



DET KONGELIGE
OLJE- OG ENERGIDEPARTEMENT

Justis- og beredskapsdepartementet
Lovavdelingen
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref

Dato

16/1132-

9. februar 2018

Tredje energimarkedspakke - anmodning om grunnlovsvurdering

1. Innledning

Olje- og energidepartementet viser til at Stortinget behandler en sak om gjennomføring av EUs tredje energimarkedspakke i Norge, jf. tre proposisjoner fremmet 3. november 2017. Bakgrunnen er EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse av energimarkedspakkens rettsakter i EØS-avtalen. EØS-komiteens beslutning er tatt med forbehold om Stortingets samtykke, og er ikke trådt i kraft. I Prop. 4 S (2017-2018) inviteres Stortinget til å gi samtykke til at den tredje energimarkedspakken innlemmes i EØS-avtalen.

Det fremgår av samtykkeproposisjonen punkt 1 at gjennomføring av EØS-komiteens beslutning vil kreve lovendringer, bevilgningsvedtak og antas å være en sak av særlig stor viktighet siden noen av EØS-tilpasningene innebærer myndighetsoverføring til EFTAs overvåkingsorgan (ESA). Det fremgår at Stortingets samtykke er ansett å være nødvendig, jf. Grunnloven § 26 annet ledd.

Etter at samtykkeproposisjonen ble fremmet, har det oppstått en offentlig debatt om byrået for samarbeid mellom de nasjonale reguleringsmyndighetene for energi (ACER) og spørsmålet om myndighetsoverføring. ACER har på et avgrenset område vedtakskompetanse. Denne er lagt til ESA for EØS/EFTA-statenes vedkommende. Vedtak fra ESA skal rettes til den norske reguleringsmyndigheten for energi (RME), som er foreslått å skulle inngå i Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE), og ikke direkte mot norske markedsaktører eller enkeltpersoner. Lovavdelingen vurderte på den bakgrunn at vedtakene etter ACER-forordningen ikke vil få direkte internrettslig virkning i Norge, og at det dermed ikke foreligger myndighetsoverføring i Grunnlovens forstand. Dette er omtalt i Prop. 4 S (2017-2018).

Postadresse
Postboks 8148 Dep
0033 Oslo
postmottak@oed.dep.no

Kontoradresse
Akersgata 59
oed.dep.no

Telefon*
22 24 90 90
Org no.
977 161 630

Avdeling
Energi- og
vannressursavdelingen

Saksbehandler
Lasse-Morten
Vannebo
22 24 63 24

Energimarkedspakken setter krav om at RME skal være uavhengig og ikke kunne instrueres av regjeringen i enkeltsaker. Det er i den offentlige debatten reist spørsmål ved om dette aspektet gjør at ESAs vedtakskompetanse overfor reguleringsmyndigheten likevel må regnes som myndighetsoverføring i Grunnlovens forstand. Departementet mener at det er grunn til å belyse spørsmålet om ESAs vedtakskompetanse sett i sammenheng med kravet om RMEs uavhengighet, og ber om at Lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet gjør dette.

Departementet er kjent med at fristen for avgivelse av energi- og miljøkomiteens innstilling er i begynnelsen av mars 2018. Det er ønskelig at Lovavdelingens vurdering foreligger så snart som mulig.

2. Bakgrunnen for henvendelsen

Vi viser til at Lovavdelingen i tidligere uttalelser har vurdert konstitusjonelle sider av en innlemmelse av tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen.¹ I tillegg er det gitt en uttalelse om liknende spørsmål vedrørende kommisjonsforordninger ("nettkoder") som er vedtatt i EU i medhold av tredje energimarkedspakke og som utfyller denne.² Nettkodene er ikke innlemmet i EØS-avtalen, men er på ordinær måte til behandling i Olje- og energidepartementet og vurderes etter EØS-avtalen.

Det fremgår av Prop. 4 S (2017-2018) at europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009 om opprettelse av ACER (ACER-forordningen) er én av fem rettsakter i den tredje energimarkedspakken som ble vedtatt i 2009. ACERs hovedoppgaver er å fremme samarbeidet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter, gi uttalelser til aktører nasjonalt og i EU og medvirke til videre regelverksutvikling for energimarkedene i EU. Det følger av ACER-forordningen artikkel 7, 8 og 9 med videre henvisninger, at ACER kan fatte vedtak på et avgrenset felt ved uenighet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter, eller dersom disse i fellesskap ber om det. Se punkt 4 nedenfor.

EFTA-landene har fremforhandlet EØS-tilpasninger for de bestemmelsene i den tredje energimarkedspakken som gir ACER vedtaksmyndighet. Innholdet i tilpasningene er omtalt i Prop. 4 S (2017-2018) punkt 4. Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt tilpasningsløsningen for ACER innebærer overføring av myndighet i Grunnlovens forstand, er det i Prop. 4 S (2017-2018) punkt 5 vist til at ESAs vedtak skal rette seg mot statlige myndigheter. Med henvisning til uttalelser i St. prp. nr. 100 (1991-92) og Prop. 100 S (2015-2016) er det vist til at ESAs vedtak ikke vil ha "direkte virkning" overfor aktører i Norge.

I praksis vil tilpasningsløsningen innebære at beslutninger fra ESA, basert på et utkast fra ACER, skal rette seg mot RME som et norsk statsforvaltningsorgan. Løsningen forutsetter at RME følger opp med nødvendige og tilsvarende vedtak overfor relevante aktører i Norge.

¹ Lovavdelingens brev 21. januar 2011, 25. juni 2014 og 25. april 2016.

² Lovavdelingens brev 3. februar 2017.

3. Oppgaver for uavhengig reguleringsmyndighet (RME)

Til gjennomføring av tredje elmarkedsdirektiv og gassmarkedsdirektiv foreslås det i Prop. 5 L (2017-2018) endringer i energiloven og i Prop. 6 L (2017-2018) endringer i naturgassloven. Forslagene bygger på at oppgavene for nasjonal reguleringsmyndighet legges til RME. De enkelte oppgavene RME skal utføre etter den tredje energimarkedspakken fremgår særlig av elmarkedsdirektivet artikkel 37 og gassmarkedsdirektivet artikkel 41. For elektrisitetssektoren er dette omtalt nærmere i Prop. 5 L (2017-2018) punkt 3.2.

Energimarkedspakken innebærer at reguleringsmyndigheten i større grad enn i dag skal utføre forhåndskontroll med vilkår og betingelser for tilgang til nett. Til gjennomføring av disse oppgavene foreslås det endringer i energiloven og naturgassloven, som gir RME hjemmel til å fatte enkeltvedtak. RME skal også sørge for at vedtakene etterleves og kan ilegge sanksjoner, jf. energiloven kapittel 10. Når det gjelder forvaltningsoppgaver hos NVE som *ikke* er å anse som oppgaver for RME, for eksempel tildeling av konsesjoner for vassdrags- og energianlegg, skal NVE fortsatt være underlagt Olje- og energidepartementet etter samme forvaltningsmodell som i dag.

Det foreslås nedfelt i energiloven § 2-3 (og naturgassloven § 4) at RME skal opptre uavhengig og ikke kan instrueres i utøvelsen av tillagt myndighet. Med begrepet "instruks" forstås enkeltvedtak og andre beslutninger knyttet til enkeltsaker, for eksempel om en sak skal tas til behandling, jf. Prop. 5. L (2017-2018) side 66. Det er forutsatt i lovforarbeidene at departementet fortsatt kan gi generelle politiske føringer, for eksempel i forskrift. Det vil være opp til RME å fortolke og praktisere regelverket innenfor de oppstilte rammene.

RME vil være styrt av norsk lovgivning og må forholde seg til de politiske føringene som er nedfelt i gjeldende lover og forskrifter. Vedtak RME fatter med hjemmel i sektorlovgivningen må også tilfredsstille krav i forvaltningsloven og annet relevant lovverk. Enkeltvedtak som RME fatter kan etter lovforslagene påklages til en uavhengig klageinstans. Det gjøres ingen endring i norske domstolars mulighet for å prøve lovmessigheten av RMEs vedtak. Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om RMEs organisering, oppgaver og myndighet.

Dersom departementet gir forskriftskompetanse til RME på nærmere angitte saksområder, vil dette forutsette at departementet treffer et eget delegeringsvedtak. RMEs forskrifter skal fastsettes til utfylling av og i tråd med forskrifter gitt av departementet. Det vises til Prop. 5 L (2017-2018) endringer i energiloven punkt 3.1.4.2 og punkt 5, samt merknader til §§ 2-3, 4-11 og 10-6.

I den offentlige diskusjonen er det bl.a. fremkommet synspunkter om at det å avskjære instruksjonsrett overfor RME tilsier at ESAs vedtakskompetanse (som følger av EØS-tilpasningene) innebærer overføring av myndighet. Gitt en slik konklusjon, antar departementet at et neste spørsmål er om en myndighetsoverføringen anses "lite inngripende" slik at Stortinget kan gi samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd. Dersom

myndighetsavståelsen anses mer enn lite inngripende, gir Grunnloven § 115 hjemmel for samtykke med $\frac{3}{4}$ flertallsvedtak.

Disse aspektene er ikke nærmere omtalt i samtykkeproposisjonen, og bes derfor belyst av Lovavdelingen. Som en praktisk avgrensning mener OED det kan være grunn til å knytte vurderingene til den delen av tredje energimarkedspakke som regulerer markedene for elektrisk kraft. Som det fremgår av Prop. 4 S (2017-2018), gjør ikke EUs tredje energimarkedspakke endringer i regelverket for oppstrøms naturgassvirksomhet. Det er ikke foreslått endringer i petroleumsloven til gjennomføring av den tredje energimarkedspakken.

4. Oppgaver hos ACER

I medhold av europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009 er det opprettet et byrå for samarbeid mellom nasjonale reguleringsmyndigheter for energi (ACER). ACER skal fremme samarbeid mellom de europeiske reguleringsmyndighetene for energi. Gjennom EØS-tilpasningene får RME sikret deltakelse i arbeidet i ACER, men ikke stemmerett.

ACER skal ha en rådgivende rolle overfor Kommisjonen, Rådet og Parlamentet i utviklingen av regelverket for det indre energimarkedet i EU. ACER skal også være en rådgivningsinstans for nasjonale reguleringsmyndigheter om praktisering av dette regelverket. Videre skal ACER i samarbeid med Kommisjonen overvåke at de nasjonale reguleringsmyndighetene utøver sine funksjoner i tråd med energimarkedspakkens regler, samt føre tilsyn med hvordan samarbeidet mellom de nasjonale operatørene av transmisjonssystem fungerer.³

Etter ACER-forordningen har ACER vedtaksmyndighet på avgrensede saksområder som involverer flere energireguleringsmyndigheter, enten fordi de ikke blir enige innen en angitt frist eller hvis de retter en felles anmodning til ACER om å fatte vedtak. For Norge vil da løsningen som følger av EØS-tilpasningene gjelde, jf. punkt 2.

Vedtaksmyndigheten omfatter etter forordningen tekniske spørsmål i den grad det er hjemlet i rettsakter i energimarkedspakken, jf. artikkel 7. Videre omfattes saker med uenighet om vilkår og forhold for tilgang til, eller operasjonell sikkerhet ved, grensekryssende infrastruktur, jf. artikkel 8. I praksis vil denne bestemmelsen først og fremst få anvendelse ved uenighet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter når disse fatter vedtak i tråd med prosesser under nettkodene.

ACERs vedtak kan for eksempel dreie seg om uenighet om metoder i utøvelsen av systemansvaret eller operatøren av transmisjonssystemets (TSOens) metoder for å tildele kapasitet i kraftnettet, eller for håndtering av flaskehals i nettet som begrenser grensekryssende krafthandel. Så langt har ACER fattet seks vedtak i henhold til nettkoder som er vedtatt i medhold av den tredje energimarkedspakken. I flere av nettkodene er det vist til ACER-forordningen artikkel 8 som grunnlag for vedtak hos ACER. Vedtakene er offentliggjort på ACER sine hjemmesider.

³ I Norge er Statnett SF operatør av transmisjonssystem, såkalt TSO (Transmission System Operator).

Etter ACER-forordningen artikkel 9 (med videre henvisning) har ACER vedtaksmyndighet i saker ved uenighet mellom energireguleringsmyndighetene om behandlingen av søknad om unntak for nye utlandsforbindelser. Departementet har lagt til grunn at kompetansen til å fatte slike vedtak skal ligge hos departementet, som det er åpnet for i forordning 714/2009 artikkel 17 nr. 6. Etter hva departementet kjenner til, er denne muligheten også benyttet i andre EU-land. På den bakgrunn antas ikke myndigheten etter ACER-forordningen artikkel 9 å ha praktisk betydning for eventuelle saker i Norge. Dette er omtalt i Prop. 5 L (2017-2018) punkt 3.5.4.

5. Oppgaver for RME mfl. etter nettkoder

Som et ledd i arbeidet med å harmonisere og videreutvikle energimarkedene i EU, har det siden 2011 blitt utarbeidet utfyllende regler til energimarkedspakken i form av såkalte nettkoder og retningslinjer. Disse er omtalt i Prop. 129 S (2016-2017) punkt 3.2. Nettkodene og retningslinjene vedtas av Kommisjonen som forordninger i medhold av tredje energimarkedspakke.⁴

På elektrisitetsområdet fremgår hjemmelsgrunnlaget og rammene for Kommisjonens kompetanse til å vedta slike forordninger i medhold av forordning 714/2009 artikkel 6 (nettkoder) og artikkel 18 (bindende retningslinjer). Som forordninger er nettkodene gjenstand for selvstendige vurderinger og egne beslutninger i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen. Etersom nettkodene utdyper regler i den tredje energimarkedspakken, vil det være naturlig å legge opp til tilsvarende EØS-tilpasninger til disse som til energimarkedspakken.

Kommisjonen har vedtatt åtte nettkoder og retningslinjer for elektrisitetssektoren.⁵ Disse legger til rette for et integrert marked for elektrisitet, krav til samarbeid mellom TSOer om driften av kraftsystemet, herunder sikkerhets- og beredskapskrav, samt krav til tilknytning til nettet for produksjon og forbruk. Det er også utarbeidet nettkoder og retningslinjer for naturgass i EU. Det legges til grunn at det i Norge i dag ikke eksisterer slik infrastruktur for naturgass, og at nettkodene for naturgassmarkedet ikke vil ha betydning i Norge.

I henhold til flere av nettkodene skal både RME og reguleringsmyndighetene i de andre landene i Europa godkjenne forslag til vedtak som kommer fra systemansvarlige eller kraftbørser. Noen løsninger skal utvikles av disse aktørene på felleseuropeisk nivå, mens andre skal utvikles på regionalt nivå. Systemansvarlige og kraftbørser skal utvikle og stemme over forslag etter nærmere regler i nettkodene. Deretter skal forslagene vurderes og godkjennes av det enkelte lands reguleringsmyndighet (i Norge RME). Når slike forslag er godkjent av RME vil de bli gjeldende i Norge.

⁴ Hjemmelsgrunnlaget finnes i forordning 714/2009/EF artikkel 6, jf. artikkel 8 og artikkel 18. Se omtale i Prop. 4 S (2017-2018) pkt. 3.4.4 Utfyllende regelverk (nettkoder og retningslinjer).

⁵ En oversikt over nettkodene og gjennomføringen i norsk rett kan finnes på NVEs hjemmesider <https://www.nve.no/elmarkedstilsynet-marked-og-monopol/europeisk-regelverksutvikling/nettkoder/> En oversikt finnes også på EU-kommisjonens nettsider: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/wholesale-market/electricity-network-codes>

Ved uenighet mellom flere reguleringsmyndigheter, eller dersom disse i fellesskap ber om det, skal ACER fatte vedtak. Se punkt 4 ovenfor om dette.

Nettkodene gjelder forhold som i Norge og Norden i stor grad har vært regulert gjennom en avtalebasert og ulovfestet praksis. I denne sammenheng er Nordisk Systemdriftavtale (SOA) illustrerende.⁶ Innholdet i nettkodene knytter seg i stor grad til tilsvarende forhold som i dag er regulert i det nordiske kraftmarkedet. Detaljgraden er imidlertid på et nivå der oppgaver i dag er overlatt til den systemansvarlige (Statnett). Det vil også være Statnett som vil måtte få mye av ansvaret for praktisk oppfølging av nettkoder, ettersom dette krever omfattende teknisk forståelse av kraftmarkedet.

Nettkodene er ikke innlemmet i EØS-avtalen, men er på ordinær måte til behandling i Olje- og energidepartementet. Stortinget vil på vanlig måte få seg forelagt evt. senere sak om samtykke til innlemmelse av nettkoder i EØS-avtalen.

Med hilsen

Andreas H. Eriksen (e.f.)
ekspedisjonssjef

Olav Boge
avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer.

⁶ Den nordiske systemdriftsavtalen kan leses på ENTSO-Es nettsider:
https://www.entsoe.eu/Documents/Publications/SOC/Nordic/System_Operation_Agreement_English_translation.pdf