

UiO : **Det juridiske fakultet**

Den rettslige statusen til vedtak om metoder og vilkår («TCM»)

En analyse av metodene og vilkårenes vedtakelsesprosess, gjennomføring og kontroll i EU og Norge, samt rettslig klassifisering.

Kandidatnummer: 204

Leveringsfrist: 21. juni 2021

Antall ord: 39 745



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Rettskilder og metode	2
1.3	Avgrensninger	4
1.4	Fremstillingen videre	5
2	NETTKODER OG RETNINGSLINJER – OG VEDTAK OM METODER OG VILKÅR.....	6
2.1	Opprettelse av det indre energimarkedet – en ny markedsrealitet	6
2.2	Nettkoder og retningslinjer	7
2.3	Retningslinjer	8
2.3.1	Innledning	8
2.3.2	Presentasjon av CACM, FCA, SOGL, EB	9
2.3.3	Vedtakelsesprosedyren i EU	10
2.3.4	Gjennomføring i EØS-avtalen og i Norge	14
2.4	Vedtak om metoder og vilkår.....	15
2.4.1	Innledning	15
2.4.2	Redegjørelse av aktørene	16
2.4.3	Formålet og hensyn ved gjennomføringsmetoden.....	18
3	VEDTAKELSE OG ENDRING AV METODER OG VILKÅR	21
3.1	Innledning	21
3.2	TSOenes utarbeidelse og vedtakelse.....	22
3.2.1	Utarbeidelse av forslag	22
3.2.2	Voteringskrav for TSOenes vedtakelse av forslag	26
3.3	Reguleringsmyndighetenes endelige godkjenning av forslag.....	27
3.3.1	Relevant reguleringsmyndighet og tidsfrist for godkjenning	27
3.3.2	Krav til enstemmighet	28
3.3.3	Rett til å kreve endring av fremlagt forslag	29
3.3.4	Endringskompetanse ved fremleggelse av forslag	31
3.4	ACERs beslutningsmyndighet trer inn ved uenighet eller forespørsel	31
3.4.1	Innledning	31
3.4.2	Endringskompetanse ved fremleggelse av forslag	32
3.4.3	Spørsmålet om ubegrenset eller partiell endringskompetanse	34
3.5	Rekkevidden av beslutningsmyndighet for energibyrådet ACER	36
3.5.1	Innledning	36

3.5.2	ACER-forordningen 713/2009 art. 8	37
3.5.3	ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2) - (4)	41
3.6	Endring av metoder og vilkår.....	48
3.7	Oppsummering.....	49
4	GJENNOMFØRING OG KONTROLL AV METODER OG VILKÅR	53
4.1	Innledning	53
4.2	Gjennomføringsplikten	54
4.3	Rettslig overprøving av vedtak om metoder og vilkår.....	55
4.3.1	Innledning.....	55
4.3.2	Administrativ overprøving av reguleringsmyndighetenes vedtak.....	56
4.3.3	Administrativ overprøving av ACERs vedtak.....	58
4.3.4	EU-domstolens kontroll av ACERs vedtak	62
4.4	Gjennomføring av metoder og vilkår i EØS-avtalen og i norsk rett.....	64
4.4.1	Innledning.....	64
4.4.2	Gjennomføring av ACER-vedtak	65
4.4.3	Internrettslig gjennomføring i Norge.....	68
4.4.4	Vurdering av gjennomføringsmetode i lys av kontrollmekanismer	71
4.5	Oppsummering.....	76
4.5.1	Rettslig overprøving av vedtak.....	76
4.5.2	Gjennomføring i norsk rett	78
5	KLASSIFISERING: METODENE OG VILKÅRENE RETTSLIGE STATUS. 81	
5.1	Innledning	81
5.2	Prosessuell, formell og funksjonell klassifisering som analyseverktøy.....	81
5.3	Utgangspunktet – vedtakenes forhold til retningslinjene.....	82
5.4	Klassifisering av reguleringsmyndighetenes vedtak.....	84
5.4.1	Innledning	84
5.4.2	Klassifisering av RMEs vedtak	84
5.4.3	Analyse av forpliktelsen til vedtakelse og gjennomføring i EU.....	86
5.4.4	Identifisering av beslutningsmyndigheten.....	87
5.4.5	Delt kompetanse og delt utøvelse av forvaltning	89
5.4.6	Konklusjon.....	92
5.5	Klassifisering av ACERs vedtak.....	93
5.5.1	Innledning	93
5.5.2	Delegert myndighet til å vedta gjennomføringsrettsakter	93
5.5.3	Formell klassifisering av ACERs vedtak om metoder og vilkår	95
5.5.4	Vurdering av ACER-vedtakets funksjon og rekkevidde	100
5.5.5	Konklusjon.....	104

6	AVSLUTTENDE REFLEKSJONER	105
7	LITTERATURLISTE	109
	Norske rettskilder	109
	Lover og forskrifter	109
	Forarbeider og høringsnotater	109
	Tolkningsuttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling	112
	Internasjonale rettskilder	112
	Traktater	112
	Direktiver	113
	Forordninger.....	114
	Beslutninger og protokoller	116
	Beslutninger fra EØS-komiteen	116
	Rettspraksis fra EU-domstolen	117
	Forslag til avgjørelser fra Generaladvokaten	118
	Dokumenter fra EU-kommisjonen.....	118
	Vedtak fra ACER	120
	Vedtak fra ACERs klageorgan.....	121
	Uttalelser og dokumenter fra ACER og ESA	121
	Litteratur.....	122
	Nettsider	130

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er utarbeidelse og fastsettelse av metoder og vilkår («TCM»)¹ for gjennomføring av retningslinjene («Guidelines»)². Gjennomføringen av retningslinjene, vedtatt i medhold av tredje energimarkedspakke i EU, krever at offentlige og private aktører skal fastsette vedtak om metoder og vilkår. Vedtak om metoder og vilkår er regulatoriske instrumenter som skal sikre fleksibilitet og regional forankring i beslutningsprosessen.³ Dette vises gjennom vedtakenes *nivåreguleringer*, nærmere bestemt gjennom vedtakelse på europeisk, regionalt og nasjonalt nivå.⁴ Formålet er å sikre trinnvis harmonisering av det regulatoriske rammeverket for utvekslingen av elektrisk kraft i EU,⁵ og dette vil praktisk berøre hvordan kraftmarkedet er organisert.

Problemstillingen for oppgaven er hvilken *rettslig status* vedtak om metoder og vilkår har. Det er et stort omfang av metoder og vilkår som skal vedtas, og antallet er anslått til å være rundt 200.⁶ Oppblomstringen av et nytt regulatorisk instrument for gjennomføring har foranlediget en juridisk analyse av deres rettslige status. Dette aktualiserer problemstillingen i stor grad, men det gjør det vanskelig å skulle sette to streker under et svar. Rettskildematerialet tilknyttet vedtak om metoder og vilkår er beskjedent, så antageligvis avhenger den endelige konklusjonen på fremtidig rettsutvikling av vedtakene og systemet. Utviklingen av det regulatoriske rammeverket for utveksling av kraft er i startfasen, men rettsutviklingen går raskt.

Rettslig status kan undersøkes på flere måter.⁷ Vedtakene iverksettes i flere systemer, herunder i EU, EØS-avtalen⁸ og Norge, og oppgaven vil belyse dette fra vedtakelse til gjennomføring samt rettslig overprøving. Oppgaven vil først se på vedtakenes rettslige status ved å redegjøre

¹ Vedtakene er omtalt som «Terms, Conditions and Methodologies» i retningslinjene. Dansk oversettelse omtaler de som «Vilkår, Betingelser og Metoder». I Norge er de blitt omtalt som «vedtak om metoder og vilkår». Oppgaven vil omtale disse som både «vedtak», «vedtak om metoder og vilkår» og «TCMer», basert på den engelske oversettelsen.

² Betegnelsen «retningslinjer» kan tilsi at de kun er retningsgivende og dermed en form for «soft law». En viktig presisering er at de er bindende som kommisjonsforordninger. I litteraturen er de omtalt som «bindende retningslinjer» eller «binding guidelines». Jeg velger her å omtale de som kun «retningslinjer», i samsvar med betegnelsen brukt i Elforordningen, jf. Elforordningen 2019/943 fortalens punkt 9.

³ Tanase (2018).

⁴ Nasjonale og regionale vedtak gjelder kun i medlemsstaten eller i en fastsatt region. Europeiske vedtak gjelder felles for hele EU.

⁵ Retningslinjer og vedtak om metoder og vilkår finnes for gassmarkedet. Det avgrenses mot dette, se punkt 1.3.

⁶ ACER (2017) s. 7. Sist tilgjengelig tall på antall vedtak.

⁷ Vedtakenes rettslige status kan undersøkes gjennom deres faktiske rettslige funksjon i rettssystemet. Det avgrenses mot dette, se punkt 1.3.

⁸ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto, signert 2. mai 1992 (heretter EØS-avtalen).

og vurdere vedtakelsesprosedyren. Hvordan hensynet til effektivitet og forutsigbarhet ivaretas, i et system som forutsetter deltakelse av flere aktører, herunder ACER,⁹ er sentralt. Dette henger nært sammen med betydningen av klare prosessuelle regler.

Gjennomføring og kontroll av vedtakene i EU, EØS-avtalen og i Norge, er viktig grunnet den betydelige vedtakelseskompetansen som er tillagt henholdsvis reguleringsmyndighetene og ACER. Sentrale kontrollmekanismer for aktørene er dermed vesentlig. Gjennomføringen vil vise at vedtakenes *nivåreguleringer* og endelig vedtakelsesorgan påvirker gjennomføring og overprøving for medlemsstatene og Norge. For gjennomføringen i Norge vil EFTAs overvåkningsorgan, ESA, og videre RME treffe vedtak med betydning for Norge.

Oppgaven vil belyse rettslig status gjennom å klassifisere vedtakene rettslig sett. Vedtakene har sitt rettslig grunnlag i retningslinjene, vedtatt som kommisjonsforordninger. Retningslinjenes rettslige status er dermed avklart. Spørsmålet som gjenstår, er hvordan man kan klassifisere vedtakene som *gjennomfører* retningslinjene. Klassifiseringen vil her avhenge av metodene og vilkårenes endelige vedtakelsesorgan.

Oppgavens formål er å analysere vedtakenes grunnleggende trekk, og belyse problemstillingene knyttet til disse, for å avklare rettslige konsekvenser og vedtakenes rettslige status. Vedtakene er del av omfattende lovgivning på energirettens område i EU, og det er et behov for redegjørelse og systematisering av regelverket. Dette er også viktig grunnet at vedtakene vil pålegge offentlige og private aktører plikter i både vedtakelses- og gjennomføringsprosessen. Å avklare aktørenes rettslige posisjon er dermed sentralt.

1.2 Rettskilder og metode

Oppgaven er en rettsdogmatisk oppgave, og har til formål å avklare det EU-rettslige systemet for vedtakelse og gjennomføring av metoder og vilkår, og enkelte problemstillinger knyttet til dette under norsk rett. For norsk gjennomføring vil oppgaven vurdere gjennomføringsmetoden for vedtakene, i lys av kontrollmekanismer, og dette foranlediger til enkelte *rettspolitiske* synspunkter.

Både internasjonale og nasjonale rettskilder er vektlagt, hvor hovedfokuset er på å avklare EU-retten. For tolkningen av EU-retten vil dette skje gjennom EU-rettslig metode i en EU-rettslig

⁹ ACER står for «Agency for the Cooperation of Energy Regulators». Opprettet i Europaparlaments- og Rådsforordning (EF) 713/2009 (heretter ACER-forordningen 713/2009).

kontekst.¹⁰ Dette innebærer et utgangspunkt i rettsaktens ordlyd, med vekt på tolkningsprinsippene *kontekst* og *formål*.¹¹ Dette er vesentlig for å avklare tolkningen av regelverket som gjennomføres i EØS-avtalen, og videre i norsk rett.¹² Det oppstår noen spørsmål i norsk forvaltningsrett i punkt 5.4.2. For norske rettsspørsmål vil det tas utgangspunkt i alminnelig norsk juridisk metode.

De viktigste rettskildene for denne oppgaven er Eldirektivet 2009/72/EF, Eldirektivet 2019/944, Elforordningen 714/2009, Elforordningen 2019/943 samt ACER-forordningen 713/2009 og ACER-forordningen 2019/942. I tillegg er de fire retningslinjene, vedtatt i medhold av Elforordningen 714/2009, sentrale rettskilder for oppgaven.¹³ Alle de nevnte rettsaktene er sekundærrett, og må tolkes i lys av primærretten som konstituerer den Europeiske Union (EU),¹⁴ nemlig *Treaty on European Union* (TEU) og *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU).

Eldirektivet, Elforordningen og ACER-forordningen er vedtatt i henholdsvis hver sin energimarkedspakke. Fjerde energimarkedspakke fra 2019 har allerede erstattet tredje energimarkedspakke fra 2009 i sin helhet for medlemsstatene i EU. Dette skaper metodiske utfordringer i oppgaven, siden fjerde energimarkedspakke ikke er gjennomført i Norge. Generelt vil oppgaven ta utgangspunkt i bestemmelsene i fjerde energimarkedspakke, men vil samtidig kartlegge sentrale endringer fra tredje energimarkedspakke der det er relevant. Fjerde energimarkedspakke får dermed størst plass i oppgaven, grunnet at denne gjelder for EU, og mest sannsynlig for Norge i fremtiden.¹⁵ I Norge er rettsaktene for den reviderte Eldirektivet og Elforordningen samt ACER-forordningen merket som EØS-relevant,¹⁶ og har vært på høring.

Der rettsakten er gjennomført eller skal gjennomføres i norsk rett vil oppgaven bruke den norske oversettelsen.¹⁷ Dette gjelder retningslinjene, og rettsaktene fra tredje energimarkedspakke. For nye formuleringer og bestemmelser i fjerde energimarkedspakke vil oppgaven bruke engelsk

¹⁰ Fredriksen (2018) s. 294.

¹¹ Fredriksen (2018) s. 298.

¹² Fredriksen (2018) s. 325.

¹³ Kommissjonsforordning 2015/1222 om fastsettelse av retningslinjer for kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering (CACM), Kommissjonsforordning 2016/1719 om fastsettelse av retningslinjer for langsiktig kapasitetstildeling (FCA), Kommissjonsforordning 2017/1485 om fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnettet for elektrisk kraft (SOGL), Kommissjonsforordning 2017/2195 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av elektrisk kraft (EB). Nærmere presentasjon av hver retningslinje følger i punkt 2.3.2.

¹⁴ Fredriksen (2018) s. 300.

¹⁵ Olje- og energidepartementet (2020).

¹⁶ Olje- og energidepartementet (2020).

¹⁷ Norsk versjon av EU-rettslige kilder som er innlemmet i EØS-avtalen regnes som autentisk språkversjon, jf. EØS-avtalen art. 129 nr. 1 tredje ledd.

språkversjon. For TEU og TFEU vil oppgaven også bruke engelsk språkversjon. Alle språkversjoner i EU er autentiske,¹⁸ og dansk oversettelse kan bli aktuelt for tolkningen av EU-retten.

Oppgaven berører et rettsområde i utvikling, og av den grunn er det begrenset med rettskilder og litteratur. Oppgaven bygger derfor mye på primær- og sekundærretten i EU. Gjennomføringsmetoden til retningslinjene innebærer deltakelse fra offentlige og private markedsaktører i EU som resulterer i rettslig bindende beslutninger. ACERs praksis om vedtak om metoder og vilkår, herunder klageorganets praksis, blir en rettskilde for å avklare hvordan relevant EU-lovgivning kan tolkes. Siden ACERs vedtak kan påklages til EU-domstolen,¹⁹ vil også rettspraksis bli sentralt for oppgaven. Av hensyn til oppgavens omfang og problemstilling, og vedtakenes tekniske karakter, vil eksempler kun trekkes inn for å belyse og avklare rettslige spørsmål. Det samme gjelder eksempler til vedtak fra retningslinjene. Oppgaven vil dermed fokusere på å gi en overordnet samlet redegjørelse av systemet for vedtakelse, gjennomføring og mulig klassifisering.

1.3 Avgrensninger

Relevante avgrensninger vil presiseres løpende i teksten. Her vil de viktigste avgrensningene redegjøres for. Tredje og fjerde energimarkedspakke omfatter både energimarkedet og gassmarkedet. Oppgaven vil avgrense mot rettsaktene som angår gassmarkedet i tredje energimarkedspakke,²⁰ siden denne oppgaven fokuserer på elektrisitet.²¹

Både nettkoder og retningslinjer er sekundærrett vedtatt av Kommisjonen, som har til formål å harmonisere det regulatoriske rammeverket for utveksling av kraft i EU. Nettkodene gjennomføres slik de er vedtatt, og redegjørelse av disse faller dermed utenfor oppgavens rammer, siden deres rettslige status allerede er avklart. Dette inkluderer avgrensning mot nettkoder for gassmarkedet.²² Nettkodene er kort redegjort for i punkt 2.2, for å illustrere hva regelverket består i materielt, og skillet til retningslinjene.

¹⁸ Fredriksen (2018) s. 296.

¹⁹ ACER-forordningen 2019/942 art. 29.

²⁰ 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 (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).

²¹ Gassmarkedsdirektivet gjelder i hovedsak transmisjonsrør, mens de norske gassrørledningene er oppstrøms- og eksportør til Europa. Regjeringen har konkludert med at direktivet ikke påvirker reguleringen av gassrørledninger i Norge, jf. Regjeringen.no (2018). Se nærmere i Prop. 6 L (2017–2018) om endringer i naturgassloven.

²² Se Europakommisjonen (2014).

Rettslig status kan undersøkes gjennom vedtakets faktiske rettslige funksjon i rettssystemet. Aktuelle spørsmål er vedtakenes betydning for innskrenkning av avtalefrihet for markedsaktører, motstridsproblematikk, og vedtakenes konkrete betydning for kraftmarkedsdesignet. Av hensyn til oppgavens omfang vil det avgrenses mot disse problemstillingene.

ACER-vedtakets rettslige status beror på beslutningsmyndighetens rettslige grunnlag, og en del av oppgaven er derfor å avklare grensene for beslutningsmyndigheten til ACER. Generelt har ikke EU-byråer et fastlagt grunnlag i traktaten,²³ men er delegert myndighet av EU organer til å utføre oppgaver av forvaltningsmessig karakter. En del av denne oppgaven blir derfor å undersøke grensene for ACERs oppgaver i forbindelse med metoder og vilkår. Det vil imidlertid avgrenses mot en generell behandling av energibyrådet ACER og betydning for det indre kraftmarkedet, så langt dette ikke er relevant for vedtakelse av metoder og vilkår. Fjerde energimarkedspakke reiser flere generelle spørsmål om innhold, virkning og eventuell gjennomføring i norsk rett. Det vil avgrenses mot dette.

1.4 Fremstillingen videre

Oppgaven er delt inn i fem hovedkapitler. I kapittel 2 vil oppgaven redegjøre for bakgrunnen for metoder og vilkår, nærmere bestemt gjennom energimarkedspakkene, retningslinjene, herunder deres vedtakelse og gjennomføring gjennom metoder og vilkår. Kapittel 3 redegjør for vedtakelse og endring av metoder og vilkår. Hele prosedyren for fastsettelse av vedtak om metoder og vilkår vil bli redegjort for, fra utarbeidelse av forslag, til endelig godkjenning, og til slutt mulig endring av vedtak. Kapittel 4 konsentrerer seg om gjennomføring og kontroll av metoder og vilkår. Først vil gjennomføringen i EU redegjøres for, deretter muligheten for å kontrollere vedtaket gjennom etterfølgende administrativ og formell overprøving. Gjennomføring i norsk rett og mulige kontrollmekanismer vil det også redegjøres for. I kapittel 5 er problemstillingen hvordan vedtakene kan klassifiseres. Her er analysen delt mellom vedtak truffet av reguleringsmyndigheten og ACER, fordi disse har ulik rettslig virkning.

²³ Opprettelsen av EU-byråer bygger på at TFEU forutsetter en slik mulighet, selv om det ikke eksplisitt er angitt. jf. sak C-270/12 *ESMA*.

2 Nettkoder og retningslinjer – og vedtak om metoder og vilkår

2.1 Opprettelse av det indre energimarkedet – en ny markedsrealitet

EU har vedtatt flere lovgivningspakker for energimarkedet, som startet med første og andre energimarkedspakke, for å skape det indre energimarked i EU. Formålet er å bidra til å sikre et åpent, konkurransedyktig marked, forsynssikkerhet og bærekraftighet i EU,²⁴ samt å integrere energimarkedene i EU. Etter vedtakelse av andre energimarkedspakke gjensto det fremdeles et regulatorisk skille mellom nasjonale markeder og det indre energimarkedet i EU.²⁵ Markedsintegrasjon, som frem til dette tidspunktet hadde basert seg på frivillig samarbeid, ble i liten grad etterfulgt.²⁶ Dette dannet videre behovet for opprettelsen av tredje energimarkedspakke.

Tredje energimarkedspakke ble vedtatt i EU i 2009, og ble våren 2018 vedtatt innlemmet i EØS-avtalen. Pakken er gjennomført i norsk rett. Tredje energimarkedspakke inneholder fem rettsakter. Eldirektiv 2009/72/EF og Elforordning 714/2009 på kraftmarkedssiden, samt Gassdirektiv 2009/73/EF og Gassforordning 715/2009 på gassmarkedssiden. ACER ble opprettet gjennom ACER-forordningen 713/2009.

Kraftmarkedet har tradisjonelt vært knyttet til sentrale og større anlegg for produksjon av energi som kull og gass. Tredje energimarkedspakke baserte seg i hovedsak på regulatoriske regler tilpasset dette.²⁷ Konklusjonen etter vedtakelse av tredje energimarkedspakke var at grunnlaget for det indre energimarked var etablert, med velfungerende fundament for videre utvikling.²⁸

Imidlertid har endringer og utvikling i teknologi muliggjort og bidratt til begynnelsen av energiomstillingen. Fornybar energi, som vind og sol, er variable, uforutsigbare og desentraliserte.²⁹ En økning av fornybar energi i kraftforsyningen krever dermed endringer i kraftmarkedsdesignet, og nødvendiggjør et fleksibelt marked for energi og regulering av nettvirksomhet.³⁰ Overgangen fra bruk av stabile fossile energikilder til fornybare, ustabile energikilder er dermed en viktig årsak til at ny lovgivning er nødvendig. Et harmonisert regelverk for grensekryssende utveksling av kraft er i tillegg vesentlig for å muliggjøre energiomstillingen.

På bakgrunn av det nevnte var det nødvendig «to adapt the Union market rules to a new market reality».³¹ Fjerde energimarkedspakke, «Clean Energy Package for all Europeans», ble endelig

²⁴ Eldirektivet 2019/944 fortalens punkt 2, og COM(2007) 1 final s. 6.

²⁵ Mathieu (2016) s. 87.

²⁶ Webster (2021) s. 644.

²⁷ Papsch (2020) s. 14.

²⁸ COM(2016) 861 s. 2.

²⁹ COM(2016) 861 s. 2.

³⁰ COM(2016) 861 s. 2.

³¹ Eldirektivet 2019/944 fortalens punkt 3.

vedtatt av Rådet og Parlamentet i EU i perioden mellom mai 2018 og mai 2019.³² Fjerde energimarkedspakke er mer omfattende enn sin forgjenger. Pakken består av et nytt Eldirektiv, Elforordning og ACER-forordning. Utvidelsene består i mulig vedtakelse av annengenerasjons nettkoder og retningslinjer, i tillegg til at ACER sin myndighet er revidert, presisert og på visse områder utvidet.

2.2 Nettkoder og retningslinjer

Før tredje energimarkedspakke hadde frivillige og avtalebaserte prosesser mellom reguleringsmyndighetene til hensikt å opprette det indre energimarkedet.³³ Dette medførte ikke tilstrekkelig utvikling av markedet, og dannet behovet for vedtakelse av regulatorisk regelverk som bindende lovgivning for å sikre faktisk gjennomføring i medlemsstatene.³⁴ Vedtakelsen av regulatorisk regelverk som berører organiseringen av kraftmarkedet, er en markert utvidelse fra andre energimarkedspakke. Disse omtales som «nettkoder og retningslinjer».³⁵ Mens tredje energimarkedspakke skisserer opp hovedprinsippene for organiseringen av kraftmarkedet, vil nettkoder og retningslinjer supplere basisrettsaktene.³⁶ Delkapitlet vil redegjøre for Kommisjonens hjemmelsgrunnlag for vedtakelse av nettkoder og retningslinjer, og hva regelverket består i materielt sett.

Nettkoder og retningslinjer er bindende EU-lovgivning vedtatt som kommisjonsforordninger, og har derfor direkte virkning i medlemsstatene.³⁷ Nettkodene og retningslinjene er vedtatt av Kommisjonen gjennom Elforordningen 714/2009 art. 6 og 18 punkt 3, som gir hjemmelsgrunnlag for Kommisjonen til å vedta kommisjonsforordninger. I dag har Kommisjonen vedtatt fire nettkoder og fire retningslinjer. I fjerde energimarkedspakke kan Kommisjonen vedta annengenerasjons nettkoder og retningslinjer gjennom art. 59 og 61, men det gjenstår fremdeles.

Nettkoder og retningslinjer er tekniske regler som angår utfordringer knyttet til grensekryssende markedsintegrasjon³⁸ for etablering av det indre energimarkedet. Både nettkodene og retningslinjene har vist seg å få stor betydning for harmoniseringen av regelverket for kraftutvesking

³² Europakommisjonen (2017).

³³ Regjeringen.no (2020).

³⁴ Webster (2021) s. 644.

³⁵ Elforordningen 2019/943 fortalens punkt 9.

³⁶ Innst. 647 S (2020–2021) s. 2.

³⁷ TFEU art. 288 (2).

³⁸ Tanase (2018).

og drift av nettet.³⁹ De fordeler seg på tre virkeområder som er marked, drift og nettilknytning.⁴⁰ De tre virkeområdene har ingen rettslige implikasjoner, og er kun for strukturens skyld.

- *Marked* vedrører tilretteleggingen for å opprette det indre europeiske energimarkedet.
- *Drift* vedrører selve driften av nettet, herunder driftssikkerhet, planlegging og frekvensregulering.
- *Nettilknytning* dreier seg om tekniske krav som stilles til produksjon, distribusjon og forbruk.

Nettkoder berører nettilknytning og drift, er svært detaljerte, og er blitt omtalt som den tekniske ryggraden⁴¹ for opprettelsen av EUs indre marked for energi. Retningslinjene angår temaer knyttet til marked og drift. I praksis kan både nettkoder og retningslinjer falle inn under alle virkeområdene, mens den sentrale forskjellen er gjennomføringsmetoden. Nettkodene skal gjennomføres slik de er fastsatt i sine respektive kommisjonsforordninger, og dermed uten nærmere fastsettelse av egne vedtak om metoder og vilkår slik som for retningslinjene.⁴² Retningslinjenes vedtak treffes på ulike nivåer, herunder på nasjonalt, regionalt og europeisk nivå. De er dermed mer fleksible i sin form, sammenlignet med nettkodene, men krever samtidig lengre tid, og mer ressurser for fullstendig gjennomføring.⁴³

2.3 Retningslinjer

2.3.1 Innledning

Retningslinjene inneholder prinsipper av betydning for drift av kraftsystemet og skal bidra til harmoniserte tekniske krav i kraftmarkedet samt fremme konkurranse, driftssikkerhet og økt forsyningssikkerhet i kraftsystemet.⁴⁴ Vedtakelse av nærmere metoder og vilkår fastlegges der det er nødvendig for å samordne nettdrift og handelen med elektrisitet på tvers av landegrensene.⁴⁵

Neste delkapittel 2.3.2 vil presentere retningslinjene og hva de teknisk søker å regulere i kraftmarkedet. Delkapittel 2.3.3 redegjør for vedtakelsesprosedyren for retningslinjene i EU. Deretter vil oppgaven i punkt 2.3.4 se på gjennomføring av retningslinjene i EØS-avtalen og i Norge.

³⁹ 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 (heretter Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280) fortalens punkt 1.

⁴⁰ Reguleringsmyndigheten for Energi (2021).

⁴¹ Vlachou (2018) s. 268.

⁴² Florence School of Regulation (2020a).

⁴³ Schittekatte (2020) s. 3.

⁴⁴ Innst. 647 S (2020–2021) s. 2.

⁴⁵ Kommisjonens gjennomføringsforordning 280/2021 fortalens punkt 2.

Gjennomføringsmetoden til retningslinjene er tema i delkapittel 2.4. I forlengelse av dette vil oppgaven presentere aktørene som deltar i prosedyren for gjennomføring. Deretter vil formål og hensyn bak den valgte gjennomføringsmetoden bli belyst.

2.3.2 Presentasjon av CACM, FCA, SOGL, EB

Retningslinjene inneholder viktige bestemmelser, for å bidra til et velfungerende indre marked i EU. Det er vedtatt fire retningslinjer som danner grunnlaget for vedtak om metoder og vilkår. Disse vil kort redegjøres for her, før oppgaven ser på retningslinjenes vedtakelsesprosedyre.

Kommisjonsforordning 2015/1222 om fastsettelse av retningslinjer for *kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering* (CACM) regulerer tildeling av utvekslingskapasitet mellom budområder og flaskehalshåndtering i dagen-før og intradagmarkedene.⁴⁶ CACM er vedtatt av Kommisjonen etter Elforordningen 2009 art. 18 (3) bokstav b og (5). Etter art. 18 (b) kan retningslinjene omhandle «handel med elektrisk kraft». CACM dekker dette virkeområdet, samt virkeområde for nettkoder i art. 8 (6) bokstav g om «kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering». CACM er en markedskode.

CACM vil legge grunnlaget for gjennomføring av det indre marked for energi i Europa.⁴⁷ Formålet med retningslinjen er å håndtere kapasitet på tvers av kraftmarkeder samt å opprette en felles nettmodell for å innføre felles dagen-før og intradagsmarkedskobling.⁴⁸ Forordningen legger derfor føringer for hvilke metoder som skal vedtas for å gjennomføre markedsintegrasjonen, samt hvordan kapasiteten som finnes til enhver tid skal bestemmes.⁴⁹ CACM var opprinnelig foreslått som en nettverkskode. Det ble under vedtakelsesprosedyren imidlertid foreslått å vedta denne som en retningslinje istedenfor å sikre en raskere vedtakelsesprosess gjennom komitologi.⁵⁰

Kommisjonsforordning 2016/1719 om fastsettelse av retningslinjer for *langsiktig kapasitetstildeling* (FCA) regulerer opprettelse av en felles europeisk metode for fastsettelse av langsiktig utvekslingskapasitet, felles plattform for formidling av langsiktige transmisjonsrettigheter.⁵¹ Retningslinjen er vedtatt etter Elforordningen 2009 art. 18 (3) bokstav b og 18 (5). Retningslinjen angår «handel med elektrisk kraft». FCA er en markedskode. FCA har til formål å «håndtere den økonomiske risikoen som oppstår ved handel av elektrisitet på grunn av prisvariasjoner

⁴⁶ CACM art. 1 (1).

⁴⁷ Schoser (2016) s. 407.

⁴⁸ CACM fortalens punkt 4 og 8.

⁴⁹ CACM art. 1 (1). CACM er for tiden under revisjon av Kommisjonen, og er på høring til juni 2021, jf. ACER (2021a).

⁵⁰ Schoser (2016) s. 406. Komitologi er redegjort for i neste punkt.

⁵¹ FCA art. 1 (1).

over tid».⁵² Dette skal gjennomføres ved å etablere en felles metode for langsiktige kapasitetsfastsettelse, og ved å opprette en plattform for handel og auksjonering og utstedelse av langsiktige transmisjonsrettigheter for prissikring.

Kommisjonsforordning 2017/1485 om fastsettelse av retningslinjer for *drift av transmisjonsnettet for elektrisk kraft* (SOGL) skal sørge for driftssikkerhet, effektivitet i samkjøringsnettet,⁵³ og er vedtatt etter Elforordningen fra 2009 art. 18 (3) d og 18 (5). Retningslinjen er vedtatt i tilsvarende områder som nettkodene etter art. 8 (6) om «nettets sikkerhet og pålitelighet». Retningslinjen regulerer driftssikkerhet, driftsplanlegging, frekvensregulering og reserver, blant annet for å sikre effektiv bruk av det europeiske kraftmarkedet. SOGL er en driftskode. SOGL var egentlig utformet som tre nettkoder, men ble i stedet vedtatt som én retningslinje.⁵⁴

Kommisjonsforordning 2017/2195 om fastsettelse av retningslinjer for *balansering av elektrisk kraft* (EB) omhandler balansering av elektrisk kraft.⁵⁵ Retningslinjen er vedtatt etter Elforordningen 2009 art. 18 (3) b, d og art. 18 (5). EB er en markedscode. I et kraftmarked skal produksjon og etterspørsel samt forbruk alltid være i momentan balanse. Ved ubalanse skal systemansvarlig regulere enten opp eller ned i reserver for å utligne dette. Balansemarkedet sikrer tilgang til disse reservene, og retningslinjen skal være med på å utvikle felles balansemarkeder i Europa. Økt tilførsel av regulerbar fornybar kraft gjør at behovet for balansetjenester er økende.⁵⁶ Felles balansemarkeder og harmoniserte metoder for utveksling av kapasitet for balanseformål kan øke effektiviteten og sikre forsyningssikkerheten på tvers av grensene, samt øke likviditeten i kortsiktige markeder.⁵⁷

2.3.3 Vedtakelsesprosedyren i EU

2.3.3.1 Innledning

Delkapittelet skal redegjøre for vedtakelsesprosedyren for retningslinjene. Eldirektivet gir Kommisjonen kompetanse til å vedta retningslinjer i Elforordningen art. 18 (5), jf. art. 23 nr. 2 gjennom bruk av forskriftskomiteé med kontroll, heretter omtalt som komitologi.⁵⁸ Komitologi skal sikre en mer fleksibel og raskere gjennomføring av EU-lovgivning sammenlignet med en ordinær lovgivningsprosess.⁵⁹ Komitologi-komiteene bistår Kommisjonen i å utarbeide, vedta

⁵² Olje- og energidepartementet (2019) *Høringsnotat om FCA* s. 9.

⁵³ SOGL art. 1 (1).

⁵⁴ Olje- og energidepartementet (2019) *Høringsnotat om SOGL* s. 8.

⁵⁵ EB art. 1 (1).

⁵⁶ Olje- og energidepartementet (2019) *Høringsnotat om EB* s. 10.

⁵⁷ EB fortalens punkt. 5.

⁵⁸ Eldirektivet 2009/72/EF fortalens punkt 65.

⁵⁹ Vlachou (2018) s. 273.

og gjennomføre EU-lovgivning,⁶⁰ og baserer seg på at lovgivningen kun skal «amend non-essential elements».⁶¹ Alle fire retningslinjene er vedtatt gjennom komitologi.

De fremtidige retningslinjene etter Elforordningen 2019/943 art. 59 (1) og (2) vil følge det nye regimet for delegert lovgivning til Kommisjonen, som skiller mellom «delegerte rettsakter» og «gjennomføringsrettsakter». Det er viktig for oppgaven å redegjøre for denne endringen, grunnet at den vil være førende for vedtakelsesprosedyren av annengenerasjons retningslinjer i fremtiden, og for fremtidige metoder og vilkår. Distinksjonen mellom «delegerte rettsakter» og «gjennomføringsrettsakter» får direkte betydning for inntreden av ACERs beslutningsmyndighet i punkt 3.5.3.

2.3.3.2 Vedtakelse av retningslinjer som gjennomføringsrettsakter eller delegerte rettsakter

Vedtakelsen av Lisboa-traktaten har medført endringer i TFEU art. 290 og 291.⁶² Disse bestemmelsene endrer prosedyren for delegert lovgivningskompetanse til Kommisjonen. Vedtakelse av nye retningslinjer er hjemlet i Elforordningen 2019/943 i art 58 (1), jf. art. 61 (1). Denne angir at Kommisjonen «is empowered to adopt binding guidelines», og kan vedta retningslinjer i form av gjennomføringsrettsakter eller delegerte rettsakter.⁶³

Myndigheten til å vedta delegerte rettsakter følger av TFEU art. 290. Kommisjonen kan vedta «non-legislative acts of general application to supplement or amend certain non-essential elements of the legislative act».⁶⁴ For delegerte rettsakter er det en forutsetning at den nye rettsakten kun utfyller eksisterende lovgivning, og ikke vedrører forhold som går utover «non-essential elements».⁶⁵ Kommisjonen vedtar forslaget og dersom Rådet eller Parlamentet ikke anvender sin vetorett innen to måneder trer rettsakten i kraft.⁶⁶ Art. 68 (6) lister ikke opp påberøpelsesgrunner for vetoretten, og antagelsen er at innsigelsen kan gjelde ubegrenset.⁶⁷ I tillegg til en utvidet vetorett kan Rådet og Parlamentet trekke tilbake Kommisjonens lovgivningsmyndighet på ethvert tidspunkt.⁶⁸

⁶⁰ Schoser (2016) s. 407.

⁶¹ Rådsbeslutning 2006/512/EC fortalens punkt 3. Denne endrer Rådsbeslutning 1999/468/EC.

⁶² Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 (heretter Lisboa-traktaten) art. 249B og art. 249C.

⁶³ Elforordningen 2019/943 art. 61 (2).

⁶⁴ TFEU art. 290 (1).

⁶⁵ TFEU art. 290 (1).

⁶⁶ Elforordningen 2019/943 art. 68 (6).

⁶⁷ Vlachou (2018) s. 275, Europakommisjonen (u.å.).

⁶⁸ Elforordningen 2019/943 art. 68 (3) og TFEU art. 290 (2) bokstav a.

For retningslinjer vedtatt som en delegert rettsakt vil det følge en egen prosedyre for inntreden av ACERs beslutningsmyndighet for vedtak om metoder og vilkår. Dette gjelder både europeiske og regionale vedtak med grunnlag i en delegert rettsakt etter ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (4).

Myndigheten til å vedta gjennomføringsrettsakter er fastsatt i TFEU art. 291. Forutsetningen for vedtakelse av gjennomføringsrettsakter er at de kun fastsetter nærmere «uniform conditions»⁶⁹ som er nødvendig for å sikre lik gjennomføring av EU-lovgivningen.⁷⁰ Kommisjonen utarbeider et forslag til lovgivning, og i likhet med delegerte rettsakter skal Kommisjonen i denne prosessen forhøre seg med ACER, ENTSO-E, DSO-enheten⁷¹ og andre markedsinteresser.⁷² Vedtakelsen ligner komitologi med deltakelse av komiteer bestående av representanter fra medlemsstatene.⁷³ Komiteene avgir en uttalelse over forslaget til Kommisjonen som enten kan være positiv, negativ eller fraværende. Uttalelsen er vedtatt med flertall som angitt i TEU art. 16 (3) og (4), eller TFEU art. 238 (3). Ved positiv uttalelse kan Kommisjonen vedta lovgivningen.

I denne prosessen er det ingen vetorett for Parlamentet og Rådet.⁷⁴ Bruken av komiteer med representanter fra medlemslandene, sammenholdt med at Rådet og Parlamentet ikke lengre har en vetorett over forslag, gir medlemslandene større kontroll over utfallet av Kommisjonens lovgivning. Som utgangspunkt vil dermed gjennomføringsrettsakter velges for å sikre lik gjennomføring av EU-retten mens delegerte rettsakter kan legge til eller endre den delegerende rettsakten. Det er antatt at disse rettsaktene har samme rettslig status.⁷⁵

2.3.3.3 *Vurdering*

For valg av rettsakt for retningslinjene kan det ses hen til at vedtakelse og gjennomføring av metoder og vilkår krever grensekryssende samarbeid mellom ulike offentlige aktører og markedsaktører i medlemsstatene og EU. Dette taler for en høy grad av involvering av medlemsstatene. Førstegenerasjons retningslinjer er vedtatt etter komitologiprosedyren, og denne prosedyren ligner på vedtakelsesprosedyren for gjennomføringsrettsakter.

⁶⁹ TFEU art. 291 (2).

⁷⁰ 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 (heretter Forordning 182/2011) art. 5 fastsetter prosedyren for gjennomføring av gjennomføringsrettsakter

⁷¹ Se delkapittel 2.4.2 for redegjørelse av aktørene. Se Nouicer (2019) s. 59 for en redegjørelse av DSO-enheten.

⁷² Elforordningen 2019/943 art. 61 (6).

⁷³ Forordning 182/2011 art. 3 (2).

⁷⁴ Dette følger forutsetningsvis av at artikkel 5 ikke gir en slik vetorett for Rådet og Parlamentet.

⁷⁵ Bast (2012) s. 927.

Den praktiske betydningen dersom en retningslinje vedtas som en delegert rettsakt kan imidlertid antas å være liten. Virkeområdene for disse er snevre, og er begrenset til å gjelde tredjepartsadgang, cybersikkerhet og kompensasjonsordning mellom transmisjonssystemoperatørene.⁷⁶ ACER vil ha begrensede muligheter til å tre inn som endelig beslutningsmyndighet for vedtak om metoder og vilkår, sammenlignet med en gjennomføringsrettsakt.⁷⁷

Kommisjonens styrkede myndighet⁷⁸ gjennom nye nettkoder og retningslinjer og valg av lovgivningstype for disse, har vært gjenstand for en interinstitusjonell forhandlingsprosess mellom Rådet og Parlamentet.⁷⁹ Resultatet av forhandlingene ble at lovgivningsvalget for Kommisjonen avhenger av detaljgraden til bestemmelsene hjemlet i Eldirektivet og Elforordningen.⁸⁰ En gjennomføringsrettsakt krever høy grad av detalj i basisrettsaktene. Delegerte rettsakter kan utfylle basislovgivningen i større grad. Hensynet bak denne distinksjonen baserer seg på graden av involvering fra EU-organene i vedtakelsesprosessen av lovgivningstypene, og kontrollen over det endelige lovgivningsutfallet.

Et spørsmål er om de nye prosedyrene for retningslinjene kan medføre endringer for fremtidens vedtak. Endringene adresserer ikke vedtak om metoder og vilkår direkte. Dersom gjennomføring av annengenerasjon retningslinjer forutsetter vedtak om metoder og vilkår, vil de få ny tematikk gjennom virkeområdene.⁸¹ Allerede er det foretatt prosessuelle endringer for eksisterende retningslinjer.⁸² Antagelsen er at disse vil bli videreført, eventuelt ytterligere forbedret gjennom nye retningslinjer med nye metoder og vilkår.

Konklusjonen er at en endret vedtakelsesprosedyre for retningslinjene ikke kan statuere noen definitive endringer for fremtidige vedtak om metoder og vilkår, bestående i annet enn ny tematikk. Hvordan fremtidens vedtakelsesprosedyre vil bli regulert i nye retningslinjer, gjenstår å se, spesielt for formuleringen og rekkevidden av ACERs beslutningsmyndighet i delegerte rettsakter.⁸³ Det gjenstår også et spørsmål om gjennomføring av annengenerasjonsretningslinjer og vedtak i medhold av disse i norsk rett, men oppgaven vil avgrense mot dette. Oppgaven vil videre ta utgangspunkt i vedtakene som er hjemlet i retningslinjene CACM, FCA, SOGL, EB.

⁷⁶ Elforordningen 2019/943 art. 59 (2) bokstav c, Elforordningen 2019/943 art. 59 (2) bokstav e, Elforordningen 2019/943 art. 61 (3) a–f.

⁷⁷ Dette er tema i punkt 3.5.3.4.

⁷⁸ *Empowerment* er betegnelsen som brukes på engelsk.

⁷⁹ Schütz (2020) s. 253 Grunnen til dette er at det i praksis er vanskelig å skille de ulike lovgivningstypene, og det blir dermed opp til EU-organene selv å trekke opp grensene for hva de skal velge.

⁸⁰ Schütz (2020) s. 254.

⁸¹ Se Elforordningen 2019/943 art. 59 (1) bokstav d, e og (2) bokstav c og e.

⁸² Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280.

⁸³ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (4).

2.3.4 Gjennomføring i EØS-avtalen og i Norge

Retningslinjenes innlemmelse i EØS-avtalen og gjennomføring i norsk rett er nødvendig grunnet Norges deltakelse i opprettelsen av det indre energimarkedet. Forrige delkapittel viste at retningslinjene er vedtatt gjennom komitologi. Etter EØS-avtalen art. 100 har Norge observatørstatus i komitologi-komiteene, uten stemmerett ved vedtakelsen.⁸⁴ Etter endringen i Lisboa-traktaten vil fremtidige retningslinjer med hjemmel i Elforordningen 2019/943 art. 59 være vedtatt som enten gjennomføringsrettsakter eller delegerte rettsakter. Norges mulige deltakelse i disse forberedende prosessene vil fremdeles bestå i en observatørrolle, selv om systemet er endret.⁸⁵

Det norske kraftsystemet er tett knyttet til øvrige deler av Norden og Nord-Europa, slik at deltakelse i opprettelsen av det indre energimarkedet er begrunnet i styrkede muligheter for å bidra til utviklingen av disse kraftsystemene.⁸⁶ Muligheten for å ivareta egne energiinteresser gjennom deltakelse i forberedende faser av politiske prosesser i EU, samt å sikre stadig utvikling i energimarkedene i EU, og forutsigbarhet knyttet til dette, er også sentralt.⁸⁷ Det nevnte er av viktighet siden EU er Norges viktigste eksportmarked for olje, gass og kraft.⁸⁸

Retningslinjene må innlemmes i EØS-avtalen før de kan gjennomføres i norsk rett. Etter EØS-avtalen art. 102 (1) skal EØS-komiteen «treffe beslutning om endring i et vedlegg» i EØS-avtalen, etter at EU har vedtatt nytt regelverk. Denne kompetansen tillegges dermed EØS-komiteen, og nye rettsakter tillegges vedleggene i EØS-avtalen.⁸⁹ Retningslinjene vil vedlegges EØS-avtalens vedlegg IV om Energi.⁹⁰ Retningslinjene er bindende og må gjøres til en del av avtalepartenes rettsorden «som sådan».⁹¹ Dette vil si at rettsakten skal gjennomføres slik de er vedtatt i EU, uten at Norge selv kan endre ordlyd.⁹²

⁸⁴ Prop. 199 LS (2020–2021) s. 9, Meld. St. 25 (2015–2016) s. 97.

⁸⁵ Europalov (u.å.).

⁸⁶ Innst. 647 S (2020–2021) s. 2.

⁸⁷ Prop. 129 S (2016–2017) s. 159.

⁸⁸ Regjeringen.no (2021).

⁸⁹ EØS-avtalen art. 102 (2).

⁹⁰ Buschle (2016) s. 782.

⁹¹ EØS-avtalen art. 7.

⁹² Sejersted (2011) s. 196. Tekstene vedtas med eventuelle tilpasninger fra EØS-komiteen.

I 2017 ble det vedtatt at rettsaktene i tredje energimarkedspakke skulle innlemmes i EØS-avtalen.⁹³ Ett år senere samtykket Stortinget til at beslutningen skulle etterfølges i Norge.⁹⁴ Energi-loven⁹⁵ samsvarer med endringer og krav oppstilt i Eldirektivet og Elforordningen 2009, mens den konkrete gjennomføringen av retningslinjene CACM, FCA, SOGL og EB gjenstår. Det jobbes med innlemmelse av retningslinjene.⁹⁶ Forslaget består i at retningslinjene gjennomføres som forskrifter i henhold til energiloven § 10-6. I høringsnotatene er det angitt at CACM, FCA, og EB vil kreve endringer.⁹⁷ Retningslinjen SOGL kan gjennomføres i sin helhet uten endring i lov og forskrift.⁹⁸

Så langt er gjennomføringen av retningslinjer i norsk rett prioritert grunnet den store mengden metoder og vilkår som er vedtatt og skal vedtas i fremtiden.⁹⁹ Gjennomføringsmetoden valgt for vedtak om metoder og vilkår er tema i oppgavens punkt 4.4.

2.4 Vedtak om metoder og vilkår

2.4.1 Innledning

Retningslinjene gjennomføres gjennom vedtak om metoder og vilkår, som hver berører enkelte deler av kraftmarkedet. På denne måten «forskyves en del av regelverksutviklingen til implementeringsfasen».¹⁰⁰ Regelverksutviklingen skjer gjennom en omfattende deltakelse av offentlige aktører og markedsaktører som bidrar i utarbeidelses- og vedtakelsesprosessen. Regional forankring i beslutningsprosedyren er sentralt for markedsintegrasjon. Deltakelse fra ulike aktører er nødvendig for å sikre faktisk og effektiv gjennomføring som passer til de regionale forskjellene i kraftmarkedet. Aktørene som deltar i prosessen, vil bli presentert i punkt 2.4.2.

⁹³ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017.

⁹⁴ Prop. 4 S (2017–2018).

⁹⁵ Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven).

⁹⁶ Prop. 199 LS (2020–2021), Innst. 647 L (2020–2021), Innst. 647 S (2020–2021).

⁹⁷ Prop. 100 LS (2020–2021) s. 31-32, og Innst. 647 L (2020–2021) s. 4. Gjennomføring av CACM krever endringer i energiloven for markedsplasskonsesjon, for virksomhet som har organiserte markedsplasser etter CACM. I forbindelse med retningslinjen EB vil RME få kompetanse til å godkjenne vedtak om utøvelse av avregningsansvaret i energiloven § 4-3. Retningslinjen FCA vil innføre utstedelse av langsiktige transmisjonsrettigheter, noe som ikke gjøres i Norge i dag. FCA åpner opp for unntak fra dette i art. 30, jf. Olje- og energidepartementet (2019) *Høringsnotat om FCA* s. 15.

⁹⁸ Olje- og energidepartementet (2019) *Høringsnotat om SOGL* s. 3. Systemdriftsavtalen mellom de nordiske TSOene dekker deler av SOGL, men regulerer også nye områder, jf. Olje- og energidepartementet (2019) *Høringsnotat om SOGL* s. 16.

⁹⁹ Se for eksempel Olje- og energidepartementet (2018) *Høringsnotat om CACM* s. 8.

¹⁰⁰ Askhøven (2019) s. 76.

Gjennomføringsmetoden for retningslinjene som er valgt søker å ivareta ulike hensyn, og må ses i lys av sin egen utvikling som startet med frivillige samarbeidsprosesser i organiserte nettverk for reguleringsmyndighetene.¹⁰¹ Gjennomføringsmetoden kan i et større perspektiv også ses i lys av utviklingen av forvaltningen i EU, som går i retning av å få en sentralisert forvaltning for områder med behov for ensartet håndhevelse.¹⁰² Med dette som utgangspunkt vil behovet for teknisk ekspertise i medlemsstatene for gjennomføring av tekniske regler øke, og samarbeids- og koordineringsorganer vil få større betydning. Å sikre nødvendig teknisk ekspertise er et viktig hensyn, samtidig som prosessen må koordineres for å sikre effektivitet i utviklingen av det regulatoriske rammeverket og harmonisering av kraftmarkedene. Punkt 2.4.3 vil gå nærmere inn på formål og hensynene bak gjennomføringsmetode for retningslinjene.

2.4.2 Redegjørelse av aktørene

Dette delkapittelet skal redegjøre for aktørene, og hva deres hovedoppgaver er i vedtakelsesprosessen for metoder og vilkår, samt belyse noen utfordringer knyttet til dette. En av utfordringene ved utarbeidelse, vedtakelse og gjennomføring av vedtakene er at de krever samarbeid og deltakelse av både offentlige aktører og markedsaktører.¹⁰³

De offentlige aktørene er nasjonale reguleringsmyndigheter for energi («NRA») og ACER. Markedsaktører tilrettelegger for og opptrer i kraftmarkedet. Dette omfatter aktører som produserer, distribuerer, kjøper eller selger energi, kapasitet, finansielle derivater, system- og tilleggstjenester i engrosmarkedet for kraft. Av markedsaktørene er det transmisjonssystemoperatørene, kraftbørsene og ENTSO-E som deltar i vedtakelses- og gjennomføringsprosessen for metoder og vilkår.¹⁰⁴ Presentasjon av disse følger under.

En av de viktigste aktørene for vedtakelse av metoder og vilkår er transmisjonssystemoperatørene, med forkortelse «TSO». TSOene «har ansvar for driften, vedlikeholdet og, ved behov, utbyggingen av transmisjonsnettet i et gitt område samt eventuelle overføringsforbindelser til andre nett».¹⁰⁵ Transmisjonsnettet er nettet med høyest spenningsnivå, og er landsdekkende med utenlandsforbindelser.¹⁰⁶ TSOene har i oppgave å utarbeide forslag til vedtak om metoder

¹⁰¹ Craig (2012) s.33.

¹⁰² Fredriksen (2018) s. 139.

¹⁰³ Hancher (2021) s. 33.

¹⁰⁴ Se for eksempel EB art. 1 (2). Det er sannsynlig at gjennomføringen vil omfatte deltakelse fra andre enn de nevnte markedsaktørene. Hjemmelsgrunnlag for å inkludere andre markedsaktører enn de nevnte må følge av nasjonal rett. Se i punkt 4.2.

¹⁰⁵ Norsk oversettelse i Eldirektivet 2009/72/EF art. 2 nr. 4. Tilsvarende definisjon er videreført i Eldirektivet 2019/944 art. 2 (35).

¹⁰⁶ Energifakta Norge (2019).

og vilkår, og vil være pliktsubjekt for den praktiske gjennomføringen av vedtak. Statnett faller inn under definisjonen av TSO.

Mange TSOer i EU har foranlediget et behov for samordning i et europeisk nettverk av transmisjonssystemoperatørene.¹⁰⁷ ENTSO-E står for «European Network of Transmission System Operators for Electricity», og er opprettet i Elforordningen 714/2009 art. 5. ENTSO-E skal fremme samarbeid, og harmonisering i prosessen for å skape et stabilt regulatorisk regelverk.¹⁰⁸ ENTSO-E deltar i utarbeidelsen av nettverkskoder og retningslinjer.¹⁰⁹ Statnett deltar i ENTSO-E.¹¹⁰

For vedtak hjemlet i retningslinjen CACM må kraftbørsene, omtalt som «Nominated Electricity Market Operator» (NEMO), samarbeide med TSOene ved utarbeidelse av vedtak. Kraftbørsene organiserer den fysiske krafthandelen.¹¹¹ NEMO er definert som «enhet utpekt av vedkommende myndighet til å utføre oppgaver knyttet til felles dagen-før- eller intradagmarkedskopling».¹¹² Samarbeidet er viktig på grunn av vedtakenes tekniske karakter.¹¹³ Som eksempel er Nord Pool kraftbørs i Norge.

Videre krever vedtakelse av metoder og vilkår deltakelse av nasjonale reguleringsmyndigheter. Eldirektivet 2009/72/EF art. 35 angir at hver medlemsstat skal utpeke en enhet som skal opptre som nasjonale reguleringsmyndigheter.¹¹⁴ En stor del av reguleringsmyndighetenes oppgaver er å vedta forslag til vedtak som TSOene foreslår.¹¹⁵ Reguleringsmyndigheten for Energi («RME») opptre som reguleringsmyndighet i Norge, og er opprettet for å imøtekomme kravene til uavhengighet som er oppstilt i Eldirektivet.¹¹⁶

Som følge av at energireguleringen har blitt svært detaljert, spesielt med tanke på opprettelse av grensekryssende infrastruktur, vurderte Kommisjonen ulike løsninger for å samordne beslutninger knyttet til etableringen av det indre energimarkedet.¹¹⁷ En manglende koordinering av reguleringsmyndighetene medførte sprikende utøvelse av reguleringsoppgaver nasjonalt, som

¹⁰⁷ Elforordningen 714/2009 fortalens punkt 7. Deltakelse i ENTSO-E er obligatorisk, jf. Vlachou (2012) s. 51. Tilsvarende er ENTSO-G er opprettet for gasssektoren.

¹⁰⁸ COM(2007) 530 s. 13.

¹⁰⁹ Elforordningen 714/2009 art. 6 og 18 (3) siste setning.

¹¹⁰ Statnett (2018).

¹¹¹ Prop. 199 LS (2020–2021) s. 14.

¹¹² CACM art. 2 nr. 23.

¹¹³ CACM fortalens punkt 30.

¹¹⁴ National Regulatory Authorities er forkortet til «NRA».

¹¹⁵ Eldirektivet 2009/72/EF art. 37 (6). Dette er redegjort for i punkt 3.3.

¹¹⁶ Eldirektivet 2009/72/EF art. 35.

¹¹⁷ COM(2007) 530 s. 10 og 11.

hindret markedsintegrasjonen.¹¹⁸ Valget falt på å opprette et uavhengig organ, og i tredje energimarkedspakke ble derfor EU-byrået ACER opprettet. ACER, «Agency for the Cooperation of Energy Regulators», opptrer som et overvåknings- og kontrollorgan, samt samarbeidskoordinator for å fremme og styrke samarbeidet mellom medlemsstatenes nasjonale reguleringsmyndigheter.¹¹⁹ ACER har fått flere regulatoriske oppgaver, og er gitt myndighet til å vedta metoder og vilkår på europeisk og regionalt nivå, der reguleringsmyndighetene ikke blir enige om forslag fra TSOene.¹²⁰ Det krever dermed lojalt samarbeid mellom reguleringsmyndighetene og ACER.¹²¹

2.4.3 Formålet og hensyn ved gjennomføringsmetoden

Å velge egne fastsatte metoder og vilkår som gjennomføringsmetode for et felles regulatorisk rammeverk for kraftmarkedet søker å ivareta flere hensyn som er betydelig for opprettelsen av det indre energimarkedet. Delkapittelet skal redegjøre for de sentrale formål og hensyn for valg av gjennomføringsmetode.

Formålet med systemet kan delvis forklares gjennom et økt behov for teknisk ekspertise. Økt behov for teknisk ekspertise ivaretas for det første ved å inkludere aktører fra medlemsstatene, herunder operatører av transmisjonssystemet (TSO)¹²² og nasjonale reguleringsmyndigheter, som har førstehåndskunnskap om kraftmarkedet. I forlengelse av dette kan det pekes på det omfattende samarbeidet det indre energimarked krever av markedsaktørene, ikke bare ved opprettelsen av konsistente og harmoniserte metoder etter retningslinjene, men også for den fremtidige driften av infrastrukturen.¹²³

For det andre har EU-byrået ACER blitt delegert myndighet, som en teknisk og administrativ samarbeidskoordinator for de nasjonale reguleringsmyndighetene i medlemsstatene. Å bruke EU-byrået for å ivareta forvaltningsmessige og administrative tekniske oppgaver er en tendens som følge av økt spesialisering og større behov for kompetanse på tekniske rettsområder.¹²⁴ Samarbeidet mellom reguleringsmyndighetene som vedtakelsesorgan og ACER har sitt grunn-

¹¹⁸ Mathieu (2016) s. 100.

¹¹⁹ ACER-forordningen 713/2009 art. 1 (2).

¹²⁰ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (3) og 5 (4).

¹²¹ Zinzani (2012) s. 143.

¹²² CACM fortalens punkt 30.

¹²³ Innst. 647 S (2020–2021) s. 2. Eldirektivet 2019/944 fortalens punkt 18.

¹²⁴ Mathieu (2016) s. 6. Slik spesifikk teknisk kompetanse innehar ikke nødvendigvis EU-organene.

lag i at regelverksutviklingen skal være tilstrekkelig effektiv, ved å tre inn som endelig beslutningsmyndighet ved uenighet eller ved forespørsel fra reguleringsmyndighetene.¹²⁵ Ellers vurderer ACER europeiske vedtak direkte,¹²⁶ og er dermed blitt en innflytelsesrik aktør for markedsintegrasjon.¹²⁷

Systemet for fastsettelse av egne metoder og vilkår vil ivareta flere hensyn. Sentralt er hensynet til fleksibilitet, som vil ivareta to viktige sider ved det indre energimarkedet. For det første vil fleksibiliteten ivareta regionale forskjeller, og dette vises gjennom vedtakenes nivåreguleringer på europeisk, regionalt og nasjonalt nivå. Europeiske vedtak vil i hovedsak danne rammeverket og etablere hovedkomponentene for et kraftmarked, hvor energien flyter fritt. Eksempler på disse er harmonisert metode for kapasitetsberegning,¹²⁸ og rammeverk for etablering av europeiske balanseplattformer,¹²⁹ og felles nettmodell.¹³⁰ Regionale vedtak skal tilpasses for regionale forskjeller, som for eksempel beregning av kapasitet i ulike kapasitetsberegningssoner,¹³¹ regional driftssikkerhetskoordinering.¹³² Nasjonale vedtak vedrører nasjonale forhold, som for eksempel utpeking av kraftbørsene,¹³³ og kostnader i forbindelse med kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering.¹³⁴

Disse nivåene av vedtak vil være med på å skape et fleksibelt system. De søker å oppnå en rimelig balansegang mellom å tilpasse for regionale forskjeller i Europa, bestående av ulike infrastruktur og muligheter for kraftproduksjon, og å fremme standardiserte og harmoniserte løsninger for kraftmarkedet i EU.¹³⁵ Behovet for standardiserte harmoniserte løsninger har sitt grunnlag i at rettslig forskjeller mellom medlemsstatene forhindrer markedsintegrasjonen.¹³⁶ Balansegangen er dermed viktig for opprettelsen av et marked som fungerer grensekryssende.

For det andre vil hensynet til fleksibilitet ivareta og tilrettelegge for en større andel fornybar energi i kraftforsyningen. Vedtak om metoder og vilkår kan bidra til å skape fleksible løsninger som produksjon og distribusjon av fornybar energi krever, både regulatorisk og materielt. Først

¹²⁵ CACM fortalens punkt 30 og 31.

¹²⁶ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2).

¹²⁷ Pototschnig (2014) s. 133.

¹²⁸ CACM art. 21 (4).

¹²⁹ EB art. 20–22.

¹³⁰ SOGL art. 67 (1) og art. 70.

¹³¹ CACM art. 20 (2).

¹³² SOGL art. 76.

¹³³ CACM art. 4 (2).

¹³⁴ CACM art. 75–79.

¹³⁵ Hancher (2021) s. 32.

¹³⁶ COM(2008) 192 final s. 4.

vil vedtakene regulatorisk ha en enkel prosedyre for endringsanmodninger, som medfører effektiv tilpasning til dagens faktiske og rettslige realitet.¹³⁷ Faktisk vil vedtakene tilpasses utvikling av energimarkedet og ny etterfølgende teknologi, mens rettslig kan de enkelt tilpasses etterfølgende lovgivning og andre vedtak om metoder og vilkår.

Materiell fleksibilitet henviser til at vedtakene tilrettelegger for et kraftmarkedsdesign med høy andel uforutsigbare energikilder. Overføringssystemet for kraft må tilpasses slik at forsynings-sikkerheten opprettholdes, selv med naturlig variasjon i produksjon og forbruk.¹³⁸ Dette krever utvikling av felles dagen-før- og intradagsmarkedene. Spesielt utvikling av intradagsmarkedet er viktig siden denne dreier seg om kontinuerlig krafthandel.¹³⁹ Ellers vil en økt tilførsel av ustabil kraft kreve større behov for balansemarkeder,¹⁴⁰ og felles plattformer for utveksling av balanseenergi vil også bidra til et velfungerende intradagsmarked.¹⁴¹

¹³⁷ Hancher (2021) s. 48.

¹³⁸ Innst. 647 S (2020–2021) s. 2.

¹³⁹ Olje- og energidepartementet (2018) *Høringsnotat om CACM* s. 8.

¹⁴⁰ Olje- og energidepartementet (2019) *Høringsnotat om EB* s. 10.

¹⁴¹ EB fortalens punkt 12.

3 Vedtakelse og endring av metoder og vilkår

3.1 Innledning

Formålet med dette delkapittelet er belyse vedtakene som regulatoriske instrumenter, i lys av vedtakelsesprosessen. Kapittelet vil undersøke krysningspunktet mellom de ulike aktørene, henholdsvis mellom TSOene og reguleringsmyndighetene ved utarbeidelse og vedtakelse av forslag, og reguleringsmyndighetene og ACER ved endelig godkjenning av vedtak. I hvilken grad vedtakelsesprosessen er gjennomarbeidet og tilstrekkelig, for å sikre at markedsaktørenes interesser er ivaretatt er viktig i denne forbindelse. Dette kan belyse hvilken rettslig status som kan tillegges vedtakene.

Vedtakelsesprosessen for metoder og vilkår er hjemlet i hver av retningslinjene. De skal vedtas på henholdsvis tre ulike plan; europeisk, regionalt og nasjonalt. Nivåreguleringene angis konkret for hvert vedtak i retningslinjene. Ellers hjemler samtlige retningslinjer lik vedtakelsesprosess for metoder og vilkår. De vil bli behandlet sammen. Der detaljreguleringene i en retningslinje er avvikende behandles dette løpende i oppgaven. Viktige prosessuelle endringer ble 22. februar 2021 vedtatt av Kommissjonen gjennom Kommissjonens gjennomføringsforordning 2021/280, og denne trådte i kraft 15. mars 2021.¹⁴² Endringer statuert her vil bli påpekt løpende.

Vedtakelsesprosessen, som begynner med TSOenes utarbeidelse og vedtakelse, herunder voteingskrav for vedtakelse av forslag, er tema i punkt 3.2. Rettslig avklaring er sentralt fordi markedsaktørene TSO og NEMO deltar i forbindelse med vedtakelse. Deretter vil reguleringsmyndighetenes endelige beslutningskompetanse, herunder problemstillingene knyttet til enstemmighetskrav, endringskrav og endringskompetanse, bli redegjort for i punkt 3.3. Endelig beslutningsmyndighet påhviler reguleringsmyndighetene, og mulig endringskrav og endringskompetanse kan få konsekvenser for det endelige utfallet av vedtaket, som avslutningsvis må gjennomføres av TSOene og andre markedsaktører.

Delkapittel 3.4 vil redegjøre for ACERs inntreden som beslutningsmyndighet, i stedet for reguleringsmyndighetenes. Problemstillingene knyttet til endringskompetanse ved TSOenes fremleggelse av forslag, og spørsmål om rekkevidden av ACERs endringskompetanse, er sentrale. Dette berører rettsforholdet mellom reguleringsmyndighetene og ACER i vedtakelsesprosedyren. Igjen vil dette ha direkte konsekvenser for det endelige utfallet av vedtaket. Delkapittel 3.5 vil gå nærmere inn på grunnlaget for, og rekkevidden av ACERs beslutningsmyndighet i ACER-forordningen.

Utgangspunktet er at vedtakene skal tilpasses et system og et regulatorisk rammeverk i utvikling. Derfor vil oppgaven redegjøre for spørsmålet om endring av metoder og vilkår i punkt 3.6,

¹⁴² Kommissjonens gjennomføringsforordning 2021/280 art. 5

og belyse hvorfor denne muligheten er praktisk viktig for gjennomføringen av det indre energimarkedet.

3.2 TSOenes utarbeidelse og vedtakelse

3.2.1 Utarbeidelse av forslag

Dette delavsnittet skal redegjøre for TSOenes utarbeidelse av forslag til vedtak. Utarbeidelsen er en rettslig bindende forpliktelse som er ilagt TSOene og NEMO.

Vedtakene som utarbeides av TSOene er av svært teknisk karakter og svarer hver til sin del av kraftmarkedsreguleringene fastsatt i retningslinjene. Retningslinjene legger relativt omfattende føringer på hva enkelte vedtak må inneholde. Disse føringene varierer videre med arten av vedtaket, kompleksiteten og på hvilken nivåregulering vedtaket er på. Som eksempel omfatter utarbeidelse av metode for kapasitetsberegning etter CACM art. 21 flere «sub» metoder, som alle tar del i det endelige vedtaket. Foruten omfattende sammenheng innad i hver retningslinje, så henviser ofte et vedtak til et annet vedtak i en av de andre retningslinjene. Et eksempel på dette er FCA art. 10 (3) som skal tilpasses og samsvare med kapasitetsberegningemetoden fastsatt i CACM art. 21. Vedtakene har dermed en innbyrdes forbindelse, på bakgrunn av tekniske forhold, som kun fremgår ved en nærlesing av retningslinjene i sammenheng.

TSOene, som egentlig opererer nasjonalt innenfor sine egne medlemsstater,¹⁴³ er underlagt en forpliktelse til å utarbeide forslag til vedtak.¹⁴⁴ TSOene skal ved utarbeidelse av forslag til vedtak, enten på egenhånd eller i samarbeid med andre TSOer eller NEMO, legge frem forslag til reguleringsmyndighetene innenfor fristene som er angitt for vedtaket i den aktuelle retningslinjen.¹⁴⁵ Denne forpliktelsen innebærer et grensekryssende samarbeid for europeiske og regionale vedtak om metoder og vilkår. For nasjonale vedtak må de selv utarbeide et forslag i samarbeid med andre TSOer i vedkommende medlemsstat,¹⁴⁶ og eventuelt NEMO.

For utarbeidelse av forslag til vedtak etter retningslinjen CACM må TSOene samarbeide med NEMO, for både europeiske, regionale og nasjonale vedtak. For retningslinjene FCA, SOGL og EB er det kun TSOene som skal utarbeide forslag. NEMOenes deltakelse for vedtak hjemlet i CACM er begrunnet i svært komplekse og detaljerte vedtak knyttet til felles dagen-før- og intradagmarkedskoblingen.¹⁴⁷

¹⁴³ Hancher (2021) s. 34.

¹⁴⁴ CACM art. 9 (1), FCA art. 4 (1), SOGL art. 5 (1), EB art. 4 (1).

¹⁴⁵ CACM art. 9 (1), FCA art. 4 (1), SOGL art. 5 (1), EB art. 4 (1). Redegjørelsen av prosedyren for vedtakelse er tema umiddelbart i neste punkt.

¹⁴⁶ Noen medlemsstater i EU har flere TSOer. Tyskland opererer med 4 TSOer jf. ENTSO-E (u.å.).

¹⁴⁷ CACM fortalens punkt 30.

Vedtakelsesprosessen som er skissert ut i retningslinjene er bindende for TSOene. Forpliktelsene er hjemlet i CACM art. 9 (1), FCA art. 4 (1), SOGL art. 5 (1), EB art. 4 (1). De kan ikke seg imellom avtale avvik eller alternative prosedyrer for vedtakelse. ACER har uttalt at vedtakelsesprosedyren og tidsfristene som er angitt, er en del av bindende EU-rett, og av den grunn kan det derfor ikke avtales avvik fra denne.¹⁴⁸ Det samme gjelder tidsfristene fastsatt for utarbeidelse av forslag. Tidsfristene som er satt i retningslinjene er bindende for alle TSOene, og kan i utgangspunktet ikke endres ved for eksempel avtale mellom TSOene.¹⁴⁹ Unntak må i så fall følge av retningslinjen selv. Klare prosessuelle regler er viktig for koordinering av flere aktører. Derfor bør det være liten mulighet for avvik.

Tidsfristen for utarbeidelse av forslag varierer fra vedtak til vedtak, og følger dermed enkeltvis av hver hjemmel for vedtak. For eksempel ble TSOene gitt en frist på 3 måneder etter ikrafttredelsen av CACM-retningslinjen til å utarbeide et forslag til kapasitetsberegningsregioner.¹⁵⁰ Tidsfristene for utarbeidelse av forslag begynner å løpe ved enten ikrafttredelse av retningslinjene, eller ved vedtakelse av en TCM, enten i samme retningslinje, eller en av de andre. Et eksempel er her CACM art. 20 (2), som angir at et forslag til felles metode for samordnet kapasitetsberegning, skal senest inngis 10 måneder etter vedtakelse av forslaget til kapasitetsberegningregioner etter CACM art. 15.

Metodene og vilkårene henger derfor tett sammen, og et vedtak skal utløse fristen til forslag på et annet vedtak. Fristutløsning fra et vedtak til et annet, finnes også innbyrdes mellom retningslinjene. Et eksempel er tidsfristen på seks måneder i FCA art. 18 (1) om fastsettelse av felles nettmodell for langsiktige tidsrammer, som blir utløst av vedtak fattet etter CACM art. 17 (1) om en felles nettmodell. Det er derfor et indre forhold mellom de fire retningslinjene, og sammen skaper de et omfattende og sammenflettet system.

I forbindelse med fristforlengelse har Europakommisjonen uttalt at det er en praktisk viktig løsning at TSOene har mulighet til å søke om fristforlengelse i forbindelse med utarbeidelse av forslag til metoder og vilkår.¹⁵¹ Det er vedtatt i Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280 at TSOene «in exceptional circumstances» kan be om fristutsettelse når hendelser

¹⁴⁸ Uttalelse 03/2018 punkt 6.2. Denne uttalelsen avklarer flere rettslige spørsmål i forbindelse med vedtakelsesprosedyren. Uttalelsen fra ACER gjelder i utgangspunktet retningslinjen SOGL, men den generelle begrunnelsen gjelder de resterende retningslinjene.

¹⁴⁹ Uttalelse 03/2018 punkt 6.7

¹⁵⁰ CACM art. 15.

¹⁵¹ Europakommisjonen (2020).

«external to the sphere» til TSOene og NEMO medfører at fristen utløper.¹⁵² Ordlyden i forslaget vitner om en høy terskel. Dette er begrunnet i viktigheten av forutsigbare prosessuelle krav. Dansk oversettelse angir at det må være «ekstraordinære forhold», som er utenfor TSOenes «kontroll». Gjennomføringsforordningen avklarer ikke hva som materielt ligger i denne ordlyden. Umiddelbart virker ordlyden å kreve en *force majeure* lignende situasjon, før eventuell fristforlengelse kan bli aktuelt. Denne endringen er uansett av stor betydning for TSOene, som er ilagt en stor arbeidsmengde med vedtakene.

Hvem som kan ilegge fristutsettelse avhenger av endelig vedtakelsesorgan. ACER kan innvilge en fristutsettelse for europeiske vedtak.¹⁵³ For regionale vedtak er det de aktuelle reguleringsmyndighetene i regionen som kan innvilge en slik fristutsettelse. For nasjonale vedtak er det reguleringsmyndigheten i medlemsstaten som foretar vurderingen. Bestemmelsen angir ikke hvor lang frist som kan tilkjennes. Hensynet til effektivitet må veies opp mot vedtakets kompleksitet; jo mer komplekst vedtaket er, jo lengre frist bør tilkjennes.

TSOene skal sammen med ENTSO-E, holde ACER og relevante myndigheter oppdatert om fremdriften i arbeidet med vedtakene.¹⁵⁴ Deretter skal forslaget legges ut til høring, hvor alle berørte parter skal få mulighet til å uttale seg. Denne høringen skal vare i minst én måned, men for visse metoder og vilkår er det krav om to måneders høringsfrist.¹⁵⁵ Et eksempel er EB art. 10 (2) som angir hvilke høringer som skal vare i to måneder. Denne utvidede høringsfristen gjelder samtlige vedtak på europeisk plan. Samme distinksjon for høringsfrist mellom europeiske vedtak og øvrige vedtak finnes ikke i de andre retningslinjene. Generelt er det korte tidsfrister på høringene, sammenholdt med kompleksiteten i vedtakene som er ute på høring.¹⁵⁶ Dette kan potensielt gå på bekostning av reglens kvalitet.

Alle som anser seg selv om interessert i utfallet kan anses som berørte parter i forbindelse med høring. Det skal tas hensyn til synspunkter fremsatt under høringene, før forslag fremlegges for

¹⁵² CACM art. 9 (1), FCA art. 4 (1), SOGL art. 5 (1), EB art. 4 (1) i Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280.

¹⁵³ ACER vil alltid være endelig vedtakelsesorgan for europeiske vedtak etter ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2).

¹⁵⁴ CACM art. 9 (1), FCA art. 4 (1), SOGL art. 5 (2), EB art. 4 (1).

¹⁵⁵ EB art. 10 (2).

¹⁵⁶ For eksempel ble ACERs høring om et nordisk kapasitetsmarked for automatiske reserver (aFRR) etter retningslinjen EB, informert om av RME 7. mai 2020, med høringsfrist hos ACER 20. mai 2020. Se Reguleringsmyndigheten for Energi (2020a).

reguleringsmyndighetene.¹⁵⁷ Hvorvidt synspunktene som har fremkommet i høringen er imøtekommet eller ikke i vedtaket, skal følge av en «klar og godt underbygget begrunnelse».¹⁵⁸ Høringene skal offentliggjøres, enten i etterkant eller samtidig som vedtaket.¹⁵⁹

I de tilfeller TSOene ikke legger frem forslag til vedtak innenfor fristene fastsatt i retningslinjen skal utkastene forelegges både reguleringsmyndighetene og ACER. Reguleringsmyndighetene eller ACER skal da treffe nødvendige tiltak som sikrer vedtakelse.¹⁶⁰ Unnlatt redegjørelse til ACER og reguleringsmyndighetene, i tilfeller hvor forslag ikke er blitt utarbeidet, er å anse for brudd på retningslinjen.¹⁶¹

Retningslinjene før Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280 baserte seg på at Kommisjonen skulle varsles i tilfelle TSOene ikke innga et forslag til vedtak.¹⁶² De nye endringene innebærer i stedet at TSOene må levere de utkastene de har, for at ACER og reguleringsmyndighetene på dette punktet reviderer og fullfører forslagene på egenhånd.¹⁶³ Dette skal samsvare med endringsretten ACER og reguleringsmyndighetene er gitt i ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (6).¹⁶⁴

Viktigheten av klart formulerte og forutsigbare prosessuelle regler øker med antall aktører som deltar i prosedyren.¹⁶⁵ Dette tilsier få unntak fra prosedyren. Hensynet til effektivitet og avklarte rettslige rammer tilsier dette. Ulike interesser skal ivaretas. Her skal alle medlemsstaters TSOer samarbeide med hverandre og NEMOer ved utarbeidelse og vedtakelse av forslag. I tilfellet dette kan anses som en delt utøvelse av EUs forvaltning,¹⁶⁶ vil hensynet til lojalt samarbeid i EU også være av betydning.¹⁶⁷

¹⁵⁷ ACER (u.å.).

¹⁵⁸ CACM art. 12 (3), FCA art. 6, SOGL, art. 11 (3), EB art. 10 (6).

¹⁵⁹ CACM art. 12 (3) siste setning, FCA art. 6 (3) siste setning, SOGL art. 11 (3), siste setning EB art. 10 (6) siste setning.

¹⁶⁰ CACM art. 9 (4), FCA art. 4 (4), SOGL art. 5 (9), EB art. 4 (7).

¹⁶¹ Uttalelse 03/2018 punkt 6.8. Medlemsstatenes brudd på EU-retten vil kunne sanksjoneres av Kommisjonen etter TFEU art. 258, jf. Börzel (2017) s. 243.

¹⁶² Europakommisjonen (2020) s. 5.

¹⁶³ Kommisjonen skulle sikre nødvendige skritt for gjennomføring i den tidligere bestemmelsen. Begrunnelsen bak endringen synes å bygge på at fjerde energimarkedspakke avklarer at det kun er reguleringsmyndighetene og ACER som har ansvar for endelig vedtakelse av metoder og vilkår. ENTSO-E har på sin side fremholdt at denne endringen vil i realiteten gjøre det irrelevant om TSOene har kommet til enighet om et forslag eller ikke. Viljen til å fremforhandle kompromissforslag kan dermed minskes, jf. ENTSO-E (2020) s. 4.

¹⁶⁴ Dette er tema i punkt 3.3.4 og 3.4.2.

¹⁶⁵ Sml. Cassese (2004) s. 25.

¹⁶⁶ Se punkt 5.4.5 om dette.

¹⁶⁷ Sml. TEU art. 4 (3).

3.2.2 Voteringskrav for TSOenes vedtakelse av forslag

Ved vedtakelse på europeisk nivå skal TSOene, dersom de ikke er enige, treffe beslutninger med kvalifisert flertall.¹⁶⁸ Et kvalifisert flertall innebærer at

- TSOene må representere minst 55% av medlemsstatene *og*,
- TSOene må representere minst 65% av befolkningen i EU.

Vilkårene er kumulative. For retningslinjen CACM, som krever deltakelse av både TSOene og NEMOer, må kvalifisert flertall oppnås i hver stemmegruppe for henholdsvis TSO-er og NEMO-er.¹⁶⁹ Et blokkerende mindretall må bestå av TSO-er som representerer minst fire medlemsstater.¹⁷⁰

Ved vedtakelse på regionalt nivå skal TSOene, dersom de ikke er enige, treffe beslutninger med kvalifisert flertall.¹⁷¹ Et kvalifisert flertall på regionalt nivå innebærer at

- TSOene må representere minst 72% av medlemsstatene *og*,
- TSOene må representere minst 65% av befolkningen i regionen beslutningen angår.

Kravene er, i likhet med europeiske vedtak, kumulative. I tillegg er det krav til enstemmighet dersom regionen består av fem medlemsstater eller færre.¹⁷² Et blokkerende mindretall må bestå av det minste antallet av TSO-er som representerer mer enn 35% av befolkningen i de deltakende medlemsstatene og ytterligere minst én TSO fra en annen berørt medlemsstat.¹⁷³ For retningslinjen CACM som krever deltakelse av både TSOene og NEMO, må kvalifisert flertall oppnås i hver stemmegruppe for henholdsvis TSOer og NEMOer.¹⁷⁴ For regionale vedtak som NEMO skal godkjenne på egenhånd, må beslutningen være enstemmig.¹⁷⁵

Voteringskravene er derfor ulike for europeiske og regionale vedtak. Prosentkravet for befolkning TSOene må representere er lik for begge vedtak, og er på 65%. Forskjellen ligger prosent-satsen TSOene representerer av medlemsstatene. En lavere prosent for vedtak på europeisk nivå på 55% er for å sikre effektivitet, derav ikke en høyere prosent. Ser man dette i sammenheng med befolkningskravet på 65% vil dette bety at TSOer i land med mindre befolkningsmasse ikke vil kunne gå sammen mot land med større befolkningsmasse.

¹⁶⁸ CACM art. 9 (2), FCA art. 4 (2), SOGL art. 5 (3), EB art. 4 (3).

¹⁶⁹ CACM art. 9 (2) andre setning.

¹⁷⁰ CACM art. 9 (2), FCA art. 4 (2), SOGL art. 5 (4), EB art. 4 (3).

¹⁷¹ CACM art. 9 (3), FCA art. 4 (3), SOGL art. 5 (5), EB art. 4 (4).

¹⁷² CACM art. 9 (3), FCA art. 4 (3), SOGL art. 5 (7), EB art. 4 (4).

¹⁷³ CACM art. 9 (3), FCA art. 4 (3), SOGL art. 5 (6), EB art. 4 (4).

¹⁷⁴ CACM art. 9 (3) andre setning.

¹⁷⁵ CACM art. 9 (3) siste ledd.

En høyere prosentsats på 72% for regionale vedtak innebærer et strengere krav til enighet mellom TSOene. Ser man denne i sammenheng med befolkningskravet på 65% vil det bety at TSOer i medlemsland med større befolkningsmasse ikke alene kan slå igjennom med vedtak, men er avhengig av gjennomslag i flere land, også de som er mindre i befolkningsmasse.

Norges TSO og NEMO, har stemmerett på lik linje som andre medlemsstater.¹⁷⁶ Norges befolkning skal tas i betraktning om kvalifisert flertall er ansett som oppnådd.¹⁷⁷

3.3 Reguleringsmyndighetenes endelige godkjenning av forslag

3.3.1 Relevant reguleringsmyndighet og tidsfrist for godkjenning

Delkapittelet skal illustrere hvordan en alminnelig prosedyre vil se ut for endelig godkjenning av forslag fra TSOene. Dette inkluderer prosedyren for eventuelle endringsforespørsler. Hvem som er relevant reguleringsmyndighet og tidsfrist for godkjenning vil bli redegjort for.

Etter at TSOene har vedtatt et forslag skal denne inngis til de nasjonale reguleringsmyndighetene for endelig godkjenning. Hvem som er den relevante reguleringsmyndigheten kommer an på om vedtaket krever godkjenning av en, alle i vedkommende region eller alle i EU. For RME innebærer EØS-tilpasningene at de skal involveres i arbeidet med endelig godkjenning av forslag.¹⁷⁸ I tilfeller hvor det kreves godkjenning fra flere reguleringsmyndigheter, altså både europeiske og regionale vedtak, skal forslaget samtidig fremlegges for ACER.¹⁷⁹ ACER kan avgi en uttalelse om forslaget, men denne er ikke bindende.¹⁸⁰

For nasjonale vedtak er det reguleringsmyndigheten utpekt av medlemsstaten som skal godkjenne TSOenes forslag.¹⁸¹ SOGL på sin side legger opp til at medlemsstaten selv kan peke ut en enhet for godkjenning. Dette kan være reguleringsmyndigheten, eller annen enhet som medlemsstaten bestemmer selv.¹⁸²

¹⁷⁶ Prop. 199 LS (2020–2021) s. 23.

¹⁷⁷ Art. 1 bokstav b (i) i EØS-komiteens beslutninger nr. 204/2020, nr. 205/2020, nr. 206/2020 og nr. 207/2020.

¹⁷⁸ Fortalens punkt 8 i EØS-komiteens beslutninger nr. 204/2020, nr. 205/2020, nr. 206/2020 og nr. 207/2020. Før gjennomføringen av retningslinjene i norsk rett har RME deltatt i arbeidet med vedtakene på uformell basis, jf. Reguleringsmyndigheten for Energi (2020b).

¹⁷⁹ CACM art. 9 (9), FCA art. 4 (8), SOGL art. 6 (6), EB art. 5 (5).

¹⁸⁰ TFEU art. 266 (5). Denne uttalelsen kan avgis etter ACER-forordningen 713/2009 art. 7 (6). Tilsvarende bestemmelse er videreført i ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (7).

¹⁸¹ CACM art. 9 (8) første setning, SOGL art. 5 (4), EB art. 5 (4). Retningslinjen FCA har ingen nasjonale vedtak om metoder og vilkår som skal utarbeides og vedtas.

¹⁸² SOGL art. 6 (4) jf. (1).

Etter at reguleringsmyndighetene har mottatt forslag til vedtak har de en frist på 6 måneder til å endelig godkjenne vedtaket.¹⁸³ Reguleringsmyndighetene kan enten godta forslaget, eller be om endringer. Endret forslag fra TSOene skal da foreligge i løpet av to måneder.¹⁸⁴ Etter mottagelse av endret forslag har reguleringsmyndighetene ytterligere to måneder til å endelig godkjenne vedtaket.¹⁸⁵ Prosessen med én endringsforespørsel kan derfor ta opptil 10 måneder.

Reguleringsmyndighetene har mulighet til å be ACER om en fristutsettelse for godkjenning av vedtak på 6 måneder.¹⁸⁶ Forutsetningen for en slik forespørsel er at tidsfristen for reguleringsmyndighetene etter mottakelse av forslag har gått ut. Denne muligheten er praktisk viktig, siden en fristutsettelse utsetter ACERs inntreden for godkjenning av endelig vedtak. Avklaring av tidsfrister er viktig for hensynet til effektivitet og forutsigbarhet, herunder for klare rammer vedrørende rettsforholdet mellom reguleringsmyndighetene og ACER.

3.3.2 Krav til enstemmighet

Reguleringsmyndighetenes endelige godkjenning av TSOenes forslag skal være enstemmig. Ordlyden i retningslinjene sier at reguleringsmyndighetene skal «reach an agreement».¹⁸⁷ Det er avklart i ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (3) at vedtak på regionalt plan krever enstemmig vedtak mellom reguleringsmyndighetene.

Kravet til enstemmighet innebærer at alle reguleringsmyndighetene faktisk godkjenner forslaget til vedtak. Reguleringsmyndighetene kan ikke forhindre at forslaget sendes til ACER, ved for eksempel å enstemmig treffe vedtak om at de er uenige. Dette ville fungert mot regelens hensikt.¹⁸⁸ Det krever følgelig at reguleringsmyndighetene må inngå kompromisser for å få igjennom vedtak, for å hindre inntreden av ACERs beslutningsmyndighet. Selv om vedtaket enstemmig er vedtatt, gjenstår spørsmålet om reguleringsmyndighetene materielt kan være uenige i deler av vedtaket, og eventuelt rekkevidden av denne uenigheten. Ordlyden legger opp til at det kan fremforhandles et kompromissforslag, så spørsmålet er ikke klart. Oppgaven avgrensner videre mot dette spørsmålet.

¹⁸³ CACM art. 9 (10), FCA art. 4 (9), SOGL art. 6 (7), EB art. 5 (6).

¹⁸⁴ CACM art. 9 (12), FCA art. 4 (11), SOGL art. 7 (1), EB art. 6 (1).

¹⁸⁵ CACM art. 9 (12), FCA art. 4 (11), SOGL art. 7 (1), EB art. 6 (1).

¹⁸⁶ ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10) tredje ledd. Forlengelse av tidsfrister er allerede blitt forespurt i ACER-vedtak 01/2021. Forlengelsen gjaldt etablering av regionalt koordineringssenter for den nordiske regionen etter Elforordningen art. 35 (1).

¹⁸⁷ Norsk uoffisiell oversettelse bruker uttrykket «komme til enighet». Jf. CACM art.9 (11), EB art. 5 (7), FCA art. 4 (10), SOGL art. 6 (8).

¹⁸⁸ Ermacora (2016) s. 318.

I realiteten viser enstemmighetskravet seg å være vanskelig å oppfylle, hvilket resulterer i at forslag til vedtak blir sendt til ACER.¹⁸⁹ Her blir forslaget i stedet vedtatt i «Board of Regulators».¹⁹⁰ Regulatorstyret er sammensatt av representanter fra de nasjonale reguleringsmyndighetene. Forslagene blir vedtatt med to tredjedelsflertall, i stedet for enstemmighet.¹⁹¹ Reguleringsmyndigheter som er i mindretall vil dermed ikke kunne blokkere et forslag fra å bli vedtatt.

I forlengelse av dette kan det spørres hvorvidt det burde differensieres mellom voteringskrav for regionale vedtak etter antall medlemsstater. Alle regionale forslag blir behandlet av representanter fra alle medlemsstatenes reguleringsmyndigheter i regulatorstyret, dersom enstemmighet ikke nås i første omgang. For regionale vedtak, hvor et flertall av medlemsstatene deltar, vil det gi mindre mening med et krav til enstemmighet, fordi dette fører til behandling av alle reguleringsmyndighetene i ACERs regulatorstyre med krav til to tredjedelsflertall for endelig godkjenning av vedtak.¹⁹² Effektivitetshensyn kan tilsi en slik løsning, siden behandling i ACERs regulatorstyre kan ta opptil 6 måneder ekstra.¹⁹³

3.3.3 Rett til å kreve endring av fremlagt forslag

Dersom reguleringsmyndighetene mener opprinnelig forslag fra TSOene ikke er tilstrekkelig, har de rett til å kreve endring av opprinnelig forslag. På regionale vedtak med flere reguleringsmyndigheter kan det spørres hvilket krav det stilles til antall for å kreve endring av det opprinnelige TSO-forslaget. Ordlyden «one or several» tilsier at det er tilstrekkelig med innsigelser fra kun én av reguleringsmyndighetene.¹⁹⁴

I ACER-vedtak 06/2016 vedtok ACER et vedtak etter CACM art. 15 (1) om kapasitetsberegningssoner. Begrunnelsen bak ACERs inntreden var at dissens fra én av reguleringsmyndighetene, ved vedtakelse av TCM på europeisk nivå, ikke var tilstrekkelig for å kreve nytt forslag fra TSOene. Dette medførte at den opprinnelige fristen på seks måneder fra mottakelse av første forslag, fortsatt løp.¹⁹⁵ Fristoverskridelsen medførte at ACER mente deres beslutningsmyndighet hadde inntrådt.

¹⁸⁹ Hancher (2021) s. 45.

¹⁹⁰ ACER-forordningen 2019/942 art. 21 (1). Se punkt 3.5.3.2.

¹⁹¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 22 (2).

¹⁹² ENTSO-E (2020) s. 3.

¹⁹³ CACM art. 9 (10), FCA art. 4 (9), SOGL art. 6 (7), EB art. 5 (6).

¹⁹⁴ CACM art. 9 (12), FCA art. 4 (11), SOGL art. 7 (1), EB art. 6 (1).

¹⁹⁵ ACER-vedtak 06/2016 avsnitt 28.

ACERs vedtak gikk dermed mot ordlyden i retningslinjene, og rettstilstanden var på dette tidspunktet uavklart. Ordlyden ga klart uttrykk for at én reguleringsmyndighet er tilstrekkelig. Vedtaket ble brakt for ACERs klageorgan «Board of Appeal»,¹⁹⁶ som opprettholdt vedtaket, og videre til EU-domstolen. Domstolen konkluderte med at det var tilstrekkelig at én av reguleringsmyndighetene ba om en endring, og derfor hadde ikke ACER kompetanse til å tre inn som endelig beslutningsmyndighet. Vedtaket ble opphevet på grunn av formelle feil.¹⁹⁷ Etter dette ble rettstilstanden avklart slik at endringsforespørsel fra én NRA var tilstrekkelig for å avbryte fristen for godkjenning av vedtaket. Dette gjaldt selv om en enkeltstående NRA er i dissens.

Kommisjonen trakk frem i sitt forslag til endringer for retningslinjene at ukoordinerte endringsforespørsler i retningslinjene er høyst upraktisk.¹⁹⁸ Mange ukoordinerte endringsforespørsler kan lede til ineffektivitet, rettslig usikkerhet og forsinke vedtakelsesprosedyren.¹⁹⁹ Det skaper også uforutsigbarhet i rettsforholdet til TSOene og NEMO som utarbeider forslag. Klare prosessuelle regler er viktig, spesielt for muligheten til å fremsette endringsforespørsler, siden hensynet til flere aktører skal ivaretas.

Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280 avklarer at reguleringsmyndighetene kun kan fremsette enstemmige koordinerte endringsforespørsler jf. ordlyden «jointly».²⁰⁰ Dette er en av de viktigste prosessuelle avklaringene som er fremsatt. Hensynet til effektivitet, blant annet for å unngå «evige» endringsforespørsler blant reguleringsmyndigheter som er i mindretall for vedtaket, og en forutsigbar prosedyre i forholdet til TSOene og NEMOene begrunner behovet for et slikt krav. Krav om enstemmig endringsforespørsel vil da være tilsvarende kravet til enstemmighet for godkjenning av TSOenes forslag.²⁰¹ Systembetragtninger kan derfor tilsi en slik løsning.²⁰²

¹⁹⁶ A-001-2017.

¹⁹⁷ Sak T-322/17 *E-Control v ACER*.

¹⁹⁸ Europakommisjonen (2020) s. 2.

¹⁹⁹ Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280 fortalens punkt 9 og Europakommisjonen (2020) s. 2.

²⁰⁰ CACM art. 9 (12), FCA art. 4 (11), SOGL art. 7 (1), EB art. 6 (1) i Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280.

²⁰¹ Her oppstår det spørsmål om rekkevidden av enstemmigheten. Spørsmålet er om reguleringsmyndighetene kan være uenige i deler av endringsforespørselen, slik som for endelig godkjenning av vedtaket. Se i punkt 3.3.2.

²⁰² Selv om dette er utgangspunktet, kan det tenkes at det burde være en lavere terskel for endringsforespørsler, sammenlignet med kravet til endelig godkjenning, som også er enstemmighet. Oppgaven vil ikke gå nærmere inn på dette spørsmålet her.

3.3.4 Endringskompetanse ved fremleggelse av forslag

Reguleringsmyndighetene kan kreve at TSOene endrer det opprinnelige forslag, som illustrert frem i forrige delkapittel. Hvorvidt reguleringsmyndighetenes selv hadde rett til selv å endre vedtaket var ikke avklart i tredje energimarkedspakke.

ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (6) avklarer at reguleringsmyndighetene kan endre forslaget selv på eget initiativ. Reguleringsmyndighetene kan «revise them when necessary» for å sikre at de er i samsvar med retningslinjen og for at de bidrar til markedsintegrasjonen, effektiv konkurranse og funksjonen av markedet. Denne endringen er reflektert i Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280. Dette markerer en betydelig endring fra tidligere reguleringer og styrker posisjonen til reguleringsmyndighetene noe, på bekostning av TSOene.²⁰³ I tilfelle reguleringsmyndighetene ønsker å revidere forslaget på egenhånd skal de konsultere med ENTSO-E og DSO-enheten.²⁰⁴ TSOene og andre markedsaktører får derfor mulighet til å uttale seg før endelig vedtak fattes.

Erfaringsmessig har endringsforespørsler medført store forsinkelser for vedtakelse av metoder og vilkår. Dette er derfor begrunnet i at prosessen med vedtakelse av metoder og vilkår forsinkes ytterligere ved flere endringsforespørsler fra reguleringsmyndighetene til TSOene. Endringskompetansen er som sagt avhengig av at formålene i retningslinjene ikke er oppfylt, og dette er viktig for å ivareta TSOenes vilje til å delta i prosedyren med utarbeidelse av vedtak.²⁰⁵ Det er grunn til å tro at reguleringsmyndighetene vil være avhengig av den tekniske ekspertisen til TSOene og NEMOene, og derfor benytte seg av muligheten til å fremlegge endringsforespørsel, fremfor å endre vedtaket selv.²⁰⁶ Det er verdt å merke seg her at dette kun innebærer en rett, og ikke en plikt til å benytte seg av sin egen endringskompetanse.

3.4 ACERs beslutningsmyndighet trer inn ved uenighet eller forespørsel

3.4.1 Innledning

Reguleringsmyndighetene har en frist på 6 måneder til å endelig godkjenne vedtaket,²⁰⁷ før eventuell inntreden av ACERs beslutningsmyndighet. ACER-forordningen 713/2009 art. 8 gjelder kun for europeiske og regionale vedtak, i tilfeller der reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet eller dersom reguleringsmyndigheten ber om det. Endringene fremsatt i den nye ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2) vil for fremtiden bety at reguleringsmyndighetene

²⁰³ Hancher (2021) s. 42.

²⁰⁴ DSO-enheten er opprettet gjennom Elforordningen 2019/942 art. 53. Denne nye organisatoriske enheten består av distribusjonssystemoperatører i EU. DSO er definert i Eldirektivet 2019/944 art. 2 (29).

²⁰⁵ ENTSO-E (2020) s. 3.

²⁰⁶ Hancher (2021) s. 42.

²⁰⁷ CACM art. 9 (10), FCA art. 4 (9), SOGL art. 6 (7), EB art. 5 (6).

ikke godkjenner forslaget til europeiske vedtak fra TSOene.²⁰⁸ Disse vedtakene vil gå rett til ACER for godkjenning.²⁰⁹ ACERs beslutningsmyndighet ved uenighet eller forespørsel trer da kun inn for regionale vedtak og europeiske vedtak som har hjemmel i en delegert rettsakt.

En mer inngående drøftelse av de sentrale problemstillinger knyttet til rekkevidden av denne beslutningsmyndigheten er hovedtema i punkt 3.5. Delkapittelet vil illustrere vilkårene for inn-tredelse av beslutningsmyndighet og distinksjonen mellom europeiske vedtak på ene siden og regionale vedtak på andre siden. Før dette vil oppgaven se på rekkevidden av ACERs endringskompetanse, siden dette kommer før ACERs vedtakelse av metoder og vilkår.

3.4.2 Endringskompetanse ved fremleggelse av forslag

Dette delkapittelet skal avklare hvorvidt ACER har tilsvarende endringskompetanse som reguleringsmyndighetene til å materielt endre vedtakene.

Det rettslige grunnlaget for ACERs beslutningsmyndighet finnes i hver av de enkelte retningslinjene og ACER-forordningen 2019/942. Retningslinjene i fellesskap angir at ACER skal vedta beslutning om det som vedrører «the submitted proposal».²¹⁰ Den norske oversettelsen av retningslinjene sier at ACER skal treffe beslutning om «de framlagte forslagene». Dansk oversettelse opererer med samme ordbruk. Etter ordlyden i retningslinjene har ACER kun myndighet til å treffe beslutninger om forslaget som er sendt inn fra TSOene og reguleringsmyndighetene. Retningslinjene avskjærer derfor i utgangspunktet en endringsrett for ACER.

Endringsretten for ACER var, etter vedtakelse av tredje energimarkedspakke, et omtvistet spørsmål. I forbindelse med ACER-vedtak 06/2016 hadde reguleringsmyndighetene ikke kommet til enstemmig enighet om vedtak etter CACM art. 15 (1) vedrørende kapasitetsberegningssoner,²¹¹ og ACER traff da beslutning i deres plass, og ønsket i tillegg å endre det opprinnelige vedtaket. Dette ble tatt opp i ACERs klageorgan.²¹² Den østerrikske reguleringsmyndigheten E-Control anførte at ACER ikke hadde en ubegrenset diskresjonær kompetanse til endring, og at ACER ikke kunne ha mer kompetanse enn reguleringsmyndighetene. På dette tidspunktet hadde ikke reguleringsmyndighetene en endringskompetanse. Ifølge E-Control måtte endring følge samme prosedyre som for reguleringsmyndighetene, ved å be TSOene om endring.²¹³

²⁰⁸ Se nærmere om dette i punkt 3.5.3.2.

²⁰⁹ Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280 reflekterer denne endringen for retningslinjene.

²¹⁰ CACM art. 9 (11), FCA art. 4 (10), SOGL art. 6 (8), EB art. 5 (7). Slik fremstår bestemmelsen etter vedtakelse av Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280.

²¹¹ E-Control ønsket å fjerne budområdegrensen mellom Tyskland og Luxemburg, og slå sammen sentral-øst og vest Europa til en kapasitetsberegningssone jf. ACER-vedtak 06/2016 avsnitt 9.

²¹² A-001-2017 *E-Control* 2.

²¹³ A-001-2017 *E-Control* 2 avsnitt 58.

Klageorganet trakk frem at verken Elforordningen fra 2009 eller retningslinjen CACM begrenset ACERs mulighet til å endre forslaget fra TSOene.²¹⁴ I tillegg mente klageorganet at andre forhold enn rettsaktenes tekst måtte tas i betraktning, som formålsbetraktninger og systembetraktninger. Konklusjonen ble da at det ville forårsake forsinkelser prosessuelt sett, i tilfelle ACER ikke kunne endre på eget initiativ.²¹⁵ Det ble argumentert med at den materielle endringskompetansen måtte følge betingelsene som er vedtatt for det aktuelle vedtaket i retningslinjen, slik at det i realiteten ikke er tale om en ubegrenset diskresjonær kompetanse.²¹⁶ Klageorganet mente derfor at ACER materielt kunne endre vedtaket, og i tillegg gjøre dette på eget initiativ uten å sende forslaget tilbake for endringer til TSOene. Dette ble tilbakevist av EU-domstolen, som konkluderte med at E-Controls forespørsel om endring suspenderte ACERs rett til å tre inn som endelig beslutningsmyndighet.²¹⁷

ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (6) avklarer rettstilstanden i forbindelse med ACERs endringskompetanse. Bestemmelsen angir at ACER og reguleringsmyndighetene på eget initiativ kan endre forslag fra TSOene. Denne endringskompetansen relaterer seg til art. 5 (2) og (3). Dette betyr at ACER på egenhånd kan revidere forslag fra TSOene på europeiske²¹⁸ og regionale vedtak,²¹⁹ som har sitt grunnlag i eksisterende retningslinjer eller nye retningslinjer vedtatt som gjennomføringsrettsakter. Ordlyden utelukker dermed en endringskompetanse for ACER i forbindelse med nasjonale vedtak.

Endringen skal skje etter konsultasjon med ENTSO-E og DSO-enheten. Ellers tolker ACER rekkevidden av sin egen endringskompetanse. Utgangspunktet er at ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (6) gir ACER en endringskompetanse når de anser det nødvendig. Denne endringskompetansen er dermed kun en rett til å endre, men statuerer ingen plikt til å endre. ACER står selv fritt til å avgjøre om de anser seg selv kompetent til å endre vedtaket. Dette vises i for eksempel ACER-vedtak 27/2020, hvor ACER selv foretok en egen vurdering av egen endringskompetanse, og konkluderte med at de ikke hadde tilstrekkelig informasjon selv til å foreta endringene.²²⁰

²¹⁴ A-001-2017 *E-Control 2* avsnitt 63.

²¹⁵ A-001-2017 *E-Control 2* avsnitt 67.

²¹⁶ A-001-2017 *E-Control 2* avsnitt 69. Klageorganet så hen til sak C-270/12 *ESMA*.

²¹⁷ T-332/17 *E-Control v ACER 2* avsnitt 50. Dette gjaldt selv om endringsforespørselen kom fra kun en av reguleringsmyndighetene. EU-domstolen kom til samme resultat i T-333/17 *APG v ACER*.

²¹⁸ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2).

²¹⁹ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (3).

²²⁰ Se ACER-vedtak 27/2020 punkt 6.4. Av hensyn til oppgavens omfang avgrenser jeg mot en redegjørelse av vedtaket.

Selv om forordningen avklarer at det foreligger en endringskompetanse, gjenstår det fremdeles spørsmål knyttet til denne. ACER-forordningen avklarer ikke hvorvidt tilsvarende endringsrett vil foreligge for europeiske og regionale vedtak som har sitt grunnlag i en ny retningslinje vedtatt som en delegert rettsakt.²²¹ Art. 5 (6) vedrører kun vedrører eksisterende retningslinjer og gjennomføringsrettsakter.

Elforordningen 2019/943 legger opp til vedtakelse av annengenerasjons retningslinjer kan vedtas som delegerte rettsakter. For tidspunktet er ACERs endringsrett for metoder og vilkår fastsatt i en delegert rettsakt et teoretisk spørsmål, fordi det ikke er vedtatt nye retningslinjer som dette. Det kan tenkes at endringsretten for både reguleringsmyndighetene og ACER, i tilfelle nye retningslinjer med vedtak som gjennomføringsmetode, vil bli nærmere spesifisert i selve rettsakten.

Et annet sentralt spørsmål er hvorvidt art. 5 (6) oppstiller en rett for ACER til å endre vedtaksforslaget ubetinget, selv for deler hvor reguleringsmyndighetene er enige. Spørsmålet er om ACER har en *ubegrenset* eller *partiell* endringskompetanse. Problemstillingen blir belyst i neste punkt.

3.4.3 Spørsmålet om ubegrenset eller partiell endringskompetanse

Selv om ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (6) prosessuelt avklarer at ACER har rett til å endre forslag, gjenstår fremdeles spørsmål om rekkevidden av ACERs materielle endringskompetanse. Problemstillingen er om ACER kan endre deler av forslaget som reguleringsmyndighetene opprinnelig var enige om. Dette vil i realiteten medføre at ACER bare har en partiell endringskompetanse, i tilfelle reguleringsmyndighetene er enige om deler av forslaget. «Partiell» endringsrett betyr at ACERs kompetanse kun vil innbefatte visse deler av et forslag til vedtak, nemlig den omtvistede delen. Alternativt har ACER en ubegrenset materielle endringsrett.

Bestemmelsen angir at ACER skal «revise them where necessary». Endring kan skje der ACER finner det «nødvendig». Ordlyden i seg selv avskjærer ikke en rett til å endre selv om reguleringsmyndighetene i utgangspunktet var enige om aspekter ved vedtaket. Formålet med endringen er å sikre at vedtaket er i samsvar med retningslinjen og ivaretar markedsintegrasjonen, ikke-diskriminering, effektiv konkurranse og funksjonen av markedet. I utgangspunktet legger derfor ordlyden opp til en vid forståelse av endringskompetansen til ACER. En måte å tolke bestemmelsen på er at ACER selv kan endre vedtaket, men at det er et vilkår at vedtaket ikke er i samsvar med retningslinjen eller øvrige hensyn. Dette legger følgelig føringer på hvilke tilfeller som faller innenfor endringskompetansen.

²²¹ Se ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (4). Punkt 3.5.3.4 redegjør for dette.

Det som gjenstår er øvrige deler av et forslag til vedtak, som er i tråd med retningslinjene og øvrige hensyn, som reguleringsmyndighetene er enige om. Ordlyden stiller klart nok opp et vilkår om nødvendighet for endring av et vedtak, og derfor er det spørsmål om ACER kan endre der det strengt tatt ikke er nødvendig.

Dette spørsmålet er tatt opp i ACER-vedtak 02/2020 og 03/2020, og senere påklagd avgjørelse A-001-2020 og A-002-2020. Saken gjaldt et tilfelle hvor ACER hadde bedt om endringer i et forslag som reguleringsmyndighetene var enige om. Forslaget til gjennomføringen av en europeisk plattform for utveksling av balanseenergi etter EB art. 21, skulle inneholde forslag til enhetene som skal utføre funksjonene i forslaget etter EB art. 21 (3) bokstav e. Deler av dette forslaget var omtvistet mellom reguleringsmyndighetene. Saken hadde blitt referert til ACER fra reguleringsmyndighetene i henhold til art. 6 (10) bokstav b. Her blir spørsmålet eksplisitt tatt opp.²²² Klageorganet konkluderte med at endringskompetansen ikke var begrenset til regulatoriske uenigheter.²²³

Det kan her pekes på at reguleringsmyndighetene har fått en endringskompetanse ved fremleggelse av forslag i samme bestemmelse. Tilsvarende er det et nødvendighetskrav. Systembetragtninger kan på den ene siden tilsi at ACERs og reguleringsmyndighetenes kompetanse må tolkes tilsvarende. Etter ordlyden er de klart nok tillagt samme kompetanse. På den andre siden må det bemerkes at reguleringsmyndighetene og ACER tjener ulike formål i denne vedtakelsesprosedyren. Reguleringsmyndighetene skal på sin side sørge for endelig vedtak og gjennomføring i nasjonal rett. ACER skal etter sitt formål fungere som et koordineringsorgan,²²⁴ når disse vedtakene består i grensekryssende virksomhet. Deres ulike formål tilsier derfor at kompetansen ikke bør tolkes tilsvarende.

Ytterligere argumenter tilsier dette. Hvis ACER kun fremdeles skal opptre som et tvisteløsningsorgan mellom reguleringsmyndighetene, slik Kommisjonen har forutsett,²²⁵ gir det liten mening å revidere utkast som TSOene og de relevante reguleringsmyndighetene er enige om. Som et tvisteløsningsorgan vil det naturlig nok kun være relevant å vurdere det omtvistede i TSOenes forslag. Med en ubegrenset materiell endringskompetanse går ACER enda lengre i å bli en europeisk regulator, fremfor kun et koordineringsorgan for reguleringsmyndighetene, slik ACER opprinnelig er tiltenkt.²²⁶

²²² A-001-2020 avsnitt 79.

²²³ A-001-2020 avsnitt 110.

²²⁴ ACER-forordningen 2019/942 art. 1 (2): ACER skal bistå reguleringsmyndighetene og koordinere samt løse uoverensstemmelser mellom disse i henhold til art. 6 (10).

²²⁵ COM(2016) 863 s. 23.

²²⁶ COM(2016) 863 s. 23.

Ovennevnte sak er brakt inn til EU-domstolen, hvor hovedanførsel er at ACER ikke hadde kompetanse til å endre forslaget.²²⁷ Dette spørsmålet vil dermed bli avklart for fremtiden. Konklusjonen er at ACER, i tråd med ordlyden, er gitt en endringskompetanse som er begrenset til tilfeller hvor vilkåret for nødvendighet er oppfylt.

3.5 Rekkevidden av beslutningsmyndighet for energibyrået ACER

3.5.1 Innledning

Forrige delkapittel redegjorde for vedtakelsesprosedyren for utarbeidelse og vedtakelse av forslag gjennom TSOene og reguleringsmyndighetene. Dette er det første viktige krysningspunktet. Som tidligere redegjort for kan ACER tre inn, på gitte vilkår, som endelig beslutningsmyndighet for vedtakene. Dette delkapittelet skal redegjøre for vilkårene for inntredelse av beslutningsmyndighet for ACER, samt rekkevidden av denne.

Alle retningslinjene har til felles at ACER har kompetanse til å treffe vedtak såfremt vilkår for dette er oppfylt. Det har blitt konkludert med at vedtakelse av metoder og vilkår er en av ACERs største oppgaver,²²⁸ og i praksis viser det seg at en større del av ACER sine rettslige bindende beslutninger nettopp er disse vedtakene.²²⁹ Dette foranlediger en redegjørelse av det rettslige grunnlaget og grensene for denne vedtakelseskompetansen. Det er viktig å avklare de materielle grensene for ACERs beslutningskompetanse, siden denne er begrenset av myndighet delegert fra Kommisjonen. Delkapittelet avgrensner mot generelle spørsmål om delegasjon,²³⁰ og betydningen av andre regulatoriske oppgaver som er tillagt ACER.²³¹

I kapittel 3.5.2 vil vilkårene for inntredelse av beslutningsmyndighet etter ACER-forordningen 713/2009 art. 8 bli redegjort for. Kapittelet vil ta for seg hvert av vilkårene for dette. Denne ACER-forordningen er allerede erstattet for medlemsstatene, men er likevel relevant av to årsaker. Først og fremst forholder Norge seg fremdeles til ACER-forordningen 713/2009, og det er derfor sentralt å belyse noen av hovedtrekkene fra reguleringen her. For det andre er dette et nyttig bakteppe for å forstå den nye bestemmelsen i ACER-forordningen 2019/942 art. 5.

Hovedtyngden av redegjørelsen vil likevel være på ACER-forordningen 2019/942 art. 5, siden denne er erstattet for medlemsstatene. Den nye forordningen vil bli relevant for Norge, ved

²²⁷ Sak T-606/20. Anførselen tas også opp i parallelsaken sak T-607/20.

²²⁸ Bjørnebye (2020) s. 22.

²²⁹ Bjørnebye (2020) s. 22.

²³⁰ Rekkevidden av hva som er lovlig delegasjon er delvis redegjort for i oppgavens punkt 5.5.

²³¹ Se Askhøven (2019) for en generell redegjørelse av ACER.

innlemmelse av fjerde energimarkedspakke.²³² Her oppstår det spørsmål om endringer i vedtakelsesprosedyren for europeiske og regionale vedtak i punkt 3.5.3.2 og 3.5.3.3. Videre vil oppgaven undersøke ACERs materielle begrensning i punkt 3.5.3.5, og hvordan denne skal tolkes.

3.5.2 ACER-forordningen 713/2009 art. 8

3.5.2.1 Innledning

Opgaven har allerede illustrert hendelsesforløpet der ACER trer inn som beslutningsmyndighet. Dersom reguleringsmyndighetene ikke godkjenner forslaget til vedtak om metoder og vilkår fra TSOene innen utløpet av fristen som er angitt, så skal utkast legges frem for ACER. Reguleringsmyndighetene kan forespørre et vedtak fra ACER. På dette punktet trer ACERs beslutningsmyndighet inn, og ACER kan da treffe beslutning om vedtak.²³³

ACER ble gjennom ACER-forordningen 713/2009 art. 8 tildelt beslutningsmyndighet. Forutsetningen for beslutningsmyndigheten er at reguleringsmyndighetene ikke har kommet til enighet om vedtak, eller bedt om en beslutning fra ACER.²³⁴ Art. 8 (1) oppstiller tre vilkår for inntredelse av sekundær beslutningsmyndighet:

«I forbindelse med grensekryssende infrastruktur skal Byrådet treffe beslutning om de reguleringssspørsmål som hører inn under de nasjonale reguleringsmyndighetenes kompetanse (...)»

ACERs sekundære beslutningskompetanse trer bare inn for vedtak om «reguleringssspørsmål», som hører til «reguleringsmyndighetenes kompetanse» som vedrører «grensekryssende infrastruktur». ACERs beslutningsmyndighet er materielt begrenset til TCMer som vedrører «grensekryssende infrastruktur».

Etter denne bestemmelsen har reguleringsmyndighetene primærkompetanse til å godkjenne både europeiske og regionale vedtak om metoder og vilkår fra TSOene. Reguleringsmyndighetens kompetanse til å endelig godkjenne et forslag fra TSOene, eller unnlattelsen fra å gjøre dette, er dermed en forutsetning for ACER sin myndighet i art. 8.²³⁵ Reguleringsmyndighetenes kompetanse kan på denne måten anses som overført til ACER.²³⁶ Myndighet kan kun gjelde metoder og vilkår som skal vedtas på europeisk og regionalt nivå, fordi ordlyden nemlig krever

²³² Olje- og energidepartementet (2020).

²³³ CACM art. 9 (11), FCA art. 4 (10), SOGL art. 6 (8), EB art. 5 (7).

²³⁴ ACER-forordningen 713/2009 art. 8 (1) bokstav a og b.

²³⁵ Enten i form av uenighet eller forespørsel.

²³⁶ Ermacora (2016) s. 317

grensekryssende samarbeid mellom reguleringsmyndighetene. Dette viser at ACER ikke har beslutningsmyndighet over nasjonale vedtak om metoder og vilkår.

ACER har etter bestemmelsen det man kan omtale som en sekundær vedtakskompetanse.²³⁷ Oppgaven vil videre bruke denne betegnelsen på tilfeller hvor ACER sin beslutningsmyndighet trer inn som følge av at reguleringsmyndighetene selv ikke fatter endelig vedtak. En rekke spørsmål oppstår i relasjon til art. 8. I det følgende vil hvert av vilkårene bli omtalt.

3.5.2.2 Første vilkår: Reguleringsmyndighetenes kompetanse

ACER er tildelt myndighet etter art. 8 (1) til å beslutte spørsmål som hører inn under de «nasjonale reguleringsmyndigheters kompetanse». ACERs kompetanse til å vedta metoder og vilkår er overført gjennom reguleringsmyndighetens kompetanse hjemlet i Eldirektivet 2009/72/EF art. 37 første ledd bokstav a, og sjette ledd.²³⁸ Bestemmelsen angir at reguleringsmyndigheten kan godkjenne metoder for tilkobling til nett, herunder beregning av tariffer,²³⁹ balansetjenester, samt tilgang til grensekryssende infrastruktur, herunder kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering.²⁴⁰ Dette er i stor grad sammenfallende med hvilke deler av kraftmarkedet hver av retningslinjene søker å regulere.

3.5.2.3 Andre vilkår: Reguleringssspørsmål

De to neste skrankene for ACERs beslutningsmyndighet i art. 8 er at vedtaket må dreie seg om «reguleringssspørsmål» vedrørende «grensekryssende infrastruktur». Hva som er å anse som «reguleringssspørsmål» er ikke definert i noen av de relevante rettsaktene.

Betegnelsen «reguleringssspørsmål» kan ses i lys av art. 8 (2). Her er det sagt at ACERs fastsatte vilkår for tilgang til grensekryssende infrastruktur skal omfatte «fremgangsmåte for kapasitetstildeling», «tidsramme for tildeling», «deling av flaskehalsinntekter» og «innkreving av avgifter fra brukerne av infrastrukturen», og «vilkår for tilgang og driftssikkerhet» av nettet, ifølge bestemmelsens første ledd. Disse emnene vedrører fastleggelsen av regler for å gjennomføre det indre energimarkedet, og felles for disse er at de handler om økonomiske, tekniske og administrative bestemmelser.

Derfor må «reguleringssspørsmål» ut fra sin kontekst forstås som en henvisning til etablering av bestemmelser for gjennomføring av det indre energimarkedet. Reguleringssspørsmålene må dermed vedrøre reguleringen av energimarkedet, markedsaktører, tjenester og produkter, for å

²³⁷ Askhaven (2019) s. 126.

²³⁸ Disse to bestemmelsene retter seg mot vedtakelse av metoder og vilkår.

²³⁹ Eldirektivet 2009/72/EF art. 37 (1) bokstav a).

²⁴⁰ Eldirektivet 2009/72/EF art. 37 (6) bokstav a) til c).

kunne samsvare med ACER sine oppgaver som et regulatorisk energibyrå. Regulerings spørsmål vil da kunne ses i motsetning til normative regler, som fastlegger rettslige forhold, slik som for eksempel Elforordningen gjør.

Regulerings spørsmål angitt i art. 8 (2) er sammenfallende med kompetanseområder innenfor reguleringsmyndighetens kompetanse etter Eldirektivet 2009/72/EF art. 37 første ledd bokstav a, og sjette ledd, som kort illustrert i forrige delkapittel. Eneste forskjellen er at art. 8 (2) etter ordlyden ikke omfatter balansetjenester. Siden vilkårene «skal» omfatte disse emnene kan det spørres om opplistingen kun angir hva som må være inkludert, uten at det er begrenset til dette. Den engelske språkversjonen opererer med begrepsbruken «may include», hvilket taler for at annet ledd ikke er uttømmende angitt. Implisitt i dette kan vedtaksmyndigheten omfatte andre forhold, såfremt dette er begrenset til grensekryssende infrastruktur. Dette er forståelsen ACERs klageorgan har lagt til grunn, nemlig at bestemmelsen ikke skal tolkes innskrenkende, da den ble etterlatt åpen for tolkning av EU-lovgiver.²⁴¹ Utgangspunktet styrkes med at annet ledd må ses i sammenheng med skrankene oppstilt i art. 8 (1), og begrensningene som fremgår etter vilkåret om «grensekryssende infrastruktur».

Konklusjonen er at «regulerings spørsmål» er nærmere angitt i art. 8 (2), men at opplistingen ikke er uttømmende for forståelsen av begrepet.

3.5.2.4 Tredje vilkår: Grensekryssende infrastruktur

Tredje og siste vilkår oppstiller en materiell skranke for utøvelse av beslutningsmyndighet. Grensene for hva som er å anse som «grensekryssende infrastruktur» vil ha betydning for rekkevidden av beslutningsmyndigheten. Skrankene som er oppstilt betyr at ACER følgelig ikke vedtar metoder og vilkår som ikke berører grensekryssende infrastruktur.

Rettsaktene i tredje energimarkedspakke verken definerer eller avklarer hvordan begrepet «grensekryssende infrastruktur» skal forstås.²⁴² «Grensekryssende» infrastruktur betyr etter ACER-forordningen art. 7 (7) at ACER kan treffe vedtak der infrastrukturen «forbinder eller vil kunne forbinde minst to medlemsstater».²⁴³ Kravet er dermed at infrastrukturen knytter eller kan knytte minst to medlemsstater. Igjen, viser dette at ACER ikke har beslutningsmyndighet over nasjonale vedtak, fordi vedtaket må berøre minst to medlemsstater. Videre er det ikke krav

²⁴¹ A-004-2019 avsnitt 104. Forståelsen av dette er brakt inn til EU-domstolen med påstand om at ACER ikke utover sin kompetanse, jf. sak T-684/19.

²⁴² Grensene for forståelsen av dette er ikke avklart for øvrig i EU-organenes dokumenter. De omtaler kun «cross-border infrastructure» som et viktig virkemiddel for å nå et internt energimarked.

²⁴³ Art. 7 (7) er ikke videreført i ACER-forordningen 2019/942. Engelsk versjon: «connecting or that might connect at least two Member States. Dansk språkversjon er tilsvarende norsk oversettelse.

om vedtaket faktisk sikrer tilknytning til infrastrukturen, men at det foreligger en mulighet for dette.

Dermed gjenstår forståelsen av begrepet «infrastruktur». Tolkning av ordlyden tilsier at vilkåret kun kan omfatte vedtak om regler som rent fysisk angår transmisjon av energi, på tvers av to medlemsstater. Der ordlyden ikke løser spørsmålet kan systembetraktninger og formålsbetraktninger bringe lys over forståelsen.²⁴⁴ Definisjonen av «infrastruktur» i TEN-E forordningen art. 1 (2) kan belyse forståelsen i et større perspektiv i EUs opprettelse av det indre energimarkedet.²⁴⁵ TEN-E forordningen har til formål å opprette trans-europeisk infrastruktur, som er nødvendig for å tilrettelegge for et indre energimarked i EU. Dens formål er å opprette «the hardware» for det indre energimarkedet.²⁴⁶ Nettkodene, retningslinjene, og vedtak om metoder og vilkår, skal på sin side opprette «the software», nemlig det regulatoriske regelverket rundt den fysiske infrastrukturen.

TEN-E forordningen art. 1 (2) definerer «infrastruktur» på denne måten:

“‘energy infrastructure’ means any physical equipment or facility falling under the energy infrastructure categories (...)”

Vilkårene er at det må være en «physical equipment» eller «facility» som faller innenfor forhåndsdefinerte «energy infrastructure categories». Ordlyden vitner om en begrenset rekkevidde, som kun relaterer seg til faktisk fysisk infrastruktur. Det kan dermed spørres hvor vid tolkning man skal anlegge for «infrastruktur» i ACER-forordningen 713/2009 art. 8. En tolkning etter bestemmelsen ordlyd vil tilsvare forståelsen som i TEN-E forordningen art. 1 (2).

En utvidet tolkning kan tilsi at «infrastruktur» ikke bare kan omfatte den fysiske delen av infrastrukturen, men også den regulatoriske, herunder det som kreves av regelverket for å harmonisere gjennomføringen av det indre energimarkedet. Dette kan anses som aspekter som vil vedrøre andre sider ved grensekryssende infrastruktur. ACERs beslutningsmyndighet omfatter «fremgangsmåte for kapasitetstildeling», «tidsramme for tildeling», «deling av flaskehalsinntekter» og «innkreving av avgifter fra brukerne av infrastrukturen», jf. art. 8 (2). Disse nevnte eksemplene hører til både det regulatoriske rammeverket, og den fysiske infrastrukturen. Sam-

²⁴⁴ Komárek (2015) s. 14.

²⁴⁵ 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 (heretter TEN-E forordningen).

²⁴⁶ Florence School of Regulation (2020b).

tidig avklarer art. 7 (7) at det ikke er et krav at vedtaket faktisk sikrer tilknytning av to medlemsstater, det er tilstrekkelig at den «vil kunne forbinde». Dette kan tilsi at ordlyden ikke kan tolkes strengt etter sin ordlyd.

Sett i sammenheng med retningslinjenes, herunder vedtakenes formål, og TEN-E forordningens formål virker den utvidede tolkningen plausibel. Nettkodene og retningslinjene, herunder TCMene, skal etter sitt formål stå for utviklingen av det regulatoriske rammeverket for det indre energimarkedet,²⁴⁷ mens TEN-E forordningen skal tilrettelegge for fysisk infrastruktur.²⁴⁸ Systembetragtninger tilsier derfor at «infrastruktur» i denne sammenheng bør tolkes utvidende.

Begrepet «grensekryssende infrastruktur» må forstås i sammenheng med den raske regelverksutviklingen som har foregått på energimarkedsrettens område i EU. Å bruke egne fastsatte metoder og vilkår for å gjennomføre retningslinjene, var ikke et påtenkt fenomen i den utstrekning det skulle vise seg, ved vedtakelsen av rettsaktene i tredje energimarkedspakke, og før Kommisjonens vedtakelse av retningslinjene. Rekkevidden av begrepet «grensekryssende infrastruktur» er dermed usikker, og det gjør det vanskelig å konkludere.

Uavhengig av om begrepet må tolkes utvidende, er det ikke gitt at alle vedtak vil falle inn under ordlyden «grensekryssende infrastruktur». Domstolskontroll av vedtak med anførsel om rekkevidden av «grensekryssende infrastruktur» kan derfor bli aktuelt.²⁴⁹ Kommisjonen kan ikke delegere myndighet til ACER gjennom retningslinjene, til å vedta metoder og vilkår som faller utenfor skranken «grensekryssende infrastruktur» oppstilt av EU-lovgiver i ACER-forordningen. En nesten likelydende materiell skranke videreført i den nye ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10), og ordlyden er på dette punktet utvidet til å gjelde «grensekryssende handel og systemsikkerhet.»²⁵⁰ Tolkningen av «grensekryssende infrastruktur» vil dermed kunne få betydning for problemstillingen oppstilt i punkt 3.5.3.5.

3.5.3 ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2) - (4)

3.5.3.1 Innledning

Dette delkapittelet skal redegjøre for rekkevidden av ACER beslutningsmyndighet i den nye ACER-forordningen 2019/942, for å kartlegge endringer og rekkevidden av beslutningsmyndigheten. Denne erstatter den tidligere forordningen,²⁵¹ og har direkte virkning for medlemsstatene.²⁵² Et spørsmål blir om, og eventuelt i hvilken grad, ACER er gitt nye mandater.

²⁴⁷ Omtalt som energimarkedets «software», jf. COM(2015) 80 s. 9.

²⁴⁸ Omtalt som energimarkedets «hardware», jf. COM(2015) 80 s. 8.

²⁴⁹ Willis (2017). Dette vil kun gjelde vedtak truffet i medhold av ACER-forordningen 713/2009.

²⁵⁰ ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10).

²⁵¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 46.

²⁵² Ikrafttredelsesdato 4. juli 2019 for ACER-forordningen 2019/942.

ACER-forordningen art. 5 (2), (3) og (4) viderefører ACER myndighet til å treffe rettslig bindende beslutninger om metoder og vilkår.²⁵³ Bestemmelsens andre og tredje ledd gir ACER myndighet til å treffe beslutninger om TCM når disse er fastsatt i alminnelig rettsakt fra EU,²⁵⁴ nettkoder og retningslinjer vedtatt før 4. juli 2019, samt nettkoder og retningslinjer vedtatt som gjennomføringsrettsakter. Fjerde ledd gir ACER kompetanse til å vedta metoder og vilkår på europeisk og regionalt nivå, i tilfeller disse har sitt grunnlag i en delegert rettsakt.

Delkapittelet er strukturert etter kronologien i ACER-forordningens kompetanshejmler vedrørende metoder og vilkår. Oppgaven starter med vedtakelsen av metoder og vilkår på europeisk nivå i art. 5 (2) i punkt 3.5.3.2 og regionalt nivå, når disse har sitt grunnlag i eksisterende retningslinjer, eller fremtidige retningslinjer som en gjennomføringsrettsakt etter art. 5 (3) i punkt 3.5.3.3. Deretter vil oppgaven behandle vedtakelsesprosedyren når vedtaket har sitt grunnlag i en delegert rettsakt i art. 5 (4) i punkt 3.5.3.4. Videre vil oppgaven undersøke de materielle begrensningene oppstilt i art. 6 (10) i punkt 3.5.3.5. Det vil bli avklart for hvilke vedtak denne gjelder, og rekkevidden av den.

Ingen retningslinjer er enn så lenge vedtatt som gjennomføringsrettsakter eller delegerte rettsakter, derfor er ikke dette aktuelt enn så lenge. Vedtak hjemlet i alminnelig lovgivning fra EU er heller ikke et relevant tilfelle på nåværende tidspunkt. De relevante retningslinjene for oppgaven er vedtatt før 4. juli 2019, slik at bokstav b i art. 5 (2) og 5 (3) er rettsakten ACER i hovedsak får sin kompetanse fra i den nye forordningen.

3.5.3.2 Europeiske vedtak etter art. 5 (2)

ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2) angir at ACER kan godkjenne vedtak om metoder og vilkår på europeisk nivå:

«Where one of the following legal acts provides for the development of proposals for common terms and conditions or methodologies for the implementation of network codes and guidelines which require the approval of all regulatory authorities, those proposals for common terms and conditions or methodologies shall be submitted to ACER for revision and approval (...)»

Det kan spørres hvorvidt ACER, ved vedtakelse av TCMer på europeisk plan, fremdeles kun har en subsidiær vedtakelseskompetanse. Art. 5 (2) gjelder for tilfeller der vedtakene trenger «approval of all regulatory authorities». Ordlyden kan tilsi at det kreves godkjenning av alle

²⁵³ ACER-forordningen 2019/942 art. 2 (d).

²⁵⁴ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2) bokstav a.

reguleringsmyndighetene før ACER kan treffe vedtak, som tilsvarende regulering i forgjengeren. Imidlertid henviser bestemmelsen kun til vedtak på europeisk nivå, uten at det er oppstilt et krav om godkjenning fra reguleringsmyndighetene først. Det er ikke oppstilt som en begrensning i bestemmelsen at det forutsettes uenighet eller forespørsel fra reguleringsmyndighetene, tilsvarende som reguleringen i ACER-forordningen 713/2009 art. 8. Dette er avklart gjennom Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280 fortalens punkt 5.

Kommisjonen har ønsket å forenkle prosedyren og lette arbeidsmengden for reguleringsmyndighetene, ved å gi ACER direkte vedtaksmyndighet, hvor reguleringsmyndighetenes enighet på forhånd ikke var nødvendig.²⁵⁵ Prosessen med å utvikle metoder og vilkår har vært forsinket, grunnet uenighet mellom reguleringsmyndighetene, og endringen er ment for å effektivisere gjennomføringen av europeiske vedtak om metoder og vilkår.²⁵⁶ Hensikten har også vært å unngå mulig motstridsproblemer ved at reguleringsmyndighetene vedtar regler som ikke svarer med hverandre.²⁵⁷

Art. 5 (2) gjelder bare for metoder og vilkår fastsatt i en lovgivningsrettsakt fra EU, eksisterende retningslinjer og fremtidige retningslinjer vedtatt som en gjennomføringsrettsakt.²⁵⁸ Dette betyr at europeiske vedtak med grunnlag i en delegert rettsakt i utgangspunktet først må godkjennes av reguleringsmyndighetene. Dette er tema i punkt 3.5.3.2.

ACERs primære vedtakelseskompetanse innebærer at vedtak treffes av ACERs regulatorstyre («Board of Regulators»)²⁵⁹ med to tredjedels flertall, istedenfor enstemmig vedtak mellom reguleringsmyndighetene.²⁶⁰ Som tidligere nevnt vil dette innebære at reguleringsmyndigheter som er i dissens ikke vil kunne blokkere et forslag fra å bli vedtatt. Endringen er ment til å ivareta effektivitetshensyn, men vil kunne gå på bekostning av representanter i mindretall.²⁶¹

Forslagene til europeiske vedtak går direkte til ACER. ACER har gått fra en sekundær til en primær vedtakelseskompetanse for vedtak på europeisk nivå. Dette er en vesentlig utvidelse av

²⁵⁵ COM(2016) 864 s. 11.

²⁵⁶ Hancher (2021) s. 37.

²⁵⁷ COM(2016) 864 s. 11.

²⁵⁸ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2) bokstav a–c.

²⁵⁹ Regulatorstyret er bare ansvarlig for regulerings spørsmål og beslutninger jf. Hancher (2010) s. 314. At det er sammensatt av representanter fra reguleringsmyndighetene skal sørge for samarbeid, og at reguleringsmyndighetenes kompetanse blir ivaretatt, jf. Godin (2018) s. 197. Reguleringsmyndighetene er pliktig til å delta i forumet, jf. Eldirektivet 2019/944 art. 59 (1) bokstav f. Norge har observatørstatus og ingen stemmerett, jf. Jevnaker (2020).

²⁶⁰ ACER-forordningen 2019/942 art. 22 (1).

²⁶¹ Hancher (2021) s. 44.

myndigheten sammenlignet med forrige ACER-forordning. ACERs myndighet til å vedta rettslig bindende beslutninger har gått fra å være utelukkende et tvisteløsningsorgan for reguleringsmyndighetene, til å få «en viss regulatorfunksjon».²⁶² Dette medfører at ACER er en innflytelsesrik aktør.

3.5.3.3 Regionale vedtak plan etter art. 5 (3)

For regionale vedtak om metoder og vilkår har reguleringsmyndighetene fremdeles en primærkompetanse for endelig godkjenning av vedtak. Dette følger av ACER-forordningen art. 5 (3):

«Where one of the following legal acts provides for the development of proposals for terms and conditions or methodologies for the implementation of network codes and guidelines which require the approval of all the regulatory authorities of the region concerned, those regulatory authorities shall agree unanimously on the common terms and conditions or methodologies to be approved by each of those regulatory authorities»

Reguleringsmyndighetene må først «agree unanimously» på forslag for regionale vedtak fra TSOene. Kravet til enstemmig godkjenning av reguleringsmyndighetene innebærer en avklaring språklig sett i forbindelse med retningslinjene. Dersom reguleringsmyndighetene ikke vedtar forslaget enstemmig innen 6 måneder fra forslaget eller dersom de ber om en beslutning, skal ACER «adopt individual decisions» etter ACER-forordningen art. 6 (10).²⁶³

Forutsetningen for inntreden av ACERs beslutningsmyndighet etter art. 6 (10) er at vedtaket kun vedrører «regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border system security».²⁶⁴ Dette blir en materiell skranke for ACERs beslutningsmyndighet, noe tilsvarende skranken som var oppstilt i ACER-forordningen 713/2009 art. 8. ACERs sekundære vedtakelseskompetanse er derfor fremdeles begrenset, men etter ordlyden utvidet fra å gjelde kun «grensekryssende infrastruktur» til å gjelde «grensekryssende handel og systemsikkerhet». Selv om kompetansen er utvidet har fremdeles ikke ACER en ubegrenset sekundær vedtakelseskompetanse.

Art 5 (3) siste ledd gjør unntak fra utgangspunktet om ACERs sekundære vedtakelseskompetanse for regionale vedtak. Etter denne bestemmelsen kan ACERs direktør²⁶⁵ eller regulatorstyret kreve at reguleringsmyndighetene overfører regionale vedtaket til ACER for behandling. Dette kan bare kreves dersom vedtaket vil ha en «tangible impact» på det indre energimarkedet

²⁶² Bjørnebye (2020) s. 26.

²⁶³ ACER-forordningen 2019/942 art.5 (3) jf. art. 6 (10) annet ledd.

²⁶⁴ ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10).

²⁶⁵ ACER-forordningen 2019/942 art. 23.

eller forsyningssikkerhet utover regionen. Ordet «tangible» er oversatt med «reelle konsekvenser» på dansk.²⁶⁶ Vedtaket må da ha reelle konsekvenser for det indre energimarkedet eller forsyningssikkerheten. Dette omtales som en «styringsmekanisme».²⁶⁷

Bestemmelsen spesifiserer ikke videre hva disse konsekvensene eventuelt kan bestå i. Ordlyden vitner heller om en sikkerhetsventil for ACER, i tilfelle vedtaket har slike konsekvenser at det er vesentlig for harmonisering av regelverket at vedtaket fattes på overordnet plan. Det bærende hensynet for denne sikkerhetsventilen følger av Eldirektivet 2019/944 fortalens punkt 4, som spesifikt angir at formålet er å skape ett indre energimarked, og ikke flere.²⁶⁸ Som eksempel kan ikke vedtaket gå på bekostning av andre regioner.²⁶⁹ Med dette som formål bak unntaksbestemmelsen vil ACER kunne gripe inn i tilfeller reguleringsmyndighetene fatter regionale vedtak som negativt påvirker enten utviklingen av regelverket, eller forsyningssikkerheten i andre regioner. Endelig vedtak treffes med to tredjedels flertall i regulatorstyret, i likhet med europeiske vedtak etter art. 5 (2).

3.5.3.4 Europeiske og regionale vedtak med grunnlag i en delegert rettsakt etter art. 5 (4)

Vedtak om metoder og vilkår kan ha sitt grunnlag i en retningslinje vedtatt som en delegert rettsakt. Det er ikke vedtatt nye retningslinjer enda, verken som delegerte rettsakter eller gjennomføringsrettsakter. Nye retningslinjer vedtatt som en delegert rettsakt vil være tematisk avgrenset av virkeområdene i Elforordningen 2019/943 art. 61 om tredjepartsadgang,²⁷⁰ og regler for cybersikkerhet.²⁷¹

ACER-forordningen art. 5 (4) angir rekkevidden av ACERs beslutningsmyndighet:

«Without prejudice to paragraphs 2 and 3, ACER shall be competent to take a decision pursuant to Article 6(10) where the competent regulatory authorities fail to agree on terms and conditions or methodologies for the implementation of new network codes and guidelines adopted after 4 July 2019 as delegated acts, where those terms and conditions or methodologies require the approval of all the regulatory authorities or of all the regulatory authorities of the region concerned»

²⁶⁶ ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 21 oversetter samme uttrykket med «konkret innvirkning». Den engelske ordlyden er tilsvarende begge steder, og legger derfor samme forståelse av disse begrepene til grunn.

²⁶⁷ Dansk versjon av ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 21.

²⁶⁸ Schütz (2020) s. 264.

²⁶⁹ Schütz (2020) s. 264.

²⁷⁰ Elforordningen 2019/943 art. 59 (2) bokstav c. Tilsvarende i Elforordningen 714/2009 art. 8 (6) bokstav c.

²⁷¹ Elforordningen 2019/943 art. 59 (2) bokstav e. Dette er et nytt virkeområde.

For retningslinjer vedtatt som delegerede rettsakter,²⁷² har ACER kun en sekundær vedtakelseskompetanse. Bestemmelsen gjelder både europeiske og regionale vedtak, jf. siste setning i bestemmelsen.²⁷³ Dette betyr at selv for europeiske vedtak avhenger ACERs beslutningsmyndighet av reguleringsmyndighetene. Art. 6 (10) begrenser i tillegg beslutningen materielt til å gjelde «regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border system security».

ACERs beslutningsmyndighet er avhengig av at reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet eller ber om en beslutning.²⁷⁴ Dette må ses i sammenheng med at Kommisjonen på egenhånd utarbeider forslag til disse retningslinjene, hvor Rådet og Parlamentet i neste omgang har en ubegrenset vetorett. Medlemslandenes og interessentenes deltakelse i denne prosedyren er begrenset, sammenlignet med prosedyren for vedtakelse av gjennomføringsrettsakter. ACER kan ta en beslutning i tilfeller der reguleringsmyndighetene ikke har kommet til enighet i løpet av fristen på 6 måneder.²⁷⁵ I tilfeller der reguleringsmyndighetene forespør en beslutning fra ACER kreves det at forespørselen kommer fra minst 60% av de kompetente reguleringsmyndighetene.²⁷⁶ Her er det dermed ikke tilstrekkelig at et mindretall ønsker beslutning fra ACER. Dersom det kun er to kompetente reguleringsmyndigheter, kan én av de forespørre en beslutning.

For vedtak med grunnlag i en delegeret rettsakt er det spørsmål om ACER og reguleringsmyndighetene har en endringskompetanse. Den nye kompetansen gitt til disse i art. 5 (6) oppstiller ingen slik endringsrett for disse tilfellene. Dette er redegjort for i punkt 3.4.2.

3.5.3.5 *Materielle begrensninger for ACERs beslutningsmyndighet*

ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10) hjemler materielle skranker ved ACERs beslutningsmyndighet:

«ACER shall be competent to adopt individual decisions on regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border system security».

Første spørsmål er om art. 6 (10) oppstiller en materiell skranke for ACERs beslutningsmyndighet i forbindelse med alle kompetansehjemlene i art. 5 (2), (3) og (4).

²⁷² Elforordningen 2019/943 art. 68, jf. art. 61 (2).

²⁷³ Schütz (2020) s. 265.

²⁷⁴ ACER-forordning 2019/942 art. 6 (10) annet ledd.

²⁷⁵ ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10) annet ledd bokstav a.

²⁷⁶ ACER-forordning 2019/942 art. 6 (10) nest siste ledd, jf. art. annet ledd bokstav b.

ACER-forordningen 2019/942 art. 6 gjelder spesifikt «Tasks of ACER as regards the regulatory authorities». Art. 5 (2) innebærer at reguleringsmyndighetene ikke skal vurdere TSOenes forslag, vedrørende europeiske vedtak, men at disse skal gå direkte til ACER. ACERs oppgaver i art. 2 (d) sier at art. 6 (10) gjelder der ACER skal opptre som et tvisteløsningsorgan mellom reguleringsmyndighetene. ACER vil kun opptre som et tvisteløsningsorgan mellom reguleringsmyndighetene i forbindelse med vedtak på regionalt plan etter art. 5 (3) og vedtak som har grunnlag i en retningslinje vedtatt som en delegert rettsakt etter art. 5 (4). Disse bestemmelsene forutsetter uenighet eller forespørsel fra reguleringsmyndighetene. Systembetragtninger tilsier derfor at art. 6 (10) ikke gjelder i forbindelse med art. 5 (2).

Dermed er det kun den subsidiære vedtakelseskompetansen til ACER som er materielt begrenset etter art. 6 (10) første ledd. For europeiske vedtak med grunnlag i eksisterende retningslinjer og fremtidig gjennomføringsrettsakter, kan ACER treffe vedtak, og denne kompetansen er ikke berørt av de materielle skrankene i art. 6 (10). Den vil kun være begrenset av retningslinjenes bestemmelser.

Neste problemstillingen er hvordan skranken skal tolkes. Etter art. 6 (10) kan vedtak bare gjelde «regulatory issues having effects on cross-border trade or cross-border security».²⁷⁷ Etter ordlyden kan ikke ACER-vedtak etter art. 5 (3) og (4) materielt sett gå utover disse skrankene, da disse er oppstilt som rettslig begrensninger for ACERs myndighet. Forståelsen av «regulatory issues» må nok tolkes tilsvarende som i forrige forordning, og redegjørelsen i 3.5.2.3 gjelder her også.

Samme problemstillinger oppstår for denne materielle skranken, som for ACER-forordningen 713/2009 art. 8 (1). Første spørsmålet er hvor vidt man kan tolke ordlyden. Forståelsen av grensekryssende handel og systemsikkerhet er ikke avklart av forordningene i fjerde energimarkeds-pakke, og ordlyden markerer en endring fra art. 8 i ACER-forordningen 713/2009. Bestemmelsen kan forstås i lys av forgjengeren. Dersom tidligere art. 8 i ACER-forordningen 713/2009 kun skal gjelde fysisk grensekryssende infrastruktur utvider art. 6 (10) ordlyden som sådan, hvor både grensekryssende handel og systemsikkerhet omfatter mer enn kun grensekryssende infrastruktur.

Det kan være tilfeller hvor vedtakene ikke direkte berører «grensekryssende handel og system-sikkerhet». Dette kan påberopes foran ACERs klageorgan og videre EU-domstolen, dersom klager mener ACER har gått utover sin kompetanse. Presumptivt kan det tenkes vanskeligere å føre frem med anførsler om at ACER gikk utover sin kompetanse etter art. 6 (10) for vedtak om

²⁷⁷ Den danske versjonen «grænseoverskridende handel eller grænseoverskridende systemsikkerhed» avklarer heller ikke forståelsen.

metoder og vilkår²⁷⁸ når ordlyden er såpass åpen som den er. I forlengelse av dette må det antas at Kommisjonen ikke kan gi myndighet til ACER, utover skrankene oppstilt i ACER-forordningen 2019/942.²⁷⁹ Kommisjonen kan bare handle etter myndighet den selv er gitt, og føringene for dette fremkommer delvis av ACER-forordningens materielle skranker for ACERs utøvelse av beslutningsmyndighet.

I punkt 3.5.2.4 konkluderte oppgaven imidlertid med at skranken «grensekryssende infrastruktur» etter en formålsrettet tolkning sannsynligvis måtte tolkes utvidende til å inkludere regulatorisk regelverk. Dette vil si at gjeldende skranke i art. 6 (10) sannsynligvis presiserer og kodifiserer tidligere forståelse. ACERs klageorgan anser den materielle skranken for å være videreført i nyeste forordning.²⁸⁰ Dersom en realitetsendring var tiltenkt ved endring i ordlyden kan det antas at dette ville blitt kommunisert fra lovgivers side.²⁸¹ Uansett fremstår grensene for den materielle kompetansen til ACER som vag, og det er uheldig dersom ACER selv kan tolke rekkevidden av sin egen vedtakelseskompetanse, når føringene for dette ikke er fastlagt presist nok i forordningsteksten.

3.6 Endring av metoder og vilkår

Vedtakene skal tilpasses et system og et regulatorisk rammeverk i utvikling, og effektiv prosedyre for endring av vedtak er viktig. Det er en forutsett mulighet under alle fire retningslinjene at metoder og vilkår vedtatt i samsvar med disse, kan endres etter vedtakelse. Dette delkapittelet skal redegjøre for endring av metoder og vilkår, og de sentrale hensynene bak denne muligheten.

Det følger av alle fire retningslinjene at endring av allerede fastsatte metoder og vilkår følger alminnelig vedtakelsesprosedyre.²⁸² Det betyr at det er TSOene som utarbeider forslaget, som godkjennes enten av ACER, eller relevante reguleringsmyndigheter, med tidsfristene som er tidligere angitt.²⁸³

Bestemmelsen angir at endelig vedtakelsesorgan som er «responsible for the adoption» kan beslutte en endring.²⁸⁴ Generelt følger det av et EU-rettslig prinsipp at den som har kompetanse

²⁷⁸ Hancher (2021) s. 47.

²⁷⁹ I samsvar med TEU art. 5 (1).

²⁸⁰ A-004-2019 avsnitt 108 og 109. Saken gjelder gassmarkedet, men de samme prinsipielle spørsmålene oppstår. Saken er anket til EU-domstolen jf. sak T-684/19.

²⁸¹ COM(2016) 863 s. 8. Slik endring er ikke forutsatt i Kommisjonens forslag.

²⁸² CACM art. 9 (13), FCA art. 4 (12), SOGL art. 7, EB art. 6 i Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280.

²⁸³ Se øvrige deler av kapittel 3 for redegjørelse av vedtakelsesprosedyren.

²⁸⁴ FCA art. 4 (12), CACM art. 9 (13), SOGL art. 7, EB art. 6 i Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280.

til å treffe en beslutning har i utgangspunktet også kompetanse til å endre beslutningen.²⁸⁵ Det avhenger derfor av endelig vedtakelsesorgan hvem som kan anmode om endring. For europeiske vedtak kan kun ACER be om endring, for regionale vedtak kan de relevante reguleringsmyndighetene for vedtaket be om endring. TSOene kan i denne sammenheng komme med forslag til endring til ACER og reguleringsmyndighetene. Det er ACER og reguleringsmyndighetene som fastsetter tidsfristen for forslag til revidert vedtak. Det er antatt at denne fristen må tilpasses kompleksiteten og arten av endringene som er forespurt.²⁸⁶

Det som opprinnelig er vedtatt i metodene og vilkårene, er også gjenstand for endring. Endringsmulighet for vedtakene er viktig for å ivareta hensynet til fleksibilitet, slik at vedtakene til enhver tid er tilpasset et regelverk under utviklingen, i samspill med andre vedtak om metoder og vilkår som trinnvis fastsettes hver for seg. Fleksibiliteten vil derfor også ivareta hensynet til effektivitet, siden vedtakene enkelt kan tilpasses dagens realitet, både faktisk og rettslig.²⁸⁷ Faktisk vil de kunne tilpasses utvikling av marked eller teknologi, mens rettslig vil de tilpasses etterfølgende lovgivning, andre vedtak, i tillegg til nødvendige tilpasninger etter behandling av EU-domstolen.²⁸⁸ Endringsmuligheten er praktisk viktig.

3.7 Oppsummering

Delkapittelet har hatt til formål å belyse vedtakelsesprosedyren for å belyse hva slags type regulatoriske beslutninger vedtak om metoder og vilkår er. Det har vært viktig å belyse den rettslige prosedyren, for å avklare forholdet mellom de ulike aktørene, henholdsvis mellom TSOene og reguleringsmyndighetene, og reguleringsmyndighetene og ACER. Her er to sentrale krysningspunkter identifisert i oppgaven, nærmere bestemt mellom TSOene og reguleringsmyndighetene og mellom reguleringsmyndighetene og ACER. Generelt er klare prosessuelle regler viktig, siden vedtakelsesprosedyren omfatter koordinering av flere aktører.

Utfordringene som har oppstått i de tidligere fasene ved vedtakelsesprosessen allerede er adressert og søkt en løsning for. Vedtakelsesprosessen for metoder og vilkår har blitt presisert og endret gjennom Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280. Endringene representerer praktiske viktige sider ved vedtakelsesprosedyren, og kan bidra til en ytterligere effektiv og forutsigbar prosedyre, og dermed gjennomarbeidede vedtak.

²⁸⁵ Sml. sak T-251/100 avsnitt 130.

²⁸⁶ Hancher (2021) s. 48.

²⁸⁷ Hancher (2021) s. 46.

²⁸⁸ ACER-vedtak 04/2021 endrer vedtak om kapasitetsberegningregionene etter CACM art 9 (6) bokstav b etter avgjørelse av EU-domstolen i sakene T-332/17 og T-333/17. Allerede har endring blitt foretatt for CACM art. 44 om fastsettelse av alternative fremgangsmåter i ACER-vedtak 02/2021. Dette vedtaket endrer ACER-vedtak 10/2018.

Tilsynelatende er det satt korte tidsfrister for utarbeidelse og godkjenning. Dette gjelder både fristen TSOene har til å fremlegge forslag, samt fristen reguleringsmyndighetene har til å endelig godkjenne forslag fra TSOene. Fristene varierer mellom 3 til 24 måneder.²⁸⁹ For TSOene som utarbeider disse forslagene kan korte frister, sammenholdt med den store mengden TCMer som skal vedtas, medføre at forslagene ikke blir tilstrekkelig bearbeidet.

For TSOenes del vil det bli mulig med fristutsettelse for utarbeidelse av vedtak, ved inntreden av ekstraordinære hendelser.²⁹⁰ Uansett vil vedtakelse av alle metodene og vilkårene representere en ekstra arbeidsbyrde for TSOene. Imidlertid kan det antas at denne arbeidsbyrden vil lettes over tid, etter at de fleste av vedtakene er gjennomført.²⁹¹ For reguleringsmyndighetenes er problematikken løst gjennom mulighet til å anmode om forlengelse av fristen for å godkjenne TCMer på regionalt plan med seks måneder.²⁹² Arbeidet knyttet til godkjenning av forslagene til TSOene er også avhjulpet av ACERs nye primære kompetanse knyttet til europeiske vedtak. Endringsforespørsler må være enstemmig inngitt av reguleringsmyndighetene. Sammen avklarer endringene viktige prosessuelle sider ved metodene og vilkårene.

Det første krysningpunktet er mellom TSOene og reguleringsmyndighetenes utarbeidelse og vedtakelse av forslag. Maktbalanse mellom TSOene og reguleringsmyndighetene i utarbeidelses- og vedtakelsesprosedyren er forskjøvet, gjennom reguleringsmyndighetenes endringskompetanse.²⁹³ Forholdet mellom hensynet til en rimelig maktbalanse mellom TSOene og reguleringsmyndighetene og hensynet til effektivitet er vanskelig å avveie. Det vesentlige er riktignok at sistnevnte hensyn ikke medfører at TSOene mister initiativ til å delta i prosessen. Utarbeidelse av forslag til vedtak er det eneste tidspunktet markedsaktørene TSO og NEMO deltar i forbindelse med vedtakelse, før de er ilagt gjennomføringsforpliktelser.²⁹⁴ Dette tilsier en tilbakeholdenhet for ytterligere forskyving til reguleringsmyndighetene, siden disse har førstehåndskunnskap om energimarkedet. En endringskompetanse hos reguleringsmyndigheten kunne få konsekvenser for det endelige utfallet av vedtaket, som avslutningsvis må gjennomføres av TSOene samt andre markedsaktører.

²⁸⁹ CACM art. 15 (1) «innen tre måneder», og CACM art. 16 (1), «innen ti måneder», CACM art. 43 (1), CACM art. 41 (1) «18 måneder», CACM art. 55 (3) «24 måneder».

²⁹⁰ CACM art. 9 (1), FCA art. 4 (1), SOGL art. 5 (1), EB art. 4 (1) i Kommissjonens gjennomføringsforordning 2021/280.

²⁹¹ Dette er en antagelse og beror nok på utviklingen av energiomstillingen både politisk og teknologisk.

²⁹² ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10) tredje ledd, jf. FCA art. 4 (9), CACM art. 9 (10), SOGL art. 6 (7), EB art. 5 (6).

²⁹³ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (6).

²⁹⁴ Dette er tema i punkt 4.2.

Delkapittelet har også hatt til formål å avklare inntreden av ACERs beslutningsmyndighet, samt rekkevidden av denne. Rettslig avklaring er viktig grunnet at ACER treffer et stort antall vedtak om metoder og vilkår, og at beslutningsmyndigheten er tett knyttet til reguleringsmyndighetens beslutningsmyndighet for regionale vedtak. Dette er det andre viktige krysningspunktet. ACER-forordningen 2019/942 avklarte og forenklet flere prosessuelle regler fra forgjengeren. Noen endringer er foretatt. Endringene kan nok først og fremst begrunnes med at vedtakelse av metoder og vilkår er blitt et fastlagt verktøy for å gjennomføre retningslinjene og vil få stor betydning for fastleggelse av det regulatoriske rammeverket for kraftmarkedet.

Først og fremst er ACER blitt gitt en utvidet primær vedtakelseskompetanse i forbindelse med TCMer, som skal vedtas på europeisk nivå. Utvidelsen gjelder både materielle og prosessuelle sider ved vedtakelsesprosedyren. Det er nå avklart at dette ikke er begrenset til å gjelde «grensekryssende infrastruktur. Videre er det kodifisert i bestemmelsen at ACER kan endre forslaget på eget initiativ.²⁹⁵ Disse endringene skal sikre effektiv og harmonisert beslutningstaking i forbindelse med metoder og vilkår.²⁹⁶

Overordnet kan man se at ACERs beslutningsmyndighet er mindre begrenset i den nye forordningen. Den materielle skranken «cross-border trade and security»²⁹⁷ forholder seg kun til tilfellene hvor ACER må fungere som tvisteløsningsorgan mellom reguleringsmyndighetene for regionale vedtak, og europeiske vedtak med grunnlag i en delegert rettsakt. Materielle skranker kan også omtales som *ex ante* kontrollmekanismer, altså forhåndskontroll gjennom rettslige skranker oppstilt av lovgiver for å begrense ACERs virksomhet.²⁹⁸ Primærkompetansen er ikke berørt av de materielle skrankene. Samlet sett utgjør dette derfor en vesentlig utvidelse.

Imidlertid må det her bemerkes at den primære vedtakelseskompetansen på europeisk plan kun er begrenset til å gjelde eksisterende retningslinjer, og nye retningslinjer som er vedtatt som gjennomføringsbestemmelser etter 4. juli 2019. For retningslinjer vedtatt som delegerte rettsakter etter Elforordningen 2019,²⁹⁹ forutsettes det at reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet eller ber om vedtak, slik at ACER i disse tilfellene fremdeles har en sekundær vedtakelseskompetanse.

Grensene for myndighetsutøvelsen ved vedtakelsesprosessen for regionale metoder og vilkår er endret, og etterlater enkelte spørsmål. Dette inkluderer forståelsen og rekkevidden av begrepet

²⁹⁵ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2).

²⁹⁶ COM(2016) 863 s. 7.

²⁹⁷ ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10).

²⁹⁸ Vos (2018) s. 41.

²⁹⁹ Elforordningen 713/2009 art. 68, jf. art. 61 (2).

«cross-border trade and security», og om ACER i realiteten kan vedta TCMer på regionalt plan som ikke direkte angår disse temaene. Ordlyden er såpass åpen, at dette neppe vil bli anførsler som kan føre frem ved eventuell overprøving. Denne problemstillingen er av viktighet fordi den direkte berører når et vedtak kan henvises fra reguleringsmyndighetene til ACERs regulatorstyre.

ACER går etter den nye ACER-forordningen enda lengre i å bli en europeisk regulator, hvor dens oppgaver blir mer betydningsfulle og av overordnet art, sammenlignet med ACER-forordningen 713/2009.³⁰⁰ Opprinnelig har ACERs hovedoppgaver bestått i koordinering av reguleringsmyndighetenes vedtak, rådgivning og overvåkning av opprettelsen av det indre energimarkedet.³⁰¹ Med en ubegrenset primærkompetanse for europeiske vedtak uten materielle skranker, er det klart at rammene for ACERs myndighetsutøvelse er utvidet, mens enkelte aspekter ved myndighetsutøvelsen i forholdet til reguleringsmyndighetene fremdeles fremstår som uklare. Samlet sett er dette en uheldig kombinasjon som kan gi grobunn for rettslig tvister i krysningpunktet mellom reguleringsmyndighetene og ACER sin myndighetsutøvelse. Som sagt er dette vesentlig for endelig utfall av vedtak.

Grunnlaget, og den videre utviklingen av vedtakelsesprosedyren, danner et omfattende system, som resulterer i en mengde rettslig bindende vedtak. De er betydelige etter sin art og omfang. Gjennomgangen av vedtakelsesprosedyren viser derfor at hensynet til effektivitet er svært viktig i hovedsak på grunn av koordinering av flere aktører, mange vedtak og korte tidsfrister. En mulighet for å anmode om endringer av tidligere vedtak er også en praktisk viktig mulighet for å ivareta dette hensynet. Ved å sørge for en tilfredsstillende vedtakelsesprosedyre, som er forutsigbar for aktørene, vil man oppnå større effektivitet og mindre retts tvister som følge av uavklart rettstilstand.³⁰² I forlengelse av dette må derfor den rettslige statusen som tillegges vedtakene være med på å sikre tilstrekkelig effektiv vedtakelse og gjennomføring av vedtakene.³⁰³

³⁰⁰ At ACER er en «pan-European regulator» er avvist av Kommisjonen, jf. COM(2016) 863 final s. 17. Sml. Hancher (2010) s. 320.

³⁰¹ COM(2016) 863 final s. 7.

³⁰² Det fremtredende eksemplet på dette er avklaring av spørsmålet om hvor mange reguleringsmyndigheter som kreves for å fremsette endringsforespørsel. Se i punkt 3.3.3 om dette.

³⁰³ Tanase (2018).

4 Gjennomføring og kontroll av metoder og vilkår

4.1 Innledning

Vedtakelsesprosessen har i det foregående belyst hvem som er pliktsubjekter for utarbeidelse og vedtakelse av forslag til metoder og vilkår. For vedtakene sin del stopper imidlertid ikke spørsmålet om rettslig status ved tidspunktet for vedtakelsen. Vedtakene er av faktisk og teknisk natur og krever gjennomføring enkeltvis for at de sammen skal nå formålet om opprettelsen av det indre energimarkedet.³⁰⁴ Hensynet til effektivitet henger også nært sammen med gjennomføring. Vedtak om metoder og vilkår er tekniske regler vedrørende grensekryssende handel med kraft for opprettelse av det indre energimarkedet. Den rettslige statusen vedtakene tillegges burde tilrettelegge for at det grensekryssende samarbeidet og gjennomføringen blir tilstrekkelig effektiv.

Rettslig overprøving av vedtakene vil ikke gi utsettende virkning i forbindelse med gjennomføring.³⁰⁵ Delkapittelet starter derfor med å redegjøre for utgangspunktene ved gjennomføring av medlemsstatene i EU. Punkt 4.3 vil gjennomgå mulighetene for overprøving av metodene og vilkårene, både for reguleringsmyndighetene og ACER sine vedtak. Med «kontroll» menes formelle overprøvmuligheter.³⁰⁶ For reguleringsmyndighetene vil et nasjonalt organ foreta overprøving. For ACERs vedtak kan denne overprøves av ACERs klageorgan og videre av EU-domstolen. Redegjørelsen her vil konsentrere seg om personelle, og prosessuelle vilkårene og hva som kan overprøves materielt sett.³⁰⁷ Hovedtyngden av redegjørelsen vil ligge på å avklare EU-rettens regler i forbindelse med overprøving av ACERs vedtak, fordi overprøving av reguleringsmyndighetenes vedtak vil følge medlemsstatenes interne rett. Omfanget av, og muligheten for rettslig overprøving, er sentralt for aktørenes rettslige posisjon, og dermed viktig for å avklare vedtakenes rettslige status.

Deretter vil oppgaven se på gjennomføring av vedtakene i EØS-avtalen og i norsk rett i punkt 4.4. Den valgte gjennomføringsmetoden for metoder og vilkår i norsk rett kan belyse hvilke rettigheter og plikter markedsaktørene har i prosessen, og når disse inntreffer. Dette kan bidra til å avklare vedtakenes rettslige status i Norge. For norsk gjennomføring vil både direkte og indirekte kontrollmekanismer bli redegjort for i punkt 4.4.4.

³⁰⁴ Marinova (2016) s. 693.

³⁰⁵ ACER-forordning 2019/942 art. 28 (3).

³⁰⁶ Oppgaven avgrenser mot andre kontrollmekanismer oppstilt i Eldirektivet og Elforordningen.

³⁰⁷ Oppgaven avgrenser mot rettslig overprøving av retningslinjene etter TFEU art. 263 og 277.

4.2 Gjennomføringsplikten

Kommisjonen har fremhevet viktigheten av full gjennomføring og effektiv håndhevelse som en førsteprioritet.³⁰⁸ Effektiv gjennomføring er viktig fordi vedtakene vedrører grensekryssende virksomhet. Å gjennomføre vedtakene om metoder og vilkår følger av vedtakene selv, og er ikke utført regulert i retningslinjene. Gjennomføringsplikten er imidlertid bindende, og delkapitlet skal kort redegjøre for innholdet i denne.

Først må det avklares hvem som er pliktsubjekt. Dette avhenger av medlemsstatenes TSOer og NEMOer, av vedtakets nivåregulering, og herunder vedtakets adressater.³⁰⁹ For eksempel vil et europeisk vedtak være rettet mot alle medlemsstatenes TSOer, eventuelt NEMOer. For regionale vedtak vil dette innebære TSOene, eventuelt NEMOene i en allerede fastsatt region. Juridisk vil en gjennomføringsplikt først og fremst bety å være ansvarlig for korrekt og fullstendig gjennomføring, herunder å være gjenstand for håndhevelse og sanksjoner pålagt etter nasjonal rett.³¹⁰

Selve gjennomføringen kan medføre forskjellige nasjonale forvaltningsmessige prosedyrer for gjennomføring.³¹¹ Reguleringsmyndighetene plikter å gjennomføre vedtakene gjennom enten nasjonale, eller koordinerte regionale og europeiske regler.³¹² Den praktiske gjennomføringen i intern rett innebærer eventuelt å rette vedtak videre mot andre markedsaktører for å sikre fullstendig gjennomføring. Medlemsstatene må sørge for nødvendig kompetanse, slik at reguleringsmyndighetene eller TSOene kan pålegge andre markedsaktører deltakelse i gjennomføringen, om nødvendig.³¹³ Dette vil dermed innebære et omfattende samarbeid, ikke bare med andre lands TSOer, men også med øvrige markedsaktører. Se ellers i delkapittel 5.4.5 for en redegjørelse av hvordan gjennomføringsforpliktelsen i EU kan analyseres.

Så er spørsmålet når gjennomføringsplikten inntreffer. For europeiske vedtak vil vedtaket være bindende for alle TSOer og NEMOer, idet ACER kunngjør vedtaket.³¹⁴ De nevnte aktørene er

³⁰⁸ COM(2015) 80 s. 9. Se Papsch (2016) «Reporting and review of the Directives» for en redegjørelse av sentrale kontrollmekanismer for håndhevelse.

³⁰⁹ Hancher (2021) s. 45.

³¹⁰ TSOene kan ilegges sanksjoner i nasjonal rett etter Eldirektivet 2019/944 art. 59 (3) bokstav d. Reguleringsmyndighetene kan opptre som klageorgan for klager på TSOene etter Eldirektivet 2019/944 art. 60 (2). Vedtakene kan påklages til nasjonalt klageorgan, jf. art. 60 (8). Se i punkt 4.3.2 om dette.

³¹¹ Börzel (2017) s. 243.

³¹² Eldirektivet 2019/944 art. 59 (1) bokstav e.

³¹³ I Norge kan RME ved enkeltvedtak instruere Statnett. Statnett kan ved enkeltvedtak, pålegge andre markedsaktører plikter. Se i oppgavens punkt 4.4.3.

³¹⁴ TFEU art. 297 (2) siste ledd.

da pliktsubjekt for gjennomføring.³¹⁵ For regionale og nasjonale vedtak, med én eller flere reguleringsmyndigheter, vil TSOene være bundet av deres vedtak. Deretter må vedtaket gjennomføres under nasjonal rett, før det har bindende virkning internt.³¹⁶ Tidsfristen for gjennomføringen skal fastsettes enkeltvis i hvert av forslagene til vedtak. CACM, FCA, og SOGL angir at TSOene og NEMOene³¹⁷ skal i sitt forslag skissere ut «forslag til frist for gjennomføring av disse».³¹⁸ Deretter skal reguleringsmyndighetene godkjenne dette forslaget. Gjennomføringsfristen som er fastsatt og godkjent anses da som bindende, og overtredelse av dette vil kunne anses som et brudd på EU-retten, som medlemsstaten må håndheve og sanksjonere nasjonalt.³¹⁹

Fristen for gjennomføring etter EB art. 5 (5) skal ikke være lengre enn tolv måneder etter godkjenning fra reguleringsmyndighetene. Imidlertid kan relevante reguleringsmyndighetene «avtale å forlenge fristen».³²⁰ Bestemmelsen sier ikke noe om maksimal gjennomføringsfrist. Andre frister for gjennomføring kan også følge av retningslinjen selv.³²¹ Tilsvarende mulighet for fristforlengelse er ikke nevnt i de andre retningslinjene. Det må likevel antas at TSOene og reguleringsmyndighetene i CACM, FCA, og SOGL også har en viss skjønnsmargin til å fastsette fristen slik de anser hensiktsmessig. Tidsfristen som fastsettes må være i samsvar med kompleksiteten og omfanget av vedtaket.

Dette viser at gjennomføringsplikten avhenger av vedtakets nivåregulering, både for hvem som er pliktsubjekt, tidsfrist og for inntreden av gjennomføringsplikten. Selve gjennomføringen følger av nasjonal rett. En mulig implikasjon av dette er at vedtakene kan få ulik rettslig status i medlemsstatene. Oppgaven nøyer seg med å påpeke problemstillingen fordi avklaringen av dette spørsmålet krever en komparativ analyse. Til slutt vil en juridisk gjennomføringsplikt innebære at man kan bringe vedtak inn til klageorgan eller nasjonale domstoler. Dette er tema i neste punkt.

4.3 Rettslig overprøving av vedtak om metoder og vilkår

4.3.1 Innledning

Legalitet og rettslig kontroll er sentralt i diskusjonen av både ACERs og reguleringsmyndighetenes betydelige vedtakelseskompetanse i forbindelse med metoder og vilkår.³²² Disse er ikke

³¹⁵ Eldirektivet 2019/944 art. 59 (1) bokstav g.

³¹⁶ Hancher (2021) s. 46.

³¹⁷ NEMOene og TSOene skal kun samarbeide i forbindelse med vedtak hjemlet i retningslinjen CACM.

³¹⁸ FCA art. 4 (8), CACM art. 9 (3) og SOGL art. 6 (6).

³¹⁹ TEU art. 4 (3). Medlemsstatene er forpliktet til å bruke nasjonale bestemmelser for å håndheve EU-retten, jf. Hofmann (2011) s. 691.

³²⁰ EB art. 5 (5) andre setning.

³²¹ EB art. 5 (5) andre setning.

³²² Både primær- og sekundær vedtakelseskompetanse etter tredje og fjerde energimarkedspakke.

alminnelige lovgivere, men vedtar rettslig bindende beslutninger som vil ha stor virkning for markedsaktører. Muligheten for overprøvingen og omfanget av denne vil belyse hvilken rettslig status vedtakene har.

Delkapittelet skal belyse i hvilken grad disse rettslige beslutningene kan overprøves. Kapittelet vil videre ha som formål å få frem i hvilken grad sentrale aktører som TSOer, nasjonale reguleringsmyndigheter og andre interessenter kan overprøve beslutninger. Det sentrale å se på er hvor snever personkretsen er for å inngi klage, hva som kan overprøves materielt sett, samt hvilke prosessuelle vilkår som må være oppfylt. En forutsetning for rettslig kontroll er at vedtaket er en rettslig bindende beslutning.³²³ Oppgaven vil behandle mulighetene for rettslig kontroll, begrenset til å gjelde det som er relevant i forbindelse med vedtakene.

Reguleringsmyndighetenes vedtak kan bringes inn for nasjonale klageorganer og domstoler. ACERs bindende vedtak om metoder og vilkår kan påklages til deres klageorgan, og klageinstansens vedtak kan prøves av EU-domstolen.³²⁴ I det følgende vil oppgaven belyse hvilke bestemmelser som er videreført, eventuelt endret gjennom fjerde energimarkedspakke.

4.3.2 Administrativ overprøving av reguleringsmyndighetenes vedtak

Reguleringsmyndigheten er gitt en omfattende vedtakelseskompetanse i retningslinjene. Kompetansen til å vedta bindende vedtak har sin hjemmel i Eldirektivet 2019/944 art. 59 (7) bokstav a-c.³²⁵ Reguleringsmyndighetenes vedtakelseskompetanse er ikke begrenset til metoder og vilkår. De har også myndighet til å pålegge sanksjoner etter Eldirektivet 2019/944 art. 59 (3) bokstav d og behandle klager på TSOene etter Eldirektivet 2019/944 art. 60 (2). Nasjonal overprøving av vedtak er dermed vesentlig for de berørte. Oppgaven omtaler dette som reguleringsmyndighetenes bindende vedtak. Forutsetningen for etterhåndskontrollen er at reguleringsmyndighetene er endelig beslutningsmyndighet.³²⁶

Rettsaktene i tredje og fjerde energimarkedspakke etablerer ikke et eget klageorgan for reguleringsmyndighetene. Eldirektivet 2019/944 art. 60 (8)³²⁷ angir at hvert medlemsland selv må sørge for at det finnes «hensiktsmessige ordninger» på nasjonalt plan hvor den som er «berørt av en reguleringsmyndighets beslutning» har adgang til å klage til et organ, som er «uavhengig»

³²³ ACER har myndighet til å kontrollere reguleringsmyndighetenes vedtak etter ACER-forordningen 2009 art. 7 (4). Denne kontrollen utføres imidlertid som en «uttalelse», og er ikke rettslig bindende. Reguleringsmyndighetene kan kontrollere hverandre her ved å kreve en uttalelse fra ACER vedrørende et vedtak, se for eksempel uttalelse 09/2015.

³²⁴ ACER-forordning 2019/942 art. 29. Tilsvarende bestemmelse i ACER-forordning 713/2009 art. 20.

³²⁵ Tilsvarende bestemmelse i Eldirektivet 2009/72/EF art. 37 (6).

³²⁶ Dette utelukker europeiske vedtak fra ACER etter ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2).

³²⁷ Tilsvarende bestemmelse i Eldirektivet 2009/72/EF art. 37 (17).

de berørte partene og enhver regjering. Medlemsstatene er dermed forpliktet til å opprette et organ som kan behandle klager på reguleringsmyndighetenes vedtak.

At medlemslandene selv skal finne en «hensiktsmessig» løsning viser at de er gitt en viss skjønnsmargin til selv å velge hvordan dette best skal organiseres i deres eget tilfelle. Kommisjonen har uttalt at det bør opprettes ordninger hvor klageorganet kan avgjøre saker på kort tid.³²⁸ Direktivet legger opp til en løsning hvor hvert enkelt medlemsland selv skal regulere hvordan overprøvingen skal foregå. Etter bestemmelsens ordlyd er ikke alminnelig nasjonal domstolskontroll tilstrekkelig i seg selv, i tillegg til at reguleringsmyndigheten eller andre berørte parter ikke selv kan overprøve vedtak. Det mest nærliggende kan tenkes å opprette uavhengige klageorganer for å behandle disse klagen. For eksempel kan vedtak truffet av Reguleringsmyndigheten i Norge (RME) påklages til Energiklagenemda for administrativ overprøving.³²⁹

Det kan videre spørres hvordan man skal tolke inngangsvilkåret «berørt» og hvorvidt dette henviser til et vilkår for klageadgang i seg selv, eller om medlemslandene har fått en frihet til å fastsette nærmere vilkår for klageadgang i nasjonal rett. For dette tilfellet, hvor det er et fravær³³⁰ av nærmere regulering i Eldirektivet, blir det opp til medlemsstatene selv å fastsette hvilke prosessuelle vilkår som skal gjelde for å ivareta TEU art. 19 (1) krav til «effective legal protection». Medlemslandene må etter TEU art. 19 (1) i utgangspunktet selv sørge for å etablere «remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union Law». Kravene til ekvivalens og effektivitet³³¹ vil legge føringer på hva som er tilstrekkelige nasjonale tiltak.³³²

Som utgangspunkt skal alle vedtakene, og begrunnelsen bak disse, gjøres offentlig tilgjengelig.³³³ Formålet med tilgjengeliggjøringen er at enhver som er berørt av vedtaket kan da vurdere om de har tilstrekkelig grunn til å overprøve vedtaket rettslig.³³⁴ Nasjonal kontroll av reguleringsmyndighetenes vedtak omtales som en desentralisert håndhevelse av EU-retten.³³⁵ Reguleringsmyndighetene skal i utgangspunktet være uavhengig av offentlige myndigheter, men det begrenser ikke muligheten for å bringe inn vedtaket til domstolen i reguleringsmyndighetenes

³²⁸ Europakommisjonen (2010) s. 20.

³²⁹ Forskrift 24. oktober 2019 nr. 1420 om Energiklagenemda § 1 (1).

³³⁰ Jf. C-3/16 *Aquino v ACER* avsnitt 48.

³³¹ Fredriksen (2018) s. 222.

³³² Cabau (2016) s. 269.

³³³ Eldirektivet 2009/72/EF art. 37 (15) (16), og Eldirektivet 2019/944 art. 60 (7).

³³⁴ Europakommisjonen (2010) s. 19.

³³⁵ Hofmann (2011) s. 140.

jurisdiksjon.³³⁶ Vilkårene for nasjonal domstolsprøving vil følge de sivilrettslige reglene i vedkommende jurisdiksjon. Det avgrenses videre mot dette.

4.3.3 Administrativ overprøving av ACERs vedtak

4.3.3.1 Innledning

ACERs klageorgan «Board of Appeal» har hjemmel i ACER-forordningen 713/2009 art. 18 og 2019/942 art. 25.³³⁷ Å bruke klageorgan skal være prosessbesparende,³³⁸ og ivareta berørtes rett til overprøving av alle sider av et vedtak.³³⁹ ACERs myndighet til å treffe rettslig bindende beslutninger har direkte virkning for den rettslige posisjonen og interesser til private markedsaktører.³⁴⁰ Opprettelse av klageorgan er dermed en sentral juridisk kontrollmekanisme *ex post*.³⁴¹

Forutsetningen for overprøving av ACERs klageorgan er at rettsakten er rettslig bindende.³⁴² Vedtak om metoder og vilkår er en bindende rettsakt og kan dermed overprøves av klageorganet. Oppgaven vil videre se på personkrets, utvalgte prosessuelle spørsmål og klageorganets prøvingsintensitet.

4.3.3.2 Personkrets

ACER-forordningen 2019/942 art. 28 angir at «enhver fysisk eller juridisk person, herunder nasjonale reguleringsmyndigheter» kan påklage en beslutning tatt av ACER. Det er videre to alternative vilkår for innklaging av et ACER-vedtak. Enten må beslutningen være «rettet til» klager, eller så må beslutningen «direkte berøre» klager.³⁴³

Forutsetningen i første omgang er at beslutningen er «rettet til» vedkommende.³⁴⁴ Dette vilkåret er objektivt, og har en snever personkrets. Utgangspunktet er likevel at dersom en beslutning

³³⁶ Eldirektivet 2009/72/EF fortalens punkt 34.

³³⁷ Mulighet for opprettelse av klageorgan for EU-byråer følger av TFEU art. 263 (5).

³³⁸ ACER-forordning 713/2009 fortalens punkt 19.

³³⁹ Sammenlignet med at EU-domstolen kun foretar en begrenset prøving av vedtaket, jf. sak T-187/06 *Schröder* avsnitt 59.

³⁴⁰ Godin (2018) s. 197.

³⁴¹ Kontrollmekanisme *ex post* referer til kontroll etter at vedtaket er fattet, jf. Vos (2018) s. 42.

³⁴² Se TFEU art. 263 (5) som angir at rettsakten må være «intended to produce legal effect». Dette er også bekreftet i klageorganets praksis i senere tid, se for eksempel A-001-2015 *E-Control I* avsnitt 24.

³⁴³ Dette tilsvarer bestemmelsen i ACER-forordning 713/2009 art. 19.

³⁴⁴ Norsk oversettelse av forordningsteksten. Engelsk versjon operer med begrepsbruken «addressed to that person», alternativt må vedtaket være av «direct and individual concern».

har oppgitte adressater, så vil disse alltid ha søksmålsadgang.³⁴⁵ Dette vil typisk inkludere medlemsstatenes TSOer som er direkte part i et vedtak.³⁴⁶

For de vedtaket ikke er rettet til, innebærer dette at vedtaket må «direkte berøre» klager for at rettslig klageinteresse for ACERs klageorgan. Vilkåret legger dermed opp til en mer subjektiv vurdering av klagerens forhold. Ordlyden i den norske oversettelsen får ikke frem at det i realiteten er tale om to kumulative vilkår for rettslig interesse i klagesaken. Vedtaket må både være av «direct» og «individual concern» for vedkommende etter den engelske språkversjonen.³⁴⁷ Direkte betydning henviser til at vedtaket må påvirke klagerens rettslige situasjon,³⁴⁸ mens individuell betydning henviser til at klagerens situasjon må «differensieres fra alle andre personer».³⁴⁹ Det er derfor en snever adgang for å klage, for alle andre som ikke har vedtaket «rettet til» seg selv.

Vilkårene vitner om en generelt sett snever krets av aktører som kan klage inn vedtak. Imidlertid vil klageadgangen gjennom første vilkår medføre at TSOer og NEMOer har mulighet til å klage inn en avgjørelse fra ACER, siden disse er vedtakets adressater. Andre markedsaktører må oppfylle vilkårene til «direct» og «individual concern». Klageadgangens personkrets er dermed tilstrekkelig for å ivareta de viktigste aktørenes rett til overprøving av vedtak. TSOenes og NEMOenes rettslige interesser blir ivaretatt gjennom muligheten for å starte en klagesak. Dette er vesentlig fordi disse ikke deltar i endelig vedtakelse av metoder og vilkår, men er likevel ilagt omfattende gjennomføringsforpliktelser i medlemsstatene.

4.3.3.3 *Prosessuelle spørsmål*

Dette delavsnittet skal redegjøre for de prosessuelle sidene ved klageorganets behandling av vedtaket. Dette vil relatere seg til hva klageorganet prosessuelt kan foreta i vurderingen av vedtaket.

ACER-forordningen 713/2009 art. 19 (5) angir at klageorganet kan «utøve enhver myndighet som hører inn under Byråets ansvarsområde, eller oversende saken til vedkommende organ i byrådet». Dette betyr at klageorganet, etter ordlyden, kan stadfeste vedtaket, endre innholdet, eller sende vedtaket tilbake til ACER.³⁵⁰ Klageorganet har her tilsvarende kompetanse som ACER, i form av materiell kompetanse. ACER er bundet av klageorganets beslutning.

³⁴⁵ Sml. Fredriksen (2018) s. 279.

³⁴⁶ Askhaven (2019) s. 155. Se kilde for begrunnelsen for innholdet i disse vilkårene.

³⁴⁷ Den engelske språkversjonen må legges til grunn for forståelsen av den norske oversettelsen.

³⁴⁸ Til sammenligning er ordlyden i TFEU art. 263 tilsvarende. Se Craig og de Búrca (2020) s. 546.

³⁴⁹ Askhaven (2019) s. 155, Craig (2020) s. 548.

³⁵⁰ Askhaven (2019) s. 157.

Ordlyden i ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (5) er endret. Bestemmelsen angir at klageorganet «may confirm the decision or it may remit the case to the competent body of ACER».³⁵¹ Dansk språkversjon opererer med å *hjemvise* saken til kompetent organ i ACER.³⁵² Dette betyr at ACERs klageorgan må sende saken tilbake. Etter ordlyden er derfor klageorganets kompetanse blitt begrenset sammenlignet med ACER-forordningen 713/2009. Klageorganet har kun to muligheter, enten å stadfeste vedtaket, eller å sende det tilbake til kompetent organ i ACER for ny behandling.³⁵³ Tilsvarende som i forrige forordning er vedkommende organ bundet av klageorganet.

Konklusjonen er at behandlingsprosedyren til ACERs klageorgan har endret seg i den nyeste ACER-forordningen. Det kan antas at endringen i den nye forordningen ikke vil medføre store konsekvenser, tatt i betraktning at ACER i andre omgang vil være bundet av klageorganets begrunnelse for eventuelt å hjemvise saken. Det er sagt at muligheten for å endre vedtaket i klageorganet bare har vært en teoretisk mulighet,³⁵⁴ som også tilsier at endringen ikke er av stor praktisk betydning.

4.3.3.4 Klageorganets prøvingsintensitet

Etter å ha fastslått at klageorganets muligheter for å behandle vedtaket er endret fra ACER-forordningen 2009, skal det redegjøres for klageorganets materielle prøvingsintensitet. Oppgaven bruker betegnelsen «prøvingsintensitet» som en betegnelse på hvor inngående klageorganet faktisk overprøver vedtaket. Å kartlegge rekkevidden av klageorganets prøvingsintensitet er sentralt fordi det belyser hvordan vedtakene om metoder og vilkår blir overprøvd, eventuelt hvilke sider av vedtaket klageorganet ikke behandler.

Utgangspunktet i ACER-forordningen 713/2009 art. 19 (4) er at klageorganet skal undersøke hvorvidt klagen er «velbegrunnet». Bestemmelsen er videreført i ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (4).³⁵⁵ Ordlyden kan gi inntrykk av at klageorganets materielle kompetanse er uten begrensninger, og dermed legger opp til at klageorganet selv kan vurdere rekkevidden av ens egen prøvingsintensitet.³⁵⁶ Ordlyden som sådan legger ingen direkte føringer på klageorganets overprøving. Det er også slik klageorganet selv har tolket bestemmelsen.³⁵⁷

³⁵¹ Ordet «remit» kan forstås slik: «refer (a matter for decision) to an authority», jf. Ordnett (u.å.).

³⁵² Ordnet (u.å.): «vise en sag fra en overordnet ret tilbage til behandling ved underretten, ved hvilken den var afvist, hævet ell. ufyldstgørende behandlet».

³⁵³ Se A-007-2020 avsnitt 92, hvor klageorganet sender vedtaket tilbake til ACER for å «ensure compliance with these findings», jf. A-001-2017 *E-Control 2* og A-001-2018.

³⁵⁴ Schütz (2020) s. 269.

³⁵⁵ ACER skal vurdere om klagen er «well-founded» jf. art. 28 (4).

³⁵⁶ Hertzberg (2018) s. 218.

³⁵⁷ Se anførsel i sak T-735/18 *Aquind v. ACER* avsnitt 44.

I klageorganets praksis har rekkevidden av prøvingsintensitet vært gjenstand for diskusjon. I A-006-2019 konkluderte klageorganet med at prøvingsretten var begrenset til å gjelde «manifest error of assesment or misuse of power», i likhet med rettspraksis fra EU-domstolen.³⁵⁸ I klagesaken A-001-2018 ble det også lagt til grunn at ACER burde få en skjønnsmargin ved beslutninger, og at den rettslige kontrollen av den grunn avgrenser fra tekniske og økonomiske spørsmål.³⁵⁹

Sistnevnte sak gjaldt hvorvidt ACER kunne gi unntak³⁶⁰ for Aquind fra å delta i samkjøringslinjen mellom det britiske og franske elektrisitetsnettverket. Aquind ble ikke tilkjent slikt unntak av ACER, og klageorganet tok ikke klagen til følge i sak A-001-2018. Denne ble deretter anket til EU-domstolen, og saken ble avgjort av EU-domstolen 18. november 2020.³⁶¹

Hovedanførselen var at klageorganet urettmessig utførte en begrenset overprøving av tekniske og økonomiske vurderinger i ACERs opprinnelige vedtak.³⁶² Prøvingen til klageorganet var begrenset til hvorvidt ACER hadde utøvd en "manifest error" ved vedtaket. EU-domstolen ga Aquind medhold, og konkluderte med at det var gjort en rettslig feil idet klageorganet opererte med en begrenset prøving av tekniske og økonomiske vurderinger.³⁶³ ACERs klageorgan var opprettet til formål å innføre et klageorgan, for tilfeller hvor byrået velger å bruke sin vidtrekkende kompetanse til å vedta rettslig bindende beslutninger vedrørende tekniske og vitenskapelige spørsmål.³⁶⁴ Det ble også vist til at klageorganet, som nettopp er en del av ACER, innehar den nødvendige tekniske og faglige ekspertisen til å foreta slike vurderinger.³⁶⁵

Dette må ses i sammenheng med ankemuligheten til EU-domstolen. I den nye ACER-forordningen er det en forutsetning at ankemulighetene gjennom klageorganet er uttømt, for å bringe saken inn til EU-domstolen.³⁶⁶ Klagevedtaket er det som er gjenstand for videre rettslig overprøving, og ikke det opprinnelige vedtaket fra ACER. Dersom ankeorganets prøvingsintensitet er begrenset, vil overprøving i EU-domstolen i praksis innebære en "begrenset kontroll av en

³⁵⁸ A-006-2019 avsnitt 56.

³⁵⁹ A-001-2018 avsnitt 52.

³⁶⁰ Unntak for å delta i nye utenlandsforbindelser har hjemmel i Elforordningen 714/2009 art. 17.

³⁶¹ Sak T-735/18 *Aquind v. ACER*.

³⁶² Sak T-735/18 *Aquind v. ACER* avsnitt 42.

³⁶³ Sak T-735/18 *Aquind v. ACER* avsnitt 71.

³⁶⁴ Sak T-735/18 *Aquind v. ACER* avsnitt 51.

³⁶⁵ T-735/18 *Aquind v. ACER* avsnitt 56.

³⁶⁶ Se umiddelbart nedenfor i punkt 4.3.4. Dette innebærer en endring fra ACER-forordningen 713/2009, hvor både opprinnelig vedtak og klagevedtaket kan bringes inn for EU-domstolen.

begrenset kontroll".³⁶⁷ Det er klart at et slikt resultat ikke vil samsvare med hensynet til effektiv domstolskontroll.

Dommen gjelder spørsmålet om unntak etter Elforordningen art. 17 og prøvingsretten deretter, men spørsmålsstillingen er prinsipiell og kan komme opp i forbindelse med metoder og vilkår, da disse for det meste gjelder tekniske spørsmålsstillinger.³⁶⁸ Denne dommen avklarer rekkevidden av klageorganets prøvingsintensitet, og konklusjonen er at klageorganet i utgangspunktet må prøve alle sidene ved et vedtak fra ACER. Dommen vil legge føringer på klageorganets praksis i fremtiden.

4.3.4 EU-domstolens kontroll av ACERs vedtak

ACER-forordningen 2019/942 oppstiller endringer for domstolskontroll av ACERs vedtak, og denne endringen vil først redegjøres for. Deretter vil det belyses hvilken materiell overprøving EU-domstolen foretar. Oppgaven forholder seg til det som er relevant for muligheten til å overprøve vedtak om metoder og vilkår, og vil avgrense mot en generell drøftelse av vilkårene for domstolskontroll av rettsakter i EU.

ACER-forordningen 713/2009 art. 20³⁶⁹ angir vilkårene for at et ACER-vedtak kan overprøves av EU-domstolen. Det kan tenkes to ulike prosesser som fører til rettslig kontroll av vedtak etter denne forordningen:

1. Tilfeller der vedtaket har vært prøvd av klageorganet på forhånd etter art. 19. Klagevedtaket er det som er gjenstand for overprøving av EU-domstolen.
2. Tilfeller der vilkårene etter art. 19 ikke er oppfylt. Selve vedtaket til ACER er da gjenstand for overprøving.

ACER-forordningen 713/2009 er erstattet av den nye forordningen.³⁷⁰ Vilkårene for å klage inn en avgjørelse til EU-domstolen er her endret i ACER-forordningen 2019/942 art. 29. Bestemmelsen angir at:

“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

³⁶⁷ Jf. T-735/18 *Aquind v. ACER* avsnitt 58.

³⁶⁸ Se for eksempel A-001-2017 avsnitt 108, hvor klageorganet anlegger samme utgangspunkt, og konkluderer med at de ikke kan vurdere hvordan begrepet "congestion" skal defineres, men kun hvorvidt ACER har gjort en "manifest error of assesment".

³⁶⁹ Adgangen til å klage inn ACER sitt vedtak er videreført i ACER-forordningen 2019/942 art. 29. Det er foretatt noen endringer.

³⁷⁰ ACER-forordningen 2019/942 art. 46.

Court of Justice only after the exhaustion of the appeal procedure referred to in Article 28. (...)”

Et vedtak fra ACER kan bare klages inn til EU-domstolen med påstand om å annullere vedtaket eller med påstand om fristovretredelse fra ACER. En forutsetning for adgangen til å prøve vedtaket ved EU-domstolen er at klageprosedyren gjennom ACERs klageorgan er uttømt, jf. bestemmelsens ordlyd «only after the exhaustion». Verken art. 29 eller forordningens fortale³⁷¹ angir hvorvidt ACERs vedtak kan bringes direkte inn for EU-domstolen i likhet med forrige forordning, i tilfelle vilkår for overprøving i klageorganet ikke er oppfylt. Ordlyden i den nye forordningen gir heller klart uttrykk for at en slik mulighet ikke lengre foreligger. Konklusjonen er derfor at ordlyden er endret, og at saken må gjennom klageorganet før EU-domstolen.

Hvorvidt denne endringen har praktisk betydning, er usikkert. Personkretsen for hvem som kan inngi klage etter ACER-forordningen, og hvem som kan klage inn et vedtak til EU-domstolen er sammenfallende. Personkretsen for hvem som kan inngi klage er oppgitt i TFEU art. 263 (4). Ordlyden tilsvare ACER-forordningens personelle vilkår for klageadgang og må forstås på samme måte, siden ACER-forordningen bygger på nettopp TFEU art. 263 (4).³⁷² At den nye forordningen ikke eksplisitt stiller opp en mulighet for domstolsprøving uten å ha uttømt klagemulighetene er dermed av underordnet betydning, og kan anses som en språklig forenkling av forordningsteksten. Fordelen med denne endringen er at klageorganet har muligheten til å fange opp feil før domstolskontroll er aktuelt.³⁷³

Hjemmel for domstolskontroll følger av TFEU art. 263 (1) siste punktum. Bestemmelsen angir at EU-domstolen kan prøve «the legality of acts of bodies, officies or agencies of the Union intended to produce legal effects vis-à-vis third parties».³⁷⁴ Forutsetningen her er at vedtaket «intended to produce legal effects», hvilket vil si at kun rettslig bindende vedtak, som medfører en vesentlig endring i klagers rettslige posisjon,³⁷⁵ er gjenstand for domstolskontroll. ACER sitt vedtak om metoder og vilkår kan dermed overprøves av EU-domstolen.

³⁷¹ ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 34.

³⁷² Askhøven (2019) s. 159.

³⁷³ Schütz (2020) s. 269.

³⁷⁴ Bestemmelsen kodifiserer retten til å overprøve vedtak tatt av EU-byråer. Se sak T-411/06 *Sogelma* avsnitt 37. Se nærmere i Craig og de Búrca (2020) kapittel 15 om de generelle adgangsvilkårene for domstolskontroll etter TFEU art. 263.

³⁷⁵ Sak C-60/81 *IBM* avsnitt 9. Det kreves «a distinct change in his legal position». Dansk språkversjon krever en «væsentlig ændring i hans retsstilling».

Dermed blir det spørsmål om hva EU-domstolen kan overprøve materielt sett.³⁷⁶ Etter langvarig fastlagt EU-rettspraksis er det klart at i tilfeller hvor et EU-forvaltningsorgan eller EU-byrå har foretatt kompliserte vurderinger, for eksempel av teknisk art, så er dette gjenstand for en begrenset domstolskontroll.³⁷⁷ I disse tilfellene kan domstolen overprøve «the accuracy of the findings of fact», «law made by the authority concerned», og hvorvidt vedtaket er gjenstand for «manifest error» eller «misuse of power».³⁷⁸ Hensynet bak dette har vært å opprettholde skillet mellom forvaltningen i EU og domstolene.³⁷⁹ Dette betyr at EU-domstolen i realiteten kun kan prøve prosessuelle spørsmål, og materielle spørsmål i den grad det dreier seg om korrekt forståelse av den aktuelle lovteksten og faktum.

For vedtak om metoder og vilkår vil dette bety at de tekniske, administrative og økonomiske vurderingene ved et vedtak ikke blir overprøvd av EU-domstolen. Dette er også en del av begrunnelsen for at de berørte skal ha mulighet til å overprøve vedtaket gjennom ACERs klageorgan, slik at alle sider ved vedtaket overprøves.

4.4 Gjennomføring av metoder og vilkår i EØS-avtalen og i norsk rett

4.4.1 Innledning

Oppgaven har så langt belyst hvordan vedtakelses- og gjennomføringsprosedyren i EU samt rettslig overprøving. Gjennomføringen av metoder og vilkår skjer etter vedtakelse, enten automatisk for europeiske vedtak eller ved gjennomføring i nasjonal rett for regionale og nasjonale vedtak. Dette er fordi vedtakene kan anses som en del av EU-retten grunnet dets hjemmel i retningslinjene,³⁸⁰ og retningslinjene har direkte virkning for medlemsstatene.³⁸¹

Retningslinjene gjennomføres delvis gjennom fastsettelse av metoder og vilkår. Disse er vedtatt av reguleringsmyndighetene eller energibyrået ACER, og dermed er de ikke isolert sett mulig å kategorisere som rettsakter fra EU-organene. For EFTA-lands deltakelse i EUs indre energimarked vil gjennomføringen av vedtakene medføre prosessuelle tilleggssteg, sammenlignet med medlemsstatenes gjennomføring. Ved gjennomføring og innlemmelse av retningslinjene, vil Norge være forpliktet til å gjennomføre europeiske og regionale vedtak, samt å treffe egne nasjonale vedtak.

³⁷⁶ Oppgaven avgrenser mot å redegjøre for de formelle grunnlagene for innbringelse av vedtak etter TFEU art. 263 (2).

³⁷⁷ Sak T-187/06 *Schröder* avsnitt 59.

³⁷⁸ Sak T-187/06 *Schröder* avsnitt 59.

³⁷⁹ Hertzberg (2018) s. 220.

³⁸⁰ Sml. Uttalelse 03/2018 punkt 6.1 avsnitt 23.

³⁸¹ TFEU art. 288.

Delkapittelet skal redegjøre for denne gjennomføringsmetoden. Som tidligere angitt i oppgaven er det viktig å undersøke hvordan gjennomføringen foregår, fordi metoder og vilkår er av slik teknisk og kompleks natur at de krever gjennomføring av både private og offentlige aktører for å oppnå sitt formål om å opprette det indre energimarkedet i EU. Gjennomføringsmetoden hjelper med på å belyse hvilken rettslig status som kan tillegges vedtakene i norsk rett.

Hvilke prosessuelle steg som er nødvendig for at vedtaket skal få internrettslig virkning i Norge avhenger av hvorvidt det er ACER eller RME som er endelig vedtakelsesorgan. Med *internrettslig virkning* mener jeg hva som skal til for at vedtaket skal få virkning i norsk rett, herunder hvilke norske offentlige organer som må stå for gjennomføring, og hvordan. Oppgaven vil belyse dette og trekke frem hensyn bak gjennomføringssystemet som er valgt.

Oppgaven vil i det følgende redegjøre for gjennomføringen av ACER-vedtak i punkt 4.4.2 og videre for RMEs internrettslig gjennomføring i punkt 4.4.3. Rekkefølgen er valgt fordi RMEs internrettslige gjennomføring er tilsvarende for europeiske, regionale og nasjonale vedtak. Fremstillingen vil videre ta utgangspunkt i systemet for gjennomføring av retningslinjene, slik det foreligger etter tredje energimarkedspakke. Som tidligere gjennomgått i oppgaven er ACERs beslutningsmyndighet revidert og utvidet i den nyeste ACER-forordning 2019/942. Hvordan spørsmålet om gjennomføring av metoder og vilkår vil forholde seg, dersom Norge beslutter å innlemme rettsaktene i fjerde energimarkedspakke, gjenstår som et spørsmål.³⁸²

Videre i punkt 4.4.4 vil oppgaven se på gjennomføringsmetoden, og vurdere denne i lys av kontrollmekanismene oppstilt i EFTA-dimensjonen og i norsk rett.

4.4.2 Gjennomføring av ACER-vedtak

ACER har myndighet til å treffe rettslig bindende beslutninger i medlemslandene med direkte virkning. Vedtakene vil allerede ved selve vedtakelsen, ha bindende virkning for medlemslandene.³⁸³ Dette delkapittelet har til formål å redegjøre for gjennomføringsmetoden for vedtak om metoder og vilkår, der ACER er endelig vedtakelsesorgan. Dette vil gjelde ACER-vedtak, på europeisk og regionalt plan, der reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet eller ber om en beslutning. Hensyn bak denne metoden vil også bli belyst løpende.

Norges tilknytning til EU-byråer kan by på utfordringer, spesielt når byråene har omfattende myndighet til å treffe rettslig bindende beslutninger. For å ivareta det institusjonelle rammever-

³⁸² Det avgrenses mot dette.

³⁸³ TFEU art. 297 (2) tredje ledd.

ket for EØS-avtalen samt de konstitusjonelle begrensninger som naturligvis følger av Grunnloven³⁸⁴ kan følgelig ikke ACER, som et EU-byrå, treffe vedtak med direkte bindende virkning i EFTA-land, herunder i Norge. I forbindelse med redegjørelse av underliggende hensyn bak gjennomføringsmodellen vil det bli redegjort for begrepet «direkte bindende virkning».

EØS-avtalen regulerer ikke hvordan tilknytningen til EU-byråer skal utføres, og dermed blir tilknytningen bestemt konkret for hvert EU-byrå.³⁸⁵ I den forbindelse må arkitekturen bak EØS-avtalen kort redegjøres for. Gjennomføringsmetoden for ACER-vedtak baserer seg på to-pilarstrukturen. To-pilarstrukturen innebærer et institusjonelt formelt skille mellom EU-pilaren og EFTA-pilaren, med felles EØS-organer mellom,³⁸⁶ for å ivareta EUs autonomi og EFTA statenes suverenitet.³⁸⁷ I EFTA-pilaren skal organene speile EU-pilaren, på bakgrunn av at bare EUs medlemsland kan delta i EUs institusjoner.³⁸⁸ Dette betyr også at Norge ikke kan ha stemmerett i ACER. «Speiling» mellom organene innebærer at tilsvarende organer på EFTA-siden må basere seg på EU, for å ivareta homogenitetsprinsippet.³⁸⁹ Ensartet fortolkning og anvendelse er av viktighet for lik rettstilstand i EØS og EU.³⁹⁰

Ved innlemmelse av retningslinjene vil det brukes tilsvarende fremgangsmåte for gjennomføring av bindende vedtak i Norge, som for innlemmelse av rettsaktene i tredje energimarkeds-pakke.³⁹¹ EØS-komiteens beslutning 93/2017 artikkel 1 punkt 5 bokstav d angir ACERs vedtak om metoder og vilkår blir lagt til EFTAs overvåkningsorgan, ESA, for innlemmelse i EØS-avtalen. Dette vil innebære en endring i ESAs opprinnelige oppgaver.³⁹² Som eksempel er det for EUs finanstilsyn opprettet protokoll 8 art. 3 i ODA-avtalen, for å fastlegge ESAs nye oppgaver om beslutningsmyndighet.³⁹³ Tilsvarende EØS-tilpasninger kunne tenkes på energiretens område, men Prop. 199 LS (2020–2021) s. 27 avklarer imidlertid at dette ikke er nødvendig.

³⁸⁴ Lov 17. mai 1914 Kongeriket Norges Grunnlov (Grl.) § 115 gjør unntak for tilslutning til internasjonale sammenslutninger som har bare «rent folkerettslig virkning». Lovavdelingen har ved uttalelse JDLOV-2016-2442-3 konkludert med at dette systemet ikke medfører en myndighetsoverføring.

³⁸⁵ NOU 2012:2 s. 176, Leonhardsen (2015) s. 5.

³⁸⁶ Baur (2016) s. 47.

³⁸⁷ Rama (2020) s. 28.

³⁸⁸ Baur (2016) s. 47.

³⁸⁹ EØS-avtalen art. 1 (1)

³⁹⁰ Fredriksen (2018) s. 49.

³⁹¹ EØS-komiteens beslutning nr. 204/2020, nr. 205/2020, nr. 206/2020 og nr. 207/2020. Prop. 199 LS (2020–2021) s. 19.

³⁹² Prop. 4 S (2017–2018) s. 25.

³⁹³ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, signert 2. mai 1992 Oporto (heretter ODA-avtalen).

For energibyrået ACER er systemet ment å være i samsvar med to-pilarstrukturen, hvor det er EFTA-organet ESA som fatter vedtak rettet mot EFTA-statene, tilsvarende som EU-organer treffer vedtak mot sine medlemsstater.³⁹⁴ Til sammenligning er ACER gjennom ACER-forordningen gitt myndighet til å treffe vedtak som direkte berører de nasjonale TSOene i EU-land.³⁹⁵

Prosedyren går ut på at ESA i første omgang baserer seg på et utkast fra ACER. Dette utkastet er ikke rettslig bindende for ESA, men det er en underliggende forutsetning at ESA treffer likt eller likelydende vedtak.³⁹⁶ Homogenitet mellom EU og EFTA pilaren er et sentralt hensyn.³⁹⁷ Nasjonale reguleringsmyndigheter vil få mulighet til å uttale seg før vedtak blir truffet.³⁹⁸ ESA treffer da vedtak for EFTA-statene, hvor det er RME som er bundet av vedtaket.³⁹⁹

Det valgte systemet for gjennomføringen av ACERs bindende vedtak om metoder og vilkår i norsk rett er opprettet av flere årsaker. Gjennomføringsmetoden er begrunnet i at ESAs vedtak ikke får direkte virkning i norsk rett, og dermed har vedtaket bare folkerettslig virkning.⁴⁰⁰ Den avgjørende problemstillingen for direkte virkning av vedtak om metoder er at de «kan fattes med bindende virkning for markedsaktører i Norge uten at norske myndigheter treffer den endelige avgjørelsen».⁴⁰¹ Vedtakene ESA treffer har ikke slik direkte virkning, og dermed er argumentet at vedtaket kun har folkerettslig virkning. ESA vil kun ha mulighet til å rette seg mot RME, som et nasjonalt forvaltningsorgan. Suverenitetshensyn er ment å være ivaretatt ved at nasjonale myndigheter treffer den endelige beslutningen. Den internrettslige virkningen skjer da først ved Statnetts oppfølgingen av RMEs vedtak.

³⁹⁴ Dette gjelder både EU-finansbyrået og ACER, som begge følger samme system for gjennomføring. Prosessen for gjennomføring av EUs finansbyrået er beskrevet i Prop. 100 S (2015–2016) s. 14. Det er tillagt tilsvarende løsning her for energibyrået ACER. Se Prop. 4 S (2017–2018) s. 24.

³⁹⁵ JDLOV-2016-2442-3 punkt 2.4.3.

³⁹⁶ Prop. 4 S (2017–2018) s. 26. Se Memorandum of Understanding between the EFTA Surveillance Authorities and ACER (2020) art. 5 (3), som eksplisitt angir at ESAs vedtak skal vedtas på grunnlag av ACERs utkast.

³⁹⁷ Fredriksen (2018) s. 49, Bekkedal (2019) s. 400.

³⁹⁸ EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav d iv) tredje ledd.

³⁹⁹ Forskrift 24. oktober 2019 nr. 1413 om netregulering og energimarkedet (NEM) § 2-4 (2).

⁴⁰⁰ Se St.prp nr. 50 (1998-99) punkt 4.3.2. Spørsmålet om virkningen av ESAs vedtak er høyst diskutert og har ikke en klar konklusjon. Oppgaven avgrenser mot å foreta en inngående drøftelse av hvorvidt ESAs myndighet bare har «rent folkerettslig virkning», da dette egentlig faller utenfor oppgavens rammer. Dette vil tas opp kun i forbindelse med vurdering av gjennomføringsmetode under punkt 4.4.4. Se ellers for eksempel JDLOV-2016-2442-3 punkt 2.4 for en vurdering av dette. ESA kan treffe vedtak med direkte bindende virkning for private aktører når det gjelder krav om informasjon og bøter, jf. Prop. 4 S (2017–2018) s. 25. Oppgaven vil videre også avgrense mot dette.

⁴⁰¹ JDLOV-2016-2442-2 punkt 3. Se også St.prp. nr.100 (1991–92) s. 337, og St.prp. nr. 50 (1998–99) punkt 4.3.2.

Systemet skal avspeile EØS-avtalens to-pilarstruktur, hvor beslutningsmyndigheten tillagt ACER videreføres til ESA.⁴⁰² På denne måten blir ESA «ACER for EFTA».⁴⁰³ Institusjonelt medfører dette tilleggssteg, siden ESA ikke heller har direkte beslutningskompetanse i Norge. ESAs vedtak kan ikke pålegge norske markedsaktører plikter. Først ved RMEs gjennomføring vil vedtaket få internrettslig virkning mot norske markedsaktører. På denne måten beholdes kontrollen over det endelige vedtaket hos nasjonale forvaltningsorganer. Slik deltakelse i EU-byråer vil ikke nødvendiggjøre overføring av myndighet til overnasjonale organer, da dette er politisk sensitivt og rettslig omdiskutert.⁴⁰⁴ Dette er sammenlignet med andre modeller for deltakelse i EU-byråer.⁴⁰⁵

Arbeidet med fastsettelse av metoder og vilkår er allerede godt i gang i EU. Et stort antall europeiske og regionale vedtak må gjennomføres når retningslinjene blir gjennomført i Norge. Et spørsmål er om allerede vedtatte metoder og vilkår skal adresseres ved EØS-komiteens beslutning vedrørende retningslinjene, slik at prosedyren som her beskrives kun gjelder for fremtidige vedtak som Norge skal gjennomføre. Ut fra EØS-komiteens beslutninger fremstår det ikke slik.⁴⁰⁶ Det differensieres ikke mellom allerede vedtatte metoder og vilkår og fremtidige metoder og vilkår, slik at alle vedtakene må gjennom prosedyren som er beskrevet i dette kapitlet. Resultatet er derfor et stort antall vedtak, som ESA må treffe mot RME, som RME videre må gjennomføre mot Statnett.

Selv om oppgaven avgrenses mot en drøftelse av vedtakenes *reelle* virkning, har det vært nødvendig å se hen til hovedargumentene for begrunnelsen for valg av gjennomføringsmetode. Oppgaven vil delvis komme inn på dette i punkt 4.4.4.3 om vurdering av gjennomføringsmetode

4.4.3 Internrettslig gjennomføring i Norge

ESA treffer vedtak rettet til RME, som RME videre må gjennomføre. RMEs gjennomføring er tema for delkapitlet. Situasjonen gjelder der ESA har rettet et «ACER»-vedtak mot RME, og vedtak som treffes på regionalt og nasjonalt plan av reguleringsmyndighetene enten alene eller med andre reguleringsmyndigheter. Gjennomføringen av begge typer vedtak blir tilsvarende på dette punktet i prosessen.

⁴⁰² Bekkedal (2018) s. 141.

⁴⁰³ Bekkedal (2019) s. 401.

⁴⁰⁴ Fredriksen (2018) s. 140.

⁴⁰⁵ NOU 2012:2 s. 240 og Bekkedal (2019) s. 392 illustrer hvilke modeller for deltakelse som finnes.

⁴⁰⁶ EØS-komiteens beslutning nr. 204/2020, nr. 205/2020, nr. 206/2020 og nr. 207/2020.

I Norge er det RME som er tillagt oppgaven med å gjennomføre vedtakene fra ESA, i tillegg til å vedta metoder og vilkår alene eller i samarbeid med andre lands reguleringsmyndigheter. RME har hjemmel i energiloven § 2-3, og er opprettet for å imøtekomme Eldirektivets krav om opprettelse av en uavhengig og upartisk reguleringsmyndighet.⁴⁰⁷ Uavhengigheten innebærer at RME kan ikke instrueres i sin myndighetsutøvelse.⁴⁰⁸ RME skal også samarbeide med andre reguleringsmyndigheter og internasjonale institusjoner i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser.⁴⁰⁹ Dette inkluderer samarbeid både i forbindelse med vedtakelse av regionale metoder og vilkår med andre reguleringsmyndigheter, og samarbeid med ACER og ESA.⁴¹⁰

For ESAs «ACER»-vedtak vil RME være pliktig til å gjennomføre vedtak ESA har truffet⁴¹¹ gjennom vedtak rettet mot Statnett. ESAs vedtak representerer en folkerettslig forpliktelse for RME, og må derfor følges opp. Dette skal ivareta homogenitetshensyn, noe som også er vesentlig for gjennomføringen av metoder og vilkår. Harmonisering av det regulatoriske regelverket for utveksling av kraft er hovedformålet til vedtakene, og det kan tilsi at det vil gi lite mening med avvikende gjennomføring i hver av pilarene. Vedtaket skal gjennomføres i samsvar med «Norges EØS-rettslige forpliktelser»,⁴¹² som kan bety at RMEs vedtak ikke kan avvike fra ESAs vedtak. Antagelsen er derfor at RME viderefører ESAs vedtak til å bli gjennomført nasjonalt. Oppgaven vil avgrense mot spørsmålet om hvorvidt RME kan nekte å gjennomføre et vedtak fra ESA, da det antagelig betyr at Norge vil ha brutt sine folkerettslige forpliktelser, som kan gi et erstatningsansvar.⁴¹³

For vedtak som skal treffes i samarbeid med andre reguleringsmyndigheter har RME en plikt til å samarbeide.⁴¹⁴ Vedtak som treffes enstemmig mellom reguleringsmyndighetene på regionalt nivå, eller alene på nasjonalt nivå, kan gjennomføres automatisk i norsk rett gjennom å rette vedtaket mot Statnett. ESAs deltakelse vil for disse vedtakene ikke være nødvendig.

Reguleringsmyndighetene gjennomfører vedtaket ved å treffe enkeltvedtak rettet mot systemansvarlig, som er Statnett.⁴¹⁵ Endringene i energiloven § 6-1 (4) legger opp til at regulerings-

⁴⁰⁷ Eldirektivet 2019/944 art. 57 (4), Prop. 5 L (2017–2018) s. 65.

⁴⁰⁸ Eldirektivet 2019/944 art. 57 (4), Prop. 5 L (2017–2018) s. 66.

⁴⁰⁹ Energiloven § 2-3 siste ledd, NEM § 2-4 annet ledd.

⁴¹⁰ Bjørnebye (2020) s. 18.

⁴¹¹ EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav d) i). Plikten fremgår eksplisitt av NEM § 2-4 annet ledd.

⁴¹² NEM § 2-4 annet ledd.

⁴¹³ Bjørnebye (2020) s. 34

⁴¹⁴ Energiloven § 2-3 siste ledd.

⁴¹⁵ Energiloven § 6-1 (2).

myndigheten kan fastsette eller godkjenne vilkår om «system og balansetjenester», «planlegging, driftsettelse eller tilknytning av anlegg i kraftsystemet, som bruk av standardvilkår», «den systemansvarliges kapasitetstildeling og håndtering av flaskehals i overføringsnettet, blant annet for utenlandsforbindelser» og «utøvelse av systemansvaret». Dette følger også av NEM § 6-2. Et enkeltvedtak vil være «bestemmende» for systemansvarliges plikter, og må gjennomføres.⁴¹⁶ Statnett, som systemansvarlig, må derfor sørge for faktisk gjennomføring av vedtaket til RME.

Utgangspunktet er at RMEs vedtak kun kan rettes mot Statnett. Andre markedsaktører blir ikke bundet av RME sitt vedtak. Gjennomføringen kan imidlertid kreve deltakelse av andre aktører, for eksempel distribusjonssystemoperatører (DSO) eller andre markedsaktører.⁴¹⁷ I disse tilfellene må Statnett ha særlig kompetansehjemmel til å pålegge plikter.⁴¹⁸ Kompetansegrunnlaget for Statnett kan fastsettes i medhold av systemansvarsforskriften eller gjennom avtaler med markedsaktører.⁴¹⁹ Etter endringer i energiloven er RME i større grad pliktige til å kontrollere innholdet i disse avtalene.⁴²⁰

Plikten for markedsaktørene til å etterfølge vedtakene følger av energiloven § 6-1 (3). Etter energiloven § 6-1 (3) må enhver som «eier eller driver nett, produksjon eller organisert markeds plass» eller «omsettere og sluttbrukere» rette seg etter systemansvarliges instruksjoner samt beslutninger og vedtak. Markedsaktører må etter dette gjennomføre Statnetts vedtak, som berører gjennomføringen av metoder og vilkår.

Klage på RME sitt vedtak behandles av Energiklagenemda.⁴²¹ Energiklagenemda er en uavhengig klageinstans opprettet for å ivareta krav oppstilt i Eldirektivet.⁴²² NEM § 2-2 siste ledd angir at «enkeltvedtak» RME fatter i henhold til energiloven⁴²³ kan påklages til Energiklagenemda. Statnett, som «part» i vedtaket, eller andre med «rettslig klageinteresse» kan påklage vedtaket til Energiklagenemda.⁴²⁴ Rekkevidden av rettslig klageinteresse beror på en konkret vurdering, herunder om klager har et reelt behov for å inngi klage.⁴²⁵ Markedsaktører som blir

⁴¹⁶ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 2 (a).

⁴¹⁷ Prop. 5 L (2017–2018) s. 71.

⁴¹⁸ Bjørnebye (2019) s. 16. Dette kan antageligvis undersøkes nærmere.

⁴¹⁹ Bjørnebye (2019) s. 16. Forskrift av 17. mai 2002 nr. 448 om systemansvaret i kraftsystemet. En rettslig konsekvens av vedtak om metoder og vilkår er at disse kan innskrenke avtalefriheten til markedsaktørene.

⁴²⁰ Prop. 5 L (2017–2018) s. 71.

⁴²¹ Forskrift av 24. oktober 2019 nr. 1420 om Energiklagenemda.

⁴²² Eldirektivet 2009/72/EF art. 37 (17).

⁴²³ Vedtak som er truffet etter naturgassloven kan påklages jf. samme ledd.

⁴²⁴ NEM art. 2-2 (3), jf. Forvaltningsloven § 28 (1).

⁴²⁵ Sml. Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 1-3 (2).

berørt av vedtakene kan også klage inn Statnetts vedtak til RME etter reglene i forvaltningsloven.⁴²⁶ Overprøvingen av RME sitt vedtak følger alminnelige forvaltningsrettslige regler.⁴²⁷ Energiklagenemda treffer i dette tilfelle vedtak, som videre kan anlegges for norske domstoler.⁴²⁸

4.4.4 Vurdering av gjennomføringsmetode i lys av kontrollmekanismer

4.4.4.1 Innledning

Forrige delkapittel redegjorde for gjennomføringsmetoden av vedtak i norsk rett. Det er en forutsetning at ESA og RME, av homogenitetshensyn, treffer like vedtak som ACER. I forlengelse av dette vil oppgaven vurdere gjennomføringsmetoden og argumentene den bygger på. Delkapitlet gjelder kun prosedyren for gjennomføring der ACER har truffet vedtak, som ESA må etterfølge og rette mot RME. Vurderingen vil bli foretatt i lys av kontrollmekanismer som vil bidra til å belyse hvorvidt gjennomføringsmetoden er tilstrekkelig. Dette er av viktighet fordi ESAs nye kompetanse etter tredje energimarkedspakke utvider myndigheten til å binde Norge folkerettslig gjennom vedtak om metoder og vilkår.⁴²⁹

I forkant av et vedtak skal ESA samarbeide tett med ACER, og delta i arbeidet med vedtaket, men uten stemmerett.⁴³⁰ Det er en forutsetning at ESA vedtar et tilsvarende vedtak, og muligheten for innflytelse er begrenset til deltagelse i de forberedende prosessene i ACER. Det kan spørres hvorvidt ESA har mulighet til å treffe et selvstendig vedtak. En slik mulighet er ikke forespeilet i EØS-komiteens tilpasninger, og kanskje heller ikke tiltenkt, nettopp for å ivareta hensynet til homogenitet mellom pilarene.⁴³¹ Et annet sentralt poeng i dette henseende er hensynet til effektivitet. Med mengden vedtak som skal fattes, vil mulighet eller eventuelt plikt til å foreta selvstendige vurderinger medføre mulige forsinkelser. Det kan derfor argumenteres for at ESA kun har en formell beslutningsmyndighet, og at ESA ikke selv kan foreta en vurdering av vedtaket, eller gjøre større tilpasninger. Dette forskyver en eventuell kontroll til å bli utført av RME.

En problemstilling som oppstår i forbindelse med Norges deltakelse i EU-byråer, som treffer rettslig bindende beslutninger, er derfor om vedtakene kan kontrolleres og overprøves av aktørene. Formålet er å skissere frem aktørenes kontrollmuligheter over det endelige vedtaket, eller hvorvidt prosedyren frem til internrettslig gjennomføring kun består i formelle prosesser. I lys

⁴²⁶ Systemansvarsforskriften § 28 (2).

⁴²⁷ Forskrift om Energiklagenemda § 1 (4).

⁴²⁸ Forskrift om Energiklagenemda § 3.

⁴²⁹ Bjørnebye (2020) s. 41.

⁴³⁰ EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav d ii).

⁴³¹ Se for eksempel Memorandum of Understanding between the EFTA Surveillance Authorities and ACER (2020) art. 5 (3).

av dette vil det til slutt vurderes hvorvidt det er behov for nye vurderinger av tilknytningsmodeller til ACER. Dette foranlediger til enkelte rettspolitiske betraktninger.

4.4.4.2 Indirekte og direkte muligheter for kontroll

Muligheter for indirekte og direkte kontroll av ESAs vedtak er sentralt for vurderingen av gjennomføringsmetoden. Med «indirekte» og «direkte» kontroll menes muligheter for å påvirke endelig utfall av vedtak, enten direkte gjennom egen kompetanse til å kontrollere vedtak eller indirekte utenfor egen kompetanse. Det vil redegjøres for kontrollmuligheter forut for vedtak, og i etterkant av vedtakelse.

Først vil direkte kontrollmuligheter forut for vedtaket redegjøres for. RME deltar i ACERs forbedrende prosesser i forkant av et vedtak.⁴³² RME skal få mulighet til å uttale seg om ACERs utkast, med en frist tilpasset hvor mye saken haster, dens kompleksitet og mulige følger.⁴³³ Direkte har RME en uttalelsesrett og kan her sikre norske interesser. Det institusjonelle skillet mellom EU-pilaren og EFTA-pilaren medfører likevel at RME ikke kan delta på like vilkår som medlemsstatene. Reguleringsmyndighetene i EFTA-statene deltar derfor «fullt ut i arbeidet», men uten stemmerett.⁴³⁴

Av direkte administrative kontrollmuligheter forut for vedtakelse er RME begrenset til å anmode ESA om å foreta en ny vurdering av vedtaket.⁴³⁵ I disse tilfellene skal ESA sende anmodningen til ACER, hvor ACER skal vurdere å utarbeide et nytt utkast.⁴³⁶ Dermed kan man omtale ACER som et uformelt klageorgan.⁴³⁷ Dersom partene er uenige kan EØS-komiteen avgjøre tvisten.⁴³⁸ De to nevnte kontrollmekanismene er de sentrale RME har forut for et vedtak.

Skillet mellom EU og EFTA-pilaren medfører at RME ikke kan klage inn ACERs vedtak til klageorganet, siden ACERs klageorgan tilhører EU-pilaren. Det er ikke opprettet et eget klageorgan i EFTA-pilaren for administrativ overprøving av ESAs vedtak.⁴³⁹ Indirekte kan imidlertid

⁴³² RME deltar i regulatorstyret og det administrative styret i ACER, men har ikke stemmerett, jf. Prop 4 S (2017–2018) s. 24.

⁴³³ EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav d iv) tredje ledd.

⁴³⁴ EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav a.

⁴³⁵ EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav d iv) fjerde ledd.

⁴³⁶ EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav d iv).

⁴³⁷ Bekkedal (2019) s. 402.

⁴³⁸ EØS-avtalen art. 111.

⁴³⁹ For EUs finansbyråer er fravær av klageorgan i EFTA-pilaren dels begrunnet i få antall ESA-vedtak og dels av hensynet til homogenitet mellom EU og EFTA-pilaren, jf. Prop. 100 S (2015–2016) s. 15. Spørsmål om opprettelse av klageorgan for ACERs vedtak er ikke adressert i Prop. 199 LS (2021–2021) eller Prop. 4 S (2017–2018) s. 30. Forarbeidene nøyer seg med å beskrive prosedyren i tilfelle RME skulle bli berørt av en klage i EU-dimensjonen.

EFTA-statene bli berørt av etterfølgende klager på vedtak, som etter å ha blitt klagd inn av en medlemsstat i EU er tatt til følge av ACERs klageorgan eller EU-domstolen. Forutsetningen er at vedtaket «også berører» en EFTA-stat.⁴⁴⁰ Denne situasjonen vil dermed gjelde vedtak om europeiske og regionale metoder og vilkår, hvor forutsetningen er at RME er adressat i ACERs opprinnelige vedtak. I disse tilfellene skal vedtakene tilpasses tilsvarende, som betyr at ESA på nytt må treffe vedtak ovenfor RME.⁴⁴¹ Dette er en indirekte etterfølgende kontrollmulighet. Anledningen til å påvirke EUs medlemsland til å fremsette en klage fremstår som en praktisk viktig mulighet for administrativ overprøving av ACERs klageorgan, og domstolskontroll av EU- domstolen.⁴⁴²

Direkte kontroll av vedtaket i etterkant utføres gjennom domstolskontroll. Et vedtak om metoder og vilkår kan bringes inn for EFTA-domstolen som et ugyldighetssøksmål,⁴⁴³ hvor resultatet av domstolskontroll kan være hel eller delvis ugyldighet.⁴⁴⁴ ODA-avtalen art. 36 (2) angir at «enhver fysisk eller juridisk person» kan prøve et vedtak fra ESA, som er «rettet til vedkommende» eller «angår vedkommende direkte og personlig»,⁴⁴⁵ selv om vedtaket er rettet mot en annen.

Vilkårene i art. 36 skal tolkes i lys av TFEU art. 263.⁴⁴⁶ Utgangspunktet er at dersom en beslutning har oppgitte adressater, vil disse alltid ha søksmålsadgang.⁴⁴⁷ RME, som vedtaket er «rettet mot», kan bringe inn vedtaket for domstolskontroll. Vedtaket vil ikke være rettet mot andre markedsaktører, så disse må bevise at de faller inn under vilkåret om at vedtaket angår de «direkte og personlig». Dette betyr at Statnett og andre markedsaktører må bevise at vedtaket angår disse «direkte og personlig». Formelt er personkretsen mer snever i EFTA-pilaren fordi vedtaket kun vil ha RME som adressat. Dette er sammenlignet med overprøving av EU-domstolen, hvor både TSOer og NEMOer kan få vedtak rettet mot seg. Hvordan EFTA-domstolen vil tolke adgangsvilkåret «direkte og personlig» i forbindelse med gjennomføring av vedtak om metoder og vilkår, for markedsaktører som Statnett, gjenstår å se. Videre skal det anlegges samme prøvingsintensitet for ESAs vedtak i EFTA-domstolen, som for ACERs vedtak i EU-domstolen.⁴⁴⁸ Denne betyr en begrenset overprøving.⁴⁴⁹

⁴⁴⁰ EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav g.

⁴⁴¹ EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav d iv) femte ledd.

⁴⁴² Leonhardsen (2015) s. 13. Se Rama (2020) kapittel 6.3.2 som vurderer om parter i EFTA-pilaren burde ha tilgang til EU-byråenes klageorganer.

⁴⁴³ Fredriksen (2018) s. 237.

⁴⁴⁴ Sejersted (2011) s. 162.

⁴⁴⁵ ODA-avtalen art. 36 og 37 jf. EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav d iv).

⁴⁴⁶ Sejersted (2011) s. 162.

⁴⁴⁷ Fredriksen (2018) s. 279. Dette er tilsvarende som EU-domstolen.

⁴⁴⁸ Bekkedal (2019) s. 406.

⁴⁴⁹ Se i punkt 4.3.3.4 om EU-domstolens prøvingsintensitet.

Ordlyden avgrenser ellers klart mot direkte overprøving av rettsakter vedtatt av EU-organer. Muligheten for å overprøve ACER sitt vedtak og grunnlaget for denne i EU-pilaren har ikke ESA kompetanse til. I tilfeller det skulle være mangler ved saksbehandlingen i EU-pilaren, vil ikke dette overprøves av EFTA-domstolen.⁴⁵⁰ Et sentralt poeng her er at ACERs utkast til vedtak ikke er bindende for ESA, hvilket tilsier at EFTA-domstolen kan være tilbakeholden med å overprøve disse.⁴⁵¹ I dette tilfellet vil domstolskontrollen materielt være begrenset til å gjelde hvorvidt ESA har holdt seg innenfor rammene av ACERs vedtak.⁴⁵² Det nevnte sammenholdt med ESAs forutsetning om å treffe likelydende vedtak, etterlater en ubalanse mellom EU og EFTA-pilaren. Domstolskontroll av vedtak om metoder og vilkår i EFTA-pilaren er begrenset til ESAs behandling av ACERs utkast.

Direkte kontrollmuligheter forut for vedtak gir RME rett til å uttale seg før vedtaket treffes, samt muligheten til å be om ny vurdering av vedtaket. Realiteten i disse kontrollmekanismene er usikre. Av indirekte etterfølgende kontrollmuligheter kan RME bli påvirket av klager på vedtak i EU-pilaren. Direkte etterfølgende kontroll kan skje gjennom EFTA-domstolen. Det er dermed klart at RME sine muligheter for både indirekte og direkte kontroll er begrenset, sammenlignet med grunnlaget for kontroll for reguleringsmyndighetene i medlemslandene. Konklusjonen er at det er begrensede muligheter for å påvirke endelig utfall av vedtak gjennom kontroll, både før vedtakelse av ESA, og etterfølgende i EFTA-pilaren gjennom domstolskontroll.

4.4.4.3 Behov for nye vurderinger?

Spørsmålet om gjennomføringsmetode og vurdering av denne er av viktighet grunnet ESAs nye utvidede kompetanse til å binde Norge folkerettslig. Dette må også ses i sammenheng med at beslutningene fra EØS-komiteen legger opp til at alle vedtak fra ACER skal behandles av ESA før gjennomføring.⁴⁵³ Det vil for fremtiden bety en stor mengde vedtak. På bakgrunn av redegjørelsen av kontrollmekanismer vil oppgaven vurdere hensyn bak gjennomføringsmetoden, og argumentasjonen den bygger på.

For EU er det en økende tendens å delegere bort forvaltningsmessige oppgaver av rettslig bindende karakter til EU-byråer.⁴⁵⁴ EUs forvaltning går i retningen mot å bli en «reguleringsstat»⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ Fredriksen (2018) s. 288.

⁴⁵¹ Bekkedal (2019) s. 407.

⁴⁵² Hertzberg (2018) s. 223.

⁴⁵³ Det differensieres ikke mellom metoder og vilkår som allerede er vedtatt i EU, og de som skal vedtas i fremtiden.

⁴⁵⁴ Graver (2018) s. 44.

⁴⁵⁵ Graver (2018) s. 43.

med en sentralisert forvaltning spesielt på rettsområder hvor det er behov for ensartet håndhevelse.⁴⁵⁶ Dette kan ses i sammenheng med ACERs styrkede posisjon i den nye forordningen, hvor både beslutningsmyndighet og endringskompetanse tilsier at de i større grad bærer preg av å bli en europeisk regulator for harmonisering av regelverket for utveksling av kraft, fremfor et tvisteløsningsorgan- og koordineringsorgan for reguleringsmyndighetene. ESA, som egentlig speiler Kommisjonen, må også speile ACER i EFTA-pilaren, medfører også at strukturen ikke passer.⁴⁵⁷ Det medfører en ubalanse mellom pilarene.⁴⁵⁸

EØS-avtalens to-pilarstruktur skal balansere hensynet til homogenitet mellom EU og EFTA-pilaren gjennom ESA, samt suverenitetshensyn i Norge, gjennom RME. Ivaretagelse av suverenitetshensynet skjer formelt gjennom nasjonale myndigheters⁴⁵⁹ endelige vedtak. Prosedyren forut for gjennomføring internt i norsk rett er imidlertid preget av å være en formalitet, hvor aktører har mindre reell mulighet til å overprøve vedtak forut for gjennomføringen.⁴⁶⁰ Det er ikke etablert et klageorgan for ESAs vedtak, og dessuten mangler EFTA-domstolen kompetanse til å overprøve ACERs vedtak i EU-dimensjonen. I tillegg er domstolen også antagelig tilbakeholden med å overprøve ACERs utkast til vedtak. Homogenitetshensynet går dermed på bekostning av suverenitetshensyn, fordi «the parameters of implementation» delvis eller fullstendig allerede er definert i EU-pilaren,⁴⁶¹ og dette er gjenstand for begrenset kontroll i EFTA-dimensjonen. ACERs vedtak i EU-pilaren videreføres i praksis både av ESA og RME inn i norsk rett.

Oppgaven har avgrenset mot en inngående vurdering av vedtakenes *reelle* virkning. Likevel vil oppgaven komme med noen betraktninger, grunnet at dette får betydning for holdbarheten av argumentasjonen som ligger til grunn for valg av tilknytningsmodell. Det er ikke utelukket at ACER og ESA i fremtiden treffer vedtak som strider mot norske interesser,⁴⁶² uten reelle kontrollmuligheter forut for vedtakelse. Antageligvis kan heller ikke RME treffe et vedtak som avviker fra ESAs vedtak.⁴⁶³ Valg av gjennomføringsmodell for ACERs vedtak i fremtiden er usikkert, men det er antatt at dersom ESA opptrer i forlengelse av ACER, og retter vedtak mot

⁴⁵⁶ Fredriksen (2018) s. 139.

⁴⁵⁷ Baur (2016) s. 51.

⁴⁵⁸ Rama (2020) s. 36.

⁴⁵⁹ Sml. JDLOV-2016-2442-2 punkt 3.

⁴⁶⁰ Bekkedal (2016) s. 35. Bekkedal tar til orde for at ESA-løsningen for EUs finanstilsyn ikke bidrar til økt reell innflytelse.

⁴⁶¹ Rama (2020) s. 36.

⁴⁶² Det er i den forbindelse viktig å understreke at ACER ikke kan gripe inn i norsk ressursforvaltning, jf. Bjørnebye (2020) s. 9.

⁴⁶³ Sml. NEM § 2-4 annet ledd.

RME, at det ikke nødvendiggjør nye vurderinger av gjennomføringsmodell.⁴⁶⁴ Argumentasjonen som gjennomføringsmetoden bygger på tar utgangspunkt i at ESAs vedtak ikke kan binde markedsaktører i Norge, og dermed beholdes den endelige kontrollen hos nasjonale myndigheter.

Begrunnelsen baserer seg på skillet mellom folkerettslig og internrettslig virkning. Dette er ikke egentlig treffende for å vurdere ACERs reelle beslutningsmyndighet (og dermed ESA) etter fjerde energimarkedspakke,⁴⁶⁵ fordi det ikke fanger opp konsekvensene et slikt vedtak reelt sett får. Spørsmålet er om dette er riktig utgangspunkt når vedtaket skaper slike virkninger at RME er bundet til å følge opp med et tilsvarende enkeltvedtak,⁴⁶⁶ som reelt i neste omgang vil skape forpliktelser for markedsaktører.⁴⁶⁷ Utfordringen med å tilpasse ACER-vedtakene til EØS-avtalen og de norske konstitusjonelle grensene ser ut til å ha gått på bekostning av å sikre tilstrekkelige kontrollmekanismer for berørte parter.⁴⁶⁸

En økende tilslutning til EU-byråer med vesentlig beslutningsmyndighet tilsier et behov for nye vurderinger av tilknytningsmodeller for deltakelse, påvirkning og etterfølgende kontroll av vedtak. Dette behovet aktualiseres spesielt nå som ESA, og videre RME, skal vedta og gjennomføre en stor mengde ACER-vedtak i Norge. Dette vises spesielt gjennom en kombinasjon av begrensede muligheter for kontroll av ESAs vedtak, og en vurdering av gjennomføringsmodell som baserer seg på et formelt skille mellom internrettslig og folkerettslig virkning, fremover vedtakets *reelle* virkning.

4.5 Oppsummering

4.5.1 Rettslig overprøving av vedtak

Rettslig overprøving av bindende vedtak om metoder og vilkår tar utgangspunkt i to ulike rettslige landskap. I punkt 4.3.2 ble det redegjort for muligheter for overprøving av reguleringsmyndighetenes vedtak og den rettslige kontrollen foregår i det nasjonale rettssystemet, gjennom klageorgan opprettet i medhold av Eldirektivet, og nasjonale domstoler. Dette omtales som en

⁴⁶⁴ Sml. JDLOV-2016-2442-3 punkt. 2.4.3.

⁴⁶⁵ Bjørnebye (2020) s. 41.

⁴⁶⁶ NEM § 2-4 annet ledd.

⁴⁶⁷ Graver (2018) s. 40. I forlengelse av dette blir det et spørsmål om EØS-loven § 2 kan påberopes som grunnlag for at ESAs vedtak kan få forrang i tilfelle motstrid med norske regler. Første spørsmål er om EØS-loven § 2 omfatter enkeltvedtak, siden ordlyden gir anvisning på gjennomførte EØS-regler i lov og forskrift. Videre er det spørsmål om man kan anse ESAs vedtak som en «gjennomført EØS-forpliktelse» før RMEs og Statnetts gjennomføring. Antageligvis kan man ikke anse ESAs vedtak for en gjennomført EØS-regel før RME har truffet vedtak videre mot Statnett, og dermed kan ikke ESAs vedtak få forrang i dette tilfellet. Problemstillingen kan undersøkes nærmere, men vil bli avgrenset mot her.

⁴⁶⁸ Fredriksen (2015) s. 677.

desentralisert håndhevelse av EU-retten.⁴⁶⁹ Her er det kun regionale og nasjonale vedtak som er gjenstand for kontroll. Medlemsstaten er også i utgangspunktet gitt en skjønnsfrihet i å fastlegge kontrollmekanismene i nasjonal rett, så lenge de oppfyller direktivets krav til effektiv overprøving.⁴⁷⁰ I et større perspektiv må disse mekanismene oppfylle traktatens krav til effektiv domstolskontroll.⁴⁷¹

For europeiske og regionale vedtak kan ACER tre inn som endelig beslutningsmyndighet. I praksis kan det pekes på at muligheten for innklaging gjennom ACERs klageorgan og videre til EU-domstolen er hyppig brukt av EUs aktører. Dette må ses i sammenheng med omfattende samarbeid mellom aktørene, i tillegg til at enkelte vedtak kan være politisk omtvistet. Spørsmål som oppstår, er også av prinsipiell og prosessuell karakter. Dette kan delvis forklares gjennom ACERs uavklarte posisjon som EU-byrå i det EU-rettslige systemet,⁴⁷² og delvis gjennom tidligere uklare prosessuelle regler.

Den nye ACER-forordningen innebærer endringer for de prosessuelle vilkårene ved behandling av ACER-vedtak. Klageorganet kan ikke lengre selv endre vedtaket, men må sende dette tilbake til kompetent organ i ACER for ny behandling.⁴⁷³ De er da bundet av klageorganets vurderinger. Det opprinnelige ACER-vedtaket må i tillegg etter ACER-forordningen 2019/942 art. 29 alltid prøves i «Board of Appeal», før den kan klages inn til EU-domstolen. Som konkludert i dette kapittelet er ikke endringene av stor betydning.

For vedtakelse av metoder og vilkår konkluderte oppgaven med at effektivitet er et viktig hensyn for å sikre fullstendig gjennomføring, og for at vedtakene oppnår sitt formål. For rettslig overprøving vil større bruk av administrative overprøvmuligheter gjennom klageorgan ivareta hensynet til effektivitet, sammenlignet med en utstrakt bruk av domstolsapparatet. Endringen i ACER-forordningen 2019/942 art. 29 ser ut til å være fundert på en slik tankegang, nemlig at vedtakene først må overprøves av klageorganet, før eventuelt behandling av EU-domstolen.

Imidlertid er det vanskeligere å si noe om muligheten for endelig gjennomslag hos ACERs klageorgan, siden innklager sjeldent får medhold i sine anførsler.⁴⁷⁴ Det kan derfor herske tvil om hvorvidt bruk av administrativ overprøving i realiteten er prosessbesparende og i hvilken grad ACERs klageorgan egentlig er uavhengig fra ACERs administrative og regulatoriske

⁴⁶⁹ Hofmann (2011) s. 140.

⁴⁷⁰ Eldirektivet 944/2019 art. 60 (8).

⁴⁷¹ TEU art. 19 (1).

⁴⁷² Vos (2018) s. 22.

⁴⁷³ ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (5).

⁴⁷⁴ Hancher (2021) s. 45

struktur.⁴⁷⁵ For å ivareta hensynet til effektivitet gjennom bruk av klageorgan må det sikres at klageorganet i seg selv er uavhengig det opprinnelige organet og at behandlingen er av tilstrekkelig kvalitet, herunder at klageorganet også overprøver de tekniske spørsmålsstillingene.

De tekniske vurderingene kan kun overprøves av klageorganet, hvilket aktualiserer dette i enda større grad. I *Aquind v ACER* ble det avklart at klageorganet må overprøve de tekniske, komplekse og økonomiske sidene av vedtaket fullt ut.⁴⁷⁶ Såfremt ACER endrer sin praksis vedrørende prøvingsintensitet i tråd med domstolspraksis vil hovedkonklusjonen bli at hensynet til effektiv prøvingsrett av vedtakene er for de viktigste markedsaktørene tilstrekkelig ivaretatt.

Samme hensyn og tankegang gjør seg gjeldende for overprøving av reguleringsmyndighetenes regionale og nasjonale vedtak; overprøvingsmetodene fastlagt i intern rett må være kvalitets-sikret, effektiv og ikke minst uavhengig den nasjonale reguleringsmyndigheten som endelig beslutningsmyndighet. For overprøving i nasjonale klageorgan og domstoler vil vedtaket ha en intern rettslig status i medlemsstatens rettsorden. Dette vil internt kunne påvirke den faktiske kontrollen, både administrativt og gjennom formell domstolskontroll.

En utstrakt bruk av mekanismer for overprøving av vedtakene kan ellers skape risiko for forsinkelser og redusere effektiviteten av en harmonisert gjennomføring av det regulatoriske regelverket. Overprøving av både klageorganet og EU-domstolen krever ressurser og tid. Forsinkelser er uheldige når vedtakene har en innbyrdes sammenheng, både med andre vedtak i samme retningslinje, og med andre retningslinjer.

Når dette er sagt må det likevel understrekes at overprøving er praktisk viktig. Dette er mekanismer som skal sørge for riktige tekniske vurderinger, men også for å overprøve grensene for ACERs beslutningsmyndighet etter forordningen. Forrige delkapittel viste i tillegg at disse skrankene for materiell utøvelse av beslutningsmyndighet er vagt formulert, og dette kan aktualisere domstolskontroll. For ACER vedtakenes rettslige status kan det antas at praksis fra EU-domstolen i fremtiden kan legge føringer på hvordan disse skrankene skal tolkes, og dermed hvilken rettslig status de kan gis. Å sikre aktørene tilstrekkelige kontrollmuligheter av vedtak bør prioriteres, da den valgte gjennomføringsmetoden for retningslinjene pålegger private og offentlige aktører den mengde plikter den gjør.

4.5.2 Gjennomføring i norsk rett

Delkapittel 4.4 redegjorde for gjennomføringen av den valgte gjennomføringsmetoden for vedtak om metoder og vilkår i norsk rett. Formålet har vært å redegjøre for systemet og hensyn bak

⁴⁷⁵ ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 34.

⁴⁷⁶ Se i punkt 4.3.3.4 om sak T-735/18 *Aquind v. ACER*.

denne. En avklaring av hvordan systemet fungerer kan bidra til å forstå hvordan vedtakene fungerer rettslig i norsk rett, og dermed hvilken rettslig status de kan og bør tillegges. Samtidig er ESA tillagt en vid vedtakelseskompetanse, som foranledninger en vurdering av den valgte gjennomføringsmetoden. Som oppgaven viser, skiller dette systemet seg fra det EU-rettslige systemet og gjennomføringen.

Redegjørelsen har vist at kompetansen ESA er tillagt i forbindelse med gjennomføring av ESAs vedtak, til å rette vedtak mot RME er en formalitet, uten større praktisk betydning annet enn ivaretagelse av EØS-avtalen og to-pilarsystemet. At ESAs vedtak kun forplikter folkerettslig innebærer rettslig sett at ingen markedsaktører kan påberope seg denne forpliktelsen for norske domstoler, før faktisk gjennomføring av RME.⁴⁷⁷ Den rettslige statusen til vedtaket i EFTA-pilaren er ellers delvis uavklart, men vedtaket har uansett begrenset rekkevidde med begrensede rettslige virkninger.

I Norge har vedtakene en rettslig status som enkeltvedtak, idet de blir rettet mot Statnett. Denne klassifiseringen legger føringer for hvilke markedsaktører som kan bli pålagt plikter og eventuelt rettigheter i prosessen for gjennomføringen. De rettslige virkningene av ESAs vedtak begrenser seg delvis til RME og Norge som kan bli erstatningsansvarlig⁴⁷⁸ dersom RME ikke følger opp vedtaket. RME er forpliktet til å følge vedtaket opp videre mot Statnett i Norge,⁴⁷⁹ hvor Statnett må fullføre gjennomføringen av vedtaket i norsk rett. På dette tidspunktet kan andre markedsaktører bli forpliktet gjennom enkeltvedtak. Dette viser at RMEs gjennomføring videre i norsk rett gjennom enkeltvedtak er tidspunktet hvor vedtaket får reelle rettslige virkninger, i form av å pålegge markedsaktører plikter, og mulighet for etterfølgende rettslig kontroll gjennom klage til Energiklagenemnda og norske domstoler.

Opgaven har også vurdert gjennomføringsmetoden gjennom å redegjøre for muligheter for kontroll, både indirekte og direkte, forut for og etter vedtakelse. Spørsmålet var i hvilken grad det er mulig å påvirke endelig utfall av vedtaket. Konklusjonen er at disse kontrollmekanismene i EFTA-pilaren er svært begrenset. ESA foretar ingen selvstendige vurderinger av utkastet eller grunnlaget for utkastet. Direkte kan RME avgi sin mening forut for vedtak,⁴⁸⁰ mens RME er i etterkant begrenset til å be ESA om en ny vurdering.⁴⁸¹ Indirekte kan vedtaket bli påvirket av

⁴⁷⁷ Dette er antagelsen, men spørsmålet bør sannsynligvis utredes nærmere for endelig avklaring.

⁴⁷⁸ Fredriksen (2018) s. 424.

⁴⁷⁹ EØS-komiteens beslutning 93/2017 artikkel 1 nr. 2 bokstav g), NEM § 2-4 siste ledd.

⁴⁸⁰ EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav d iv) tredje ledd.

⁴⁸¹ EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav d iv) fjerde ledd.

klager inngitt til ACERs «Board of Appeal» som blir tatt til følge.⁴⁸² Rettslige kontrollmekanismer i EFTA-pilaren består ellers i fravær av eget klageorgan, og begrenset overprøving av EFTA-domstolen.

EØS-avtalens to-pilarstruktur og skillet mellom EU og EFTA-pilaren, samt hensynet til homogenitet begrunner derfor hvorfor kontrollmekanismene bærer preg av å være ufullstendige. Det er blitt omtalt som et paradoks at to-pilarstrukturen, som bygger på suverenitetshensyn, begrenser mulige kontrollmekanismer i EFTA-pilaren for bindende beslutninger tatt av EU-byråer.⁴⁸³ I den forbindelse konkluderte oppgaven med i forrige punkt at tilstrekkelig kontrollmekanismer i EU bør prioriteres, siden systemet pålegger en mengde plikter for markedsaktørene; tilsvarende burde også gjelde for norske markedsaktører.

⁴⁸² EØS-komiteens beslutning 93/2017 art. 1 (5) bokstav g.

⁴⁸³ Rama (2020) s. 38.

5 Klassifisering: Metodene og vilkårenes rettslige status

5.1 Innledning

Delkapittelets formål er å avklare klassifiseringen til vedtak om metoder og vilkår. Dette er viktig grunnet at vedtakelses- og gjennomføringsprosessen av retningslinjene vil pålegge aktørene mange plikter. Vedtak om metoder og vilkår er vedtatt av private og offentlige aktører som ikke er lovgivere, de har ulike nivåreguleringer, og dermed ulik rettslig rekkevidde. Dette medfører at det må skilles mellom vedtak fattet av ACER og reguleringsmyndighetene. Klassifisering kan bidra til å avklare vedtakenes rettslige status.

Utgangspunktet for utøvelse av myndighet i EU er at institusjonene kun kan utøve myndighet som er tildelt etter traktaten.⁴⁸⁴ Dette etablerer skillet mellom medlemsstatene og EU, som baserer seg på at EU kun har den kompetansen de har fått av medlemsstatene.⁴⁸⁵ Internt er dermed institusjonene begrenset i forbindelse med hverandres kompetanse, og eksternt er EU begrenset i forbindelse med kompetanse tildelt fra medlemsstatene.⁴⁸⁶ Dette betyr at ACERs kompetanse internt er, av hensyn til institusjonell balanse, begrenset i forbindelse med andre institusjoner i EU. Dette omtales som skranker for delegasjon, og blir avgjørende for klassifisering av ACERs vedtak. Eksternt er medlemsstatenes kompetanse begrenset i forbindelse med EUs tildelte kompetanse, og omvendt. Derfor skilles det mellom vurderingen av vedtak fattet av ACER på den ene siden, og reguleringsmyndighetene på den andre siden.

Vedtakenes klassifisering vil undersøkes på tre måter; prosessuelt, formelt og funksjonelt. Disse tre klassifiseringsmetodene er blitt brukt av T.C Hartley for å illustrere hvordan man kan analysere en rettsakt fra EU på tre forskjellige måter.⁴⁸⁷ Det kan imidlertid ikke utelukkes at det finnes andre metoder for klassifisering, men oppgaven vil forholde seg til disse. Analyseverktøyet er redegjort for i punkt 5.2. Oppgaven vil deretter i punkt 5.3 avklare metodene og vilkårenes forhold til retningslinjene, som klargjør hvorfor vedtakenes rettslige status og klassifisering må undersøkes.

5.2 Prosessuell, formell og funksjonell klassifisering som analyseverktøy

Oppgaven bruker prosessuell, formell og funksjonell klassifisering som analyseverktøy. Disse vil brukes løpende, men det vil også pekes på andre momenter aktuelt for klassifiseringen. Prosessuell klassifisering har som formål å klassifisere rettsakten etter hvilken prosedyre den er vedtatt etter.⁴⁸⁸ Å klassifisere rettsakten etter sin prosessuelle side kan i første omgang belyse

⁴⁸⁴ TEU art. 5 (1).

⁴⁸⁵ TEU art. 5 (2).

⁴⁸⁶ Hofmann (2011) s. 117.

⁴⁸⁷ Hartley (2014).

⁴⁸⁸ Hartley (2014) s. 109.

hvorvidt rettsakten er rettslig bindende, men også hvilke krav som stilles til innholdet i rettsakten forut for vedtakelse, samt hvilket formål rettsakten søker å oppnå.⁴⁸⁹ Den prosessuelle klassifiseringen blir avklart gjennom rettsaktens vedtakelsesprosedyre.

Med formell klassifisering menes det hvilken merkelapp som kan tillegges den aktuelle rettsakten.⁴⁹⁰ Først må det tas utgangspunkt i hvilket rettslig landskap rettsakten er vedtatt i, som viser hvilken rettslig rekkevidde vedtaket har. Rettslig rekkevidde kan enklest illustreres ved at ACERs vedtak er begrenset til EUs medlemsland, og dermed har ingen direkte virkning i norsk rett. Hvert av vedtakene må derfor analyseres med utgangspunkt i hvilket rettslig system det tilhører. Rettsakten må videre kategoriseres deretter, med forutsetning i hvilke rettslige instrumenter som formelt sett kan vedtas i det aktuelle rettssystemet.

Funksjonell klassifisering kan belyse rettsaktens faktiske funksjon i rettssystemet, for å avklare klassifiseringen deretter.⁴⁹¹ Formålet med å bruke denne type klassifisering er å se på hvordan rettsakten faktisk fungerer. Denne klassifiseringsmetoden skiller seg fra de øvrige metodene. Både prosessuell og formell klassifisering vil identifisere de rent *formelle* aspektene ved en rettsakt, mens funksjonell klassifisering vil identifisere de *faktiske* aspektene ved en rettsakt.

Funksjonen til en rettsakt kan undersøkes ved å identifisere rettsaktens rekkevidde i rettssystemet, herunder hvorvidt rettsakten er av generell bindende karakter eller av individuell bindende karakter.⁴⁹² Hvor mange adressater rettsakten er rettet mot, samt graden av detaljreguleringer er sentrale momenter i dette henseende. For vedtak om metoder og vilkår vil den funksjonelle klassifiseringen belyse hvem som er pliktsubjekt for utarbeidelse og vedtakelse av metoder og vilkår, samt hvem som er adressatene for vedtaket. Den funksjonelle klassifiseringen kan belyse og kanskje avklare hvilken formell klassifisering vedtakene bør gis, basert på deres funksjonsmåte. Den funksjonelle klassifiseringen vil derfor bli av stor betydning for vedtakene, siden de i stor grad er av faktisk og teknisk natur, og er grensekryssende regler som krever mye samarbeid mellom aktørene.

5.3 Utgangspunktet – vedtakenes forhold til retningslinjene

Vedtakenes forhold til retningslinjene må belyses før drøftelsen av vedtakenes klassifisering. Delkapittelet vil kort se på retningslinjenes klassifisering. En mulig slutning fra retningslinjenes klassifisering er at rettslig status for metoder og vilkår må differensieres fra retningslinjene.

⁴⁸⁹ Dette poenget illustreres godt gjennom skillet mellom gjennomføringsrettsakter og delegerte rettsakter, som hver for seg skal oppfylle ulike formål.

⁴⁹⁰ Hartley (2014) s. 108. På engelsk er dette omtalt som «nominal classification». Oppgaven har valgt å anvende «formell» som en norsk oversettelse av dette.

⁴⁹¹ Hartley (2014) s. 111.

⁴⁹² Hartley (2014) s. 111.

Prosessuell og formell klassifisering avklares gjennom retningslinjenes vedtakelsesprosedyre. Retningslinjene er vedtatt som kommisjonsforordninger, og kan prosessuelt klassifiseres som «non-legislative acts», siden de er vedtatt av Kommisjonen gjennom delegert lovgivningsmyndighet. At de er «non-legislative acts» betyr først at de ikke kan karakteriseres som formell EU-lovgivning vedtatt av Rådet eller Parlamentet,⁴⁹³ og dermed er de ikke vedtatt etter den alminnelige lovgivningsprosedyren i TFEU art. 289 (3). For det andre trenger rettsakten «a parent legislative act providing for their adoption».⁴⁹⁴ Retningslinjene har sitt grunnlag i og er vedtatt i medhold av Elforordningen 714/2009. Funksjonelt vil en kommisjonsforordning etter TFEU art. 288 (2) være bindende i sin helhet for alle medlemsstatene uten nærmere inkorporering.

Retningslinjenes rettslige status er dermed avklart, og spørsmålet er hvordan man kan klassifisere vedtakene som *gjennomfører* retningslinjene. Oppgaven har allerede skissert ut vesentlige trekk knyttet til vedtakelse, gjennomføring og virkning. På bakgrunn av henholdsvis retningslinjene og vedtakenes ulike vedtakelsesprosedyre,⁴⁹⁵ mulighet for senere overprøving,⁴⁹⁶ og virkning,⁴⁹⁷ er antagelsen at rettslig status må differensieres. Et annet poeng er også retningslinjenes rettslige status som kommisjonsforordninger vil være tilsvarende i medlemsstatene etter TFEU art. 288 (2). Vedtakenes rettslige status derimot følger intern formell klassifisering. Som påpekt i punkt 4.2 kan det bli spørsmål om dette kan medføre ulik rettslig status for nasjonale og delvis regionale vedtak innad i EU.⁴⁹⁸

Vedtakene har rettslige grunnlag i retningslinjene og dermed må vedtakenes rettslige status også være vertikalt under retningslinjene som sekundærrett. Dette er logisk siden vedtakene gjennomfører retningslinjene, og vedtas prosessuelt og materielt etter regler fremsatt her. Dette er imidlertid et spørsmål som får størst konsekvens ved mulig motstrid mot andre rettsakter.⁴⁹⁹ Dette viser at vedtakene ikke har samme rettslige status som retningslinjene og at deres rettslige klassifisering må analyseres videre.

⁴⁹³ TFEU art. 289 (1).

⁴⁹⁴ Engel (2018) s. 68.

⁴⁹⁵ Se punkt 2.3.3 om retningslinjenes vedtakelsesprosedyre, og punkt 3 om vedtakenes vedtakelsesprosedyre.

⁴⁹⁶ Se punkt 4.3 om mulighet for overprøving av vedtakene. Retningslinjene kan overprøves etter TFEU art. 263 og 277. Presumptivt kan det tenkes å være vanskeligere å få overprøvd retningslinjene i EU-domstolen sammenlignet med vedtakene, fordi vedtakene vil ha spesifikt angitte adressater.

⁴⁹⁷ Retningslinjene har direkte virkning i medlemsstatene ved annonsering, jf. TFEU art. 288 (2) og art. 297 (2) annet ledd. Regionale og nasjonale vedtak må gjennomføres internt før virkning, mens ACER-vedtak får virkning fra annonsering, jf. TFEU art. 297 (2) tredje ledd.

⁴⁹⁸ Det avgrenses mot dette spørsmålet.

⁴⁹⁹ Av hensyn til oppgavens omfang vil det avgrenses mot dette, selv om dette er et spørsmål som er viktig for avklaring av vedtakenes rettslige status.

5.4 Klassifisering av reguleringsmyndighetenes vedtak

5.4.1 Innledning

Nasjonale reguleringsmyndigheter spiller en sentral rolle i å tilrettelegge for de regulatoriske reglene for opprettelsen av det indre energimarkedet i EU.⁵⁰⁰ I den forbindelse har de en beslutningsmyndighet, som omfatter vedtak på europeisk⁵⁰¹ og regionalt⁵⁰² nivå. Kapittelet skal redegjøre for klassifiseringen av de nasjonale reguleringsmyndighetenes vedtak om metoder og vilkår.

Oppgaven vil først i punkt 5.4.2 se på den rettslige statusen til RMEs vedtak. Deretter i punkt 5.4.4 vil oppgaven se på hvilket rettslig grunnlag reguleringsmyndighetene i EU er ilagt kompetanse til å treffe rettslig bindende beslutninger om metoder og vilkår. Den formelle klassifiseringen av reguleringsmyndighetens vedtak har videre to sider; først vil klassifiseringen avhenge av gjennomføringsmetode i nasjonal rett. For det andre må *forpliktelsen* til å vedta og gjennomføre metoder og vilkår av EUs reguleringsmyndigheten analyseres. Sistnevnte vil oppgaven redegjøre for i punkt 5.4.5.

5.4.2 Klassifisering av RMEs vedtak

Delkapittelet ser på hvilken internrettslig status RME sitt vedtak har i norsk rett. Når ESA har rettet sitt vedtak mot RME, har RME plikt til å følge opp vedtaket.⁵⁰³ Nasjonalt fatter RME vedtak videre rettet mot Statnett. Disse følger alminnelige forvaltningsrettslige prosessuelle regler, og kan enklest på bakgrunn av dette omtales som et forvaltningsvedtak.

Lovgivningsmessig kan RME sitt vedtak formelt klassifiseres som et enkeltvedtak etter energiloven § 6-1 (4). At det er et enkeltvedtak betyr at det er «bestemmende» for Statnetts rettigheter og plikter. Det betyr at Statnett har en gjennomføringsforpliktelse, eventuelt til å treffe vedtak videre mot andre markedsaktører, om det kreves for fullstendig gjennomføring.⁵⁰⁴

Et sentralt spørsmål ved gjennomføringen av vedtakene er hvorvidt disse alltid skal fastsettes som enkeltvedtak mot Statnett, eller om de også kan vedtas som forskrifter, slik at vedtaket kan gjelde en ubestemt krets av aktører i kraftmarkedet. En forskrift gjelder «rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer».⁵⁰⁵ Problemstillingen relaterer seg delvis til behovet for NEMOenes gjennomføring av metoder og vilkår i retningslinjen

⁵⁰⁰ Eldirektivet 2019/944 fortalens punkt 80.

⁵⁰¹ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (4).

⁵⁰² ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (3).

⁵⁰³ EØS-komiteens beslutning 93/2017 artikkel 1 nr. 2 bokstav g). NEM § 2-4 siste ledd.

⁵⁰⁴ Energiloven § 6-1 (3).

⁵⁰⁵ Forvaltningsloven § 2 bokstav c.

CACM,⁵⁰⁶ og delvis til behovet for andre markedsaktører i gjennomføringsprosedyren. RME vil ikke ha et kompetansegrunnlag for å rette vedtak mot disse. Siden deltakelse fra flere aktører er nødvendig for fullstendig gjennomføring av vedtakene kan vedtakets funksjonsmåte tilsi vedtakene burde gjennomføres i form av en forskrift.

En underliggende forutsetning for ESAs vedtak er at denne er lik eller likelydende ACERs utkast.⁵⁰⁷ Dersom ACERs vedtak gjelder en ubestemt krets aktører, vil dette også tas inn i ESAs vedtak til RME, som betyr at RMEs vedtak antageligvis må gis lik virkning som ACERs vedtak. I dette tilfellet, hvor en slik forutsetning ikke er fastlagt allerede i EØS-komiteens tilpasninger eller forarbeidene til gjennomføring av retningslinjene, vil først RME måtte delegeres nødvendig kompetanse til å etterkomme vedtaket, i tilfelle ACER skulle treffe vedtak med en ubestemt krets av markedsaktører. En forutsetning for en slik delegasjon vil derfor delvis være at retningslinjenes metoder og vilkår medfører at ACER fatter vedtak som retter seg mot en ubestemt krets av markedsaktører.⁵⁰⁸

ACER fatter vedtak som kun retter seg mot medlemsstatenes TSOer.⁵⁰⁹ Adressater til vedtaket angis spesifikt og trer i kraft ved kunngjøring av vedtaket, jf. TFEU art. 297 (2) tredje ledd. Vedtak uten spesifikke adressater må publiseres i *Official Journal of the European Union* (EU-tidende) for å få virkning.⁵¹⁰ Dette viser at forutsetningen for en forskriftdelegasjon til RME, delvis avhenger av klassifiseringen, og funksjonen av ACERs vedtak for medlemsstatene.

Myndighet til å utstede forskrifter krever nødvendig kompetansegrunnlag og må i tilfelle delegeres til reguleringsmyndigheten. Det kan være hensyn som taler mot en forskriftskompetanse for RME. Dette relaterer seg til RMEs uavhengighet som forvaltningsorgan. Etter krav oppstilt i Eldirektivet 2019/944 art. 57 (4)⁵¹¹ skal RME opptre som et uavhengig forvaltningsorgan, adskilt fra ethvert annet offentlig eller privat organ.⁵¹² RME skal ved utførelse av sine «reguleringsoppgaver» fungere uavhengig av markedsinteresser, og instruks fra offentlige organer.⁵¹³ Instruksens innhold kan være varierende, så hvor langt instruksmyndigheten rekker følger av uavhengighetens rekkevidde.⁵¹⁴

⁵⁰⁶ Som eksempel retter ACER-vedtak 05/2020 seg mot NEMOer.

⁵⁰⁷ Prop. 4 S (2017–2018) s. 26.

⁵⁰⁸ Bjørnebye (2019) s. 16.

⁵⁰⁹ Se for eksempel ACER-vedtak 02/2021.

⁵¹⁰ TFEU art. 297 (2) andre ledd. Det er usikkert hvorvidt ACER kan delegeres myndighet til å treffe vedtak som retter seg mot en ubestemt krets markedsaktører. Føringerne for dette fastlegges av delegasjonsskrankene. Problemstillingen er delvis redegjort for i punkt 5.5.4.3.

⁵¹¹ Videreført fra Eldirektivet 2009/72/EF art. 35 (4).

⁵¹² Eldirektivet 2009/72/EF art. 35 (4) bokstav a og Eldirektivet 2019/944 art. 57 (4) bokstav a.

⁵¹³ Eldirektivet 2009/72/EF art. 35 (4) bokstav b, c og Eldirektivet 2019/944 art. 57 (4) bokstav b, c.

⁵¹⁴ Eckhoff (2014) s. 151.

Uavhengighetens rekkevidde beror her på en konkret vurdering av Eldirektivet og kravene som er oppstilt der.⁵¹⁵ Eldirektivets ordlyd avskjærer overordnede organer til å gi instruksjoner ved utførelse av RMEs «reguleringsoppgaver» eller annen «relevant lovgivning».⁵¹⁶ «Relatert lovgivning» må forstås til annen lovgivning som også direkte berører det indre markedet for energi.⁵¹⁷ Følgelig er reguleringsoppgaver fremsatt i retningslinjene omfattet av bestemmelsen.⁵¹⁸ RMEs reguleringsoppgaver omfatter derfor gjennomføringen av ESAs vedtak internt i norsk rett.⁵¹⁹ En instruksrett fra overordnede organer er dermed utelukket i forbindelse med vedtak om metoder og vilkår, og en delegert forskriftskompetanse kan av den grunn være betenkelig. NOU 2019:5 punkt 15.6.4 illustrerer poenget som går ut på at det delegerende organ i dette tilfelle er avskåret fra å gi instruksjoner om myndigheten som er delegert.

Oppgaven nøyer seg med å påpeke utfordringen, som kan bestå i en tilbakeholdenhet for å delegere slik forskriftskompetanse til RME som et uavhengig forvaltningsorgan.⁵²⁰ Likevel må det legges til grunn at dersom ACER på et tidspunkt skulle fatte vedtak mot en ubestemt krets aktører i EU, og dette vedtaket ble kopiert av ESA, så kan det anses som en folkerettslig forpliktelse å delegere tilsvarende kompetanse til RME.⁵²¹

5.4.3 Analyse av forpliktelsen til vedtakelse og gjennomføring i EU

Oppgaven nevnte innledningsvis at klassifiseringen av reguleringsmyndighetenes vedtak har to sider. På den ene siden vil den endelige formelle og funksjonelle klassifiseringen vedtakene får avhenge av rettssystemet hvor det skal gjennomføres.⁵²² Vedtakets funksjon, altså hvem vedtaket er adressert til, og hvilken virkning vedtaket har i medlemsstaten, avhenger av gjennomføringsmetode for vedtaket i nasjonal rett, som varierer fra medlemsstat til medlemsstat.

Dette betyr at vedtaket ikke får virkning før gjennomføring i nasjonal rett, og vedtaket er dermed gjenstand for domstolskontroll i nasjonal rett. Vedtaket befinner seg dermed ikke i det EU-rettslige systemet, på samme måte som for eksempel ACERs vedtak gjør. Tilsvarende gjelder for den formelle klassifiseringen, som vil følge landets interne rettsorden. Det kan dermed ikke

⁵¹⁵ NOU 2019:5 punkt. 15.6.4 og 32.8.2.

⁵¹⁶ Eldirektivet 2009/72/EF art. 35 (4) og Eldirektivet 2019/944 art. 57 (4).

⁵¹⁷ Cabau (2021) s. 273.

⁵¹⁸ Se ACER-forordningen 2019/942 art. 1 (2) som eksplisitt henviser til at ACER skal opptre som et tvisteløsningsorgan for reguleringsmyndighetenes regulatoriske oppgaver.

⁵¹⁹ Sml. NEM § 2-4 siste ledd.

⁵²⁰ NOU 2019:5 punkt. 15.6.4.

⁵²¹ Sml. lojalitetsplikten i EØS-avtalen art. 3 (1).

⁵²² Hancher (2021) s. 46.

utelukkes at ulike forvaltningsmessige systemer for gjennomføring, kan medføre ulik rettslig status for nasjonale og delvis regionale vedtak innad i EUs medlemsstater.⁵²³

På den andre siden gjenstår spørsmål om *forpliktelsen* vedtaket statuerer til gjennomføring, og hvordan man kan klassifisere dette. Punkt 5.4.4 vil avklare på hvilket grunnlag reguleringsmyndighetene utøver sin beslutningsmyndighet. Punkt 5.4.5 vil videre analysere utøvelsen av beslutningsmyndigheten.

Gjennomføringsmetoden for vedtak om metoder og vilkår er særegen. Vedtakene kan anses som traktatforpliktelser inngått på vegne av medlemsstaten, som internasjonale bilaterale eller multilaterale avtaler.⁵²⁴ Oppgaven vil avgrense mot en vurdering av vilkårene for inngåelse av traktatforpliktelser, og hvorvidt vedtakene kan anses som traktatforpliktelser inngått på vegne av medlemsstatene.⁵²⁵

5.4.4 Identifisering av beslutningsmyndigheten

Delkapittelet vil redegjøre for det rettslige grunnlaget for reguleringsmyndighetenes beslutningsmyndighet. Dette vil innebære å avklare på hvilket prosessuelt grunnlag reguleringsmyndighetene utøver sin myndighet på. Oppgaven vil undersøke om vedtakelseskompetansen er utøvelse av myndighet som medlemsstatene allerede har, eller utøvelse av myndighet som nødvendiggjør delegasjon fra EUs organer.⁵²⁶ Delegasjon kan defineres som overføring av kompetanse til myndighetsutøvelse fra et organ til et annet.⁵²⁷ Myndighetsutøvelse innebærer kompetanse til å vedta rettslig bindende rettsakter.

Spørsmålet er om reguleringsmyndighetenes beslutningsmyndighet i forbindelse med vedtak om metoder og vilkår, krever delegasjon fra EU. Utgangspunktet er at medlemsstatene selv ikke kan utøve myndighet som eksklusivt er overført til EU.⁵²⁸ Dette kan bare utføres dersom slik myndighet er tildelt fra den Europeiske Union eller for å gjennomføre rettsakter fra EU.⁵²⁹ Å

⁵²³ Se i punkt 4.2.

⁵²⁴ De Witte (2018). TEU og TFEU er slike traktater som konstituerer og dermed utgjør en integrert del av EU-samarbeidet.

⁵²⁵ Utgangspunktet for denne vurderingen følger av *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (VCLT) art. 2 (1) bokstav a. Bestemmelsen definerer en traktat som en «*international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation.*» Flere spørsmål oppstår her, blant annet om reguleringsmyndighetene har hatt fullmakt eller at intensjonen var å gi reguleringsmyndighetene fullmakt til å inngå forpliktelser på vegne av medlemsstatene.

⁵²⁶ Hartley (2014) s. 133.

⁵²⁷ Ott (2014) s. 99.

⁵²⁸ TFEU art. 2 (1).

⁵²⁹ TFEU art. 2 (2).

utøve myndighet på eksklusive områder vil typisk nødvendiggjøre delegering til medlemsstatene.⁵³⁰

Etter TFEU art. 4 (2) bokstav i, er kompetanseutøvelsen knyttet til område for energi, en delt kompetanse mellom den Europeiske Union og medlemsstatene. TFEU art. 2 (2) angir at medlemsstatene kan vedta lovgivning og rettsakter i delte kompetanseområder med EU. Begge aktører kan her utøve myndighet.⁵³¹ Medlemsstatene utøver myndigheten, såfremt dette ikke allerede er gjort av EUs organer.⁵³²

Spørsmålet er om Kommisjonens vedtakelse av retningslinjene i medhold av Elforordningen, ekskluderer medlemsstatenes rett til å vedta egne rettslig bindende beslutninger, om metoder og vilkår. Dersom dette ekskluderer medlemsstatenes rett, vil beslutningsmyndigheten nødvendigvis delegering av beslutningskompetanse fra EU.⁵³³

Ordlyden i TFEU art. 2 (2) løser ikke spørsmålet konkret for når medlemsstatenes rett til å utøve myndighet opphører, annet enn at EU må ha utøvd sin kompetanse. Bestemmelsen angir at medlemsstatene kan utøve myndighet «to the extent that the Union has not exercised its competence». Forutsetningsvis kan ikke begge aktører utøve myndighet samtidig.⁵³⁴ Etter Lisboa-traktaten har det delvis blitt avklart hvordan utøvelsen av den delte kompetansen skal forstås, og for når EU kan anses for å ha utøvd den aktuelle kompetansen. EUs utøvelse av myndighet ekskluderer kun medlemsstatenes myndighet for «those elements governed by the Union act in question».⁵³⁵

Medlemsstatene er dermed ikke ekskludert fra å vedta rettslig bindende rettsakter, i områder for delt kompetanse, hvor EU allerede har utøvd myndighet. Det avgjørende for denne vurderingen er rekkevidden av rettsakten vedtatt av EU, og hvilke elementer som er regulert her. Dette beror på en tolkning og konkret vurdering av rettsakten. Rekkevidden av Elforordningen og retningslinjene ivaretar medlemsstatenes autonomi til å treffe vedtak om metoder og vilkår.⁵³⁶

⁵³⁰ Hartley (2014) s. 119.

⁵³¹ Schütze (2015) s. 86.

⁵³² TFEU art. 2 (2).

⁵³³ TFEU art. 2 (2).

⁵³⁴ Schütze (2015) s. 86.

⁵³⁵ Protocol (No 25) on the exercise of shared competence.

⁵³⁶ Tridimas (2012) s. 64.

Konklusjonen er at reguleringsmyndighetene sine vedtak prosessuelt sett er utøvd gjennom myndigheten de har som suverene stater⁵³⁷ fordi Kommisjonen selv ikke har valgt å utøve sin myndighet til å fastsette vedtak om metoder og vilkår.⁵³⁸ Utøvelsen av beslutningsmyndigheten vedrørende regionale og nasjonale vedtak om metoder og vilkår nødvendiggjør ikke delegasjon fra den Europeiske Union.⁵³⁹

5.4.5 Delt kompetanse og delt utøvelse av forvaltning

Delkapittelet skal redegjøre for hvordan man klassifiserer *forpliktelsen* som oppstår i forbindelse med vedtakelse av metoder og vilkår. Med dette mener jeg på hvilket rettslig grunnlag forpliktelsen er ilagt reguleringsmyndighetene og hvordan man kan analysere denne. Redegjørelsen gjelder for reguleringsmyndighetene i EU. Som tidligere konkludert krever ikke utøvelse av vedtakelses- og gjennomføringsmyndighet for reguleringsmyndighetene delegasjon fra EUs institusjoner. De er inngått under delt kompetanse i EU,⁵⁴⁰ og vedtakene kan dermed analyseres i lys av EUs utøvelse av forvaltning.

Utgangspunktet i EU-retten er at medlemsstatene har en generell forpliktelse til å gjennomføre EU-retten, anvende reglene i sin rettsanvendelse, og samarbeide lojalt med EU.⁵⁴¹ For gjennomføringsforpliktelsen har medlemsstatene en valgfrihet, men dette er under forutsetning av at EU ikke selv legger føringer for gjennomføringsmetode.⁵⁴² Her skisserer retningslinjene opp rammene for gjennomføringen. Dette kan derfor kategoriseres som delt utøvelse av forvaltning,⁵⁴³ hvor medlemsstater og private aktører har en formell rolle i å utøve EUs forvaltning på enkelte rettsområder. Denne rettslige forbindelsen mellom forvaltningsoppgaver hos henholdsvis EU og nasjonale myndigheter er fremtredende for denne type prosedyre.⁵⁴⁴

Utøvelse av delt forvaltning i EU er ikke entydig fastsatt, og prosedyren er ikke fastsatt i traktaten.⁵⁴⁵ Oppgaven vil her påpeke noen av de sentrale kjennetegnene ved denne prosedyren for

⁵³⁷ De Witte (2018) s. 157.

⁵³⁸ TFEU art. 2 (2).

⁵³⁹ Slik delegering er sjeldent jf. Hartley (2014) s. 133, og grunnet at dette mest sannsynlig kan ses på som utøvelse av egen myndighet vil oppgaven avgrense mot dette spørsmålet.

⁵⁴⁰ TFEU art. 2 (2).

⁵⁴¹ TEU art. 4 (3).

⁵⁴² Hofmann (2011) s. 129.

⁵⁴³ Craig (2012) s. 28 omtaler dette som «shared administration». Cananea (2004) s. 199, omtaler det som «mixed proceedings». Jeg omtaler dette som delt utøvelse av forvaltning. Dette står i motsetning til en sentralisert utøvelse av forvaltningsretten, som baserer seg heller på at EU-lovgivningen pålegger Kommisjonen å gjennomføre EU-rett uten involvering av medlemsstaten, jf. Craig (2012) s. 56.

⁵⁴⁴ Cananea (2004) s. 201.

⁵⁴⁵ Craig (2012) s. 26.

å identifisere og klassifisere⁵⁴⁶ samspillet mellom EU og medlemsstatenes utøvelse av forvaltning for vedtakelse og gjennomføring av metoder og vilkår. Vedtakene har en direkte forbindelse med EU-lovgivningen i den forstand at de har sitt rettslig grunnlag i sekundærretten, hvor EU selv ikke har valgt å utøve kompetansen med å vedta metoder og vilkår. Vedtakene er dermed i sfæren av EUs utøvende myndighet, mens den utøvende myndigheten er delt mellom EUs organer og medlemsstatene for komplett gjennomføring.

Gjennomføring av metoder og vilkår kan klassifiseres som «top-down shared administration».⁵⁴⁷ Dette betyr at EU først fastsetter alminnelig lovgivning for medlemsstatene, som igjen ofte komplementeres av sekundærrett.⁵⁴⁸ Medlemsstaten gjennomfører deretter disse reglene på nasjonalt nivå. Forpliktelsen til å inngå avtalene, altså å vurdere og vedta TSOenes forslag om metoder og vilkår, for deretter å gjennomføre vedtaket i sin nasjonale rett, kan ikke ses uavhengig av EU-retten. Denne kompetansen er spesifisert under Elforordningen og retningslinjene, og danner rammeverket for medlemsstatens utøvelse av myndigheten.

Dette bringer oppgaven videre til medlemsstatens gjennomføring av forvaltningsoppgaver fra EU. Ved delt utøvelse av forvaltning under EU-retten er kompetansen tildelt nasjonale myndigheter aktuelt å se på. Begrepet «shared administration» er en paraplybetegnelse og det kan være omfattende variasjon i utøvelsen av den delte kompetanse.⁵⁴⁹ Deltakelsen av nasjonale myndigheter i forvaltningsmessige prosedyrer er varierende. Hva slags type myndighet som er tildelt og omfanget av denne er sentralt for å identifisere hva slags type delt utøvelse av myndighet det er tale om.⁵⁵⁰

I dette tilfellet er myndigheten tildelt i medlemsstaten todelt. Først retter den seg mot medlemsstatens gjennomføring. Eldirektivet oppstiller krav til at medlemsstaten må tilrettelegge for nødvendig regelverk slik at reguleringsmyndighetene har nødvendig kompetanse til å både vedta og gjennomføre vedtaket i nasjonal rett.⁵⁵¹ Eldirektivet regulerer ikke forholdene uttømmende og noe skjønnsfrihet er dermed tillagt medlemsstaten.⁵⁵²

⁵⁴⁶ Sabino (2004) s. 21.

⁵⁴⁷ Cananea (2004) s. 199

⁵⁴⁸ Craig (2012) s. 29

⁵⁴⁹ Craig (2010) s. 173

⁵⁵⁰ Craig (2012) s. 31.

⁵⁵¹ Eldirektivet 2019/944 art. 59 (7).

⁵⁵² Craig (2012) s. 30.

Deretter retter myndigheten seg til reguleringsmyndighetene. I retningslinjene er reguleringsmyndighetene pliktig til å godkjenne vedtak fra TSOene, samt å gjennomføre vedtakene forankret i sekundærretten.⁵⁵³ TSOenes deltakelse som private parter er også en tendens for delt utøvelse av forvaltning.⁵⁵⁴ Reguleringsmyndigheten har fått tildelt oppgaven i å godkjenne vedtak, gjennom retningslinjene, og dette skjer i samarbeid med andre lands reguleringsmyndigheter.⁵⁵⁵ TSOenes og reguleringsmyndighetenes kompetanse er tematisk avgrenset til svært tekniske spørsmålsstillinger, og retningslinjene regulerer i stor grad rammene for vedtakene. Dette gjelder både prosessuelt og materielt. Selve omfanget av myndigheten er imidlertid betydelig, siden retningslinjene fastsetter en stor mengde vedtak.

Det kan trekkes frem at forutsetningen for at reguleringsmyndighetene kan utøve sine oppgaver etter retningslinjene er tilretteleggingen av nasjonale myndigheter for reguleringsmyndighetenes virksomhet etter Eldirektivet. Det er dermed et innbyrdes forhold mellom myndigheten tildelt medlemsstaten og reguleringsmyndigheten for gjennomføring.

Ved delt utøvelse av forvaltning beror endelig gjennomføring på medlemsstaten, og prosedyrer for dette i intern rett.⁵⁵⁶ Dette omtales som desentralisert håndhevelse av EU-retten.⁵⁵⁷ Vedtakene må gjennomføres internt før den får endelig virkning, og er dermed delvis unntatt fra det EU-rettslige systemet.⁵⁵⁸ Denne løsningen innebærer at vedtaket står i en mellomposisjon mellom nasjonal rett og EU-rett, hvor regionale og nasjonale vedtak klassifiseres, gjennomføres og kontrolleres etterfølgende i nasjonal rett, men hvor medlemsstatene er forpliktet til å tilrettelegge for reguleringsmyndighetenes virksomhet, og kan risikere iverksettelse av traktatbruddsak etter TFEU art. 258 om dette ikke gjøres.⁵⁵⁹ At lovgivningen oppstiller harmoniserte rettigheter på EU-nivå som videre håndheves i nasjonal rett er et av kjennetegnene ved en desentralisert håndhevelse av EU-retten.⁵⁶⁰

Tidligere baserte markedsintegrasjonen seg på frivillig avtalebasert samarbeid mellom medlemsstatene.⁵⁶¹ Grunnet manglende markedsintegrasjon og koordinering mellom regulerings-

⁵⁵³ FCA art. 4 (9), CACM art. 9 (10), EB art. 5 (6) og SOGL art. 6 (7).

⁵⁵⁴ Cananea (2004) s.207.

⁵⁵⁵ Eldirektivet 2019/944 art. 59 (1) bokstav f. Denne forpliktelsen er speilet i NEM § 2-4 annet ledd for RME.

⁵⁵⁶ Hofmann (2011) s. 644.

⁵⁵⁷ Hofmann (2011) s. 140. Det står i kontrast med sentralisert håndhevelse av ACER-vedtak gjennom ACERs klageorgan og EU-domstolen.

⁵⁵⁸ Hofmann 2011 s. 645.

⁵⁵⁹ Börzel (2017) s. 243. Kommisjonen kan bare håndheve EU-retten gjennom traktatbruddsak ved gjennomføring av forvaltning i medlemsstatene.

⁵⁶⁰ Hofmann (2011) s.140.

⁵⁶¹ Mathieu (2016) s. 88.

myndigheter og nødvendig kompetanse, herunder evne til å treffe rettslig bindende beslutninger, oppstod det et behov for å lage rettslig bindende lovgivning knyttet til dette.⁵⁶² I tillegg var etterfølgelse av de fastsatte frivillig avtalene på et lavt nivå.⁵⁶³ Dette nødvendiggjorde et EU-forankret koordinert avtalebasert samarbeid. Forskjellen innebærer at rettsaktene har direkte virkning for medlemsstatene og gir dermed grunnlag for materielt harmoniserte metoder,⁵⁶⁴ for å sikre samsvar med EUs formål og målsettinger med å opprette det indre energimarkedet.⁵⁶⁵ På denne måten kan man se på forpliktelsen fra å ha gått fra en *frivillig forpliktelse*, hvor partene var forpliktet til andre markedsaktører i forbindelse med markedsintegrasjon. Nå som denne forpliktelsen er tatt opp på EU-nivå forflytter forpliktelsen seg til EU, og ikke de andre markedsaktørene.

5.4.6 Konklusjon

Delkapittelet har hatt til formål å belyse prosessuelle, formelle og funksjonelle sider ved reguleringsmyndighetens vedtak. Nasjonale reguleringsmyndigheter er gitt omfattende beslutningsmyndighet, og sammen med ACER vil de tilrettelegge for det regulatoriske rammeverket for opprettelsen av det indre energimarkedet i EU.⁵⁶⁶ Rettslig klassifisering har forsøkt å avklare på hvilket prosessuelt rettslig grunnlag reguleringsmyndighetene opptrer, samt hvordan denne kan klassifiseres funksjonelt og formelt.

Delvis har konklusjonen vært at, på bakgrunn av den desentraliserte gjennomføringen og håndhevelsen, vil vedtakets funksjon og formelle klassifisering følge intern nasjonal rett. I Norge kan RMEs vedtak klassifiseres som et enkeltvedtak fordi en forskriftskompetanse ikke er delegert til RME. Videre har oppgaven bestått i å avklare medlemsstatens utøvelse av sine plikter i samspill med EU. Først var det spørsmål om utøvelse av myndighet krevde delegasjon fra EU. Konklusjonen er at retningslinjene fastlegger at reguleringsmyndighetene, i samarbeid med TSOene skal utfylle denne lovgivning, og dermed er det innenfor den delte kompetansen i TFEU art. 2 (2).⁵⁶⁷

Med dette som utgangspunkt ble det belyst at samarbeidet mellom EU og nasjonale myndigheter i medlemsstatene sannsynligvis kan karakteriseres som «delt utøvelse av forvaltning». Denne prosedyren kjennetegnes av at medlemsstatene deltar i gjennomføringen av EU-lovgivningen nasjonalt. Dette er en «top down» prosedyre, hvor EUs organer vedtar lovgivning som

⁵⁶² Mathieu (2016) s. 100–102.

⁵⁶³ Webster (2021) s. 644.

⁵⁶⁴ Webster (2021) s. 661.

⁵⁶⁵ Det indre energimarkedet skal være bærekraftig, ikke-diskriminerende med tanke på handel og konkurranse, og ivareta hensynet til forsyningsikkerhet jf. Elforordningen 2019/943 fortalens punkt 18.

⁵⁶⁶ Eldirektivet 2019/944 fortalens punkt 80.

⁵⁶⁷ TFEU art. 2 (2).

gjennomføres i medlemsstatene. Gjennomføringen krever først at medlemsstaten fastsetter nødvendige rammer for reguleringsmyndighetenes virksomhet, som er vedtak om metoder og vilkår. Denne utøvelsen av myndighet er av svært teknisk karakter, men relativt stor i omfang.

Oppgaven har ikke vurdert spørsmålet om funksjonell klassifisering fordi reguleringsmyndighetenes vedtak, slik systemet er, alltid vil rette seg mot en allerede bestemt krets av aktører. Reguleringsmyndighetens vedtak vil følge en desentralisert håndhevelse ved gjennomføringen. Forvaltningsprosedyren vil dermed ivareta regionale forskjeller i energimarkedet i EU, og samtidig sikre nødvendig teknisk ekspertise ved gjennomføring av EU-rettslig lovgivning.

5.5 Klassifisering av ACERs vedtak

5.5.1 Innledning

ACER er kategorisert som et EU-byrå med omfattende kompetanse til å treffe rettslig bindende beslutninger, herunder metoder og vilkår.⁵⁶⁸ EU-byråene er anerkjent gjennom domstolspraksis, men deres eksistens er ikke fastlagt i traktaten.⁵⁶⁹ Traktatens taushet vedrørende grunnlaget for beslutningsmyndigheten til EU-byråder er en utfordring for tolkningen av ACER-vedtakets rettslige status etter ACER-forordningen 2019/942. Kapitlet vil belyse problemstillingene, og mulige konklusjoner.

Av hensyn til institusjonell balanse mellom EUs institusjoner, er ACERs kompetanse avhengig av delegasjon. Kapitlet skal redegjøre for hvilke rettslig skranker som er oppstilt for delegering av beslutningsmyndighet, og dermed hvordan vedtakene kan klassifiseres prosessuelt i punkt 5.5.2. Videre vil oppgaven se på den formelle klassifiseringen av vedtakene i punkt 5.5.3. Spørsmålet om delegasjonsskrankene avgrenser ACER til å vedta EU-rettsakter som oppstilt i TFEU art. 288 er vurdert i punkt 5.5.3.2. Deretter i punkt 5.5.3.3 blir det spørsmål om vedtakene kan kategoriseres som rettslig bindende beslutninger etter TFEU art. 288 (4). Under den funksjonelle klassifiseringen vil oppgaven redegjøre for vedtakets rekkevidde og hvorvidt den funksjonelle klassifiseringen er i samsvar med rettslige skranker for delegering av beslutningsmyndighet.

5.5.2 Delegert myndighet til å vedta gjennomføringsrettsakter

Delkapitlet skal vise hvordan den prosessuelle klassifiseringen forholder seg til delegasjonsskrankene. Prosessuelt kan nye rettsakter i EU vedtas som lovgivningsrettsakter, delegerte rettsakter eller gjennomføringsrettsakter.⁵⁷⁰ Delkapitlet vil illustrere hvilke muligheter som finnes for klassifisering av ACERs vedtak i lys av delegasjonsskrankene.

⁵⁶⁸ Busuioc (2013) s. 40.

⁵⁶⁹ Sak C-270/12 *ESMA*.

⁵⁷⁰ Curtin (2015) s. 108.

Prosessuelt kan Kommisjonens delegerte lovgivningsmyndighet utøves gjennom to ulike typer rettsakter, nemlig gjennom delegerte rettsakter og gjennomføringsrettsakter.⁵⁷¹ Utgangspunktet er at Kommisjonen bare kan delegere myndighet til ACER som den selv har etter traktaten.⁵⁷² ACER sin bindende beslutningsmyndighet er derfor i første omgang begrenset av Kommisjonens tildelte myndighet.

Problemstillingen er hvorvidt ACER kan delegeres myndighet til å treffe beslutninger som kan klassifiseres som enten delegerte rettsakter eller gjennomføringsrettsakter.⁵⁷³ Traktaten avklarer ikke dette spørsmålet. Spørsmålet har vært omtvistet, men i utgangspunktet er det avvist av EU-domstolen at traktatens taushet, vedrørende delegasjon til et ikke-institusjonelt organ, avgrenser for muligheten til å delegere beslutningsmyndighet.⁵⁷⁴ Ellers belyser Generaladvokatens uttalelse til sak C-270/12 *ESMA* hvordan delegasjonsskrankene kan tolkes i forbindelse med EU-byråer.⁵⁷⁵

Muligheten for å tildele beslutningsmyndighet til ACER kan ikke ses uavhengig av de øvrige delegasjonsskrankene for EU-byråer.⁵⁷⁶ Dette vil si at ACER ikke har alminnelig handlefrihet, og dens utøvende myndighet må være «klart definert».⁵⁷⁷ ACER kan heller ikke delegeres myndighet til å vedta akter med «the force of law».⁵⁷⁸ Det er avklart at dette skal tolkes som en begrensning mot å vedta rettsakter med generelt normativt innhold.⁵⁷⁹ Nærmere vurdering av innholdet i dette kravet er gjort i punkt 5.5.4.2 i forbindelse med ACER vedtakets funksjon og rekkevidde. I utgangspunktet kan derfor ACER vedta rettslig bindende beslutninger, men innholdet i disse beslutningene er begrenset til å gjelde individuelle beslutninger uten normativt innhold. Dette er av hensynet til institusjonell balanse mellom EUs institusjoner.

Etter TFEU art. 290 (1) har Kommisjonen gjennom en delegert rettsakt myndighet til å vedta nye rettsakter «of general application to supplement or amend certain non-essential elements of

⁵⁷¹ TFEU art. 290 og 291.

⁵⁷² TEU art. 5 (2).

⁵⁷³ TFEU art. 290 og 291.

⁵⁷⁴ C-270/12 *ESMA* avsnitt 79.

⁵⁷⁵ Generaladvokatens uttalelser er ikke en formell rettskilde, men kan likevel ha stor argumentativ verdi for å belyse innholdet i reglene, jf. Fredriksen (2018) s. 322. Uttalelsene er ikke bindende for domstolen, men vektlegges i stor grad likevel, jf. Hartley (2014) s. 52.

⁵⁷⁶ De sentrale kildene for delegasjonsskrankene for EU-byråer er statuert gjennom sakene C-9/56 *Meroni*, C-98/80 *Romano* og C-270/12 *ESMA*.

⁵⁷⁷ Sak C-9/56 *Meroni* s. 152.

⁵⁷⁸ Sak C-270/12 *ESMA* avsnitt 63, jf. sak C-98/80 *Romano* avsnitt 20.

⁵⁷⁹ Opinion of Advocate General Jääskinen on C-270/12 *ESMA* avsnitt 67. Her ble det avklart at den engelske språkversjonen måtte ses i sammenheng med andre språkversjoner, for å avklare det nærmere innholdet. Hensynet til en ensartet fortolkning av EU-retten forklarer dette, jf. Fredriksen (2018) s. 296.

the legislative acts». En konsekvens av de EU-rettslige skrankene for delegasjon til EU-byråer er at lovgivningsmyndigheten til ACER ikke kan ta form som en delegert rettsakt, grunnet dets mulighet til å endre det normative innholdet i en rettsakt.⁵⁸⁰ Det kan også ses hen til at Kommisjonen uansett ikke har kompetanse til å ta skjønsmessige politiske valg gjennom delegerte rettsakter i TFEU art. 290.⁵⁸¹ En slik delegasjon til ACER vil stride med skrankene som oppstilt i forrige avsnitt.

Begrunnelsen bak dette er at EU-byråene ikke har myndighet til å endre grunnleggende elementer i lovgivningen gjennom gjennomføringsrettsakter, men at de kan foreta tekniske og kompliserte vurderinger i enkeltbeslutninger.⁵⁸² I utgangspunktet kan EU-lovgiver delegere myndigheten videre til et EU-byrå.⁵⁸³ Gjenstående kan det da være mulig å klassifisere ACERs vedtak om metoder og vilkår rettslig sett som gjennomføringsrettsakter. En gjennomføringsrettsakt kan vedtas når det er nødvendig for å sikre «uniform conditions» for gjennomføring av EU-retten.

Konklusjonen er derfor at ACER, som et EU-byrå, kun er gitt myndighet til å vedta gjennomføringsrettsakter.⁵⁸⁴

5.5.3 Formell klassifisering av ACERs vedtak om metoder og vilkår

5.5.3.1 Innledning

Dette delkapittelet skal avklare den formelle klassifiseringen til ACERs vedtak. ACERs vedtak er rettslig sett avgrenset til å ha rettskraft i EUs medlemsland, og vedtakene må derfor vurderes i dette rettslige landskapet. Delegasjonsskrankene vil legge føringer på den formelle klassifiseringen.

I punkt 5.5.3.2 blir det spørsmål om traktatens begrensninger og hvorvidt ACER er avskåret fra å vedta rettslig instrumenter oppstilt i TFEU art. 288. Problemstillingen er om ACER kan delegeres myndighet til å vedta rettslige instrumenter etter normhierarkiet oppstilt i TFEU art. 288. Deretter vil det i punkt 5.5.3.3 bli vurdert hvorvidt vedtakene kan klassifiseres som rettslig bindende beslutninger etter TFEU art. 288.

⁵⁸⁰ Opinion of Advocate General Jääskinen on C-270/12 ESMA avsnitt 85.

⁵⁸¹ Craig (2012) s. 155.

⁵⁸² Opinion of Advocate General Jääskinen on C-270/12 ESMA avsnitt 87. Selv om dette er utgangspunktet er det ikke utelukket at de tekniske vurderingene ikke inneholder normative eller politiske vurderinger, jf. Vos (2018) s. 32. Dette er imidlertid en vanskelig grense å trekke, så oppgaven vil kun påpeke problemstillingen. I tilfelle et EU-byrå skal tildeles en mulighet til å foreta skjønsmessige vurderinger må prosedyren for vedtakelse endres, for å sikre tilstrekkelige prosessuelle rettigheter, jf. Craig (2012) s. 176.

⁵⁸³ Opinion of Advocate General Jääskinen on C-270/12 ESMA avsnitt 86.

⁵⁸⁴ TFEU art. 291.

5.5.3.2 *Traktatens begrensninger*

Traktaten oppstiller et normhierarki for formell klassifisering av EUs rettsakter. Normhierarkiet som ble presentert ved Lisboa-traktaten i TFEU art. 288⁵⁸⁵ angir at EUs rettsakter kan klassifiseres som forordninger, direktiver, bindende beslutninger, anbefalinger og uttalelser.⁵⁸⁶ Som utgangspunkt kan alle gjennomføringsrettsakter ta form som de rettslige instrumentene opplistet i TFEU art. 288.⁵⁸⁷

Traktaten avklarer ikke spørsmålet om anledningen til, og rekkevidden av et EU-byrås beslutningsmyndighet i forbindelse med de rettslige instrumentene. Dette spørsmålet ble ikke avklart gjennom Lisboa-traktaten og gjenstår fremdeles som en rettslig utfordring, i forbindelse med ACERs grunnlag for utøvelse av myndighet.⁵⁸⁸ Problemstillingen er derfor om ACER kan delegeres myndighet til å vedta rettslige instrumenter etter normhierarkiet oppstilt i TFEU art. 288.

TFEU art. 288 angir at det er EUs institusjoner som skal vedta de rettslige instrumentene som er oppstilt i bestemmelsen. Det er klart at EU-byråder etter ordlyden faller utenfor denne bestemmelsen. En eventuell myndighet forutsetter dermed delegasjon. Kommisjonen kan delegeres myndighet til å vedta rettsakter i TFEU art. 288, men det er tvilsomt hvorvidt EU-byråder videre kan delegeres tilsvarende myndighet.⁵⁸⁹

Domstolspraksis har lagt til grunn at traktaten forutsetter at EU-byråder kan delegeres bindende beslutningsmyndighet, fordi disse er gjenstand for overprøving av EU-domstolen i TFEU art. 263 (1) siste setning.⁵⁹⁰ I forbindelse med bestemmelse om domstolsprøving er det angitt at EU-domstolen kan «review the legality of acts of (...) agencies (...)». Unionens rettsakter er videre opplistet i art. 288. Systembetragtninger kan tilsi at det er nærliggende å konkludere med at EU-byråder i utgangspunktet kan vedta rettslige instrumenter oppstilt i TFEU art. 288.

Forrige delkapittel utelukket ikke at ACER kan delegeres myndighet til å vedta gjennomføringsrettsakter. Generaladvokaten begrunnet denne delegasjonsmuligheten med at dets art⁵⁹¹ ikke kunne hindre EU-lovgiver fra å delegeres slik myndighet videre til EU-byråder.⁵⁹² Begrun-

⁵⁸⁵ Vos (2018) s. 24.

⁵⁸⁶ Horspool (2019) s. 117.

⁵⁸⁷ Curtin (2015) s. 107.

⁵⁸⁸ Vos (2018) s. 22.

⁵⁸⁹ Chamon (2016) s. 241.

⁵⁹⁰ Sak C-270/12 *ESMA* avsnitt 79.

⁵⁹¹ Gjennomføringsrettsakter kan ikke endre det normative i en rettsakt.

⁵⁹² Opinion of Advocate General Jääskinen on C-270/12 *ESMA* avsnitt 86.

nelsen, som ser ut til å være forankret i et generelt skille mellom normativ lovgivning og individuelle beslutninger, bør også kunne få betydning for vurderingen etter TFEU art. 288. Såfremt delegasjonen ikke består i normativ vedtakelseskompetanse vil man legge til grunn tilsvarende forståelse her. Forskjellen er imidlertid at dersom EU-byråer har myndighet til å vedta rettslig instrumenter i TFEU art. 288 vil hensynet til institusjonell balanse måtte stå enda sterkere i vurderingen av muligheten for delegasjon.⁵⁹³ Samtidig er ikke rekkevidden av hensynet til institusjonell balanse alltid lett å identifisere, grunnet hyppig myndighetsdelegering til ikke-institusjonelle organer.⁵⁹⁴ EU-byråene har fremdeles en uavklart posisjon i forholdet til EUs institusjoner.⁵⁹⁵

Traktaten fremstår som usammenhengende i denne forbindelse. Rettslig overprøving av EU-byråers beslutninger i TFEU art. 263 (1) forutsetter en rettslig bindende rettsakt, men avklarer ikke hvilket rettslig grunnlag beslutningen har. Enten må TFEU art. 263 (1) forstås i sammenheng med art. 288, og dermed kan det innfortolkes en mulighet for delegasjon til EU-byrå; alternativt er normhierarkiet presentert i art. 288 ufullstendig formulert.⁵⁹⁶ I sistnevnte situasjon faller ACERs vedtak mellom to stoler, og er dermed ikke mulig å klassifisere innenfor traktatens grenser. Normhierarkiet gir antageligvis ikke en komplett kategorisering av rettsakter, så det kan hende at formell klassifisering av ACER-vedtak etter traktaten ikke er mulig.⁵⁹⁷

Spørsmålet er derfor fremdeles tvilsomt, men ut fra rettskildematerialet som foreligger er dette ikke utelukket, men heller ikke bekreftet. Ordlyden taler mot en slik delegasjonsmulighet. Hensynet til institusjonell balanse kan også tale for dette. Domstolspraksis og systembetragtninger trekker i motsatt retning. Tatt i betraktning at det åpnes opp for at EU-byråer kan vedta gjennomføringsrettsakter som er gjenstand for rettslig overprøving kan det være nærliggende å konkludere med at slik delegasjon er mulig.

Oppgaven forutsetter videre at dette er en mulighet, og vil videre vurdere de rettslige instrumentene oppstilt i TFEU art. 288. Denne muligheten vil alltid være begrenset av generelle delegasjonsskrankene, og naturlig avgrense noen av de rettslige instrumentene etter dets art og funksjonsmåte. Retningslinjene er bindende EU-rett og gjennomføringen foretas gjennom nett-

⁵⁹³ Vos (2018) s. 46.

⁵⁹⁴ Zinzani (2012) s. 53.

⁵⁹⁵ Se for eksempel COM(2008) 135 s. 7

⁵⁹⁶ Vos (2014) s. 44.

⁵⁹⁷ Se Craig (2010) s. 283 som illustrerer problemet gjennom et eksempel hvor en forvaltningsrettslig beslutning etter TFEU art. 288 (4) ikke kan klassifiseres som verken en lovgivningsrettsakt, delegert eller en gjennomføringsrettsakt. Motsetningsvis kan man ikke slutte at rettsakten av den grunn er ulovlig.

opp vedtak om metoder og vilkår. Det er obligatorisk for medlemsstatene å gjennomføre retningslinjene gjennom metoder og vilkår.⁵⁹⁸ Vedtakene vil gi forpliktelser og rettigheter til markedsaktørene som kan overprøves av klageorganet og videre av EU-domstolen.⁵⁹⁹ Dette viser at det kan utelukkes at vedtakene er *soft law*.⁶⁰⁰ Vedtakene kan ikke klassifiseres som anbefalinger eller uttalelser.⁶⁰¹

Direktiver fastsetter etter sin art rammeverket for inkorporering av medlemsstatene.⁶⁰² Medlemsstatene selv kan velge «form and method» for inkorporering av direktivet i nasjonal rett. Rettsakten kan ikke pålegge plikter og rettigheter til individuelle parter, før inkorporering i nasjonal rett,⁶⁰³ slik at de ikke har horisontal direkte virkning.⁶⁰⁴ Dette gjelder selv om direktivet klart skulle gitt uttrykk for dette.⁶⁰⁵ Vedtakelses- og gjennomføringsprosedyren for metoder og vilkår pålegger sentrale markedsaktører plikter og rettigheter, som også kan overprøves av ACERs «Board of Appeal», og overprøves i EU-domstolen. ACER-vedtakene har derfor horisontal direkte effekt, og kan ikke anses som direktiver.

Det kan også utelukkes at vedtakene kan anses som forordninger.⁶⁰⁶ Det er to grunner til dette. Først og fremst er kjennetegnet til forordninger etter TFEU art. 288 (2) at disse har «general application». De er bindende for EU i sin helhet, uten at det er nødvendig med nærmere inkorporering i nasjonal rett.⁶⁰⁷ Forordninger er bindende for alle medlemsstatene, og er av normativ karakter. Skranker for delegasjon vil på denne bakgrunn avgrense ACER fra muligheten til å vedta denne type rettsakt, grunnet muligheten til å vedta rettsakter med normativt innhold.⁶⁰⁸ For det andre kan ikke vedtakenes rettslige status tilsvare retningslinjenes, og det kan derfor utelukkes at de er å anse som forordninger.⁶⁰⁹

Den gjenstående muligheten for formell klassifiseringen er å anse vedtakene som bindende beslutninger etter TFEU art. 288 (4). Konklusjonen er at skrankene for delegasjon ikke begrenser muligheten for ACER til å vedta bindende beslutninger etter TFEU art. 288 (4).

⁵⁹⁸ Eldirektivet 2019/944 art. 59 (1) bokstav g.

⁵⁹⁹ ACER-forordningen 2019/942 art. 29.

⁶⁰⁰ Engel (2018) s. 52. Bare rettslig bindende beslutninger kan overprøves.

⁶⁰¹ TFEU art. 288 (5).

⁶⁰² Engel (2018) s. 54.

⁶⁰³ Engel (2018) s. 54.

⁶⁰⁴ Fredriksen (2018) s. 413.

⁶⁰⁵ Engel (2018) s. 54

⁶⁰⁶ TFEU art. 288 (1). Se punkt 5.2 om vedtakenes forhold til retningslinjene.

⁶⁰⁷ TFEU art. 288 (2).

⁶⁰⁸ Sak C-270/12 *ESMA* avsnitt 63, jf. sak C-98/80 *Romano* avsnitt 20.

⁶⁰⁹ Dette er tema i punkt 5.3.

5.5.3.3 Bindende beslutninger etter TFEU. art. 288 (4)

Problemstillingen videre er om vedtak om metoder og vilkår kan klassifiseres som en bindende beslutning etter TFEU art. 288 (4). Delkapittelet vil undersøke myndigheten ACER er gitt gjennom ACER-forordningen 2019/942. I utgangspunktet kan ACER bare da treffe beslutninger som kan karakteriseres som gjennomføringsrettsakter, som er av individuelt bindende karakter.

Forordningen kan kaste lys over hva ACERs vedtak er ment til å anses som formelt sett. Oppgaven vil her ta utgangspunkt i den nyeste forordningen, siden denne gjelder for EUs medlemsstater.⁶¹⁰ ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 16 angir at «ACER has been granted the power to adopt individual decisions».⁶¹¹ At ACER treffer «individual decisions» vil derfor kunne samsvare med terminologien brukt i TFEU art. 288 (4).

Rettslig bindende beslutninger etter TFEU art. 288 (4) kan pålegge private forpliktelser og rettigheter, som også kan prøves for EU-domstolen.⁶¹² Rettslig bindende beslutninger blir bindende fra de er annonsert.⁶¹³ Vedtakelsesprosessen i retningslinjene viser utvilsomt at vedtakene skaper forpliktelser for både TSOene og reguleringsmyndighetene. De er rettslig bindende og skal gjennomføres i nasjonal rett. De kan i tillegg overprøves av ACERs klageorgan og EU-domstolen.⁶¹⁴ ACER-vedtakene har derfor direkte horisontal virkning for medlemsstatene, som en beslutning i medhold av TFEU art. 288 (4) i prinsippet også vil ha. En EU-rettslig beslutning er kun bindende for partene som er adressert i beslutningen.⁶¹⁵ Beslutningen kan også være uten en adressat,⁶¹⁶ men dette er ikke relevant for vedtak om metoder og vilkår.

En tolkning av ACER-forordningen tilsier derfor at en mulig formell klassifisering av ACER sine vedtak er at de er å anse som bindende beslutninger etter TFEU art. 288 (4). Hvorvidt dette er en reell mulighet under delegasjonsregimet i EU er usikkert, men ovenfor konkluderte oppgaven med at delegasjonsskrankene ikke direkte avskjærer muligheten for EU-lovgiver å delegerer bort slik myndighet. Dette vil også bli den foreløpige konklusjonen.

⁶¹⁰ ACER-forordningen 2019/942 art. 46.

⁶¹¹ ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 16 andre setning.

⁶¹² TFEU art. 263 (1). Dette forutsetter at beslutningen etter sitt innhold evner å gi vesentlige endringer i adressatens rettsstilling, jf. Hofmann (2011) s. 628. Det er ikke gitt at alle beslutninger etter TFEU art. 288 (4) oppfyller traktatens vilkår for domstolskontroll. Det er imidlertid klart at vedtak om metoder og vilkår vil oppfylle disse vilkårene, så oppgaven avgrenser mot en generell redegjørelse av dette spørsmålet.

⁶¹³ TFEU art. 297 (2) siste ledd.

⁶¹⁴ ACER-forordningen 2019/942 art. 28 (1) og 29.

⁶¹⁵ TFEU art. 288 (4).

⁶¹⁶ Curtin (2015) s. 107.

Den formelle klassifiseringen vil henge nært sammen med hvordan vedtaket faktisk fungerer. I neste delkapittel vil det nærmere bli vurdert hvordan ACERs vedtak om metoder og vilkår kan klassifiseres funksjonelt.

5.5.4 Vurdering av ACER-vedtakets funksjon og rekkevidde

5.5.4.1 Innledning

Dette delkapittelet skal undersøke ACER vedtakets funksjonelle klassifisering. Den prosessuelle klassifiseringen viste at vedtakene i det EU-rettslige landskapet er «non-legislative acts», enten i form av delegerede rettsakter eller gjennomføringsrettsakter. Den formelle klassifiseringen illustrerte at de kan anses som bindende beslutninger etter TFEU art. 288 (4). Denne vurderingen vil alltid være begrenset av hvilken myndighet som lovlig kan delegeres til ACER som et EU-byrå.

Formålet med å se på den funksjonelle siden ved det EU-rettslige vedtaket vil i hovedsak være å identifisere rekkevidden til vedtaket. Om vedtakene har preg av generell lovgivning vil dette kunne være i strid med skranker for delegering av myndighet til ACER. I forbindelse med ACER-vedtaket er dette derfor tett knyttet til Kommisjonens delegasjonsadgang. For ACER som har fått sin myndighet styrket i den nyeste forordningen, gjennom primær beslutningsmyndighet for europeiske vedtak, er ikke dette spørsmålet nødvendigvis opplagt.

Problemstillingen blir derfor om ACERs vedtak er i samsvar med rettslige skranker for delegering av beslutningsmyndighet. Oppgaven vil først redegjøre for delegasjonsskranker som finnes for funksjonen og rekkevidden av beslutningene som vedtas av EU-byråene i punkt 5.5.4.2. Deretter vil den funksjonelle siden av ACERs vedtak bli vurdert i punkt 5.5.4.3.

5.5.4.2 Delegasjonsskranker

Delkapittelet skal avklare ACER vedtakets funksjon og rekkevidde. Problemstillingen er om ACER vedtakets funksjon og rekkevidde er i samsvar med rettslige skranker for delegering av beslutningsmyndighet.

ACERs nye primærkompetanse vedrørende vedtakelse av europeiske vedtak⁶¹⁷ kan problematiseres ytterligere. Når det gjelder vedtak om regionale TCMer,⁶¹⁸ vil disse vedtakene kun adresseres mot aktørene i den aktuelle regionen, og kan anses som individuelle beslutninger. Slik delegasjon vil i utgangspunktet ikke være problematisk. Tilsvarende gjelder ACERs subsidiære vedtakelseskompetanse etter ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (4).

⁶¹⁷ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2).

⁶¹⁸ ACER treffer her vedtak i medhold av ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (3) og delvis (4).

Problemstillingen er derfor om ACERs europeiske vedtak er i samsvar med de rettslige skranke oppstilt for delegering av beslutningsmyndighet. Det vil være relevant å se hen til vedtakets funksjon og rekkevidde.⁶¹⁹ Domstolspraksis fra EU har oppstilt det som en begrensning for EU-byråer å treffe rettsakter som har «the force of law».⁶²⁰ Dette er den sentrale begrensningen ACERs vedtak må vurderes opp mot. Rekkevidden av «force of law» er delvis avklart i dette henseende, og referer til et forbud mot å vedta bindende beslutninger med et generelt normativt innhold. Dette gjelder, selv om en streng tolkning av den engelske ordlyden⁶²¹ skulle tilsi et forbud i det hele tatt mot å vedta bindende beslutninger, både med et generelt normativt og individuelt eller teknisk virkeområde.⁶²²

Spørsmålet videre er hvor man skal trekke grensen for hva som er å anse som en rettsakt med normativt innhold. På den ene yttersiden er det klart at delegering av lovgivningsmyndighet etter den ordinære lovgivningsprosedyren vil inneholde muligheten til å vedta normativ lovgivning, og dermed falle utenfor hva som er lovlig delegasjon.⁶²³ På den andre siden er det vanskelig å trekke grensen mellom tekniske og regulatoriske spørsmål, med og uten normative bestemmelser.

I sak C-98/80 *Romano* ble dette tolket slik at beslutningen ikke kunne binde EU-organene «to use certain methods or adopt certain interpretations when they come to apply Union rules».⁶²⁴ En tolkning av dette tilsier en begrensning mot å vedta bindende beslutninger som legger føringer på EU-institusjonenes rettsanvendelse. Kommisjonen har også selv uttalt at begrensningen mot å vedta normative beslutninger for ACER vil omfatte for eksempel vedtakelse av bindende retningslinjer.⁶²⁵

Det generelle forbudet mot å vedta rettsakter med «the force of law» må riktignok forstås i lys av traktaten slik den fremsto før Lisboa-traktaten trådte i kraft i 2009. Begrepet «implementing acts» omfattet det som i dag omtales som «delegated acts» og «implementing acts».⁶²⁶ Forbudet

⁶¹⁹ Kommisjonen har lenge erkjent at EU-byråenes myndighetsutøvelse er strengt avgrenset. Se COM(2008) 135 s. 5

⁶²⁰ C-270/12 *ESMA* avsnitt 63, jf. sak C-98/80 *Romano* avsnitt 20.

⁶²¹ Se Opinion of Advocate General Jääskinen on C-270/12 *ESMA* avsnitt 67. Den engelske ordlyden må tolkes i lys av andre språkversjoner.

⁶²² Chamon (2016) s. 256. Det er diskutert hvordan denne ordlyden skal fortolkes. Jääskinenes uttalelse til ESMA avklarer at EU-byråer har anledning til å treffe bindende individuelle beslutninger.

⁶²³ TFEU art. 289.

⁶²⁴ C-98/80 *Romano* avsnitt 20. Dette er videreført i C-270/12 *ESMA* avsnitt 63.

⁶²⁵ COM(2007) 530 s. 12.

⁶²⁶ TFEU art. 290 og 291.

referer i den forbindelse til myndigheten for å vedta nåtidens delegerede rettsakter,⁶²⁷ som tidligere var omtalt som normative rettsakter som endret eller utbygde basisrettsaktene, under paraplybetegnelsen «implementing acts».⁶²⁸ Disse rettsaktene kan legge føringer på EU-institusjonenes rettsanvendelse, som nevnt ovenfor.

Konklusjonen er at individuelle administrative beslutninger, vedtatt som en gjennomføringsrettsakt, ikke vil betegnes som en normativ rettsakt.⁶²⁹ I dette ligger det at beslutningen ikke kan ha et generelt virkeområde med innhold som kan binde EU-institusjoner rettslig.

5.5.4.3 Vurdering

For å vurdere problemstillingen om hvorvidt ACERs europeiske vedtak om TCM er i samsvar med de rettslige skrankene oppstilt for delegering av beslutningsmyndighet vil oppgaven først tolke ACER-forordningen, og deretter se på to ACER-vedtak som et konkret eksempel for vurderingen.

Innholdet i ACERs beslutningsmyndighet må tolkes etter ACER-forordningen 2019/942 hvor myndigheten er fastlagt. En kontekstuell tolkning av ACER-forordningen kan belyse hva ACER sitt vedtak skal inneholde og fungere funksjonelt.⁶³⁰ Antagelsen er at vedtakene er av konkret, teknisk og regulatorisk art, slik at de ikke strider mot delegasjonsskrankene.

ACER-forordningen angir at beslutningsmyndigheten skal gjelde under *clearly specified conditions* og dekke både tekniske og regulatoriske regler.⁶³¹ En tolkning av dette tilsier at vilkårene for ACERs bruk av beslutningsmyndighet må være klart definert, samt begrenset til tekniske og regulatoriske regler. Forutsetningen er at ACERs bindende vedtak er av spesifikk individuell karakter og kun har begrenset funksjonell rekkevidde. Ordlyden avgrenser her for en normativ vedtakelseskompetanse.

Videre gjelder ACERs beslutningsmyndighet kun i *clearly defined circumstances*.⁶³² Dette betyr at beslutningsmyndigheten kan bare tre inn i spesifikt angitte situasjoner. Disse klart definerte omstendighetene følger for det første av ACER-forordningen 2019/942 art. 2 (d). Denne bestemmelsen angir at ACER kan treffe «individual decisions» etter art. 5 (2). Klart definerte omstendigheter følger også av retningslinjenes vedtakelse av TCMer, hvor ACER kan tre inn som endelig beslutningsorgan, i tilfelle uenighet eller forespørsel fra reguleringsmyndighetene.

⁶²⁷ TFEU art. 291.

⁶²⁸ Opinion of Advocate General Jääskinen on C-270/12 ESMA avsnitt 75.

⁶²⁹ Opinion of Advocate General Jääskinen on C-270/12 ESMA avsnitt 80.

⁶³⁰ Fredriksen (2018) s. 299.

⁶³¹ ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 16 tredje setning.

⁶³² ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 29.

Det må legges til grunn at dette kan betegnes som klart definerte omstendigheter med klart definerte vilkår for bruk av beslutningsmyndighet. Dette avgrenser følgelig mot en generell lovgivningskompetanse.

ACER-forordningen krever at utøvelse av myndighet kun trer inn i klart definerte omstendigheter, og med krav om klart definerte vilkår. Disse kan også omtales som *ex ante* kontrollmekanismer;⁶³³ de er de viktigste skrankene for myndighetsutøvelse oppstilt av EU-lovgiver. Myndighetsutøvelse utover disse rammene vil være i strid med myndighet som er delegert.

ACER-forordningen skisserer opp en klart begrenset myndighet, hvor inntredelse av både primær og sekundær vedtakelseskompetanse, er avhengig av oppfyllelse av forhåndsdefinerte vilkår. Individuelle beslutninger kan bare gjelde tekniske og regulatoriske forhold, og kan antageligvis bare adresseres mot spesifikt angitte adressater. Vedtakene vil heller ikke legge føringer på EU-institusjonenes rettsanvendelse, på samme måte som for eksempel det å vedta bindende retningslinjer som forordninger. Videre må beslutningsmyndigheten være spesifikt hjemlet enten i ACER-forordningene eller retningslinjene.

Anvendt på ACERs vedtak må det analyseres hva disse vedtakene innebærer. Et tilfeldig valgt eksempel blant ACERs avsagte beslutninger vedrørende TCM på europeisk nivå er ACER-vedtak 02/2020 og 03/2020 om forslag til opprettelse av europeiske plattformer for utveksling av balanseenergi.⁶³⁴ I begge de nevnte sakene ba reguleringsmyndighetene selv om en avgjørelse, siden de ikke kom til enighet. Vedtakelseskompetansen trådte da inn etter EB art. 5 (7) og ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10).

I utgangspunktet skal vedtakene kun gjelde tekniske og regulatoriske forhold.⁶³⁵ Metodene og vilkårenes kjennetegn kan også tilsi at de ikke er av normativ karakter. De er etter sin art tekniske og administrative. Regulering av en europeisk plattform for utveksling av balanseenergi vil få generell betydning for reguleringen av kraftmarkedet i Europa, men rettslig sett vil dette ikke få implikasjoner for verken eksisterende eller fremtidig lovgivningsrettsakter fra EU. Et vedtak om metoder og vilkår vil dermed ikke kunne endre eller utbygge basisrettsaktene, nemlig Elforordningen og Eldirektivet.

ACER-vedtakets rekkevidde kan også belyse i hvilken grad den inneholder normative bestemmelser. Presumsjonen må da være at dersom rekkevidden av adressater er generelt angitt, vil dette med større sannsynlighet kunne anses som en rettsakt med normativt innhold. Det kan

⁶³³ Vos (2018) s. 41.

⁶³⁴ EB art. 20 (1) og 21 (1) jf. EB art. 5 (2) bokstav a.

⁶³⁵ ACER-forordningen 2019/942 fortalens punkt 16 fjerde setning.

derfor spørres om det kan innfortolkes et krav om spesifikt angitte adressater i vedtaket. Alternativt kan ACER treffe vedtak som gjelder for en ubestemt krets markedsaktører. For regionale vedtak, hvor ACER opptrer som tvisteløsningsorgan mellom reguleringsmyndighetene er det klart nok at disse vedtakene bare kan rette seg mot reguleringsmyndighetene for det aktuelle vedtaket.⁶³⁶ ACERs myndighet er her avhengig av, og overført fra reguleringsmyndighetene. Problemstillingen gjelder dermed kun europeiske vedtak, men dette er et usikkert spørsmål. For nå treffer ACER europeiske vedtak med spesifikt angitte adressater, og jeg avgrensner derfor mot denne problemstillingen.⁶³⁷

I vedtaket er det spesifikt angitt at «this Decision is addressed to all TSOs», med konkret angivelse av medlemsstatenes TSOer.⁶³⁸ NEMO kan også være vedtakets adressater for metoder utviklet i samsvar med CACM. ACER-vedtakets adressater er derfor spesifikt angitt, og viser at det er en begrenset krets som er forpliktet etter vedtaket. Vedtakets rekkevidde er dermed begrenset, noe som tilsier at dette er individuelle beslutninger og ikke normative beslutninger.

Vedtaket skaper en bindende forpliktelse for medlemsstatenes TSOer, som videre må inkorporere vedtaket nasjonalt. Etter EB art. 20 (4) og 21 (4) er TSOene forpliktet til å utpeke enheten som skal ha i oppgave å drive den europeiske plattformen. I vedtaket ble det avklart at enheten skulle være driftet av TSOene selv.⁶³⁹ Gjennomføring av vedtakene kan også kreve deltakelse av for eksempel DSOene⁶⁴⁰ eller andre markedsaktører.⁶⁴¹ Disse vil ikke være forpliktet gjennom ACER sitt vedtak, men eventuelt gjennom TSOenes gjennomføring. Vedtaket kan dermed fremtidig skape forpliktelser for andre enn opprinnelige parter i vedtaket.

Konklusjonen er at ACERs utøvelse av primære vedtakelseskompetanse i ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2) ikke er i strid med de rettslige skrankene for delegering av beslutningsmyndighet.

5.5.5 Konklusjon

Den endelige konklusjonen for klassifiseringen av ACER-vedtaket er en rettslig bindende beslutning i EU, som mest sannsynlig kan klassifiseres formelt etter TFEU art. 288 (4). Disse beslutningene tar prosessuelt form som gjennomføringsrettsakter, og er kun bindende for adressatene i vedtaket.

⁶³⁶ ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10).

⁶³⁷ Dette kan få betydning for hvorvidt RME må delegeres en forskriftskompetanse. Se i punkt 5.4.2.

⁶³⁸ ACER-vedtak 02/2020 s. 35 og ACER-vedtak 03/2020 s. 37.

⁶³⁹ ACER-vedtak 02/2020 s. 20.

⁶⁴⁰ Eldirektivet 2019/944 art. 2 (29).

⁶⁴¹ Definert i punkt 2.4.2.

6 Avsluttende refleksjoner

Oppgavens problemstilling var hvilken rettslig status vedtak om metoder og vilkår har. *Rettslig status* kan undersøkes på flere måter. Siden vedtakene pålegger plikter i forbindelse med vedtakelse og gjennomføring, er rettslig avklaring viktig. Oppgaven har derfor valgt å fokusere på prinsipielle juridiske spørsmål knyttet til vedtakelsesprosedyre, rettslig overprøving, og gjennomføring, som er viktige for aktørenes rettslige stilling. Den rettslige klassifiseringen hadde til formål å kaste lys over vedtakenes prosessuelle, formelle og funksjonelle virkemåte i retts-systemet.

For vedtakelse av metoder og vilkår i kapittel 3 konkluderte oppgaven med at hensynet til effektivitet er vesentlig for vedtakenes rettslige status, herunder at vedtakelsesprosedyren må ivareta hensynet til forutsigbarhet og effektivitet for å forhindre forsinkelser som følge av uavklarte prosessuelle spørsmål. Klare prosessuelle regler er spesielt viktig grunnet koordinering av flere offentlige og private aktører, mange vedtak og korte tidsfrister. Her er det identifisert to krysningspunkter mellom aktørenes utøvelse av oppgaver.

For det første gir Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280 viktige prosessuelle avklaringer, men forskyver balansen i vedtakelsesprosedyren fra TSOene til reguleringsmyndighetene. I forlengelse av dette må balansen mellom reguleringsmyndighetene og TSOene ivaretas som hensyn, for at TSOene, som innehar førstehåndskunnskap om energimarkedet og derav den tekniske ekspertisen, fremdeles skal ha et initiativ for å delta i utarbeidelsen av metoder og vilkår.

For det andre relaterer flere av de gjenstående juridiske spørsmålene seg til rekkevidden av ACERs beslutningsmyndighet. Vedtakenes rettslige status med ACER som endelig beslutningsmyndighet, avhenger av et avklart rettslig grunnlag for utøvelse av bindende beslutningsmyndighet. EU-byråenes funksjon og grunnlag for utøvelse av beslutningsmyndighet er ikke erkjent i traktaten.⁶⁴² Dette etterlater prinsipielle spørsmål, spesielt knyttet til hvordan rekkevidden av ACERs bindende beslutningsmyndighet i ACER-forordningen skal tolkes og forstås i lys av en taus traktat. Dette bygger imidlertid på en generell grunnleggende utfordring for EU-retten og dens mange byråer, og ikke på energimarkedspakkene som sådan.

Jeg vil trekke frem noen refleksjoner fra ACERs rolle i vedtakelsesprosedyren. ACER trer inn som endelig beslutningsmyndighet for reguleringsmyndighetene for tilfeller av uenighet eller

⁶⁴² Hofmann (2009) s. 501

forespørsel.⁶⁴³ Foruten om dette er ACER gjennom ACER-forordning 2019/942 gitt primærkompetanse i forbindelse med europeiske vedtak.⁶⁴⁴ Rekkevidden av den materielle skranken, utvidet fra «grensekryssende infrastruktur» til «grensekryssende handel og systemsikkerhet» gjenstår fremdeles som et tolkningsspørsmål. Hovedtendensen er dermed at ACERs myndighet i mindre grad er begrenset gjennom *ex ante* kontrollmekanismer oppstilt av lovgiver.

Problemet med at den materielle skranken er etterlatt åpen for videre fortolkning er for det første at den direkte vedrører overføring av kompetanse fra reguleringsmyndighetene til ACER. Dette etterlater et uavklart forhold mellom reguleringsmyndighetene og ACER. For det andre vil en slik uavklart utvidet materiell skranke gi ACER muligheten til å tolke rekkevidden av denne selv. Dette er det andre krysningpunktet som kan skape rettslig uforutsigbarhet mellom utøvelse av reguleringsmyndighetens og ACERs kompetanse. ACER er etter sitt formål ikke en europeisk regulator og dette er heller ikke tiltenkt.⁶⁴⁵ Utviklingstrekkene i delkapittel 3.5 viser imidlertid gjennom endringene i ACER-forordning 2019/942, at dette er en mulig realitet for fremtidens ACER. For ivaretagelse av hensynet til effektivitet og harmonisering av metoder og vilkår kan det imidlertid tenkes å være en formålstjenlig løsning.

En annen betraktning jeg vil trekke frem er viktigheten av å sikre tilstrekkelige kontrollmekanismer. Dette gjelder både for reguleringsmyndighetene i medlemsstatene og ACERs vedtak i den EU-rettslige dimensjonen, samt for ESAs vedtak i EFTA-dimensjonen og RMEs vedtak i Norge. Spesielt er legalitet et viktig hensyn når vedtakelsesorganene ikke er alminnelige lovgivere, men likevel vedtar rettslig bindende beslutninger med stor virkning for markedsaktører. Med effektivitet som et førende hensyn konkluderte oppgaven med at bruk av klageorgan er vesentlig, for å ikke risikere større forsinkelser ved gjennomføringen av vedtakene. Forutsetningen er da at behandlingen i klageorganet må være kvalitetssikret, effektiv og uavhengig av det opprinnelige vedtakelsesorganet. Dette gjelder både for ACERs og reguleringsmyndighetenes vedtak. På bakgrunn av klageorganets anledning til å overprøve tekniske sider ved vedtaket er dette aktørenes viktigste arena for overprøving.⁶⁴⁶

Oppgavens kapittel 4.4.4 har konkludert med at kontrollmekanismene for EFTA-dimensjonen er svært begrenset, uten klageorgan og begrensede overprøvingsmuligheter av vedtaket i EFTA-domstolen. Diskusjonen om en gjennomføringsmetode for vedtak som passer i EØS-avtalens struktur og etter Grunnlovens begrensninger har gått på bekostning av spørsmålet om kontrollmekanismer. Dette poenget fortjener imidlertid mer oppmerksomhet. Oppsummert har nok

⁶⁴³ ACER-forordningen 2019/942 art. 6 (10)

⁶⁴⁴ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (2).

⁶⁴⁵ COM(2016) 863 final s. 17.

⁶⁴⁶ Hertzberg (2018) s. 225.

ACERs vedtak, truffet i EU, i realiteten større virkning i norsk rett, selv med ESA som fungerende institusjonelt motstykke til ACER. En mangel av vurderinger av vedtakets *reelle virkninger* for valg av tilknytningsmodell, samt begrensede kontrollmekanismer forut for den faktiske internrettslige gjennomføring, kan tilsi dette. RMEs gjennomføring i norsk rett gjennom enkeltvedtak, gir vedtaket rettslige virkninger, i form av å pålegge markedsaktører plikter, og mulighet for etterfølgende rettslig kontroll gjennom klage til Energiklagenemnda og norske domstoler.

For klassifisering av reguleringsmyndighetenes nasjonale og regionale vedtak er konklusjonen at dette følger gjennomføringen i nasjonal rett. Gjennomføringen avhenger av hvilken *nivåregulering* vedtaket er på. Hvilke kontrollmekanismer som trer inn, avhenger også av dette. Mens regionale og nasjonale vedtak hører til en desentralisert⁶⁴⁷ gjennomføring og håndhevelse, vil ACERs europeiske og regionale⁶⁴⁸ vedtak håndheves sentralt i EU gjennom ACERs klageorgan og EU-domstolen. I medlemsstatene vil dette medføre ulike nasjonale forvaltningsmessige prosedyrer for gjennomføring. Det er derfor ikke utelukket at dette rettslig kan medføre at vedtakene får ulik rettslig status innad i EU. Det er heller ikke utelukket at nasjonale domstoler kan håndheve vedtakene ulikt, som potensielt kan hindre harmonisering av regelverket. Gjennomføringsplikten og muligheten for overprøving, som forutsetter en rettslig bindende rettsakt, avklarer at vedtakene ikke er *soft law*.

ACER vedtar rettslig bindende beslutninger, men det er ikke avklart hvordan vedtakene kan klassifiseres i EU. For ACERs vedtak må klassifiseringen ta utgangspunkt i skrankene for delegering av beslutningsmyndighet oppstilt i generell EU-rett, og i ACER-forordningen. Disse skrankene kompliserer vurderingen ytterligere. Konklusjonen er at ACER prosessuelt kan vedta gjennomføringsrettsakter, og disse vedtakene kan kun ha en begrenset rekkevidde, samt ikke være av normativ art. Hvorvidt vedtakene kan klassifiseres etter normhierakiet i TFEU art. 288 er et tvilsomt spørsmål. Konklusjonen ble at traktaten ikke direkte utelukker det, men at det heller ikke kan bekreftes. I tilfelle traktaten åpner for en slik delegasjon kan ACER-vedtaket formelt klassifiseres som en bindende beslutning etter TFEU art. 288 (4). ACER-forordningen kan også forstås slik.

For oppgavens hovedkonklusjon om metodene og vilkårenes rettslige status kan det konkluderes med at vedtakene er rettslig bindende, og dermed ikke *soft law*. Vedtakene har ikke lik rettslig status som retningslinjene, og kan ikke anses som forordninger. Endelig formell rettslig status for regionale og nasjonale vedtak varierer etter gjennomføring nasjonalt i medlemsstatene, mens ACER-vedtaket har rettslig status som en gjennomføringsrettsakt.

⁶⁴⁷ Hofmann (2011) s. 140.

⁶⁴⁸ ACER-forordningen 2019/942 art. 5 (3).

Etter dette kreves det ytterligere juridiske undersøkelser utover omfanget av denne masteroppgaven, for å gi en helhetlig avklaring av metodene og vilkårenes rettslige status. Oppgavens formål har vært å belyse noen valgte sider ved vedtakene som kan bidra til denne avklaringen. For å forstå vedtakenes rettslige status i sin helhet kreves det ikke bare juridisk, men også teknisk kompetanse. Flere spørsmål gjenstår, herunder knyttet til den konkrete gjennomføringen, som også kan tydeliggjøre hvilken rettslig status vedtakene kan og bør tillegges, for at de skal fungere tilstrekkelig effektivt etter sitt formål. Dette gjelder spesielt spørsmål om motstrid med andre rettsakter, både i EU-dimensjonen og i norsk rett, og hvorvidt vedtakene innskrenker markedsaktørens avtalefrihet. Ytterligere juridiske undersøkelser av nettkodenes og retningslinjenes faktiske betydning for norsk energimarkedsrett er også vesentlig i dette henseende.

Som en avsluttende betraktning er systemet for vedtakelse- og gjennomføringen særegen, og trenger tid for tilpasning. Forhåpentligvis vil dette utvikle seg til et system som over tid vil bli forutsigbart, og herunder fungere mer effektivt. Et harmonisert regulatorisk regelverk for grensekryssende handel med kraft er vesentlig for energiomstillingen fra fossile til fornybare energikilder. Resultatet av fullstendig gjennomføring vil for fremtiden innebære opprettelsen av det mest avanserte kraftmarkedsdesignet globalt, spesielt tilrettelagt for fornybar energi.⁶⁴⁹

⁶⁴⁹ Jones (2020) s. 8.

7 Litteraturliste

Norske rettskilder

Lover og forskrifter

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven - grl.).
- 1967 Lov 10. februar 1976 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven - fvl.).
- 1990 Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven - enl.).
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- 2002 Forskrift 7. mai 2002 nr. 448 om systemansvaret i kraftsystemet (systemansvarsforskriften).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven - tvl.)
- 2019 Forskrift 24. oktober 2019 nr. 1413 om nettregulering og energimarkedet (forskrift om nettregulering og energimarkedet - NEM).
- 2019 Forskrift 24. oktober 2019 nr. 1420 om Energiklagenemda (forskrift om Energiklagenemda).

Forarbeider og høringsnotater

Forarbeider

- St.prp. nr. 50 (1998–99) *Om samtykke til inngåelse av en avtale mellom Rådet for Den europeiske union og Republikken Island og Kongeriket Norge om de sistnevnte statenes tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket.*

- St.prp. nr.100 (1991–92) *Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992*
- NOU 2012:2 *Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU.*
- Meld. St. 25 (2015–2016) *Kraft til endring — Energipolitikken mot 2030.*
- Prop. 100 S (2015–2016) *Samtykke til 1) deltakelse i åtte beslutninger i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som etablerer EUs finansstilsynssystem og enkelte andre rettsakter, 2) overføring av myndighet til å utøve beføyelser med direkte virkning i Norge til EFTAs overvåkingsorgan og EFTA-domstolen ved fremtidig innlemmelse i EØS-avtalen av forordning (EU) nr. 600/2014, forordning (EU) nr. 1286/2014 og forordning (EU) nr. 2015/2365.*
- Prop 129 S (2016–2017) *Tilleggsbevilgninger og omprioriteringer i statsbudsjettet 2017.*
- Prop. 4 S (2017–2018) *Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakke.*
- Prop. 5 L (2017–2018) *Endringer i energiloven (tredje energimarkedspakke).*
- Prop. 6 L (2017–2018) *Endringer i naturgassloven (tredje energimarkedspakke).*
- NOU 2019:5 *Ny forvaltningslov — Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)*
- Prop. 199 LS (2020–2021) *Endringer i energiloven (fire forordninger om kraftmarkedet) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutninger nr. 204/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av kommisjonsforordning (EU) 2015/1222 om fastsettelse av retningslinjer for kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering, nr. 205/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 om fastsettelse av retningslinjer for langsiktig kapasitetsfastset-*

telse, nr. 206/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av kommisjonsforordning (EU) 2017/1485 om fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnettet for elektrisk kraft, og nr. 207/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av kommisjonsforordning (EU) 2017/2195 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av kraftsystemet

Innst. 647 S (2020–2021) *Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutninger nr. 204/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av kommisjonsforordning (EU) 2015/1222 om fastsettelse av retningslinjer for kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering, nr. 205/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 om fastsettelse av retningslinjer for langsiktig kapasitetsfastsettelse, nr. 206/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av kommisjonsforordning (EU) 2017/1485 om fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnettet for elektrisk kraft, og nr. 207/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av kommisjonsforordning (EU) 2017/2195 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av kraftsystemet*

Innst. 647 L (2020–2021) *Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om Endringer i energiloven (fire forordninger om kraftmarkedet)*

Høringsnotater

Olje- og energidepartementet. *Forslag til endringer i energiloven §§ 4-5 og 10-2, forskrift om elektrisk kraft over landegrensene og forslag til ny forskrift om nettregulering og energimarkedet - gjennomføring av kommisjonsforordning (EU) 2015/1222 om fastsettelse av retningslinjer for kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering (CACM) 26.11.2018 [Høringsnotat om retningslinjen CACM].*

Olje- og energidepartementet. *Forslag til endringer i forskrift om elektrisk kraft over landegrensene - gjennomføring av kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 om fastsettelse av retningslinjer for langsiktig kapasitetsfastsettelse (FCA) 26.09.2019 [Høringsnotat om retningslinjen FCA].*

Olje- og energidepartementet. *Forslag til endringer i forskrift om elektrisk kraft over landegrensene - gjennomføring av kommisjonsforordning (EU) 2017/1485 om fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnettet for elektrisk kraft (SOGL)* 26.09.2019 [Høringsnotat om retningslinjen SOGL].

Olje- og energidepartementet. *Forslag til endringer i energiloven § 4-3, endringer i forskrift om elektrisk kraft over landegrensene og endringer i forslag til ny forskrift om nettregulering og energimarkedet - gjennomføring av kommisjonsforordning (EU) 2017/2195 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av kraftsystemet (EB)* 26.09.2019 [Høringsnotat om retningslinjen EB].

Olje- og energidepartementet. *Høring av vedtatt EU-regelverk for elektrisitetsmarkedet (Ren energi-pakken)* 09.06.2020 hentet 10.05.2021 [Olje- og energidepartementet (2020)].

Tolkningsuttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV-2016-2442-2	Nettkoder under tredje energimarkedspakke – konstitusjonelle spørsmål
JDLOV-2016-2442-3	Tredje energimarkedspakke – grunnlovsvurdering

Internasjonale rettskilder

Traktater

VCLT	<i>The Vienna Convention on the Law of Treaties</i> , Vienna 23. May 1969.
EØS-avtalen	<i>Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde</i> , signert 2. mai 1992 Oporto.
ODA-avtalen	<i>Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol</i> , signert 2. mai 1992 Oporto.

Lisboa - traktaten

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

TEU

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

TFEU

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

Direktiver

Europaparlaments- og rådsdirektiv 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) 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 (recast) [Eldirektivet 2019/944].

Forordninger

Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009 (opphevet)	Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009 av 13. juli 2009 om opprettelse av et byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter [ACER-forordningen 713/2009].
Europaparlaments- 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].
Europaparlaments- 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 [Gassforordningen 715/2009].
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.
Regulation (EU) No 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 [TEN-E forordningen].

Kommisjonsforordning (EU) 2015/1222	Kommisjonsforordning (EU) 2015/1222 av 24. juli 2015 om etablering av en retningslinje for kapasitetsfastsettelse og flaskehals-håndtering [CACM].
Kommisjonsforordning (EU) 2016/1719	Kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 av 26. september 2016 om fastsettelse av retningslinjer for langsiktig kapasitetstildeling [FCA].
Kommisjonsforordning (EU) 2017/1485	Kommisjonsforordning (EU) 2017/1485 av 2. august 2017 om fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnettet for elektrisk kraft [SOGL].
Kommisjonsforordning (EU) 2017/2195	Kommisjonsforordning (EU) 2017/2195 av 23. november 2017 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av elektrisk kraft [EB].
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. [Kommisjonens gjennomføringsforordning 2021/280]

Beslutninger og protokoller

Rådsbeslutning 1999/468/EC

Council Decision of 28 June 1999 laying down the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission

Rådsbeslutning 2006/512/EC

Council Decision of 17 July 2006 amending Decision 1999/468/EC laying down the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission

Protocol (No 25) on the exercise of shared competence

Consolidated version of the Treaty on European Union - Protocol (No 25) on the exercise of shared competence

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.

EØS-komiteens beslutning nr. 204/2020

EØS-komiteens beslutning nr. 206/2020 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi). 11.12.2020. [CACM].

EØS-komiteens beslutning nr. 205/2020

EØS-komiteens beslutning nr. 206/2020 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi). 11.12.2020. [FCA].

EØS-komiteens beslutning nr. 206/2020

EØS-komiteens beslutning nr. 206/2020 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi). 11.12.2020. [SOGL].

EØS-komiteens beslutning nr. 207/2020

EØS-komiteens beslutning nr. 206/2020 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi). 11.12.2020. [EB]

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-98/80 *Giuseppe Romano v Institut national d'assurance maldie-invalidité* [Romano]. ECLI:EU:C:1981:104
- Sak C-60/81 *International Business Machines Corporation v Commission of the European Communities* [IBM]. ECLI:EU:C:1981:264
- Sak T-187/06 *Ralf Schröder v Community Plant Variety Office (CPVO)* [Schröder]. ECLI:EU:T:2008:511
- Sak T-411/06 *Società generale lavori manutenzioni appalti Srl v European Agency for Reconstruction (EAR)* [Sogelma]. ECLI:EU:T:2008:419
- Sak T-251/00 *Lagardère SCA and Canal+ SA v Commission of the European Communities* ECLI:EU:T:2002:278
- 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-3/16 *Lucio Cesare Aquino v Belgische Staat* [Aquino]. ECLI:EU:C:2017:209
- Sak T-63/16 *Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) v Agency for the Cooperation of Energy Regulators* [E-Control v ACER]. ECLI:EU:T:2017:456
- Sak T-332/17 *Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) v European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators* [E-Control v ACER 2). ECLI:EU:T:2019:761
- Sak T-333/17 *Austrian Power Grid AG v European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators* [APG v ACER]. ECLI:EU:T:2019:760

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-684/19 *Magyar v Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal v ACER* Action brought on 7 October 2019

Sak T-606/20 *Austrian Power Grid and Others v ACER* Action brought on 30 September 2020

Sak T-607/20 *Austrian Power Grid and Others v ACER* Action brought on 30 September 2020

Forslag til avgjørelser fra Generaladvokaten

Opinion of Advocate General Jääskinen, on C-270/12 ESMA delivered on 12 September 2013 (1). ECLI:EU:C:2013:562

Dokumenter fra EU-kommisjonen

COM(2007) 1 final Communication from the Commission to the European Council and the European Parliament - An energy policy for Europe.

COM(2007) 530 Proposal for a Regulation Of The European Parliament And Of the Council establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators.

COM(2008) 135 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council- European agencies – The way forward

COM(2008) 192 final Commission staff working document - Accompanying document to the Report on progress in creating the internal gas and electricity market

COM(2014) 634	Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions - Progress towards completing the Internal Energy Market.
COM(2015) 80 final	Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee, The Committee Of The Regions and The European Investment Bank, A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy.
Europakommisjonen (2010)	Interpretative Note on Directive 2009/72/Ec concerning common rules for The Internal Market In Electricity And Directive 2009/73/Ec concerning common rules for The Internal Market In Natural Gas: the Regulatory Authorities (22.01.2010).
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).
Europakommisjonen (2020)	Consultation on amendments to procedural provisions in electricity Network Codes and Guidelines (11.05.2020).

Vedtak fra ACER

hentet fra https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Pages/Individual-decision.aspx#

ACER-vedtak 06/2016	Decision on the Electricity Transmission System Operators' Proposal for the Determination of Capacity Calculation Regions
ACER-vedtak 10/2018	Decision on the Core Capacity Calculation Region Transmission System Operators' Proposal for Fallback Procedures
ACER-vedtak 05/2019	Decision on the Incremental Capacity Project Proposal for the Mosonmagyaróvár Interconnection Point
ACER-vedtak 02/2020	Decision on the Implementation framework for the European platform for the exchange of balancing energy from frequency restoration reserves with automatic activation
ACER-vedtak 03/2020	Decision on the Implementation framework for a European platform for the exchange of balancing energy from frequency restoration reserves with manual activation
ACER-vedtak 05/2020	Decision on all NEMOs' proposal for products that can be taken into account by nominated electricity market operators in intraday coupling process
ACER-vedtak 27/2020	Decision on rejecting the Baltic CCR TSOs' proposal for the long-term capacity calculation methodology
ACER-vedtak 01/2021	Decision 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
ACER-vedtak 02/2021	Decision on the Amendment of the Fallback Procedures of the Core Capacity Calculation Region
ACER-vedtak 04/2021	Decision on the Determination of Capacity Calculation Regions

Vedtak fra ACERs klageorgan

hentet fra https://www.acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Appeal/Pages/Decisions.aspx

A-001-2015

A-001-2017

A-001-2019

A-004-2019

A-006-2019

A-001-2020

A-002-2020

A-007-2020

Uttalelser og dokumenter fra ACER og ESA

Uttalelse 09/2015

Opinion on the compliance of National Regulatory Authorities' Decisions approving the methods of allocation of cross border transmission capacity in the Central-East Europe Region with Regulation (EC) 714/2009 and the Guideline on the Management and allocation of available transfer capacity of interconnections between national systems contained in annex 1 thereto. URL: https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Opinions/Opinions/ACER%20Opinion%2009-2015.pdf hentet 14.06.2021.

ACER (2017)

ACER Annual Activity Report for the Year 2017. Publisert 14.06.2018 URL: [https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Publication/ACER%20Annual%20Activity%20Re-
port%20for%20the%20year%202017.pdf](https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Publication/ACER%20Annual%20Activity%20Report%20for%20the%20year%202017.pdf) hentet 01.06.2021.

Uttalelse 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 14.06.2021.

Memorandum of Understanding between the EFTA Surveillance Authorities and ACER (2020) Memorandum of Understanding on cooperation, information exchange and consultation between the EFTA Surveillance Authorities (“the Authority”) and the European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators (“ACER”). Signert 17.09.2020. hentet fra: <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/ACER%20agreement%20-%20signed.pdf> hentet 18.06.2021.

Litteratur

- Askhaven (2019) Askhaven, Hanna Bjørkhus. «Energimarkedsbyrået ACER.» *MarIus* nr. 521 (2019).
- Bast (2012) Bast, Jürgen. «New Categories of Acts after the Lisbon Reform. Dynamics of Parliamentarization in EU Law.» *Common Market Law Review* vol. 49 issue 3 (2012) s. 885-928. [Lest I Kluwer Law Online]
- Baur (2016) Baur, Georges. «Decision-Making Procedure and Implementation of New Law.» i *The Handbook of EEA Law*, Carl Baudenbacher red. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2016, s. 45-67. DOI 10.1007/978-3-319-24343-6_2
- Bekkedal (2016) Bekkedal, Tarjei. «Suverenitet og samarbeid – Grunnlovens skranker for delegasjon av statsmakt.» *Kritisk juss* nr. 1 (2016) s. 3-37. [Lest i Idunn.no]
- Bekkedal (2019) Bekkedal, Tarjei. «Third State participation in EU agencies: Exploring the EEA precedent.» *Common Market Law Review* nr. 56, issue 2 (2019) s. 381-418. [Lest I Kluwer Law Online Journal]
- Bekkedal (2018) Bekkedal, Tarjei., Hertzberg, Ingrid. «Suverenitet og homogenitet. Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (II).» *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.energinorge.no/fagomrader/strommarked/nyheter/2020/anbefaler-revisjon-av-forskrifter-til-energiloven/juridisk-betenkning-eus-retningslinjer-for-kraftsektoren-i-norsk-rett/>] hentet xx.xx.2021.
- 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-ren-energi-pakke-for-norge/> [hentet 19.05.2021]
- Börzel (2017) Börzel, Tanja A., Heidbreder, Eva G. «Enforcement and compliance.» I *Research Handbook on EU Administrative Law.*, Carol Harlov, Päivi Leino and Giacinto della Cananea red. Cheltenham: Edward Elgar, 2017 s. 241-262. DOI: 10.4337/9781784710682
- Buschle (2016) Dirk, Buschle., Jourdan-Andersen, Birgitte. «Energy Law» i *The Handbook of EEA Law*, Carl Baudenbacher red. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2016, s. 773-805. DOI 10.1007/978-3-319-24343-6_36
- Busuioc (2013) Busuioc, Madalina. *European Agencies: Law and Practices of Accountability*. United Kingdom: Oxford University Press, 2013. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199699292.001.0001
- Cabau (2016) Cabau, Emmanuel. «National Regulatory Authorities.» I *EU Energy Law: The Internal Energy Market.*» Redigert av Benedikt Ennser. Christopher Jones red., 4. utg., Deventer: Claeys & Casteels, 2016 s. 229-275.
- Cabau (2021) Cabau, Emmanuel. «National Regulatory Authorities.» I *EU Energy Law: The Internal Energy Market.* Redigert av Kristóf Kovács. Christopher Jones og William-James Kettlewell red., 5.utg., Deventer: Claeys & Casteels, 2021, s.265-318

- Cananea (2004) Cananea, Giacinto Della. «The European Union's Mixed Administrative Proceedings.» *Law and Contemporary Problems* vol. 68, nr. 1 (2004) s. 197-217. [Lest i HeinOnline Law Journal Library]
- Cassese (2004) Cassese, Sabino. «European Administrative Proceedings.» *Law and Contemporary Problems* vol. 68, nr. 1 (2004) s. 21-36. [Lest i HeinOnline Law Journal Library]
- Chamon (2016) Chamon, Merijn. *EU Agencies*. United Kingdom: Oxford University Press, 2016.
- Craig (2010) Craig, Paul. *The Lisbon Treaty*. United Kingdom: Oxford University Press, 2010.
- Craig (2012) Craig, Paul. *EU Administrative Law*. 2.utg., United Kingdom: Oxford University Press, 2012. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199568628.001.0001
- Craig (2020) Craig, Paul og Gráinne de Búrca. *EU Law: Text, Cases and Materials*. 7. utg., United Kingdom: Oxford University Press, 2020.
- Curtin (2015) Curtin, Dreide og Manucharyan, Tatevik. «Legal Acts and Hierarchy of Norms in EU Law.» i *The Oxford Handbook Of European Union Law*. Damian Chalmers, Anthony Arnall red. United Kingdom: Oxford University Press, 2015 s. 103-125. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199672646.001.0001
- De Witte (2018) De Witte, Bruno., Martinelli, Thibault. «Treaties between EU Member States as Quasi-Instruments of EU Law.» I *EU Legal Acts: Challenges and Transformations*. Marise Cremona and Claire Kilpatrick red. United Kingdom: Oxford University Press, 2018, s. 157-188. DOI: 10.1093/oso/9780198817468.001.0001
- Eckhoff (2014) Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*, 10. utg., ved Eivind Smith, Oslo: Universitetsforlaget, 2014.

- Engel (2018) Engel, Annegret. *The Choice Of Legal Basis for Acts of the European Union*. ukjent utg., Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. [Lest i Springer Law and Crimonologi eBooks]
- Ermacora (2016) Ermacora, Florian. «The Agency for the Cooperation of the Energy Regulators.» I *EU Energy Law: The Internal Energy Market*.» Redigert av Ernst Tremmel. Christopher Jones red., 4. utg., Deventer: Claeys & Casteels, 2016 s. 277-380.
- ENTSO-E (2020) ENTSO-E. Response to the European Commission's public consultation on a planned procedural clarification in four electricity guidelines by way of a Commission Implementing Regulation. European Network of Transmission System Operators for Electricity: Høringssvar 15. juni 2020. <https://www.entsoe.eu/news/2020/06/18/response-to-the-european-commissions-public-consultation-on-a-planned-procedural-clarification-in-four-electricity-guidelines-by-way-of-a-commission-implementing-regulation/> Hentet 07.05.2021.
- Fredriksen (2015) Fredriksen, Halvard Haukeland., N.K Franklin, Christian. «Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on.» *Common Market Law Review*, Vol 52 nr. 3 (2015), s. 629-684. [Lest i Kluwer Law Online]
- Fredriksen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland., Mathisen, Gjermund. *EØS-rett*. 3. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Godin (2018) Godin, Jean-Théodore m.fl. «Implementing REMIT: What a Legal Analysis Tells about the (Regulatory) Role of ACER.» *European Journal of Risk Regulation*, Vol 9 (2018), s. 192-207. [Lest i HeinOnline Law Journal Library]
- Graver (2018) Graver, Hans Petter. «Grunnloven § 115 og (særlig) ACER-saken.», betenkning skrevet for Nei til EU, utgitt november 2018. <https://neitileu.no/aktuelt/grunnlovens-115-og-acer-saken> [hentet 19.05.2021]

- Hancher (2010) Hancher, Leigh., Hauteclouque Adrien de. «Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice.» *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 DOI: 10.2870/566796
- 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. DOI: 10.2870/520736
- Hartley (2014) Hartley, TC. *The Foundations of European Union Law*. 8. Utg., United Kingdom: Oxford University Press, 2014.
- Hertzberg (2018) Hertzberg, Ingrid., Bekkedal, Tarjei. «Kompetanse uten kontroll? Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (II).» *Lov og rett* nr 57 (2018) s. 205-226. [Lest i Idunn.no]
- Hofmann (2009) Hofmann, Herwig. «Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality» *European Law Journal* Vol. 15 No. 4 s. 482-505. [Lest i HeinOnline Law Journal Library]
- Hofmann (2011) Hofmann, Herwig C.H., Rowe, Gerard C., Türk, Alexander H. *Administrative Law and Policy of the European Union*. United Kingdom: Oxford University Press, 2011. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199286485.001.0001
- Horspool (2018) Horspool, Margot., Humphreys, Matthew., Wells-Greco, Michael. *European Union Law*. 10.utg., United Kingdom: Oxford University Press, 2018.
- Jevnaker (2020) Jevnaker, Torbjørg. «ACER (EUs energibyrå).» Store norske leksikon. URL: https://snl.no/ACER_-_EUs_energibyr%C3%A5 hentet 12.06.2021.

- Jones (2020) Jones, Christopher., Ermacora, Florian. «Introduction.» I *EU Energy Law: Electricity Market Design in the European Union*. Christopher Jones, Florian Ermacora red. Deventer: Claeys & Casteels, 2020, s. 1-9.
- Komárek (2015) Komárek, Jan. «Legal Reasoning in EU Law.» I *The Oxford Handbook of European Union Law*. Damian Chalmers, Anthony Arnall red. United Kingdom: Oxford University Press, 2015, s. 29-51. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199672646.001.0001
- Leonhardsen (2015) Leonhardsen, Erlend. «The EEA EFTA States and EU Agencies: Getting along or going alone.» 2015 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2663412 hentet 24.05.2021.
- Marinova (2016) Marinova, Yona. «Implementation of the Third Internal Energy Market Package.» I *EU Energy Law: The Internal Energy Market*. Christopher Jones red., 4. utg., Deventer: Claeys & Casteels, 2016, s. 229-275.
- Mathieu (2016) Mathieu, Emanuelle. *Regulatory Delegation in the European Union: Networks, Committees and Agencies*. London: Palgrave Macmillan, 2016. DOI 10.1057/978-1-137-57835-8
- Nouicer (2019) Nouicer, Athir., Meeus, Leonardo. «The EU Clean Energy Package.» (2019), Florence School of Regulation: Energy, Technical Report, October 2019. DOI: 10.2870/33236
- Ott (2014) Ott, Andrea., Vos, Ellen., Coman-Kund Florin. «European Agencies on the Global Scene: EU and International Law Perspectives.» I *European Agencies in Between Institutions and Member States*. Michelle Everson, Cosimo Monda, Ellen Vos red., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014 s. 87-117.
- Papsch (2016) Papsch, Jan. «Reporting and review of the Directives.» I *EU Energy Law: The Internal Energy Market*. Christopher Jones red., 4. utg., Deventer: Claeys & Casteels, 2016, s. 681-690.

- Papsch (2020) Papsch, Jan. «Renewable energies in the electricity market.» I *EU Energy Law: Electricity Market Design in the European Union*. Christopher Jones, Florian Ermacora red. Deventer: Claeys & Casteels, 2020, s. 11-59.
- Pototschnig (2014) Pototschnig, Alberto. «The role of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER) in the development of common rules for the internal energy markets and of the European energy networks.» I *EU Energy Law: The Energy Infrastructure Policy of the European Union*. Jean-Arnold Vinois red. Leuven: Claeys & Casteels, 2014, s. 133-151.
- Rama (2020) Rama, Isa. *Protection of Rights in the EEA – Avenues for ex post Control of Agency Decisions in the EFTA Pillar*. Masteroppgave, 2020. [Lest i duo.uio.no]
- Schittekatte (2020) Schittekatte, Tim., Reif, Valerie., Meuus, Leonardo. «The EU Electricity Network Codes: Technical Report (2020 ed.)», Florence School of Regulation: Electricity, July 2020. DOI: 10.2870/101042
- Schoser (2016) Schoser, Christof. «The regulation on cross-border Electricity exchanges: substantive rules.» I *EU Energy Law: The Internal Energy Market*. Redigert av Lena Sandberg. Christopher Jones red., 4.utg., Deventer: Claeys & Casteels, 2016, s. 381-418.
- 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.
- Schütze (2015) Schütze, Robert. «EU Competences: Existence and Exercise.» I *The Oxford Handbook of European Union Law*. Damian Chalmers, Anthony Arnall red. United Kingdom: Oxford University Press, 2015, s. 76-102. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199672646.001.0001

- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik mfl. *EØS-rett*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget. 2011.
- Tanase (2018) Tanase, Lavinia-Petronela. «Implementation Challenges: Terms, Conditions and Methodologies.» (2018), Florence School of Regulation: Energy Union Law. <https://fsr.eui.eu/implementation-challenges-i-terms-conditions-and-methodologies/> Hentet xx.xx.2021.
- Tridimas (2012) Tridimas, Takis. «Competence after Lisbon.» I *The European Union after the Treaty of Lisbon*. Diamond Ashiagbor, Nicola Countouris, Ioannis Lianos red. USA: Cambridge University Press, 2012, s. 47-77. [Lest i Cambridge Core All Books]
- Vlachou (2012) Vlachou, Chara. «The Adoption of Network Codes in the Field of Energy: Availability of Judicial Review in a Multi-Stage Procedure.» *European Energy Journal*, Vol. 2 – issue 3, 2012, s. 47-62. [Lest i HeinOnline Law Journal Library]
- Vlachou (2018) Vlachou, Charikleia. «New Governance and Regulation in the Energy Sector: What does the future Hold for EU Network Codes?» *European Journal of Risk Regulation*, 9 (2018), s. 268-282. [Lest i HeinOnline Law Journal Library]
- Vos (2014) Vos, Ellen. «European Agencies and the Composite EU Executive.» I *European Agencies in between Institutions and Member States*. Michelle Everson, Cosimo Monda, Ellen Vos red., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014 s. 11-47.
- Vos (2018) Vos, Ellen. «EU agencies on the move: challenges ahead.» *Swedish Institute for European Policy Studies* nr. 1 (2018). <https://www.sieps.se/publikationer/2018/EU-agencies-on-the-move/#readmore> [hentet 19.05.2021]
- 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.

Willis (2017) Willis, Peter. «Exploring ACER's decision-making powers.» (2017) Bird & Bird. <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2017/global/exploring-acers-decision-making-powers> [hentet 24.05.2021]

Zinzani (2012) Zinzani, Marco. *Market Integration through «Network Governance»: The Role of European Agencies and Networks of Regulators*. Cambridge: Intersentia, 2012.

Nettsider

ACER (u.å.) ACER «Stakeholders' involvement.» (u.å.) URL: <https://acer.europa.eu/en/Electricity/MARKET-CODES/FORWARD-CAPACITY-ALLOCATION/STAKEHOLDER-INVOLVEMENT/Pages/default.aspx> hentet 09.05.2021.

ACER (2021a) ACER. «ACER consults on reasoned amendments to the Capacity Allocation and Congestion Management Regulation.» (15.04.2021) URL: [https://www.acer.europa.eu/Media/News/Pages/ACER-consults-on-reasoned-amendments-to-the-Capacity-Allocation-and-Congestion-Management-Regulation-\(CACM-2-0\).aspx](https://www.acer.europa.eu/Media/News/Pages/ACER-consults-on-reasoned-amendments-to-the-Capacity-Allocation-and-Congestion-Management-Regulation-(CACM-2-0).aspx) hentet 07.05.2021

ACER (2021b) ACER. «Public Consultation on the Draft Framework Guideline on sector-specific rules for cybersecurity aspects of cross-border electricity flows.» (30.04.2021). URL: https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Public_consultations/Pages/PC_2021_E_04.aspx hentet 01.05.2021

Energifakta Norge (2019) Energifakta Norge. «Strømnettet.» (10.04.2019) URL: <https://energifaktanorge.no/norsk-energiforsyning/kraftnett> hentet 09.06.2021.

ENTSO-E (u.å.) ENTSO-E. «ENTSO-E Member Companies.» (u.å.). URL: <https://www.entsoe.eu/about/inside-entsoe/members/> hentet 01.05.2021.

Europakommisjonen (u.å.)	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 09.06.2021.
Europakommisjonen (2014)	Europakommisjonen. «Gas network codes». (31.07.2014) URL: https://ec.europa.eu/energy/topics/markets-and-consumers/wholesale-energy-market/gas-network-codes_en hentet 18.06.2021.
Europakommisjonen (2017)	Europakommisjonen. «Clean energy for all Europeans package.» (30.10.2017) URL: https://ec.europa.eu/energy/topics/energy-strategy/clean-energy-all-europeans_en#documents hentet 09.06.2021.
Europalov (u.å.)	Europalov. «Om beslutningsprosessen.» (u.å.) URL: https://www.europalov.no/laer-mer/beslutningsprosessen#EU3 hentet 31.05.2021.
Florence School of Regulation (2020a)	Florence School of Regulation. «EU Electricity Network Codes.» (04.04.2020) URL: https://fsr.eui.eu/eu-electricity-network-codes/ hentet 09.06.2021.
Florence School of Regulation (2020b)	Florence School of Regulation. «The TEN-E Regulation.» (26.05.2020) URL: https://fsr.eui.eu/the-ten-e-regulation/ hentet 09.06.2021.
Ordnet (u.å.)	Ordnet. «Hjemvise.» (u.å.) URL: https://ordnet.dk/ods/ordbog?query=hjemvise hentet 04.06.2021.
Ordnett (u.å.)	Ordnett. «Remit.» (u.å.) URL: https://www.ordnett.no/search?language=en&phrase=remit&showSignLanguage=&selectedPubs=24 hentet 08.06.2021.
Reguleringsmyndigheten for Energi (2020a)	Reguleringsmyndigheten for Energi. «ACER avholder høring om nordisk kapasitetsmarked for automatiske reserver (aFRR).» (07.05.2020) URL: https://www.nve.no/reguleringsmyn-

- [digheten/nytt-fra-rme/nyheter-reguleringsmyndigheten-for-energi/acer-avholder-horing-om-nordisk-kapasitetsmarked-for-automatiske-reserver-afrr/](#) hentet 18.06.2021.
- Reguleringsmyndigheten for Energi (2020b) Reguleringsmyndigheten for Energi. «ACER godkjenner forslag om opprettelse av et nordisk kapasitetsmarked for automatiske reserver.» (25.08.2020) URL: <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/nytt-fra-rme/nyheter-reguleringsmyndigheten-for-energi/acer-godkjenner-forslag-om-opprettelse-av-et-nordisk-kapasitetsmarked-for-automatiske-reserver/> hentet 17.06.2021.
- Reguleringsmyndigheten for Energi (2021) Reguleringsmyndigheten for Energi. «Europeiske nettkoder og retningslinjer.» (16.04.2021) URL: <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/europeisk-regelverksutvikling/europeiske-nettkoder-og-retningslinjer/?ref=mainmenu> hentet 01.05.2021.
- Regjeringen.no (2018) Regjeringen.no «Revidert gassmarkedsdirektiv.» (09.03.2018) URL: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2018/mars/forslag-til-endring-i-gassdirektivet/id2593384/> hentet 04.05.2021.
- Regjeringen.no (2020) Regjeringen.no «Innlemmelse av forordninger om kraftmarkedet.» (04.12.2020) URL: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/innlemmelse-av-forordninger-om-kraftmarkedet/id2789862/> hentet 11.05.2021.
- Regjeringen.no (2021) Regjeringen.no «EU – vårt viktigste energimarked.» (04.05.2021) URL: https://www.regjeringen.no/no/tema/energi/eueos_og_energi/eu--vart-viktigste-energimarked/id2511806/ hentet 24.05.2021.
- Statnett (2018) Statnett. «Europeisk regelverk.» (26.11.2018) URL: <https://www.statnett.no/for-aktorer-i-kraftbransjen/utvikling-av-kraftsystemet/europeisk-regelverk/> 04.06.2021.

