vil disse reglene få betydning for norsk kraftsektor og for videre utvikling av nettkoder og retningslinjer. Som avtalt med Energi Norge avgrensers jeg likevel mot en nærmere behandling av ren energi-pakken i denne betenkningen, ettersom prosessen med innlemmelse i EØS-avtalen ennå ikke har begynt og OEDs høring nå knytter seg til tredje energimarkedspakke.

Eldirektiv 2009/72/EF og elforordning 714/2009 inneholder de sentrale bestemmelsene for dagens EØS-regulering av kraftmarkedet, og må ses i sammenheng. Eldirektivet omfavner alle deler av sektoren fra kraftproduksjon til forbruk, og utgjør ryggraden i reguleringen. Elforordningen har i utgangspunktet et noe snevrere anvendelsesområde, og har som overordnet mål å fastsette rettferdige regler for grenseoverskridende handel med elektrisitet samt å fremme utviklingen av et funksjonelt og transparent engrosmarked for kraft med høy grad av forsyningssikkerhet.⁷

³ I tillegg ble det vedtatt et eget direktiv 2005/89/EF om elforsyningssikkerhet, men dette direktivet har i praksis hatt svært begrenset betydning og ble vedtatt opphevet ved vedtakelse av EUs «Ren energi»-lovgivningspakke.

⁴ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017.

⁵ Se Prop. 4 S (2017-2018) og Innst. 178 S (2017-2018) om Norges tilslutning, samt Prop. 5 L (2017-2018), Innst. 175 L (2017-2018) og Lovvedtak 44 (2017-2018) om vedtakelse av de nødvendige tilpasningene i energiloven.

⁶ Communication from the Commission COM(2016) 860 final, 30.11.2016.

⁷ Se forordningen artikkel 1.

En sentral funksjon med elforordning 714/2009 er at den styrker samarbeidet mellom EUs TSOer gjennom etablering av European Network for Transmission System Operators for Electricity (ENTSO-E) og at den gir hjemmelsgrunnlag for vedtakelse av omfattende nettkoder og retningslinjer som Kommisjonsforordninger. Det er per i dag vedtatt åtte Kommisjonsforordninger fordelt på fire nettkoder («nettreger» i den danske språkversjonen) og fire retningslinjer.⁸ I praksis blir ofte samtlige forordninger i fellesskap omtalt som nettkoder. De åtte kodene er som følger:

- Kommisjonsforordning (EU) 2016/631 om fastsettelse av nettreger om krav til nettilknytning for produksjonsanlegg
- Kommisjonsforordning (EU) 2016/1388 om fastsettelse av nettreger om nettilknytning av forbruks- og distribusjonssystemer
- Kommisjonsforordning (EU) 2016/1447 om fastsettelse av nettreger om tilslutning av transmisjonssystemer med høyspentlikestrøm og likestrømtilknyttede elproduksjonsanlegg
- Kommisjonsforordning (EU) 2017/1485 om fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnettet for elektrisk kraft (SOGL)
- Kommisjonsforordning 2017/2196 om fastsettelse av en nettreger for nødsituasjoner og systemgjenoppretting
- Kommisjonsforordning 2015/1222 om fastsettelse av retningslinjer for kapasitetstildeling og håndtering av kapasitetsbegrensninger (CACM)
- Kommisjonsforordning (EU) 2017/2195 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av kraftsystemet (EB)
- Kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 om fastsettelse av retningslinjer for langsiktig kapasitetstildeling (FCA)

De tre første kodene blir gjerne omtalt som tilknytningskoder, de to neste som driftskoder, og de tre siste som markeds-koder. Denne inndelingen er rent pedagogisk og har ikke i seg selv juridiske konsekvenser. Av de åtte kodene er altså foreløpig de tre retningslinjene EB, FCA og SOGL på høring for inkorporering i norsk rett. Rettsgrunnlaget for nettkodene og retningslinjene, og betydningen for inkorporering i norsk rett, er nærmere behandlet nedenfor i punkt 4.

Retningslinjene åpner dessuten for utarbeidelse og fastsetting av nærmere metoder og vilkår for å fremme harmoniseringen i EU. Disse metodene og vilkårene skal gjennomgående utarbeides av TSOer og NEMOer («nominated electricity market operator») og godkjennes av nasjonale regulatorer, det vil si Reguleringsmyndigheten for energi (RME) for Norges vedkommende. Enkelte metoder og vilkår er allerede fastsatt i EU-landene, mens andre er under utarbeidelse. Det oppstår dermed spørsmål om hvilken rettslig status disse metodene og vilkårene har i EU-retten, EØS-retten og nasjonal rett. Jeg kommer nærmere tilbake til disse spørsmålene nedenfor i punkt 5.

⁸ Se https://www.entsoe.eu/network_codes/ (sist besøkt 26. november 2019).

4 Gjennomføring av retningslinjer i norsk rett

4.1 Vedtakelse av nettkoder og retningslinjer i EU

For å ta stilling til hvilke rettslige føringer som gjelder ved gjennomføring av retningslinjene i norsk rett, og herunder om det er noen juridiske forskjeller på gjennomføring av nettkoder og retningslinjer, må en se hen til reglens hjemmelsgrunnlag og vedtakelsesprosess i elforordning 714/2009.

Forordningen hjemler vedtakelse av nettkoder i artikkel 6 og retningslinjer i artikkel 18. Nettkodene og retningslinjene har til felles at de bare kan «ændre ikke-væsentlige bestemmelser» i elforordningen «ved at supplere den».⁹ Begge regelkategorier blir vedtatt som Kommisjonsforordninger etter komitologiordningen.¹⁰ Det innebærer at både nettkoder og retningslinjer er rettslig bindende regler med direkte virkning på EU-nivå. Som jeg kommer tilbake til, må reglene ved innlemmelse i EØS-avtalen gjennomføres som sådan i norsk rett etter EØS-avtalen artikkel 7 a).¹¹

Selv om vedtatte nettreger og retningslinjer formelt sett har samme bindende virkning som Kommisjonsforordninger, er vedtakelses- og endringsprosessene forskjellige for de to kategoriene lovgivning.

Artikkel 6 i elforordning 714/2009 regulerer i detalj vedtakelsesprosessen for nettkodene, hvor ENTSO-E, ACER og EU-Kommisjonen har sentrale roller. Forordningen åpner for at det kan vedtas nettreger på en rekke områder, som nettsikkerhet, tredjepartsadgang, kapasitetshåndtering, balansering og reserver, harmoniserte transmisjonstariffstrukturer, mv.¹² Kort fortalt skal Kommisjonen etter høring utarbeide en årlig prioriteringsliste for hvilke temaer som skal tas med ved utvikling av nettreger.¹³ Deretter skal Kommisjonen anmode ACER om å utarbeide ikke-bindende overordnede retningslinjer for utvikling av prioriterte regler.¹⁴ Retningslinjene skal sendes på høring og Kommisjonen har adgang til å revidere dem.¹⁵ Deretter skal Kommisjonen anmode ENTSO-E om å utarbeide nettreger som er i tråd med de overordnede retningslinjene for fremleggelse til ACER.¹⁶ ACER kan sende utkastet på høring, og, når det er overbevist om at reglene er i overensstemmelse med overordnede retningslinjer, sende det til Kommisjonen med anbefaling om endelig

⁹ Elforordning 714/2009 artikkel 5(11) og 18(5).

¹⁰ TEUV artikkel 290 og 291 åpner for å delegere kompetanse til Kommisjonen for vedtakelse av henholdsvis delegerte rettsakter og gjennomføringsrettsakter. Ettersom dette skillet ble innført først ved Lisboa-traktaten, etter vedtakelsen av tredje energimarkedspakke, bygger ikke elforordning 714/2009 på denne systematikken. Den nye elforordningen (EU) 2019/943 bygger derimot på dette skillet.

¹¹ EFTA-domstolen og juridisk teori har lenge lagt til grunn at EØS-avtalen ikke krever at forordninger skal ha direkte virkning i nasjonal rett, og at det derfor er nødvendig med særskilt nasjonal gjennomføring. Tarjei Bekkedal har nylig tatt til orde for at man ikke kan utelukke at forordninger har direkte virkning også under EØS-avtalen, forutsatt at forordningen er innlemmet i avtalen, se Tarjei Bekkedal, Har forordninger direkte virkning under EØS-avtalen? Tfr nr. 3-4/2019, s. 342-378. Jeg går ikke nærmere inn på denne diskusjonen her.

¹² Artikkel 8(6) jf artikkel 6.

¹³ Artikkel 6(1).

¹⁴ Artikkel 6(2).

¹⁵ Artikkel 6(3)-(5).

¹⁶ Artikkel 6(6).

vedtakelse.¹⁷ Forordningen inneholder egne mekanismer for utarbeidelse av nettreger av ACER eller Kommisjonen dersom prosessen ikke lar seg gjennomføre som forutsatt.¹⁸

Artikkel 18 i elforordning 714/2009 regulerer vedtakelsesprosessen for retningslinjene. I henhold til denne bestemmelsen kan Kommisjonen vedta retningslinjer på en rekke områder. I slike retningslinjer kan Kommisjonen også fastsette nærmere bestemmelser på de områdene hvor det er adgang til å vedta nettkoder.¹⁹ Prosedyren for vedtakelse av slike retningslinjer er likevel langt mindre detaljert enn den tilsvarende prosessen for nettkoder. Foruten krav om at Kommisjonen skal sende forslaget på høring til ACER og ENTSO-E, gjelder det ikke slike uttrykkelige regler om ACER og ENTSO-Es rolle i lovgivningsarbeidet som kommer til uttrykk for nettkodene.

Når endelige utkast til nettkoder og retningslinjer foreligger, vedtar Kommisjonen begge typer lovgivning som Kommisjonsforordninger etter den såkalte regulatoriske prosedyren med kontroll, også omtalt som komitologiprosedyren.²⁰ Etter denne prosedyren kan Kommisjonen vedta forordningen etter at et særskilt nedsatt utvalg om grenseoverskridende elektrisitet, sammensatt av representanter fra EU-medlemsstatene, har avgitt en positiv uttalelse med kvalifisert flertall.²¹ Representanter fra EØS/EFTA-statene kan delta fullt ut i arbeidet til dette utvalget, men uten stemmerett.²² Europa-Parlamentet og Rådet kan komme med innsigelser til utkastet dersom man mener det går utover rammene for Kommisjonens kompetanse etter elforordning 714/2009.²³

I tråd med vedtakelsesprosessene er også reglene for endring av lovgivningen noe forskjellig for nettkoder og retningslinjer, hvor ACER har en rolle i å sende forslag til endringer i nettkodene på høring og foreslå endringer til Kommisjonen.²⁴ Denne prosedyren gjelder ikke tilsvarende for endring av retningslinjene, som i likhet med første gangs vedtakelse bare følger de alminnelige prosedyrene for komitologi.²⁵

4.2 Innlemmelse i EØS-avtalen og nasjonal gjennomføring

Formelt sett er det ingenting som skiller nettkodene og retningslinjenes gjennomslagskraft i nasjonal rett. Begge kategorier lovgivning er vedtatt som Kommisjonsforordninger med direkte virkning i EU-retten. Ved innlemmelse i EØS-avtalen må de gjennomføres som sådan i EFTA-statene, jf EØS-avtalen artikkel 7 a). Det innebærer at de må inkorporeres som vedtatt i EU med de særlige tilpasningene som er fastsatt av EØS-komiteen ved beslutningen om innlemmelse i EØS-avtalen.

¹⁷ Artikkel 6(7)-(9).

¹⁸ Artikkel 6(10)-(11).

¹⁹ Se artikkel 18(3)d).

²⁰ Se artikkel 23 i elforordning 714/2009 og forordning (EU) nr. 182/2011, som avløser tidligere Rådsbeslutning 1999/468/EF.

²¹ Forordning (EU) nr. 182/2011, artikkel 5.

²² Se Prop. 4 S (2017-2018) s. 22.

²³ Forordning (EU) nr. 182/2011, artikkel 11.

²⁴ Artikkel 7.

²⁵ Artikkel 18(5).

I høringsdokumentene av 26. september 2019 har OED lagt opp til at de tre retningslinjene skal inkorporeres i norsk rett ved endring av forskrift 20. desember 2006 nr. 1536, som i dag inkorporerer elforordning 714/2009.²⁶ I tråd med eksisterende valg av modell for inkorporering av elforordningen, er det foreslått en ny § 1 a i forskriften hvor det fremgår at retningslinjene «gjelder som forskrift» med de endringene som følger av særskilte tilpasninger ved innlemmelsen i EØS-avtalen. I forslag til ny § 2 a er det videre presisert at begrepet «Reguleringsmyndigheten» i retningslinjene skal forstås som Reguleringsmyndigheten for energi (RME). Endelig er det foreslått inntatt i forskriften § 3 at enhver plikter på anmodning å gi RME opplysninger som nevnt i retningslinjene, sml. eksisterende bestemmelse hvor enhver plikter å gi opplysninger til RME som nevnt i elforordning 714/2009.

Retningslinjene som skal inkorporeres i norsk rett regulerer til dels de samme spørsmålene som allerede er regulert i eksisterende forskrifter til energiloven. På enkelte områder er det allerede vedtatt forskriftsendringer av hensyn til inkorporering av nettkoder og retningslinjer, se for eksempel systemansvarsforskriften § 28a om retningslinjer.²⁷ I nåværende høring legger OED derimot ikke opp til ytterligere endringer i eksisterende forskrifter. Det skyldes dels at enkelte av de harmoniserte prinsippene i EU-lovgivningen først vil tre i kraft på et senere tidspunkt, og at det er for tidlig å gjøre forskriftsendringer allerede nå, og dels at man ikke kan se at forskriftsendringer er nødvendige. Det er likevel på det rene at retningslinjene og eksisterende forskrifter rent tematisk vil overlape på en del punkter. Eksempelvis berører både EB og SOGL forhold av betydning for systemansvarsforskriften, og EB også forhold av betydning for forskrift om kraftomsetning og netjtjenester.²⁸

4.3 *Motstrid og forrang*

Reguleringsteknisk har OED lagt opp til at reglene i retningslinjene som inkorporert ved forskrift skal gjelde side om side med forskrifter til energiloven. Ettersom retningslinjene er omfattende, kan en ikke utelukke at det vil bli avdekket motstrid mellom retningslinjene og øvrige norske forskrifter, som systemansvarsforskriften eller forskrift om kraftomsetning og netjtjenester. Unnlattelse av å endre eksisterende forskrifter for å fjerne motstrid og uoverensstemmelser med retningslinjene kan være i strid med lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 3, og dermed EØS-stridig.²⁹ Jeg kommer tilbake til dette temaet nedenfor i punkt 6. Internrettslig oppstår videre et spørsmål om hvilke regler som har forrang ved regelkonflikt. Dette spørsmålet kan dels bero på tolkning med utgangspunkt i presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform fortolkning, og dels på anvendelse av fortrinnsregelen i EØS-loven § 2.

²⁶ Inkorporeringen av elforordning 714/2009 i forskriften ble vedtatt ved forskriftsendring 24. oktober 2019 med virkning fra 1. november 2019, og altså etter at retningslinjene ble sendt på høring. Forslaget til forskriftsendringer i høringsdokumentene er derfor retts teknisk ikke helt oppdatert i tråd med denne siste forskriftsendringen, men det innebærer ikke noen realitetsforskjell for valg av inkorporeringsløsning.

²⁷ Forskrift 7. mai 2002 nr. 448 som endret ved forskrifter 29. mai 2018 nr. 806 og 24. oktober 2019 nr. 1416.

²⁸ Forskrift 11. mars 1999 nr. 301.

²⁹ Se også Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett* (3. utgave, Fagbokforlaget, 2018), s. 365, som påpeker at rettsikkerhetsprinsippet også tilsier at motstridende nasjonale lovregler må oppheves som ledd i gjennomføringen.

Presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp som innebærer at norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser, herunder EØS-retten, jf Rt. 2000 s. 1811. Prinsippet innebærer at norske domstoler «må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat.»³⁰ Spørsmålet må avgjøres konkret, hvor den norske rettsregelen vil yte mindre motstand hvor det er tale om en EØS-rettslig regel som gir beskyttelse mot inngrep fra det offentlige enn hvor regelen griper inn i private rettsforhold, jf Rt. 2000 s, 1811. Dersom lovgiver klart har gitt uttrykk for at den norske lovregelen er ment å stå i motstrid med EØS-retten er det et tungtveiende argument i retning av å ta den norske bestemmelsen på ordet.³¹

EFTA-domstolen har dessuten fastslått at det gjelder en plikt til EØS-konform fortolkning av nasjonal rett under EØS-avtalen.³² Dette tolkningsprinsippet har klare likhetstrekk med EU-rettens prinsipp om direktivkonform fortolkning, og innebærer at nasjonale domstoler så langt det er mulig må tolke nasjonal rett i overensstemmelse med EØS-retten.³³ Selv om man ikke kan fastslå på generelt grunnlag at presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform fortolkning alltid vil lede til samme resultat, vil nok sistnevnte prinsipp i praksis ha liten betydning ved siden av presumsjonsprinsippet.³⁴

Anvendt på tilfeller hvor det er motstrid mellom bestemmelsene i eksisterende norske forskrifter til energiloven og nettkoder eller retningslinjer innlemmet i EØS-avtalen, blir altså spørsmålet om det er mulig å tolke de eksisterende norske bestemmelsene slik at de er i samsvar med nettkodene og retningslinjene. For å unngå strid med de EØS-rettslige forpliktelsene kan det for eksempel være aktuelt å tolke ordlyden i de norske bestemmelsene utvidende eller innskrenkende. Det skal mindre til for å tolke den norske regelen i overensstemmelse med den relevante EØS-nettkoden eller retningslinjen hvor sistnevnte EØS-regler kun gir private aktører rettigheter overfor det offentlige, enn der reglene gir enkelte aktører rettigheter som forplikter andre private rettssubjekter. I hvert fall i sistnevnte tilfeller går det nok en grense ved de tilfellene hvor resultatet blir at den norske regelen helt bortfortolkes.

I de tilfellene hvor det foreligger motstrid mellom bestemmelsene selv etter en tolkning i lys av presumsjonsprinsippet, oppstår et spørsmål om hvilken bestemmelse som skal ha forrang. Dersom nettkoden eller retningslinjen er gjennomført i norsk rett, gjelder kollisjonsregelen i EØS-loven § 2. Etter § 2 annet pkt. går nettreger og retningslinjer fastsatt ved forskrift foran annen forskrift, eller annen lov som er vedtatt i tid etter gjennomføringsforskriften. Det innebærer for det første at forskriften som gjennomfører nettkoden eller retningslinjene vil gå foran andre motstridende bestemmelser i forskriftene til energiloven, eksempelvis bestemmelser i systemansvarsforskriften. Dette gjelder

³⁰ St.prp.nr. 100 (1991-1992) s. 319, som sitert av Høyesterett i Rt. 2000 s. 1811 på s. 1830.

³¹ Se blant annet Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett* (3. utgave, Fagbokforlaget, 2018) s. 387-390 og Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett* (3. utgave, Universitetsforlaget, 2011) s. 265-267 for en nærmere gjennomgang av presumsjonsprinsippet.

³² Se sak E-4/01, *Karlsson* og sak E-1/07, *Straffesak mot A*.

³³ Se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett* (3. utgave, Fagbokforlaget, 2018) s. 383-387 og Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett* (3. utgave, Universitetsforlaget, 2011) s. 207-208.

³⁴ Se tilsvarende Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett* (3. utgave, Fagbokforlaget, 2018) s. 385.

uavhengig av om den nasjonale forskriftsbestemmelsen ble vedtatt før eller etter inkorporering av nettkoden/retningslinjen. Dernest vil gjennomføringsforskriften i prinsippet også gå foran lovbestemmelser som i tid blir vedtatt etter forskriften.³⁵ Derimot gir EØS-loven § 2 ikke forrang til gjennomføringsforskriften overfor tidligere vedtatte lovbestemmelser. Dersom gjennomførte regler i nettkodene og retningslinjene for eksempel er i strid med allerede gjeldende bestemmelser i energiloven, vil altså nettkodene og retningslinjene ikke ha forrang ved motstrid etter § 2. Det skyldes at det er et anliggende for Stortinget som lovgiver å sørge for at norsk lov er i overensstemmelse med våre EØS-rettslige forpliktelser, og at man ikke har ønsket å delegere til forvaltningen å rydde opp i en slik situasjon gjennom forskriftsregulering.

Oppsummert er altså situasjonen at man så langt det er mulig vil søke å tolke eksisterende bestemmelser i energiloven med forskrifter slik at de er i samsvar med bestemmelser i nettkodene og retningslinjene som er innlemmet i EØS-avtalen, jf presumsjonsprinsippet. Hvis det likevel er motstrid, vil de nettkodene og retningslinjene som er inkorporert i norsk rett ved forskrift ha forrang for annen norsk forskrift, og i prinsippet også ha forrang for lovbestemmelser vedtatt etter gjennomføringsforskriften, jf EØS-loven § 2 annet pkt. Dersom nettkodene eller retningslinjene inkorporert i forskrift strider mot allerede eksisterende norske lovbestemmelser, gjelder derimot ikke forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2.

5 Gjennomføring av metoder og vilkår i norsk rett

5.1 Innledning

En viktig forskjell på nettkodene og retningslinjene er at retningslinjene, i motsetning til nettkodene, åpner for fastsetting av nærmere metoder og vilkår i medhold av Kommisjonsforordningene. Disse metodene og vilkårene har til formål å fremme harmoniseringen av retningslinjene i EU. De skal gjennomgående utarbeides av TSOer og NEMOer («nominated electricity market operator») og godkjennes av nasjonale regulatorer, det vil si RME for Norges vedkommende.

Spørsmålet i det følgende er hvilke krav som gjelder for gjennomføring av metoder og vilkår i norsk rett. I vurderingen av dette spørsmålet må en først ta stilling til hvilken rettslig status metodene og vilkårene har i EU-retten og hvordan de innlemmes i EØS-avtalen.

5.2 Vedtakelse av metoder og vilkår i EU

Mekanismen med utarbeidelse av ytterligere metoder og vilkår var nok ikke påtenkt da elforordning 714/2009 ble vedtatt, og forordningen som sådan omtaler ikke utarbeidelsen av slike utfyllende regler til retningslinjene. Rettsgrunnlaget for utarbeidelse av metoder og vilkår følger dermed direkte av de enkelte retningslinjene.

³⁵ Ettersom EØS-loven ikke begrenser Stortingets fremtidige lovgivende kompetanse, må man i sistnevnte tilfelle likevel ta enkelte forbehold, for eksempel hvis Stortinget uttrykkelig har ment å fravike våre EØS-rettslige forpliktelser.

De tre retningslinjene som nå er til vurdering for gjennomføring i norsk rett legger alle opp til at vilkår og metoder skal utarbeides av TSOene og godkjennes av de nasjonale uavhengige regulatorene. I SOGL artikkel 5 nr. 1 er det for eksempel fastsatt at

«TSO-er skal utarbeide de vilkårene eller metodene som kreves i henhold til denne forordning, og legge dem fram for relevante reguleringsmyndigheter for godkjenning i samsvar med artikkel 6 nr. 2 og 3 eller for den enheten som medlemsstaten har utpekt i samsvar med artikkel 6 nr. 4, innen de fristene som er fastsatt i denne forordning.»³⁶

Dersom forslaget til metode eller vilkår må utarbeides og godkjennes av flere TSOer i henhold til forordningen, skal de aktuelle TSOene samarbeide tett om arbeidet, og, med bistand fra ENTSO-E, regelmessig informere nasjonale reguleringsmyndigheter og ACER om fremdriften.³⁷ Dersom TSOene ikke kommer til enighet om forslag til metoder og vilkår, skal de treffe beslutning ved kvalifisert flertall etter nærmere regler.³⁸ I de tilfellene hvor TSOene treffer beslutninger for regioner som består av fem eller færre medlemsstater, skal imidlertid beslutningene treffes ved enstemmighet.³⁹ Dette kravet til enstemmighet er av betydning for fastsetting av metoder og vilkår som kun gjelder det nordiske markedet, og dermed færre enn fem stater, med mindre andre tilknyttede markeder som Baltikum og Tyskland også er omfattet. Hvis TSOene ikke er i stand til å komme til enighet, skal de legge frem relevante utkast for nasjonale reguleringsmyndigheter og ACER, som igjen skal underrette Kommissjonen som skal treffe «hensiktsmessige tiltak» for å sørge for vedtakelse.⁴⁰

De nasjonale uavhengige reguleringsmyndighetene skal godkjenne metodene og vilkårene som er utarbeidet av TSOene.⁴¹ Enkelte metoder og retningslinjer gjelder samtlige medlemsland, og skal følgelig utarbeides av alle TSOer og godkjennes av alle nasjonale uavhengige reguleringsmyndigheter.⁴² Andre regler berører bare enkelte regioner, som den nordiske, og skal utarbeides av TSOene i den aktuelle regionen og godkjennes av reguleringsmyndighetene i samme region.⁴³ Endelig er det enkelte metoder og vilkår som skal utarbeides av hver enkelt TSO og godkjennes av hver for seg av hver enkelt reguleringsmyndighet. For slike regler fastsetter SOGL at hver enkelt medlemsstat kan avgjøre at en annen enhet enn den uavhengige reguleringsmyndigheten skal godkjenne TSOens forslag til metoder og vilkår, men tilsvarende adgang følger tilsynelatende ikke av EB eller FCA.⁴⁴

³⁶ SOGL artikkel 5 nr. 1, uoffisiell norsk oversettelse vedlagt OEDs høringsdokumenter 26. september 2019. Tilsvarende bestemmelser er med noen mindre variasjoner inntatt i EB artikkel 4 nr. 1 og FCA artikkel 4 nr. 1 første setning.

³⁷ SOGL artikkel 5 nr. 2. Se tilsvarende i EB artikkel 4 nr. 2 og FCA artikkel 4 nr. 1 annen setning.

³⁸ SOGL artikkel 5 nr. 3-6. Se tilsvarende i EB artikkel 5 nr. 3-5 og FCA artikkel 4 nr. 2-3.

³⁹ SOGL artikkel 5 nr. 7. Se tilsvarende i EB artikkel 4 nr. 5 og FCA artikkel 4 nr. 3 fjerde avsnitt.

⁴⁰ SOGL artikkel 5 nr. 9. Se tilsvarende i EB artikkel 4 nr. 7 og FCA artikkel 4 nr. 4.

⁴¹ SOGL artikkel 6 nr. 1. Se tilsvarende i EB artikkel 5 nr. 1 og FCA artikkel 4 nr. 5.

⁴² SOGL artikkel 6 nr. 2. Se tilsvarende i EB artikkel 5 nr. 2 og FCA artikkel 4 nr. 6.

⁴³ SOGL artikkel 6 nr. 3. Se tilsvarende i EB artikkel 5 nr. 3 og FCA artikkel 4 nr. 7.

⁴⁴ SOGL artikkel 6 nr. 4. EB artikkel 5 nr. 4 legger opp til at det er reguleringsmyndigheten som skal vedta slike metoder og retningslinjer, og FCA synes ikke å legge opp til særskilt regulering av tilfellene hvor metoder og vilkår bare skal godkjennes av en reguleringsmyndighet.

Retningslinjene legger videre opp til et nært samarbeid mellom de nasjonale reguleringsmyndighetene ved godkjenning av metoder og retningslinjer, samt fremleggelse for ACER med eventuell anmodning om uttalelse som reguleringsmyndighetene skal hensynte.⁴⁵ Endring av metoder og vilkår følger i det vesentligste de samme prosedyrene som opprinnelig vedtakelse.⁴⁶

Et sentralt poeng er dessuten at ACER har kompetanse til å treffe beslutning om vilkårene og metodene i medhold av ACER-forordningen artikkel 8 nr. 1 dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet innen angitte tidsfrister eller dersom de i fellesskap ber ACER om å fatte en avgjørelse.⁴⁷ Dette synes å innebære at ACER er kompetent til å vedta metoder og vilkår dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet.⁴⁸ Ettersom et vedtak i ACER krever 2/3 flertall i byråets regulatorforum, er en viktig konsekvens at beslutninger som ellers hadde krevd enstemmighet mellom reguleringsmyndighetene bare krever kvalifisert flertall for vedtakelse når de løftes opp til ACER.⁴⁹

Adgangen for ACER til å vedta metoder og retningslinjer dersom reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet, er uttrykkelig hjemlet i den nye ACER-forordningen 2019/942 for nettkoder og retningslinjer vedtatt etter 4. juli 2019.⁵⁰ Et særlig spørsmål er om ACER-forordning 713/2009 gir tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for ACER til å vedta metoder og retningslinjer med endelig virkning. Som nevnt ovenfor, behandler ikke den første ACER-forordningen vedtakelsen av metoder og retningslinjer. Spørsmålet som da oppstår, er om Kommisjonen ved Kommisjonsforordninger vedtatt i medhold av elforordning 714/2009 har kompetanse til å delegerer myndighet til ACER til å vedta ytterligere metoder og vilkår. Artikkel 8 nr. 4 i elforordning 713/2009 gir riktignok Kommisjonen kompetanse til å vedta retningslinjer for de situasjoner hvor ACER er kompetent til å treffe beslutninger «om vilkårene for tilgang til og driftssikkerhet for grensekryssende infrastruktur». Flere av retningslinjene regulerer imidlertid forhold som går utover adgangsvilkår og driftssikkerhet for mellomlandsforbindelser. Det er på det rene at ACER anser at byrådet har kompetanse til å vedta metoder og retningslinjer såfremt de prosessuelle vilkårene om at de nasjonale energiregulatorene ikke kommer til enighet eller alternativt anmoder ACER om å fatte vedtak er oppfylt. I E-Control mot ACER synes førsteinstansretten også å legge til grunn at ACER har slik kompetanse, men domstolen kom til at ACERs vedtak i saken likevel ikke var gyldig siden de prosessuelle vilkårene ikke var oppfylt.⁵¹ Jeg går ikke nærmere inn på dette spørsmålet her, og forutsetter i det følgende at Kommisjonen kan delegerer slik vedtakskompetanse til ACER som forutsatt i eksisterende retningslinjer.

Proessen for vedtakelse av metoder og vilkår innebærer at vedtaket om å godkjenne reglene i enkelte tilfeller vil bli fattet av de nasjonale reguleringsmyndighetene og i andre tilfeller av ACER. I de tilfellene hvor ACER fatter vedtak må denne beslutningen være å anse som en EU-rettsakt som best kan karakteriseres som en kompetanse delegert fra Kommisjonen til ACER til å vedta en gjennomføringsrettsakt, sml. TEUV artikkel 291. Slike gjennomføringsrettsakter gjelder administrativ myndighet med begrenset innslag av

⁴⁵ SOGL artikkel 6 nr. 6-7. Se tilsvarende i EB artikkel 5 nr. 5-6 og FCA artikkel 4 nr. 8-9.

⁴⁶ SOGL artikkel 7, EB artikkel 6 og FCA artikkel 4 nr. 12.

⁴⁷ SOGL artikkel 6 nr. 8. Se tilsvarende EB artikkel 5 nr. 7 og FCA artikkel 4 nr. 10.

⁴⁸ Se EU-domstolens (førsteinstansrettens) avgjørelse i sak T-332/17, *E-control mot ACER*, særlig premiss 42-46. Se også Hanna Bjørhus Askhaven, *Energimarkedsbyrådet ACER – Begrenset men betydelig* (Marius nr. 521, 2019), s. 131-135.

⁴⁹ ACER-forordning 713/2009 artikkel 12 nr. 4.

⁵⁰ ACER-forordning 2019/942 artikkel 5 nr. 4, jf artikkel 6 nr. 10.

⁵¹ sak T-332/17, *E-control mot ACER*.

skjønnsutøvelse, og er derfor ansett for å utgjøre en vedtaksmyndighet som Kommisjonen lovlig kan delegere til EU-byråer etter den såkalte Meroni-doktrinen.⁵²

I de tilfellene hvor de nasjonale reguleringsmyndighetene er de endelige vedtaksorganene for metoder og vilkår, er det mindre naturlig å anse vedtakene som en delegert myndighet til å vedta EU-rettsakter. TEUV synes ikke å åpne for slik delegasjon til nasjonale myndigheter, og den enkelte reguleringsmyndighets beslutning er kun egnet til å binde nasjonale rettssubjekter. Det er derfor mest nærliggende å forstå reguleringen slik at den skaper en folkerettslig forpliktelse for nasjonale myndigheter om å sikre at de uavhengige reguleringsmyndighetene deltar i en prosess med henblikk på å fatte vedtak med bindende virkning for nasjonale rettssubjekter. Reguleringens karakter har slik sett enkelte likhetstrekk med for eksempel eldirektiv 2007/72/EF artikkel 37 nr. 6, som krever at nasjonale reguleringsmyndigheter skal ha ansvar for – og langt på vei forutsetter at de har plikt til å fatte vedtak om – adgangsvilkår og tariffer for nettanlegg.

5.3 Innlemmelse i EØS-avtalen

OED tar sikte på at det vil bli anvendt samme teknikk for EØS-tilpasninger ved innlemmelse av retningslinjene SOGL, EB og FCA i EØS-avtalen som ved innlemmelse av tredje energimarkedspakke.⁵³ Det innebærer at ESA formelt skal fatte de vedtakene overfor EFTA-statene som ACER gjør overfor EU-medlemsstatene etter Kommisjonsforordningene. For metoder og vilkår som allerede er vedtatt av ACER på tidspunktet for EØS-innlemmelsen, må dermed ESA fatte et tilsvarende vedtak om godkjenning som allerede fattet av ACER. En forskjell er likevel at ESA vil fatte vedtak rettet mot de nasjonale reguleringsmyndighetene, og ikke direkte rettet mot nasjonale TSOer, se nærmere nedenfor i punkt 5.4. Alternativt kunne en tenke seg at beslutningen om å gjøre metodene eller retningslinjene gjeldende fremgår allerede av EØS-komiteens beslutning om innlemmelse. I begge tilfeller vil Norge være folkerettslig forpliktet til å følge opp de vedtatte metodene og retningslinjene.

For metoder og retningslinjer som er vedtatt av de nasjonale reguleringsmyndighetene uten at det foreligger egen ACER-beslutning, vil det heller ikke være grunnlag for ESA til å fatte en særskilt beslutning. I slike tilfeller vil situasjonen være at RME i henhold til forordningene er forpliktet til å delta i en prosess som allerede er avsluttet og har munnet ut i et vedtak om godkjenning fra de andre reguleringsmyndighetene, enten det gjelder vedtak som skal godkjennes av samtlige reguleringsmyndigheter i EU eller bare av reguleringsmyndighetene i en region. Spørsmålet er da om RME har adgang til å nekte godkjenning av de aktuelle metodene eller vilkårene. Denne situasjonen vil antakeligvis bli adressert i innlemmelsesprosessen i EØS-avtalen. Det naturlige utgangspunktet ville nok her være å la det fremgå av innlemmelsesbeslutningen at allerede vedtatte metoder og vilkår også skal

⁵² Meroni-doktrinen innebærer i korte trekk at Kommisjonen bare kan delegere kompetanse til å fatte vedtak som gjelder klart definert utøvende myndighet med begrenset rom for skjønnsutøvelse, og hvor det er anledningen til å kontrollere den delegerte myndighetsutøvelsen, se særlig sak C-9/56, Meroni & Co. Industrie mot Kommisjonen (som gjelder vedtak fattet etter Traktaten om Det Europeiske Kull- og Stålfellesskap (EKSF)) og sak C-270/12, ESMA, som nærmere behandlet av Hanna Bjørhus Askhaven, Energimarkedsbyrået ACER – Begrenset men betydelig (Marius nr. 521, 2019) på s. 28-37.

⁵³ OEDs høringsnotat om forslag til endringer i forskrift om elektrisk kraft over landegrensene – gjennomføring av Kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 (FCA), s. 14.

gjelde i EFTA-statene slik at de nasjonale reguleringsmyndighetene er forpliktet til å akseptere og implementere dem. Hvis det skulle foreligge grunner til at reglene ikke kan anvendes i EFTA-statene, vil det da være mulig å vurdere disse forholdene som ledd i arbeidet med EØS-innlemmelsen. I motsatt fall vil en skape en situasjon hvor de nasjonale reguleringsmyndighetene i EFTA-statene kan si nei til metoder og vilkår uten at det er mulig å anvende prosessen i forordningene for uenighet mellom reguleringsmyndigheter, ettersom reglene allerede er vedtatt og implementert av reguleringsmyndighetene i de aktuelle EU-landene. Resultatet kunne da bli at det gjelder ulike regler i EU- og EFTA-statene, som ville motvirke den overordnede målsettingen i EØS-avtalen om å bidra til et ensartet EØS-område.⁵⁴

I de tilfellene hvor det ennå ikke er vedtatt metoder og vilkår på det tidspunktet retningslinjene blir innlemmet i EØS-avtalen, vil TSOer og reguleringsmyndighetene i EFTA-statene, herunder Statnett og RME, kunne delta i prosessen sammen med TSOer og reguleringsmyndigheter i de aktuelle EU-landene. Hvis reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet om reglene, og vedtakelsen løftes opp til ACER, vil RME her som ellers være obeservatør uten stemmerett, og ESA må fatte et eget vedtak på grunnlag av ACERs vedtak for EFTA-statenes vedkommende, som så må iverksetter i nasjonal rett av reguleringsmyndighetene.

5.4 Nasjonal gjennomføring

Et siste spørsmål som oppstår er så hvilken rettslig status metodene og vilkårene skal ha i norsk intern rett.

I de tilfellene hvor ACER fatter beslutning i EU, må altså ESA fatte en tilsvarende beslutning for EFTA-statene med mindre ACERs beslutning er direkte omfattet av EØS-komiteens implementering. Tilsvarende vil det være ESA som fatter beslutningen for EFTA-landenes del ved senere metoder og regler som besluttes av ACER.

ACERs beslutninger om å godta forslag til metoder og regler adresseres direkte til de relevante TSOene i EUs medlemsstater. Ved implementering i EØS-avtalen vil det bli valgt en løsning hvor ESAs vedtak skal rettes til den nasjonale reguleringsmyndigheten som må sørge for oppfølging av vedtaket i nasjonal rett.⁵⁵ ESAs vedtak kan dermed ikke rette seg direkte til TSOene i avtalestatene. Det folkerettslige grunnlaget for denne ordningen må, på lik linje som ved innlemmelse av tredje energimarkedspakke, følge av EØS-komiteens beslutning om implementering. Dette vil så følges opp internrettslig ved at RME gis kompetanse til å fatte vedtak om gjennomføring av de aktuelle metodene eller vilkårene i norsk rett.⁵⁶

Norske myndigheter har lagt til grunn at RME skal gjennomføre metodene og vilkårene i norsk rett ved enkeltvedtak, jf bestemmelsene i energiloven § 4-2 fjerde ledd, § 4-5 tredje ledd og § 6-1 fjerde ledd, som alle ble vedtatt som ledd i implementeringen av tredje

⁵⁴ Se fjerde ledd i EØS-avtalens fortale.

⁵⁵ OEDs høringsnotat om forslag til endringer i forskrift om elektrisk kraft over landegrensene – gjennomføring av Kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 (FCA), s. 14.

⁵⁶ OEDs høringsnotat om forslag til endringer i forskrift om elektrisk kraft over landegrensene – gjennomføring av Kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 (FCA), s. 14.

energimarkedspakke og trådte i kraft 1. november 2019. I høringen 26. september 2019 har OED dessuten foreslått vedtatt en tilsvarende bestemmelse i energiloven § 4-3 femte ledd.

Energiloven § 6-1 fjerde ledd gir RME kompetanse til å fastsette eller godkjenne metoder og vilkår på en rekke områder ved enkeltvedtak. Plasseringen av bestemmelsen i energiloven § 6-1 må forstås slik at den omfatter fastsetting eller godkjenning av metoder eller vilkår for Statnett som systemansvarlig. Bestemmelsens forarbeider synes også å forutsette at bestemmelsen bare gjelder enkeltvedtak rettet mot Statnett.⁵⁷ Det er videre presisert i forarbeidene at lovens henvisning til «vilkår» også omfatter godkjenning av de relevante delene av den systemansvarliges avtaler hvor vilkårene inngår.⁵⁸ Lovendringen innebærer at reguleringsmyndigheten i større grad enn tidligere må utøve kontroll med innholdet i systemansvarliges avtaler, vilkår eller metoder enn det som har vært vanlig tidligere på de angitte områdene.⁵⁹

I tillegg til å være systemansvarlig etter energiloven § 6-1, har Statnett også konsesjon som avretningsansvarlig etter energiloven § 4-3. På tilsvarende vis som i § 6-4 fjerde ledd, er det i forslag til ny § 4-3 femte ledd delegert kompetanse til RME å fastsette eller godkjenne vilkår eller metoder om utøvelsen av avretningsansvaret.

Videre er det allerede innført tilsvarende bestemmelser i energiloven § 4-2 om utenlandsforbindelser og § 4-5 om organiserte markedsplasser. RMEs enkeltvedtak etter § 4-2 kan i prinsippet også omfatte andre enn Statnett dersom en åpner for at andre aktører eier og driver utenlandsforbindelser, og enkeltvedtak etter § 4-5 vil rette seg mot Nord Pool og eventuelt andre fremtidige konkurrerende kraftbørser.

Man kan reise spørsmål ved om RMEs godkjennelse av metoder og vilkår alltid vil være å anse som enkeltvedtak, eller om det i enkelte tilfeller i stedet kan tenkes å utgjøre forskrifter. Etter eksisterende og foreslåtte lovbestemmelser har RME bare kompetanse til å fatte enkeltvedtak.

I henhold til forvaltningsloven § 2 a) er et vedtak «en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter)». Et enkeltvedtak er et vedtak som gjelder rettigheter og plikter til «en eller flere bestemte personer», jf § 2 b). Dersom vedtaket gjelder rettigheter og plikter «til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer», er det en forskrift, jf § 2 c).

Det følger av TEUV artikkel 288 fjerde avsnitt at en beslutning fra EU-institusjonene som angir hvem den er rettet til, bare er bindende for disse rettssubjektene. Beslutningene skal meddeles dem de er rettet til, og trer i kraft fra meddelestedtidspunktet, jf TEUV artikkel 297 nr. 2 tredje avsnitt. En beslutning som ikke retter seg mot konkrete rettssubjekter, er bindende for alle og skal publiseres i EU-tidende.⁶⁰

⁵⁷ Prop 5 L (2017-2018), s. 71-72.

⁵⁸ Prop. 5 L (2017-2018), s. 71.

⁵⁹ Prop. 5 L (2017-2018), s. 71.

⁶⁰ Se TEUV artikkel 288 fjerde avsnitt og artikkel 297 nr. 2 annet avsnitt.

ACERs beslutninger adresseres direkte til TSOene i EUs medlemsstater, enten det gjelder metoder og vilkår som gjelder samtlige TSOer i EU eller bare TSOer i definerte regioner. Eksempelvis er ACERs beslutning om å godta de nordiske TSOenes forslag til metode for langsiktig kapasitetsberegning rettet direkte til TSOene Energinet, Fingrid og Svenska Kraftnät.⁶¹ ACERs beslutning om å godta forslaget fra samtlige TSOer i EU om tidspunkter for intradag-handel er rettet direkte mot samtlige av EUs TSOer.⁶²

Retningslinjene legger opp til at det skal fastsettes et stort antall metoder og vilkår. Jeg er ikke kjent med om noen av disse reglene også er tenkt å være bindende for en ubestemt krets av aktører i kraftmarkedet etter publisering i EU-tidende. Såfremt metodene og vilkårene bare retter seg mot TSOene, som i eksemplene ovenfor, er det klart at et vedtak fra RME som gjennomfører beslutningen overfor Statnett som norsk TSO er et enkeltvedtak. Dersom det skulle bli vedtatt metoder og retningslinjer som retter seg mot alle aktører i EU etter publisering i EU-tidende, vil derimot et gjennomføringsvedtak fra RME være å anse som en forskrift. I så fall må RME delegeres kompetanse til å gi slike forskrifter i norsk rett.⁶³

Dersom RMEs gjennomføring av metodene og vilkårene i norsk rett skjer ved enkeltvedtak som kun retter seg mot Statnett, er vedtaket kun bestemmende for Statnetts rettigheter og plikter. Tilsvarende gjelder dersom gjennomføringen skjer ved enkeltvedtak som retter seg mot andre bestemte rettssubjekter, for eksempel Nord Pool etter energiloven § 4-5 tredje ledd. Det innebærer at enkeltvedtak som gjennomfører metoder og vilkår overfor Statnett ikke i seg selv pålegger andre aktører plikter. Dersom det er bestemmelser i metodene eller vilkårene som andre aktører, som for eksempel DSOer eller produsenter, må innrette seg etter, må Statnett derfor ha et særlig hjemmelsgrunnlag for å kunne pålegge aktørene å følge reglene. Det mest nærliggende hjemmelsgrunnlaget vil da være offentlig myndighet og vedtakskompetanse i medhold av systemansvarsforskriften, men det kan også bygge på avtaler Statnett inngår med aktørene på bakgrunn av rollen som eier og driver av transmisjonsnettet.

Ettersom RME godkjenner metodene og vilkårene ved enkeltvedtak, vil vedtaket heller ikke ha forrang for annen norsk lovgivning eller forskrifter etter ordlyden i EØS-loven § 2, som

⁶¹ ACER-beslutning nr. 16/2019 av 30. oktober 2019 “approving the Nordic CCR TSO’s proposal for the long-term capacity calculation methodology” på grunnlag av anmodning om å treffe beslutning etter FCA artikkel 4 nr. 10, se artikkel 2 på s. 24 i beslutning, tilgjengelig her: https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Individual%20decisions/ACER%20Decision%202016-2019%20on%20the%20Nordic%20CCR%20TSOs%20proposal%20for%20LT%20CCM.pdf (sist besøkt 05.12.2019).

⁶² ACER-beslutning nr. 16/2019 av 30. oktober 2019 “approving the Nordic CCR TSO’s proposal for the long-term capacity calculation methodology” etter anmodning fra nasjonale reguleringsmyndigheter om å treffe beslutning etter CACM artikkel 9 nr. 12, se artikkel 2 på s. 15 i beslutningen, tilgjengelig her: https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Individual%20decisions/ACER%20Decision%202004-2018%20on%20DCZGTs.pdf (sist besøkt 05.12.2019).

⁶³ En slik forskriftskompetanse vil antakeligvis ikke følge direkte av retningslinjene slik de er inkorporert som norsk forskrift, ettersom retningslinjene i sin opprinnelige form legger til grunn at ACER kan fatte beslutning direkte overfor markedsaktørene i EU. Med mindre den særskilte EØS-tilpasningen kan tolkes slik at de inkorporerte EØS-retningslinjene gir RME forskriftskompetanse – og det foreligger en ubrutt delegasjonslinje for slik forskriftskompetanse fra Kongen i statsråd til RME – vil det derfor være behov for særskilte tilpasninger.

bare gir forrang til bestemmelser i lov eller forskrift som tjener til å oppfylle EØS-forpliktelsene.⁶⁴

6 Konkrete gjennomføringsspørsmål: Om grensesnittet mellom TSO og DSO

6.1 Innledning

I det norske kraftsystemet er Statnett transmisjonssystemoperatør (TSO) med ansvar for å eie og drive transmisjonsnett, mens eierskap og drift av distribusjonsnett er fordelt på mer enn 120 distribusjonsnettselskaper (DSOer). Nettselskapene (inkludert Statnett) har ansvar for driften av egne nettanlegg i medhold av anleggskonsesjon etter energiloven § 3-1 eller områdekonsesjon etter energiloven § 3-2. I tillegg setter omsetningskonsesjonen etter energiloven § 4-1 sentrale premisser for nettselskapenes virksomhet.

Statnett har roller både som operatør for transmisjonsnett og som systemansvarlig (og avregningsansvarlig) i det norske kraftsystemet, jf energiloven § 6-1. Det følger av § 6-1 annet ledd annet pkt. at den systemansvarlige «skal sørge for at det til enhver tid er momentan balanse mellom den samlede produksjon og den samlede bruk av kraft hensett til kraftutvekslingen med tilknyttede utenlandske systemer.» Dette ansvaret favner videre enn drift av transmisjonsnett ved at Statnett er pålagt oppgaver som systemansvarlig for hele kraftsystemet, inkludert distribusjonsnett. De nærmere reglene for utøving av systemansvaret følger av forskrift om systemansvaret i kraftsektoren (fos), jf energiloven § 6-1 første ledd.⁶⁵

Flere av retningslinjene og nettkodene som er planlagt innlemmet i EØS-avtalen og implementert i norsk rett regulerer til dels de samme temaområdene som systemansvarsforskriften. OED har foreløpig lagt til grunn at regelsettene skal gjelde side om side når EU-reglene blir inkorporert i norsk rett. Denne reguleringsteknikken aktualiserer spørsmålet om det kan forekomme motstrid mellom reguleringen i systemansvarsforskriften og EU-reglene som skal inkorporeres i norsk rett.

Et særlig spørsmål er om det er uoverensstemmelser mellom det grensesnittet som trekkes opp mellom TSO- og DSO-ansvar i eksisterende norsk rett, og det grensesnittet som trekkes opp i EU-reglene. Ettersom nettkodene og retningslinjene er svært omfattende, har jeg ikke hatt mulighet til å gjennomføre en uttømmende vurdering av spørsmålet innenfor rammene av denne betenkningen. Energi Norge har i stedet bedt meg om å se på noen særskilte bestemmelser i systemansvarsforskriften vurdert opp mot konkret angitte bestemmelser i

⁶⁴ EØS-avtalen protokoll 35, som kollisjonsregelen i EØS-loven § 2 bygger på, synes her å legge til grunn et videre utgangspunkt ved å bruke begrepet «EØS-regler». I prinsippet kan en tenke seg at enkeltvedtak også implementerer EØS-regler i nasjonal rett, og presumsjonsprinsippet kunne derfor tale for en utvidet tolkning av EØS-loven § 2. Jeg går ikke nærmere inn på dette spørsmålet i denne betenkningen.

⁶⁵ Forskrift 7. mai 2002 nr. 448. Forskriften var gjenstand for nokså omfattende endringer med virkning fra 1. november 2019 ved implementering av tredje energimarkedspakke i norsk rett, se endringsforskrift 24. oktober 2019 nr. 1416.

SOGL og i nettkoden (EU) 2016/631 om fastsettelse av nettreger om krav til nettilknytning for produksjonsanlegg (RfG).⁶⁶

Det er vanskelig å gi helt sikre svar på motstridsspørsmålet ut ifra en slik vurdering av nærmere angitte bestemmelser siden enkeltbestemmelsene i nettkodene må tolkes i sammenheng med regelverket for øvrig, som igjen krever en mer omfattende analyse. Ettersom man nå er i en høringsfase hvor det sentrale spørsmålet er hvordan EØS-reglene bør gjennomføres i nasjonal rett, er det likevel av interesse å identifisere noen områder hvor forholdet mellom regelsettene kan være uklart. Jeg har derfor valgt å gjøre en foreløpig vurdering for å belyse noen utfordringer ved å ha parallell regulering av de samme spørsmålene.

I det følgende diskuterer jeg forholdet mellom enkeltbestemmelser i punktene 6.2 til 6.4, før jeg oppsummerer og kommer med noen refleksjoner om bruk av parallelle regelverk i punkt 6.5.

6.2 Tilknytning av ny produksjon

Systemansvarsforskriften § 14 gjelder «Planlegging og idriftsettelse av tekniske anlegg i kraftsystemet». Bestemmelsens første og annet ledd lyder som følger:

«Konsesjonær skal informere systemansvarlig om planer for nye anlegg eller endring av egne anlegg i eller tilknyttet regional- og transmisjonsnett, når andre konsesjonærer blir berørt av dette. Systemansvarlig skal fatte vedtak om godkjenning av nye anlegg eller endringer i eksisterende anlegg før disse kan idriftsettes.

Områdekonsesjonær skal informere systemansvarlig om planer for nye eller endringer i eksisterende produksjonsanlegg i eget distribusjonsnett når disse planene kan ha vesentlig betydning for driften og utnyttelsen av regional- eller transmisjonsnett. Systemansvarlig kan fatte vedtak vedrørende anleggenes funksjonalitet.»

Etter første ledd siste pkt. skal Statnett som systemansvarlig fatte vedtak om godkjenning av nye eller endringer i eksisterende anlegg tilknyttet regional- og transmisjonsnett før idriftsetting. Regionalnett vil i utgangspunktet være å anse som distribusjonsnett i EU-rettslig forstand, og drives ikke av Statnett med mindre det inngår i transmisjonsnett etter energiloven § 1-5. Følgelig har Statnett også ansvar for å godkjenne anlegg tilknyttet regionalnett som drives av andre nettselskap etter fos § 14. Av bestemmelsens annet ledd fremgår det at Statnett også kan fatte vedtak om funksjonaliteten for nye eller endringer i eksisterende produksjonsanlegg tilknyttet distribusjonsnett når planene kan ha vesentlig betydning for drift og utnyttelse av overliggende nett.

Ansvarsområdene og oppgavene til TSOer og DSOer er regulert på et overordnet nivå i eldirektiv 2009/72/EF. Grensesnittet mellom TSO- og DSO-ansvar er imidlertid ikke klart definert i eldirektivet. Direktivet artikkel 12 inneholder en nokså vid angivelse av TSOenes

⁶⁶ RfG er ikke omfattet av departementets hørings sak 26. september 2019, men må også forventes å bli vurdert for EØS-innlemmelse og nasjonal inkorporering i løpet av kort tid.

ansvarsområde. Bestemmelsen fokuserer særlig på TSOenes ansvar for transmisjonsnettet, men utelukker ikke at TSOene også kan ha et mer vidtrekkende systemansvar slik tilfellet er i det norske systemet. Eldirektivet artikkel 25 angir ansvarsområdene til DSOene uten å si noe uttrykkelig om ansvaret for beslutninger om tilknytning for ny produksjon. Eldirektivet er dermed ikke til hinder for at Statnett som TSO fatter vedtak om godkjenning av nye produksjonsanlegg tilknyttet lavere nettnivåer.

Nettkoden 2016/631 (RfG) fastsetter krav om nettilknytning for produksjonsanlegg. RfG er ennå ikke foreslått innlemmet i norsk rett, men man må anta at samme teknikk med inkorporasjon ved forskrift til energiloven vil bli anvendt her som for øvrige Kommisjonsforordninger.

Hovedformålet med RfG er å sikre like konkurransevilkår for ny kraftproduksjon, leveringssikkerhet og integrasjon i EUs indre elektrisitetsmarked.⁶⁷ Forordningen oppstiller tekniske minimumskrav for tilknytning av nye produksjonsanlegg, og pålegger TSOer og «relevante systemoperatører» en rekke oppgaver i denne sammenheng. Begrepet «relevant systemoperator» er i forordningen definert som «*den transmissionssystemoperatør (»TSO«) eller distributionssystemoperatør (»DSO«) til hvis system et produktionsanlæg, et forbrugsanlæg, et distributionssystem eller et HVDC-system er eller vil blive tilsluttet*».⁶⁸ En DSO er følgelig «relevant systemoperatør» ved spørsmål om tilknytning til det nettet selskapet eier og driver i medhold av anleggskonsesjon eller områdekonsesjon.

RfG inneholder nærmere krav for nettilknytning i forordningens del II, og prosedyrer for nettilknytningstillatelser i del III. DSOene synes særlig å være tiltenkt en sentral rolle ved tildeling av nettilknytningstillatelse i eget nett. Blant annet skal anleggseier dokumentere overfor den relevante systemoperatøren at kravene i forordningens del II er oppfylt, og den relevante systemoperatøren skal utstede endelig nettilknytningstillatelse til anleggseiere av produksjonsanlegg i kategori B-D.⁶⁹ Det følger videre av forordningen artikkel 3 nr. 1 annet avsnitt at «*Den relevante systemoperatør skal afvise at godkende tilslutningen af et produktionsanlæg, som ikke opfylder kravene i denne forordning, og som ikke er omfattet af en undtagelse, der indrømmes af de regulerende myndigheder eller en medlemsstats anden myndighed i overensstemmelse med artikel 60.*» De relevante systemoperatørene skal videre fortsette å vurdere produksjonsanleggenes oppfyllelse av forordningens krav gjennom anleggets levetid, jf forordningen artikkel 41 nr. 1. På en del områder har DSOene dessuten rett til å utføre ytterligere oppgaver, typisk i samarbeid med TSOene.⁷⁰

De rettighetene og pliktene DSOer er tillagt i eget nett etter RfG, vil gjelde som norsk rett når forordningen blir inkorporert ved forskrift. Et spørsmål i den forbindelse er om RfG artikkel 7 nr. 9 åpner for å gjøre unntak fra hovedreglene om DSOenes ansvar. Det følger av bestemmelsen at hvis «*et krav i denne forordning skal fastsættes af en relevant systemoperatør, som ikke er TSO, kan medlemsstaten fastsætte, at TSO'en i stedet får ansvaret for at fastsætte det eller de pågældende krav*».

⁶⁷ RfG artikkel 1.

⁶⁸ RfG artikkel 2 annet avsnitt nr. 13.

⁶⁹ Se RfG artikkel 29 nr. 1, 32 nr. 3 og 36 nr. 2.

⁷⁰ Se for eksempel RfG artikkel 13 nr. 1 a) ii). Det finnes også en rekke andre eksempler i forordningen på slike rettigheter.

RfG artikkel 7 nr. 9 gir etter sin ordlyd bare medlemsstaten adgang til å bestemme at «krav» som skal fastsettes av relevante systemoperatører i stedet kan overlates til TSOen å fastsette. Den engelske språkversjonen av forordningen henviser tilsvarende til «requirements», som også er overskrift i forordningens del II. Ordlyden i bestemmelsen taler derfor klart i retning av at det kun kan overlates til TSOene å fastsette kravene for nettilknytning, men ikke kompetansen til å fatte beslutning om nettilknytning i den utstrekning den ligger hos DSOene etter forordningen. Forordningens overordnede formål om like konkurransebetingelser for produsenter tilsier også at det av hensyn til å sikre like tilknytningskrav kan være behov for å delegere fastsetting av kravene til TSOer, mens dette behovet ikke er like stort for selve tillatelsen om nettilknytning.⁷¹ Artikkel 7 nr. 9 må derfor etter mitt syn forstås slik at den bare gir medlemsstatene adgang til å overlate til TSOen å fastsette de kravene som ellers skal fastsettes av øvrige relevante systemoperatører.

RfG artikkel 60 flg. åpner også for adgang til å gjøre unntak fra bestemmelser i forordningen. Spørsmålet om unntak etter anmodning fra relevante TSOer eller DSOer er nærmere behandlet i artikkel 63. Slik bestemmelsen er formulert ser den ut til å åpne for unntak fra bestemte krav for bestemte produksjonsanlegg ved nettilknytning. Unntaksadgangen synes derimot ikke å være myntet på endringer av grensesnittet mellom TSO- og DSO-oppgaver utover det som er tillatt etter andre bestemmelser i RfG.

Et siste spørsmål er om det er adgang til å gi Statnett ansvar for godkjenning av anlegg etter systemansvarsforskriften § 14 i tillegg til det ansvaret DSOene har for tillatelser om tilknytning i eget nett etter RfG.

Enkelte bestemmelser i RfG kan tale i retning av at det ikke er adgang til å ha andre tillatelsesordninger enn det som følger av forordningen. Artikkel 36 nr. 1 om endelige nettilslutningsavtaler for produksjonsanlegg i kategori D fremsetter for eksempel at «*En endelig nettilslutningstillatelse gir anlægseieren rett til at drive produktionsanlægget ved anvendelse af nettilslutningen*». Bestemmelsen er likevel ikke til hinder for krav om at anleggseier også må inneha andre nødvendige tillatelser forut for utbygging og idriftsetting av anlegget, som for eksempel anleggskonsesjon, vannkraftkonsesjoner og eventuell forurensningstillatelse.

Av RfG artikkel 7 nr. 3 d) fremgår: «*Når denne forordning anvendes, skal medlemsstaterne, de kompetente enheder og systemoperatørene (...) respektere det ansvar, der er pålagt den relevante TSO med henblik på at sikre systemsikkerheden, herunder i henhold til kravene i national lovgivning*». Bestemmelsen tilsier at Statnetts ansvar etter systemansvarsforskriften § 14 i hvert fall kan opprettholdes i den utstrekning den systemansvarlige foretar videre vurderinger av systemsikkerheten enn den DSOene legger til grunn i sine beslutninger. Det kan være tilfelle dersom Statnett foretar vurderinger av sikkerheten i hele kraftsystemet, mens DSOene utelukkende bygger på vurderinger knyttet til eget nett.

Hvis kriteriene og beslutningsgrunnlaget er identisk for Statnett og den DSOen som gir nettilslutningstillatelse, slik at aktørene utfører samme vurdering etter samme krav, er det

⁷¹ Se RfG fortalen punkt 2 og 27 samt artikkel 1.

mer nærliggende å forstå RfG slik at de oppgavene som er lagt til DSOene ikke i tillegg kan utføres av Statnett som TSO. En slik duplisering av de samme oppgavene kan vanskeliggjøre etableringsadgangen for nye kraftprodusenter uten at det bidrar til å fremme systemsikkerheten. I denne sammenhengen kan man også stille spørsmål ved om etableringsreglene i EØS-avtalens hoveddel er til hinder for å operere med duplisering av tillatelsesordninger såfremt ordningen ikke er egnet og nødvendig for å ivareta hensynet til systemsikkerheten.

Gjennomgangen ovenfor viser at forholdet mellom reglene i systemansvarsforskriften og RfG er uklart. Selv om det ikke er opplagt at det foreligger motstrid mellom regelsettene, tilsier den uklarheten som foreligger at det bør foretas en nærmere vurdering av fos § 14 mot reglene i RfG før sistnevnte forordning inkorporeres i norsk rett. Dersom det skulle være behov for å gjøre endringer må endringene gjennomføres i systemansvarsforskriften, ettersom RfG som forordning må gjennomføres som sådan. I og med RfG foreløpig ikke er foreslått inkorporert i norsk rett, og ikke er en del av OEDs hørings sak av 26. september 2019, gjenstår det å se om slike endringer vil bli foreslått når spørsmålet om inkorporering kommer på høring.

6.3 Rapportering av produksjonsdata

Jeg har videre blitt spurt om å vurdere forholdet mellom systemansvarsforskriften § 8a og reglene om rapportering i SOGL artikkel 40 og 49.

Systemansvarsforskriften § 8a om planlegging av produksjon lyder som følger:

«Konsesjonær skal for hvert budområde rapportere til systemansvarlig egen produksjonsplan med tilhørende regulerstyrke og tilgjengelig reserve (for stasjon/stasjonsgruppe). Rapporteringen skal skje innenfor de frister og inneholde opplysninger fastsatt av systemansvarlig. Systemansvarlig fastsetter frist for å sende inn endring i produksjonsplaner. Etter utløpet av den fastsatte fristen kan konsesjonær ikke endre produksjonsplanen uten samtykke fra systemansvarlig.

Produksjonsplanen skal utarbeides i samsvar med konsesjonærens forpliktelser og rettigheter.

Konsesjonær plikter å følge innmeldt produksjonsplan.»

Bestemmelsen pålegger anleggskonsesjonærene med kraftproduksjonsanlegg å rapportere produksjonsplanen til Statnett som systemansvarlig, og å følge innmeldt produksjonsplan.

SOGL artikkel 40 i forordningens avdeling 2 (datautveksling) kapittel 1 (generelle krav til datautveksling) regulerer organisasjon, roller, ansvarsområder og kvalitet for datautveksling. Bestemmelsen gir TSOene et vidtrekkende ansvar for informasjonsinnhenting. Herunder skal TSOene samle inn informasjon om blant annet produksjon, planer, balanseposisjoner,

planlagte driftsstanse og prognoser.⁷² TSOene skal i samordning med DSOene og betydelige nettbrukere (SGUene) fastsette anvendelsen og omfanget av datautveksling basert på nærmere angitte kategorier.⁷³ Videre skal TSOene innen 18 måneder etter ikrafttredelse av SOGL komme til enighet med de relevante DSOene om prosesser for gjennomføring og håndtering av datautveksling seg i mellom.⁷⁴ DSOer med tilknytningspunkt til transmisjonsnettet har rett til å motta «relevante strukturelle og planlagte opplysninger samt sanntidsdata» fra berørte TSOer og til å samle inn tilsvarende data fra de tilgrensende DSOene.⁷⁵

Etter SOGL artikkel 49 skal eiere av kraftproduksjonsanlegg som er betydelige nettbrukere og er tilknyttet distribusjonsnettet rapportere nærmere angitte data til både TSOen og DSOen i tilknytningspunktet. Dermed har de relevante produsentene en plikt til å rapportere direkte til de relevante DSOene. Plikten gjelder imidlertid bare «Med mindre annet er fastsatt av TSOen». Artikkel 49 c) oppstiller også et unntak fra kravene til datainnsamling i bestemmelsen «i regioner med et system for sentralisert regulering», hvor TSOen kan be om data til plan for uttak av aktiv effekt. Sistnevnte bestemmelse er uklart formulert, og det er usikkert om den skal forstås slik at den unntar produsentene fra plikten til å oversende data til de relevante DSOene.

På samme måte som i RfG, inneholder også SOGL bestemmelser som gir medlemsstatene adgang til å overlate til TSOen å fastsette de kravene som ellers skal fastsettes av øvrige relevante systemoperatører,⁷⁶ og som pålegger myndigheter mv å overholde det ansvaret TSOer er tildelt for å ivareta systemsikkerheten.⁷⁷ Bestemmelsene må forstås på samme måte i SOGL som i RfG.⁷⁸

På ovennevnte bakgrunn er det såvidt jeg kan se ikke direkte motstrid mellom systemansvarsforskriften § 8a og reglene i SOGL artikkel 40 og 49. Der hvor fos § 8a gir Statnett som systemansvarlig en rett til å innhente data uten å regulere deling av slik data med andre aktører, går SOGL lenger i å pålegge Statnett å samarbeide med DSOene om informasjonsutveksling samt at DSOene som hovedregel også har krav på enkelte typer data direkte fra større kraftprodusenter tilknyttet deres nett.

Selv om det tilsynelatende ikke er motstrid mellom fos og SOGL, er situasjonen rettslig sett uoversiktlig. Det skyldes dels at det ved inkorporasjon av SOGL vil gjelde to parallelle regelsett som langt på vei tar sikte på å løse de samme utfordringene, men som bygger på noe forskjellig reguleringsfilosofi med tanke på TSO-DSO-grensesnitt og ansvarsområder, og dels at reglene i SOGL er omfattende og på enkelte punkter uklare. I tillegg legger forordningen til grunn at det skal utarbeides ytterligere vilkår og metoder om informasjonsutveksling, noe som gjør det vanskelig å si sikkert hvordan reglene er å forstå uten å se hele regelverket under ett.

⁷² SOGL artikkel 40 nr. 3.

⁷³ SOGL artikkel 40 nr. 5.

⁷⁴ SOGL artikkel 40 nr. 7.

⁷⁵ SOGL artikkel 40 nr. 10.

⁷⁶ SOGL artikkel 2 nr. 5.

⁷⁷ SOGL artikkel 4 nr. 2 e).

⁷⁸ Se drøftelsen ovenfor i punkt 6.2.

6.4 Spenningsregulering og utveksling av reaktiv effekt

Systemansvarsforskriften § 15 om spenningsregulering og utveksling av reaktiv effekt lyder som følger:

«Systemansvarlig kan fastsette spenningsgrenser og grenser for utveksling av reaktiv effekt i regional- og transmisjonsnett.

Produksjonsenheter tilknyttet regional- og transmisjonsnett skal bidra med produksjon av reaktiv effekt innenfor enhetenes tekniske begrensninger.

Systemansvarlig kan vedta hvordan den reaktive reguleringen skal benyttes i produksjonsenheter tilknyttet regional- eller transmisjonsnett.

Systemansvarlig skal betale konsesjonærene for pålagt produksjon av reaktiv effekt ut over de grenser som er fastsatt av systemansvarlig. Betalingen skal fastsettes med utgangspunkt i aktuelle markedspriser og et normalnivå på de ekstra påførte fysiske tap som produsenten blir påført.

Konsesjonær skal overholde grenser fastlagt etter første ledd. Konsesjonær skal varsle systemansvarlig om driftssituasjoner hvor fastlagt grense ikke kan overholdes. Systemansvarlig samordner i slike situasjoner nødvendige tiltak. Systemansvarlig kan kreve at kostnadene ved tiltakene betales av ansvarlig konsesjonær etter dette ledd.»

SOGL har egne bestemmelser om regulering av spenning og håndtering av reaktiv effekt i kapittel 2 til del II (driftssikkerhet), avdeling 1 (krav til driftssikkerhet). TSOene forpliktelser knyttet til spenningsgrenser er regulert i artikkel 27 og TSO-forpliktelsene knyttet til regulering av spenning og håndtering av reaktiv effekt i artikkel 29. Av sistnevnte bestemmelse fremgår det blant annet at TSOene «skal komme til enighet med hver transmisjonsnettilknyttet DSO» om nærmere angitte parameter i overensstemmelse med nettkode 2016/1388 om nettilknytning av forbruks- og distribusjonssystemer, artikkel 15 (krav til reaktiv effekt). For å sikre at parameterne overholdes, skal DSOene videre ha rett til å gi instruksjoner om spenningsregulering til distribusjonsnettilknyttede SGUer.⁷⁹

Med forbehold om at jeg ikke har gjennomført en fullstendig analyse av SOGL, ser det ut til at SOGL gir DSOene rettigheter utover det som følger av systemansvarsforskriften. Kravet om at TSO og DSO skal komme til enighet tilsier at den systemansvarlig ikke ensidig kan vedta de aktuelle parameterne uten reell dialog med den aktuelle DSOen, og DSOens rett til å gi instruksjoner om spenningsregulering til de relevante SGUene må gjelde uavhengig av Statnetts vedtakskompetanse. Med utgangspunkt i presumsjonsprinsippet er det derfor nærliggende å tolke vedtakskompetanse i systemansvarsforskriften slik at Statnett ikke har adgang til å fatte vedtak som innskrenker DSOenes rettigheter etter SOGL.

⁷⁹ SOGL artikkel 29 nr. 5.

Selv om det kanskje er mulig å tolke systemansvarsforskriften i lys av presumsjonsprinsippet slik at den ikke kommer direkte i strid med SOGL, er det lite hensiktsmessig å ha parallelle regelverk med tilsynelatende motstrid. Uoverensstemmelser mellom ordlyden i en inkorporert forordning og annen forskrift kan dessuten gjøre det vanskeligere å etterleve forordningen, som i seg selv kan utgjøre et brudd på EØS-retten, jf blant annet lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 3.

6.5 Konklusjon

Gjennomgangen ovenfor viser at systemansvarsforskriften til dels regulerer de samme spørsmålene som er gjenstand for regulering i EUs nettkoder og retningslinjer for kraftsektoren. OEDs forslag til gjennomføring av EU-reglene i norsk rett tilsier dermed at man vil få to parallelle regelsett på forskriftsnivå som kan overlappe i en del spørsmål.

Reglene i nettkodene og retningslinjene illustrer at grensesnittet mellom TSO- og DSO-oppgaver er trukket opp noe forskjellig i Norge og i EU.

I det norske systemet har Statnett som systemansvarlig et vidtrekkende ansvar for den momentane balansen i hele kraftsystemet. For å ivareta dette ansvaret er den systemansvarlige i en del tilfeller delegert offentlig myndighet til å fatte vedtak om forhold også på lavere nettnivåer. DSOenes ansvar er på den annen side i hovedsak begrenset til å drive og utvikle egne nettanlegg.

EU-lovgivningen synes å bygge på et premiss om at DSOene har et større ansvar for systemsikkerheten ved drift av eget nett enn det som er tilfellet i Norge, og at TSOene tilsvarende har mindre ansvar for oppgaver på lavere nettnivåer. Det er ikke dermed gitt at norsk rett er i strid med EU/EØS-retten. Den norske ansvarsfordelingen synes ikke å være i strid med de mer overordnede reglene om TSO- og DSO-oppgaver i eldirektiv 2009/72/EF. RfG og SOGL overlater også noen grad av skjønn til nasjonale myndigheter.

Vurderingene i denne betenkningen viser likevel at forholdet mellom systemansvarsforskriften på den ene siden og nettkoder og retningslinjer på den andre siden er uoversiktlig og uklart. På noen punkter gir EU-forordningene enkelttaktører rettigheter som ikke er forutsatt i systemansvarsforskriften, og på andre punkter kan en spørre om det foreligger motstrid.

Motstrid mellom systemansvarsforskriften og nettkoder/retningslinjer kan tenkes løst ved tolkning i lys av presumsjonsprinsippet eller bruk av forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2. Prinsipielt sett er det likevel svært uheldig å ha to regelsett med mulig motstrid som virker side om side. En slik situasjon gjør det vanskeligere for aktørene å forutberegne sin rettsstilling, og kan være konfliktskapende. Å opprettholde parallelle regelverk hvor eksisterende forskrifter tilsynelatende står i motstrid til inkorporerte forordninger kan dessuten hindre effektiv etterlevelse av forordningene og dermed være EØS-stridig.

Forordninger innlemmet i EØS-avtalen må gjennomføres som sådan i norsk rett med de tilpasninger som er gjort i EØS-komitéen. Forordningene kan derfor ikke tilpasses

eksisterende norsk rett ved å gjøre endringer i forordningenes ordlyd eller struktur. Ettersom forordningene ikke regulerer alle spørsmål av betydning for det norske kraftmarkedet, er det heller ikke et alternativ å oppheve de norske forskriftene på området. Det eneste alternativet for å sikre regelharmoni er dermed å gjøre de nødvendige tilpasningene i eksisterende norske forskrifter slik at de samsvarer fullt ut med reguleringen i nettkodene og retningslinjene. Det er en krevende øvelse, og det er ikke gitt at det er mulig å avdekke alle mulige uoverensstemmelser i et så komplisert regelverk før det har fått virke i praksis. Målsettingen må likevel være å sikre at det er innbyrdes sammenheng i norsk forskriftsverk ved at eksisterende forskrifter er fullt ut tilpasset de inkorporerte EØS-forordningene, jf blant annet lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3. For å sikre slik regelharmoni er det etter mitt syn mye som taler for at det er nødvendig med en mer grunnleggende revisjon av eksisterende forskrifter til energiloven enn foreslått i høringssaken av 26. september 2019.

* * *