

Kontroll av ACERs vedtak om metoder og vilkår

I hvilken grad det todelte systemet for etterhåndskontroll av ACERs vedtak om metoder og vilkår sikrer en «effektiv kontroll».

Kandidatnummer: 205

Leveringsfrist: 16. januar 2023

Antall ord: 34 269



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Effektiv kontroll.....	2
1.2.1	Prinsippet om effektiv rettergang og effektiv forvaltning.....	3
1.3	Aktualitet og avgrensinger	6
1.4	Rettskilder og metode	8
1.5	Videre fremstilling	10
2	ACERS INVOLVERING I UTVIKLING OG GJENNOMFØRING AV METODER OG VILKÅR.....	13
2.1	Innledning	13
2.2	Retningslinjer og nettkoder.....	14
2.2.1	Utviklingen og vedtakelsen av retningslinjer og nettkoder	14
2.2.2	ACERs rolle i utviklingen av nettkoder og retningslinjer	17
2.3	Utviklingen av metoder og vilkår	19
2.3.1	Om vedtak om metoder og vilkår	19
2.3.2	Aktørene og vedtaksprosessen.....	20
2.4	ACERs rolle i utviklingen av metoder og vilkår	22
2.4.1	Endringskompetanse.....	23
2.4.2	Uenighet eller forespørsel.....	23
2.5	Gjennomføring av metoder og vilkår.....	24
2.6	Oppsummering.....	26
3	ACERS VEDTAKSMYNDIGHET	27
3.1	Innledning	27
3.2	Kort om ACERs sammensetning og struktur.....	28
3.2.1	Regulatorstyret og administrativt styre.....	28
3.2.2	ACERs interne klageorgan	32
3.3	Delegering av myndighet til EUs desentraliserte byråer	35
3.3.1	Desentraliserte EU-byråer	35
3.3.2	Utgangspunktet for delegering av myndighet	37
3.3.3	Meroni-doktrinen.....	39
3.4	ACERs myndighet og oppgaver	43
3.4.2	ACERs myndighet til å treffe individuelle vedtak	45
3.4.3	Vedtak om metoder og vilkår	48
3.5	Rettslig overprøving av ACERs vedtak om metoder og vilkår	50
3.5.1	Board of Appeals kontrollkompetanse	50
3.5.2	EU-domstolens prøvingsintensitet.....	57
3.6	Oppsummering.....	58

4	KONTROLL AV ACERS VEDTAK OM METODER OG VILKÅR	60
4.1	Innledning	60
4.2	Kontroll og domstolsprøving av byråenes vedtak	61
4.2.1	Et todelt system for kontroll for EU-byråer.....	61
4.2.2	Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.....	62
4.3	Administrativ overprøving av ACERs vedtak	65
4.3.1	Klageorganets kompetanse og kontroll av ACERs vedtak.....	65
4.3.2	Board of Appeals faktiske kompetanse	67
4.3.3	Board of Appeals rolle som uavhengig kontrollorgan.....	70
4.3.4	Analyse av klageorganets kontroll	72
4.3.5	De faktiske utfallene av ankebehandlingen i Board of Appeal	77
4.4	EU-domstolen	82
4.4.1	Innledning	82
4.4.2	EU-domstolens kontroll av klageorganets vedtak	83
4.4.3	Statistikk over EU-domstolens avgjørelser	85
4.4.4	Analyse av EU-domstolens kontroll.....	88
4.5	Oppsummering.....	89
5	ACERS KOMPETANSE SETT I LYS AV KONTROLLMEKANISMENE	92
5.1	Innledning	92
5.2	Forholdet mellom Board of Appeal og EU-domstolen.....	92
5.2.1	Utfallene i Board of Appeals etter Aquind-avgjørelsen	92
5.3	Tidsfristene	96
5.4	De faktiske «konsekvensene» av det todelte systemet for anker av vedtak om metoder og vilkår	98
5.5	Oppsummering.....	99
6	HOVEDKONKLUSJONER OG AVSLUTTENDE TANKER.....	101
7	LITTERATURLISTE	106
Norsk rett.....		106
Lovtekst.....		106
Forarbeid og annen norsk rett		106
Norsk rettspraksis.....		106
Internasjonal rett.....		106
Traktater.....		106
Direktiver		107
Forordninger		108
Beslutninger fra EØS-komiteen		112
Rettspraksis fra EU-domstolen		112
Forslag til avgjørelser fra Generaladvokaten		115
Dokumenter fra EU-kommisjonen.....		115
Rådsnotat.....		116
Vedtak fra ACER.....		116

Vedtak fra ACERs klageorgan.....	117
Vedtak fra ERAs klageorgan	118
Uttalelser og dokumenter av ACER og Board of Appeal.....	118
Litteratur.....	119
Nettsider	125
8 VEDLEGG.....	127

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er kontroll av Den Europeiske Unions (EU) energibyrå ACERs¹ vedtak om metoder og vilkår. Metoder og vilkår (også kalt «TCM»)², utfyller og sikrer gjennomføring av de bindende retningslinjene³ vedtatt som kommisjonsforordninger. Utfyllingen av retningslinjene på denne måten skal sikre trinnvis harmonisering av kraftmarkedet i EU ved at de vedtas på ulike nivåer.⁴ Offentlige og private aktører deltar i utviklingen av vedtaket der vedtaket skal gjelde – en prosess som skal sikre fleksibilitet⁵ og nærhet til regelutviklingen.⁶

Vedtaket om metoder og vilkår er betydningsfulle for flere aktører, og pålegger både offentlige og private aktører plikter i vedtakelses- og gjennomføringsprosessen. Dette understreker viktigheten av tilgjengelige, virkningsfulle og uavhengige kontrollmekanismer.

Problemstillingen for avhandlingen er i hvilken grad det todelte systemet med Board of Appeal (heretter BoA) som første klageinstans og Den Europeiske Unions Domstol (heretter EU-domstolen) som andre klageinstans, sikrer en effektiv kontroll av ACERs vedtak om metoder og vilkår.

Kontrollmekanismene kan deles inn i flere kategorier, hvor etterhåndskontroll er sentral i denne avhandlingen.⁷ De løpende kontrollmekanismene er typisk ACERs interne prosedyrer som følger av bestemmelsene i opprettelsesforordningen.⁸ Dette er for eksempel de nasjonale

¹ ACER står for «Agency for the Cooperation of Energy Regulators» og ble opprettet gjennom Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009 (ACER-forordningen 713/2009), nå erstattet av Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2019/942 (ACER-forordningen 2019/942).

² «TCM» er forkortelsen for «terms, conditions, methodologies». Se for eksempel Kommisjonsforordning (EU) 2015/1222 om fastsettelse av retningslinjer for kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering (CACM-retningslinjen) art. 9 hvor begrepet er brukt. I avhandlingen vil begrepene «vedtak om metoder og vilkår», «metoder og vilkår» og «TCM» bli brukt om hverandre.

³ Av engelske «guidelines», som er brukt iblant annet Revidert Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2019/943 (Elforordningen), se fortalens punkt 9. En direkte oversettelse vil være «retningslinjer» som i sin naturlige språklige forståelse kan forstås som ikke-bindende anbefalinger. «Retningslinjer» og «guidelines» er i denne oppgaven og sammenheng ment som bindende regelverk.

⁴ Europeisk, regionalt og nasjonalt nivå.

⁵ Tanase (2018).

⁶ Dyrby (2021) s. 1.

⁷ Busuioc (2013) s. 51–53 deler kontrollmekanismene inn i tre kategorier. Se punkt 3.3.3 i avhandlingen.

⁸ Bekkedal (2018) s. 205.

reguleringsmyndighetenes stemmerett i vedtakelsesprosesser.⁹ Typisk vil det også utøves en form for forhåndskontroll av byråets myndighet ved utarbeidelse og revisjon av EU-lovgiving som oppsetter rettslige rammer for denne myndigheten. Mekanismene for etterhåndskontroll av ACERs vedtak, er det interne klageorganet BoA samt domstolskontroll.

I sammenheng med undersøkelsen av kontrollmekanismene, er det viktig å klarlegge ACERs faktiske adgang til å fatte og delta i beslutninger. Dette vil understreke i hvilken grad ACER kan fatte vedtak som påvirker aktørene, og igjen gi en forståelse av hvilken kompetanse ACER sitter med. Dersom kontrollmekanismene er avskåret fra å inneha samme kompetanse som ACER, sitter ACER igjen med en betydelig kompetanse over utviklingen av det regulatoriske regelverket for energimarkedet i EU, uten at aktørene er sikret en rettfærdig ankeprosess. Avhandlingen vil derfor analysere ACERs deltakelse i utviklingen av det regulatoriske regelverket og analysere rekkevidden av byråets vedtaksmyndighet.

Avhandlingen vil videre undersøke hvem som kan påklage ACERs vedtak om metoder og vilkår, samt hva som kan overprøves av BoA og EU-domstolen. Ved å analysere ACERs involvering i utviklingen av metoder og vilkår vil man få kartlagt i hvilken grad ACER er involvert i utviklings- og implementeringsprosessen selv når ACERs beslutningsmyndighet formelt ikke har trådt inn.¹⁰ Gjennomgang av vedtak fra ACER i lys av avgjørelser fra BoA og EU-domstolen vil danne grunnlaget for analysen av kontrollens effektivitet ved å se på den faktiske prøvingsintensiteten.

Avhandlingens formål er å kartlegge rekkevidden av ACERs vedtakskompetanse i utviklingen av metoder og vilkår samt belyse i hvilken grad etterhåndskontrollen sikrer en «effektiv kontroll» av vedtakene.

1.2 Effektiv kontroll

Dette delkapitlet vil klarlegge hva som menes med «effektiv kontroll» i problemstillingen. I denne oppgaven er det som nevnt etterhåndskontroll som er det sentrale. Delegasjon av myndighet til ulike EU-organer er hensiktsmessig, men kun dersom myndigheten kan kontrolleres

⁹ ACER-forordningen 2019/942 art. 22 (1), jf. art 21 (1) bokstav a.

¹⁰ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2).

på en «effektiv» måte.¹¹ Etterhåndskontrollen av vedtakene til ACER skjer i et todelt system. Oppgaven vil undersøke i hvilken grad det todelte systemet med BoA som første klageinstans og EU-domstolen som andre klageinstans, sikrer en «effektiv kontroll» av ACERs vedtak om metoder og vilkår.

Ordet «effektiv» betyr isolert sett virkningsfullt, og illustrerer godt hva som ligger bak en «effektiv kontroll».¹² Kontrollen av ACERs vedtak av metoder og vilkår må være virkningsfull og klageorganet og EU-domstolen må oppfylle sin rolle som ankeorganer på en tilfredsstillende måte.

Prinsipper som retten til effektiv rettergang og retten til effektiv forvaltning er viktige momenter når man skal undersøke om kontrollen av ACERs vedtak er «effektiv».

1.2.1 Prinsippet om effektiv rettergang og effektiv forvaltning

Artikkel 47 i Charter of Fundamental Rights of the European Union (EU-charteret) sikrer alle EUs innbyggere rett til et effektivt rettsmiddel og rettferdig rettergang innen rimelig tid. Av bestemmelsens andre ledd fremgår det at «Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented».

Av Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TFEU)¹³ artikkel 263 første ledd kommer det at EU-domstolen skal kontrollere «the legality» av «acts of bodies, offices or agencies intended to produce legal effects vis-à-vis third parties». EU-domstolen kan derfor kontrollere vedtakene til ACER, men er etter ordlyden kun pliktig til å vurdere «the legality». Dommerne i EU-domstolen skal være uavhengige «beyond doubt»¹⁴ og må avlegge ed på at hen skal utføre sine plikter upartisk og samvittighetsfullt.¹⁵ Domstolen er bundet av EU-charteret artikkel 47 og dermed pliktig til å være uavhengig og upartisk. Behandlingen i domstolen skal også være rettferdig og offentlig og finne sted innen rimelig tid.¹⁶

¹¹ Sak C-9/56 *Meroni* s. 152 og sak C-270/12 *ESMA* avsnitt 53.

¹² Nilstun (2021).

¹³ Treaty on the Functioning of the European Union.

¹⁴ TFEU art. 253 første ledd første punktum.

¹⁵ Statue of the Court of Justice of the European Union art. 2, jf. TFEU art. 281.

¹⁶ EU-charteret art. 47 (2).

Et effektivt rettsmiddel etter artikkel 47 er altså uavhengig, upartisk og skal sikre at behandlingen i domstolen skjer innen rimelig tid. EU-domstolen skal vurdere «the legality» av «acts of bodies, offices or agencies intended to produce legal effects vis-à-vis third parties» etter TFEU artikkel 263 første ledd uavhengig, upartisk og tidseffektivt, jf. EU-charteret artikkel 47.

De administrative klageorganene i EUs byråer faller imidlertid, dersom de ikke er å anse som en domstol, utenfor ordlyden av EU-charteret artikkel 47. EU-charteret artikkel 47 gjelder «tribunal previously established by law». Dette betyr likevel ikke at BoAs administrative kontroll ikke er knyttet til retten til et effektivt rettsmiddel.¹⁷ Bestemmelsen i artikkel 47 er viktig når man vurderer samspillet mellom BoA og EU-domstolen. Dersom EU-domstolen er avskåret fra å vurdere alle sidene av vedtakene, er det viktig at BoA fungerer som kontrollorgan for at aktørenes rettigheter skal være beskyttet.¹⁸ Avhandlingen vil undersøke BoAs rolle som støtte for effektivt rettsvern gjennom sin rolle som kontrollorgan, og vil også undersøke i hvilken grad EU-charteret artikkel 47 kan gjelde direkte for klagenemden.

Selv om BoA ikke skulle være direkte bundet av EU-charteret artikkel 47, er EU-charteret artikkel 41, som skal sikre retten til god forvaltning, bindende for ACER og dermed BoA.¹⁹ Bestemmelsen sier at “every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions, bodies, offices and agencies of the Union”.²⁰ Denne bestemmelsen kommer til syne gjennom ACER-forordningen i fortalens punkt 33, 34 og 35. Her påpekes det at ACER skal sikre at byråets reguleringsmessige funksjoner gjennomføres effektivt, transparent, veloverveid og uavhengig.²¹ Prosessene for beslutningstaking skal være tidseffektive, og avgjørelsene skal treffes i tråd med prinsippene om rettferdighet, transparens og rimelighet.²² Bestemmelsen har likheter med artikkel 47. Det er viktig med upartiskhet, uavhengighet og tidseffektivitet.

¹⁷ Ritleng (2022) s. 299. Se også punkt 4.2.2 hvor dette behandles.

¹⁸ En vil uten klagenemdene ikke ha muligheten for å få sin sak hørt med mindre det kun er anførsler som berører «the legality» ved ACERs myndighetsbruk.

¹⁹ EU-charteret art. 41 (1), jf. ACER-forordningen 2019/942 art. 25 (1).

²⁰ EU-charteret art. 41 (1).

²¹ ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 33.

²² ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 34 og 35.

Artikkel 41 oppstiller også enhvers rett til å bli hørt før det iverksettes individuelle tiltak som kan påvirke negativt²³, enhvers rett til å få tilgang på sitt arkiv samtidig som legitime interessene for konfidensialitet og yrkes- og forretningshemmeligheter bli respektert²⁴ og administrasjonens plikt til å begrunne sine avgjørelser.²⁵ Tredje og fjerde ledd oppstiller EUs erstatningsplikt samt retten til å få svar på sitt språk.

I denne avhandlingen vil prinsippene som artikkel 41 og 47 oppstiller, være svært sentrale. Med «effektiv kontroll» menes det i denne sammenheng at kontrollmekanismene som overprøver ACERs vedtak skal sikre at vedtakene er i overenstemmelse med prinsippene om retten til effektive rettsmidler og retten til god forvaltning, jf. EU-charteret artikkel 41 og 47. Dette innebærer at de to kontrollmekanismene som undersøkes, EU-domstolen og BoA, må være i tråd med prinsipper om uavhengighet, transparens og rettferdighet samt at lovligheten av vedtakene sikres, jf. TFEU artikkel 263 og ACER-forordningen fortale punkt 33-35. Kontrollmekanismene må også være tilgjengelige for de som er berørt av vedtakene og behandle sakene innen rimelig tid.

Avhandlingen vil derfor redegjøre for EU-charterets artikkel 47 betydning for det todelte kontrollsystemet i lys av artikkel 41. ACERs vedtaksmyndighet vil undersøkes, og de prosessuelle reglene for overprøving i klageorganet og EU-domstolen vil belyses i lys av prinsippene oppstilt i EU-charteret. Ettersom de prosessuelle reglene ikke forteller noe om de faktiske utfallene av klage- og ankeprosesser, må også avgjørelser fra ACER, BoA og EU-domstolen undersøkes når man analyserer den «effektive kontrollen». Her vil også kontrollmekanismenes tidsbruk, være avgjørende for konklusjonen.

Et annet moment som må klarlegges, er i hvilken grad utfallene fra de to klageorganene korrelerer med hverandre. I denne sammenheng er det viktig å få analysert den faktiske uavhengigheten til det interne klageorganet i ACER. Dersom klageorganet fungerer som en forlengelse av ACERs myndighet ved å i stor grad videreføre ACERs vedtak uten tilstrekkelig begrunnelse, vil det være nærliggende å forstå det slik at det interne klageorganet ikke er i overenstemmelse med prinsippene om uavhengighet, jf. EU-charteret artikkel 41. Aktører vil da stå

²³ EU-charteret art. 41 (2) bokstav a.

²⁴ EU-charteret art. 41 (2) bokstav b.

²⁵ EU-charteret art. 41 (2) bokstav c.

igjen med EU-domstolen som eneste reelle klageinstans. EU-domstolen skal sikre lovligheten av vedtaket og prøver følgelig ikke alle sidene av vedtakene, jf. TFEU artikkel 263 første ledd. Dette er i så fall et forhold mellom de to klageorganene som ikke nødvendigvis sikrer aktørene effektive rettsmidler etter EU-charteret artikkel 47. Denne analysen må gjennomføres i lys av utfall og prøvingsintensitet fra faktiske saker i BoA og EU-domstolen.²⁶

1.3 Aktualitet og avgrensinger

De siste årene har Rådet og Europaparlamentet opprettet flere byråer i økende grad, og tendensen er at byråene tildeles mer myndighet.²⁷ Utviklingen skyldes at EU stadig preges av et mer komplekst og økende regelverk på ulike spesialiserte områder, deriblant på energiområdet.²⁸ Disse byråene, «agencies» på engelsk, er i flere tilfeller tildelt myndighet fra EUs institusjoner. Byråene er geografisk spredt i forskjellige Europeiske byer, og hindrer sånn sett at all myndighet EU innehar, samles i Brussel.²⁹ ACERs hovedkontor er lokalisert i Slovenias hovedstad, Ljubljana.

For å forstå byråenes rolle, må man også forstå byråenes begrensninger. Meroni-doktrinen, utledet etter sak C-9/56 *Meroni* fra 1958, er den grunnleggende ulovfestede skranken for delegering av myndighet til enkelte EU-byråer. I sak C-9/56 *Meroni* påpekte dommerne at andre organer kan tildeles «clearly defined executive powers» hvis myndigheten kan være «subject to strict review in the light of objective criteria».³⁰

Avhandlingen undersøker kontrollen av ACERs myndighet. Som nevnt innledningsvis kan kontroll av byråer deles inn i flere kategorier, blant annet kontroll gjennom nasjonal deltakelse i regulatorstyre og tildeling av midler.³¹ I denne oppgaven er etterhåndskontroll, i form av administrative og juridiske kontrollmekanismer, det sentrale. Det avgrenses derfor mot andre typer kontrollmekanismer. Avhandlingen vil derfor undersøke kontrollen av ACERs vedtak gjennom en analyse av de to sentrale kontrollmekanismene for etterhåndskontroll, BoA og EU-domstolen. Det vil følgelig ikke bli redegjort for ACERs oppgaver i forbindelse

²⁶ Se kapittel 4.

²⁷ Chamon (2016) s. 7.

²⁸ Scholten (2020) s. 1.

²⁹ Byråene *desentraliseres*.

³⁰ Sak 9-56 *Meroni* s. 152.

³¹ Busuioc (2013) s. 56.

med andre prosesser enn prosessene for vedtak og involvering i utvikling og gjennomføring av metoder og vilkår.

En av ACERs primære oppgaver er å sørge for samarbeid (*cooperation*) mellom de europeiske reguleringsmyndighetene for energi.³² For å forstå ACERs rolle og vedtaksmyndighet, må byråers delegerte myndighet undersøkes. Avhandlingen vil derfor analysere de generelle skrankene for tildeling av myndighet, men ellers vil det avgrenses mot en større redegjørelse for utviklingen av byråer i EU og byråenes oppgaver sådan. Det er følgelig kun kontrollen av ACERs vedtak som undersøkes, men andre avgjørelser kan være relevante i den grad de har overføringsverdi eller klargjør tolkningen av ulike rettsakter.

Stortinget samtykket i 2018 til innlemmelse av tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen.³³ Norge deltar på denne måten i ACER, men den påfølgende energimarkedspakken, «Clean Energy for all Europeans» (fjerde energimarkedspakke), er ikke innført i norsk rett. Fjerde energimarkedspakke er merket som EØS-relevant, har vært ute på høring og er nå under behandling av Olje- og energidepartementet.³⁴

I lys av norsk deltakelse har det vært stor diskusjon om myndighetsoverføring og suverenitets-spørsmål. I forbindelse med implementeringen av tredje energimarkedspakke gikk interesseorganisasjon *Nei til EU* til søksmål mot staten med påstand om at Norges tiltredelse til EUs tredje energimarkedspakke avstår suverenitet i en slik grad at det skulle vært vedtatt med 3/4 flertall i Stortinget etter Grunnloven § 115. Saken ble avgjort i lagmannsretten med samme resultat som i tingretten, hvor staten fikk fullt medhold i at det ikke var snakk om en mindre og lite inngripende myndighetsoverføring og at et alminnelig flertall på Stortinget etter Grunnloven § 26 andre ledd var tilstrekkelig for å samtykke.³⁵ Det vil ikke redegjøres videre for spørsmål og problemstillinger knyttet til myndighetsoverføring eller Norges deltakelse i ACER.

³² ACER-forordningen 2019/942 art. 1 (2).

³³ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017.

³⁴ Olje- og energidepartementet høringsrunde fjerde energipakke (2020).

³⁵ Sak 22-012528ASD-BORG/02 fra Borgarting Lagmannsrett 07.12.2022.

I denne avhandlingen vil det indre kraftmarkedet være det sentrale, og det avgrenses redegjørelse av de prosessuelle reglene for gassmarkedet.³⁶ Vedtak fattet av ACER som er hjemlet i rettsakter som gjelder gassmarkedet, vil dog ha betydning for undersøkelsen og analyseringen av kontrollmekanismene.

Oppgaven vil videre ha et rent EU-rettslig perspektiv, og det vil følgelig avgrenses mot problemstillinger knyttet til EØS- og nasjonal rett.³⁷

1.4 Rettskilder og metode

Ettersom oppgaven har et EU-rettslig perspektiv, er det EU-rettslig metode være gjeldende for tolkningen av EU-retten. En vil da ta utgangspunkt i den aktuelle rettsaktens ordlyd i lys av tolkningsprinsippene kontekst og formål.³⁸ Forarbeider er lite brukt i EU-retten og de har lavere rettskildeværdi enn forarbeider i norsk rett.³⁹ EU-domstolens praksis er derfor svært relevant, da EU-domstolen innehar kompetansen til å tolke EU-retten.⁴⁰ Ettersom formålet og hensynet bak regelverket står sterkt, er også fortalen til Traktaten om Den europeiske union, (heretter TEU)⁴¹ og TFEU viktige kilder da fortalen forteller traktatens formål. Dette gjelder også fortalene i forordninger og direktiver da de forteller oss kontekst og formål for disse rettsaktene.

De mest sentrale rettskildene i avhandlingen er rettsaktene fra tredje- og fjerde energimarkedspakkene. Dette har tradisjonelt blitt definert som EU-rettslig sekundærrett.⁴² EU-rettslig sekundærrett tolkes i lys av primærretten; TFEU og TEU. EU-rettslig sekundærrett består ho-

³⁶ Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/692 av 17. april 2019 (Gassmarkedsdirektiv 2019/692) og Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 715/2009 av 13. juli 2009 om vilkår for tilgang til overføringsnett for naturgass og om oppheving av forordning (EF) nr. 1775/2005 (Gassforordningen 715/2009).

³⁷ Se Dyrby (2021) for en redegjørelse av Norges deltakelse i ACER.

³⁸ Christiansen (2022).

³⁹ Dette som følge av at EU-domstolen i liten grad bruker forarbeidene i sin rettsstolkning sammenlignet med norske domstoler.

⁴⁰ TEU art. 19 og TFEU art. 267.

⁴¹ Treaty on European Union.

⁴² Regelverk som utfyller og gjennomfører hovedreglene i EUs traktatbestemmelser.

vedsakelig av direktiver og forordninger samt beslutninger. En forordning har direkte bindende effekt, og skal gjennomføres slik den er vedtatt.⁴³ Et direktiv setter rammene for mål, betingelser og krav som EU-landene selv må utforme innen en bestemt frist.⁴⁴

En kan likevel diskutere om nettkoder⁴⁵, retningslinjer og vedtak om metoder og vilkår er å regne som sekundærrett, da de er hjemlet i sekundærrett. Et alternativ hadde vært å klassifisere disse rettsaktene som «tertiærrett».⁴⁶ Et slikt skille vil ha betydning ved for eksempel motstrid mellom regler. Et spørsmål vil da være om reglene i en retningslinje eller nettkode, som har sitt utgangspunkt i Elforordningen 714/2009 artikkel 6-10, og ikke i TFEU og TEU slik som «tradisjonell» sekundærrett, må vike ved motstrid mellom reglene.

Ettersom oppgaven har et EU-rettslig perspektiv, er det reviderte rettsakter fra fjerde energimarkedspakke som er relevante i de tilfeller rettsakter fra tredje energimarkedspakke er revidert. Det er da snakk om eldirektivet 2019/944, elforordningen 2019/943 og ACER-forordningen 2019/942. Tilsvarende forordninger fra før revidering er eldirektivet 2009/72/EF, elforordningen 714/2009 og ACER-forordningen 713/2009. Det er de reviderte rettsaktene som er de som er gjeldende, men for vedtak eller saker som undersøkes og som er fattet etter tidligere rettsakter, vil de eldre rettsaktene være relevante for oppgaven. Viktige endringer i rettsaktene vil presenteres fortløpende i teksten dersom det er relevant.

Spesielt sentralt er de fire retningslinjene vedtatt etter Elforordningen 714/2009. Disse presenteres videre i punkt 2.2. Under disse retningslinjene skal nasjonale reguleringsmyndigheter vedta metoder og vilkår som er utarbeidet av Transmission System Operators (TSO)⁴⁷. I enkelte tilfeller er det ACER som får vedtaksmyndighet til å fatte vedtak om metoder og vilkår, og det er disse vedtakene som er relevante for avhandlingen.⁴⁸ Også andre enkeltvedtak fattet av ACER vil undersøkes i den grad det er relevant for oppgavens tema. Oppgaven vil gjøre en analyse av den rettslige kontrollen for ACERs vedtak om metoder og vilkår, og det vil derfor ikke være tilstrekkelig å undersøke den materielle jussen i form av lovfestet rett. Rettspraksis

⁴³ Europeiske Union (1).

⁴⁴ Europeiske Union (1).

⁴⁵ Kalles også «nettverkskode» etter det engelske begrepet «network codes».

⁴⁶ Se Cerre (2022) s. 105.

⁴⁷ Transmisjonsnettet er det landsdekkende hovednettet for elektrisk kraft (tidligere kalt sentralnettet i Norge). TSO er aktøren som er systemansvarlig for transmisjonsnettet.

⁴⁸ Se punkt 3.4.3 for redegjørelse av ACERs vedtaksmyndighet i disse tilfellene.

fra EU-domstolen og praksis fra ACERs regulatorstyre og ACERs klageorgan vil være viktige rettskilder.

I forbindelse med avhandlingen er samtlige av ACERs individuelle vedtak undersøkt.⁴⁹ Avgjørelser fattet frem til 31. desember 2022 er undersøkt og telt med i statistikk, og arbeidet blir lagt ved som vedlegg til oppgaven.⁵⁰ I forbindelse med arbeidet er det kartlagt om vedtaket er å regne som metoder og vilkår, og i så fall i hvilken av de fire retningslinjene vedtaket er hjemlet i. Det er undersøkt om vedtaket ble anket videre til BoA, hvem som eventuelt anket vedtaket og utfallet i BoA. Videre er all praksis i forbindelse med videre anke til EU-domstolen, undersøkt. Også her undersøkes det hvem som har anket vedtaket inn for Underretten og eventuelt høyeste instans, Domstolen.

Vedtakene til ACER er offentlig tilgjengeliggjort på deres egen nettside.⁵¹ Det samme gjelder vedtak fra BoA.⁵² Det er disse dokumentene som danner grunnlaget for dataene som er samlet inn ettersom dette er de offisielle avgjørelsene. Disse er utarbeidet på engelsk, og for rettsaktene som ikke er gjennomført i norsk rett gjennom EØS, vil de engelske versjonene danne grunnlaget for redegjørelser. For supplerende av ordlydstolkning kan utgaver på de andre offisielle EU-språkene brukes, da disse er likestilt med engelsk versjon.⁵³

1.5 Videre fremstilling

I kapittel 2 vil ACERs involvering i utvikling og gjennomføring av metoder og vilkår undersøkes. Kapitlet starter med en redegjørelse av det aktuelle regelverket: nettkoder og retningslinjer under punkt 2.2. I punkt 2.3 redegjøres det for metoder og vilkår og utviklingsprosessen for dette regulatoriske regelverket. Her vil også aktørene som deltar i prosessen presenteres. Punkt 2.4 vil forsøke å gi et overblikk over ACERs deltakelse i prosessen.

⁴⁹ Vedtak fattet etter ACER-forordningen 2019/942 art. 2 bokstav d og tidligere ACER-forordning 713/2009 art. 4 bokstav d.

⁵⁰ Vedlegg 1. Vedleggene er utarbeidet i engelsk språkversjon da dette er ACERs arbeidsspråk.

⁵¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 24 (1) bokstav c.

⁵² ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (6).

⁵³ Regulation No 1 art. 1, jf. TFEU art. 342.

I kapittel 3 klarlegges ACERs vedtaksmyndighet. Her vil ACERs sammensetning og struktur presenteres for å gi et bilde på hvordan og hvem som fatter ACERs vedtak. For å forstå hvilken myndighet ACER kan inneha, må man undersøke skrankene for tildeling av myndighet til byråer. I punkt 3.3 undersøkes det i hvilken grad et *desentralisert* EU-byrå kan inneha myndighet, og skrankene for denne myndigheten redegjøres for her. Videre vil ACERs myndighet konkret undersøkes i punkt 3.4. Her redegjøres det også kort for ACERs eventuelle andre oppgaver. I punkt 3.5 presenteres de aktuelle kontrollmekanismene for ACERs myndighet, og deres kontrollkompetanse og tildelte prøvingsintensitet klarlegges. Under dette punktet undersøkes det også hvem som kan påklage vedtak av ACER til henholdsvis BoA og EU-domstolen. Videre vil det være viktig å undersøke hvilken rolle BoA innehar og klassifisere i hvilken grad klageorganet kan regnes som en domstol. Dette har betydning for om BoA er underlagt kravet til effektiv rettergang i EU-charteret artikkel 47.

I kapittel 4 vil det todelte systemet for kontroll redegjøres for. Svært mange desentraliserte byråer er underlagt kontroll av et slikt todelte system, og kapitlet vil redegjøre for hvordan dette todelte systemet i teorien skal sikre prinsippet om retten til effektiv rettsbeskyttelse. Videre i punkt 4.2.2 undersøkes det i hvilken grad EU-charteret artikkel 47 kan være direkte gjeldende for BoAs og i hvilken grad EU-charteret artikkel 41 kan sikre aktørene samme rettigheter i BoA som for domstolen. Videre i punkt 4.3 vil BoAs administrative prøving undersøkes. Da er det viktig å undersøke de prosessuelle reglene som gir BoA myndighet til å prøve vedtakene. Videre vil BoAs uavhengighet undersøkes. Uavhengighet er et viktig moment når den «effektive kontrollen» skal vurderes. I punkt 4.3.4 og 4.3.5 vil BoAs kontroll analyseres ved hjelp av rettspraksis og avgjørelser fattet av ACER og BoA selv. I punkt 4.4 undersøkes kompetansen til EU-domstolen på samme måte. Først vil de prosessuelle reglene gjennomgås før statistikk av EU-domstolens avgjørelser presenteres og dette analyseres.

I kapittel 5 vil ACERs samlede kompetanse klarlegges. Forholdet mellom BoA og EU-domstolen er kritisk med tanke på om aktørene er sikret en «effektiv kontroll» av vedtak de er berørt av. Det er avgjørende at forholdet mellom de to kontrollmekanismene er dynamisk. Med et dynamisk forhold menes det at de to kontrollmekanismene utfyller og kontrollerer hverandre. I kapittel 5 vil de faktiske utfallene fra BoA og EU-domstolen gi grunnlag for å vurdere hvilken kompetanse ACER sitter igjen med når ankemulighetene er uttømt. Her vil også de

eventuelle konsekvensene av det todelte systemet belyses, både med tanke på BoAs uavhengighet sett i lys av deres utvidede prøvingsintensitet⁵⁴, men også tidsfrister og konsekvenser av dette.

I kapittel 6 vil hovedkonklusjoner og avsluttende refleksjoner presenteres.

⁵⁴ Sett i forhold til EU-domstolens prøvingsintensitet.

2 ACERs involvering i utvikling og gjennomføring av metoder og vilkår

2.1 Innledning

I 2019 ble en ny lovgivningspakke for energi (energipakke) vedtatt av Europakommisjonen. Fjerde energimarkedspakke ble vedtatt i lys av blant annet Parisavtalen som et steg i retning bort fra fossilt brennstoff og over til fornybare energikilder. Klimahensynet står svært sentralt, og det etableres regler som gir fornybar kraftproduksjon markedsadgang med konkurranse-dyktige vilkår ettersom flere land i Europa har en svært etablert produksjon av ikke-fornybart kull og gass.⁵⁵ De fornybare energikildene er ofte variable kraftkilder som igjen kan føre til lavere forsyningssikkerhet, og reglene må derfor tilpasses denne typen produksjon for at disse i det hele tatt skal ha markedsadgang på lik linje med mer stabile energikilder.⁵⁶ Tredje energimarkedspakke bestod primært av regler som var tilpasset storskalaproduksjonsanleggene av energi fra kull og gass. Den fjerde pakken består av fire forordninger⁵⁷ og fire direktiver⁵⁸ som kun er relatert til kraftmarkedet, og er derfor å anse som et nødvendig steg i retningen mot et fleksibelt kraftmarked.⁵⁹

For å nå disse målene i energisektoren, er man avhengig av regler som fremmer produksjon og distribusjon av fornybar energi over store geografiske områder med ulikt teknisk utgangspunkt og som bidrar til å supplere det indre markedet.⁶⁰ Av nettopp den grunn er EU avhengig av tekniske regler som består av blant annet vedtak om metoder og vilkår, og at det foregår en viss grad av effektiv kontroll av vedtakene som utvikles når aktørene ser det som nødvendig. Vedtakene utvikles av blant annet private aktører med ulike utgangspunkt i form av økonomi og andre ressurser.

⁵⁵ ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 3.

⁵⁶ COM(2016) 861 s. 2.

⁵⁷ Regulation (EU) 2018/1999, Regulation (EU) 2019/943, Regulation (EU) 2019/941 og Regulation (EU) 2019/942.

⁵⁸ Directive (EU) 2018/844, Directive (EU) 2018/2001, Directive (EU) 2018/2002 og Eldirektivet 2019/944 (EU) 2019/944.

⁵⁹ COM(2016) 861 s. 4.

⁶⁰ Eldirektivet 2019/944 fortalens punkt 3.

I dette kapitlet vil det redegjøres for retningslinjer og nettkoder samt for utviklingsprosessen for metoder og vilkår. De viktigste aktørene i prosessen er også presentert her. ACERs involvering i utvikling og gjennomføring av det regulatoriske regelverket vil også analyseres. Kapitlet vil klarlegge i hvilken grad ACER kan være en betydelig aktør i utviklingen av vedtak om metoder og vilkår.

2.2 Retningslinjer og nettkoder

2.2.1 Utviklingen og vedtakelsen av retningslinjer og nettkoder

Nettkoder og bindende retningslinjer⁶¹ er tekniske regler knyttet til utveksling av kraft og gass på tvers av landegrenser, tilknytningsregler og cybersikkerhet vedtatt som kommisjonsforordninger. Hjemmelen for dette regulatoriske regelverket kom med tredje energimarkedspakke og er en viktig utvidelse fra andre energimarkedspakke.⁶² Strukturen for utviklingen av grensekryssende regler ble da endret; ENSTO-E⁶³ og ACER var nye nøkkelinstitusjoner i utviklingen av reglene. Tidligere har reguleringen av utvekslingen av kraft over landegrenser vært basert på frivillig og avtalebasert samarbeid mellom landene.⁶⁴

Nettkodene og retningslinjene kan deles inn i tre ulike grupper⁶⁵:

- markedskoder
- driftskoder
- tilknytningskoder.

Det er også en nettkode under utvikling, Network Code on Cybersecurity, som vil stå alene i en fjerde gruppe som skal dekke cybersikkerhetskodene.⁶⁶ Network Code on Cybersecurity forventes å tre i kraft januar 2024.⁶⁷ Dette er per desember 2022 den eneste nettkoden som er under utvikling etter ikrafttredelsen av fjerde energimarkedspakke. Markedskodene tilrettelegger for et helhetlig europeisk kraftmarked med økt konkurranse, desentralisering og effektiv

⁶¹ Heretter «retningslinjer».

⁶² Elforordningen 714/2009 art. 6-10.

⁶³ Av «European Network of Transmission System Operators». Som nevnt i punkt 1.3 vil fokuset ligge på ENSTO-E siden avhandlingen avgrensner mot rettsaktene som angår gassmarkedet.

⁶⁴ Regjeringen.no (2020).

⁶⁵ «The code families» er presentert på ENSTO-E's hjemmeside, jf. ENSTO-E (u.å).

⁶⁶ ENSTO-E (u.å).

⁶⁷ ENSTO-E (u.å).

utnyttelse av energiresurser og eksisterende infrastruktur. Driftskodene skal sørge for samarbeid mellom de europeiske TSOene. Tilknytningskodene oppstiller standardiserte krav til produksjon, forbruk og distribusjon.⁶⁸

Nettkodene og retningslinjene har noen likheter: de tillegges samme juridiske vekt da begge deler er vedtatt som kommisjonsforordninger, de er derav direkte gjeldende i medlemslandene⁶⁹, og vedtakelsesprosedyrene har til nå hatt samme formelle form.⁷⁰ Nettkoder og retningslinjer skiller seg imidlertid fra hverandre på enkelte punkter. De har ulike rettslige grunnlag, ulike grad av involvering av private aktører i utviklingsprosessen, ulikt tema og omfang og ulik endringsprosess. De iverksettes også på ulike måter. I motsetning til retningslinjer, skal nettkoder gjennomføres slik de er vedtatt i kommisjonsforordningene. Retningslinjene utfylles med egne vedtak om metoder og vilkår som presenteres i neste delkapittel.

Det er per 2022 blitt utarbeidet og vedtatt fire nettkoder:

- The Emergency & Restoration Code (ER).
- The Network Code on Requirements for Generators (RfG).
- The Demand Connection Code (DCC).
- The Network Code on High Voltage Direct Current Connections (HVDC).⁷¹

«ER» faller inn under driftskodene, mens de tre sistnevnte nettkodene ligger under tilknytningskodene.

Tilsvarende er det utarbeidet og vedtatt fire bindende retningslinjer:

- The Guideline on Capacity Allocation and Congestion Management (CACM).
- The Network Code on Forward Capacity Allocation (FCA).
- The Electricity Balancing Guideline (EB).

⁶⁸ NVE-RME (1).

⁶⁹ TFEU art. 288 (2).

⁷⁰ Florence School of regulation (2020).

⁷¹ Kommisjonsforordning 2017/2196 om nødsituasjon og gjenoppretting (ER), kommisjonsforordning 2016/631 om krav for nettilknytning av generatorer (RfG), kommisjonsforordning 2016/1388 om nettilknytning av forbruk (DCC) og kommisjonsforordning 2016/1447 om nettilknytning av HVDC-systemer og produksjonsparker tilknyttet via likestrømkabler (HVDC).

- The System Operation Guideline (SOGL).⁷²

CACM, FCA og EB er markedskoder. SOGL er en driftskode. Tabellen under viser fordelingen.

Tilknytning	Drift	Marked	Cybersikkerhet
Demand Connection Code	Emergency and Restoration	Forward Capacity Allocation	Network Code on Cybersecurity (under utarbeidelse)
Requirements for Generators	System Operations	Electricity Balancing	
High Voltage Direct Current Connections		Capacity Allocation & Congestion Management	

Nettkoder	Retningslinjer
-----------	----------------

Øverst er «kodefamiliene» presentert.⁷³ Inndelingen har ingen rettslig betydning og er primært for fremstillingens skyld.

FCA-retningslinjen skal sikre aktørene mot større prissvingninger i markedet. CACM-retningslinjen skal sørge for at det tilrettelegges for handel over landegrensar, effektiv utnyttelse av overføringsnettet og økt konkurranse. EB-retningslinjen skal sørge for balanse i kraftmarkedet, som igjen vil styrke forsikringssikkerheten. SOGL-retningslinjen er den eneste retningslinjen som ikke er en driftskode.⁷⁴ SOGL-retningslinjen skal sørge for sikker drift av kraftsystemet på tvers av landegrensene.⁷⁵

Utviklingen av nettverkskoder og retningslinjer skjer gjennom samarbeid fra flere aktører, deriblant markedsaktører, i tillegg til Kommisjonen, ACER og ENSTO-E. Aktørene har ulike

⁷² Kommisjonsforordning 2015/1222 om fastsettelse av retningslinjer for kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering (CACM), kommisjonsforordning 2016/1719 om fastsettelse av retningslinjer for langsiktig kapasitetstildeling (FCA), kommisjonsforordning 2017/1485 om fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnettet for elektrisk kraft (SOGL), kommisjonsforordning 2017/2195 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av elektrisk kraft (EB).

⁷³ ENTSO-E presenterer denne inndelingen av nettkoder og retningslinjer som «code families», se ENTSO-E (u.å).

⁷⁴ Dette er også retningslinjen som er knyttet til færrest anker mottatt av BoA, se punkt 4.3.1.

⁷⁵ NVE-RME (3).

roller innad i prosessen, se punkt 2.3.2. Prosessen for utviklingen av nettkoder og retningslinjer ble endret ved fjerde energimarkedspakke.

Førstegenerasjons nettkoder og retningslinjer ble vedtatt av Kommissjonen gjennom en særlig forskriftsprosedyre med kontroll («regulatory procedure with scrutiny»), en komitologiprosedyre, jf. elforordningen 714/2009 artikkel 6 (11) og 18 (5). Hensynet bak bruken av komitologiprosedyren var å fremme fleksibilitet samt effektivitet i vedtakelsesprosessen av det regulatoriske regelverket.⁷⁶

Nettkoder og retningslinjer vedtatt etter ikrafttreddelsen av elforordningen 2019/943 kommer ikke til å bli vedtatt gjennom en komitologiprosess, men som «delegated acts» eller «implementing acts» etter TFEU artikkel 290 og 291, jf. elforordning 2019/943 artikkel 58 (1).

«Implementing acts» er gjennomføringsbestemmelser (gjennomføringsrettsakter), mens «delegated acts» (delegerte rettsakter) er bestemmelser som utfyller eksisterende lovgivning.⁷⁷ Gjennomføringsrettsakter etter TFEU artikkel 291 vedtas for å sikre «uniform conditions for implementing legally binding Union acts» der det er behov for det, jf. bestemmelsens 2. punkt. Det er Kommissjonen som utarbeider forslag, hvor relevante aktører har mulighet til å uttale seg før Kommissjonen eventuell vedtar de implementerte rettsaktene.⁷⁸ Delegerte rettsakter etter TFEU artikkel 290 er «non-legislative acts» for å supplere eller endre «non-essential» elementer i rettsakten.

2.2.2 ACERs rolle i utviklingen av nettkoder og retningslinjer

Prosessen for utvikling av nettkoder består i hovedsak av tre steg⁷⁹:

1. Kommissjonen ber ACER utvikle ikke-bindende rammeretningslinjer som er grunnlaget for en eller flere nettkoder. Under tredje energimarkedspakke var hovedområdene regulert av elforordning 714/2009 artikkel 8 (6). Hovedområdene er nå regulert av elforordning 2019/943 artikkel 59

⁷⁶ Hancher (2020) s. 22

⁷⁷ Ved delegerte rettsakter vil Parlamentet og Rådet ha rettigheter til å nedlegge veto mot en delegert handling og/eller tilbakekalle delegeringen. Ved gjennomføringsrettsakter er det ikke vetorett.

⁷⁸ ENTSO-E, ACER, DSO-enheten og andre relevante aktører, jf. Elforordningen 2019/943 art. 61 (6).

⁷⁹ Webster (2021) s. 646

2. Kommisjonen godtar rammeverket og ber så ENSTO-E om å utvikle et utkast til nettverkskoden i samarbeid med markedsaktører, jf. artikkel 6 (6). Dette er nå regulert av elforordning 2019/943 artikkel 59 (10). Det skal dannes en komité med representanter fra ENTSO-E, ACER, en nylig dannet DSO-enhet⁸⁰, NEMO og andre interessenter.
3. ACER evaluerer nettkodeutkastet ENTSO-E har kommet med. Om ACER ikke var enig i utkastet, kunne det sendes tilbake til ENTSO-E med forslag til endringer, jf. elforordning 714/2009 artikkel 6. ENTSO-E kunne da velge om de ville ta ACERs innspill til følge, jf. artikkel 6 (8). Dette er nå endret. Etter elforordning 2019/943 kan ACER komme med sine innspill på utkastet til nettverkskoden og så sende utkastet med innspill direkte til Kommisjonen, jf. elektrisitetsforordning 2019/943 artikkel 59 (11).

ACERs rolle er rådgivende ovenfor Kommisjonen – hverken rammeverket ACER utvikler eller ACERs evaluering av ENTSO-Es utkast er juridisk bindende. Som nevnt over blir annengenerasjons nettkoder og retningslinjer vedtatt som «delegated acts» eller «implementing acts» etter TFEU artikkel 290 og 291, jf. elforordning 2019/943, jf. artikkel 58 (1), jf. artikkel 59 (1).

Det er noen endringer i prosessen etter fjerde energimarkedspakke som er verdt å belyse; ACER vil fortsatt utvikle det ikke-bindende rammeverket, og ENTSO-E skal fortsatt komme med et utkast til en nettverkskode, men ACER spiller en mer aktiv rolle i utviklingen av selve nettverkskoden. Dette kommer til uttrykk gjennom deltakelse i komitéen som nevnt i kulepunkt 2 samt muligheten til å sende utkastet direkte til Kommisjonen som nevnt i kulepunkt 3.⁸¹

Avhandlingen avgrensner mot videre vurdering av nettkoder, men avsnittet belyser at ACERs involvering i utviklingen av nettkoder består av rådgivende og veiledende utarbeidelser og anbefalinger selv om byråets rolle er mer aktiv etter den reviderte elforordningen.

⁸⁰ Se elforordning 2019/943 art. 53. Se forklaring av begrepet «DSO» i punkt 2.3.2.

⁸¹ Hancher (2020) s. 21.

Prosesen for utvikling av retningslinjer er ikke like kompleks som for nettkoder. Likevel har samtlige av første generasjons retningslinjer startet med elforordning 714/2009 artikkel 6 som utgangspunkt, før de har blitt endelig vedtatt under elforordning 714/2009 artikkel 18 gjennom komitologi.⁸² Etter artikkel 18 (3) hadde Kommisjonen en plikt til å konsultere ENTSO-E og ACER, og prosessen måtte ikke nødvendigvis engasjere interessenter på samme måte som ved utviklingen av nettverkskoder. Annengenerasjons retningslinjer skal utarbeides med hjemmel i elforordning 2019/943 artikkel 59 (1) og (2), jf. artikkel 61 (2). Etter den reviderte elforordningen, skal Kommisjonen konsultere ACER, ENTSO-E, den nyopprettede DSO-enheten samt, der det er relevant, andre interessenter.⁸³ Retningslinjer vil vedtas som gjennomføringsrettsakter eller delegerede rettsakter på samme måte som nettkoder.⁸⁴ De retningslinjene som blir vedtatt som delegerede rettsakter, vil ha andre regler for når ACERs vedtaksmyndighet trer inn når det gjelder europeiske og regionale vedtak om metoder og vilkår.⁸⁵

2.3 Utviklingen av metoder og vilkår

2.3.1 Om vedtak om metoder og vilkår

Metoder og vilkår utfyller de fire retningslinjene, og vedtak om metoder og vilkår er regulatoriske instrumenter hvor nasjonale reguleringsmyndigheter skal komme til enighet om regler som skal sikre harmonisering av kraftmarkedet.⁸⁶ Ettersom man etterstreber elektrisitetsflyt over landegrenser over store geografiske områder med et bredt teknisk mangfold, må reglene tilpasses nettopp dette. Dette er også noe av hensynet til at det er flere aktører involvert i utviklingen og godkjenningen av metoder og vilkår enn det som tradisjonelt er vanlig i regelutviklingen innad i EU.

Vedtak om metoder og vilkår er ofte av en svært teknisk art, og i utarbeidelsen er aktører med nødvendig teknisk detaljkunnskap viktig. Se presentasjon av aktørene i punkt 2.3.2. Det er enda ikke vedtatt retningslinjer etter den reviderte elforordningen, så avhandlingen vil ta utgangspunkt i vedtak om metoder og vilkår som er hjemlet i de eksisterende retningslinjene.⁸⁷

⁸² Hancher (2020) s. 19.

⁸³ Elforordning 2019/943 art. 61 (6).

⁸⁴ Se også Dyrby (2021) s. 13.

⁸⁵ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (4).

⁸⁶ Dyrby (2021) s. 21.

⁸⁷ Se blant annet Dyrby (2021) s. 13 som påpeker at «endret vedtakelsesprosedyre for retningslinjene ikke kan statuere noen definitive endringer for fremtidige vedtak om metoder og vilkår».

Likevel medfører fjerde energimarkedspakke noen endringer for blant annet ACERs vedtaks-kompetanse når det gjelder metoder og vilkår. Dette behandles i kapittel 3.

2.3.2 Aktørene og vedtaksprosessen

Utviklingen og vedtakelsen av metoder og vilkår involverer deltakelse fra flere aktører fra både offentlig og privat sektor. De offentlige aktørene er nasjonale reguleringsmyndigheter for energi (heretter NRA)⁸⁸ og byrået for samarbeid mellom NRAene; ACER.

De øvrige aktørene er:

- TSOene, transmisjonssystemoperatørene, som «har ansvar for driften, vedlikeholdelsen og om nødvendig utbygging av transmisjonsnett i et gitt område, samt eventuelle overføringsforbindelser til andre nett».⁸⁹ TSOene har også ansvaret for forsyningssikkerhet samt at de innehar svært viktig teknisk detaljkunnskap i utviklingen av vedtak om metoder og vilkår.⁹⁰ I Norge er det Statnett som er TSO.
- ENTSO-E, opprettet først gjennom Elforordningen 714/2009 artikkel 5 og består av 39 TSOer fra 35 europeiske land deriblant Statnett fra Norge. Den ukrainske TSOen ble tatt opp som observatørmedlem i april 2022 og Tyrkia som observatørmedlem i desember 2022 og er ikke telt med som de 39 medlemmene. ENTSO-E skal fremme samarbeid mellom TSOene i EU.
- DSOene, distribusjonssystemoperatørene, enhet opprettet gjennom Elforordningen 2019/942 artikkel 53. DSOene er ansvarlig for driften, vedlikeholdet og nødvendig utbygging av distribusjonsnett og regionalnett i et gitt område samt nettets sammenkoblinger med andre systemer og for å sikre forsyningssikkerhet.⁹¹ DSOene jobber for øyeblikket kun med elektrisitet.
- NEMO, Nominated Electricity Market Operator, er utpekte kraftbørser. NEMOene organiserer krafthandelen. NEMO deltar ikke i utviklingen av alle vedtak om metoder og vilkår.

Vedtak om metoder og vilkår vedtas på nasjonalt, regionalt og europeisk plan. Om et vedtak skal bestemmes på europeisk plan, skal vedtaket utvikles i felleskap av samtlige TSOer og

⁸⁸ Eldirektivet 2019/944 art. 57.

⁸⁹ Eldirektivet 2019/944 art. 2 (35).

⁹⁰ Hancher (2020) s. 30.

⁹¹ Eldirektivet 2019/944 art. 2 pkt. 29.

NEMOer.⁹² Tilsvarende vil vedtak på regionalt eller nasjonalt nivå utvikles av relevante TSOer og eventuelt NEMOer. De relevante NRAene skal godkjenne TCMene. Hvilket nivå et vedtak skal fattes på, fremgår i de konkrete retningslinjene.

CACM-retningslinjen artikkel 9 oppstiller de nærmere vilkårene for utvikling og vedtakelse av metoder og vilkår som skal utfylle den. CACM-retningslinjen skiller seg fra de andre retningslinjene ved at NEMOene samarbeider med TSOene i utarbeidelsen av vedtak om metoder og vilkår. De tre andre retningslinjene har tilsvarende regimer for utarbeidelse og vedtakelse hvor det er TSOene som utarbeider vedtakene.⁹³ I denne sammenheng er det verdt å nevne Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280 som kom med flere viktige prosessuelle endringer for at de vedtatte retningslinjene skal tilpasses endringene etter fjerde energimarkedspakke, jf. gjennomføringsforordningen fortale punkt. 7.

Vedtakelsesprosessen starter ved at TSOene og eventuelt NEMOene utarbeider et forslag til vedtak, jf. FCA-retningslinjen artikkel 4 (1), SOGL-retningslinjen artikkel 5 (1), EB-retningslinjen artikkel 4 (1) og CACM-retningslinjen artikkel 9 (1). TSOene (eventuelt sammen med NEMOer) skal, med bistand fra ENTSO-E, holde relevante regulerende myndigheter og ACER oppdatert på fremdriften av utarbeidelsen av vedtakene.⁹⁴

Interessenter skal så få mulighet til å uttale seg ved at forslaget til vedtak legges ut på høring. Etter høringen må de som har utarbeidet forslaget til vedtak, TSOer og eventuelle NEMOer, begrunne hvorfor eller hvorfor ikke innspill fra høringen er tatt med i forslaget til vedtak.⁹⁵ Forslag til vedtaket besluttet med kvalifisert flertall.⁹⁶

Forslaget til vedtak blir så sendt til de berørte NRAene for endelig godkjenning. Dersom vedtaket berører flere NRAer, skal vedtaket også legges frem for ACER. ACER kan komme med en uttalelse om forslaget, jf. ACER-forordningen 2019/942 artikkel 6 (7). Dette er, på samme

⁹² CACM-retningslinjen art. 9 (1).

⁹³ FCA-retningslinjen art. 4, SOGL-retningslinjen art. 5-7, EB-retningslinjen art. 4-6.

⁹⁴ FCA-retningslinjen art. 4 (1), SOGL-retningslinjen art. 5 (2), EB-retningslinjen art. 4 (2) og CACM-retningslinjen art. 9 (1).

⁹⁵ FCA-retningslinjen art. 6 (3), SOGL-retningslinjen art. 11 (3), EB-retningslinjen art. 10 (6) og CACM-retningslinjen art. 12 (3).

⁹⁶ FCA-retningslinjen art. 4 (2), SOGL-retningslinjen art. 5 (3), EB-retningslinjen art. 4 (3) og CACM-retningslinjen art. 9 (2). Det er verdt å merke seg at regionale vedtak stiller strengere krav til prosentvis enighet.

måte som ved utarbeidelse av nettkoder og retningslinjer, en ikke-juridisk-bindende uttalelse. NRAene er dog pliktig til å vurdere uttalelsen.⁹⁷ ACER har en rådgivende rolle også i denne sammenheng.

NRAene kan enstemmig⁹⁸ etterspørre endringer i vedtaket før godkjenning, og både TSOene (og eventuelt NEMOene) og NRA får to måneder hver for å fullføre sine plikter etter retningslinjene.⁹⁹

Vedtaket må til slutt godkjennes av NRAene, som med ACER-forordningen 2019/942 fikk endringskompetanse, jf. artikkel 5 (6). NRAene har en frist på 6 måneder på å godkjenne vedtaket før ACER trer inn som besluttsende organ og ikke lenger har en rådgivende rolle, jf. ACER-forordningen 2019/942 artikkel 5 (2). Vedtakene må også godkjennes enstemmig av NRAene, ellers trer også her ACERs beslutningsmyndighet inn, jf. ACER-forordningen 2019/942 artikkel 5 (3). Merk at dette etter fjerde energimarkedspakke kun gjelder regionale vedtak, da ACER har fått utvidet myndighet ved godkjenning av europeiske vedtak etter de allerede vedtatte retningslinjene, jf. ACER-forordningen 2019/942 artikkel 5 (2).

2.4 ACERs rolle i utviklingen av metoder og vilkår

I dette delkapitlet vil det redegjøres for ACERs rolle i utviklingen av metoder og vilkår. Det er i hovedsak i tre tilfeller ACER har en aktiv rolle i denne prosessen. Det ved fristoverskridelse, uenighet eller forespørsel

Det mest aktuelle tilfellet hvor ACER tar del i utviklingsprosessen, er ved at ACERs vedtakskompetanse trer inn ved uenighet eller ved forespørsel fra en eller flere NRAer i utviklingen av regionale og europeiske vedtak som har hjemmel i en delegert rettsakt. ACER er primær vedtaksmyndighet for vedtak på europeisk nivå etter de allerede vedtatte retningslinjene.¹⁰⁰ ACER har også en endringskompetanse i forbindelse med utviklingen av vedtak om metoder og vilkår, hvor vedtakene endres før de vedtas.¹⁰¹ Her vil de to ulike tilfellene presenteres kort

⁹⁷ Se blant annet CACM-retningslinjen art. 9 (10).

⁹⁸ Se Kommissjonens gjennomføringsforordning 2021/280 fortalens punkt 9.

⁹⁹ FCA-retningslinjen art. 4 (11), SOGL-retningslinjen art. 7 (1), EB-retningslinjen art. 6 (1) og CACM-retningslinjen art. 9 (12).

¹⁰⁰ ACER-forordningen art. 2019/942 art. 5 (2) bokstav b.

¹⁰¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (6).

for å belyse ACERs rolle i prosessen. ACERs myndighet som tema behandles videre i kapittel 3.

2.4.1 Endringskompetanse

Det kommer av ACER-forordningen 2019/942 artikkel 5 (6) at ACER, før de godkjenner forslag til metoder og vilkår, «shall revise them where necessary» etter å ha konsultert med ENTSO-E, ENTSO-G eller DSO-enheten, for å forsikre seg om at «they are in line with the purpose of the network code or guideline and contribute to market integration, non-discrimination, effective competition and the proper functioning of the market». Det fremgår ikke helt klart av bestemmelsens ordlyd om ACER kun kan endre de omtvistede delene av forslaget til vedtak eller om de har en ubegrenset endringsrett. I A-001-2020 konkluderte BoA med at ACERs endringskompetanse ikke var begrenset til regulatoriske spørsmål om uenighet i vedtak 02/2020.¹⁰² Avgjørelsen er imidlertid anket inn for EU-domstolen.¹⁰³

Det er uansett på det rene at ACER med faktisk endringskompetanse, som presentert i ACER-forordningen 2019/942 artikkel 5 (6), har en betydelig rolle i utviklingen av metoder og vilkår. I hvilken utstrekning ACER kan endre forslagene er noe uklart, men sak T-606/20 som er under behandling i EU-domstolen nå, vil klarlegge spørsmålet.¹⁰⁴

2.4.2 Uenighet eller forespørsel

At ACERs vedtakskompetanse trer frem ved uenighet eller forespørsel fra NRAene, er nok den tydeligste deltakelsen fra ACER i utviklingen av vedtak om metoder og vilkår.¹⁰⁵ Tidligere gjaldt denne sekundære vedtakskompetansen ved uenighet også ved europeiske vedtak, men nå har ACER primær vedtaksmyndighet når disse vedtas med rettslig grunnlag i en retningslinje vedtatt etter Elforordningen 714/2009.¹⁰⁶

¹⁰² BoAs vedtak A-001-2020 avsnitt 110

¹⁰³ Sak T-606/20 *Austrian Power Grid and Others v ACER*.

¹⁰⁴ Se Dyrby (2021) s. 34-36 for en redegjørelse av ACERs endringskompetanse.

¹⁰⁵ Se statistikk av ACERs vedtak som gjelder metoder og vilkår i vedlegg 1.

¹⁰⁶ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2).

Faktisk ble vedtak 03/2022, vedtak om metoder og vilkår på europeisk nivå etter EB-retningslinjen, fattet av ACER.¹⁰⁷ ACER skrev selv i vedtaket at de samarbeidet tett med TSO i utviklingen av forslaget.¹⁰⁸ Dersom ACERs samarbeid med TSOene fungerer, vil betydningen av endringen av ACERs vedtakskompetanse etter ACER-forordningen 2019/942 artikkel 5 (2), være liten. Vedtak 03/2022 ble dog anket til BoA av to ulike parter, men begge ankene ble avvist som følge av at saksøker ikke hadde søksmålsadgang etter ACER-forordningen 2019/942 artikkel 28 (1), jf. artikkel 2 bokstav d.¹⁰⁹ Det var altså ikke NRAer eller TSOer som påklagde vedtaket som kan tyde på at samarbeidet mellom ACER og TSOene fungerte i utarbeidelsen av vedtak 03/2022.

For europeiske vedtak om metoder og vilkår som vedtas etter retningslinjer vedtatt som delegerede rettsakter, har ACER igjen «bare» sekundær vedtakskompetanse som trer inn ved uenighet eller forespørsel fra berørte NRAer.¹¹⁰

ACER-forordningen artikkel 5 (3) innebærer videre at ved regionale vedtak «require the approval of all the regulatory authorities of the region concerned», trengs det enstemmig godkjenning av de berørte NRAene på forslag. Dersom vedtaket vedrører «regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border system security»¹¹¹, inntreffer ACERs vedtaksmyndighet om NRAene ikke blir enig i løpet av seks måneder eller ved forespørsel fra NRAene.¹¹²

Ved nasjonale vedtak vil det være kun én NRA som vedtar metoder og vilkår, og ACER vil følgelig kun ha eventuell endringskompetanse.¹¹³

2.5 Gjennomføring av metoder og vilkår

Delkapittelet vil kort redegjøre for den praktiske gjennomføringen av metoder og vilkår og belyse ACERs rolle i denne sammenheng. ACERs rolle som beslutningsmyndighet behandles i neste kapittel.

¹⁰⁷ EB-retningslinjen art. 5 (1), art. 5 (2) bokstav f og art. 6 (3).

¹⁰⁸ ACERs vedtak 03/2022 avsnitt 23.

¹⁰⁹ Se BoAs vedtak A-003-2022 og A-002-2022.

¹¹⁰ Elforordningen 2019/943 art. 68, jf. art. 61 (2) og ACER-forordning 2019/942 art. 6 (10) tredje ledd.

¹¹¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10).

¹¹² ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10).

¹¹³ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (6).

Når vedtak om metoder og vilkår er vedtatt, skal de i utgangspunktet gjennomføres slik det er fastsatt i vedtaket. Gjennomføringsplikten inntreffer avhengig av nivåreguleringen til vedtaket. Utgangspunktet er at vedtak på europeisk nivå vil være bindende for TSOene og NEMOene fra den tid ACER fatter vedtaket.¹¹⁴ Ved regionale og nasjonale vedtak er TSOene og NEMOene bundet av de aktuelle NRAenes vedtak. NRAer og NEMOer er da pliktige til å gjennomføre vedtakene etter den tidsfrist som er fastsatt i vedtaket. Det er verdt å merke at TSOene og NEMOene selv har kommet med et forslag til tidsfrist for å iverksette vedtaket om metoder og vilkår i sitt forslag til vedtak, se punkt 2.2.2.

I den faktiske gjennomføringen i de ulike europeiske landene, plikter NRAene å gjennomføre vedtakene.¹¹⁵ Dette er i tråd med prinsippet om gjennomføringsplikt¹¹⁶ i EU, selv om alle vedtakene, de nasjonale blant annet, usikkert kan sies å være ren EU-rettslig lovgivning.¹¹⁷ Det følger av ACER-forordningen 2019/942 artikkel 28 at ACERs vedtak om metoder og vilkår kan klages inn til klageorganet, jf. artikkel 2 bokstav d.

Også NRAenes vedtak kan påklages, men da til et nasjonalt organ, jf. eldirektivet 2019/944 artikkel 60 (8). Bestemmelsen lyder:

«Member States shall ensure that suitable mechanisms exist at national level under which a party affected by a decision of a regulatory authority has a right of appeal to a body independent of the parties involved and of any government.»

Det er følgelig medlemsstatene som selv er ansvarlig for effektive kontrollmekanismer av NRAenes vedtak. Disse kontrollmekanismene, og problemstillingene knyttet til dette, behandles ikke videre i avhandlingen da kontroll av NRAenes vedtak faller utenfor problemstillingen oppgaven reiser.

Det er i sammenheng med gjennomføring av metoder og vilkår viktig å påpeke at rettslig kontroll av vedtak likevel ikke vil hindre gjennomføringen av vedtaket.¹¹⁸ Dette er i overensstemmelse med hensynet til effektivitet som blir stadig mer fremhevet på energirettsområdet i

¹¹⁴ TFEU art. 297 (2).

¹¹⁵ Eldirektivet 2019/944 art. 59 (1) bokstav e.

¹¹⁶ TFEU art 4.

¹¹⁷ Dyrby (2021) s. 92

¹¹⁸ ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (3).

EU.¹¹⁹ Det er likevel uklart hvordan prosessen for anke av vedtak fra BoA til EU-domstolen vil påvirke gjennomføringen av vedtakene i praksis siden dette kan føre til en uoversiktlig prosess hvor både BoA og EU-domstolen behandler samme vedtak i ulike stadier i ankeprosessen.¹²⁰

2.6 Oppsummering

I dette kapitlet er det gjort rede for retningslinjer og nettkoder samt for utviklingsprosessen for metoder og vilkår. ACERs rolle i utviklingen av vedtak av metoder og vilkår har også undersøkt.

Nettkoder og retningslinjer er vedtatt som kommisjonsforordninger, og de er tekniske regler knyttet til utveksling av kraft og gass på tvers av landegrenser, tilknytningsregler og cybersikkerhet. Retningslinjene suppleres av vedtak om metoder og vilkår. Utviklingen av metoder og vilkår krever deltakelse fra flere aktører, deriblant TSOer, NRAer og NEMOer. ACER får i enkelte tilfeller kompetanse til å fatte vedtak om metoder og vilkår.

Det er først ved eventuell endringskompetanse eller ved direkte vedtakskompetanse ACER får en tydelig delaktig rolle i selve utviklingen og gjennomføringen av metoder og vilkår. ACER har fått en noe utvidet rolle i forbindelse med vedtakelse av europeiske vedtak fattet etter retningslinjer hjemlet i Elforordningen 714/2009. Dette kan begrunnes i effektivitetshensyn, da ACERs regulatorstyre består av de samme NRAene som ville ha stemt over et europeisk vedtak etter ACER-forordningen 713/2009 artikkel 8.¹²¹ Ellers trer ACERs vedtakskompetanse inn ved uenighet eller forespørsel fra NRAene.¹²²

Dette innebærer at ACER har en betydelig rolle i utviklingen av metoder og vilkår.

¹¹⁹ Se for eksempel Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280 fortalens punkt 9.

¹²⁰ Se for eksempel klagegangen på vedtak 05/2018 fattet av ACER i vedlegg 1. Denne problemstillingen diskuteres i kapittel 5.

¹²¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2), jf. ACER-forordningen 2019/942 art. 22 (1).

¹²² ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10).

3 ACERs vedtaksmyndighet

3.1 Innledning

ACER som EU-byrå ble opprettet gjennom ACER-forordningen 713/2009 som en del av den tredje energimarkedspakken. Å etablere et EU-byrå ble foreslått av Kommisjonen i 2007 som en løsning på å få styrket samarbeid i energimarkedet i EU.¹²³

I starten var ACERs rolle preget av å være en rådgivende aktør med oppgaver som blant annet utvikling av «framework guidelines» og anbefalinger til ENTSO-E's utarbeidelser av utkast.¹²⁴ Etter hvert har ACERs rolle utviklet seg, og etter vedtakelsen av fjerde energimarkedspakke er ACER en enda tydeligere aktør i utarbeidelses- og vedtakelsesprosessen for vedtak om metoder og vilkår.¹²⁵ Dette er i tråd med tidligere klimakommissær Miguel Arias Cañete uttalelser under ACERs årskonferanse i 2018 om at ACER burde få utvidede fullmakter.¹²⁶

I dette kapitlet vil de rettslige rammene for ACERs vedtaksmyndighet klargjøres. Formålet med kapitlet er å kartlegge ACERs vedtaksmyndighet, og presentere de sentrale mekanismene for etterhåndskontroll: administrativ overprøving i Board of Appeal og rettslig overprøving i EU-domstolen. Kapitlet vil også undersøke om BoA er å anse som en domstol.

I forbindelse med analysen av ACERs vedtaksmyndighet, vil skrankene for myndighetstildeling være viktig. Kapittel 3.3.2 undersøker skrankene for tildeling etter lovfestet rett og Meroni-doktrinen.

Ved å analysere ACERs myndighet vil man få en forståelse av hvilken kompetanse ACER sitter med. Dersom kontrollmekanismene er avskåret fra å inneha samme kompetanse som ACER, sitter ACER igjen med en betydelig kompetanse over utviklingen av det regulatoriske regelverket om energimarkedet i EU. Et slikt system vil heller ikke oppfylle kravene til at

¹²³ COM(2008) 530 final s. 11.

¹²⁴ Hancher (2010) s. 314. Se også delkapittel 2.2.

¹²⁵ ACER skriver eksplisitt på sin nettside at de har fått en utvidet rolle etter den reviderte ACER-forordningen, jf. ACER (u.å).

¹²⁶ Dagens Næringsliv (2018).

kontrollen av ACERs vedtak er «effektiv» med tanke på at EU-domstolen kun kan prøve lovligheten¹²⁷ av vedtaket, og ikke de tekniske og økonomiske sidene.¹²⁸ Dette vil stride mot prinsippene om effektiv rettergang og effektiv forvaltning og vil følgelig ikke oppfylle kravene til «effektiv kontroll».¹²⁹

Det er også viktig i denne sammenhengen å klargjøre hvordan ACERs vedtaksmyndighet er endret etter vedtakelsen av fjerde energimarkedspakke, hvor den nye ACER-forordningen 2019/942 har erstattet ACER-forordningen 713/2009.¹³⁰ Viktige endringer blir påpekt underveis i teksten.

Det vil først redegjøres for ACERs sammensetning og struktur før det blir undersøkt i hvilken grad EU-byråer kan inneha myndighet. De rettslige skrankene vil redegjøres for, før ACERs myndighet vil undersøkes konkret. Til slutt presenteres de to kontrollmekanismene som er relevante for oppgaven. Her vil de prosessuelle reglene for blant annet klageadgang presenteres og drøftes.

3.2 Kort om ACERs sammensetning og struktur

3.2.1 Regulatorstyret og administrativt styre

Opprettelsesforordningen regulerer ACERs sammensetning og struktur, jf. ACER-forordningen 2019/942 artikkel 17. Byråets ledelse består av «Administrative Board», «Board of regulators» og en direktør. I tillegg har ACER et eget klageorgan.¹³¹ Det mest sentrale for denne avhandlingen er «Board of regulators» og det interne klageorganet, og det avgrenses derfor videre mot en lengre redegjørelse av «Administrative Board» og direktørens oppgaver.

¹²⁷ Av «legality» i TFEU art. 263 første ledd.

¹²⁸ Det er i sak T-735/18 *Aquind v ACER* påpekt av EU-domstolen at et system hvor både BoA og EU-domstolen foretar en begrenset prøving ikke gir partene en effektiv rettslig beskyttelse, jf avgjørelsens avsnitt 58.

¹²⁹ Se punkt 1.2.1.

¹³⁰ ACER-forordningen 2019/942 art. 46.

¹³¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 25.

«Administrative Board» er ACERs administrative styre som sikrer at ACER handler i samsvar med sitt mandat.¹³² De er ansvarlige for byråets drift som innebærer å oppnevne representanter til ACERs ulike organer og vedta budsjett.¹³³ Av det administrative styrets ni medlemmer utnevnes to medlemmer av Kommissjonen, to medlemmer utnevnes av Parlamentet og de siste fem utnevnes av Rådet.¹³⁴ Uavhengighetsprinsippet kommer til syne ved at det er vedtatt i opprettelsesforordningen at ingen medlemmer i det administrative styret hverken skal være medlem av Parlamentet eller «Board of regulators» samtidig som det sitter i ACERs administrative styre.¹³⁵

«Board of regulators» (BoR) er ansvarlig for ACERs regulatoriske beslutninger¹³⁶ og består av én seniorrepresentant fra hver enkelt av de 27 nasjonale reguleringsmyndighetene i medlemslandene.¹³⁷ BoR har også representanter fra EØS/EFTA-stater, EU-kommissjonen og EFTAs overvåkingsorgan som ikke har stemmerett.¹³⁸ BoR kan treffe avgjørelser med et flertall på to tredjedeler av de «tilstedeværende medlemmene»¹³⁹ i organet, jf. ACER-forordningen 2019/942 artikkel 22 (1). Dette innebærer at de nasjonale reguleringsmyndigheter ikke må være enstemmige når de fatter vedtak, til forskjell fra kravet om «reach an agreement» når NRAer stemmer over TSOenes forslag til vedtak om metoder og vilkår på regionalt plan.¹⁴⁰ Det er imidlertid slik at NRAene i svært mange av tilfellene ikke blir enige.¹⁴¹ Vedtaket sendes da til ACER hvor de «tilstedeværende medlemmene» i BoR stemmer over vedtaket. Dette innebærer at NRAer kan stemme over vedtak som de i praksis ikke er berørt av.¹⁴²

I forbindelse med utarbeidelsen av den reviderte ACER-forordningen, ble det foreslått av Kommissjonen å endre vedtakelsesprosedyren slik at det kun var krav om simpelt flertall for

¹³² ACER-forordningen 2019/942 art. 19 (1) bokstav d.

¹³³ ACER-forordningen 2019/942 art. 19 (1) bokstav a, b, c og f.

¹³⁴ ACER-forordningen 2019/942 art. 18 (1).

¹³⁵ ACER-forordningen 2019/942 art. 18 (1) siste punktum.

¹³⁶ ACER-forordningen 2019/942 art. 22.

¹³⁷ ACER-forordningen 2019/942 art. 21 (1).

¹³⁸ BoR Rules of Procedure art. 2.1.

¹³⁹ Av «members present» i ACER-forordningen 2019/942 art. 22 (1).

¹⁴⁰ EB art. 5 (7), CACM art. 9 (11), SOGL art. 6 (8) og FCA art. 4 (10).

¹⁴¹ Hancher (2021) s. 45.

¹⁴² Reguleringsmyndighetene er pliktig til å delta i forumet, jf. Eldirektivet 2019/944 art. 59 (1) bokstav f.

de tilstedeværende medlemmene.¹⁴³ Hensynet var at dette ville føre til en mer effektiv vedtaksprosedyre og rask fremgang i saker som igjen ville ha betydelige økonomiske effekter for medlemsstatene.¹⁴⁴ Dette ble ikke vedtatt da både Rådet og Europaparlamentet tidlig sa seg uenige.¹⁴⁵ Det er ikke gitt en offisiell uttalelse på hvorfor dette ikke ble vedtatt, men det kan tenkes at en regel om simpelt flertall ville senket terskelen for samarbeid og koordinering mellom NRAene innad i ACERs BoR. Kommisjonen har dog tidligere ønsket å forenkle prosedyren og lette arbeidsmengden for NRAene, og dette forslaget kan være et forslag på å lette på arbeidsmengden.¹⁴⁶ Europex¹⁴⁷ skrev i sin tilbakemelding til Kommisjonens forslag at de ikke stilte seg bak å endre reglene for stemmegiving; Europex mente at simpelt flertall ikke ville reflektere, på en forholdsmessig måte, virkeligheten i elektrisitetsmarkedene i medlemsstatene. De mente at regelen måtte holdes som den var for å sikre rettferdige og ikke-diskriminerende avgjørelser.¹⁴⁸ Eurelectric¹⁴⁹ mente også at en regel om 2/3-flertall ville sikre sterkere avtaler blant NRAene om beslutninger tatt av ACER. De pekte på at det var nødvendig for å sikre et konsistent og stabilt rammeregulativt verk over hele Europa.¹⁵⁰

BoR, er i likhet med Administrative Board, pliktig til å opptre uavhengig. Etter ACER-forordningen 2019/942 artikkel 22 (3) kommer det at BoR skal handle uavhengig i utførelsen av sine oppgaver, men uten at dette skal berøre medlemmene som handler på vegne av deres regulerende myndigheter. Krav om uavhengighet er gjennomgående for organene opprettet gjennom tredje energimarkedspakke, og denne institusjonelle strukturen er videreført i fjerde energimarkedspakke.¹⁵¹ NRAene er også pliktig til å opptre uavhengig i sitt daglige virke som reguleringsmyndigheter.¹⁵² Uavhengighetsprinsippet består av flere aspekter, og i BoRs tilfelle kommer det til syne gjennom en funksjonell uavhengighet samt et forbud mot instruksjoner.¹⁵³ NRAene skal også være funksjonelt uavhengige og har et forbud mot instruksjoner. De

¹⁴³ COM(2016) 863 final s. 7 og 51.

¹⁴⁴ COM(2016) 863 final s. 7-8 og 34.

¹⁴⁵ Rådsnotat 9478/18 s. 45.

¹⁴⁶ COM(2016) 864 s. 11.

¹⁴⁷ Association of European Energy Exchanges, næringsforeningen for energibørser, markedsoperatører og delegerte operatører i Europa.

¹⁴⁸ Europex (2017).

¹⁴⁹ The Union of the Electricity Industry.

¹⁵⁰ Eurelectric (2017).

¹⁵¹ Bjørnebye (2020) s. 5.

¹⁵² Eldirektivet 2019/944 artikkel 57, tidligere eldirektivet 2009/72/EF artikkel 35.

¹⁵³ BoR Rules of Procedure art. 12.

skal være juridisk uavhengig, økonomisk uavhengig og det er et krav at ledelsen skal oppnevnes i tråd med transparens og objektive kriterier samt at habilitets- og taushetsplikten gjelder selv etter at ledelsen fratrer stillingen.¹⁵⁴ Ettersom NRAene er pliktige til å være uavhengige på flere aspekter, vil dette innebære at medlemmene i BoR, i tillegg til å være bundet av en funksjonell uavhengighet og forbud mot instruks etter ACER-forordningen, også er bundet til å være uavhengig i tråd med sitt virke som NRA.

ACER «should» treffe vedtak i tråd med prinsippet om transparens, rettferdighet og rimelig beslutningstaking.¹⁵⁵ At de som fatter vedtaket i BoR er bundet av flere uavhengighetsaspekter, bidrar til at vedtakene treffes i tråd med disse prinsippene. Ordlyden av «should» kan dog tolkes som at dette er frivillig, se også dansk oversettelse hvor det heter at «ACER bør» treffe vedtakene i tråd med disse prinsippene. I den spanske versjonen heter det at «ACER debe ejercer» sine fullmakter i tråd med prinsippene, som kan oversettes til «ACER må». Det riktige blir nok å forstå fortalens punkt 35 som at ACER «bør» følge disse prinsippene. Det er i tråd med «Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European Union legislation» hvor det heter at fortalen skal bruke «non-mandatory language» og ikke skal forveksles med vedtatte bestemmelser.¹⁵⁶ Det er likevel slik at fortalen gir uttrykk for hvorfor lovgivingen er vedtatt som den er gjennom presentasjon av formål og hensikt. Bestemmelser for ACERs vedtaksmyndighet er vedtatt slik at det tilrettelegges for at ACER fatter avgjørelser i tråd med prinsippene om effektiv forvaltning etter EU-charteret artikkel 41, jf. reglene om uavhengighet og struktur som redegjort for ovenfor.

Prinsippet om transparens innebærer at prosesser skal skje åpent og at allmennheten kan få innblikk i ulike prosesser og bestemmelser.¹⁵⁷ For ACERs del kommer dette prinsippet til syne på ulike måter; det mest åpenbare er at ACERs medlemmer er de europeiske NRAene, og at medlemslandene på denne måten ikke bare har innsikt i prosesser og utfall, men også

¹⁵⁴ Eldirektivet 2019/944 artikkel 57 (5) og (6).

¹⁵⁵ ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 35.

¹⁵⁶ European Union (2015) s. 31 punkt 10.1.

¹⁵⁷ EU-charteret art. 41 (2) bokstav b.

kan stemme og påvirke utfallene.¹⁵⁸ ACER-forordningen 2019/942 artikkel 14 inneholder regler om høringer, transparens og prosedyremessige garantier. Av denne bestemmelsen kommer det at ACER, når byrået utfører sine oppgaver, tidlig i prosessen skal foreta høring av markedsdeltakere, TSOer, forbrukere, sluttbrukere og, der det er hensiktsmessig, konkurransemyndigheter.¹⁵⁹

ACER skal også sikre at offentligheten og andre interessenter skal få objektive, pålitelige og lett tilgjengelige opplysninger om resultater av utarbeidelser.¹⁶⁰ ACER er pliktig til å informere partene ved en konkret avgjørelse om sakens status og deres klagemuligheter,¹⁶¹ og ACERs konkrete avgjørelse skal begrunnes slik at partene kan muliggjøre en klage om sakens materielle innhold.¹⁶² Bestemmelsen gir ikke bare uttrykk for prinsippet om transparens, men også rettferdighet da den plikter ACER til å underrette alle parter om sakenes status og partenes ankemuligheter.

I forbindelse med transparens når det gjelder ACERs vedtak, blir alle ACERs individuelle vedtak publisert på deres egen nettside.¹⁶³ Nettsiden ligger åpent ute tilgjengelig for allmennheten, og det kreves hverken passord eller VPN for å få tilgang.

3.2.2 ACERs interne klageorgan

BoA er ACERs interne klageorgan og behandler klager på individuelle vedtak¹⁶⁴ fattet av ACER,¹⁶⁵ jf. ACER-forordningen 2019/942 artikkel 25. Hjemmelen for å kunne opprette et klageorgan innad i ACER, er TFEU artikkel 263 (5).

¹⁵⁸ Ikke alle NRAene har stemmerett. EFTA-statene deltar f.eks. kun som observatørstat, jf. BoR Rules of Procedure art. 2.1.

¹⁵⁹ ACER-forordningen 2019/942 art. 14 (1).

¹⁶⁰ ACER-forordningen 2019/942 art. 14 (2).

¹⁶¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 14 (6) og (8).

¹⁶² ACER-forordningen 2019/942 art. 14 (7).

¹⁶³ Se Vedtak fra ACER i litteraturlisten

¹⁶⁴ Med individuelle vedtak menes vedtak rettet mot bestemte parter, og vedtaket har rettslig bindende virkning kun ovenfor disse, jf. TFEU art. 288 (4). Se neste fotnote.

¹⁶⁵ Vedtak fattet etter ACER-forordningen 2019/942 art. 2 bokstav d.

BoA består av seks ordinære medlemmer og seks varamedlemmer, som er nåværende eller tidligere embetsmenn med relevant erfaring innen energisektoren.¹⁶⁶ Med å bruke medlemmer med relevant erfaring, sikrer klageorganet et utvalg som kan ta sikte på å vurdere det påklagde vedtaket tverrfaglig innen de korte tidsrammene.¹⁶⁷ Per dags dato består BoA av tre medlemmer med juridisk bakgrunn og tre medlemmer med teknisk bakgrunn.¹⁶⁸ Ved å være sammensatt av jurister og spesialister, er BoA bedre i stand til å disponere klage over avgjørelser som mye av innholdet vanligvis er teknisk.

At det administrative klageorganet skal prøve flere sider enn kun lovligheten, ble fastslått i Underrettens avgjørelse i sak T-735/18 *Aquind v ACER*.¹⁶⁹ Avgjørelsen var viktig for å kartlegge hva BoA kan og skal overprøve da den klarla BoAs prøvingsintensitet.

Hensynet bak opprettelsen av et klageorgan som BoA, er at det skal sikres prosessøkonomisk saksbehandling av klager på ACERs vedtak.¹⁷⁰ Det er også påpekt at BoA skal være uavhengig av ACERs vedtak, og det er egne regler som skal forhindre inhabilitet blant BoAs medlemmer.¹⁷¹ BoAs medlemmer skal ikke ha noen funksjonell rolle innad i ACER, og dette for å sikre uavhengighet mellom BoR, det administrative styret og BoA.¹⁷² BoA publiserer sine avgjørelser på ACERs nettside, i likhet med ACER selv.¹⁷³

Et viktig moment som må klarlegges når den «effektive kontrollen» av det todelte kontrollsystemet for ACERs vedtak skal undersøkes, er i hvilken grad BoA er å anse som en domstol eller en annen type forvaltningsorgan.

¹⁶⁶ ACER-forordningen 2019/942 art. 25.

¹⁶⁷ ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (2).

¹⁶⁸ ACER (2). Varamedlemmene er ikke undersøkt.

¹⁶⁹ T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 58.

¹⁷⁰ ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 34. Dette punktet er noe endret fra tilsvarende bestemmelse i ACER-forordning 713/2009 punkt 19. I ACER-forordning 2019/942 fortalens punkt 34 påpekes det at BoA bør ha egen budsjettpost for å sikre funksjon og full uavhengighet noe som også kommer frem av forordningens art. 25 (3) 2. pkt.

¹⁷¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 27.

¹⁷² ACER-forordningen 2019/942 art. 26 (2) og 27 (4).

¹⁷³ Se Vedtak fra ACERs klageorgan i litteraturlisten.

I teorien er det lagt til grunn at et administrativt klageorgan ikke er å anse som en domstol.¹⁷⁴ Det ser også ut til å gjelde for ACERs BoA. Dette er det flere grunner til, deriblant at BoA er en faktisk del av ACER.¹⁷⁵ Ei heller må BoAs medlemmer nødvendigvis være dommere med juridisk bakgrunn.¹⁷⁶ I EU-domstolen er dommerne alltid juridiske eksperter.¹⁷⁷ BoA er også tildelt den myndighet ACER innehar¹⁷⁸ – en myndighet som favner bredere enn EU-domstolens kompetanse til å vurdere «the legality of acts of bodies, offices or agencies of the Union intended to produce legal effects vis-à-vis third parties».¹⁷⁹

Likevel var BoA i en periode i den oppfatning av at de, i likhet med EU-domstolen, ikke var pliktig til å vurdere alle sidene av ACERs vedtak.¹⁸⁰ Dette ble avvist av EU-domstolen i sak T-735/18 *Aquind v ACER*. BoA er pliktig til å foreta økonomisk, teknisk eller vitenskapelig komplekse vurderinger dersom partene anfører det.¹⁸¹ Dette er fordi EU-domstolen ikke har kompetanse til å kontrollere og prøve ACERs «skjønnsbruk» i avgjørelser av økonomisk, teknisk eller vitenskapelig karakter.¹⁸² Dersom BoA kun skulle prøve lovligheten, slik som EU-domstolen, ville kontrollen av ACERs myndighetsbruk, blitt svært begrenset – noe EU-domstolen påpekte. Dette hadde ikke vært i tråd med hverken EU-charteret artikkel 41 eller artikkel 47. I generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til avgjørelse i ankesaken for høyeste instans i EU-domstolen, påpekes de samme momentene.¹⁸³ EU-domstolen har også eksplisitt lagt til grunn at EUs immaterialrettskontors BoA ikke kan regnes som en «tribunal»¹⁸⁴.¹⁸⁵ Et annet argument er at spesialdomstoler i EU er opprettet med grunnlag i TFEU artikkel 257. BoA er opprettet med hjemmel i TFEU artikkel 263 (5) og er følgelig ikke å regne som en domstol.

¹⁷⁴ Tovo s. 301–306.

¹⁷⁵ ACER-forordningen 2019/942 art. 25 (1).

¹⁷⁶ ACER-forordningen 2019/942 art. 25 (2).

¹⁷⁷ TFEU art. 257 (4).

¹⁷⁸ ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (4) og (5).

¹⁷⁹ TFEU art. 263 (1).

¹⁸⁰ BoAs vedtak A-001-2018 avsnitt 52 og vedtak A-001-2017 avsnitt 107.

¹⁸¹ Sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 51–60.

¹⁸² Sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 58.

¹⁸³ Generaladvokat Campos Sánchez-Bordona forslag til avgjørelse i sak C-46/21 P avsnitt 40–49.

¹⁸⁴ Se punkt 4.2.2.

¹⁸⁵ Sak T-63/01 *Procter & Gamble v OHIM* paragraf 23.

Konklusjonen blir etter dette at ACERs BoA er å anse som et administrativt klageorgan og ikke en domstol, og slik sett en del av forvaltningen hvor EU-charteret artikkel 41 er gjeldende. Dette vil ha betydning for i hvilken grad BoA må respektere prinsippet om effektiv rettergang i EU-charteret artikkel 47. Dette behandles nærmere i punkt 4.2.2.

3.3 Delegering av myndighet til EUs desentraliserte byråer

3.3.1 Desentraliserte EU-byråer

For å kartlegge ACERs vedtaksmyndighet må man også undersøke hva som begrenser byråets myndighet. Med «myndighet» menes i denne sammenheng *bindende myndighet*¹⁸⁶, og med «vedtaksmyndighet» menes den myndighet ACER har til å fatte *bindende vedtak*. Det er nemlig opprettet ulike typer byråer i EU, og ikke alle byråene er tildelt bindende myndighet.

Skranker i EU-retten legger føringer for EU-byråenes myndighet, og de siste årene er det opprettet stadig flere EU-byråer innenfor samfunnsområdene EU regulerer.¹⁸⁷ Det er derfor nødvendig å klarlegge generelt i hvilken grad EU-byråene kan utøve myndighet. EU-byråenes oppgaver, myndighet og størrelse varierer stort, og det er av den grunn vanskelig å presist skulle definere hva et EU-byrå er.¹⁸⁸ I teorien blir ofte begrepet «agencification» brukt,¹⁸⁹ et begrep som peker på byråenes økning i antall og deres stadig utvidede oppgaver. Byråene som faller inn under dette begrepet har noen kjennetegn selv om de ikke kan defineres formelt med en definisjon:

- De er juridiske personer
- Ulik grad av selvstendighet
- Opprettet gjennom sekundærlovgiving
- Permanente organer (byrået er ikke av midlertidig karakter og er opprettet på ubestemt tid).¹⁹⁰

I hvilken grad byråene er tildelt myndighet, varierer stort. Dette er noe av grunnen til at skrankene for tildeling av myndighet må kartlegges.

¹⁸⁶ Til forskjell fra ikke-bindende myndighet, for eksempel myndigheten til å «vedta soft-law»-virkemidler slik som «framework guidelines» nevnt i punkt 2.2.2.

¹⁸⁷ Chamon (2016) s. 5.

¹⁸⁸ I Regulation No 31 art. 1a sirkeldefineres «EU agencies» som «Union bodies whom these Staff Regulation apply under the Union acts establishing them», se Chamon (2016) s. 5.

¹⁸⁹ Chamon (2010) s. 282, Chamon (2016) s. 45 og Busuioc (2013) s. 1. Se også Se også Generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona uttalelse i sak C-46/21 hvor begrepet brukes i avsnitt 40.

¹⁹⁰ Askhaven (2019) s. 20.

Per 2021 er det opprettet 44 byråer, og dette tallet ser stadig ut til å øke.¹⁹¹ EU-byråene deles inn i fire kategorier på Unionens nettside. Tre byråer ble opprettet under den tidligere pilaren for Felles utenriks- og sikkerhetspolitikk,¹⁹² og ett byrå, Euratom Supply Agency, er opprettet under Euratom. Videre deles byråene inn i to kategorier: *utøvende* og *desentraliserte* byråer.

De utøvende EU-byråene er opprettet av Kommisjonen for en begrenset periode for å administrere spesifikke oppgaver knyttet til EU-programmer.¹⁹³ Alle utøvende EU-byråer er lokalisert i Brussel. At de utøvende byråene er midlertidig opprettet og kun har en administrerende rolle, er det som i hovedsak skiller de fra desentraliserte byråer.

De desentraliserte byråene er rettslige forvaltningsorganer og har oppgaver knyttet til en bestemt sektor. Disse byråene bidrar til gjennomføringen av EUs politikk og letter samarbeidet mellom EU og nasjonale myndigheter.¹⁹⁴ Dette er den største gruppen av byråer. De desentraliserte byråene er, i motsetning til utøvende byråer, *desentralisert* rundt i Europa. De er også opprettet på ubestemt tid, atskilt fra EU-institusjoner og er egne juridiske personer. ACER er å anse som et «EU-organ med status som juridisk person», jf. ACER-forordningen 2019/942 artikkel 16 (1).¹⁹⁵ ACER er også selvstendig, opprettet gjennom sekundærlovgiving og av permanent karakter. ACER er følgelig et desentralisert EU-byrå.

De utøvende byråene er av midlertidig karakter og har kun en funksjon i forbindelse med EU-programmer. De faller derfor ikke under gruppen av desentraliserte byråer. De er ikke egne juridiske personer eller permanente organer. Dette innebærer at det ikke delegeres myndighet til utøvende EU-byråer, og det avgrenses derfor videre mot denne typen byråer.

Ettersom EU-byråenes myndighet, oppgaver og størrelse kan variere, vil de ytre EU-rettslige rammene for delegering av myndighet til de desentraliserte byråene undersøkes før det klargjøres hva som konkret tildeler og begrenser myndigheten for EU-byrået ACER.

¹⁹¹ European Court of Auditors (2022) s. 7.

¹⁹² Disse tre byråene faller inn under byråene som bidrar til «agencification», se Askhøven (2019) s. 19. EU omtaler de likevel som en egen kategori på sine nettsider, se Europeiske Union (2).

¹⁹³ Europeiske Union (2).

¹⁹⁴ Europeiske Union (2).

¹⁹⁵ Av dansk oversettelse av ACER-forordningen 2019/942 art. 16 (1)..

3.3.2 Utgangspunktet for delegering av myndighet

Opprettelsen av EU-byråer er ikke regulert av et felles regelverk, men opprettes gjennom sekundærlovgivningen. Opprettelsen hjemles likevel i ulike traktatbestemmelser, og de fleste byråer er opprettet ved forordning etter forslag fra Kommissjonen.

EU er tildelt myndighet gjennom traktater medlemslandene har ratifisert, og kan derfor ikke tildele seg selv større myndighet enn det som er bestemt gjennom traktatene.¹⁹⁶ Dette innebærer også at byråene må tildeles myndighet. Tradisjonelt ble ikke EU-byråene tildelt betydelig myndighet, men de siste årene har byråene fått større formell beslutningsmakt.¹⁹⁷ Det er dog en rekke begrensninger når det kommer til delegering av myndighet til EU-byråer.

TEU artikkel 5 oppstiller begrensninger for hva EU-byråene kan utøve myndighet over. Bestemmelsen gir uttrykk for de to prinsippene som styrer utøvelsen av EUs kompetanse; *nærhetsprinsippet* og *forholdsmessighetsprinsippet*.

Artikkel 5 (3) lyder:

«Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level»

Artikkel 5 (3) oppsummerer altså *nærhetsprinsippet*; beslutninger skal tas på et så lavt nivå som mulig, enten på «local», «regional» eller «central» nivå, og at EU bare skal være beslutningsmyndighet når det er det mest effektive.¹⁹⁸

Dette innebærer blant annet at på områder hvor EU ikke har «exclusive» kompetanse, skal ikke EU gripe inn dersom målene kan oppnås gjennom medlemslandenes kompetanse. Dette innebærer at tiltak kun skal iverksettes av EU i de tilfeller målene for en handling ikke kan bli «sufficiently achieved» av medlemslandenes tiltak og at tiltak av EU kan oppnå målet bedre

¹⁹⁶ TEU art. 5 (2).

¹⁹⁷ Trondal (2018).

¹⁹⁸ Trondal (2020).

«by reason of the scale or effects of the proposed action». Inngripen fra EU og deres organer kan altså kun skje i tråd med nærhetsprinsippet dersom tre vilkår er oppfylt:

- EU har ikke eksklusiv kompetanse
- Målet med handlingen kan ikke oppnås i tilstrekkelig grad av medlemslandene
- Handlingen kan derfor, på grunn av dens omfang eller virkning, gjennomføres mer vellykket av EU.¹⁹⁹

Den ordinære ordningen når det kommer til vedtak om metoder og vilkår, er at ACER kun skal fatte vedtak om metoder og vilkår dersom de aktuelle NRAene ikke kommer til enighet eller eksplisitt ber ACER fatte vedtak.²⁰⁰ NRAene kan fatte vedtak på «local», «regional» eller «central» nivå i tråd med prinsippet om nærhet etter TEU artikkel 5 (3).²⁰¹ Etter ACER-forordningen 2019/942 artikkel 5 (2) får ACERs vedtakskompetanse i de tilfeller NRAene ikke har kommet til enighet innen 6 måneder eller ved deres forespørsel om vedtak fra ACER. Vedtak om metoder og vilkår utfyller et regulatorisk regelverk på et område som utvikles raskt, og som krever at prosessene er tidseffektive.²⁰² Det vil da være tidsbesparende at ACER tar bestemmelsesrollen, og handlingen kan derfor på grunn av sitt omfang gjennomføres mer vellykket av ACER ettersom det vil fattes vedtak med 2/3 flertall i BoR innen 6 måneder.²⁰³

Det er likevel uklart om ACERs primære vedtakskompetanse når det kommer til europeiske vedtak etter retningslinjene fattet etter tredje energimarkedspakke, er i tråd med nærhetsprinsippet. Hensynet bak en slik løsning, er nok effektivitet. Det vil i realiteten være de samme NRAene som behandler og stemmer over et europeisk forslag i ACERs BoR, som ville stemt over et europeisk vedtak etter ACER-forordning 714/2009 artikkel 8. Dette innebærer at utfallet vil være det samme. Dette betyr også at det er de berørte reguleringsmyndighetene som

¹⁹⁹ Prinsippet er ikke ment å innskrenke EUs kompetanse på grunnlag av situasjonen i en bestemt medlemsstat vurdert individuelt, men krever bare at den foreslåtte handlingen på grunn av omfanget eller virkningene bedre kan oppnås på EU-nivå, se sak C-508/13 punkt 53.

²⁰⁰ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (4).

²⁰¹ SOGL-retningslinjen art. 6, CACM-retningslinjen art. 9, FCA-retningslinjen art. 4 og EB-retningslinjen art. 5.

²⁰² En forsinkelse på et vedtak vil i tilfeller medføre forsinkelser på de etterfølgende vedtakene, da implementering av et vedtak utløser utviklingsprosessen på et annet.

²⁰³ ACER-forordningen 2019/942 art. 22 (1), jf. FCA-retningslinjen art. 4 (9), SOGL-retningslinjen art. 6 (7) og EB-retningslinjen art. 5 (6), CACM-retningslinjen art. 9 (10) oppstiller en frist på tre måneder.

stemmer over vedtaket, ettersom alle vil være berørt ved et europeisk vedtak, og nærhetsprinsippet kan sånn sett sies å være oppfylt på denne måten, selv om det på papiret er en unionsinstitusjon som står for vedtaket.

Videre oppstiller TEU artikkel 5 (4) *forholdsmessighetsprinsippet*, og det innebærer at myndighet bare kan delegeres dersom det er i tråd med traktaten om Den europeiske unions formål.²⁰⁴ Byråene kan heller ikke få mer myndighet enn EU allerede er tildelt gjennom traktatene.²⁰⁵ Dette er også i tråd med The Rule of Law.²⁰⁶ ACER er et EU-byrå opprettet av EUs lovgivende organer,²⁰⁷ og er følgelig å anse som en del av EU.²⁰⁸

TEU artikkel 5 oppstiller dermed det lovfestede utgangspunktet i EUs primærrett for de rettslige rammene for delegering av myndighet, og hindrer ikke Kommisjonen å delegere myndighet til ACER.

3.3.3 Meroni-doktrinen

Rettspraksis fastsetter de ytterlige begrensningene for delegering av myndighet. Her er Meronidoktrinen sentral; sak C-9/56 *Meroni* fra 1958²⁰⁹ legger føringer for de videre begrensninger for delegering av myndighet. Sak C-9/56 *Meroni* gjaldt delegering av myndighet, eller overføring av oppgaver, fra *Den Høye Myndighet*²¹⁰ til to private selskaper. Overføring av oppgaver ble ansett som en «true delegation of power»²¹¹, og EU-domstolen tillot i dette tilfellet delegering av «klart definert myndighet» fra Den Høye Myndighet til de to belgiske selskapene.²¹² Hensynet bak at dette ble tillatt ligger i at «klart definert myndighet» kan kontrolleres med objektive kriterier. Denne saken har i lang tid lagt grunnlaget for de rettslige rammene for delegering av myndighet i EU-retten. At selskapenes myndighet ikke er preget av

²⁰⁴ Av TEUs fortale kommer det at Unionen skal fremme økonomisk og sosial framgang for sine folk, idet det tas hensyn til prinsippet om bærekraftig utvikling og som ledd i gjennomføringen av det indre marked og ved å styrke samhørighet og miljøvern.

²⁰⁵ TEU art. 5 (2).

²⁰⁶ The rule of law er et prinsipp om at alle mennesker og institusjoner skal være underlagt loven og at loven skal gjelde for alle på lik linje.

²⁰⁷ Sak C-270/12 *ESMA* avsnitt 43.

²⁰⁸ EU-domstolen anså EU-byrådet ESMA som «a European Union entity», se sak C-270/12 *ESMA* avsnitt 43.

²⁰⁹ Sak C-9/56 *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community (Meroni)* s. 149.

²¹⁰ Forløper til dagens Europakommisjon i Det europeiske kull- og stålfelleskap.

²¹¹ Sak C-9/56 s. 149.

²¹² «Clearly defined executive powers», se Sak C-9/56 *Meroni* s. 152.

skjønn, men kan kontrolleres og overprøves, var dermed en forutsetning for at myndighet kunne delegeres.

Det kan videre spørres om Meroni-doktrinen vil være veiledende når det kommer til delegering av myndighet til EU-byråer. Selv om det i litteraturen er en hovedtendens at det blir lagt til grunn at Meroni-doktrinen anses å gjelde generelt, er det viktig å påpeke at sak C-9/56 *Meroni* gjaldt delegering av myndighet til selskaper etablert under belgisk privatrett og dermed ikke får en direkte betydning for skrankene for delegering av myndighet til EU-byråer.²¹³

Dette til forskjell fra EU-byråer som ACER som er etablert gjennom sekundærlovgivning. Betydningen av Meroni-doktrinen som rettslig skranke i delegeringss spørsmålet når det gjelder EU-byråer, ble likevel bekreftet av EU-domstolen i 2014 i avgjørelsen i sak C-270/12 *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v European Parliament and Council of the European Union (ESMA)* som også åpner for delegering av kompetanse av skjønnsmessig karakter.²¹⁴

Sak C-270/12 *ESMA* er sentral når det kommer til kartlegging av de rettslige rammene for delegering av myndighet til EU-byråer. Denne avgjørelsen gjaldt gyldigheten til shortsalg-forordningen (nr. 236/2012) artikkel 28. Bestemmelsen gir EU-byrådet for europeiske verdipapir- og markedstilsynsmyndighet (ESMA) myndighet til å vedta generelle og midlertidige forbud mot lånesalg. Selv om bestemmelsen ga ESMA en mulighet til å utøve skjønn i vurderingen, påpekte EU-domstolen at ESMA's kompetanse ikke var i strid med nærhetsprinsippet. Nærhetsprinsippet kommer til syne i bestemmelsen, jf. shortsalg-forordningen artikkel 28 (2) bokstav b hvor det fremgår at ESMA kun må treffe en avgjørelse dersom:

«ingen kompetent myndighed har truffet foranstaltninger til at håndtere truslen, eller en eller flere af de kompetente myndigheder har truffet foranstaltninger, der ikke i tilstrækkelig grad håndterer truslen.»²¹⁵

EU-domstolen påpekte også at ESMA's eventuelle vedtak vil bli grundig konsultert med flere organer samt at forbudene vil være av en midlertidig karakter. Ettersom ESMA's myndighet

²¹³ Chamon (2010) s. 291.

²¹⁴ Sak C-270/12 *ESMA* avsnitt 45.

²¹⁵ Av shortsalg-forordningen 236/2012 art. 28 (2) bokstav b. Dansk versjon.

på denne bakgrunn kunne bli kontrollert i lys av objektive kriterier, var delegering av vedtaksmyndigheten etter shortsalg-forordningen artikkel 28 i tråd med Meroni-doktrinen. I tråd med dette fant EU-domstolen i storkammer at å overlate kompetanse av skjønnsmessig karakter til ESMA til å regulere shortsalg av finansielle instrumenter var innenfor EU-rettens grenser.²¹⁶ Domstolen la vekt på at kompetansen var begrenset til å kun gjelde på nærmere bestemte vilkår, selv om disse var skjønnsmessige.²¹⁷ EU-domstolen la også vekt på at ESMA, i motsetning til institusjonene i sak C-9/56 *Meroni*, var EU-organer opprettet i kraft av EU-rettens konstitusjonelle bestemmelser, og underlagt det alminnelige EU-rettslige systemet for prøving av beslutningene til organet.²¹⁸ Selv om opprettelsen av ESMA ble ansett gyldig, er domspremissene tydelige på at det fremdeles gjelder grenser, i form av avgrenset kompetansetildeling som er underlagt domstolskontroll på grunnlag av klare og objektive kriterier.

Meronidoktrinen er altså gjeldende også for EU-byråer, og det ser ut til at det åpnes for skjønnsutøvelse i den grad dette kan kontrolleres. Det er derfor administrativ forvaltningsmyndighet kan delegeres, mens politisk forvaltningsmyndighet ikke kan eller skal delegeres.

Prinsippet om institusjonell balanse er tydeliggjort i *Meroni* og handler om at EU-institusjoner ikke skal handle utenfor sitt mandat da fordelingen av myndighet i EU er nøye gjennomtenkt i traktatene.²¹⁹

Spørsmålet er så hvilken rettslig bindende myndighet Kommisjonen innehar, og hva de kan delegeres. Som tidligere nevnt kan Kommisjonen vedta delegerte rettsakter etter TFEU artikkel 290 og gjennomføringsrettsakter etter TFEU artikkel 291. Nestegenerasjons nettkoder blir vedtatt etter disse bestemmelsene. Dette er de lovfestede bestemmelsene som gir Kommisjonen rettslig bindende myndighet.

TFEU artikkel 288 gir også Kommisjonen rett til å komme med uttalelser og anbefalinger, men avhandlingen avgrenser mot denne ikke-bindende myndigheten, jf. innledningen i kapittel 3. Avhandlingen fokuserer derfor videre på rettsakter vedtatt etter TFEU artikkel 290 og 291.

²¹⁶ Sak C-270/12 *ESMA* avsnitt 45.

²¹⁷ Sak C-270/12 *ESMA* avsnitt 50 og 54.

²¹⁸ Sak C-270/12 *ESMA* avsnitt 53.

²¹⁹ Askhaven (2019) s. 32 og Lenaerts (2018) s. 124.

TFEU artikkel 290 gir Kommisjonen myndighet til å vedta «delegated acts». Disse delegerte rettsaktene er «almengyldige ikke-lovgivningsmessige retsakter, der supplerer eller endrer visse ikke-væsentlige bestemmelser i den lovgivningsmessige retsakt»²²⁰. Kommisjonen kan treffe delegerte rettsakter uten å måtte gjennomgå samme komitologiprosedyre for gjennomføringsrettsakter etter artikkel 291. Gjennomføringsrettsakter kan ikke delegeres videre til EU-byråer.²²¹ Det å vedta delegerte rettsakter etter TFEU artikkel 290, er å anse som en av Kommisjonens politiske funksjoner. Kommisjonens politiske funksjoner lar Kommisjonen utarbeide EU-lovgiving.²²² Ettersom delegerte rettsakter faller inn under Kommisjonens politiske forvaltningsmyndighet, kan ikke denne myndigheten delegeres.²²³

TFEU artikkel 291 gir Kommisjonen myndighet til å vedta «implementing acts». Gjennomføringsrettsaktene er rettsakter som supplerer de allerede bindende rettsaktene vedtatt av Europaparlamentet og Rådet, og disse må i motsetning til delegerte rettsakter etter artikkel 290 gjennom en komitologiprosedyre for å kunne vedtas. Dette er en del av Kommisjonens administrative funksjon, og myndighet etter TFEU artikkel 291 kan derfor delegeres.²²⁴ Nestegenerasjon nettkoder og retningslinjer vil bli vedtatt som gjennomføringsrettsakter.²²⁵

Det er viktig å presisere at det i sak C-9/56 *Meroni* og sak C-270/12 *ESMA* ble påpekt at det avgjørende for at myndighet skal kunne delegeres til EU-byråer, er knyttet til i hvilken grad byråets myndighetsbruk kan være gjenstand for kontroll.

Busuioc skiller mellom tre ulike typer kontrollmekanismer som finner sted til ulik tid i prosessen for myndighetsutøvelse.²²⁶ Det er *ex ante control*, løpende kontroll og *ex post control*. Kontroll *ex ante* er en form for forhåndskontroll i form av opprettelsesforordninger og andre

²²⁰ TFEU art. 290 (1) dansk versjon.

²²¹ Askhaven (2019) s. 34.

²²² TEU art. 17 og art. 290.

²²³ Generaladvokat Jääskinens forslag til avgjørelse i sak C-270/12 s. 21. Generaladvokatens uttalelse er ikke bindende rett, men forslaget ble lagt til grunn i sak C-270/12 *ESMA* se avsnitt 76.

²²⁴ Delegering av denne myndigheten vil ikke gi EU-byråene myndighet til å endre lovgiving.

²²⁵ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (3) bokstav c.

²²⁶ Busuioc (2013) s. 51–53.

rettsakter. Også dokumenter som innebærer regler for byråenes struktur og finansielle midler,²²⁷ er en form for forhåndskontroll da de legger til rette for at byråene bruker sin myndighet innenfor begrensningene.²²⁸ Løpende kontroll innebærer at kontrollen av byråets myndighetsbruk skjer løpende, for eksempel ved at medlemsstatene kan kontrollere byråenes avgjørelser gjennom byråenes vedtaksorgan, BoR, som består av representanter fra medlemsstatene med stemmerett.²²⁹

Kontroll *ex post*, etterhåndskontroll, består av administrative og juridiske kontrollmekanismer, følgelig overprøving BoA og EU-domstolen. Dette er de sentrale kontrollmekanismene som behandles i oppgaven. Også den europeiske ombudsmannen fører en form for etterhåndskontroll.²³⁰ Ombudsmannen kan, i motsetning til EU-domstolen, ikke vedta rettslig bindende avgjørelser.²³¹ Det avgrenses mot videre redegjørelse av etterhåndskontroll utført av den europeiske ombudsmannen.

Før kontrollen av ACERs vedtak undersøkes videre, må ACERs myndighet og oppgaver redegjøres for.

3.4 ACERs myndighet og oppgaver

I likhet med de andre EU-byråene og EUs forvaltningsorganer, har ikke ACER alminnelig handlefrihet – ACER må tildeles myndighet gjennom ulike rettsakter og kan ikke inneha større myndighet enn EU allerede er tildelt gjennom traktatene.²³² Hjemmelen for myndighet er fordelt på de ulike rettsaktene, og rettskildebildet er komplisert. Ettersom denne avhandlingen fokuserer på rettslig kontroll av vedtak om metoder og vilkår, vil fokuset ligge på ACERs vedtaksmyndighet hjemlet i opprettellesforordningen, elmarkedsdirektivet og elforordningen. Det avgrenses mot myndighet som er hjemlet i gassmarkedsdirektivet og gassforordningen.

²²⁷ The Rules of Procedure of the Administrative Board of ACER.

²²⁸ Busuioc (2013) s. 56.

²²⁹ Se for eksempel ACER-forordningen 2019/942 art. artikkel 22 (1).

²³⁰ TFEU art. 228 (1).

²³¹ Busuioc (2013) s. 222–223.

²³² TEU art. 5 (29). Se punkt 3.3.2 for en redegjørelse av nærhetsprinsippet.

ACER er også tildelt myndighet etter REMIT-forordningen²³³ og infrastruktur-forordningen.²³⁴ Etter REMIT-forordningen har ACER juridisk mandat til å samle inn alle relevante handelsdata i engrosenergimarkeder for å overvåke de europeiske engrosenergimarkedene og til å koordinere oppfølgingen av eventuelle REMIT-brudd for å sikre konsistens på europeisk nivå.²³⁵ Infrastrukturforordningen danner strukturen for enkelte grensekryssende infrastrukturprosjekter, og tildeler ACER myndighet i forbindelse med implementering av forordningens regler.²³⁶ Både myndighet etter REMIT-forordningen og etter infrastrukturforordningen faller utenfor oppgavens problemstilling, og det avgrenses mot grundigere redegjørelse av denne myndigheten.

Det følger av ACER-forordningen 2019/942 artikkel 2 at ACER har som oppgave å gi rådgivende uttalelser og anbefalinger, fatte individuelle beslutninger og gi overordnede ikke-bindende retningslinjer.²³⁷ Dette er en videreføring av ACERs oppgaver fra tredje energimarkedspakke.²³⁸ Ordlyden i de to artikkelene er imidlertid ikke lik.

3.4.1.1 *Soft law*

Etter artikkel 2 bokstav a i ACER-forordningen 2019/942 er det presisert at ACER nå kan gi rådgivende uttalelser og anbefalinger til ENSTO-E, ENTSO-G, DSO-enheten, regionale koordineringssentre (RCCer²³⁹) og utpekte NEMOer i tillegg til TSOene.²⁴⁰ Antallet aktører ACER gir rådgivende uttalelser til, har økt. ACER skal også forelegge ikke-bindende retningslinjer til Kommisjonen, en videreføring av ACERs plikter fra ACER-forordning 713/2009.²⁴¹ ACERs rådgivende og veiledende rolle vil ikke bli tillagt særlig vekt i denne redegjørelsen da rettslig kontroll av soft-law-virkemidler faller utenfor avgrensningene gjort i punkt 1.3.²⁴²

²³³ Regulation (EU) No 1227/2011 (REMIT-forordningen).

²³⁴ Regulation (EU) No 347/2013 (infrastrukturforordningen).

²³⁵ REMIT-forordningen art 7 (1), art 8 (1), 10 (1), 16 (4).

²³⁶ Se infrastrukturforordningens forale punkt 19.

²³⁷ Se også punkt 2.5.

²³⁸ ACER-forordningen 713/2009 artikkel 4.

²³⁹ RCCer er enheter som utfyller TSOenes oppgaver på tvers av landegrensene innenfor nærmere definerte regioner i EU, jf. Elforordningen 2019/943 art. 16 (3).

²⁴⁰ ACER-forordningen 713/2009 artikkel 4.

²⁴¹ ACER-forordning 2019/942 artikkel 2 bokstav d. sml. ACER-forordning 713/2009, artikkel 4 bokstav d

²⁴² Se Stefan (2018) for redegjørelse av kontroll av ACERs soft-law virkemidler.

3.4.2 ACERs myndighet til å treffe individuelle vedtak

Når ACERs vedtaksmyndighet skal kartlegges, er ACER-forordningen 2019/942 artikkel 2 bokstav d av betydning. Dette er avgjørelsene som kan ankes videre til BoA, og de vil derfor redegjøres for her i tråd med oppgavens formål.²⁴³

Artikkel 2 bokstav d henviser til de områdene ACER kan fatte individuelle beslutninger. Bestemmelsen henviser til myndighetshjemlene, og er slik sett ikke selvstendig hjemmel for myndighet. Det vil under gjøres rede for hvilke myndighetshjemler det henvises til, samt redegjøres kort for deres betydning. I neste delkapittel klarlegges ACERs myndighet til å fatte vedtak om metoder og vilkår før kontrollmekanismene ex post presenteres.

Etter den gamle ACER-forordningen 713/2009 artikkel 4 bokstav d kunne ACER treffe individuelle beslutninger i «konkrete tilfeller, jf. artikkel 7, 8 og 9».²⁴⁴ Dette innebar at ACER hadde myndighet til å fatte vedtak om «technical issues»²⁴⁵, om «regulatory issues»²⁴⁶ og om «exemptions». I ACER-forordning 2019/942 er tilsvarende artikkel langt mer detaljert og utfyllende, men myndigheten ser ut til å videreføres, og til en viss grad utvides. Under undersøkes viktige endringer fra ACER-forordningen 713/2009.

Det første området ACER kan fatte individuelle vedtak på, er vedtak om utlevering av informasjon i samsvar med artikkel 3 (2), artikkel 7 (2) bokstav b og artikkel 8 bokstav b. Dette er nytt fra ACER-forordningen 713/2009. ACER kan videre fatte vedtak om gjennomgang av budsoner som nevnt i artikkel 5 (7), om unntak som nevnt i artikkel 10,²⁴⁷ på infrastruktur som nevnt i artikkel 11 i bokstav d, fatte vedtak knyttet til regionale koordineringssentre som nevnt i artikkel 7 (2) bokstav a og om saker knyttet til grossistmarkedets integritet og åpenhet i henhold til artikkel 12. ACER skal også fatte vedtak om godkjenning og endring av metoder som nevnt i artikkel 9 (1) og vedtak om godkjenning og endring av metoder som nevnt i artikkel (3). Det avgrenses videre mot en redegjørelse av denne type av individuelle vedtak.

²⁴³ ACER-forordning 2019/942 art. 28 (1).

²⁴⁴ Basert på direkte oversettelse av den danske versjonen av ACER-forordning 713/2009.

²⁴⁵ ACER-forordningen 713/2009 art 7 (1). Heretter oversatt til «tekniske spørsmål», jf. den norske proposisjonen for innlemmelse av ACER-forordningen 713/2009 art. 7 (1).

²⁴⁶ ACER-forordningen 713/2009 art 8 (1).

²⁴⁷ Videreføring av ACER-forordningen 713/2009 art 9 (1).

Det er også nytt at ACER skal godkjenne forslag til metoder og vilkår for bruk av flaskehalsinntekter,²⁴⁸ revisjon og inndeling av budområder,²⁴⁹ forslag til RCCs oppgaver²⁵⁰ og metode for vurdering av ressursdekning og kapasitetsmekanismer^{251, 252}.

Nedenfor redegjøres det for vedtak etter artikkel 6 (1), 6 (10) og artikkel 4 (4), artikkel 5 (2), (3) og (4).

3.4.2.1 Tekniske spørsmål

Videre kan ACER fatte individuelle vedtak om «technical issues» nevnt i artikkel 6 (1).²⁵³ Av ACER-forordning 2019/942 artikkel 6 (1) kommer det at:

“ACER shall adopt individual decisions on technical issues where those decisions are provided for in Regulation (EU) 2019/943, Regulation (EC) No 715/2009, Directive (EU) 2019/944 or Directive 2009/73/EC.”

Bestemmelsen gir ACER mulighet til å fatte vedtak om «technical issues». «Tekniske spørsmål» er å forstå som spørsmål som gjelder kraftsystemet direkte, altså ikke juridiske spørsmål. Tekniske spørsmål vil typisk gjelde spørsmål om hvordan en kan sikre en effektiv og sikker drift av et sammenkoblet kraftsystem.

Ettersom det ikke er opprettelsesforordningene som gir direkte myndighet etter denne bestemmelsen, må man se på de aktuelle bestemmelsene i elforordningen 2019/943, eldirektivet 2019/944, gassforordningen og gassdirektivet.²⁵⁴ I denne redegjørelsen avgrenses det mot gassmarkedet. Det vil derfor være de aktuelle bestemmelsene i den nye elforordningen og det nye eldirektivet som er de materielle reglene som redegjøres for.

ACER er gitt vedtaksmyndighet etter elforordningen 2019/943 artikkel 14 (5) og 16 (9) samt etter eldirektivet 2019/944 artikkel 62 (1) bokstav f. elforordningen 2019/943 artikkel 14 (5) gir ACER vedtaksmyndighet dersom relevante TSOer ikke kommer til enighet om metode

²⁴⁸ ACER-forordning 2019/942 art. 4 (4), jf. elforordning 2019/943 art. 19 (4).

²⁴⁹ ACER-forordning 2019/942 art. 5 (7), elforordning 2019/943 art. 14 (5). Se vedtak No 11/2022 og vedtak No 29/2020 vedtatt av ACER om dette.

²⁵⁰ ACER-forordning 2019/942 art. 7 (2).

²⁵¹ ACER-forordning 2019/942 art. 9 (1).

²⁵² Regjeringen (2020).

²⁵³ Dette er en videreføring av ACER-forordning 713/2009 art. 7 (1), jf. ACER-forordning 2019/942, art. 2 bokstav d. sml. ACER-forordning 713/2009, art. 4 bokstav d.

²⁵⁴ Askhaven (2019) s. 123.

som skal anvendes i prosessen til revisjon av budområder. Eldirektivet 2019/944 artikkel 62 (1) bokstav f gir ACER myndighet til å fatte vedtak i saker hvor NRAer ikke har kommet til enighet på tekniske spørsmål etter eldirektivet i løpet av fire måneder.

3.4.2.2 *“Regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border system security”*

ACER skal også fungere som tvisteløsende organ mellom NRAene i samsvar med artikkel 6 (10). ACER kan fatte vedtak etter denne bestemmelsen dersom ett av de to vilkårene i andre ledd er oppfylt. Her fremgår det at ACER får vedtaksmyndighet dersom de kompetente NRAene ikke har vært i stand til å komme til enighet innen seks måneder etter henvisningen av saken til den siste av disse tilsynsmyndighetene, eller innen fire måneder i saker i henhold til artikkel 4 (7) i ACER-forordning 2019/942 eller i artikkel 59 (1) bokstav c eller artikkel 62 (1) bokstav f i elmarkedsdirektivet 2019/944. Det andre alternativet vilkåret er at NRAene enstemmig må be ACER fatte vedtak.

Bestemmelsen sier at ACER har myndighet til å fatte individuelle vedtak som omhandler «regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border system security» og som krever felles beslutning av to eller flere NRAer.²⁵⁵ «Grænseoverskridende»²⁵⁶ innebærer at vedtak må forbinde eller ville kunne overskride minst én landegrense og på denne måten forbinde minst to medlemsstater. «Regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border system security» kan direkte oversettes til «reguleringsspørsmål som har innvirkning på grensekryssende handel eller grenseoverskridende systemsikkerhet».²⁵⁷ ACER har etter den nye bestemmelsen myndighet til å fatte vedtak om både grensekryssende handel og grenseoverskridende systemsikkerhet som etter ordlyden omfatter mer enn «grensekryssende infrastruktur». Ettersom også tidligere bestemmelse gjaldt vedtak om metoder og vilkår, må dagens bestemmelse, med videre ordlyd, fortsatt gjelde denne typen vedtak.

ACERs vedtaksmyndighet gjelder kun der kompetansen først er tillagt NRAene etter:

- en unionsrettsakt vedtatt etter den ordinære lovgivningsprosedyren, eller

²⁵⁵ ACER-forordning 713/2009 artikkel 8, som er den tilsvarende hjemmelen i den forrige ACER-forordningen, ga ACER myndighet til å fatte vedtak om «cross-border infrastructure».

²⁵⁶ Av dansk versjon.

²⁵⁷ Basert på dansk versjon.

- nettverkskoder og retningslinjer vedtatt før 4. juli 2019 og påfølgende revisjoner av disse, eller
- nettverkskoder og retningslinjer vedtatt som gjennomføringsrettsakter i henhold til artikkel 5 i forordning (EU) nr. 182/2011.

Det er dermed tre vilkår som må være oppfylt for at ACER skal ha vedtaksmyndighet etter ACER-forordning 2019/942 artikkel 6 (10):

- NRAene må ikke ha kommet til enighet innen en gitt frist eller be ACER fatte vedtak.²⁵⁸
- Vedtaket må gjelde «regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border system security».²⁵⁹
- NRAene må være tildelt kompetanse først.²⁶⁰

ACER-forordning 2019/942 artikkel 6 (10) første ledd fungerer dermed som en materiell skranke der ACER opptrer som megler mellom regulerende myndigheter ved at vedtaket må gjelde «regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border system security», jf. artikkel 2 bokstav d fjerde ledd.²⁶¹ ACER kan ikke fatte vedtak over spørsmål som ikke er grenseoverskridende – det må være snakk om et regionalt eller europeisk vedtak. For at ACER i tilfelle skal ha vedtaksmyndighet over vedtak om metoder og vilkår etter artikkel 6 (10), må vedtaket gjelde «reguleringsspørsmål som har innvirkning på grensekryssende handel eller grenseoverskridende systemsikkerhet».

3.4.3 Vedtak om metoder og vilkår

Det siste tilfellet listet opp i artikkel 2 bokstav d, er vedtak om godkjenning av metoder og vilkår i samsvar med artikkel 4 (4), artikkel 5 (2), (3) og (4). Denne bestemmelsen må ses i lys av artikkel 6 (10) i enkelte tilfeller.

ACER har som vist over i visse tilfeller vedtakskompetanse til å vedta metoder og vilkår etter retningslinjene.²⁶² Etter ACER-forordning 2019/942 artikkel 5 (2) og (3) gir ACER myndighet

²⁵⁸ ACER-forordning 2019/942 art. 6 (10) annet ledd bokstav a og b.

²⁵⁹ ACER-forordning 2019/942 art. 6 (10) første ledd.

²⁶⁰ ACER-forordning 2019/942 art. 6 (10) første ledd bokstav a, b og c.

²⁶¹ Se også Dyrby (2021) s. 46. Denne skranken gjelder ikke når ACER har primær vedtaksmyndighet.

²⁶² ACER-forordning 2019/942 art. 5 (2), (3) og (4).

til å treffe beslutninger og godta metoder og vilkår når disse er fastsatt i alminnelig lovgivingsrettsakt fra EU, nettkoder og retningslinjer vedtatt før 4. juli 2019 (og reviderte versjoner av disse) samt nettkoder og retningslinjer vedtatt som gjennomføringsrettsakter. Etter artikkel 5 (4) kommer det at ACER har kompetanse til å vedta metoder og vilkår, på regionalt og europeisk nivå, når reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet, når disse er hjemlet i en delegert rettsakt vedtatt etter 4. juli 2019.

I de tilfeller vedtak om metoder og vilkår skal vedtas på regionalt plan, vil ACER ha vedtakskompetanse kun hvis det er snakk om uenighet mellom eller forespørsel fra NRAene.²⁶³

NRAene vil ha 6 måneder på seg på å endelig godkjenne TSOenes forslag til vedtak på regionalt nivå.²⁶⁴ Etter dette vil ACERs vedtaksmyndighet være gjeldende, jf. artikkel 6 (10). Vedtaket må da gjelde «regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border system security».

Det er som nevnt tidligere en endring fra den gamle ACER-forordningen når det kommer til europeiske vedtak; av ACER-forordningen 2019/942 artikkel 5 (2) fremgår det at ACER som skal godkjenne vedtak om metoder og vilkår etter retningslinjene CACM, EB, SOGL og FCA på europeisk nivå. Dette er en endring fra systemet etter tredje energimarkedspakke da europeiske vedtak ble vedtatt på samme måte som regionale. ACER hadde kun sekundær myndighet etter ACER-forordning 713/2009, hvor vedtakene skulle godkjennes av samtlige reguleringsmyndigheter i EU. Dette er en betydelig utvidelse av myndighet. Vedtakene om metoder og vilkår på europeisk nivå godkjennes nå ved at de fattes med to tredjedels flertall i BoR. Dette innebærer at reguleringsmyndigheter som er uenige i forslaget, ikke vil kunne hindre forslaget fra å bli vedtatt. Ettersom NRAene ikke er tildelt myndighet først, er det heller ikke krav om at vedtaket må gjelde «regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border system security» etter artikkel 6 (10).

Som nevnt i punkt 1.3.2 er tanken bak denne endringen effektivitetshensyn.²⁶⁵ Det har vært mye uenighet mellom reguleringsmyndighetene – noe som forsinker prosessen av utviklingen

²⁶³ Det er bestemt i de ulike retningslinjene hvilket nivå vedtaket om metoder og vilkår gjelder.

²⁶⁴ EB-retningslinjen art. 5 (6), CACM-retningslinjen art. 9 (10), FCA-retningslinjen art. 4 (9), SOGL-retningslinjen art. 6 (7).

²⁶⁵ Hancher (2021) s. 44.

av metoder og vilkår.²⁶⁶ Ettersom vedtaksmyndigheten likevel ville havnet hos ACER ved uenighet mellom NRAene, er dette en prosessøkonomisk endring.²⁶⁷ Dette understreker også viktigheten av at den rettslige kontrollen av ACERs vedtak om metoder og vilkår er effektiv, ettersom vedtaksmyndigheten på sett og vis blir flyttet fra nasjonale reguleringsmyndigheter over til ACER. Det er likevel verdt å nevne at det vil være de samme NRAene som stemmer over vedtak i BoR, som ville stemt over vedtak i en «ordinær» prosess.²⁶⁸

Nestegenerasjons retningslinjer vil bli vedtatt som en delegert rettsakt eller gjennomføringsrettsakter etter TFEU artikkel 290 og 291.²⁶⁹ For rettsakter vedtatt som delegert rettsakt, har ACER sekundær vedtakskompetanse på både europeiske og regionale vedtak.²⁷⁰ Her gjelder altså kravet om at ACER bare kan vedta metoder og vilkår når reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet i tråd med nærhetsprinsippet med de begrensninger som følger av ACER-forordningen 2019/942 artikkel 6 (10).

3.5 Rettslig overprøving av ACERs vedtak om metoder og vilkår

Til nå har delegering av myndighet til EU-byråer og ACERs kompetanse til å fatte individuelle vedtak blitt undersøkt. Som det fremgår av Meroni-doktrinen, redegjort for i punkt 3.3.3, kan myndighet kun delegeres når myndigheten kan kontrolleres. Videre vil derfor de to aktuelle etterhåndskontrollmekanismene presenteres. Presentasjonen begrenses til å undersøke den prosessuelle kontrollkompetansen da byråenes «effektive kontroll» vurderes videre i kapittel 4 og 5.

3.5.1 Board of Appeals kontrollkompetanse

BoA er ACERs interne klageorgan og innehar kompetanse til å overprøve individuelle vedtak gjort av ACER, deriblant vedtak om metoder og vilkår.²⁷¹

²⁶⁶ COM(2016) 864 s. 11, se også Hancher (2021) s. 37.

²⁶⁷ Sml. ACER-forordning 713/2009 art. 8.

²⁶⁸ ACER-forordningen 2019/942 art. 21 (1) bokstav a.

²⁶⁹ Elforordningen 2019/943 i art 58 (1), jf. art. 61 (1).

²⁷⁰ Elforordningen 713/2009 art. 68, jf. ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (4) siste ledd.

²⁷¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (1), jf. art. 2 bokstav d.

Klageren kan være «any natural or legal person, including the regulatory authorities».²⁷² Vedtaket som påklages må så være enten «addressed to that person» eller ha en «direct and individual concern» til de som ønsker å klage inn vedtaket. Dermed sikres det at klager har tilstrekkelig tilknytning til ACERs vedtak om metoder og vilkår.²⁷³

Det første vilkåret om at vedtaket må være «addressed to that person», innebærer at de som er oppgitt som adressater i vedtaket, typisk TSOer, NEMOer og eventuelle andre markedsaktører, har klageadgang.

Det andre vilkåret om at vedtaket må ha en «direct and individual concern», er mer åpent og må oppfylles dersom den ankede part ikke er adressat for avgjørelsen.²⁷⁴

Vedtaket må berøre den fysiske og juridiske personen «direkte» og ha en «individuell betydning». Dette innebærer at klageren må være tydelig berørt hvis vedtaket ikke er adressert direkte mot den.²⁷⁵ At vedtaket har «direct» betydning innebærer typisk at vedtaket må påvirke den rettslige situasjonen til vedkommende, mens «individual concern» innebærer at det er vedkommende som er berørt, og ikke en tredjeperson.²⁷⁶ Det er typisk nasjonale reguleringsmyndigheter som faller inn under denne kategorien ettersom det er disse som skal sørge for at vedtakene håndheves. Nasjonale reguleringsmyndigheter kan da sies å ha en «direct and individual concern».²⁷⁷

Vedtak 03/2022 ble anket til BoA av to ulike parter, hvor begge ankene ble avvist som følge av at saksøker ikke hadde søksmålsadgang etter ACER-forordningen 2019/942 artikkel 28 (1), jf. artikkel 2 bokstav d.²⁷⁸ Partene var RWE Supply & Trading GmbH (RWE) og Uniper Global Commodities SE (Uniper), to internasjonale energiselskap. Sakene ble behandlet svært likt, og ankevedtak A-003-2022 brukes videre.

²⁷² ACER-forordning 2019/942 art. 28 (1).

²⁷³ ACER-forordningen 2019/942 art. 28, jf. art. 2 bokstav b.

²⁷⁴ Se også BoA Rules of Procedure art. 15 (1) som sier at en anke kan avvises dersom ankende part ikke er adressat for avgjørelsen og ikke kan redegjøre for en direkte og individuell bekymring etter ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (1).

²⁷⁵ Dyrby (2021) s. 59.

²⁷⁶ Se Sak C-25/62 *Plaumann and Co v. Commission* s. 107 og *Askhaven* (2019) s. 155

²⁷⁷ Se BoAs avgjørelse A-001-2017 avsnitt 44.

²⁷⁸ Se BoAs avgjørelser i sakene A-003-2022 og A-002-2022.

BoA kom til at det var på det rene at Uniper hadde «direct concern». EU-domstolen viste til at EU-praksis oppstilte to vilkår for at vedtaket kan ha «direct concern». Det første er at vedtaket påvirker rettstilstanden til vedkommende. Det andre er at vedtaket ikke overlater skjønn til adressatene som er ansvarlig for gjennomføringen.²⁷⁹ Vedtaket som var påklaget ga ikke TSO-ene rom for skjønn i implementeringen av metodene og vilkårene som ble bestemt i vedtak 03/2022 av ACER.²⁸⁰ Uniper som markedsaktør var da påvirket direkte da de ikke lenger kunne føre en friere prispolitikk. Uniper hadde dermed «direct concern».²⁸¹

I vurderingen av om Uniper hadde «individual concern», ble EU-rettspraksis brukt videre.²⁸² For å ha «individual concern» må vedtaket påvirke Uniper, som følge av Unipers eventuelle særegenheter, på en annen måte enn for alle andre.²⁸³ Det var heller ikke nok at enkelte aktører ble mer påvirket økonomisk enn andre.²⁸⁴ EU-domstolen har klarlagt at selv om en aktør er eneste aktøren som faktisk opplevde økonomiske konsekvenser av et vedtak, var ikke kravet om «individual concern» oppfylt dersom andre aktører potensielt kan påvirkes på samme måte. For å være «individual concern», må vedkommende være påvirket i en særstilling som følge av et vedtak.²⁸⁵ Uniper hadde ikke kommet med tilstrekkelige argumenter om at de var i en særstilling som følge av pristaket fastslått i vedtak 03/2022, og de hadde følgelig ikke søksmålskompetanse da artikkel 28 (1) i ACER-forordning 2019/942 krever både «direct and individual concern».²⁸⁶ BoA kunne ikke overse et brudd på en så klar ordlyd.²⁸⁷

Videre påpekes det noe interessant av BoA. Selv om BoA mener at Uniper ikke har søksmålskompetanse etter ACER-forordning 2019/942 artikkel 28 (1), påpekes det at Uniper ville hatt søksmålskompetanse etter primærlovgivingen, og at de derfor kunne ha reist søksmål mot EU-domstolen etter rettspraksis knyttet til TFEU artikkel 263 (4). At sekundærretten strider

²⁷⁹ Sak A-003-2022 avsnitt 41. Se også sak T-669/15 *Lysoform and others v ECHA* avsnitt 43 og 44.

²⁸⁰ Vedtak 03/2022 vedlegg 1 artikkel 3 (1) bokstav a fastslo klart at alle TSOer skal anvende de midlertidig øvre prisgrensene for bud i balanseenergimarkedet innen 1. juli 2022. Det var altså ikke rom for andre vurderinger.

²⁸¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (1).

²⁸² Se sak C-33/14 P *Mory and Others v Commission* avsnitt 93.

²⁸³ A-003-2022 avsnitt 47.

²⁸⁴ A-003-2022 avsnitt 48.

²⁸⁵ Se også sak C 125/06 P *Commission v Infront WM* avsnitt 71.

²⁸⁶ A-003-2022 avsnitt 54.

²⁸⁷ A-003-2022 avsnitt 54.

mot EU-retten, ville vanligvis ført til at rettsreglene etter primærretten fikk forrang. BoA påpeker imidlertid at de ikke har kompetanse til å vurdere lovligheten av ACER-forordningen sett opp mot TFEU. Dette kaller BoA selv for utilfredsstillende.²⁸⁸ Ettersom dette er spesielle omstendigheter anså BoA det som nyttig å gi en mer omfattende begrunnelse i saken enn de vanligvis ville gjort ettersom saken er avvist fremmet. BoA mente at en mer gjennomført begrunnelse skal sikre Unipers rettigheter til effektiv forvaltning og respektere Unipers rett til en effektiv rettergang.²⁸⁹

At tolkning av primærretten åpner for en videre adgang til rettslig prøving i EU-domstolen enn tolkningen av søksmålsadgangen til BoA etter ACER-forordningen, virker å være stikk i strid med hensynet bak opprettelsen av et klageorgan.²⁹⁰ Likevel kan dette begrunnes i hensynet til effektivitet. Dersom BoA skulle være pliktig til å behandle enhver klage på samtlige ACER-vedtak, kunne det tenkes at BoA, slik de er organisert i dag, ikke ville hatt tilstrekkelige ressurser til å kunne behandle ankene grundig og i tråd med EU-charteret artikkel 41. Avgjørelsen er dog interessant, og viser hvor viktig dynamikken mellom BoA og EU-domstolen er for at aktørenes rettigheter ivaretas.

En stor andel av klagene på ACERs vedtak om metoder og vilkår er fremsatt av TSO: majoriteten klager som BoA har mottatt har hatt en eller flere TSO blant partene som har påklaget ACERs vedtak om metoder og vilkår.²⁹¹ Ellers er det flere NRAer, men også noen andre markedsaktører som har fremsatt klage. Det at vedtak om metoder og vilkår er «rettet til» eller «direkte berører» TSOer er på det rene. Andre markedsaktører må være «direct and individual concern» berørt av ACERs vedtak.

BoAs behandlingsprosedyre ble noe endret i den reviderte ACER-forordningen. Tidligere het det at BoA kunne «exercise any power which lies within the competence of the Agency».²⁹² Dette innebar at BoA kunne fatte sitt eget vedtak og erstatte ACERs vedtak med sitt eget i samme utstrekning som ACER har myndighet. Etter at fjerde energipakke trådte i kraft, er til-

²⁸⁸ A-003-2022 avsnitt 57.

²⁸⁹ A-003-2022 avsnitt 58.

²⁹⁰ T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 56–58.

²⁹¹ Se punkt 4.3.1 Se også vedlegg 1.

²⁹² ACER-forordning 713/2009 art. 19 (5).

svarende bestemmelse endret. Nå heter det at «The Board of Appeal may confirm the decision, or it may remit the case to the competent body of ACER. The latter shall be bound by the decision of the Board of Appeal.»²⁹³ Av den språklige endringen, kommer det at BoA nå kun kan bekrefte ACERs vedtak eller sende det tilbake til kompetent organ i ACER.²⁹⁴ Resultatet av dette er at BoA ikke lengre kan fatte et nytt innholdsmessig vedtak. I de tilfeller hvor BoA velger å sende saken tilbake til kompetent organ i ACER, er det kompetente organet bundet av BoAs avgjørelse.²⁹⁵ Kompetent organ i ACER var også etter ACER-forordning 713/2009 bundet av BoAs avgjørelse.²⁹⁶ Dette kan tale for at den språklige endringen i den nye forordningen i praksis ikke har stor betydning.²⁹⁷ Hva endringen faktisk har å si i praksis, er uvisst da muligheten for å endre vedtak ble sett på som en teoretisk mulighet.²⁹⁸ Formuleringen av bestemmelsen er nå i tråd med flere andre byråers administrative klageorgans endringskompetanse, deriblant Den europeiske verdipapir- og markedstilsynsmyndighet, ESMA.²⁹⁹

Likevel er det interessant at BoA i sitt vedtak A-001-2018_R³⁰⁰ påpeker at det også i Rules of Procedure of the Board of Appeal (BoA Rules of Procedure) ble foretatt endringer. I BoA Rules of Procedure het det før 5. oktober 2019 at «The Board of Appeal may exercise any power which lies within the competence of the Agency».³⁰¹ Etter endringen 5. oktober 2019, står det nå at «The Board of Appeal may confirm the decision, or it may remit the case to the competent body of ACER. The latter shall be bound by the decision of the Board of Appeal».³⁰² BoA velger å tolke denne endringen slik: «Therefore, the competence to “exercise any power which lies within the competence of the Agency” has been repealed.»³⁰³ «Repealed» kan oversettes til «opphøvet». At noe er opphøvet må forstås som at det ikke er gjeldende, og det kan derfor virke som at BoA mener at de ikke innehar samme kompetanse som

²⁹³ ACER-forordning 2019/942 art. 28 (4).

²⁹⁴ ACER-forordning 713/2009 art. 28 (5).

²⁹⁵ ACER-forordning 2019/942 art. 28 (4).

²⁹⁶ ACER-forordning 713/2009 art. 19 (5).

²⁹⁷ Se redegjørelse om dette i Dyrby (2021) s. 60.

²⁹⁸ Schütz (2020) s. 268–269.

²⁹⁹ Regulation (EU) No 1095/2010 art. 60 (5) 2. punkt.

³⁰⁰ Dette er vedtaket BoA fattet på nytt etter at GC annullerte deres første vedtak i T-735/18 *Aquind v ACER*.

³⁰¹ BoA Rules of Procedure art. 20 (1) (gjeldende før 5. oktober 2019).

³⁰² Revidert og gjeldende BoA Rules of Procedure art. 21 (1). Tilsvarende som i ACER-forordningen 2019/942 artikkel 28 (5)

³⁰³ A-001-2018_R avsnitt 14.

ACER lengre. Likevel vil det stride mot hensynet bak opprettelsen av et klageorgan om klageorganet ikke skal inneha samme kompetanse som byrået selv. Når byrået kan bekrefte eller sende vedtak tilbake til kompetent organ til ACER med bindende bemerkninger, er det naturlig at de innehar samme kompetanse som ACER. En kan også forstå uttalelsen slik at BoA ikke har fått innskrenket kompetanse etter den nye ACER-forordningen, men at det er selve bestemmelsen som er «repealed». BoA klarlegger i vedtakets avsnitt 54–61 hva de mener. Ettersom den ankede part ville endre ACERs vedtak, klargjør BoA at de etter den nye ACER-forordningen faktisk ikke har kompetanse til dette.³⁰⁴ De kan kun «confirm the decision, or it may remit the case to the competent body of ACER». Aquind har anket BoAs vedtak A-001-2018_R til GC med påstand om at BoA i dette tilfellet var kompetente til å erstatte vedtaket.³⁰⁵

Konklusjonen blir etter dette at ACER-forordningen 2019/942 faktisk innskrenker BoAs kompetanse. Det er imidlertid snakk om en prosessuell endring i den grad at ankende parter ikke kan kreve at ACERs vedtak erstattes av BoA, men kun fremme påstand om at vedtaket sendes tilbake til ACER med eventuelle beføyelser. De praktiske konsekvensene av endringen av ordlyden vil med stor sannsynlighet derfor ikke ha stor reell betydning.

BoA skal undersøke om klagen er «well-founded», jf. ACER-forordningen 2019/942 artikkel 28 (4). Ordlyden taler for at BoA ikke er begrenset til å kun prøve lovligheten av vedtaket, og BoA fungerer dermed som en «sikkerhetsventil» for de berørte partene. Prosessøkonomiske hensyn, samt hensynet til rettsikkerheten, skal nemlig sikre at de som berøres av det individuelle vedtaket kan få prøvd alle sider av vedtaket ettersom EU-domstolens klageadgang er noe begrenset.³⁰⁶ At klageorganet må overprøve også de tekniske og økonomiske sidene av ACERs vedtak ble stadfestet i T-735/18 *Aquind v ACER*.³⁰⁷ Det er likevel slik at BoA kun behandler de sidene som knytter seg til partenes spørsmål og anførsler, noe som sikrer hensynet til effektivitet.³⁰⁸ BoA skal med andre ord ikke foreta en full ny gjennomgang av saken, en *de*

³⁰⁴ Vedtaket ble først fattet etter ACER-forordningen 713/2009.

³⁰⁵ Sak T-492/21 *Aquind and Others v ACER*.

³⁰⁶ Sak T-187/06 *Schröder v CPVO* avsnitt 59.

³⁰⁷ T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 58. Avgjørelsen er anket videre til Domstolen.

³⁰⁸ BoA Rules of Procedure art. 16 (3) Se også ordlyden i ACER-forordningen 2019/942 art 28 (4) om at ACER skal undersøke om klagen er «velbegrunnet». At klagen er velbegrunnet, innebærer at noen må ha forfattet anførsler tilknyttet vedtaket.

novo-undersøkelse.³⁰⁹ Enkelte andre klagenemnder i andre byråer, har kompetansen til å undersøke anken *de novo*. Det gjelder blant annet klagenemnden i EUIPO, som oppfordres til å foreta en *de novo-undersøkelse* av alle spørsmålene, både juridiske og faktiske, behandlet i avgjørelsen som er anket til dem og fatte ny avgjørelse.

Hensynet bak regelen om at ACERs BoA ikke skal foreta *de novo-undersøkelse*, er at BoA foretar en kontradiktorisk prosedyre.³¹⁰ Det samme argumentet brukte EU-domstolen da de fastslo at heller ikke ECHA³¹¹ skal foreta en *de novo-undersøkelse*.³¹² At BoA ikke skal foreta en fullstendig ny prøving ligger også i ordlyden av bestemmelsen. BoA skal vurdere om klagen er «well-founded», altså «velbegrunnet». I dette ligger det at BoA vurderer partenes anførsler og ikke andre momenter enn det som er fremlagt.

Klagen må være fremsatt innen to måneder etter at vedtaket er meddelt den berørte parten eller, om dette ikke har skjedd, to måneder etter offentliggjøringen av ACERs fattede vedtak. BoA må treffe ny avgjørelse innen fire måneder etter at klagen er sendt inn.³¹³ Denne relativt korte tidsfristen bunner i effektiviseringshensyn og er i tråd med prinsippet i EU-charteret artikkel 41 om at enhver har rett til å få sin sak behandlet innen en rimelig frist.³¹⁴ Tidsfristen i ACER-forordningen 713/2009 var satt til kun to måneder. Det svært lave antallet saker som ble brakt inn for klagenemnda i de første årene var forenlig med en så kort avgjørelsestid, men økningen i saker fra 2018 talte for å utvide denne perioden fra to til fire måneder.³¹⁵

I forbindelse med utviklingen av metoder og vilkår, skjer endringer og vedtak relativt fort. At klageorganet da bør avgjøre ankede vedtak så raskt som mulig, uten at det går ut over den faktiske prøvingen, er i tråd med effektiviseringshensynet.³¹⁶

³⁰⁹ Sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 80.

³¹⁰ Sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 76–80.

³¹¹ European Chemicals Agency.

³¹² Se sak T-125/17 *BASF v ECHA* paragraf 59–65 og 91–103 og sak T-755/17 *Tyskland v ECHA* paragraf 86.

³¹³ ACER-forordningen 2019/942 art. 29 (2).

³¹⁴ EU-charteret art. 41 (1).

³¹⁵ Se oversikt over antall avgjørelser anket inn for BoA i punkt 4.3.5. Se også Generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona uttalelse i sak C-46/21 avsnitt 41.

³¹⁶ EU-charteret art. 41 (1).

Konklusjonen etter dette er at BoA kan behandle klager på ACERs vedtak om metoder og vilkår så lenge innsender oppfyller vilkårene for partsadgang. BoA skal kunne prøve alle vedtakenes sider, men har ikke kompetanse til å endre innholdet i vedtaket eller fatte nytt materielt vedtak. Likevel skal BoA kun prøve om klagen er «velbegrunnet». De skal ikke foreta en fullstendig ny prøving av saken, og de skal avgjøre anken innen fire måneder etter at klagen er sendt inn.

3.5.2 EU-domstolens prøvingsintensitet

Domstolskontroll av EU-byrås vedtak er hjemlet i TFEU artikkel 263 (1) som sier at EU-domstolen, i tillegg til å prøve lovligheten til rettsakter, «shall also review the legality of acts of bodies, offices or agencies of the Union intended to produce legal effects vis-à-vis third parties.» Dette innebærer at EU-domstolens kontroll av EU-byråers, og derav ACERs, virkemidler som har rettslig virkning, er traktatfestet. Vedtak om metoder og vilkår er rettslig bindende og kan følgelig prøves av domstolen.

Spørsmålet om hvem som kan klage inn ACERs vedtak for EU-domstolen, reguleres av TFEU artikkel 263 (4). Personkretsen i bestemmelsen er oppstilt på samme måte som personkretsen for hvem som kan fremme klage til BoA.³¹⁷ I punkt 3.5.1 ble den nylig avsatte saken A-003-2022 av BoA redegjort for. Denne var påfallende i den grad BoA mente at rettspraksis talte for at personkretsen som kan klage inn vedtak for BoA, er smalere enn det som kan tolkes ut fra TFEU artikkel 263 (4). Bestemmelsen i ACER-forordningen 2019/942 artikkel 28 (2) er svært lik ordlydsmessig som TFEU artikkel 263 (4), hvor begge krever «direct and individual concern». Dersom sak A-003-2022 og sak A-002-2022 av BoA kunne blitt fremmet etter primærlovgivingen, men ikke etter ACER-forordningen, vil ikke BoA lengre fungere som en sikkerhetsventil for at aktørene får sikret sine rettigheter etter EU-charteret artikkel 47. Etersom BoA da ikke foretar en full prøving av de tekniske sidene av vedtaket, siden vedtaket nektes fremmet etter tolkningen av ACER-forordningen 2019/942 artikkel 28 (2), vil heller ikke aktørene være sikret sin rett til en effektiv forvaltning etter EU-charteret artikkel 41. Aktørene har da kun EU-domstolen som aktuell kontrollmekanisme, som kun foretar en prøving av lovligheten av vedtaket, jf. TFEU artikkel 263. Det er da på det rene at personkretsen som kan fremme anke for BoA, også kan fremme anke for EU-domstolen.

³¹⁷ Se også ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (2).

I praksis er EU-domstolens prøvingskompetanse begrenset til å prøve prosessuelle spørsmål og spørsmål om korrekt lovforståelse.³¹⁸ Dette er noe av grunnen til at det etter ACER-forordningen 2019/942 artikkel 29 kommer at klagemuligheten internt i ACER må uttømmes før vedtak kan klages inn for EU-domstolen. Dette er nytt, da det tidligere var slik at både ACERs vedtak og BoAs vedtak kunne tas inn for EU-domstolen.³¹⁹ Det er likevel påpekt i EU-domstolen at BoAs klagemuligheter må uttømmes for at ikke overprøvingen i EU-domstolen skal ende opp med å bli en «limited review of a limited review».³²⁰ Dette kommer av at BoA, som en del av ACER, innehar den riktige ekspertisen til å kunne prøve vedtaket helt ut. I sakene A-003-2022 og sak A-002-2022 sviktet BoA som sikkerhetsventil for andre markedsaktører, og det blir avgjørende om denne spenningen mellom ordlydsfortolkning blir plukket opp av EU-domstolen. Per 31.12.2022 har hverken RWE eller Uniper anket avgjørelsene av BoA inn for EU-domstolen.

ACERs individuelle vedtak kan, etter at klagemulighetene innad i ACER er uttømt, kun klages inn til EU-domstolen med to ulike påstander som grunn. Den ene gyldige påstanden for å prøve vedtaket i EU-domstolen er påstand om å annullere vedtaket. Den andre mulige påstanden er påstand om fristoverskridelse fra ACERs side.³²¹

3.6 Oppsummering

Kapitlet har hatt som formål å belyse den bindende myndigheten EU-byråer kan inneha, og viktigheten av kontrollmekanismer. Det er viktig å belyse denne tildeling av myndighet, for å forstå hvorfor etterhåndskontrollen må foreta en «effektiv kontroll» av ACERs vedtak om metoder og vilkår. Ved å undersøke grensene for delegering av myndighet etter primærretten og rettspraksis, får man en forståelse av samspillet mellom myndighet og kontroll. Meroni-doktrinen hindrer ikke delegering av myndighet, men krever at myndigheten skal kontrolleres.

Kapitlet har belyst at ACERs vedtaksmyndighet er betydelig i utviklingen av vedtak om metoder og vilkår. Myndigheten ble også utvidet ved implementeringen av fjerde energimarkeds-pakke. ACERs myndighet etter ACER-forordningen 2019/942 er blitt undersøkt i lys av myn-

³¹⁸ TFEU art. 263 (1).

³¹⁹ ACER-forordningen 713/2009 art. 20.

³²⁰ Sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 58.

³²¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 29.

digheten de hadde etter ACER-forordningen 713/2009. Gjennom myndigheten tildelt i opprettellesforordningen, har ACER fått økt myndighet gjennom primær vedtakelseskompetanse på europeiske vedtak om metoder og vilkår samt noen utvidede fullmakter etter ACER-forordningen 2019/942 artikkel 2 (d). Denne økte myndigheten, og til en viss grad en overføring av myndighet fra NRAene til ACER, setter nærhetsprinsippet på prøve og understreker viktigheten av fungerende kontrollmekanismer, både *ex ante*, løpende og *ex post*.

Dersom kontrollmekanismene er avskåret fra å inneha samme kompetanse som ACER, sitter ACER igjen med en betydelig kompetanse over utviklingen av det regulatoriske regelverket om energimarkedet i EU. Et slikt system vil heller ikke oppfylle kravene til at kontrollen av ACERs vedtak er «effektiv» slik det ble beskrevet i punkt 1.2.1.³²² Det vil heller ikke være i tråd med Meroni-doktrinen fordi den delegerede myndigheten ikke kan kontrolleres tilfredstillende.

Personkretsen som kan anke ACERs vedtak inn for BoA og EU-domstolen ble også undersøkt. I sak A-003-2022 ble en spenning mellom primær- og sekundærlovgivingen påpekt av BoA. BoA mente selv at de ikke er kompetente til å vurdere lovligheten av EU-rettsakter, men det er EU-domstolen. Hvis ikke sakene ankes videre, vil man altså ha et «hull» i etterhåndskontrollen hvor aktører som har rett på domstolsprøving etter TFEU artikkel 263 (4), ikke sikres retten til effektiv forvaltning eller effektiv rettergang etter EU-charteret artikkel 41 og 47 ettersom prøvingen i EU-domstolen er begrenset. Det må her gjøres en forholdsmessighetsvurdering mellom hensynet til de som er berørt av ACERs vedtak, men ikke formelt oppfyller det relativt strengt fortolkede kravet til «individual concern», og prinsippet om effektivitet. At ACERs vedtak om metoder og vilkår, er individuelle vedtak, taler slik sett for at ikke enhver skal kunne ha søksmålskompetanse slik som for EU-domstolen.

³²² Det er i sak T-735/18 *Aquind v ACER* påpekt av EU-domstolen at et system hvor både BoA og EU-domstolen foretar en begrenset prøving ikke gir partene en effektiv rettslig beskyttelse, jf avgjørelsens avsnitt 58 siste setning.

4 Kontroll av ACERs vedtak om metoder og vilkår

4.1 Innledning

Oppgaven har til nå drøftet ACERs vedtaksmyndighet samt skrankene for tildeling av denne myndigheten. Dette kapitlet analyserer og vurderer hvordan ACERs bindende vedtak om metoder og vilkår kan være gjenstand for rettslig kontroll gjennom klageorganet, samt hvordan klageorganets vedtak kan være gjenstand for kontroll i EU-domstolen.

Videre vil det undersøkes om dette systemet for klagebehandling av vedtak, kan sies å sikre en «effektiv kontroll» av ACERs vedtak om metoder og vilkår.

Delegasjon av myndighet til ulike EU-organer er hensiktsmessig, men kun dersom myndigheten kan kontrolleres.³²³ Etterhåndskontrollen av vedtakene til ACER skjer i et todelt system. Selve politikken og gjennomføringen av rettsaktene i EU er basert på «the rule of law» og et «complete system of legal remedies».³²⁴ Avgjørelser som C-9/56 *Meroni* og C-270/12 *ESMA* understreker viktigheten av effektiv rettsbeskyttelse.³²⁵

Vedtak om metoder og vilkår er viktig for gjennomføringen av retningslinjene for å sikre et harmonisert regulatorisk regelverk, og vedtakene utarbeides av ulike TSOer og NEMOer. Vedtakene berører flere aktører. Som redegjort for i forrige kapittel, vil ACER i noen tilfeller ha vedtakskompetanse ved vedtak om metoder og vilkår. Dette innebærer at mange aktører berøres av vedtakene som er fattet av ACER. Vedtakene handler om grensekryssende infrastruktur og skal gjennomføres fortløpende, og vedtakene påvirker dermed private rettssubjekter. Dette understreker viktigheten av fungerende og effektive kontrollmekanismer for de som berøres av vedtakene.

Kontrollmekanismene som undersøkes i dette kapitlet er administrative og juridiske kontrollmekanismer. Andre kontrollmekanismer for vedtak om metoder og vilkår er typisk stemmeretten TSOer og NEMOer har under utarbeidelsen til forslag til vedtak samt stemmeretten

³²³ Se punkt 3.3.3 om Meroni-doktrinen.

³²⁴ Sak 294/83 *Les Verts* avsnitt 23.

³²⁵ Dette prinsippet fremgår også av EU-Charteret art. 47.

og endringskompetansen NRAene har for endelig vedtak³²⁶. Det vil i denne avhandlingen avgrensnes mot en analyse av disse samt mot overprøving av vedtak av nasjonale organer. Videre avgrensninger presiseres underveis i teksten om det er relevant.

Kapitlet vil presentere det todelte systemet for prøving av vedtak i punkt 4.2.1. I punkt 4.2.2 vil det undersøkes i hvilken grad prinsippet om effektiv rettergang i EU-charteret artikkel 47 kan ha betydning for det administrative kontrollorganet. Jeg vil videre i punkt 4.3 redegjøre for muligheten for administrativ overprøving i ACERs interne klageorgan samt analysere klageorganets faktiske uavhengighet og prøving. Klageorganets uavhengighet er viktig for at det ikke skal fremstå som en forlengelse av ACER. I delkapittel 4.4 presenteres EU-domstolen som kontrollorgan i lys av analysen av klageorganet. Dersom BoA fungerer som en forlengelse av ACER, er det desto viktigere at dette kan kontrolleres av EU-domstolen. Statistikk fra kontrollorganene vil presenteres underveis i kapitlet og danne grunnlaget for analysene av prøvingen.

4.2 Kontroll og domstolsprøving av byråenes vedtak

4.2.1 Et todelte system for kontroll for EU-byråer

Som nevnt i punkt 3.2.3 er et av vilkårene for delegering av myndighet innad i EU, at myndighetsutøvelsen kan være gjenstand for kontroll.³²⁷ Det er tre hovedgrupper av kontrollmekanismer for EU-byråers myndighetsutøvelse.³²⁸ Det er *ex ante control*, løpende kontroll og *ex post control*

I denne avhandlingen er det *ex post*-kontroll, i form av administrative og juridiske kontrollmekanismer, som står sentralt. Administrativ kontrollmekanismer vil typisk være interne mekanismer innad i byrået, opprettet som et internt organ.³²⁹ For ACER er det det interne klageorganet BoA som foretar den administrative prøvingen av vedtak om metoder og vilkår fattet av ACER. De juridiske kontrollmekanismene blir følgelig EU-domstolen. Det avgrensnes i denne sammenheng mot en analyse av administrativ overprøving av reguleringsmyndighetenes vedtak.³³⁰

³²⁶ Se punk 2.3 for en redegjørelse av vedtakelsesprosessen og de indirekte kontrollmekanismene før og under vedtaksstadiet.

³²⁷ Sak C-9/56 *Meroni* og sak C-270/12 *ESMA*.

³²⁸ Busuioc (2013) s. 56. Se også punkt 3.3.3.

³²⁹ Se punkt 3.5.1 for klassifisering av kontrollmekanismen BoA utgjør.

³³⁰ Vedtak etter eldirektivet 2019/944 art. 59 (7) bokstav a-c.

Flere av EU-byråene som har blitt opprettet de siste årene, har i likhet med ACER fått tildelt beslutningsmyndighet til å fatte beslutninger som er bindende for tredjeparter. Dette er for eksempel Fellesskapets plantesortskontor (CPVO), EUs immaterialrettskontor (EUIPO), Det europeiske byrå for flysikkerhet (EASA) og Det europeiske kjemikaliebyrå (ECHA).³³¹ Dette er i tråd med at utviklingen i EU preges av at regelverket øker i omfang og kompleksitet og økende delegering av myndighet til EU-byråer. Byråer med beslutningsmyndighet er alltid opprettet med et internt klageorgan med medlemmer som ikke bare er jurister, men også eksperter på byråenes ansvarsområde. Hensynet bak et slikt klageorgan er nettopp at byråene tar bindende avgjørelser, og adressatene til byråenes vedtak er gjennom det interne klageorganet sikret en mer gjennomført kontroll av vedtak.³³²

Ettersom disse byråene har fått tildelt denne myndigheten og skal kunne kontrolleres i tråd med Meroni-doktrinen, er strukturen til byråene bygd opp slik at det legges til rette for effektiv og organisert kontroll av myndighet. De fleste byråene har et todelt system for kontroll av deres myndighetsbruk, med et internt klageorgan som første klageinstans og EU-domstolen som andre klageinstans.³³³

Også ACER har dette todelte systemet for prøving av vedtak ved administrativ overprøving i BoA og rettslig kontroll i EU-domstolen, og det vil videre undersøkes i hvilken grad personkretsen som kan påklage ACERs vedtak, er beskyttet av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.

4.2.2 Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse

Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse etter EU-charteret artikkel 47 skal sikre adgang til effektiv rettsbeskyttelse og etablerer prosessuelle rettigheter. Problemstillingen er om dette prinsippet gjelder personkretsen som kan påklage ACERs vedtak til BoA. Av bestemmelsens første ledd kommer det at:

«Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.»

³³¹ Busuioc (2013) s. 198.

³³² Chamon m.fl. (2022). 3

³³³ Busuioc (2013) s. 198.

Den naturlige språklige forståelsen av «everyone» tilsier at også juridiske personer er omfattet. Personkretsen som kan påklage ACERs vedtak er «any natural or legal person, including the regulatory authorities» som har «direct and individual concern».³³⁴ At den juridiske personen må ha «rights and freedoms guaranteed by the law of the Union» er også underforstått ettersom de som kan ha en «direct and individual concern» over ACERs vedtak er juridiske personer fra EUs medlemsland.

I punkt 3.5.1 ble det konkludert med at ACERs BoA er et forvaltningsorgan av administrativ karakter og ikke kan anses som en domstol.

Problemstillingen blir videre om EU-charteret artikkel 47 gjelder for BoA som kontrollmekanisme ettersom BoA er en administrativ kontrollmekanisme og ikke en domstol.

Av EU-charteret artikkel 47 første ledd kommer det at man har rett på en «effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article». En «tribunal» kan oversettes direkte til norsk, tribunal, som er å forstå som domstol.³³⁵ Et administrativt opprettet klageorgan faller dermed isolert sett utenfor ordlyden.³³⁶

En må videre se hen til rettspraksis for å avklare spørsmålet om BoA må respektere rettsgarantiene oppstilt i artikkel 47. I enkelte saker fra EU-domstolen, som behandler saker som gjelder andre EU-byråers klageorgan, ser Domstolen ut til å være tydelig på skillet mellom administrative klageorgan og domstoler. I sak T-63/01 *Procter & Gamble*, konkluderer Underretten med at EUs immaterialrettskontors (da kalt OHIM, men nå kjent som EUIPO) klageorgan ikke er å anse som en domstol og at klageren derfor ikke kan «properly rely on a right to a fair hearing before the Boards of Appeal of the Office».³³⁷ Retten er derimot klar i sak T-242/02 *The Sunrider Corporation v OHIM*, på at EU-charteret artikkel 41 gjelder også for administrative klageorgan.³³⁸ I punkt 1.2.1 ble det påpekt at EU-charteret artikkel 41 og 47 oppstiller flere av de samme momentene. Det er derfor nærliggende å tenke seg at dersom BoA oppfyller kravene til effektiv forvaltning etter EU-charteret artikkel 41, vil dette legge til

³³⁴ ACER-forordningen 2019/942 art. 28.

³³⁵ Kruken (2020).

³³⁶ Ritleng (2022) s. 301.

³³⁷ Sak T-63/01 *Procter & Gamble* avsnitt 23. Se også sak T-273/02, *Krüger mot OHIM* avsnitt 62.

³³⁸ T-242/02 *The Sunrider Corporation v OHIM* avsnitt 51–52.

rette for at de berørte aktørene i større grad sikres retten til et effektivt rettsmiddel etter EU-charteret artikkel 47.

I sak T-63/16 *E-Control v ACER* hevdet E-Control at BoAs klagebehandling krenket prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.³³⁹ BoA hadde i tråd med ACER-forordningen 713/2009 artikkel 19 (4) tatt stilling til om anken kunne tas opp til en realitetsbehandling og konkludert negativt på dette da et av vilkårene for realitetsbehandling av en administrativ klage fremsatt i henhold til artikkel 19 (1) var at tiltaket som er gjenstand for klagen er en avgjørelse truffet i henhold til artikkel 7, 8 eller 9. Dette var imidlertid ikke tilfellet her. Underretten påpekte at BoA ikke kunne være forpliktet til å ta stilling til andre aspekter enn det klageren hadde oppstilt selv om man tolket ACER-forordningen 713/2009 artikkel 19 i lys av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. Underretten påpekte så at E-Control ikke førte bevis for at de ble hindret i å legge frem sine synspunkter for BoA; BoA hadde tatt stilling til realitetsbehandling, men ikke vurdert innholdet i anken da de prosessuelle reglene ikke var oppfylt.³⁴⁰

#

I sak T-755/17 *Tyskland v ECHA*, ble det klarlagt at selv om administrative klageorgan faller utenfor ordlyden av artikkel 47,

«it should be noted that an approach in accordance with which the Board of Appeal is not competent to examine pleas which seek to demonstrate the existence of substantive errors vitiating an ECHA decision is not capable of ensuring an effective remedy for the purposes of Article 47(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union».³⁴¹

EU-domstolen påpeker altså at selv om klageorganer i byråer faller utenfor ordlyden av «tribunal» i artikkel 47, er et godt samspill mellom klageorgan og domstol nødvendig for å sikre at artikkel 47 oppfylles. Dette er et viktig moment for videre undersøkelse av i hvilken grad det todelte systemet for anke sikrer en effektiv rettslig prøving av ACERs vedtak om metoder og vilkår.

#

I *E-Control v ACER* ser det altså ut til at EU-domstolen holder det noe åpent om administrative klageorgan må respektere prinsippene fastsatt i EU-charteret artikkel 47.³⁴² Det er uansett

³³⁹ T-63/16 *E-Control v ACER* avsnitt 58.

³⁴⁰ T-63/16 *E-Control v ACER* avsnitt 62–63.

³⁴¹ Sak T-755/17 *Tyskland v ECHA* avsnitt 57.

³⁴² Sak T-63/16 *E-Control v ACER* avsnitt 58.

på det rene at et administrativt klageorgan faller utenfor ordlyden i artikkel 47. Artikkel 41 er derimot gjeldende også for administrative klageorgan og oppstiller prinsippet om god forvaltningsskikk. En ser likevel av rettspraksis at et dynamisk samspill mellom klageorganer og EU-domstolen skal sikre prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse etter EU-charteret artikkel 47.³⁴³

Vurderingen av i hvilken grad det todelte systemet sikrer en «effektiv kontroll» av ACERs vedtak om metoder og vilkår må vurderes ut ifra hvordan det administrative klageorganet sikrer en effektiv forvaltning³⁴⁴ som igjen vil bidra med å tilrettelegge for effektiv rettergang etter EU-charteret artikkel 47.

4.3 Administrativ overprøving av ACERs vedtak

4.3.1 Klageorganets kompetanse og kontroll av ACERs vedtak

ACERs vedtak om metoder og vilkår kan bringes inn for det interne klageorganet BoA.³⁴⁵

ACERs individuelle vedtak utfordres da ved en administrativ klage.³⁴⁶

Etter vedtakelsen av fjerde energimarkedspakke er det som tidligere nevnt obligatorisk for de som ønsker å prøve ACERs vedtak, å prøve vedtaket for BoA først.³⁴⁷ Det vil derfor kun være BoAs vedtak som kan klages inn til EU-domstolen. BoA skal sørge for prosessbesparelse samt sikre berørtes rett til rettsbeskyttelse.³⁴⁸ Nettopp tanken om at klageorganet skal være prosessbesparende, er sentral. Metoder og vilkår utvikles i stor skala, med korte frister og vil påvirke og pålegge både offentlige og private aktører forskjellige plikter underveis i de ulike prosessene. At klageorganet er oppdatert faglig på området, sikrer aktørene retten til en effektiv forvaltning ved at BoA vil gjennomgå ACERs vedtak og begrunne sin konklusjon, jf. EU-charteret artikkel 41 (2) bokstav c.

³⁴³ Ritleng (2022) s. 315.

³⁴⁴ Etter EU-charteret artikkel 41.

³⁴⁵ ACER-forordningen art. 28 (1), jf. art. 2 bokstav d.

³⁴⁶ Se redegjørelse for hvem som kan klage inn vedtak om metoder og vilkår for BoA samt en gjennomgang av de prosessuelle reglene i punkt 3.5.1.

³⁴⁷ ACER-forordningen 2019/942 art. 29. Tilsvarende bestemmelse i ACER-forordning 713/2009 art. 20, åpnet for at ACERs vedtak kunne klages direkte inn for EU-domstolen.

³⁴⁸ ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 34 samt art. 25 første ledd.

BoA kan ikke fatte nytt innholdsmessig vedtak, men er gitt kompetanse til å stadfeste eller forkaste ACERs vedtak.³⁴⁹ Dette er i likhet med for eksempel Den europeiske verdipapir- og markedstilsynsmyndighet (ESMA).³⁵⁰ I motsetning til klageorganet til ESMA, som har hatt denne type myndighet siden byrået ble opprettet, hadde BoA i ACER inntil ikrafttredelsen av fjerde energimarkedspakke en teoretisk mulighet til å endre ACERs vedtak.³⁵¹ Kompetansen til BoA er slik at de kan vurdere alle individuelle beslutninger ACER har fattet, men i teorien kan det være tenkelig at de også har kompetanse til å unnlate å handle.³⁵²

Klageorganet skal kontrollere om avgjørelsen er «well-founded».³⁵³ Ordlyden tilsier at BoA har videre prøvingsrett enn domstolen som kun skal vurdere ACERs og BoAs vedtak og myndighetsbruks «legality» etter TFEU artikkel 263 (1).³⁵⁴ Dette er også i tråd med avgjørelsene i sak T-755/17 *Tyskland v ECHA* og T-735/18 *Aquind v ACER*, hvor hensynet bak en prøving av om byråets avgjørelser er «well-founded» skal sikre prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse etter EU-charteret artikkel 47.³⁵⁵ Også ECHAs BoA skal i likhet med ACERs BoA sikre at klagen er «well-founded».³⁵⁶ BoA vurderer følgelig kun anførselene som er fremmet av partene.

De prosessuelle reglene for BoA, vitner om tydelige rammer for klageorganets aktiviteter.³⁵⁷ Det er også utarbeidet klageskjemaer for parter og instruksjoner for de som registrerer anken som er publisert og tilgjengelig uten passord på ACERs nettsider.³⁵⁸ Dette sikrer at klagemulighetene og prosessene tilknyttet dette, er oversiktlig og tilgjengelig for aktørene ved at klageskjemaer og instruksjoner ligger enkelt tilgjengelig for enhver.

De tydelige rammene sett i lys av BoAs kompetanse til å prøve vedtakene fullstendig, forteller at BoA innehar en svært viktig rolle for aktørene i utviklingen av metoder og vilkår. Videre vil BoAs faktiske kompetanse undersøkes, og i den sammenheng klarlegges det i hvilken grad det klages på ACERs vedtak og antall vedtak BoA behandler.

³⁴⁹ ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (4).

³⁵⁰ Regulation (EU) No 1095/2010 art. 60 (5).

³⁵¹ Se mer om dette i punkt 3.5.1.

³⁵² Tovo (2022) s. 40.

³⁵³ ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (2).

³⁵⁴ Se punkt. 3.5.1 for redegjørelse av BoAs kompetanse.

³⁵⁵ T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 71 og sak T-755/17 *Tyskland v ECHA* avsnitt 57.

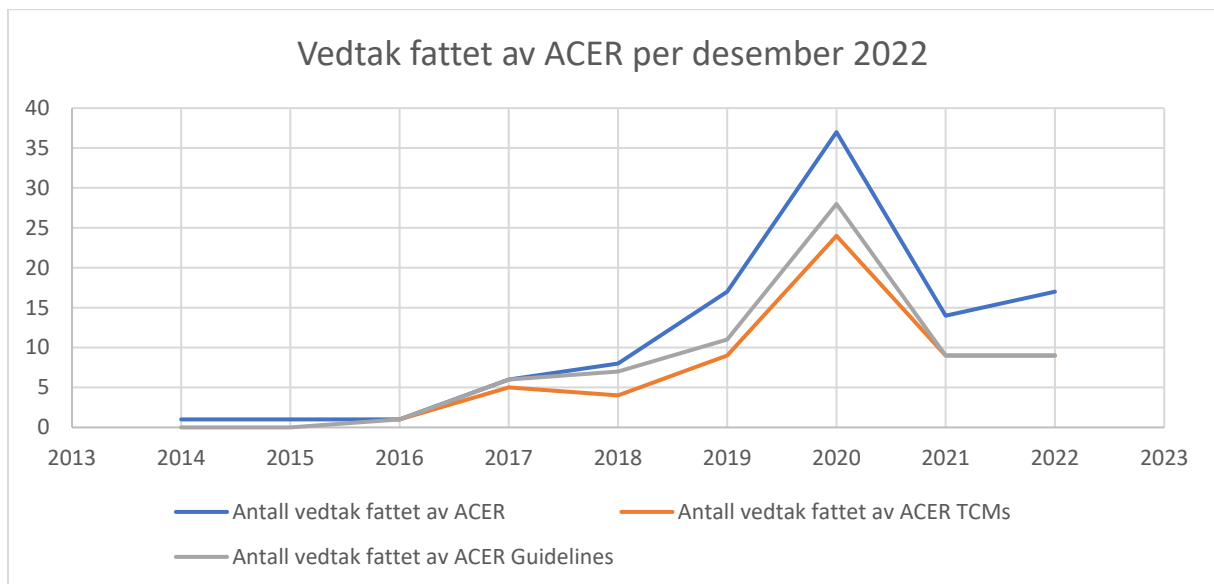
³⁵⁶ Regulation (EF) 1907/2006 artikkel 93 (1).

³⁵⁷ BoA Rules of Procedure.

³⁵⁸ ACER (1).

4.3.2 Board of Appeals faktiske kompetanse

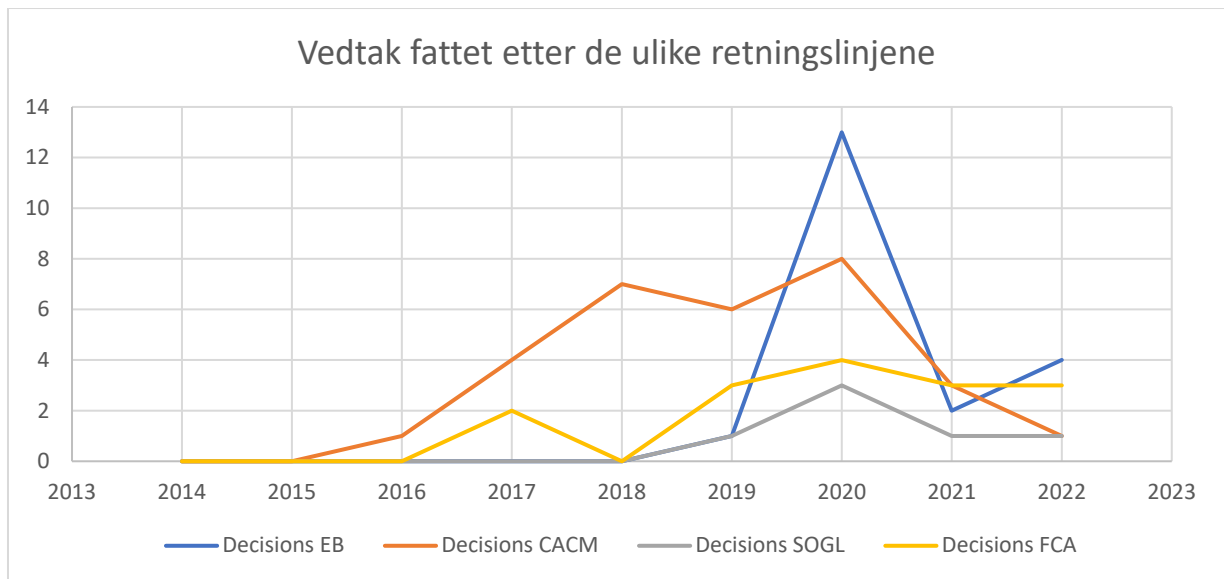
Av figur 1 ser man at ACER fattet et stort antall vedtak, og antall vedtak ACER fattet økte kraftig fra 2018 til 2020. Fra 2020 synker antall vedtak igjen. Majoriteten av vedtakene er vedtak om metoder og vilkår. Toppen i 2020 kan forklares med tidsfrister for vedtakene som skal vedtas. Tidsfristene for de ulike metodene og vilkårene er hjemlet i retningslinjene, og disse forpliktelsene er bindende. Følgelig kan ikke TSOene uten videre fravike disse satte tidsfristene.³⁵⁹ Det er antatt at implementeringen av metoder og vilkår vil kunne fortsette frem til 2025 og det kan være i tråd med nedgangen i antall vedtak om metoder og vilkår fattet av ACER etter 2020.³⁶⁰ Det er verdt å nevne at regelverket åpner for at antall vedtak kan stige igjen senere.



Figur 1. Figurene er basert på statistikken i vedlegg 1.

³⁵⁹ CACM-retningslinjen art. 9 (1), FCA-retningslinjen art. 4 (1), SOGL-retningslinjen art. 5 (1), EB-retningslinjen art. 4 (1).

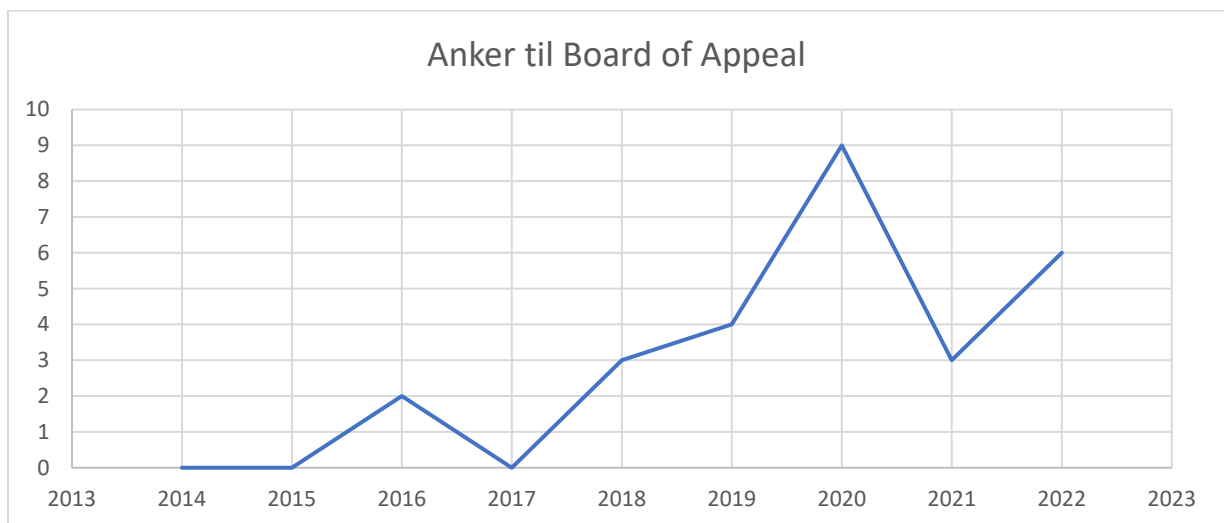
³⁶⁰ Florence School of Regulation (2020).



Figur 2

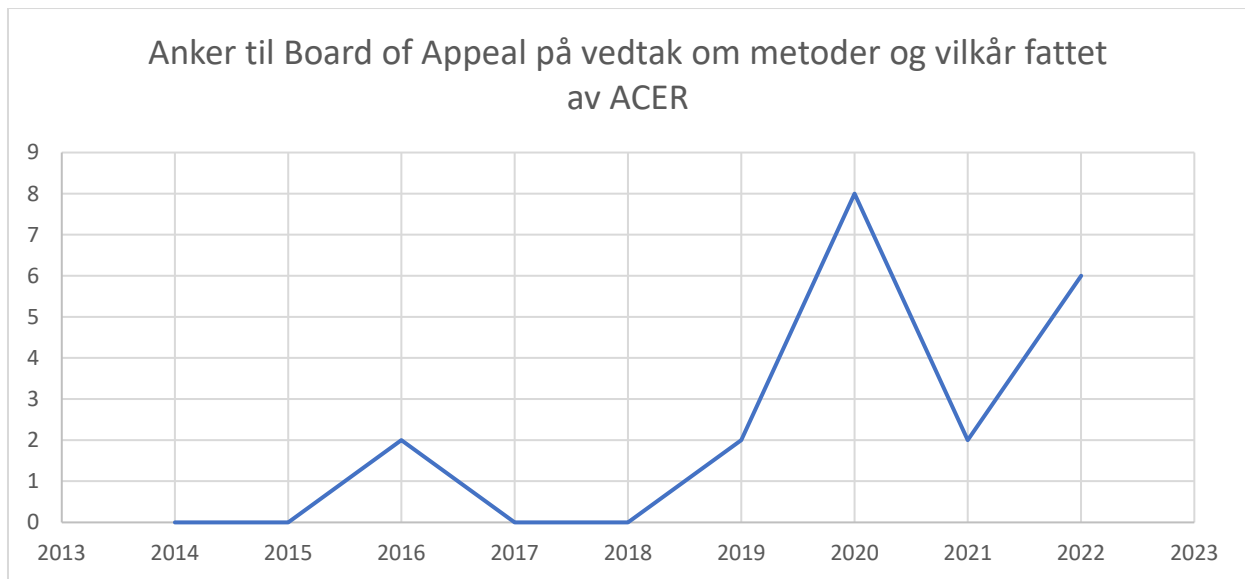
Figur 2 viser vedtak om metoder og vilkår fattet av ACER etter de ulike retningslinjene.

At ACER fatter flere vedtak om metoder og vilkår, vil påvirke arbeidsmengden for BoA. Jo flere vedtak ACER fatter om metoder og vilkår, desto flere parter vil ha klageadgang og klageinteresse. Figur 3 viser antall klager BoA har mottatt i perioden 2013 til 2022:



Figur 3

Som forventet ser vi at grafen i figur 3, er rimelig sammenfallende med figur 1. Figur 3 viser alle klager BoA har mottatt uavhengig av hva klagen omhandler. Figur 4 viser klager på ACERs vedtak om metoder og vilkår.



Figur 4

Som vi ser av figur 4, sett i sammenheng med figur 3, er klager på vedtak om metoder og vilkår den største kategorien av klager BoA mottar for behandling.³⁶¹

Faktisk er så mange som 20 av de 27 klagen BoA har mottatt til nå, klager på ACERs vedtak om metoder og vilkår.³⁶² Dette tilsvarer en andel på 74%.

ACERs BoA har i sine operative år fattet relativt mange avgjørelser.³⁶³ Klageorganet til Den europeiske unions jernbanebyrå (ERA), som også fatter vedtak om grenseoverskridende infrastruktur i form av jernbane, har til sammenligning mottatt kun to klager.³⁶⁴ Dette understreker viktigheten av at ACERs BoA har klare retningslinjer og fungerer effektivt og uavhengig, samt hvor krevende og viktig arbeidet med harmonisering av energimarkedet innad i EU er.

Videre vil BoAs rolle som upartisk kontrollorgan undersøkes. Å vurdere uavhengigheten til kontrollorganet er viktig for å forstå i hvilken grad aktørene i ankeprosesser i forbindelse med TCM er sikret «en effektiv kontroll». For at kontrollen skal være effektiv, kan ikke ACERs BoA fungere som en utvidelse av ACER. BoA må fungere som et uavhengig kontrollorgan.

³⁶¹ Dobbelbehandlede klager (samme klage som er behandlet to eller flere ganger etter behandling i EU-domstolen) og flere klager på samme vedtak er telt med i statistikken.

³⁶² Se vedlegg 1.

³⁶³ Tovo (2022) s. 45.

³⁶⁴ Se vedtak EACLI EU-ERABA-2021-001 og EACLI EU-ERABA-2021-002 fattet av ERAs klageorgan.

4.3.3 Board of Appeals rolle som uavhengig kontrollorgan

Selv om BoA er et organ innad i ACER, er det ønskelig at EU-byråenes klageorganer skal sikre en upartisk og uavhengig gjennomgang av vedtakene.³⁶⁵ Viktigheten av uavhengige kontrollmekanismer understrekes ved at administrative klageorganer i byråer har blitt nevnt i Statute of the Court of Justice of the European Union (heretter EU-domstolens vedtekter) artikkel 58a. I denne bestemmelsen fremgår prosessuelle regler for anker fra Underretten til Domstolen som omhandler anke over avgjørelse gjort av «an Independent board of appeal of one of the following offices and agencies of the Union» (min understreking). Det følger så en liste over ulike byråer og kontorer. ACER er ikke presentert på denne listen, men det er nærliggende å forstå det slik at samtlige Board of Appeal i de ulike desentraliserte EU-byråene skal opptre uavhengig i likhet med klageorganene i Det europeiske kjemikaliebyrået og Det europeiske byrå for flysikkerhet.³⁶⁶ EU-domstolens vedtekter artikkel 58a vil derfor være relevant, men ikke direkte gjeldende, for å understreke kravet om BoAs uavhengighet.

Også i den administrative forordningen til klageorganet er det påpekt at selv om BoA er en bestanddel av ACER, skal BoA fungere uavhengig av ACER når de prøver ACERs individuelle vedtak som er anket inn.³⁶⁷

Problemstillingen i dette underkapitlet er dermed i hvilken grad BoA er å anse som uavhengig.

I sak C-274/14 *Banco de Santander* som omhandlet tolkningen av kommisjonsvedtak av 28. oktober 2009, ble Domstolens praksis når det kommer til uavhengighetsbegrepet kartlagt.³⁶⁸ Dette vil være relevante aspekter når vi vurderer uavhengigheten til BoA.³⁶⁹ I C-274/14 *Banco de Santander* var det i vurderingen av uavhengighet snakk om to aspekter som begge må være oppfylt for at uavhengighetsbegrepet skal være oppfylt. Disse to aspektene vil bli brukt videre i vurderingen av BoAs uavhengighet.

³⁶⁵ Se blant annet prinsippene i ACER-forordningen 2019/942 art. 26 (2) og art. 27 (4) samt fortalens punkt 34. Uavhengighetsbegrepet er gjennomgående og viktig i arbeidet med grensekryssende utveksling av kraft, se punkt 3.2.

³⁶⁶ Bestemmelsens bokstav c og d. Tovo (2022) forstår det også slik at dette kan brukes for veiledning til videre vurdering av «independent»-vurdering, se s. 37–40.

³⁶⁷ Administrative Arrangement, se Considerations 2. pkt.

³⁶⁸ Sak C-274/14 *Banco de Santander* avsnitt 57–63.

³⁶⁹ Tovo (2022) s. 37.

Det første, det ytre aspektet, er knyttet til beskyttelsen mot ytre press i form av hierarkiske begrensninger eller direkte påvirkninger som kan svekke den uavhengige dømmekraften til et gitt organ. Det andre aspektet er det interne. Det handler om objektivitet og habilitet. Spørsmålet blir så om BoA oppfyller disse ulovfestede kravene for uavhengighet.

ACER-forordningen 2019/942 samt BoA Rules of Procedure inneholder regler nettopp for å sikre uavhengigheten til klageorganet. Først vil det undersøkes om det ytre aspektet er oppfylt.

BoA er et organ innad i ACER og har derfor ikke umiddelbart preg av uavhengighet. Ytre uavhengighet sikres hvis BoAs medlemmer er beskyttet mot ytre presskilder og hierarkiske oppbygginger. Det er opprettet inhabilitet- og finansieringsregler for klageorganet. Det er bestemt at medlemmene i BoA skal opptre uavhengig og skal ikke være bundet av instruksjoner.³⁷⁰ Medlemmene må skriftlig, i et offentlig tilgjengeliggjort dokument, bekrefte at de er innerforstått med denne uavhengigheten og at de må være uten egeninteresse for utfallene av sakene.³⁷¹ I BoA Rule of Procedure er det også nedskrevet at ved hvert møte som avholdes i forbindelse med klagesaker, «the members and alternates shall declare any interest which could be considered to be prejudicial to their independence (...)».³⁷² Bestemmelsens ordlyd er klar på at hver enkelt skal melde om egne interessekonflikter og habilitetsproblemtillinger, men den utelukker heller ikke at medlemmene kan stille spørsmål ved hverandres habilitet.

BoA er også finansiert gjennom en egen post i budsjettet.³⁷³ Dette forhindrer endring av budsjettet til BoA underveis i et budsjettår, i den grad dette kunne blitt brukt som et slags pressmiddel. Samlet sett taler dette for at nivået av ytre uavhengighet er høyt.³⁷⁴

Selv om prinsippene fra sak C-274/14 *Banco de Santander* ikke sier noe mer konkret om uavhengigheten til klageorganer i EU-byråer, er det nærliggende å forstå det slik at kravene for det ytre aspektet er oppfylt.

³⁷⁰ ACER-forordningen 2019/942 art. 26 (2) og BoA Rules of Procedure art. 4.

³⁷¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 27 (4) og BoA Rules of Procedure art. 4 (2).

³⁷² BoA Rules of Procedure art. 4 (3).

³⁷³ ACER-forordningen 2019/942 art. 25 (3) andre avsnitt samt fortalens punkt 34.

³⁷⁴ Se også konklusjon og tabell i Tovo (2022) s. 38–39.

Det neste som skal undersøkes er graden av intern uavhengighet i BoA. Som nevnt over må BoAs medlemmer signere på at de ikke har egeninteresse i saker BoA behandler.³⁷⁵ Medlemmene skal heller ikke utføre noen annen rolle innad i ACER, hverken i Administrative Board eller i BoR.³⁷⁶ Det er også en egen inhabilitetsbestemmelse i opprettelsesforordningen som igjen understreker at medlemmene ikke skal ha personlig interesse i saken, har vært tidligere representanter for parter i en sak eller vært med å treffe den ACER-avgjørelsen som behandles i BoA.³⁷⁷ Det er også prosessuelle regler for hva som skal gjøres deres andre medlemmer av BoA har grunn til å tro at et annet medlem er inhabilt.³⁷⁸ Dette innebærer at medlemmer som har vært tidligere ansatte i ulike TSOer eller NRAer, med stor sannsynlighet ikke vil være medlemmer av BoA. Dette gir uttrykk for at regelverket tar sikte på å sikre intern uavhengighet.

Samlet sett taler dette for at regelverket legger opp til at BoA er uavhengig av ACER slik «independent» er ment i artikkel 58a i EU-domstolens vedtekter og slik uavhengighet forstås i ACER-forordningen 2019/941 artikkel 26 (2) og artikkel 27.

Det er likevel verdt å nevne at selv om BoA er uavhengige på papiret, kan de faktiske utfallene fra BoA tyde på at ACER kommer svært godt ut av ankeprosessene, se punkt 4.3.5. Spesielt BoAs avgjørelse A-004-2019 er viktig i denne sammenheng. Se videre redegjørelse i neste delkapittel hvor også de faktiske utfallene fra klageorganet undersøkes.

4.3.4 Analyse av klageorganets kontroll

BoA skal prøve alle sider av ACERs vedtak som er knyttet til partenes anførsler.³⁷⁹ Hensynet bak dette utgangspunkt om full prøving av vedtak, er at EU-domstolens prøvingsintensitet er begrenset.³⁸⁰ En full prøving i BoA er derfor viktig for at aktørenes rett til effektiv rettergang og effektiv forvaltning skal ivaretas. Medlemmene av BoA er også kompetente til å vurdere tekniske og økonomiske aspekter av vedtakene – noe dommerne i EU-domstolen ikke har

³⁷⁵ BoA Rules of Procedure art. 4 (2).

³⁷⁶ ACER-forordningen 2019/942 art. 26 (2) og BoA Rules of Procedure art. 4 (3).

³⁷⁷ ACER-forordningen 2019/942 art. 27 (1) og (4).

³⁷⁸ ACER-forordningen 2019/942 art. 27 (2).

³⁷⁹ Sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 71.

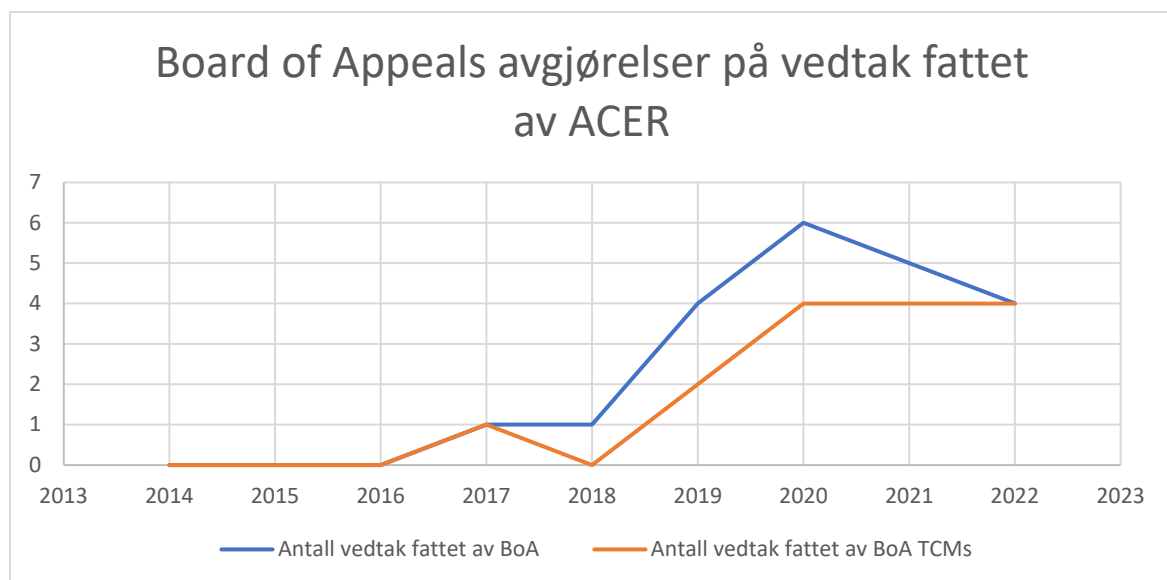
³⁸⁰ Sak T-187/06 *Schröder v CPVO* avsnitt 59.

samme forutsetninger for å kunne vurdere.³⁸¹ At klageorganet opptrer uavhengig i praksis, er derfor svært sentralt når den «effektive kontrollen» av ACERs vedtak om metoder og vilkår skal undersøkes.

Delkapittelet vil undersøke de faktiske utfallene fra ankeprosessene i BoA.

Det teoretiske utgangspunkt som er redegjort for, er altså at BoA har full prøvingsrett. Spørsmålet er så videre hva BoA faktisk tar stilling til i sine avgjørelser.

BoA har hatt en økende trend i antall vedtak siden opprettelsen i 2011 frem til 2020, og i likhet med statistikken presentert i Figur 3 om anker BoA har mottatt, er statistikken over avgjørelsene preget av at en stor andel av vedtakene er uenigheter om vedtak av metoder og vilkår.³⁸²



Figur 5

De første vedtakene BoA fattet over anke over ACERs vedtak, skjedde i 2017. Det nevnes her for ordens skyld at BoA fattet to vedtak i 2015, men disse var vedtak på klage på «opinion»³⁸³ gjort av ACER og følgelig ikke telt med ettersom det ikke er klage på vedtak.³⁸⁴ I skrivende

³⁸¹ ACERs bestemmelse om hvem som kan sitte i BoA saml. regelen om hvem som kan være dommer i EU-domstolen.

³⁸² Vedlegg 1.

³⁸³ Etter ACER-forordningen 713/2009 art. 15 (1).

³⁸⁴ Se BoAs avgjørelser A-002-2015 og A-001-2015 over klager på Opinion 09/2015 fattet av ACER. Disse er ikke telt med i statistikken hverken i tabellene eller i vedleggene.

stund er det fire saker til behandling hos BoA. Det er fire anker totalt, hvor tre er framsatt av Swissgrid AG på vedtak No 4/2022, No 15/2022 og No 16/2022. Det siste er fremmet av Fingrid Oyj og er anke over vedtak No 12/2022. Swissgrid AG er den sveitsiske TSOen. Sveits er hverken medlem i EØS eller i ACER, men medlem av ENTSO-E. Fingrid Oyj er den finske TSOen.

Videre vil ACERs faktiske prøving analyseres.

Det er i denne sammenheng interessant at BoAs prøving lenge var preget av at BoA ikke prøvde vedtakene helt ut.³⁸⁵ I BoAs avgjørelse nr. A-004-2019 (consolidated)³⁸⁶ avsagt 6. august 2019, ble det av BoA fremhevet at selv om den klagende part anmodet BoA om å vurdere gyldigheten av forberedende handlinger, må dette anses som ikke tillatt.³⁸⁷ Saken gjaldt anke over vedtak fattet av ACER da NRAene ikke kom til enighet om vedtak om metoder og vilkår innen gassmarkedet innen fristen på seks måneder, jf. ACER-forordning 713/2009 artikkel 8 (1) bokstav a.³⁸⁸ Det var i forbindelse med utviklingen av «HUAT-prosjektet», et regionalt samarbeidsprosjekt for å øke energiuavhengigheten ved å bringe gass fra Svartehavet til markedene via Ungarn til Østerrike. Det var den ungarske NRAen, Hungarian Energy and Public Utility Regulatory Authority (MEKH, og den ungarske TSOen for gass, Földgázszállító Zártkörűen Működő Részvénytársaság (FGSZ, som klagde ACERs vedtak inn for BoA.³⁸⁹

Dette betyr at BoA anså seg selv om inhabile i denne typen vurderinger.³⁹⁰ Igjen betyr dette at selv om det i teorien skal være full prøving i BoA, og at BoA i prinsippet skal fungere som uavhengig kontrollorgan, er det tilfeller i praksis som ikke har blitt prøvd helt ut fordi BoA ikke anså seg selv som uavhengig og habil nok. BoAs avgjørelse A-004-2019 (consolidated)

³⁸⁵ Se Tovo (2022) s. 53..

³⁸⁶ Anke over vedtak No 05/2019 fattet av ACER.

³⁸⁷ Avgjørelsens avsnitt 53.

³⁸⁸ A-004-2019 (consolidated) avsnitt 3.

³⁸⁹ MEKH og FGSZ anførte at ACER ikke var kompetente til å fatte vedtaket da MEKH mente at ACER burde være bundet av samme forpliktelser som NRAer og følgelig kun være kompetent til å godkjenne eller avvise TSOenes forslag. FGSZ anførte at ACER ikke var kompetent da de overskred sine grenser for myndighet fastsatt i ACER-forordning 713/2009 art. 7(7) og 8(1)(a) ved å fatte et vedtak som påførte FGSZ mulige store, økonomiske forpliktelser. De anførte også at ingen andre rettsakter tildelte denne type myndighet til byrået.

³⁹⁰ Se Tovo (2022) s. 48.

er kritisert i teorien for nettopp dette, ettersom vurderingen av gyldigheten av forberedende handlinger følgelig heller ikke kan prøves for EU-domstolen.³⁹¹ En sitter da igjen med «en begrenset prøving av en begrenset prøving».³⁹² FGSZ og MEKH anket BoAs avgjørelse nr. A-004-2019 videre til Underretten, som annullerte BoAs avgjørelse på bakgrunn av at BoA gjorde rettsfeil da de ikke vurderte gyldigheten av de forberedende handlingene.³⁹³

Intensiteten til gjennomgangen av BoA er helt sentral når man skal vurdere om kontrollen av ACERs vedtak er «effektiv». Likevel er det på det rene at en slik full prøving er tidkrevende og kan gå ut over prosessøkonomiske hensyn. Dette har BoA påpekt flere ganger i sine egne avgjørelser før 2020.³⁹⁴ Det ble av klageorganet selv poengtert at BoA ikke var i stand til å gjøre en fullstendig prøving av hvert komplekst spørsmål som ble reist av sakens parter under relativt korte tidsfrister, og det ble begrunnet med prinsippet om effektivitet og prosessøkonomi vurdert opp mot kompleksiteten i de tekniske og økonomiske problemstillingene som ble reist. Denne forståelsen av BoAs prøvingsrett, ble avvist av EU-domstolen i saken T-735/18 *Aquind v ACER*.³⁹⁵ GCs avgjørelse er anket inn til ECJ av ACER som anfører at det ble gjort rettsfeil da Underretten påla BoA å prøve vedtakene helt ut.

I generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til avgjørelse i ECJ,³⁹⁶ anbefaler generaladvokaten å ikke gi ACER medhold i anførselen om at BoA ikke skal måtte foreta en full prøving.³⁹⁷ Argumentene for dette er at etableringen av klagenemnda er en del av en generell tendens med utvikling av EU-byråer med myndighet. Klagenemndene skal være en mekanisme for å prøve byråenes avgjørelser i komplekse tekniske, vitenskapelige eller økonomiske spørsmål som direkte påvirker rettssituasjonen til de berørte parter. BoA er også tilgjengelig for partene under omstendigheter der EU-domstolens kontrollmyndighet er begrenset til å undersøke om skjønnsutøvelsen har vært beheftet med en åpenbar feilvurdering eller maktmisbruk. Det ble også av generaladvokaten, i likhet med Retten i sak T-735/18 *Aquind v ACER*, påpekt at bestemmelsene om klagenemndas organisering og myndighet støtter konklusjonen

³⁹¹ Tovo (2022) s. 48.

³⁹² T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 71.

³⁹³ Forenede saker T-684/19 *MEKH v ACER* og T-704/19 *FGSZ v ACER* avsnitt 87.

³⁹⁴ Se blant annet BoAs avgjørelse A-002-2018 avsnitt 63 og avgjørelse A-001-2017 avsnitt 108.

³⁹⁵ Avsnitt 48 og 50. Verdt å merke at denne avgjørelsen omhandler vedtak fattet etter ACER-forordningen 713/2009.

³⁹⁶ TEU art. 19 (2) og TFEU art. 252.

³⁹⁷ Generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona uttalelse i sak C-46/21 P avsnitt 62.

om at BoA skal foreta en full prøving.³⁹⁸ Dette følger av kvalifikasjonene til medlemmene, myndighetene som var tillagt klagenemnda ved ACER- forordningen nr. 713/2009 artikkel 19 (5) og tolkningen av artikkel 20.³⁹⁹ ACER anførte at tidsrammene på to måneder var for kort til å gjennomgå en full prøving,⁴⁰⁰ men heller ikke dette førte frem i hverken retten eller i Generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordonas forslag til avgjørelse i sak C-46/21.⁴⁰¹

At avgjørelse i T-735/18 *Aquind v ACER* først ble avsagt 18. november 2020, betyr at BoA før den tid har forstått prøvingsretten slik at de kunne føre en begrenset kontroll. Dette innebærer at alle saker avgjort av BoA før T-735/18 *Aquind v ACER* ble avgjort i Underretten, kan ha vært prøvd administrativt av BoA uten tilstrekkelig grundighet. Betydningen av T-735/18 *Aquind v ACER* er derfor viktig for prøvingsintensiteten til ACERs BoA selv om den ikke handler om anke over vedtak av metoder og vilkår. Tovo (2022) påpeker blant annet at BoA nå ser ut til å være mer villige til å føre en intens og grundig gjennomgang av ACER-vedtakene.⁴⁰² Også BoA selv ser ut til å være enig i at den tidligere tolkningen av lovverket var for streng, og muligens feilaktig.⁴⁰³ At BoA selv påpeker dette, viser at klageorganet er villig til å innrette seg med EU-domstolens tolkninger av klageorganenes intensitet.

Konklusjonen blir etter dette at BoA er pliktige til å føre en grundig gjennomgang av ACERs vedtak. Dette har i realiteten vært pliktig hele tiden,⁴⁰⁴ men det er først fra 2020 at denne grundige gjennomgangen har vært en realitet.⁴⁰⁵ Det kan stilles spørsmål om dette har hatt en reell effekt på utfallene av vedtak BoA har fattet etter 2020. Dette vil undersøkes i kapittel 5, men først vil de faktiske utfallene av ankebehandlingen i Board of Appeal presenteres i neste delkapittel.

³⁹⁸ Generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona uttalelse i sak C-46/21 P avsnitt 44, jf. T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 51.

³⁹⁹ Generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona uttalelse i sak C-46/21 P avsnitt 48–49.

⁴⁰⁰ Fristen er utvidet til fire måneder i ACER-forordning 2019/942 art 28 (2).

⁴⁰¹ Generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona uttalelse i sak C-46/21 P avsnitt 64, jf. T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 74.

⁴⁰² Se Tovo (2022) s. 53.

⁴⁰³ Se BoAs vedtak A-007-2020 av 24. september 2020, paragraf 66–72.

⁴⁰⁴ Sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 71.

⁴⁰⁵ Se Tovo (2022) s. 53.

4.3.5 De faktiske utfallene av ankebehandlingen i Board of Appeal

Dette delkapittelet vil videre ta for seg BoAs faktiske avgjørelser og undersøker i hvilken grad klagen blir tatt til følge.

Det som er relevant i denne sammenheng, er statistikken på utfallene på klagebehandlingen til BoA. Tabellen viser oversikt over samtlige klager på ACERs vedtak BoA har mottatt i perioden klageorganet har vært operativt.⁴⁰⁶

Samtlige klager sendt til Board of Appeal				
Klager på mot-tatt totalt	Klager ferdig behandlet	Klagen fører (delvis) frem	ACERs vedtak er opprettholdt	Under behandling
27	23	5	16	4

Som tabellen viser, har kun fem av de 23 behandlede klagen i BoA ført frem.⁴⁰⁷ Selv om det i utgangspunktet virker å være en svært lav andel med klager som fører frem, er det først når man kan se hva som videre tas til følge i EU-domstolen at man kan vurdere de faktiske utfallene.⁴⁰⁸

Ettersom problemstillingen for avhandlingen handler om rettslig kontroll av ACERs vedtak for metoder og vilkår, er det disse som er av interesse videre. Som nevnt er omtrent 74% av klagen BoA behandler, klager på ACERs vedtak om metoder og vilkår.

Klager på ACERs vedtak om metoder og vilkår				
Klager på mot-tatt	Klager ferdig behandlet	Klagen fører (delvis) frem	ACERs vedtak er opprettholdt	Under behandling
20	16	3	13	4

⁴⁰⁶ BoAs behandling av klager på «opinions» fra ACER er ikke tatt med da det faller utenfor avhandlingens avgrensning, se punkt 1.3. De aktuelle avgjørelsene som er utelatt, er BoAs avgjørelse A-002-2015 og A-001-2015 over klager på Opinion 09/2015 utgitt av ACER.

⁴⁰⁷ BoAs andre behandling av Vedtak No 06/2016 som er en av klagen som har ført frem. Anken førte ikke frem i første behandling i 2017, men førte frem i den andre «relanserte» prosedyren i 2020, A-001-2017_R, etter at Underretten annullerte den tidligere beslutningen. Begge utfallene er telt med i statistikken.

⁴⁰⁸ Se punkt 4.4.

Som man ser av tabellen, er det kun ved tre anledninger blitt sendt vedtak tilbake til kompetent organ i ACER.⁴⁰⁹ Dette må isolert sett sies å være en lav andel av anker som fører frem.⁴¹⁰ Sammenlignet med utfallene i andre EU-byråers klageorganer, fatter ACERs BoA svært mange avgjørelser, noe som gjør det vanskelig å sammenligne med mange andre Board of Appeal i andre EU-byråer som fatter lignende avgjørelser om grensekryssende infrastruktur.⁴¹¹

Et annet EU-byrå som fatter et stort antall avgjørelser er EUIPO.⁴¹² Bekreftelsesratene for EUIPOs BoA ligger på rundt 70-80% avhengig av type sak og år.⁴¹³ Dette innebærer at 30-20% av ankene tas til følge, altså et tall som ikke er så mye høyere enn tallene for ACERs BoA. Det som også er interessant i denne sammenheng, er at blant EUIPOs BoAs avgjørelser som ankes videre til EU-domstolen, er det kun rundt 20% av ankene som fører frem.⁴¹⁴

Et annet EU-organ som fatter mange avgjørelser, er European Patent Office (EPO). I 2021 ble det sendt inn 2938 anker på EPOs avgjørelser til det tilhørende ankeorganet (også kalt Board of Appeal).⁴¹⁵ Sakene BoA til EPO behandler, blir delt inn i *ex parte-saker* og *inter partes-saker*. Av *ex parte-saker* ble 528 anker tillatt og avgjort, hvorav 222 anker helt eller delvis førte frem. Det ble også avgjort 2091 *inter partes-saker*, hvor 1345 saker ble avgjort ved vedtak. Av disse ble 1310 saker tillatt fremmet, og av disse ankesakene førte 820 av sakene helt eller delvis frem. Dette tilsvarer andeler på henholdsvis 42% og 63%. At kun 15% av ankene i ACERs BoA fører frem, kan da umiddelbart virke lavt. Det er da verdt å nevne at EPO og ACER regulerer svært ulike markeder, og at EPO ikke er et desentralisert byrå etter kjennetegnene presentert i punkt 3.3.1.

⁴⁰⁹ Etter den tidligere ACER-forordningen kunne BoA også endre på det materielle innholdet i vedtaket direkte, jf. ACER-forordningen 713/2009 art. 18 (5). Dette har imidlertid ikke blitt gjort.

⁴¹⁰ Prosentvis er det omtrentlig 15% av ankene som fører frem.

⁴¹¹ Tovo (2022) s. 45.

⁴¹² European Union Intellectual Property Office.

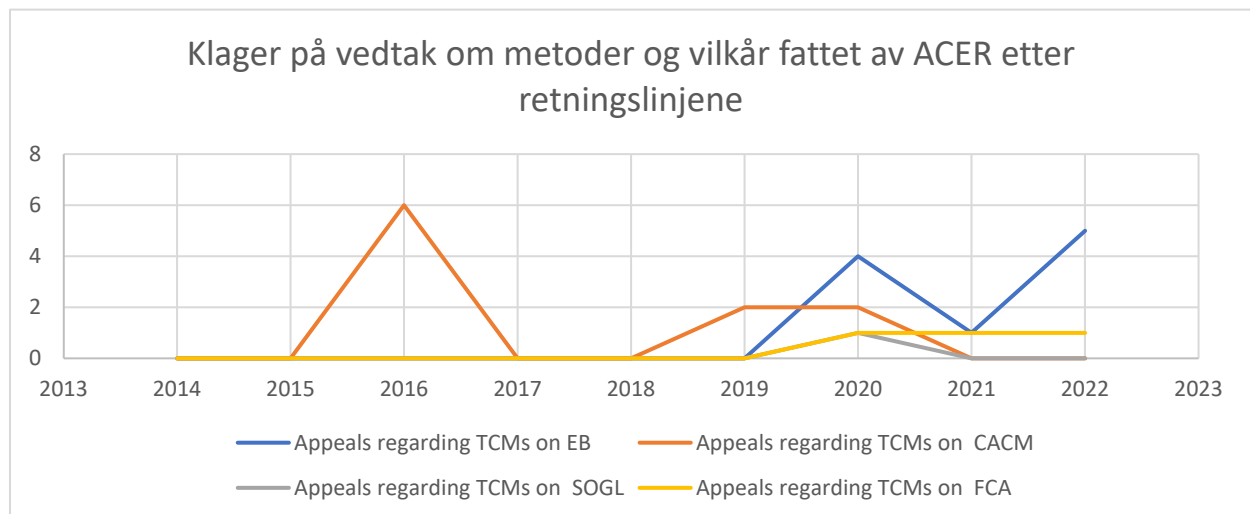
⁴¹³ EUIPO (2021) vedlegg G side 9.

⁴¹⁴ EUIPO (2021) vedlegg G side 9.

⁴¹⁵ EPO (2022) s. 32.

Totalt har altså kun fem anker ført frem i BoA, hvorav tre er anke over vedtak om metoder og vilkår. T-735/18 *Aquind v ACER* ble avsagt 18. november 2020 og la presedens for BoAs intensitet av prøvingen.⁴¹⁶ Av de fem ankene som har ført frem i BoA har to av de blitt avsagt etter nevnte avgjørelse. Begge er anke over vedtak av metoder og vilkår.⁴¹⁷ Det er likevel vanskelig å skulle konkludere med at avgjørelsen har ført til en så tydelig endring ettersom majoriteten av BoAs vedtak ble avsagt i 2020 og 2021, og følgelig ikke endrer tydelig på statistikk over anker før og etter avgjørelsen ble fattet. Videre blir derfor ankene undersøkt mer konkret.

Det er litt variasjoner i hvilke retningslinjer som fører til flest ankesaker i forbindelse med ACERs vedtak om metoder og vilkår. Figur 6 viser metoder og vilkår fattet av ACER etter de ulike retningslinjene:



Figur 6

I starten av prosessen med utvikling av metoder og vilkår, var altså CACM-retningslinjen den mest innklagede. Etter 2019 har EB-retningslinjen vært den retningslinjen som har vært mest anket inn. Tabellen under viser personkretsen som har anket inn vedtak for BoA, deres rolle, aktuell retningslinje og utfall:⁴¹⁸

⁴¹⁶ ACER har anket denne avgjørelsen inn til European Court of Justice.

⁴¹⁷ ACERs vedtak No 14/2021 on the long-term capacity calculation methodology og vedtak No 25/2020 on sharing costs incurred to ensure firmness and remuneration of long-term transmission rights.

⁴¹⁸ Klager som er annonsert, men ikke behandlet per 31.12.2022 er ikke tatt med i tabellen. Det gjelder annonserte anker A-004-2022, A-007-2022, A-008-2022 og A-009-2022.

Vedtak av BoA ⁴¹⁹	År	Ankende part	Ankende part rolle	Aktuell retningslinje	Utfall
A-002-2022	2022	RWE Supply & Trading GmbH	Internasjonalt energiselskap	EB	Avvist.
A-003-2022	2022	Uniper Global Commodities SE	Internasjonalt energiselskap	EB	Avvist.
A-001-2022	2022	PSE S.A.	Polsk TSO	FCA	Tatt til følge.
A-013-2021	2022	BNetzA	Tysk NRA	EB	Ikke tatt til følge.
A-011-2021	2021	TransnetBW	Tysk TSO	CACM	Ikke tatt til følge.
A-007-2021 (consolidated)	2021	PSE S.A./TransnetBW	Polsk TSO/Tysk TSO	SOGL	Ikke tatt til følge. Anket til GC av PSE S.A.
A-001-2021	2021	RTE/TransnetBW/TenneT/PSE S.A./CRE/BNetzA	Fransk TSO/Tysk TSO/Tysk TSO/Polisk TSO/Fransk NRA/Tysk NRA	CACM	Ikke tatt til følge. Anket til GC av CRE.
A-009-2020	2021	PSE S.A.	Polsk TSO	FCA	Tatt til følge.
A-008-2020	2020	RTE	Fransk TSO	EB	Ikke tatt til følge.
A-002-2020 (consolidated)	2020	APG, REE, PSE S.A., ČEPS, RTE, Svenska Kraftnät / TenneT DE	Østerisk TSO/Spansk TSO/Polisk TSO/Svensk TSO/Tysk TSO	EB	Ikke tatt til følge. Anket til GC av APG and others.
A-001-2020 (consolidated)	2020	APG, REE, PSE S.A., ČEPS, RTE, Svenska Kraftnät / TenneT DE	Østerisk TSO/Spansk TSO/Polisk TSO/Svensk TSO/Tysk TSO	EB	Ikke tatt til følge. Anket til GC av APG and others.
A-003-2020	2020	TenneT NL/ Vereniging Energie-Nederland	Nederlandsk TSO/Nederlandsk bransjeforening for energiselskaper	EB	Ikke tatt til følge.
A-003-2019	2019	BNetzA	Tysk NRA	CACM	Ikke tatt til følge. Anket til GC.
A-001-2019	2019	Amprion GmbH, Transnet BW	Tysk TSO/Tysk TSO	CACM	Avvist.
A-001-2017_R (consolidated)	2020	E-Control/Verbund AG/APG/VUEN	Østerisk NRA/Østerisk strømleverandør /Østerisk TSO/Østerisk TSO	CACM	Tatt til følge.
A-001-2017 (consolidated)	2017	E-Control/Verbund AG/APG/VUEN	Østerisk NRA /Østerisk strømleverandør/Østerisk TSO/Østerisk TSO	CACM	Avvist. Anket til GC.

⁴¹⁹ En avgjørelse blir merket som «(consolidated)» når flere parter sender inn separate anker som blir behandlet i én felles prosedyre.

Tabellen viser ankene over vedtak om metoder og vilkår fattet av ACER som BoA har behandlet. Umiddelbart ser man at det er en overvekt av TSOer som anker avgjørelser. Av totalt 38 ankende parter er 27 parter TSOer.⁴²⁰ Den nest største gruppen som klager inn vedtak er NRAer med seks innsendte klager. Både TSOer og NRAer har adgang til å anke inn individuelle vedtak fattet av ACER som de er berørt av.⁴²¹

Det første som undersøkes er hva ankene inneholder. Det er per 31.12.2022 blitt behandlet 16 anker om vedtak om metoder og vilkår i BoA. Fordelt på de ulike retningslinjene er det snakk om seks anker på vedtak etter CACM-retningslinjen, syv anker på vedtak etter EB-retningslinjen, to klager på vedtak etter FCA-retningslinjen og anke over ett vedtak etter SOGL-retningslinjen. Det er altså vedtak etter CACM-retningslinjen og EB-retningslinjen som oftest blir anket. I ACERs første år var vedtak etter CACM-retningslinjen de mest ankede, men de senere år har hovedtendensen vært at vedtak etter EB-retningslinjen blir anket. Både EB- og CACM-retningslinjene er markedskoder.

At vedtak etter EB-retningslinjen ofte blir anket inn for BoA, kan henge sammen med at retningslinjen legger opp til at produksjon eller forbruk i én del av et bestemt område, vil påvirke balansen i resten av området. Balansering av kraftsystemet blir mer utfordrende i forbindelse med at flere av de europeiske statlige kraftsystemene gjennomgår omfattende transformasjoner.⁴²² Et vedtak på dette området kan derfor innebære at TSOer blir pliktig til å gjennomføre kostbare og ressurskrevende endringer. For CACM-retningslinjen, som tilrettelegger for handel over landegrenser, effektiv utnyttelse av overføringsnett og økt konkurranse, kan nok samme forklaring være gjeldende. Markedet er tett knyttet opp mot økonomi, og de ulike reglene som gjelder markedet kan ha store økonomiske konsekvenser for aktørene.

Videre er det fire saker som er avvist fra ankebehandling i BoA. Dette er de to siste vedtakene BoA har fattet, samt A-001-2019 og A-001-2017 (consolidated). I sak A-003-2022 var kravene til artikkel 28 (1) of the ACER-forordningen 2019/942 ikke oppfylt da det kreves «direct

⁴²⁰ Da er alle partene telt hver for seg, selv i de tilfeller de har sendt inn anke sammen.

⁴²¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (1). Se punkt 3.5.1.

⁴²² NVE-RME (2).

and individual concern» for å kunne fremme en anke for BoA.⁴²³ I dette tilfellet var kun kravet til «direct concern» oppfylt, og Uniper Global Commodities SE kunne dermed ikke klage vedtaket inn for BoA.⁴²⁴ Det samme gjaldt i sak A-002-2022.⁴²⁵

Kapittelet har undersøkt den faktiske klagebehandlingen i BoA. Etter undersøkelser og gjennomgang av samtlige vedtak er det tydelig at BoA i stor grad viderefører ACERs vedtak. For å forstå i hvilken grad det er snakk om en mindre heldig tendens med tanke på BoAs faktiske uavhengighet, må avgjørelser fra EU-domstolen analyseres i lys av utfallene i BoA.

4.4 EU-domstolen

4.4.1 Innledning

Den europeiske unions domstol er den dømmende makt i EU og er i realiteten todelt:

- Domstolen⁴²⁶ som øverste instans (Court of Justice).
- Retten⁴²⁷ eller Underretten (General Court).⁴²⁸

Gjennom Nice-traktaten, som reviderte Maastricht-traktaten, og trådte i kraft i 2003, ble det mulig å opprette spesialdomstoler på lavere nivå enn Underretten.⁴²⁹ Personalretten var fra 2004 til 2016 eneste spesialdomstol som var opprettet, og per dags dato er Domstolen og Retten eneste dømmende instanser innad i Den europeiske Union.⁴³⁰ Følgelig blir kun avgjørelser fra Domstolen og Underretten behandlet videre i dette delkapitlet.⁴³¹

EU-domstolen skal sikre at EU-lovgivingen tolkes og anvendes likt i hele EU ved å sikre at medlemsland og institusjoner overholder EU-retten. EU-domstolen har jurisdiksjon til å høre og avgjøre søksmål anlagt av fysiske eller juridiske personer mot handlinger, regulerings-

⁴²³ Se punkt 3.5.1.

⁴²⁴ A-003-2022 avsnitt 54.

⁴²⁵ A-002-2022 avsnitt 53.

⁴²⁶ Navnet «Domstolen» er basert på dansk versjon av TFEU.

⁴²⁷ Navnet «Retten» er basert på dansk versjon av TFEU.

⁴²⁸ General Court ble frem til iverksettelsen av Lisboa-traktaten kalt «Court of First Instance».

⁴²⁹ TFEU art. 257.

⁴³⁰ Den Europæiske Unions Domstol.

⁴³¹ Sak F-34/14 fra personalretten gjaldt en arbeidsrettssak mellom en tidligere ansatt i ACER og ACER hvor ACER ikke ville forlenge arbeidskontrakten. Dette er eneste avgjørelse fra personalretten hvor ACER har vært part, men den behandles ikke i avhandlingen grunnet avgrensningen mot andre rettsområder redegjort for i punkt 1.3.

handlinger eller unnlatte handlinger fra institusjoner, organer, kontorer eller byråer i Den europeiske union. Handlingen må være adressert til de eller være av direkte eller individuell berøring.⁴³²

Underretten (heretter GC) er underinstansen til Domstolen (heretter ECJ) og første instans i EU-domstolen.⁴³³ GC er det første leddet i domstolen med mulighet for anke til ECJ. ECJ er siste og høyeste instans i EU-domstolen.⁴³⁴

4.4.2 EU-domstolens kontroll av klageorganets vedtak

Etter at Lisboa-traktaten trådte i kraft 1. desember 2009, ble EU-domstolen eksplisitt gitt jurisdiksjon over EU-byråenes myndighetsutøvelse over tredjeparter.⁴³⁵

EU-domstolen skal sikre at EUs organer, deriblant byråene, tolker og anvender rettsaktene korrekt.⁴³⁶ Domstolen skal sikre at EUs politikk og lovgivning overholdes og fungerer sånn sett som en overvåkende institusjon.⁴³⁷

Som nevnt i punkt 3.5.2 kan ACERs vedtak om metoder og vilkår, når klagemulighetene i BoA er uttømt, klages inn for EU-domstolen.⁴³⁸ Det er da i praksis BoAs vedtak som ankes inn for EU-domstolen. Prøvingsretten er hjemlet i TFEU artikkel 263 (1) siste punktum, men er noe begrenset sammenlignet med den teoretiske muligheten for full overprøving av alle anførselene i BoA.⁴³⁹ Vilkårene for å klage inn en avgjørelse til EU-domstolen er hjemlet i ACER-forordningen 2019/942 artikkel 29 som lyder følgende:

«Actions for the annulment of a decision issued by ACER pursuant to this Regulation and actions for failure to act within the applicable time limits may be brought before the Court of Justice only after the exhaustion of the appeal procedure referred to in Article 28. ACER shall take the necessary measures to comply with the judgments of the Court of Justice»

⁴³² TFEU art. 263 og 271.

⁴³³ TFEU art. 256.

⁴³⁴ Statue of the Court of Justice of the European Union art. 57 første ledd.

⁴³⁵ TFEU art. 263 (1).

⁴³⁶ TFEU art. 263 første ledd.

⁴³⁷ Grindheim (2021) s. 70.

⁴³⁸ Sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 58.

⁴³⁹ Se redegjørelsen i punkt 3.5.1.

Dette innebærer at anke over BoAs vedtak kun kan tas inn for EU-domstolen med påstand om annullering eller klage på fristoverskridelse fra ACERs side. Som nevnt tidligere kan ordlyden i bestemmelsen tyde på at man kan ta ACERs vedtak inn for domstolen om BoA ikke fatter vedtak innen gjeldende frister.⁴⁴⁰

TFEU artikkel 263 første ledd lyder

«The Court of Justice of the European Union shall review the legality of legislative acts, of acts of the Council, of the Commission and of the European Central Bank, other than recommendations and opinions, and of acts of the European Parliament and of the European Council intended to produce legal effects vis-à-vis third parties. It shall also review the legality of acts of bodies, offices or agencies of the Union intended to produce legal effects vis-à-vis third parties.»

EU-domstolen skal altså vurdere «the legality» av ACERs «acts...intended to produce legal effects vis-à-vis third parties». EU-domstolen skal altså kun prøve lovligheten, men har ikke jurisdiksjon til å fatte nytt innholdsmessig vedtak eller gi pålegg til institusjonene, organene, kontorene og byråene i Den europeiske union.⁴⁴¹ Det er derfor ACER som må treffe nødvendige tiltak etter at EU-domstolen har vurdert lovligheten.

ACER, og dermed BoA, er kompetente til å ta avgjørelser av teknisk og økonomisk karakter.⁴⁴² At EU-domstolen ikke kan overprøve vurderinger av teknisk og økonomisk karakter, ble klarlagt i T-735/18 *Aquind v ACER*.⁴⁴³ Dette er i tråd med EU-domstolens uttalelser i forbindelse med andre byråer som er gitt jurisdiksjon til å ta avgjørelser fattet etter skjønnsmessige eller tekniske vurderinger.⁴⁴⁴

Dette innebærer at EU-domstolen kun kan annullere et vedtak basert på formelle innsigelser, og vedtakene blir ikke vurdert innholdsmessig.

⁴⁴⁰ ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (2).

⁴⁴¹ Sak T-333/17 avsnitt 34.

⁴⁴² ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (4).

⁴⁴³ T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 58.

⁴⁴⁴ Sak T-187/06 *Schröder v CPVO* avsnitt 59 og Sak T-96/10 *Rütgers v ECHA* avsnitt 134.

4.4.3 Statistikk over EU-domstolens avgjørelser

Dette kapitlet undersøker i hvilken grad BoAs vedtak ankes videre til EU-domstolen, samt hva som er tendensen i avgjørelsene gjort av henholdsvis GC og ECJ. Ettersom BoA viderefører en relativt stor prosentandel av ACERs vedtak, er det viktig å undersøke utfallene i Doms-tolen. En korrelasjon mellom utfall i BoA og utfall i GC og ECJ, kan tale for at BoA fungerer som *faktisk* uavhengig.

Det er verdt å merke seg at før iverksettelsen av ACER-forordningen 2019/942, kunne både ACERs vedtak og BoAs vedtak ankes videre til EU-domstolen. Undersøkelser viser dog at nesten alle vedtak har vært gjennom klageorganets prøving før det er anket videre til GC.⁴⁴⁵

Det ene unntaket er ACERs vedtak No. 02/2019 som ble behandlet i to separate prosesser i BoA, samt at vedtaket ACER fattet ble klaget direkte inn til GC av Forbundsrepublikken Tyskland.⁴⁴⁶ Dette vedtaket ble fattet da ACER-forordning 713/2009 enda var i kraft og derfor var det åpnet for at ACERs vedtak kunne klages direkte inn til EU-domstolen.⁴⁴⁷

BNetZ klaget både vedtak No. 02/2019 samt påfølgende BoA vedtak A-003-2019 inn til GC, men ACER-vedtaket ble nektet fremmet på grunn av den nye regelen i ACER-forordning 2019/942 artikkel 28 om at klagemulighetene innad i ACER må uttømmes.⁴⁴⁸ Dette er også i tråd med fristreglene etter TFEU artikkel 263 som har frist på to måneder for å reise søksmål om annullering av vedtak. I dette tilfellet var fristen overskredet med flere måneder da saken ble fremmet for GC.⁴⁴⁹ Følgelig ble kun BoAs vedtak behandlet av GC.

Det er også i denne sammenheng verdt å nevne at Forbundsrepublikken Tyskland er det eneste EU-landet som har anket et ACER-vedtak inn for EU-domstolen.⁴⁵⁰ Majoriteten av de som anker både ACERs og BoAs vedtak er europeiske TSOer samt NRAer.⁴⁵¹

Per 31.12.2022, er det fattet totalt 102 vedtak av ACER. BoA har fattet totalt 23 vedtak. Majoriteten av vedtakene BoA har fattet, er over vedtak om metoder og vilkår. Tabellen under

⁴⁴⁵ Se vedlegg 1.

⁴⁴⁶ Sak T-283/19 *Germany v ACER*.

⁴⁴⁷ ACER-forordningen 713/2009 art. 20. Vedtak No. 02/2019 ble fattet 21. februar 2019, mens ACER-forordningen 2019/942 trådte i kraft i EU 4. juli 2019.

⁴⁴⁸ T-631/19 *BNetZ v ACER* avsnitt 17.

⁴⁴⁹ T-631/19 *BNetZ v ACER* avsnitt 17.

⁴⁵⁰ Pågående sak T-283/19 *Germany v ACER*.

⁴⁵¹ Se punkt 4.3.5.

viser samtlige vedtak som er anket videre til GC og utfallene av prosessene samt hvor mange saker som er under behandling per 31. desember 2022.

Samtlige avgjørelser anket til General Court				
Klager på vedtak mottatt totalt	Klager ferdig behandlet	Klagen fører (delvis) frem	Anken fører ikke frem	Under behandling
17	5	5	0	12

Det er altså per dags dato 12 anker til behandling i GC hvorav 9 er relatert til vedtak om metoder og vilkår.⁴⁵² Av BoAs 23 vedtak, er 9 av vedtakene anket inn for EU-domstolen av én eller flere parter. Det står da at det er sendt 17 klager til GC, fordi noen avgjørelser er anket inn separat av flere parter.⁴⁵³ Det som er interessant i denne sammenhengen er utfallet av ankene som GC behandler. Selv om det til nå kun er fattet avgjørelse i fem saker, har samtlige av disse ført frem.

Sett i forhold med utfallene fra klageprosessen i BoA, er dette noe påfallende. Det vil i denne sammenheng være relevant å se hva ankene som har ført frem i GC, omhandler. Følgende tabell viser samtlige saker hvor rutene med saker som gjelder metoder og vilkår er markert i grønn.

Saksnummer	Ankende part <i>Rolle</i>	Utfall	Viktige utdrag
T-631/19	Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA) <i>Tysk NRA</i>	Anke førte frem over rettsanvendelsen til BoA.	<p>Twisten oppstod ut fra kravet i CACM-retningslinjen om at TSOene i hver region skal utvikle en metodikk for day-ahead kapasitetsberegning. Nraene i kjerneregionsne var enige om enkelte aspekter av TSOenes forslag, men de kom ikke til enighet på alle spørsmålene.</p> <p>BNetzA hevdet at ACER var pålagt å ta hensyn til de avtalepunktene NRAer var enige i når de utviklet metoder og vilkår etter CACM-retningslinjen. GC avviste dette. ACER skal ta stilling til vedtaket uten å forholde seg til eventuelle enigheter mellom NRAene.</p> <p>BNetzA hevdet også at det var rettsfeil at BoA ikke vurderte ACERs vedtak etter de nyeste forordningene som trådte i kraft i den korte tidsperioden mellom ACERs og BoAs vedtak. Denne anførselen førte frem i GC.</p>
T-735/18	Aquind Ltd	Anken førte frem	

⁴⁵² Vedlegg 1.

⁴⁵³ Se for eksempel BoAs vedtak A-001-2021 som er klaget inn til GC av 6 ulike parter.

T-333/17	Austrian Power Grid AG og Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH <i>Østeriske TSOer</i>	Anken førte frem	TSOene i regionen var enig om forslag til fastsettelse av kapasitetsberegningsregioner, jf. CACM-retningslinjen art. 9 (6) bokstav b, jf. art. 15. Forslaget ble sendt til NRAene, hvor den østeriske NRAen (E-Control) ba TSOene endre forslaget. Direktøren for E-Control informerer ACER om at NRAene ikke kommer til enighet, men påpeker i en senere e-post at de har som hensikt å be TSOene om å endre det felles forslaget. Litt senere kommuniseres endringsforsøret til ACERs direktør. ACER fatter vedtak likevel. Senere fattet ACER vedtak om fastsettelse av kapasitetsberegninger. Ankende parter nedla påstand om at BoAs vedtak måtte annulleres i sin helhet, samt at ACERs vedtak måtte annulleres delvis. Domstolen kom til at ACERs vedtak ikke kunne realitetsbehandles, og det kun var BoAs vedtak som kunne annulleres. Retten kom til at BoA begikk rettfeil ved å legge til grunn at ACER hadde fullmakt til å se bort fra endringsbegjæringen.
T-332/17	E-Control <i>Østerisk NRA</i>	Anken førte frem. Annulerte BoAs avgjørelse. Domstolen tok kun stilling til om klagenemnda begikk rettsfeil da den mente at ACER hadde fullmakt til å se bort fra endringsbegjæringen av 13. mai 2016 og at den derfor var kompetent til å vedta avgjørelse nr. 6/2016 og siden denne anførselen førte frem, ble BoAs avgjørelse annullert.	ACER ble støttet av Tsjekkia og Polen. Gjaldt samme vedtak fra ACER og BoA som over. Selv om domstolene til slutt annullerte BoA-avgjørelsen, og krever at sistnevnte vedtar en ny avgjørelse, forblir den opprinnelige ACER-avgjørelsen gjeldende i mellomtiden. Det vil være opp til BoA å sende den omstridte avgjørelsen tilbake til ACER. «ACERs kompetanse må være «klart etablert i EU-regler» og ikke kan utvides av hensyn til effektivitet.», jf avsnitt 72.
T-684/19 og T-704/19 ⁴⁵⁴	Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal (MEKH) og FGSZ Földgázaszállító Zrt.	Anken førte frem	

En kan av denne tabellen se at samtlige anker i GC har ført frem, også sakene som gjelder vedtak om metoder og vilkår. Dette er noe påfallende sett i sammenheng med det lave antall vedtak som annulleres av BoA. Det er imidlertid viktig å huske på at GC og BoA behandler ulike sider av vedtakene. At ankene fører frem i GC, betyr ikke nødvendigvis at BoA ikke er

⁴⁵⁴ T-684/19 og T-704/19 ble behandlet i EU-domstolen som en «joined case» og er telt med som én sak i samtlige statistikker i avhandlingen.

uavhengige av ACER, men understreker heller behovet for at BoAs, og dermed ACERs, myndighetsbruk kontrolleres av GC.

Når det kommer til anker til ECJ, er praksis herfra svært begrenset. For øyeblikket er det kun én sak inne til behandling hos den øverste domstol, og den er enda ikke avgjort.⁴⁵⁵ Dette er anke over sak T-735/18 *Aquind Ltd v ACER*. Det er ACER som har anket denne avgjørelsen inn til ECJ over avgjørelsen om BoAs prøvingsintensitet i T-735/18. Generaladvokaten har dog gitt sitt forslag til avgjørelse; Forslaget viderefører i stor grad Underrettens avgjørelse.

4.4.4 Analyse av EU-domstolens kontroll

EU-domstolens kontroll er som redegjort for tidligere: svært begrenset når det kommer til komplekse tekniske spørsmål. Som vi har sett til nå, vil avgjørelser fra GC ha betydning for hvordan BoA opererer og vurderer sakene de har til behandling. Spesielt T-735/18 *Aquind v ACER* kan ha en stor betydning for om ACERs vedtak blir vurdert effektivt.⁴⁵⁶ At vedtakene overprøves på en tilfredsstillende måte i GC vil indirekte bli vurdert når de behandles i ECJ, men det kan ta lang tid før avgjørelser er klare og avgjort.

Videre ser vi at vedtakene fra BoA, ikke videreføres i GC. Dette er spesielt interessant da det er et stort antall vedtak som ikke fører frem i BoA, men det er også viktig å nevne at praksis fra GC er svært begrenset, og det er vanskelig å analysere domstolens praksis på bakgrunn av dette.

Dersom det etter hvert likevel blir en hovedtendens at vedtakene oppheves når de ankes til domstolen, kan det føre til en uheldig «sedvane» at aktørene som har ressurser, vil anke videre i håp om å få opphevet BoAs vedtak. Dette blir i så fall et uheldig mønster da anker til EU-domstolen ikke er underlagt de samme tidsfristene som BoA opererer under, og man vil oppleve betydelige forsinkelser og uheldig dobbeltbehandling av vedtak. Likevel er anke videre til EU-domstolen viktig, da dette vil føre til en direkte kontroll av myndigheten som er tildelt ACER i tråd med Meroni-doktrinen.

⁴⁵⁵ C-46/21 P *ACER v Aquind*.

⁴⁵⁶ EU-domstolen har pålagt BoA å prøve flere siden enn lovligheten av vedtaket, se sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 71.

Av de tre sakene om metoder og vilkår som er behandlet i GC til nå, er ikke samtlige anførsler behandlet. I *E-Control v ACER*, mente GC at siden E-Controls andre anførsel om rettsfeil fra BoAs side førte frem, skulle vedtaket forkastes. De øvrige anførslene ble ikke behandlet, og BoAs og ACERs behandling av vedtak blir dermed ikke kontrollert på samme vis på disse områdene. I sak T-333/17 *Austrian Power Grid AG og Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH v ACER* ble det fremmet syv anførsler av saksøker, hvor kun behandling av den andre anførselen var tilstrekkelig for å annullere BoAs vedtak. I den siste saken, T-631/19 *BNetz v ACER*, ble det anført fem grunner for at BoAs vedtak skulle annulleres. Den første anførselen om at ACER overskred sin kompetanse og dermed brøt artikkel 9 (7) og (12) i CACM-retningslinjen, ble forkastet av GC.⁴⁵⁷ Den andre anførselen førte dog frem, og følgelig ble ikke de øvrige anførslene vurdert.

Selv om man skulle tro at EU-domstolen førte en full kontroll over alle anførslene til partene, ser vi altså at EU-domstolen i realiteten holder seg til å vurdere om én av anførslene fører frem. Likevel er det nærliggende å tenke seg at dette er i tråd med TFEU artikkel 263. I punkt 4.4.2 ble det belyst at EU-domstolen kun skal prøve lovligheten av vedtaket. De skal ikke vurdere ACERs bruk av skjønn eller tekniske og økonomiske vurderinger. At GC skulle tatt for seg alle anførslene, ville da vært i strid med prinsippet om prosessøkonomi.

Et vedtak fra BoA kun kan klages inn til EU-domstolen med to ulike påstander som grunn. Den ene gyldige påstanden for å prøve vedtaket i EU-domstolen, er påstand om å annullere vedtaket. Den andre mulige påstanden, er påstand om fristoverskridelse fra ACERs side.⁴⁵⁸ I samtlige saker i denne sammenheng, har påstanden vært annullering av vedtak. At GC ikke vurderer alle anførslene er også mye av grunnen til at det er ekstra viktig at BoA prøver alle sider av vedtaket for at adressatene av ACERs vedtak skal være sikret en «effektiv kontroll».

4.5 Oppsummering

Kapitlet har analysert og vurdert hvordan ACERs bindende vedtak om metoder og vilkår kan være gjenstand for rettslig kontroll gjennom BoA, samt hvordan BoAs vedtak kan være

⁴⁵⁷ Sak T-631/19 *BNetz v ACER* avsnitt 62.

⁴⁵⁸ ACER-førordningen 2019/942 art. 29.

gjenstand for kontroll i EU-domstolen. Gjennom en undersøkelse av rekkevidden av EU-charteret artikkel 47, er det klarlagt at samspillet mellom BoA og EU-domstolen er viktig for at TSOers, NRAers og andre berørte aktørers rettigheter skal sikres på en tilfredsstillende måte.

EU-charteret artikkel 47 gjelder dog ikke direkte for BoA, men ettersom EU-domstolen er underlagt en svært begrenset kontroll etter TFEU artikkel 263, er en full prøving i BoA nødvendig for å tilfredsstille kravene til «effektiv kontroll». Dette er også viktig i den grad at BoA består av medlemmer med en helt annen spisskompetanse enn dommerne i EU-domstolen. De tekniske vurderingene i utviklingen av metoder og vilkår, er relativt komplekse, og et krav om at EU-domstolen skulle vurdert de tekniske sidene av vedtakene, ville vært vanskelig å gjennomføre. Selv om BoA ikke er direkte underlagt EU-charteret artikkel 47 og følgelig ikke må respektere kravene i bestemmelsen, er det ingen tvil om at BoA er underlagt reglene i EU-charteret artikkel 41.

Etter avgjørelsen i T-735/18 *Aquind v ACER*, er BoA pliktig til å gjennomføre en full prøving av ACERs vedtak. Om BoAs prøvingsintensitet er faktisk endret etter denne avgjørelsen, vil undersøkes i neste kapittel.

Det er i dette kapitlet blitt undersøkt i hvilken grad BoA er å anse som en uavhengig kontrollmekanisme. I punk 4.3.3 ble BoAs uavhengighet etter opprettelsesforordningen undersøkt, og kontrollorganet ser ut til å være tilfredsstillende fristilt fra ACER på papiret. Da BoAs faktiske uavhengighet ble undersøkt, var ikke svaret like tydelig. BoA viderefører i stor grad ACERs vedtak – noe som kan være påfallende og svekke troverdigheten til BoAs uavhengighet da samtlige av vedtakene som er anket til og avgjort i GC, har ført frem. Selv om praksisen fra EU-domstolen er svært begrenset, ser altså dette ut til å være hovedtendensene.

Det er også vært å nevne at anførslene fra aktørene som anker til BoA og EU-domstolen er preget av forskjeller. Ettersom BoA kan prøve de tekniske, økonomiske og komplekse sidene av vedtakene, vil anførslene for BoA være av mer teknisk art enn anførslene for EU-domstolen, som kun prøver lovligheten. Anførsler om lovlighet i BoA, vil i tilfeller ikke bli tatt stilling til da dette er EU-domstolens oppgaver, jf. TFEU artikkel 263.⁴⁵⁹ Dette kan tale for at

⁴⁵⁹ Se blant annet BoAs vedtak A-002-2022 avsnitt 53 hvor det står at «Thus, it is not for the BoA to question the legality of Article 28 (1) of the ACER Regulation, a task clearly reserved for the EU Courts».

ACER gjør en tilfredsstillende jobb i utarbeidelsen av sine vedtak, ettersom BoA i stor grad viderefører vedtakene. At ankene fører frem i GC, kan være et tegn på nødvendigheten av økt kontroll av ACERs myndighet.⁴⁶⁰

Vedtak om metoder og vilkår er viktig for gjennomføringen av retningslinjene for å sikre et harmonisert regulatorisk regelverk, og arbeidet og utviklingen skjer raskt. Dersom BoA i stor grad viderefører ACERs vedtak, vil det bli et større press på å anke vedtak videre til EU-domstolen. Dette kan føre til en uheldig situasjon preget av forsinkelser og endringer underveis i implementeringsprosessen, men er samtidig en forutsetning for delegering av myndighet til ACER.

⁴⁶⁰ Se punkt 5.2.

5 ACERs kompetanse sett i lys av kontrollmekanismene

5.1 Innledning

For at kontrollen av ACERs vedtak om metoder og vilkår skal være «effektiv», må forholdet mellom BoA og EU-domstolen sikre at aktørene som er berørt av ACERs vedtak får prøvd vedtaket for et uavhengig innen rimelig tid.⁴⁶¹ Kapitlet undersøker i hvilken grad BoA retter seg etter EU-domstolens avgjørelser ved å analysere BoAs gjennomgang av ACERs vedtak før og etter at EU-domstolen avsa T-735/18 *Aquind v ACER*.

I kapittel 3 ble det konkludert med at ACER er tildelt betydelig myndighet i utviklingen av metoder og vilkår, og det er derfor viktig at kontrollmekanismene *ex post* er «effektive».⁴⁶²

I kapittel 4 ble BoAs og EU-domstolens faktiske prøving undersøkt. Gjennom statistikk fra de to kontrollorganene, har man fått en oversikt over de faktiske utfallene av ankeprosesser av ACERs vedtak.

5.2 Forholdet mellom Board of Appeal og EU-domstolen

Ettersom praksis fra EU-domstolen er svært begrenset, er det vanskelig å skulle konkludere med annet enn hovedtendensen er at BoA viderefører ACERs vedtak som igjen blir annullert av EU-domstolen. Det ble tidlig klart at for at aktørene skal sikres en «effektiv kontroll» av ACERs vedtak, er det prekært at forholdet mellom BoA og EU-domstolen er dynamisk.

Videre vil det derfor kort undersøkes om avgjørelsen i T-735/18 *Aquind v ACER*, som pålegger BoA å føre en grundigere kontroll enn EU-domstolen, har hatt en faktisk betydning av BoAs kontroll. Om svaret er positivt, vil det tale for at forholdet mellom BoA og EU-domstolen er dynamisk, og dette vil igjen føre til at aktørene med større sannsynlighet er sikret av en «effektiv kontroll» av ACERs vedtak.

5.2.1 Utfallene i Board of Appeals etter Aquind-avgjørelsen

Det vil videre analyseres om avgjørelsen i T-735/18 *Aquind v ACER* har hatt en reell effekt på utfallene i BoA. Avgjørelsen ble fattet 18. november 2020 av GC. Saken er anket videre til ECJ av ACER, men ikke avgjort per 31.12.2022. Dette innebærer at avgjørelser fattet av BoA

⁴⁶¹ EU-charteret art. 41 og 47. Se punk 1.2.1.

⁴⁶² Se punkt 3.3.3 om Meroni-doktrinen.

før 18. november 2022 har blitt fattet mens BoA var av den oppfatning at de kunne føre en begrenset kontroll i tråd med praksis fra EU-domstolen tolket analogisk.⁴⁶³

13 vedtak ble fattet før 18. november 2020 og fordelingen av utfall fordeler seg slik:

BoA opprettholder ACERs vedtak	BoA forkaster vedtaket og sender det tilbake til kompetent organ i ACER	Anken er avvist
5	3	5

10 vedtak ble fattet etter 18. november 2020 og fordelingen av utfall fordeler seg slik:

BoA opprettholder ACERs vedtak	BoA forkaster vedtaket og sender det tilbake til kompetent organ i ACER	Anken er avvist
5	2	4

Som vi ser av tallene i tabellen, er det ingen klare indikasjoner på at avgjørelsen i T-735/18 *Aquind v ACER* har hatt konsekvenser for de faktiske utfallene av klagebehandlingen i BoA.

En må derfor vurdere ankebehandlingen mer konkret. I det følgende vil utvalgte saker fra BoA undersøkes. På grunn av avhandlingens plassbegrensning, vil ikke alle vedtakene presenteres i sin helhet, men noen utdrag vil presenteres under.

BoA mente selv, før avgjørelsen i T-735/18 *Aquind v ACER*, at de hverken var i stand til eller burde føre en full vurdering av anførlene som ble fremmet.⁴⁶⁴ Dette begrunnet de med at analogt tolket rettspraksis⁴⁶⁵ fra EU-domstolen talte for at de ikke var pliktig til å foreta en full prøving av avgjørelser preget av økonomiske og tekniske momenter.⁴⁶⁶ Det ble også pekt på

⁴⁶³ Sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 70-71.

⁴⁶⁴ BoAs vedtak A-001-2017 avsnitt 108.

⁴⁶⁵ Sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 48-54.

⁴⁶⁶ BoAs vedtak A-001-2017 avsnitt 107.

at BoA hadde begrensede ressurser, og at det med hensyn til prosessøkonomi var hensiktsmessig at det ikke ble ført full kontroll av alle anførsler.⁴⁶⁷ EU-domstolen annullerte BoAs avgjørelse⁴⁶⁸ i avgjørelsen i T-735/18 *Aquind v ACER*, og fant BoAs påstand om at de kunne tolke praksis fra EU-domstolen analogt, som rettslig uriktig.⁴⁶⁹ GC påpekte at BoA sitter med den ekspertisen som trengs for å kunne vurdere alle sidene av et vedtak – både de tekniske og økonomiske. For å ivareta aktørenes rett til effektiv rettergang, må altså BoA kunne vurdere komplekse sider av vedtaket som EU-domstolen er avskåret fra å kunne vurdere.⁴⁷⁰

Av T-735/18 *Aquind v ACER* ser vi at EU-domstolen også fungerer som en kontrollmekanisme for BoA. Ved å gjennomgå BoAs behandling av vedtak, vil de kunne avdekke misforståelser og svakheter i det todelte systemet for kontroll av ACERs vedtak

Videre vil det undersøkes om BoA retter seg etter EU-domstolens påstand om at BoA skal vurdere de økonomiske og tekniske sidene av vedtakene dersom det er anført av partene. Deriblant Tovo mener at BoA har innfunnet seg etter avgjørelsen.⁴⁷¹

Før 18. november 2020 hadde BoA fattet 13 vedtak. I ni av disse vedtakene påpeker BoA sin oppfatning av at de bare er bundet til å foreta en begrenset prøving av de tekniske og økonomiske sidene av vedtaket.⁴⁷² Dette innebærer at i over halvparten av sakene, var BoA av den oppfatning av at de kun skulle foreta en begrenset prøving. Å spekulere i om utfallene av BoAs klagebehandling kunne vært annerledes om BoA foretok en full prøving, er vanskelig. Det er likevel på det rene at aktørenes rett til «effektiv kontroll» av ACERs ikke var tilfredsstillende oppfylt.

⁴⁶⁷ BoAs vedtak A-006-2019 avsnitt 73.

⁴⁶⁸ BoAs vedtak A-001-2018.

⁴⁶⁹ Sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 61.

⁴⁷⁰ Sak T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 58.

⁴⁷¹ Tovo (2022) s. 53.

⁴⁷² BoAs vedtak A-001-2017 avsnitt 108, A-001-2018 avsnitt 52, A-002-2018 avsnitt 63, A-001-2019 avsnitt 76, A-003-2019 avsnitt 68, A-004-2019 avsnitt 255, A-006-2019 avsnitt 51, A-001-2020 avsnitt 192 og A-002-2020 avsnitt 193. Se også Tovo (2022) s. 53 som påker at BoA i sak A-001-2020 og A-002-2020 ikke begrunnet den begrensede prøvingen i rettspraksis fra EU-domstolen.

Etter 18. november 2020 har BoA fattet 11 vedtak.⁴⁷³ I første vedtak etter gitt dato, A-008-2020⁴⁷⁴, påstod den franske TSOen, Réseau de Transport d'Electricité (RTE), at ACER hadde brutt proporsjonalitetsprinsippet gjennom påleggelse av en enkelt enhetsstruktur på TSOene som de mente ikke var berettiget av omfanget og formålet med EB-retningslinjen og som krenket TSOenes rett til å følge en økonomisk aktivitet.⁴⁷⁵ BoA henviser så til sin tidligere praksis når de mener at ACER er tildelt en viss skjønnsmargin i vurderingen av komplekse tekniske spørsmål, men at denne ikke er ubegrenset.⁴⁷⁶ De henviser her til fastsatt juridisk rammeverk og generelle EU-prinsipper, som forholdsmessighetsprinsippet. De henviser ikke til praksis fra EU-retten for å underbygge påstanden om BoAs begrensede vurderingskompetanse.

I saken A-009-2020⁴⁷⁷ krevde den polske TSOen, Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A (PSE), å få annullert ACERs vedtak om metoden for å dele kostnader som påløper for å sikre fasthet og godtgjørelse til «long-term transmission rights» (LLTR).⁴⁷⁸ PSE mente i sin første anførsel at denne metoden reduserte, i visse tilfeller, flaskehalsinntekter som oppstår fra den enkle day-ahead-koblingen samlet på en gitt budsonegrense på grunn av tildeling av LLTR-er på andre budsonegrenser. Dette stred med FCA-retningslinjen artikkel 61 (3), da metoden ikke bidrar til effektiv langtidsdrift og utviklingen av elektrisitetsoverføringssystemet og elektrisitetssektoren i EU. I den andre anførselen påstod PSE at ACER hadde krenket deres rett til effektiv forvaltning ved å ikke gi en tilstrekkelig begrunnelse.⁴⁷⁹ Den første anførselen må sies å være et «technical issue», men i denne saken prøvde BoA alle sidene helt ut, og den første anførselen førte frem.⁴⁸⁰ I vurderingen av den andre anførselen, bekrefter BoA at ACER er bundet til å overholde de gjeldende prinsippene i EU-retten, deriblant prinsippet om effektiv forvaltning.⁴⁸¹ Også denne anførselen vinner frem i BoA, og sak A-009-2020 er blant mindretallet av saker som sendes tilbake til kompetent organ i ACER. Heller ikke i denne saken gjør BoA en begrenset prøving.

⁴⁷³ Inkludert A-001-2018_R som er det nye vedtaket i Aquind-saken etter at GC annullerte det første vedtaket.

⁴⁷⁴ Anke over ACERs vedtak No. 13/2020.

⁴⁷⁵ BoAs vedtak A-008-2020 avsnitt 75. RTEs sjette anførsel.

⁴⁷⁶ BoAs vedtak A-008-2020 avsnitt 296.

⁴⁷⁷ Anke over ACERs vedtak No. 25/2020.

⁴⁷⁸ Metoden ble kalt «FRCM».

⁴⁷⁹ Etter ACER-forordningen 2019/942 art. 14 (7), EU-charteret art. 41 (2) bokstav c og TFEU art. 296 (2).

⁴⁸⁰ BoAs vedtak A-009-2020 avsnitt 109.

⁴⁸¹ BoAs vedtak A-009-2020 avsnitt 114.

I et senere vedtak av BoA, har de heller ikke gått tilbake til henvisningen til praksis fra EU-retten om at de ikke er pliktig til å foreta en full prøving av vedtakets tekniske og økonomiske sider.

I A-001-2018_R, som er det nye vedtaket i Aquind-saken etter at GC annullerte det første vedtaket, påstod ikke BoA at det skulle foretas en full prøving. Likevel ble anken avvist som følge av at BoA mente at de manglet kompetanse til å ta stilling til anken. BoA mente at de manglet kompetanse til å erstatte det opprinnelige ACER-vedtaket som følge av ordlydsendringene i artikkel 28 (5) i ACER-forordning 2019/942.⁴⁸²

Av de sakene undersøkt til nå, ser det ut til at BoA har tatt til seg GCs pålegg om at de ikke er bundet av samme begrensede prøvingsrett som EU-domstolen. Dette taler for at BoA og EU-domstolen har et dynamisk forhold hvor avgjørelser i EU-domstolen vil ha direkte betydning, både formelt og i praksis, for hvordan BoA gjennomfører sitt mandat som administrativ klageenhet.

5.3 Tidsfristene

Det er svært korte tidsfrister for behandling av vedtak i BoA.⁴⁸³ Det er heller ikke bare i BoA fristene er korte: også i utviklingen og implementeringen av metoder og vilkår er tidsfristene relativt korte.⁴⁸⁴ Tidsfristene i utviklingen av metoder og vilkår er gjennomgående, og det er heller ikke uten videre å fravike disse fristene.⁴⁸⁵ Dette videreføres altså i BoAs behandling av vedtak.⁴⁸⁶ At prosessene ikke tar unødvendig med tid, er i tråd med plikten BoA har til å overholde EU-charteret artikkel 41 om effektiv forvaltning. BoA behandler dermed ankede vedtak «within a reasonable time».⁴⁸⁷

Dette innebærer at det ikke vil føre til større forsinkelser i implementeringsarbeidet når en aktør anker et vedtak til BoA, og sikrer sånn sett aktørene en «effektiv kontroll» når man ser på

⁴⁸² Se punkt 3.5.1.

⁴⁸³ Fristen ble økt fra to til fire måneder i den nye ACER-forordningen. Dette gjør at BoA har mer ressurser til å prøve vedtakets komplekse sider ettersom antall klager har økt.

⁴⁸⁴ Se punkt 2.5.

⁴⁸⁵ ACERs Opinion 03/2018 punkt 6.2.

⁴⁸⁶ ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (2).

⁴⁸⁷ EU-charteret art. 41 (1).

tidsaspektet i BoA. Et vedtak er også gjeldende selv om det blir anket, slik at prosessen ikke forsinkes unødige.⁴⁸⁸ Dette kan imidlertid føre til uoversiktlige situasjoner når vedtak klages inn for BoA og ankes videre til EU-domstolen.

EU-domstolen er ikke underlagt de samme tidsfristene som BoA, men er pliktig til å føre høringer innen «reasonable time».⁴⁸⁹ Dette åpner for at EU-domstolen kan bruke relativt mye lengre tid, og enkelte saker anket inn for EU-domstolen allerede i 2019 er fortsatt under behandling.⁴⁹⁰ «Reasonable time» er et vagt begrep, og ordlyden taler ikke for at det er sterke grunner for at «reasonable time» skal bety at EU-domstolen må handle raskt, selv om dette isolert sett ville hatt mye å si for implementeringen av metoder og vilkår.

Det er viktig at EU-domstolen har nok tid til å undersøke bakgrunnen for saken, foreta høringer og vurdere det rettslige bakgrunnsteppet grundig. Ettersom prosessen med metoder og vilkår er kompleks, og ett vedtak kan utløse arbeidet med neste, kan den lange behandlingen i EU-domstolen føre til uoversiktlige prosesser. At tolkningen av «reasonable time» etter artikkel 41 tolkes strengere enn «reasonable time» etter artikkel 47, handler mye om BoAs rolle. BoAs medlemmer innehar teknisk kunnskap og ekspertise som gjør det lettere for klagenemndas medlemmer å få en rask forståelse av klager og å avgjøre dem raskt. BoA er heller ikke pliktig til å foreta en *ex novo* -gjennomgang av de faktiske og juridiske aspektene ved avgjørelsen vedtatt av ACER. Dette taler for at BoA skal og kan foreta prøving av vedtak raskere enn EU-domstolen. Likevel er de ulike tidsfristene uheldige.

Et eksempel på dette er ACERs vedtak No 05/2018. Vedtaket gjelder ikke metoder og vilkår, men er likevel illustrerende for hvordan en eventuell ankeprosess kan forgrene seg ut over flere organer med ulike tidsrammer. Aquind Limited anket ACERs vedtak inn for BoA i 2018, hvor ACERs vedtak ble stående i vedtak A-001-2018. Aquind Limited anket så vedtak A-001-2018 videre til GC, som ga Aquind Limited medhold og sendte vedtaket tilbake til BoA.⁴⁹¹ ACER anket imidlertid GCs avgjørelse over vedtak A-001-2018 inn til ECJ. Her er saken fortsatt til behandling.⁴⁹² BoA behandlet vedtaket på nytt i en relansert prosedyre, A-

⁴⁸⁸ Jevnaker mfl. (2022) s 10.

⁴⁸⁹ EU-charteret art. 47 (2).

⁴⁹⁰ Sak T-283/19 *Germany v ACER*.

⁴⁹¹ Sak T-735/18 *Aquind v ACER*.

⁴⁹² Se pågående sak C-46/21 P *ACER v Aquind*.

001-2018_R, og ga heller ikke Aquind Limited medhold denne gangen. Aquind Limited anket dermed BoAs vedtak A-001-2018_R inn for GC. Denne saken er også fortsatt til behandling.⁴⁹³ Dette betyr at samme sak, forskjellige steder i prosessen, er til behandling i både GC og ECJ samtidig. Hvilken av domstolene som fatter vedtak først, er usikkert. Det er heller ikke en klar løsning på hvordan det skal løses dersom begge får medhold.

Tidsfristene i de ulike kontrollmekanismene kan altså føre til forsinkelser og langvarige prosesser med ulike forgreninger i de forskjellige kontrollorganene. Dette kan føre til usikkerhet over vedtakene som fattes, og en konsekvens kan igjen være at aktørene ikke har råd eller kapasitet til å klage på vedtak. Dette innebærer at selv om både BoA og EU-domstolen isolert sett og hver for seg foretar prøvingen «within a reasonable time», er EU-domstolens tidsbruk en faktor som kan tale for at det todelte kontrollsystemet, i utviklingen av metoder og vilkår, ikke sikrer en tilfredsstillende «effektiv prøving» av vedtakene. Dette kan også føre til at aktørene settes i uheldige posisjoner hvor de innretter seg etter et vedtak, som etter lengre tid blir opphevet og videre endret. Dette kan medføre ekstra kostnader og ressurser for at de til enhver tid skal være oppdatert på regelverket i det indre energimarkedet.

5.4 De faktiske «konsekvensene» av det todelte systemet for anker av vedtak om metoder og vilkår

Det er vanskelig å skulle trekke en konklusjon av de relativt få sakene som er avgjort i GC. Som nevnt i forrige kapittel er reglene for BoAs uavhengighet tilfredsstillende for hvordan EU-domstolen har forstått uavhengighetsbegrepet. Det påfallende med prosessen er at BoA i stor grad opprettholder ACERs vedtak samtidig som samtlige anker av BoAs vedtak til GC, har funnet frem.⁴⁹⁴

Det var også interessant at BoA selv påpekte i sakene A-002-2022 og A-003-2022 at det er en spenning mellom primær- og sekundærlovgivingen. Ettersom aktørene, to internasjonale energiselskap, ble avskåret fra muligheten til overprøving av ACERs vedtak i BoA, mister de også muligheten til å få prøvd de tekniske og økonomiske sidene av vedtaket. Det er likevel på det rene at BoA ikke kan ha kapasitet til å behandle enhver klage på ACERs vedtak. Dersom privatpersoner, alle markedsaktører, bedrifter og organisasjoner skal ha søksmålsadgang i BoA, kan dette føre til at BoA må behandle klager i en altfor stor grad sammenlignet med hva de

⁴⁹³ Se pågående sak T-492/21 *Aquind and Others v ACER*.

⁴⁹⁴ Se statistikk i vedlegg 1.

har kapasitet til.⁴⁹⁵ Det er likevel en svært interessant motstilling mellom tolkning av reglene i ACER-forordningen og TFEU, og en kan kanskje forvente at EU-domstolen, som har kompetanse til å vurdere lovligheten av rettsakten, tar tak i problemstillingen og klarlegger status.

Uansett er det på det rene at også sakene BoA tar opp til behandling, i svært stor grad går i ACERs favør. Behandling i EU-domstolen er ikke preget av samme tidsfrister som behandling i BoA. Dette fører til en uheldig forsinkelse og dobbeltbehandling i prosessen av utvikling av metoder og vilkår. Om dette fører til at aktørene ikke har ressurser til å følge opp innvendinger på vedtak og heller ikke klager videre til BoA og EU-domstolen, kan dette igjen føre til at ACER, som har en betydelig rolle i utviklingen av metoder og vilkår, i stor grad kan utvikle sin egen rettspraksis og tolke reglene uten at EU-domstolen kan være et «sikkerhetsnett» i tolkningen. ACER vil følgelig sitte igjen som en svært sterk aktør.

5.5 Oppsummering

Byrådet kan vise til sterke prosessuelle regler for uavhengighet i klageorganets behandling, samtidig som ingen andre enn klageorganet kan overprøve de tekniske sidene av vedtakene. TSOer og NRAer faller inn under personkretsen som kan prøve vedtakene i BoA, og sikrer følgelig deres rett til effektiv forvaltning. Likevel blir de videre ankemulighetene for tekniske og komplekse spørsmål, ikke-eksisterende for aktørene som ikke kan anke vedtak til BoA. Dersom BoA i stor grad, uten tilstrekkelig begrunnelse, viderefører ACERs vedtak, sitter aktørene følgelig kun igjen med mulighet for å få kjent vedtaket ugyldig ved at EU-domstolen vurderer «the legality», jf. TFEU artikkel 263. Dette fører til forsinkelse i utviklingsprosessen og usikkerhet for aktørene, da prosedyren i EU-domstolen kan ta flere år.⁴⁹⁶

Det er imidlertid viktig at aktørene bruker muligheten til å anke vedtak inn til EU-domstolen for å kontrollere ACERs myndighetsbruk. Som vi så i kapittel 5.2.1 har BoA og EU-domstolen et dynamisk forhold hvor de utfyller og kontrollerer hverandre. Prosessen med anke for EU-domstolen kan imidlertid ende opp med å bli uoversiktlig. Dette skaper langvarige, uoversiktlige og ikke minst dyre prosesser, samtidig som ACERs eller BoAs vedtak om metoder og

⁴⁹⁵ BoA mente tidligere at de ikke hadde ressurser til å prøve vedtakene fullt ut nettopp på grunn av knapphet på ressurser og kapasitetsbegrensninger, se T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 63.

⁴⁹⁶ Se for eksempel sak T-283/19 *Germany v ACER* som ble anket inn til GC 2. mai 2019 og fortsatt er i behandling.

vilkår kan være i kraft. Dette fører også til at det todelte systemet for kontroll av ACERs vedtak, ikke helt stabiliserer seg i den grad av at ACER får klarlagt sin rolle og sin myndighetsbruk i det tempoet utviklingen går i.

6 Hovedkonklusjoner og avsluttende tanker

Avhandlingens problemstilling var i hvilken grad det todelte systemet med Board of Appeal som første klageinstans og Den Europeiske Unions Domstol som andre klageinstans, sikrer en effektiv kontroll av ACERs vedtak om metoder og vilkår. Kontrollmekanismene kan deles inn i flere kategorier, hvor etterhåndskontroll var den sentrale i denne avhandlingen. Vedtak om metoder og vilkår er betydningsfulle for flere aktører, og pålegger både offentlige og private aktører plikter i vedtakelses- og gjennomføringsprosessen – noe som understreker viktigheten av tilgjengelige, virkningsfulle og uavhengige kontrollmekanismer.

Avhandlingen har brukt begrepet «effektiv kontroll» i vurderingen. Med «effektiv kontroll» menes det i denne sammenheng at kontrollmekanismene som overprøver ACERs vedtak skal sikre at vedtakene er i overenstemmelse med prinsippene om retten til effektive rettsmidler og retten til god forvaltning, jf. EU-charteret artikkel 41 og 47. Dette innebærer at de to kontrollmekanismene som undersøkes, BoA og EU-domstolen, må være i tråd med prinsipper om uavhengighet, transparens og rettferdighet samt at lovligheten av vedtakene sikres, jf. TFEU artikkel 263 og ACER-forordningen fortale punkt 33-35. Kontrollmekanismene må også være tilgjengelige for de som er berørt av vedtakene og føre saken innen rimelig tid.

I kapittel 3 ble det konkludert med at ACER har en betydelig rolle i utviklingen av metoder og vilkår. Dette innebærer at kontrollmekanismene som kontrollerer byråets myndighetsbruk, må være «effektive». I samme kapittel ble BoAs rolle som administrativt klageorgan undersøkt, og konklusjonen er at BoA ikke er å regne som en domstol. Videre ble personkretsen som kan sende klage til BoA og EU-domstolen undersøkt, og BoAs vedtak A-002-2022 ble grundigere analysert da BoA selv påpeker at personkretsen som kan anke til EU-domstolen, er tolket videre enn personkretsen som kan anke til BoA.⁴⁹⁷ Selv om det er oppsiktsvekkende at det er en ulik tolkning av bestemmelser med lik ordlyd i primær- og sekundærretten kan dette begrunnes i at BoA ikke er bundet av EU-charteret artikkel 47, men av artikkel 41 som har en noe smalere forståelse for hvem som kan få sakene sine prøvd.

I kapittel 4 ble kontrollmekanismenes myndighet undersøkt nærmere, og det er på det rene at BoA kan føre en grundigere gjennomgang av vedtakene enn EU-domstolen som kun kan

⁴⁹⁷ Se punkt 3.5.1.

prøve lovligheten av vedtaket.⁴⁹⁸ Her ble BoAs uavhengighet vurdert og analysert, og det ble konkludert med at BoA har gode prosessuelle regler for å sikre uavhengighet. Her ble også statistikk fra ankeprosessene presentert. Av denne ser man at BoA i stor grad viderefører ACERs vedtak.⁴⁹⁹ Dette kan svekke troverdigheten til BoAs uavhengighet da samtlige av ankene som er anket og avgjort i GC, har ført frem. Selv om praksisen fra EU-domstolen er svært begrenset, ser altså dette ut til å være hovedtendensene. Det er imidlertid viktig å huske på at BoA og GC vurderer ulike sider av vedtakene, og statistikken kan like gjerne bety at ACER foretar avgjørelser som BoA ser seg enig i når de vurderer de tekniske aspektene. Selv om ACER kan se ut til å gjøre gode vurderinger av de tekniske aspektene ved vedtaket,⁵⁰⁰ er det svært viktig at forholdet mellom BoA og EU-domstolen er dynamisk. Dette vil igjen føre til at det todelte systemet for kontroll «faller på sin plass». At dette dynamiske forholdet trenger lang tid på å stabilisere seg, er noe uheldig med tanke på at utviklingen av metoder og vilkår skjer svært raskt.

I kapittel 5 ble det konkludert med at ACER sitter igjen som en betydelig aktør i utviklingen av metoder og vilkår. Med en betydelig rolle i utviklingen, et internt klageorgan som i stor grad viderefører byråets avgjørelser og en domstol som ikke er bundet av samme tidsbegrensninger som resten av aktørene i metoder og vilkår-prosessen, innehar ACER en svært viktig og ansvarsfull rolle i overgangen mot et fleksibelt kraftmarked. Kapitlet viser at BoA og EU-domstolen har et dynamisk forhold: Likevel opererer BoA og EU-domstolen under ulike tidsfrister, som igjen utfordrer den «effektive kontrollen» av ACERs vedtak.

Avhandlingen har belyst viktigheten av fungerende kontrollmekanismer som sikrer en «effektiv kontroll» av ACERs vedtak. Dette vil ivareta aktørenes rettigheter, og de prosessuelle reglene bak det todelte klagesystemet tar sikte på å sikre aktørenes rett til effektiv forvaltning og effektiv rettergang. Ettersom ACERs regulatorsyre består av de europeiske NRAene, sikres det også en viss løpende kontroll fra innsiden av byrået. Dette forsterkes ved at BoA innehar kompetanse og ekspertise til å vurdere vedtakene nøye og effektivt, og sikrer aktørene rask ankebehandling på tekniske og økonomiske spørsmål. Selv om prosessen viser seg å ha en-

⁴⁹⁸ Se punkt 3.5.2.

⁴⁹⁹ Se punkt 4.3.5.

⁵⁰⁰ Med tanke på antall vedtak BoA opprettholder.

kelte svakheter, som et misforhold mellom personkrets som kan anke inn til BoA og EU-domstolen, fungerer det todelte kontrollsystemet som en sikkerhetsventil for både ACER og aktørene.

For ACER fungerer systemet ved at vedtak blir gjenstand for kontroll i BoA, men også gjennom EU-domstolen som kontrollerer lovligheten av ACERs og BoAs myndighetsbruk. Kontroll av byråets myndighetsutøvelse når det kommer til vedtak av metoder og vilkår, er svært essensiell da vedtak om metoder og vilkår er rettslig bindende, uten at ACER er en alminnelig lovgiver. Vedtakene de fatter kan ha store konsekvenser for aktørene, både faktisk og rettslig, og kontroll av EU-domstolen er en forutsetning for at ACER kan være en betydelig aktør.

Prosessene rundt utviklingen av metoder og vilkår er preget av effektivitet. Ettersom en anke til EU-domstolen kan føre til større forsinkelser og usikkerhet, vil det i ytterste konsekvens føre til at anker til EU-domstolen uteblir om konsekvensene for aktørene ikke er «store nok» til å føre en anke videre. Dette fører igjen til at ACER og BoA er friere til å tolke sin egen rolle enn når EU-domstolen fører kontroll. Som nevnt i punkt 5.2.1 fattet BoA i lang tid vedtak mens de var av oppfatning av at de, i likhet med EU-domstolen, kunne føre en begrenset prøving. Dette er uheldig for aktørenes rettigheter.

BoA er følgelig den viktigste kontrollmekanismen for aktørene både med tanke på tidsbruk, men også med tanke på kontrollkompetansen. BoA sitter, selv etter den reviderte ACER-forordningen, med den samme kompetansen som ACER. Likevel er det påfallende at de viderefører en stor del av ACERs vedtak. Det er imidlertid viktig å huske at medlemmene i BoA ikke innehar samme ekspertise på prøving av lovlighet som dommerne i EU-domstolen, og anførselene for BoA i stor grad er av tekniske og kompleks karakter. At de videreføres ACERs vedtak, betyr absolutt ikke at de i realiteten ikke er uavhengige nok, men kan belyse viktigheten av EU-domstolens lovlighetsprøving.

Det er derfor mye som taler for de prosessuelle reglene bak det todelte klagesystemet tar høyde på å sikre aktørenes rett til effektiv forvaltning og effektiv rettergang. I praksis kan det dog virke som at systemet trenger tid til å stabilisere seg. Med dette menes det at ACER og BoA muligens trenger tid til å forstå og utvikle sitt mandat i tråd med EU-domstolens kontroll og forståelse. Ettersom utviklingen og implementeringen av metoder og vilkår skjer i et tempo EU-domstolen ikke kan følge, er dette noe uheldig for selve overgangen mot et fleksibelt

kraftmarked. I løpet av den tiden EU-domstolen bruker på å fatte en avgjørelse og dermed kontrollere byråets myndighetsbruk, har ACER og BoA i mellomtiden fattet flere vedtak. Dette innebærer at det todelte systemet på sett og vis fungerer, men at den hurtige implementeringen av det regulatoriske regelverket fører til at de prosessuelle reglene og tanken bak det todelte kontrollsystemet ikke helt kommer til sin rett. Dette medfører at selv om de prosessuelle reglene er på plass, sikrer det todelte systemet med Board of Appeal som første klageinstans og Den Europeiske Unions Domstol som andre klageinstans i mindre grad en «effektiv kontroll» av ACERs vedtak om metoder og vilkår.

Regelutviklingen på EU-nivå er preget av en generell tendens av at desentraliserte byråer får en viktigere rolle i utviklingen av rettsområdene de har fått ansvaret for.⁵⁰¹ ACER og BoA er en del av denne generelle tendensen. EU-byråene tildeles myndighet til å fatte vedtak som har betydning for enkeltpersoner og juridiske personers rettssituasjon. Tendensen i disse byråene med tildelt myndighet, er at de innehar et internt klageorgan for å sikre at deres rett til effektiv forvaltning og effektiv rettergang er oppfylt.⁵⁰² De administrative klageorganene er til en viss grad uavhengige. De er ikke juridiske i naturen, selv om de utfører kvasi-rettslige funksjoner gjennom kontradiksjon.⁵⁰³ Ved å være sammensatt av jurister og spesialister er de bedre i stand til å disponere klage over avgjørelser som mye av innholdet vanligvis er teknisk. De er en rask, tilgjengelig, spesialisert og rimelig mekanisme for å beskytte rettighetene til mottakerne av beslutninger truffet av byråer og de som berøres av slike vedtak.⁵⁰⁴

At denne tildelingen av myndighet til EU-byråer, kan kontrolleres, er en forutsetning for at tildeling kan skje. Ved å ha et slikt todelt kontrollsystem, er både aktørenes rett til effektiv forvaltning og effektiv rettergang sikret ved at klagenemndene og EU-domstolen utfyller hverandre. Byråenes og klageorganenes myndighetsbruk blir dessuten kontrollert gjennom legalitetsgjennomgang i EU-domstolen. At dette systemet i utgangspunktet ser ut til å være gjennomtenkt og virkningsfullt, er vist gjennom presentasjonen av de prosessuelle reglene.

⁵⁰¹ Se punkt 3.3.1 om desentraliserte EU-byråer.

⁵⁰² T-735/18 *Aquind v ACER* avsnitt 51.

⁵⁰³ Generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona uttalelse i sak C-46/21 P avsnitt 40–49.

⁵⁰⁴ Betydningen av noen av disse klagenemndene har blitt indirekte forsterket ved innføringen av artikkel 58a i statuten for Den europeiske unions domstol. ACERs BoA er ikke nevnt i denne bestemmelsen, men bestemmelsen viser en generell holdning til at de interne klagenemndene innehar en viktig posisjon når aktørers rett til «effektiv kontroll» av vedtak skal sikres.

Det er imidlertid viktig at systemet får tid til å stabilisere seg, og at EU-domstolen får mulighet til å vurdere lovligheten av byråenes og klagenemndenes vedtak. For desentraliserte byråer som ikke fatter avgjørelser med stor hyppighet, vil dette være en tilfredsstillende løsning. I regelutviklingen ACER og BoA tar del i, skjer utviklingen for raskt til at EU-domstolen kan følge opp vedtakene på en tilfredsstillende måte.

Som en avsluttende bemerkning er systemet for todelt kontroll, brukt i de fleste desentraliserte byråer med tildelt myndighet, gjennomtenkt og virkningsfullt. Likevel er prosessen for vedtakelse- og gjennomføringen av metoder og vilkår helt særegen, og det todelte systemet trenger i denne prosessen mer tid for tilpasning. Forhåpentligvis vil det todelte systemet for kontroll av ACERs vedtak om metoder og vilkår utvikle seg til et system som over tid vil bli stabilt og fungere mer effektivt for aktørene og regelutviklingen. Et harmonisert regulatorisk regelverk for grensekryssende handel med kraft er essensielt for energiomstillingen.⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ Se punkt 1.3.

7 Litteraturliste

Norsk rett

Lovtekst
1814

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges
Grunnlov (Grunnloven - grl.).

Forarbeid og annen norsk rett

Olje- og energidepartementet hørings-
runde fjerde energimarkedspakke (2020)

Høring av vedtatt EU-regelverk for elektrisi-
tetsmarkedet (Ren energi-pakken) Hentet fra:
[https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/ho-
ring-av-vedtatt-eu-regelverk-for-elektrisitets-
markedet-ren-energi-pakken/id2705565/](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/ho-ring-av-vedtatt-eu-regelverk-for-elektrisitets-markedet-ren-energi-pakken/id2705565/)
[hentet 09.01.2023]

Norsk rettspraksis

LB-2022-12528

Internasjonal rett

Traktater

Lisboa – traktaten

Treaty of Lisbon amending the Treaty on Euro-
pean Union and the Treaty establishing the Euro-
pean Community, signed at Lisbon, 13 Decem-
ber 2007

TEU

Treaty on European Union. Consolidated version
2016 (EUT 2016/C 202/01).

TFEU

Treaty of the Functioning amending the Treaty
on European Union and the Treaty establishing
the European Community, signed at Lisbon, 13
December 2007

EU Charter	Charter of the Fundamental rights of the European Union (2012/C 326/02)
Statute of the Court of Justice of the European Union	Protocol (No 3) on the Statute of the Court of Justice of the European Union
Direktiver	
Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2009/72/EF (opphevet)	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/72/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft og om oppheving av direktiv 2003/54/EF. [Eldirektivet 2009/72/EF].
Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/692	Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/692 av 17.april 2019 om endring av direktiv 2009/73/EF om felles regler for det indre marked for gass. [Gassmarkedsdirektivet].
Directive (EU) 2018/844	Directive (EU) 2018/844 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive 2010/31/EU on the energy performance of buildings and Directive 2012/27/EU on energy efficiency.
Directive (EU) 2018/2001	Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources.
Directive (EU) 2018/2002	Directive (EU) 2018/2002 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 amending Directive 2012/27/EU on energy efficiency.

Directive (EU) 2019/944

Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity and amending Directive 2012/27/EU. [Eldirektivet 2019/944].

Forordninger

Regulation (EF) 1907/2006

Regulation (EC) No 1907/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency

Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009

Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009 av 13. juli 2009 om opprettelse av et byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter [ACER-forordningen 713/2009].

Europaparlamentets- og rådsforordning (EF) nr. 714/2009 (opphevet)

Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 714/2009 av 13. juli 2009 om vilkår for tilgang til nett for utveksling av elektrisk kraft over landegrensene og om oppheving av forordning (EF) nr. 1228/2003 [Elforordningen 714/2009].

Europaparlamentets- og rådsforordning (EF) nr. 715/2009

Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 715/2009 av 13. juli 2009 om vilkår for tilgang til overføringsnett for naturgass og om oppheving av forordning (EF) nr. 1775/2005 [Gassforordning 715/2009].

Regulation No 1	Regulation No 1 determining the languages to be used by the European Economic Community. OJ 17, 6.10. 1958 P17 p. 385
Regulation No 31	Regulation No 31 (EEC), 11 (EAEC), laying down the Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community. OJ 45, 14.6.1962 p. 1385
Regulation (EU) No 182/2011	Regulation (EU) No 182/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers.
Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 236/2012	Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) Nr. 236/2012 af 14. marts 2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps [Shortsalg-forordningen 236/2012].
Regulation (EU) 347/2013	Regulation (EU) No 347/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on guidelines for trans-European energy infrastructure and repealing Decision No 1364/2006/EC and amending Regulations (EC) No 713/2009, (EC) No 714/2009 and (EC) No 715/2009. [Infrastrukturforordningen 347/2013].
Regulation (EU) 1095/2010	Regulation (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November

2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC

Regulation (EU) 1227/2011

Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency. [REMIT-forordningen 715/2009].

Regulation (EU) 2018/1999

Regulation (EU) 2018/1999 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the Governance of the Energy Union and Climate Action, amending Regulations (EC) No 663/2009 and (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council, Directives 94/22/EC, 98/70/EC, 2009/31/EC, 2009/73/EC, 2010/31/EU, 2012/27/EU and 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council, Council Directives 2009/119/EC and (EU) 2015/652 and repealing Regulation (EU) No 525/2013 of the European Parliament and of the Council.

Regulation (EU) 2019/941

Regulation (EU) 2019/941 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on risk-preparedness in the electricity sector and repealing Directive 2005/89/EC.

Regulation (EU) 2019/942

Regulation (EU) 2019/942 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 establishing a European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators [ACER-forordningen 2019/942].

Regulation (EU) 2019/943	Regulation (EU) 2019/943 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on the internal market for electricity [Elforordningen 2019/943].
Commission Implementing Regulation (EU) 2021/280	Commission Implementing Regulation (EU) 2021/280 of 22 February 2021 amending Regulations (EU) 2015/1222, (EU) 2016/1719, (EU) 2017/2195 and (EU) 2017/1485 in order to align them with Regulation (EU) 2019/943. [Kommissionens gjennomføringsforordning 2021/280]
Kommisjonsforordning (EU) 2015/1222	Kommisjonsforordning (EU) 2015/1222 av 24. juli 2015 om etablering av en retningslinje for kapasitetsfastsettelse og flaskehalshåndtering [CACM-retningslinjen].
Commission Regulation (EU) 2016/631	Commission Regulation (EU) 2016/631 of 14 April 2016 establishing a network code on requirements for grid connection of generators. [RfG].
Commission Regulation (EU) 2016/1388	Commission Regulation (EU) 2016/1388 of 17 August 2016 establishing a Network Code on Demand Connection. [DCC].
Commission Regulation (EU) 2016/1447	Commission Regulation (EU) 2016/1447 of 26 August 2016 establishing a network code on requirements for grid connection of high voltage direct current systems and direct current-connected power park modules. [HVDC].
Kommisjonsforordning (EU) 2016/1719	Kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 av 26. september 2016 om fastsettelse av retningslinjer

for langsiktig kapasitetstildeling [FCA-retningslinjen].

Kommisjonsforordning (EU) 2017/1485

Kommisjonsforordning (EU) 2017/1485 av 2. august 2017 om fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnettet [SOGL-retningslinjen].

Kommisjonsforordning (EU) 2017/2195

Kommisjonsforordning (EU) 2017/2195 av 23. november 2017 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av elektrisk kraft [EB-retningslinjen].

Commission Regulation (EU) 2017/2196

Commission Regulation (EU) 2017/2196 of 24 November 2017 establishing a network code on electricity emergency and restoration. [ER].

Beslutninger fra EØS-komiteen

EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017

EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi). 5.5.2017.

Rettspraksis fra EU-domstolen

Sak C-9/56 Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community [Meroni]

ECLI:EU:C:1958:7

Sak C-25/62 Plaumann and Co v Commission of the European Economic Community

ECLI:EU:C:1963:17

Sak C-294/83 Parti écologiste "Les Verts" v European Parliam-

ECLI:EU:C:1986:166

ent

Sak T-63/01 Procter & Gamble v OHMI (Forme d'un savon)	ECLI:EU:T:2002:317
Sak T-242/02 The Sunrider Corporation v European Union Intellectual Property Office	ECLI:EU:T:2005:284
Sak T-273/02 Krüger GmbH & Co. v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)	ECLI:EU:T:2005:134
Sak C-125/06 P Commission of the European Communities v Infront WM AG	ECLI:EU:C:2008:159
Sak T-187/06 Ralf Schröder v Community Plant Variety Office (CPVO)	ECLI:EU:T:2008:511
Sak C-270/12 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v European Parliament & Council of the European Union [ESMA]	ECLI:EU:C:2014:18
Sak C-508/13 Republic of Estonia v European Parliament and Council of the European Union	ECLI:EU:C:2015:403
Sak C-33/14 Mory SA and Others v European Commission	ECLI:EU:C:2015:609 (judgment)
Sak F-34/14 DP / ACER	ECLI:EU:F:2015:82
Sak C-274/14 Banco de Santander	ECLI:EU:C:2020:17
Sak T-63/16 Energie-Control Austria für die Regierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) v Agency for the Cooperation of Energy Regulators [E-Control v ACER]	ECLI:EU:T:2019:761

Sak T-96/10 Rütgers Germany GmbH and Others v European Chemicals Agency (ECHA)	ECLI:EU:T:2013:109
Sak T-669/15 Lysoform and others v European Chemicals Agency (ECHA)	ECLI:EU:T:2015:1009
Sak T-125/17 BASF Grenzbach GmbH v European Chemicals Agency	ECLI:EU:T:2019:638
Sak T-333/17 Caixa Economica Montepio Geral v Carlos Samuel Pimenta Marinho and Others	ECLI:EU:C:2017:810
Sak T-755/17 Federal Republic of Germany v European Chemicals Agency	ECLI:EU:T:2019:647
Sak T-735/18 Aquind Ltd v European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER) [Aquind v ACER]	ECLI:EU:T:2020:542
Sak T-283/19 Germany v ACER	Action brought on 28 June 2019
Forenede saker T-631/19 BNetzA v ACER og T-704/19 FGSZ v ACER	ECLI:EU:T:2022:509
Forenede saker T-684/19 Magyar Energetikai es Közmű-szabályozási Hivatal (MEKH) v European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER) og T-704/19 FGSZ v ACER	ECLI:EU:T:2022:138
Sak T-606/20 Austrian Power Grid and Others v ACER	Action brought on 30 September 2020
Sak T-492/21 Aquind and Others v ACER	Action brought on 10 September 2021

Forslag til avgjørelser fra Generaladvokaten

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jääskinen, sak C-270/12 Storbritannia mot Europaparlamentet og Europarådet, fremsatt den 12. september 2013 ECLI:EU:C:2013:562

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Campos Sanchez-Bordona i sak C-46/21 European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER) v Aquind Ltd ECLI:EU:C:2022:695

Dokumenter fra EU-kommisjonen

COM(2008) 530 Proposal for a Regulation Of The European Parliament And of the Council establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators.

COM(2016) 861 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the internal market for electricity (recast).

COM(2016) 863 final Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators (recast).

COM(2016) 864 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity (recast).

Kommisjonsvedtak 28. oktober 2009 om skattemæssig afskrivning af finansiel goodwill i forbindelse med erhvervelse af kapitalandele i udenlandske virksomheder — C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) — som Spanien har gennemført

Rådsnotat

Rådsnotat 9478/18

Rådsnotat 2016/0378 (COD). Proposal for a Regulation of The European Parliament And of the Council establishing a European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators (recast). Hentet fra: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9478-2018-INIT/en/pdf>

Vedtak fra ACER

Hentet fra https://documents.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Pages/Individual-decision.aspx

ACER-vedtak 06/2016

Decision on the Electricity Transmission System Operator's Proposal for the Determination of Capacity Calculation Regions

ACER-vedtak 05/2018

Decision on the Exemption Request for the Aquind Interconnector

ACER-vedtak 02/2019

Decision on the Core CCR TSO's Proposals for the Regional Design of the Day-Ahead and Intraday Common Capacity Calculation Methodologies

ACER-vedtak 05/2019

Decision on the incremental capacity project proposal for the mosonmagyaróvár interconnection point

ACER-vedtak 13/2020

Decision on the Implementation framework for the European platform for the imbalance netting process

ACER-vedtak 25/2020

Decision on Sharing Costs Incurred to Ensure Firmness and Remuneration of Long-Term Transmission Rights

ACER-vedtak 29/2020

Decision on the methodology and assumptions that are to be used in the bidding zone review process and for the alternative bidding zone configurations to be considered

ACER-vedtak 14/2021	Decision on the Long-Term Capacity Calculation Methodology of the Core Capacity calculation Region
ACER-vedtak 03/2022	Decision on the amendment to the methodology for pricing balancing energy and cross-zonal capacity used for the exchange of balancing energy or operating the imbalance netting process
ACER-vedtak 11/2022	Decision on the alternative bidding zone configurations to be considered in the bidding zone review process

Vedtak fra ACERs klageorgan

Hentet fra: <https://www.acer.europa.eu/the-agency/organisation-and-bodies/board-of-appeal/boa-decisions>

A-001-2015
A-002-2015
A-001-2017
A-001-2017_R
A-001-2018
A-001-2018_R
A-002-2018
A-001-2019
A-003-2019
A-004-2019
A-006-2019
A-001-2020
A-002-2020
A-007-2020
A-008-2020
A-009-2020
A-002-2022
A-003-2022
A-004-2022

A-007-2022

A-008-2022

A-009-2022

Vedtak fra ERAs klageorgan

Hentet fra: https://www.era.europa.eu/agency-you/board-appeal_en

EACLI EU-ERABA-2021-001

EACLI EU-ERABA-2021-002

Uttalelser og dokumenter av ACER og Board of Appeal

Administrative Arrangement Administrative Arrangement for ensuring the support by the Agency for the Cooperation of the Energy Regulators for the Agency's Board of Appeal. Hentet fra: https://acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Appeal/BoA_Public_Docs/Administrative%20Arrangement%20ACER%20BoA%20160706%20final_Signed_Redacted.pdf [hentet 09.01.2023]

BoA Rules of Procedure Decision BoA No1-2011 as amended on 5 October 2019 Laying down the rules of organisation and procedure of the Board of Appeal of the European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators. Hentet fra: https://acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Appeal/BoA_Public_Docs/Rules%20of%20Procedure_05.10.2019.pdf [hentet 09.01.2023]

BoR Rules of Procedure The Rules of Procedure of the Board of Regulators of the Agency. A10-BoR-01-03. Hentet fra: https://www.acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Regulators/BoR%20%20decisions/Decision%20BoR%2001_2010.pdf [hentet 09.01.2023]

The Rules of Procedure of the Administrative Board of ACER Rules of Procedure of the Administrative Board of the European Agency for the Cooperation of Energy Regulators. Hentet fra: https://acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Administrative_Board/Documents/Rules%20of%20Procedure%20of%20the%20Administrative%20Board%20-%20Consolidated%20Version.pdf [hentet 09.01.2023]

Opinion 09/2015 Opinion of the Agency of Cooperation of Energy Regulators on the compliance of NRA's decisions approving methods of cross-border capacity allocation in the CEE region. Hentet fra: https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Opinions/Opinions/ACER%20Opinion%2009-2015.pdf [hentet 09.01.2023]

Opinion 03/2018 Opinion of the Agency for the cooperation of Energy Regulators No 03/2018 of 19 April 2018 on the application of Article 5 and Article 141 (2) of Commission Regulation (EU) 2017/1485 Establishing a Guideline on Electricity Transmission System Operation. URL: https://acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Opinions/Opinions/ACER%20Opinion%2003-2018.pdf [hentet 09.01.2023]

Litteratur

ACER (u.å) «An enhanced role for ACER». Hentet fra: <https://www.acer.europa.eu/electricity/about-electricity/clean-energy-package/an-enhanced-role-for-acer> [hentet 03.01.2023]

Askhaven (2019) Askhaven, Hanna Bjørkhus. «Energimarkedsbyrået ACER» Oslo, Sjørettsfondet, 2019 (Marius nr 251).

- Bekkedal (2018) Bekkedal, Tarjei., Hertzberg, Ingrid. «Suverenitet og homogenitet. Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (II).» I *Lov og rett nr. 3* (2018) s. 131-157. [Lest i Idunn.no]
- Bjørnebye (2019) Bjørnebye, Henrik. «Juridiske spørsmål ved gjennomføring av EUs retningslinjer for kraftsektoren i norsk rett.», juridisk betenkning: rapport skrevet for Energi Norge, desember 2019. <https://www.energi-norge.no/fagomrader/strommarked/nyheter/2020/anbefaler-revisjon-av-forskrifter-til-energiloven/juridisk-betenkning-eus-retningslinjer-for-kraftsektoren-i-norskrett/> [hentet 07.02.2022]
- Bjørnebye (2020) Bjørnebye, Henrik. «Hva betyr EUs ren energi-pakke for Norge?» Norsk Klimastiftelse rapport nr. 03/2020 (2020). <https://klimastiftelsen.no/publikasjoner/hva-betyr-eus-renenergi-pakke-for-norge/> [hentet 07.02.2022]
- Busuioc (2013) Busuioc, E. Madelina. *European Agencies: Law and Practices of Accountability*. Oxford: Oxford University Press.
- Cerre (2022) ved Politt, Michael., von der Fehr, Nils-Henrik., Willems, Bert., Banet, Catherine., Le Coq, Chloé., Navia, Daniel., Bennato, Anna Rita. *Recommendations for a Future-Proof Electricity Market Design*, Centre on Regulation in Europe (CERRE), 2022. URL: https://cerre.eu/wp-content/uploads/2022/12/CERRE_MarketDesign_Final.pdf [hentet 11.01.2023]
- Chamon (2010) Chamon, Merjin. EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense?» *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol 17, p. 281–305, 2010. URL: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1023263X1001700304> [hentet 09.01.2022]
- Chamon (2016) Chamon, Merjin. «EU Agencies». United Kingdom: Oxford University Press, 2016.

- Chamon m.fl (2022) Chamon, Merijn., Volpato, Annalisa., Eliantonio, Mariolina. «Board of Appeal of EU Agencies.» Oxford: Oxford University Press.
- Christianen (2022) Christiansen, Per. «Dommerpost Luxemburg: Tidsavgrensning av en EU-doms rettsvirkning». URL: <https://juridika.no/innsikt/dommerpost-luxemburg-tidsavgrensning-av-en-eu-doms-rettsvirkning> [hentet 09.01.2022]
- Craig (2012) Craig, Paul. *EU Administrative Law*. 2.utg., United Kingdom: Oxford University Press, 2012.
- Dagens Næringsliv (2018) «EU-kommisjonen insisterer på styrket mandat for Acer». *Dagens Næringsliv*, 5. juli 2018. Hentet fra: <https://www.dn.no/energi/eu-kommisjonen-insisterer-pa-styrket-mandat-for-acer/2-1-374147> [hentet 09.01.2022]
- Dyrby (2021) Dyrby, Sophia Alexis. *Den rettslige statusen til vedtak om metoder og vilkår («TCM»)*. Universitet i Oslo, 2021. (<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/88573/204.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)
- EPO (2022) *Annual Report 2021 of the Board of Appeal of the European Patent Office*. München: 2022. URL: [https://documents.epo.org/projects/babylon/epo-net.nsf/0/A3ED90EB5D3F19B9C1258822004BFBFC/\\$File/EPO-AnnualReportBoA2021-ENG-ES-E11.pdf](https://documents.epo.org/projects/babylon/epo-net.nsf/0/A3ED90EB5D3F19B9C1258822004BFBFC/$File/EPO-AnnualReportBoA2021-ENG-ES-E11.pdf) [hentet 09.01.2022]
- EUIPO (2021) *Consolidated Annual Activity Report 2021*. Alicante: 2021. URL: https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_euiipo/annual_report/annual_activity_report_2021_en.pdf [hentet 09.01.2022]

- Eurelectric (2017) «European Commission's legislative proposal on ACER Regulation». (april 2017) https://www.elecpor.pt/pdf/06_04_2017_Eurelectric_positionpaper_acer_final.pdf [hentet 20.12.2022]
- European Court of Auditors (2022) European Court of Auditors. *2021 Audit of EU agencies in brief*. Luxembourg: 2022. URL: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/AUDITIN-BRIEF_AGENCIES_2021/AUDITINBRIEF_AGENCIES_2021_EN.pdf [hentet 09.01.2022]
- European Union (2015) «Joint practical guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European Union legislation» (2015) 2.utg. URL: <https://eur-lex.europa.eu/content/tech-leg/KB0213228ENN.pdf> [hentet 09.01.2022]
- Europex (2017) «Europex response to the proposed revisions of the ACER Regulation: a need for clarity and consistency». https://www.europex.org/wp-content/uploads/2017/10/20171020_Europex_response_ACER_Regulation-1.pdf [hentet 01.01.2023]
- Fredriksen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland., Mathisen, Gjermund. *EØS-rett*. 3. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Grindheim (2021) Grindheim, Jan Erik. «Hvordan virker EU? Institusjoner og politiske prosesser». I *Norsk Statvitenskapelig tidsskrift: Vol 37*. Universitetsforlaget, 19. april 2021, s. 69-71. [Lest i Idunn]
- Hancher (2010) Hancher, Leigh., Hauteclocque Adrien de. «Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice.» I *Competition and Regulation in Network Industries*, Vol 11 nr. 3 (2010), s. 307-335. [Lest i HeinOnline Law Journal Library]

- Hancher (2020) Hancher, Leigh., Kehoe, Anne-Marie., Rumpf, Julius. «The EU Electricity Network Codes and Guidelines: A Legal Perspective (2020).», Florence School of Regulation: Energy, Research Report, March 2020
- Hancher (2021) Hancher, Leigh., Kehoe, Anne-Marie., Rumpf, Julius. «The EU Electricity Network Codes and Guidelines: A Legal Perspective (2nd edition) (2021)», Florence School of Regulation: Energy, Research Project Report, January 2021.
- Jevnaker (2020) Jevnaker, Torbjørg. «ACER (EUs energibyrå).» Store norske leksikon. URL: https://snl.no/ACER_-_EUs_energibyr%C3%A5 [hentet 01.06.2022]
- Jevnaker mfl. (2022) Jevnaker, Torbjørg., Hancher, Leigh., Taranger, Karianne Krohn. *The evolving role of ACER*. INC Research Brief #1. Fridtjof Nansen Institute: September 2022. URL: <https://www.fni.no/getfile.php/1316176-1664279609/Filer/Publikasjoner/INC%20Research%20Brief%201.pdf> [hentet 09.01.2023]
- Kruken (2020) Kruken, Kristine. «Tribunal». Store norske leksikon. <https://snl.no/tribunal> [hentet 05.01.2023]
- Lenaerts (2018) Lenaerts, Koen., Gutiérrez-Fonz, José A. «A Constitutional Perspective» I *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order: Volume I*. Schütze, Robert., Tridimas, Takis. Oxford University Press. 2018, s. 103-141.
- Nilstun (2021) Nilstun, Carina. «Effektiv». Store Norske Leksikon. <https://snl.no/effektiv> [hentet 05.01.2023]
- Olsen (2020) Olsen, Espen D.H., Trondal, Jarle., Rosén, Guri. *Hvordan virker EU? Institusjoner og politiske prosesser*. 2. utg., Oslo Universitetsforlaget, 2020
- Regjeringen.no Regjeringen.no «Høring av vedtatt EU-regelverk for elektrisitetsmar-

- (2020) kedet (Ren energi-pakken) » URL: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-vedtatt-eu-regelverk-for-elektrisitetsmarkedet-ren-energi-pakken/id2705565/> [hentet 03.01.2023]
- Ritleng (2022) Ritleng, Dominique. «Board of Appeal of EU Agencies and Article 47 of the Charter: Uneasy Bedfellows?» I *Board of Appeal of EU Agencies*. Chamon, Merijn., Volpato, Annalisa., Eliantonio, Mariolina. Oxford: Oxford University Press, 2022, s. 299-319.
- Schütz (2020) Schütz, Michael. «A reinforced governance of the European electricity market.» i *EU Energy Law: Electricity Market Design in the European Union*. Christopher Jones, Florian Ermacora red. Deventer: Claeys & Casteels, 2020, s. 237-270.
- Scholten (2020) Scholten, Miroslava., Strauss, Béla., Brenninkmeijer, Alex. «Controlling EU agencies: an introduction» I *Controlling EU Agencies*. Miroslava Scholten and Alex Brenninkmeijer: Cheltenham, Edward Elgar, 2020, s. 1-16.
- Stefan (2018) Stefan, Oana., Petri, Marina. «Too Weak to Be Controlled: Judicial Review of ACER Soft Law» I *Yearbook of European Law*, Volume 37, 2018, s. 525–550.
- Tanase (2018) Tanase, Lavinia-Petronela. «Implementation Challenges: Terms, Conditions and Methodologies.» (2018), Florence School of Regulation: Energy Union Law. URL: <https://fsr.eui.eu/implementation-challenges-i-terms-conditions-and-methodologies/> [hentet 09.01.2023]
- Tovo (2022) Tovo, Carlo. «The Board of Appeal of Network Services Agencies: Specialized Arbitrators of Transnational Regulatory Conflicts?» I *Board of Appeal of EU Agencies*. Chamon, Merijn., Volpato, Annalisa., Eliantonio, Mariolina. Oxford: Oxford University Press, s. 34-57.

- Trondal (2018) Trondal, Jarle: «EU-byrå» i *Store norske leksikon* på snl.no.
<https://snl.no/EU-byrå%C3%A5> [hentet 09.01.2023]
- Trondal (2020) Trondal, Jarle. «Subsidiaritet» i *Store norske leksikon* på snl.no.
<https://snl.no/subsidiaritet> [hentet 09.01.2023]
- Webster (2021) Webster, William. «The establishment of common network rules.» I *EU Energy Law: The Internal Energy Market*. Christopher Jones og William-James Kettlewell red., 5.utg., Deventer: Claeys & Casteels, 2021, s. 643-690.

Nettsider

- ACER (1) «Procedure Documents» URL: <https://www.acer.europa.eu/the-agency/organisation-and-bodies/board-of-appeal/procedural-documents>
[hentet 09.01.2023]
- ACER (2) «Members of the Board of Appeal» URL: <https://www.acer.europa.eu/the-agency/organisation-and-bodies/board-of-appeal/boa-members> [hentet 09.01.2023]
- Den Europæiske Unions Domstol «Institutionen» URL: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/da/
[hentet 09.01.2023]
- ENTSO-E (u.å) «Network Code on Cybersecurity». URL:
https://www.entsoe.eu/network_codes/nccs/ [hentet 05.01.2022]
- Europakommisjonen (2017) Europakommisjonen. «Implementing and delegated acts.» (u.å.) URL:
https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/adopting-eu-law/implementing-and-delegated-acts_en [hentet 09.01.2023]
- Europeiske Union (1) «Types of Legislation» URL: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_en [hentet 05.01.2023]

- Europeiske Union (2) «Types of institutions and bodies» URL: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/types-institutions-and-bodies_en [hentet 09.01.2023]
- Florence School of Regulation (2020) «EU Electricity Network Codes» <https://fsr.eui.eu/eu-electricity-network-codes/> [hentet 05.01.2023]
- NVE-RME (1) «Europeiske nettkoder og retningslinjer» (26.10.2015) URL: <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/regulering/internasjonalt-arbeid/europeisk-regelverksutvikling/europeiske-nettkoder-og-retningslinjer/> [hentet 09.01.2023]
- NVE-RME (2) «Fastsettelse av retningslinjer for balansering av kraftsystemet (Electricity Balancing Guideline (EBGL))». (26.10.2015) URL: <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/regulering/internasjonalt-arbeid/europeisk-regelverksutvikling/europeiske-nettkoder-og-retningslinjer/fastsettelse-av-retningslinjer-for-balansering-av-kraftsystemet-electricity-balancing-guideline-ebgl/> [hentet 09.01.2023]
- NVE-RME (3) «Fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnettet for elektrisk kraft (System Operation Guidelines (SOGL))». (08.12.2015) URL: <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/regulering/internasjonalt-arbeid/europeisk-regelverksutvikling/europeiske-nettkoder-og-retningslinjer/fastsettelse-av-retningslinjer-for-drift-av-transmisjonsnettet-for-elektrisk-kraft-system-operation-guidelines-sogl/> [hentet 09.01.2023]

Vedlegg

Vedlegg 1

Year	Decision	Type	Guideline	Appeal to BoA?	By whom?	BoA allows the appeal	Outcome of the appeal?	Year of the decision	Appeal to GC?	By whom?	Outcome of the appeal?	Year of the decision	Appeal to ECJ?	By whom?	Outcome of the appeal?	Year of the decision
		TCM/Extension request/Other	CACM/EB/FCA/S OGL	Yes/No	TSO/NRA/ Member State/ Other	Yes/No	Upheld/ Not upheld/ Pending/ Dismissed		Yes/No	TSO/NRA/ Member State/ Other	Upheld/ Partly upheld/Not upheld/ Dismissed/ Pending		Yes/No		Upheld/ Partly upheld/Not upheld/ Dismissed/ Pending	
2022	Decision No 17/2022 on Svenska kraftnät's request for a derogation from the 70% requirement pursuant to Article 16(9) of Regulation (EU) 2019/943	Other		No												
2022	Decision No 16/2022 on the Amendment to the Implementation framework for a European platform for the imbalance netting process	TCM	EB	Yes	Swissgrid AG		Pending									
2022	Decision No 15/2022 on the Amendment to the Implementation framework for a European platform for the exchange of balancing energy from frequency restoration reserves with automatic activation	TCM	EB	Yes	Swissgrid AG		Pending									
2022	Decision No 14/2022 on the Amendment to the Implementation framework for a European platform for the exchange of balancing energy from frequency restoration reserves with manual activation	TCM	EB	Yes	Swissgrid AG		Pending									
2022	Decision No 13/2022 on the Methodology for the Optimisation of Inter-Transmission System Operators Settlements related to Redispatching and Countertrading	Other		No												
2022	Decision No 12/2022 concerning risk hedging opportunities on the bidding zone borders between Finland and Sweden	TCM	FCA	Yes	Fingrid Oyj		Pending									
2022	Decision No 11/2022 on the alternative bidding zone configurations to be considered in the bidding zone review process	Other		No												
2022	Decision No 10/2022 on the TSOs' proposal for amendment to the congestion income distribution methodology	TCM	FCA	No												
2022	Decision No 09/2022 on the TSOs' proposal for amendment to the requirements of the Single Allocation Platform and to the methodology for sharing costs of establishing, developing and operating the Single Allocation Platform	TCM	FCA	No												
2022	Decision No 08/2022 on the request of the regulatory authorities of the Continental Europe synchronous area to extend the period for reaching an agreement on the proposal for the minimum activation period to be ensured by frequency containment reserves providers	TCM	SOGL	No												
2022	Decision No 07/2022 on the Regional Coordination Centre Training and Certification of Staff Methodology	Other		No												
2022	Decision No 06/2022 on the 1st amendment of the core intraday common capacity calculation methodology	TCM	CACM	No												
2022	Decision No 05/2022 of 7 April 2022 on the definition of system operation regions	Other		No												
2022	Decision No 04/2022 on the Regional Coordination Centre Post-Operation and Post-Disturbances Analysis and Reporting Methodology	Other		No												
2022	Decision No 03/2022 on the amendment to the methodology for pricing balancing energy and cross-zonal capacity used for the exchange of balancing energy or operating the imbalance netting process	TCM	EB	Yes	RWE Supply & Trading GmbH	No	Dismissed	2022								
2022	<i>"Uniper Global Commodities SE and RWE Supply & Trading GmbH has separately appealed the decision to the BoA. it is possible that the BoA processes this in one process"</i>	TCM	EB	Yes	Uniper Global Commodities SE	No	Dismissed	2022								
2022	Decision No 02/2022 on the European Resource Adequacy Assessment for 2021	Other		No												
2022	Decision No 01/2022 Requesting Additional Information in Relation to Single Intraday Coupling Data	Other		No												
2021	Decision No 16/2021 on the TSOs' proposal for amendment of the congestion income distribution methodology	TCM	CACM	No												
2021	Decision No 15/2021 on the TSOs' proposal for amendment of the harmonised allocation rules for long-term transmission rights	TCM	FCA	No												
2021	Decision No 14/2021 on the long-term capacity calculation methodology of the Core capacity calculation region	TCM	FCA	Yes	PSE S.A.	Yes	Upheld	2022								
2021	Decision No 13/2021 withdrawing Decision No 08/2021 of 29 June 2021 on the definition of system operation regions	Other		No												
2021	Decision No 12/2021 on sharing costs incurred to ensure firmness and remuneration of long-term transmission rights	TCM	FCA	No												
2021	Decision No 11/2021 on the market-based allocation process of cross-zonal capacity for the exchange of balancing capacity for the Core CCR	TCM	EB	Yes	BNetzA	No	Not upheld	2022								
2021	Decision No 10/2021 on the market-based allocation process of cross-zonal capacity for the exchange of balancing capacity for the Baltic CCR	TCM	EB	No												

Vedlegg 1

Year	Decision	Type	Guideline	Appeal to BoA?	By whom?	BoA allows the appeal	Outcome of the appeal?	Year of the decision	Appeal to GC?	By whom?	Outcome of the appeal?	Year of the decision	Appeal to ECJ?	By whom?	Outcome of the appeal?	Year of the decision
		TCM/Extension request/Other	CACM/EB/FCA/S OGL	Yes/No	TSO/NRA/ Member State/ Other	Yes/No	Upheld/ Not upheld/ Pending/ Dismissed		Yes/No	TSO/NRA/ Member State/ Other	Upheld/ Partly upheld/Not upheld/ Dismissed/ Pending		Yes/No		Upheld/ Partly upheld/Not upheld/ Dismissed/ Pending	
2021	Decision No 09/2021 on the request of the regulatory authorities of Austria and the Czech Republic to extend the period for reaching an agreement on the project proposal for incremental capacity between Austria and the Czech Republic	Other		No												
2021	Decision No 08/2021 on the definition of system operation regions	Other		Yes	ENTSO-E	No	Dismissed	2021	No							
2021	Decision No 07/2021 on the Amendment of the Methodology for Coordinating Operational Security Analysis	TCM	SOGL	No												
2021	Decision No 03/2021 requesting information from Svenska Kraftnät, Energinet Elsystemansvar A/S and Fingrid Oyj for monitoring the margins available for cross-zonal trade on critical network elements	Other		No												
2021	Decision No 04/2021 on the determination of capacity calculation regions	TCM	CACM	No												
2021	Decision No 02/2021 on the Amendment of the Fallback Procedures of the Core Capacity Calculation Region	TCM	CACM	No												
2021	Decision No 01/2021 on the request of the regulatory authorities of the Nordic system operation region to extend the period for reaching an agreement on the proposal for a regional coordination centre	Other		No												
2020	Decision No 38/2020 on the methodology for the use of congestion income for the purposes referred to in Article 19(2) of Regulation (EU) 2019/943 in accordance with Article 19(4) of Regulation (EU) 2019/943	Other		No												
2020	Decision No 37/2020 on the Products that can be taken into account in the Single Day-Ahead Coupling	TCM	CACM	No												
2020	Decision No 36/2020 on technical specifications for cross-border participation in capacity mechanisms	Other		No												
2020	Decision No 35/2020 on the Methodology for Coordinated Redispatching and Countertrading for the Core Capacity Calculation Region	TCM	CACM	Yes	TransnetBW	No	Not upheld	2021	No							
2020	Decision No 34/2020 on the Methodology for Regional Operational Security Coordination for the SEE Capacity Calculation Region for the Core Capacity Calculation Region	TCM	SOGL	No												
2020	Decision No 33/2020 on the Methodology for Regional Operational Security Coordination for the Core Capacity Calculation Region	TCM	SOGL	Yes	PSE S.A./TransnetBW	No	Not upheld	2021	Yes	PSE S.A.	Pending					
2020	Decision No 32/2020 approving the SEE CCR TSOs' proposal for the methodology for splitting long-term cross-zonal capacity	TCM	FCA	No												
2020	Decision No 31/2020 on the see CCR TSOs' proposal for the methodology for cost sharing of redispatching and countertrading	TCM	CACM	No												
2020	Decision No 30/2020 on the core CCR TSOs' proposal for the methodology for cost sharing of redispatching and countertrading	TCM	CACM	Yes	RTE/TransnetBW/TenneT/PSE S.A./CRE/BNetzA	No	Not upheld	2021	Yes	CRE	Pending					
2020	* CRE, PSE S.A., BNetzA, TransnetBW, TenneT DE & TenneT NL and RTE has separately appealed to the GC.	TCM	CACM							PSE S.A.	Pending					
2020		TCM	CACM							BNetzA	Pending					
2020		TCM	CACM							TransnetBW	Pending					
2020		TCM	CACM							TenneT DE and TenneT NL	Pending					
2020		TCM	CACM							RTE	Pending					
2020	Decision No 29/2020 on the methodology and assumptions that are to be used in the bidding zone review process and for the alternative bidding zone configurations to be considered	Other		No												
2020	Decision No 28/2020 on the request of the regulatory authorities of Continental Europe Synchronous Area to extend the period for reaching an agreement on the proposal for additional properties for frequency containment reserves	Extension request	SOGL	No												
2020	Decision No 27/2020 rejecting the Baltic CCR TSOs' proposal for the long-term capacity calculation methodology	TCM	FCA	No												
2020	Decision No 26/2020 on the request of regulatory authorities of Austria and Italy to extend the period for reaching an agreement on the request for exemption of the interconnection project Somplago-Würmlach	Other		No												
2020	Decision No 25/2020 on sharing costs incurred to ensure firmness and remuneration of long-term transmission rights	TCM	FCA	Yes	PSE S.A.	Yes	Upheld	2021	No							
2020	Decision No 24/2020 on the methodology for the European resource adequacy assessment	Other		No												

Vedlegg 1

Year	Decision	Type	Guideline	Appeal to BoA?	By whom?	BoA allows the appeal	Outcome of the appeal?	Year of the decision	Appeal to GC?	By whom?	Outcome of the appeal?	Year of the decision	Appeal to ECJ?	By whom?	Outcome of the appeal?	Year of the decision
		TCM/Extension request/Other	CACM/EB/FCA/S OGL	Yes/No	TSO/NRA/ Member State/ Other	Yes/No	Upheld/ Not upheld/ Pending/ Dismissed		Yes/No	TSO/NRA/ Member State/ Other	Upheld/ Partly upheld/Not upheld/ Dismissed/ Pending		Yes/No		Upheld/ Partly upheld/Not upheld/ Dismissed/ Pending	
2020	Decision No 23/2020 on the methodology for calculating the value of lost load, the cost of new entry, and the reliability standard	Other		No												
2020	Decision No 22/2020 on the market-based allocation process of cross-zonal capacity for the exchange of balancing capacity for the Nordic CCR	TCM	EB	No												
2020	Decision No 21/2020 on the application of the Nordic CCR market-based allocation process for the Nordic LFC Block	TCM	EB	No												
2020	Decision No 20/2020 on the exemption to the obligation to allow transfer of aFRR balancing capacity for the Nordic LFC Block	TCM	EB	No												
2020	Decision No 19/2020 on the common and harmonised rules and processes for procurement and exchange of aFRR balancing capacity for the Nordic LFC Block	TCM	EB	No												
2020	Decision No 18/2020 on the harmonisation of the main features of imbalance settlement	TCM	EB	No												
2020	Decision No 17/2020 on the common settlement rules applicable to all intended exchanges of energy	TCM	EB	No												
2020	Decision No 16/2020 on the methodology for classifying the activation purposes of balancing energy bids	TCM	EB	No												
2020	Decision No 15/2020 on the request of regulatory authorities of the Hansa capacity calculation region to extend the period for reaching an agreement on the proposal for amendment of the methodology for cost sharing of redispatching and countertrading	Extension request	CACM	No												
2020	Decision No 14/2020 on the request of regulatory authorities of the Hansa capacity calculation region to extend the period for reaching an agreement on the proposals for the common capacity calculation methodology and for the methodology for coordinated redispatching and countertrading	Extension request	CACM	No												
2020	Decision No 13/2020 on the implementation framework for the European platform for the imbalance netting process	TCM	EB	Yes	RTE	No	Not upheld	2020	No							
2020	Decision No 12/2020 on the methodology for a co-optimised allocation process of cross-zonal capacity	TCM	EB	No												
2020	Decision No 11/2020 on the Methodology for a list of standard products for balancing capacity for frequency restoration reserves and replacement reserves	TCM	EB	No												
2020	Decision No 10/2020 on the definition of system operation regions	Other		Yes	ENTSO-E	Yes	Upheld	2020	No							
2020	Decision No 08/2020 on the methodology for short-term and seasonal adequacy assessments	Other		No												
2020	Decision No 07/2020 on the methodology for identifying regional electricity crisis scenarios	Other		No												
2020	Decision No 06/2020 on the request of the regulatory authorities of the Hansa capacity calculation region to extend the period for reaching an agreement on the long-term capacity calculation methodology	Extension request	FCA	No												
2020	Decision No 05/2020 on all NEMOs' proposal for products that can be taken into account by nominated electricity market operators in intraday coupling process	TCM	CACM	No												
2020	Decision No 04/2020 on the nominated electricity market operators' proposal for the price coupling algorithm and for the continuous trading matching algorithm, also incorporating TSOs' and NEMOs' proposals for a common set of requirements	TCM	CACM	No												
2020	Decision No 03/2020 on the Implementation framework for a European platform for the exchange of balancing energy from frequency restoration reserves with manual activation	TCM	EB	Yes	APG, REE, PSE S.A., ČEPS, RTE, Svenska Kraftnät / TenneT DE	No	Not upheld	2020	Yes	APG and others	Pending					
2020	Decision No 02/2020 on the Implementation framework for the European platform for the exchange of balancing energy from frequency restoration reserves with automatic activation	TCM	EB	Yes	APG, REE, PSE S.A., ČEPS, RTE, Svenska Kraftnät / TenneT DE	No	Not upheld	2020	Yes	APG and others	Pending					
2020	Decision No 01/2020 on the methodology to determine prices for the balancing energy that results from the activation of balancing energy bids	TCM	EB	Yes	TenneT NL/ Vereniging Energie-Nederland	No	Not upheld	2020	No							
2019	Decision No 16/2019 approving the Nordic CCR TSOs' proposal for the long-term capacity calculation methodology	TCM	FCA	No												
2019	Decision No 15/2019 on the Core CCR TSOs' proposal for the regional design of long-term transmission rights	TCM	FCA	No												
2019	Decision No 14/2019 on the TSOs' proposal for amendment of the harmonised allocation rules for long-term transmission rights	TCM	FCA	No												

Vedlegg 1

Year	Decision	Type	Guideline	Appeal to BoA?	By whom?	BoA allows the appeal	Outcome of the appeal?	Year of the decision	Appeal to GC?	By whom?	Outcome of the appeal?	Year of the decision	Appeal to ECJ?	By whom?	Outcome of the appeal?	Year of the decision
		TCM/Extension request/Other	CACM/EB/FCA/S OGL	Yes/No	TSO/NRA/ Member State/ Other	Yes/No	Upheld/ Not upheld/ Pending/ Dismissed		Yes/No	TSO/NRA/ Member State/ Other	Upheld/ Partly upheld/Not upheld/ Dismissed/ Pending		Yes/No		Upheld/ Partly upheld/Not upheld/ Dismissed/ Pending	
2019	Decision No 13/2019 on the application for the approval of an incremental capacity project for the market border of Poland (E-Gas Transmission System) and GASPOOL	Other		No												
2019	Decision No 12/2019 on the compliance programme proposed by Balansys S.A.	Other		No												
2019	Decision No 11/2019 on the request of regulatory authorities of the Core Capacity Calculation Region to extend the period for reaching an agreement on the proposal for the methodology for the coordination and the cost sharing of redispatching and countertrading	Extension request	CACM	No												
2019	Decision No 10/2019 on the selection of a web-based booking platform to be used by TSOs for the offering of bundled gas transmission capacity at the "Mallnow" physical interconnection point and "GCP" virtual interconnection point	Other		Yes	OGP	No	Not upheld	2020	Yes	OGP	Pending					
2019	Decision No 09/2019 on the see CCR TSO's proposal for a redispatching and countertrading methodology	TCM	CACM	No												
2019	Decision No 08/2019 on the Methodology for Assessing the Relevance of Assets for Outage Coordination	Other		No												
2019	Decision No 07/2019 on the Methodology for Coordination Operational Security Analysis	TCM	SOGL	No												
2019	Decision No 06/2019 on the request of all regulatory authorities to extend the period for reaching an agreement on the amended proposal for the implementation framework for a European platform for the imbalance netting process	TCM	EB	No												
2019	Decision No 05/2019 on the incremental capacity project proposal for the mosonmagyaróvár interconnection point	Other		Yes	MEKH/FGSZ	No	Dismissed	2019	Yes	MEKH/FGSZ	Partly upheld	2022	No			
2019	Decision No 04/2019 on the electricity transmission system operators' proposal for amendments of the determination of Capacity Calculation Regions	TCM	CACM	No												
2019	Decision No 03/2019 on the request of all regulatory authorities to extend the period for reaching an agreement on the amended proposal for a common methodology for calculating scheduled exchanges resulting from single intraday coupling	Extension request	CACM	No												
2019	Decision No 02/2019 on the Day-Ahead and Intraday Capacity Calculation Methodologies in Core Region	TCM	CACM						Appealed Decision No 02/2019 to GC	Federal Republic of Germany	Pending					
2019	<i>* Decision No 02/2019 was processed by BoA in two separate processes where Bnetz requested BoA to annul the decision partially while Amprion GmbH and Transnet BW requested the BoA to annul the decision and to remit the matter to the competent Agency body for a new decision to be adopted in compliance with the legal opinion of the Board of Appeal. The Federal Republic of Germany appealed ACER's decision directly to GC.</i>	TCM	CACM	Yes	BNetzA	No	Not upheld	2019	Yes	BNetzA	Upheld	2022	No			
2019		TCM	CACM	Yes	Amprion GmbH, Transnet BW	No	Dismissed	2019	No							
2019	Decision No 01/2019 establishing a single methodology for pricing intraday crosszonal capacity	TCM	CACM	No												
2018	Decision No 11/2018 establishing the capacity booking platform to be used at 'mallnow' interconnection point and 'gcp' virtual interconnection point	Other		Yes	Prisma European Capacity Platform GmbH	Yes	Upheld	2019	No							
2018	Decision No 10/2018 on the Fallback Procedures for the Core Region	TCM	CACM	No												
2018	Decision No 09/2018 on the request of the regulatory authorities of Estonia, Finland, Latvia, Lithuania, Poland and Sweden to extend the period for reaching an agreement on the amended proposal for the methodology for calculating cross-zonal capacity in the capacity calculation region Baltic	TCM	CACM	No												
2018	Decision No 08/2018 on the nominated electricity market operators' proposal for the price coupling algorithm and for the continuous trading matching algorithm, also incorporating tso and nemo proposals for a common set of requirements	TCM	CACM	No												
2018	Decision No 05/2018 on the exemption request for the Aquind	Other		Yes	AQUIND Limited	No	Dismissed	2018	Yes	AQUIND Limited	Upheld	2020	Yes	ACER	Pending	
2018	<i>*Decision No 05/2018 was processed by BoA in two separate processes, the first in 2018 and then the relaunched procedure in 2021</i>	Other		Yes	AQUIND Limited	No	Dismissed	2021	Yes	Aquind and Others	Pending					
2018	Decision No 04/2018 on all transmission system operators' proposal for intraday cross-zonal gate opening and intraday cross-zonal gate closure times	TCM	CACM	No												

Vedlegg 1

Year	Decision	Type	Guideline	Appeal to BoA?	By whom?	BoA allows the appeal	Outcome of the appeal?	Year of the decision	Appeal to GC?	By whom?	Outcome of the appeal?	Year of the decision	Appeal to ECJ?	By whom?	Outcome of the appeal?	Year of the decision
		TCM/Extension request/Other	CACM/EB/FCA/S OGL	Yes/No	TSO/NRA/ Member State/ Other	Yes/No	Upheld/ Not upheld/ Pending/ Dismissed		Yes/No	TSO/NRA/ Member State/ Other	Upheld/ Partly upheld/Not upheld/ Dismissed/ Pending		Yes/No		Upheld/ Partly upheld/Not upheld/ Dismissed/ Pending	
2018	Decision No 03/2018 on the request of the regulatory authorities of Denmark, Germany, Poland and Sweden to extend the period for reaching an agreement on the proposal for the common coordinated capacity calculation methodology in the Capacity Calculation Region Hansa	Extension request	CACM	No												
2018	Decision No 02/2018 on the Extension of Decision Deadline for the Methodology for Pricing Intraday Cross-Zonal Capacity	Extension request	CACM	No												
2018	Decision No 01/2018 on the request of the regulatory authorities of Austria, France, Italy and Slovenia to extend the period for reaching an agreement on the amended proposal for complementary regional intraday auctions in the Capacity Calculation Region Italy North	Extension request	CACM	No												
2017	Decision No 10/2017 on the request of the regulatory authorities of Greece and Italy to extend the period for reaching an agreement on the amended proposal for complementary regional intraday auctions in the Capacity Calculation Region Greece-Italy	Extension request	CACM	No												
2017	Decision No 07/2017 on the congestion income distribution methodology	TCM	CACM	No												
2017	Decision No 06/2017 on the Regional Annex to the Harmonised Allocation Rules for South East Europe Region	TCM	FCA	No												
2017	Decision No 05/2017 on the nominated electricity market operators' proposal for harmonised maximum and minimum clearing prices for single intraday coupling	TCM	CACM	No												
2017	Decision No 04/2017 on the nominated electricity market operators' proposal for harmonised maximum and minimum clearing prices for single day-ahead coupling	TCM	CACM	No												
2017	Decision No 03/2017 on the Harmonised Allocation Rules for Long-Term Transmission Rights	TCM	FCA	No												
2016	Decision No 06/2016 on the electricity transmission system operators' proposal for the determination of Capacity Calculation Regions	TCM	CACM	Yes	E-Control/Verbund AG/APG/VUEN	No	Dismissed	2017	Yes	APG/Vuen	Upheld	2019	No			
2016	* see Case T-333/17 and Case 332/17	TCM	CACM						Yes	E-control	Upheld	2019	No			
2016	* Decision No 06/2016 was processed by BoA in two separate processes, the first in 2017 and then the relaunched procedure in 2020	TCM	CACM	Yes	E-Control/Verbund AG/APG/VUEN	Yes	Upheld	2020	No							
2015	Decision No 02/2015 on the Investment Request and Cross-Border Cost Allocation for PL-LT Electricity Interconnection	Other		No												
2014	Decision No 01/2014 on the Investment Request and Cross-Border Cost Allocation for PL-LT Gas Interconnection	Other		No												
				Appeal to BoA		BoA allows (uphelds)			BoAs decisions appealed to GC				GCs decisions appealed to ECJ			
				24 %		22 %			52 %				20 %			

Forklaring til vedlegg 1

The document was prepared in December 2022 and has considered data that was published and available on ACER's and the court's websites during this period.

Year	Decision	Type	Guideline	Appeal to BoA?	By whom?	BoA allows the appeal	Outcome of the appeal?	Year of the decision	Appeal to GC?	By whom?	Outcome of the appeal?	Year of the decision	Appeal to ECJ?	By whom?	Outcome of the appeal?	Year of the decision
		TCM/Extension request/Other	CACM/EB/FCA/SOGL	Yes/No	TSO/NRA/Member State/Other	Yes/No	Upheld/ Not upheld/ Pending/ Dismissed		Yes/No	TSO/NRA/Member State/Other	Upheld/ Partly upheld/Not upheld/ Rejected/ Pending		Yes/No		Upheld/ Partly upheld/Not upheld/ Rejected/ Pending	
Year in which ACER adopted the decision	Individual decision made by ACER	Type of decision	The guideline that applies	If someone filed an appeal with the BoA	Who filed the appeal?	If the BoA has decided in favour of the Appellant (party bringing the appeal)	The outcome of the appeal	Year in which BoA adopted the decision	If someone filed an appeal to The General Court	Who filed the appeal	The outcome of the appeal	Year in which GC adopted the decision	If someone filed an appeal to The European Court of Justice	Who filed the appeal	The outcome of the appeal	Year in which ECJ adopted the decision
			CACM = Commission Regulation (EU) 2015/1222 of 24 July 2015 establishing a guideline on capacity allocation and congestion management				Upheld = the appeal is successful. The appeal leads and the case is sent back to the competent organ in ACER				Upheld = the appeal is successful. The GC has decided in favour of the Appellant (party bringing the appeal)				Upheld = the appeal is successful. The GC has decided in favour of the Appellant (party bringing the appeal)	
			EB = Commission Regulation (EU) 2017/2195 of 23 November 2017 establishing a guideline on electricity balancing				Not upheld = The appeal is unsuccessful (not upheld) and BoA confirms ACER's decision. The BoA has decided in favour of ACER and against the Appellant.				Partly upheld = parts of the appeal is successful				Partly upheld = parts of the appeal is successful	
			FCA = Commission Regulation (EU) 2016/1719 of 26 September 2016 establishing a guideline on forward capacity allocation				Dismissed = the appeal is not upheld as the appeal is found to be unfounded				Not upheld = the appeal is not upheld. The GC has decided in favour of ACER and against the Appellant.				Not upheld = the appeal is not upheld. The ECJ has decided in favour of ACER and against the Appellant.	
			SOGL = Commission Regulation (EU) 2017/1485 of 2 August 2017 establishing a guideline on electricity transmission system operation				Pending = the appeal decision is being processed				Pending = the appeal decision is being processed				Pending = the appeal decision is being processed	
											Rejected = the appeal is rejected and therefore not processed				Rejected = the appeal is rejected and therefore not processed	

Abbreviations

ČEPS	ČEPS a.s.	Czech Republic TSO
REE	Red Eléctrica de España S.A.	Spanish TSO
PSE S.A.	Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.	Polish TSO
VUEN	Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH	Austrian TSO
APG	Austrian Power Grid AG	Austrian TSO

RTE	Réseau de Transport d'Electricité	French TSO
TenneT DE	TenneT TSO GmbH	German TSO
TransnetBW	TransnetBW GmbH	German TSO
Svenska Kraftnät	Svenska Kraftnät	Swedish TSO
TenneT NL	TenneT TSO BV	TSO of the Netherlands

MEKH	Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal	NRA Hungary
BNetzA	Bundesnetzagentur	German NRA
CRE	Commission de régulation de l'énergie	French NRA
FGSZ	FGSZ Natural Gas Transmission	Hungary gas TSO
OGP	International Organisation of Oil and Gas Producers	