

MARITUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Ellen Karina Sødal og Karen Mellingen
Elektroner på utenlandsreise

Konsesjonsregimet for utveksling
av elektrisitet i lys av EØS-avtalen

Elektroner på utenlandsreise

Konsesjonsregimet for utveksling av elektrisitet
i lys av EØS-avtalen

Ellen Karina Sødal, Karen Mellingen

Elektroner på utenlandsreise

Konsesjonsregimet for utveksling
av elektrisitet i lys av EØS-avtalen



MarIus nr. 386

Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2009

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo
Postboks 6706 St. Olavs plass
N-0130 Oslo

Besøksadresse: Karl Johans gate 47

Telefon: 22 85 96 00
Telefaks: 22 85 97 50
E-post: sjorett-adm@jus.uio.no
Internett: www.jus.uio.no/nifs

Redaktør: Postdoktor Alla Pozdnakova

Trykk: 07 Lobo Media

Forord

At elektroner i kabler mellom europeiske land gir opphav til utallige juridiske spørsmål i ulike fasonger og relasjoner var det ingen som advarte om på forhånd – heldigvis! Å få en smakebit på energisektoren har nemlig vært riktig så interessant.

De som har jobbet med elektrisitetsrett er neppe overrasket over at en avhandling om elektrisitetsutveksling fikk et betydelig innslag av europeisk rett. På dette området kommer det hyppige endringer fra EU, og et par ukers tid etter muntlig eksamen ble tredje energimarkedspakke vedtatt. Denne er behandlet i oppgaven flere steder, side om side med løsninger etter dagens rettsstilstand. Oppgaven publiseres i det alt vesentlige slik den ble levert som masteravhandling 2. juni 2009, men teksten skal være kildemessig ajour per 1. desember 2009. Tredje energimarkedspakke får ikke effekt før i 2011, og det er uavklart når de nye reguleringene innlemmes i EØS-avtalen.

Tusen takk til vår veileder Ulf Hammer for oppfølging og gode bidrag fra start til mål, Ola Mestad for verdifulle innspill underveis, korrekturlesere og alle som har hjulpet oss. Miljøet på Nordisk Institutt for Sjørett er svært stimulerende og hyggelig, og vi vil takke for det flotte året vi fikk tilbringe som vitenskapelige assistenter på avdeling for petroleums- og energirett.

Mange uttrykte skepsis til om vennskapet ville holde avhandlingen igjennom. Vi var imidlertid aldri i tvil; dette var ugrunnet uro. Vi fikk heldigvis rett i det.

Ellen Karina Sødal og Karen Mellingen,

1. desember 2009

Innholdsfortegnelse

DEL I INNLEDNING

1	Innledning.....	2
1.1	Emne og aktualitet.....	2
1.2	Rettsforholdet.....	4
1.3	Nærmere om faktum. Virkninger av utenlandshandel.....	8
1.4	Spørsmålene	10
2	Kilder og metode.....	13
2.1	Innledning.....	13
2.2	Norske regler	14
2.3	EU/EØS-regler	16
2.3.1	Generelt om EØS-samarbeidet	16
2.3.2	Elektrisitetsdirektivene	17
2.3.3	Elektrisitetsforordningen	19
2.3.4	Tredje energimarkedspakke.....	20
2.3.5	Øvrig relevant sekundærlovgivning fra EU.....	21
2.4	Rettskildebruk i relasjon til EØS-reglene	22
2.5	Folkerettslige regler.....	24
3	Kraftmarkedet før og nå.....	25
3.1	Historisk tilbakeblikk på organiseringen av kraftsektoren i Norge.....	25
3.2	Kort fremstilling av dagens regulering. Konesjonsregimet i energiloven og aktørene i kraftmarkedet	26
3.2.1	Konesjonssystemet etter energiloven.....	26
3.2.2	Organiseringen av elektrisitetsmarkedet	28
3.3	Oversikt over internasjonalt samarbeid.....	31

DEL II DET NORSKE KONSESJONSREGIMET

4	Hva krever utenlandskonsesjon?.....	35
4.1	Innledning	35
4.2	Energilovens geografiske anvendelighet	38
4.3	Lovteksten i energiloven.....	39
4.4	Forarbeider.....	41
4.5	Andre rettskilder	46
4.6	Konsesjonspraksis.....	47
4.6.1	Innledning	47
4.6.2	De generelle tilretteleggingskonsesjonene til Statnett og Nord Pool Spot.....	49
4.6.3	Konsesjonene gitt i forbindelse med enkeltstående kabelprosjekter	51
4.6.4	Avslåtte søknader om utenlandskonsesjon	54
4.6.5	Lov om fornybar energi til havs.....	55
4.7	Konklusjoner.....	55
5	Utenlandskonsesjonsbestemmelsen i energilovens system ..	58
5.1	Innledning	58
5.2	Systemansvaret	58
5.3	Anleggskonsesjon	59
5.4	Omsetningskonsesjon	60
5.5	Markedsplasskonsesjonen	62
5.6	Vurdering av sammenhengen mellom konsesjonshjemlene	63
6	Forvaltningsskjønnet ved konsesjonstildeling	69
6.1	Innledning	69
6.2	Rettskildebildet ved vurdering av skjønnets lovlighet	71
6.3	Hvilke føringer legger lovformålet for konsesjonsvurderingen?.....	74
6.4	Hvilke føringer legger andre politiske målsetninger for konsesjonsvurderingen?.....	77
6.5	Særlig om sammenhengen mellom anleggs- og utenlandskonsesjonsbestemmelsen.....	81
6.5.1	Innledning	81
6.5.2	Når flere konsesjoner er nødvendige i forbindelse med ett prosjekt.....	82
6.5.3	Kort om søknadsprosessen	83

6.5.4	Er det forskjeller i hvilke hensyn som lovlig kan tas?.....	84
6.5.5	De konkrete hensyn	88
6.5.6	Avsluttende vurderinger	90

DEL III EØS-REGULERINGEN

7	EØS-markedet	93
7.1	Innledning	93
7.1.1	Problematikken	93
7.1.2	Gjengivelse av diskusjonen rundt bestemmelsen.....	95
7.1.3	Kort om EØS-avtalens anvendelse på sokkelen	97
7.1.4	Litt om den situasjon at et tiltak kan subsumeres under flere av regelsettene i EØS-avtalens hoveddel.....	97
7.2	Utenlandskonsesjonsbestemmelsen som en import- og/eller eksportrestriksjon	100
7.3	Hindrer sekundærlovgivningen at unntaket etter artikkel 13 eller «allmenne hensyn» kommer til anvendelse?.....	106
7.4	Kan konsesjonsordningen som sådan begrunnes i legitime hensyn?	108
7.5	Kan konsesjonering av tilretteleggingsfunksjonene begrunnes i artikkel 13 eller almenne hensyn?.....	110
7.6	Departementets avslagspraksis. I hvilken grad kan samfunnsøkonomiske hensyn begrunne avslag på søknader om utenlandskonsesjon?.....	112
7.6.1	Departementets begrunnelser for avslag	112
7.6.2	Vedrørende kostnadene knyttet til etableringen av selve kabelen eller ledningen	115
7.6.3	Vedrørende prismessige konsekvenser for sluttbrukere og produsenter.....	117
7.6.4	Vedrørende følgekostnader som interne nettinvesteringer ...	119
7.6.5	Kort om proposjonalitet	131
7.6.6	Konklusjon	133
7.7	Tjenesteregulene og drift av utenlandskabler.....	133
7.7.1	Er konsesjonærene etter § 4-2 tjenesteytere i EØS-avtalens forstand?.....	133
7.7.2	Kravet til et grenseoverskridende element.....	134
7.7.3	Nærmere om subsumsjonen av tjenesteregulene og forholdet til sekundærlovgivningen	135
8	Finnes andre EØS-rettslige skranker for konsesjonsvurderingen?	137
8.1	Kravene til nasjonale konsesjonsordninger	137
8.2	Spesifikke krav til vurderingskriterier	139

9	Kan nasjonale myndigheter fastsette handelsløsning ved begrenset overføringskapasitet mot utlandet?	142
9.1	Innledningsvis om kapasitetsbegrensninger og kapasitetsallokering	142
9.2	Elektrisitetsforordningens regler om håndtering av kapasitetsproblemer	143
9.3	Implisitte auksjoner	145
9.4	Eksplisitte auksjoner	146
9.5	Situasjonen for dagens utenlandsforbindelser. Vurdering av konsesjonsvilkår om kapasitetsallokering	147
10	Kabelprosjekter som følger unntaksprosedyren i elektrisitetsforordningen	152
10.1	Innledning og bakgrunn	152
10.2	Reglene om bruk av flaskehalsinntekter	157
10.3	Vilkårene for unntak	160
10.4	Prosedyren for unntak etter artikkel 7	165
10.5	Har aktøren et krav på unntak dersom kriteriene i artikkel 7 nr 1 bokstav a til f er oppfylt?	168
10.6	Forholdet mellom elektrisitetsforordningen artikkel 7 og enl § 4-2	173
11	Elektrisitetsdirektivets krav til uavhengig regulator	176
11.1	Innledende om elektrisitetsdirektivets krav om uavhengig regulator	176
11.2	Den norske regulatorløsningen	177
11.3	Uavhengighetskravet	178
11.4	Er Olje- og energidepartementet uavhengig nok?	180
11.5	Stiller elektrisitetsdirektivet art 23 også krav til myndigheten som skal fatte avgjørelser etter andre grunnlag enn direktivet og forordningen?	184
11.6	Kort om NVEs rolle	186
11.7	Tredje energimarkedspakke. Krav om politisk uavhengig regulator	187

DEL IV AVSLUTNING

12	Er utenlandskonsesjonsbestemmelsen unødvendig?	190
12.1	Innledning	190
12.2	«Nyetableringskonsesjoneringen»	191
12.3	«Tilretteleggingskonsesjoneringen»	195
12.4	Konklusjon	199
13	Veien videre for norske og europeiske myndigheter	199
13.1	Kort om den oppfatning at spørsmålet om utenlandskabler er politisk	199
13.2	Opprydding i energilovens konsesjonsregler	200
13.3	Finne en løsning på nettforsterkningsproblematikk	201
13.4	Private kabelprosjekter og forordningens unntaksprosedyre	202
	Kildeliste	204
	Sjørettsfondets utgivelser	221

Del I

Innledning

1 Innledning

1.1 Emne og aktualitet

Denne avhandlingen gjelder kravet om konsesjon til etablering og drift av overføringsforbindelser for elektrisk kraft mellom Norge og andre europeiske land. Målsetningen er å gi en fremstilling og vurdering av gjeldende konsesjonsregulering for grenseoverskridende kraftflyt. Energiloven § 4-2 er den eneste norske lovhjemmelen som spesifikt retter seg mot utveksling av elektrisitet. Første ledd lyder:

«Uten konsesjon kan ingen andre enn staten foreta utførsel eller innførsel av elektrisk energi.»¹

Bestemmelsen er snart 80 år gammel og har i sine sentrale trekk paradoksalt nok bestått uforandret siden vedtakelsen i 1931.² Fra da og frem til 1990-tallets liberalisering drev store statlige og kommunale aktører monopolvirksomheter innen kraftsektoren. De samme bedriftene produserte, solgte, leverte, drev nett og handlet elektrisitet over landegrensene. Om «utførsel eller innførsel» ble foretatt, var ikke et tvilsomt spørsmål i tidligere tider.

Kraftsektoren har gjennomgått fundamentale omveltninger siden den gang. Avhandlingen vil vise at bestemmelsen hviler på forutsetninger uten rot i dagens virkelighet og dermed er lite egnet til å regulere elektrisitetsutveksling. Når det gjelder utenlandshandelen, har det skjedd betydningsfulle endringer på tre plan.

Endringene på det teknologiske plan er de mest iøynefallende. Dagens teknologiske muligheter er helt andre enn 1930-årenes. Den gang hersket det tvil ved om det var regningssvarende og teknisk mulig å binde sammen

¹ Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven) av 29. juni 1990 nr 50 (heretter «energiloven» eller «enl»).

² Bestemmelsen ble inntatt i § 23a i Lov om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. (Industrikonsesjonsloven) av 14. desember 1917 nr 16 ved endringslov av 24. juni 1931 nr 19 (heretter «industrikonsesjonsloven»).

elektrisitetsnett på tvers av landegrenser. I dag bygges undersjøiske kabler på over 500 kilometer til milliarder av kroner. Elektrisitet er videre blitt en stadig mer betydningsfull ressurs. De faktiske omstendigheter ved utvekslings spørsmål er dermed blitt andre.

På det organisatoriske plan innebar markedsreformen av kraftsektoren i 1990 store endringer. Ulike funksjoner ble fordelt på ulike aktører. Hovedskillet går mellom nettdrift som monopol tjeneste og kraftproduksjon som konkurranseutsatt virksomhet. I dag er det derfor forskjellige aktører som «eier» henholdsvis utenlandskabelen og kraften som flyter i den. Hva betyr dette for konsesjonsplikten etter bestemmelsen?

Videre er kraftbransjen i dag blitt en av de mest gjennomregulerte samfunnssektorer. Det foreligger en utstrakt regulering både på nasjonalt nivå og fra EUs side. Hvordan står den gamle bestemmelsen seg i møte med EU-initiert regulering, som Norge gjennom EØS-avtalen er forpliktet til å overholde? Det oppstår her et interessant brytningspunkt mellom nasjonale hensyn og målsetninger for det europeiske fellesskapet. Her ligger i dagen en mulig konflikt mellom nasjonalpolitiske ønsker om styring med handel av norskprodusert energi, eksempelvis ut fra ønsket om å sikre overkommelige priser for den kraftkrevende industrien, og EØS-rettens mål om fjerning av handelshindringer.

Kraftutvekslings spørsmål er høyaktuelle. Det er hovedsakelig to grunner til dette. For det første bidrar økt utvekslingskapasitet og handel med kraft på tvers av landegrenser til konkurranse og likere kraftpriser, noe som effektiviserer ressursutnyttelsen. For det annet har slik utvekslingsfleksibilitet miljømessig gunstige effekter. Blant annet fordrer en satsning på økt fornybar energiproduksjon i Europa flere kabler og ledninger til elektrisitetsfordeling, da det blåser og regner på ulike steder til ulike tider. Også trygging av kraftforsyningen sikres ved utvekslingskapasitet. Landene kan være hverandres reserver.

Interessen for å initiere nye kabelforbindelser til utlandet er stigende, og flere prosjekter er på trappene. Planer om utbygging av offshore-vindkraft langs norskekysten, som fører til økt total energiproduksjon i Norge, kan

også nødvendiggjøre ytterligere kapasitet mot utlandet.³ EU ønsker i tillegg til satsning på fornybar energi, ytterligere markedsintegrering. Det langsiktige målet er et felleseuropeisk elektrisitetmarked, og det tas stadig nye reguleringsmessige skritt i denne retning.

Emnets aktualitet gjenspeiles ikke i de norske rettsreglene knyttet til utenlandshandel, og reguleringen fremstår slik sett noe ufordøyd. Det som i Norge møter en aktør som vil bidra til realiseringen av disse målene, er i første rekke et generelt forbud mot innførsel og utførsel av elektrisk energi tilknyttet en konsesjonshjemmel.

Vår fremstilling består i å klarlegge innholdet i de konsesjonsregler som omfatter ulike funksjoner knyttet til utenlandshandel, og da spesielt utenlandskonsesjonsbestemmelsen i enl § 4-2. Som vi skal se, blir en sentral del i denne oppgaven å finne frem til hvem det faktisk er som omfattes av dette forbudet mot innførsel og utførsel av kraft og som derfor må søke konsesjon for sin virksomhet. Spørsmålet tas opp og drøftes i kapittel 4. Konklusjonene på dette bedømmes deretter i forhold til ellers gjeldende konsesjonsregler i energiloven for å undersøke det fullstendige bildet av konsesjonsplikt i utenlandssaker.

Vurderingene vi skal foreta relaterer seg til hensiktsmessigheten av dette utenlandsregimet. Avhandlingen munner ut i noen begrunnede oppfatninger av om endringer bør foretas og langs hvilke linjer.

I innledningspunktet 1.4 vil vi gjennomgå avhandlingens videre disposisjon og hovedspørsmål i de enkelte kapitler.

1.2 Rettsforholdet

I avhandlingen ser vi på rettsforholdet mellom en (potensiell) eier eller driver av en utenlandsforbindelse og de styrende myndigheter; nærmere

³ Regjeringen ved Olje- og energidepartementet har nylig foreslått en særskilt lov om slik virksomhet, jf Ot prp nr 107 (2008-2009) *Om lov om fornybar energiproduksjon til havs (havenergilova)*.

bestemt disse aktørene i rollene som konsesjonssøker eller konsesjonsinnehaver og konsesjonsmyndighet, på bakgrunn av konsesjonsbestemmelsen i enl § 4-2.⁴ Det gjennomgående spørsmålet oppgaven skal besvare, er hvilke skranker som foreligger for utøvelse av konsesjonsmyndighet i denne relasjon. Hvilke begrensninger oppstilles for myndighetene når det kommer til inngripen i andres virksomhet? Dette kan beskrives som et styringsperspektiv. Slike skranker kan følge av både intern regulering på ulike nivåer og av EØS-rettslig regulering. Sett fra ståstedet til en aktør som ønsker å etablere ny kabelkapasitet til utlandet, blir dette et spørsmål om utstrekningen av hans handlefrihet – med andre ord et rettssikkerhetsperspektiv. Det har vært siktemålet vårt at begge perspektiver skal komme frem.

Oppgaven dreier seg om utvidelse av kabelkapasitet og drift av kabler *på grunnlag av konsesjon*. Kabelutbygging og drift kan også tenkes iverksatt alene som følge av myndighetspålegg. Rettsspørsmål i denne forbindelse blir ikke behandlet.

Ut fra oppgavens fokusering kan kabelutbygging for leseren fremstå som en svært lukrativ virksomhet, noe som nettopp ofte også er tilfellet. Likevel dreier det seg om svært kostnadskrevenende og risikoutsatte investeringer, og i praksis ligger et hovedproblem, som særlig er fremhevet på EU-nivå, i at det er vanskelig å få aktører til å foreta disse.⁵

⁴ Mestad definerer konsesjonsreglar som «grovt sagt ein lovregel som uttrykkeleg eller indirekte set forbod mot ei handling eller ein disposisjon og samstundes gjev offentlege styresmakter kompetanse til å tillate handlinga eller disposisjonen i enkelttilfelle», se Mestad, Ola *Bruk og endring av konsesjonsvilkår*, Marius nr 121, august 1986 s. 1.

⁵ På EU-nivå finnes det ulike insentivordninger, herunder støtteordninger for etablering av kabelprosjekter EU vil prioritere. Trans European Energy Network (TEN-E) er et eksempel på et slikt program, se Regulation (EC) No 680/2007 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2007 laying down general rules for the granting of Community financial aid in the field of the trans-European transport and energy networks.

Vi nevner her at en aktør som vil bygge en kabel til utlandet, vil stå i en rekke rettsforhold, som det faller utenfor denne oppgaven å behandle: Tillatelser fra kommunale myndigheter kan være nødvendige ved siden av konsesjoner fra statlige myndigheter.⁶ Det må inngås krysningsavtaler med eiere av eksisterende kabler i samme område og stater hvis jurisdiksjon kabelen skal gå gjennom. I tillegg kan det være nødvendig å inngå avtaler med- eller få tillatelse til å ekspropriere fra grunneiere, dersom ledninger eller anlegg krever rettigheter i grunnen.

Da slike prosjekter vanligvis blir til som et samarbeid mellom den norske og den utenlandske aktøren, må det også inngås avtaler som skal regulere dette samarbeidet. Videre må aktøren forholde seg til leverandører, eiere og drivere av nettet kabelen skal tilkobles, samt eventuelt til en børs kraften fra eller til utlandet skal selges gjennom.⁷

Fokusering på rettsforholdet mellom en konsesjonær og myndighetene innebærer også at en fremstilling av tariffingsregler faller utenfor oppgavens rammer. Det er i stor utstrekning myndighetene som fastsetter tariffen, men dette gjøres ikke i konsesjoner.⁸

Konsesjonsreguleringen vi skal behandle gjelder utenlandsforbindelser generelt, og det har for vårt formål ikke nevneverdig betydning å skille mellom kabler eller ledninger, og om ligger på land eller til sjøs. Det er imidlertid sjøkablene som er de mest interessante, da slike prosjekter er de

⁶ Elektriske anlegg som er konsesjonsbehandlet etter energiloven, er imidlertid unntatt fra byggesaksreglene om søknad, ansvar og kontroll i plan- og bygningsloven kapittel XVI, jf Forskrift av 24. juni 2003 nr 749 om saksbehandling og kontroll i byggesaker § 7 nr 1 bokstav c.

⁷ Se for eksempel rapport om «*Alternative kabler*», vedlegg til Statnetts konsesjonssøknad for NorNed, 6. september 2004 s. 14, hvor det er opplistet en rekke avtaler og tillatelser som skal til for å realisere et kabelprosjekt.

⁸ For mer om tariffingsregler, se Fakta2008 *Energi og vannressurser i Norge* (heretter Fakta2008) s. 85-87 og Hammer, Ulf *Tilretteleggingen av kraftmarkedet. En studie i reguleringen av nettets koordinerende funksjoner*, Oslo, 1999 (heretter Hammer 1999) s. 361-365, og – for så vidt gjelder grenseoverskridende tariffingssystemer etter elektrisitetsforordningen – *Energy Law in Europe. National, EU and International Regulation*. Redigert av Marta Roggenkamp, Catherine Redgwell, Inigo del Guayo og Anita Rønne, 2nd ed., Oxford, 2007 (heretter *Energy Law in Europe* 2007) s. 359-361.

mest kostnadsdrivende prosjektene og reiser flest problemer.⁹ Gitt dagens teknologi, er det kabler til det europeiske kontinentet som er de praktisk tenkelige prosjektene.

Vi konsentrerer oss videre om behandlingen av utenlandsforbindelser som inngår i sentralnettene, i motsetning til elektrisitetsutveksling på lavere nettnivåer, selv om også slik utveksling etter konsesjonspraksis omfattes av bestemmelsen i enl § 4-2.

Dette hovedfokus er begrunnet i to forhold. For det første er utveksling på lavere nivåer av svært liten praktisk betydning, da det gjelder små volumer. For det annet er slik utveksling begrunnet i andre hensyn enn utveksling i sentralnettene. På lavere nettnivåer er det hovedsakelig tale om å finne frem til rimelige og nyttige løsninger i grenseområder hvor det bor få folk og hvor nettutbygging dermed er kostbart sett i forhold til hvilke inntekter nettinvesteringer kan innbringe. Disse arrangementene kan reise en del spørsmål i forhold til EØS-reguleringen, og enkelte av disse vil bli nevnt kort. På grunn av den begrensede betydningen disse forbindelsene har, har vi likevel funnet det u hensiktsmessig å bruke plass på større diskusjoner rundt dem.

De konsesjoner dette gjelder, er konsesjon til Nord Trøndelag Elektrisitetsverk Nett AS (NTE) av 4. februar 2008 for en reserveforbindelse for distribusjonsnettene på norsk og svensk side, konsesjon til Statnett av 17. november 2004 for tilrettelegging av import av kraft fra Russland og konsesjon til Trondheim Energi Kraft AS av 11. mars 2008 for import av elektrisk kraft produsert i Sylsjø kraftverk i Sverige.

⁹ I det følgende bruker vi ofte betegnelsen kabler, ettersom sjøkabler er de viktigste i vår forbindelse, men dette er ikke ment å utelukke ledninger. Vi bemerker at de større sjøkablene er likestrømskabler.

1.3 Nærmere om faktum. Virkninger av utenlandshandel

Flere funksjoner må være på plass for at kraft skal kunne flyte mellom land. Helt selvsagt er at noen må produsere kraften og at noen vil kjøpe den. De funksjoner denne avhandlingen skal behandle, er etablering av kabler og driften av disse. I dag er en del kabler allerede etablert. De spørsmål vi vil ta opp knyttet til etablering vil i hovedsak være av relevans for nye. Hvilke tillatelser må en aktør som vil etablere en kabel ha, og hvordan er forholdet mellom de ulike tillatelsene? Ved siden av etableringsspørsmål, behandler vi da også en del *driftsmessige forhold* ved den infrastruktur som er etablert mellom Norge og andre land. Dette dreier seg om de rent tekniske operasjoner som må foretas for å sikre kraftflyt, samt å sørge for at det som er av kapasitet i en kabel gjøres tilgjengelig for markedet som er interessert i den.

En godt organisert utenlandshandel vil bidra til økt effektivisering og trygging av leveringssikkerheten. Kraftutveksling mellom land gir nettopp mulighet for å dra gjensidig nytte av de forskjellige produksjonssystemene. Norges energiproduksjon kommer i all hovedsak fra vannkraft, som er svært sårbar for tilsigsvariasjoner. Energiproduksjonen i landene på det europeiske kontinentet baserer seg på varmekraft, hvor energikildene er kull, olje, naturgass og uran. Dette gir normalt en stabil tilgang på energi. I varmekraftlandene er det kostbart å bygge varmekraftverk som skal dekke kortvarige forbrukstopper og kostbart å regulere produksjonen opp og ned. Men utenom forbrukstopperperiodene om natten og i helgene kan varmekraft levere relativt billig kraft. Vannkraftverkene har normalt større kapasitet enn det som er nødvendig til å dekke forbruket på dagtid innenlands, og i Norge kan produksjonen raskt reguleres opp og ned etter svingninger i forbruket. Samkjøring mellom vannkraftsystemet og varmekraftsystemet gir derfor gevinster for begge parter. Når prisen i Norge blir tilstrekkelig mye høyere enn marginalkostnad ved varmeproduksjon, vil det lønne seg for

handelspartnerne å eksportere kraft til Norge. Motsatt vil det lønne seg for Norge å eksportere kraft når prisen her er lavere enn i de land det kan utveksles kraft med.¹⁰

Norske produsenter, og indirekte også Norge som samfunn, får da mer igjen for elektrisiteten når den kan selges til utlandet i perioder hvor magasinene har høy fyllingsgrad og prisen i Norge ellers hadde blitt lav. Rent faktisk medfører utveksling av kraft at prisene i områdene på hver side av kabelen vil nærme seg hverandre. Desto mer kabelkapasitet som bygges ut, jo mer vil prisene konvergere. Ettersom prisene ellers i Europa jevnt over er høyere enn de norske, fører utenlandshandelen til – og har allerede ført til – høyere gjennomsnittspris for norske strømkunder.¹¹

Norden utgjør i dag et felles kraftmarked, og det nordiske markedet er tilknyttet Russland, Tyskland, Nederland, Estland og Polen.¹² Norge har tradisjonelt vært nettoeksportør av kraft, men har siden slutten av 1990-tallet vært nettoimportør som følge av fortsatt vekst i forbruket og lite kraftutbygging de siste årene. I enkelte år kan imidlertid mye nedbør og stort tilsig til vannkraftverkene bidra til at eksporten av kraft fra Norge blir større enn importen.¹³

Allerede her er det nyttig å merke seg at det kan skilles mellom to ulike utenlandsprosjekter, etter hvem det er som initierer dem. Forbindelsesledningene fra Norge til utlandet som inngår i sentralnettet, er i dag alle fra norsk side bygd, eid og drevet av Statnett som systemoperatør. Det kan likevel også være aktuelt for andre aktører enn systemoperatøren å etablere kabler eller ledninger til utlandet. Et eksempel på dette, er et prosjekt som nå

¹⁰ Fakta2008 s. 99-102.

¹¹ Som vi kommer nærmere tilbake til, oppfattes dette av noen som negativt. Et stykke på vei er dette likevel en fordelingsvirkning av gjeldende regulering, som det i noen grad vil være mulig å endre gjennom eksempelvis skattlegging og tariffing.

¹² Fakta2008 s. 90.

¹³ Ibid. s. 99.

er i planleggingsfasen, kalt NorGer. Agder Energi AS og Lyse AS har, sammen med et tysk og et sveitsisk energiproduksjonsselskap stiftet NorGer AS, som etter planen skal eie og forestå bygging av en forbindelsesledning mellom Norge og Tyskland. Som vi skal se, vil de to prosjektypene stå i litt ulikt reguleringsmessig lys.¹⁴

Hvem er det så som skal bruke kapasiteten i den kabela som etableres? Når nettdrift er en monopolvirksomhet og kapasiteten mot utlandet ikke er stor nok til å etterkomme markedets totale etterspørsel, vil den begrensede kapasiteten i overføringsforbindelsene måtte fordeles på en eller annen måte. Når vi i det følgende snakker om kapasitetshåndteringsmekanismer, allokeringermetoder eller handelsløsninger, er det dette problemet vi sikter til. Det normale i dagens elektrisitetsmarked er at kapasiteten i utenlandskablene er allokert til en børs, og kraftprisen på denne børsen vil ha prisen for eventuell transport fra utlandet innbakt. Bilaterale kraftutvekslingsavtaler, som tidligere var vanlig, innebar at en produsent på hver side av kabela gikk sammen om etablering av denne og benyttet kapasiteten til egen produksjon. Særlig på grunn av EØS-regulering er ikke dette lenger aktuelt.¹⁵

1.4 Spørsmålene

Under kapittel 3, med overskriften *Kraftmarkedet før og nå*, gir vi en fremstilling både av hvordan kraftmarkedet tidligere har vært regulert og

¹⁴ Vi betegner i det følgende prosjekter initiert av andre enn systemoperatøren som «private prosjekter» og disse aktørene som «private parter». Dette er i samsvar med EUs terminologi, jf *Cross border framework for transmission network infrastructure - An ERGEG Public Consultation Paper*, 4. oktober 2006 (heretter ERGEG 2006) på s. 8, hvor aktøren betegnes «private non-TSO party». «Merchant interconnectors» brukes om prosjektene.

¹⁵ Særlig vil kravet til «unbundling» (atskillete av nettvirksomhet og produksjon) gjøre dette problematisk.

hvordan sektoren er organisert og regulert i dag. Dette utgjør nødvendig forkunnskap i møte med reguleringen av utenlandsspørsmålene.¹⁶

Avhandlingen har videre tre deler; først en fremstilling og vurdering av det norske konsesjonsregimet for utenlandshandel (del II), deretter EØS-rettslige reglers betydning for de norske konsesjonsreglene (del III) og til sist en avslutningsdel (del IV).

EØS-avtalen er gjennomført i norsk rett, og sekundærlovgivning fra EU blir del av EØS-samarbeidet når EØS-komiteen har fattet beslutning om at materialet er EØS-relevant. Vi har likevel funnet det hensiktsmessig å skille ut regler som har sin bakgrunn i EØS-avtalen, enten de er gjennomført med likelydende ordlyd eller det er gitt norske regler med slikt innhold. Når vi i det følgende snakker om «spesifikt norske regler», sikter vi altså til bestemmelser som ikke har sin bakgrunn i EØS-avtalen eller er gitt for å tilfredsstille de kravene avtalen pålegger Norge. Oppgavens hoveddeler bygger også på en slik inndeling.

Behandlingen av det norske konsesjonsregimet innleder vi med å spørre om hva som krever konsesjon etter utenlandskonsesjonsbestemmelsen i enl § 4-2 (kapittel 4). Som allerede antydnet, er det en vanskelig oppgave å klarlegge hvem det faktisk er som omfattes av det forbudet mot innførsel og utførsel som her oppstilles. Konklusjonen på dette er viktig for avhandlingens videre kapitler. Kapittel 5 tar for seg sammenhengen mellom enl § 4-2 og de øvrige konsesjonshjemler i energiloven, som på noe ulike måter får anvendelse i forbindelse med utenlandskabler. Allerede her ser vi at klarhet med hensyn til hva som omfattes av utenlandskonsesjonsbestemmelsen blir sentralt. Når vi har som siktemål å se energilovens

¹⁶ Det er naturlig å ta utgangspunkt i reguleringen av kraftmarkedet henholdsvis før og etter energilovens ikrafttredelse. Hammer kaller styringsmodellen som ble benyttet før energiloven for plansystemet og modellen etter energiloven for markedssystemet, jf Hammer (1999) s. 62-63.

konsesjonssystem i sammenheng, må virkeområdet for de enkelte bestemmelser fastsettes nøyaktig.

Deretter undersøker vi i kapittel 6 hvordan den nærmere behandling av konsesjonssøkere må skje fra myndighetenes side. Hvilke materielle skranker må myndighetene holde seg innenfor i utenlandssaker når konsesjonsskjønnet skal utøves?

Etter behandlingen av norsk konsesjonsjus, vil denne ses opp i mot de krav EØS-avtalen stiller til norsk rett. EU/EØS-reguleringen knyttet til elektrisitetssektoren er svært omfattende. Vi har valgt ut de regler vi anser som mest sentrale for den norske konsesjonsreguleringen.

I kapittel 7 behandler vi det norske konsesjonsregimets forhold til reglene i EØS-avtalens hoveddel. Hovedspørsmålene knytter seg her til å se på om avslag på konsesjonssøknader utgjør restriksjoner i EØS-avtalens forstand og om det eventuelt kan anføres legitime begrunnelser for disse. Kan avslag begrunnes i at norske myndigheter synes kabelen blir for kostbar?

Kapittel 8 behandler i korthet øvrige EØS-rettslige krav til utøvelse av konsesjonsskjønn, før det i kapittel 9 avgjøres hvorvidt nasjonale myndigheter kan fastsette handelsløsning for en overføringsforbindelse. EU tillater i prinsippet ulike utforminger av tredjeparters rettigheter til bruk av infrastruktur, herunder til utlandet. Kan da nasjonale myndigheter regulere dette nærmere, slik at Norge overoppfyller EUs krav?

Kapittel 10 tar for seg kabelprosjekter som ikke er initiert av en systemoperatør.¹⁷ Slike prosjekter må ha særskilt godkjenning etter en prosedyre i elektrisitetsforordningen art 7. Hvilken avgjørelsesmyndighet har norske konsesjonsmyndigheter i slike unntakssaker, og hvordan skal et eventuelt skjønn utøves i den forbindelse? Det er likheter og forskjeller til konsesjonsbehandlingen etter reglene i energiloven selv vi vil avdekke, og

¹⁷ Jf skillet mellom systemoperatørkabler og kabler initiert av andre aktører, nevnt i punkt 1.3 ovenfor.

det er særlig interessant å undersøke om forordningens prosedyre gjør den ordinære konsesjonsbehandlingen overflødig.

EU har oppstilt et uavhengighetskrav til de nasjonale myndighetene som, litt unøyaktig sagt, fatter avgjørelser innen elektrisitetssektoren. Vi spør i kapittel 11 om Olje- og energidepartementet som konsesjonsmyndighet etter utenlandskonsesjonsbestemmelsen, eier i elektrisitetsbransjen og like til politisk organ, oppfyller dette kravet.

Avslutningsvis i oppgaven, under del IV, vil vi forsøke å gi en overordnet vurdering av den norske konsesjonsreguleringen. Vi vil peke på svakheter og styrker ved gjeldende regelverk og praksis og komme med noen begrunnede oppfatninger om selve nødvendigheten av utenlandskonsesjonshjemmelen i enl § 4-2. På bakgrunn av konklusjonene i avhandlingen vil vi komme med noen anbefalinger til relevante myndigheter.

2 Kilder og metode

2.1 Innledning

Reglene knyttet til utenlandsspørsmål ligger på flere nivåer; folkerettslig, felleseuropeisk og nasjonalt. I tillegg er det mange og kompliserte rettsforhold det må ses hen til, og flere spørsmål ligger i grenseland mellom privatrett og offentlig rett. Derfor er det nødvendig å gi en kort presentasjon av det kildematerialet oppgaven tar utgangspunkt i, samt knytte noen bemerkninger til metoden som anvendes i møte med disse. Vi foretar ikke noen generell fremstilling av juridisk metode, men vil behandle særlige rettskildemessige spørsmål knyttet til våre problemstillinger. I tillegg har vi funnet det hensiktsmessig å ta opp enkelte spørsmål av rettskildemessig art underveis i oppgaven, i tilknytning til konkrete drøftelser.

Det er i hovedsak de spesifikt norske lovreglene og regler med bakgrunn i EØS-avtalen vi konsentrerer oss om, men utover disse finnes det også et omfattende kildemateriale av relevans for elektrisitetsutveksling og overføringsforbindelser. Det gjelder forarbeider av ulikt slag, dokumenter fra

EU- eller EØS-organene og tilknyttede institusjoner, myndighetspraksis, juridisk litteratur og rapporter mv.

2.2 Norske regler

I møte med de norske reglene som ikke har sin bakgrunn i EU eller EØS-avtalen, er utgangspunktet at norsk rettskildelære legges til grunn.¹⁸

Energilovens konsesjonsregler får en sentral plass i oppgaven. Det er imidlertid bemerkelsesverdig at reguleringen som direkte retter seg mot elektrisitetsutvekslingsspørsmål og grenseoverskridende overføringsforbindelser, er såpass begrenset i omfang. Som Hammer påpeker, skiller reguleringen på området for utenlandshandel seg fra den som ellers brukes innen elektrisitetssektoren, hvor man i økende grad har inntatt regulering i lovtekst og forskrifter.¹⁹ Reguleringen av utvekslingsspørsmål har i noen grad funnet sted gjennom vilkår gitt i tilknytning til utenlandskonsesjonene. I den senere tid er det imidlertid kommet forskriftsregulering som vedrører utvekslingsspørsmål, men denne bygger på EØS-avtalen, og vil bli omtalt straks nedenfor i punkt 2.3.

Rettspraksis knyttet til utenlandskonsesjonsbestemmelsen i energiloven § 4-2 finnes ikke, men det foreligger en god del forvaltningspraksis omkring denne. Alle gjeldende utenlandskonsesjoner, samt avslagspraksis, vil bli gjennomgått under punkt 4.6. Et rettskildemessig spørsmål i den forbindelse er hvilken vekt det kan legges på forvaltningspraksis. Dette kommer vi nærmere tilbake til under punkt 4.7.

At det er sparsomt med lovregler vedrørende utenlandsforbindelser, medfører at det også er sparsomt med relevante forarbeider. Når det gjelder utenlandskonsesjonsbestemmelsen i enl § 4-2 og forarbeidene til denne, er det også interessant rettskildemessig at bestemmelsen er gammel og har

¹⁸ Jf Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen *Rettskildelære* 5. utg., Oslo, 2001.

¹⁹ Jf Hammer, Ulf i *Vassdrags- og energirett*, redigert av Thor Falkanger og Kjell Haagenen, 2. utg., Oslo, 2002 (heretter *Vassdrags- og energirett* 2002) s. 706.

forblitt tilnærmet uendret på tross av omfattende endringer innen sektoren og i det øvrige regelverket.²⁰

Forskrifter etter energiloven berører bare indirekte utenlandsspørsmålene. Likevel vil systemansvarsforskriften, som nærmere regulerer Statnetts virksomhet som systemoperatør, energilovforskriften og tarifforskriften være av relevans for fastleggelse av innholdet i konsesjonshjemlene av betydning for utenlandshandelen.²¹

I forbindelse med denne avhandlingen har vi vært i møte med representanter fra Olje- og energidepartementet og Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE). Når vi i det følgende viser til uttalelser fra møtene, bemerker vi at disse ikke nødvendigvis er uttrykk for offisielle oppfatninger hos departementet og NVE.²²

²⁰ Siden regelen i enl § 4-2 er gammel, foreligger en god del etterarbeider og andre offentlige dokumenter av relevans for bestemmelsen. Betydningen av disse kildene ved skjønnsutøvelsen tas opp i tilknytning til punktene 4.4 og 6.4.

²¹ Jf henholdsvis Forskrift om systemansvaret i kraftsystemet av 7. mai 2002 nr 448 (heretter «systemansvarsforskriften»), Forskrift om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. av 7. desember 1990 nr 959 (heretter «energilovforskriften») og Forskrift om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffen av 11. mars 1999 nr 302 (heretter «tarifforskriften»). I tillegg kommer Forskrift om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen vedlegg IV nr 20 (forordning (EF) nr 1228/2003 om vilkår for adgang til nett for overføring av elektrisk kraft over landegrensene), men denne anses etter vår inndeling som en EØS-rettslig kilde, se påfølgende punkt.

²² Møte med NVE av 29. mars 2009, hvor direktoratet var representert ved Nils Martin Espegren, Jørund Krogsrud og Toril Naustvoll Gange. Møte med Olje- og energidepartementet 16. april 2009, hvor departementet var representert ved Kjell Grotmol, Trond Ulven Ingvaldsen, Øysten Nore Nyhus, Cathrine Holtedahl og Ole Svihus.

2.3 EU/EØS-regler

2.3.1 Generelt om EØS-samarbeidet

Norge deltar gjennom EØS-avtalen i EUs indre marked.²³ Det indre marked omfatter også energisektoren. I EU ble det lenge argumentert med at energisektoren var unntatt fra reglene om de fire friheter på grunn av dens spesielle karakter og oppgaver. Siden slutten av 1980-tallet har sektoren imidlertid i stadig økende grad blitt behandlet som en «normal» økonomisk sektor omfattet av reglene i EF-traktaten. Dette ble også bekreftet ved Maastricht-traktaten, som trådte i kraft i 1992, hvor fellesskapet eksplisitt er gitt myndighet til å «gjennomføre tiltak på områdene energi, katastrofeberedskap og turisme».²⁴

Det langsiktige målet er et felleseuropeisk elektrisitetsmarked. Kabler og ledninger for sammenkobling av elektrisitetsmarkeder i enkeltland er sentralt på veien mot dette.²⁵ Viktige EØS-regler i denne forbindelse blir forbudene mot restriksjoner i avtalens hoveddel.

²³ Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet trådte i kraft 1. januar 1994 (heretter «EØS-avtalen»). Bestemmelsene i hoveddelen av EØS-avtalen gjelder som norsk lov etter Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr 109 § 1 (heretter «EØS-loven»).

²⁴ *Traktat om opprettelse av det Europeiske Fellesskap* (heretter «EF-traktaten») art 3 nr 1 bokstav u. Se også Roggenkamp, Martha og Francois Boisseleau, *The liberalisation of the EU electricity market and the role of power exchanges*, i *The Regulation of Power Exchanges in Europe*, Antwerp – Oxford, 2005 s. 1-29 på s. 1.

²⁵ EU har ansett det som hensiktsmessig å gi regler som retter seg mot de regionale enhetene innen EU for å fremme konkurranse og integrasjon mellom disse. Utvikling av regionale markeder kan være et nødvendig midlertidig stadium. Det nordiske elektrisitetsmarkedet er et eksempel på et slikt regionalt marked. Se Cameron, Peter Duncanson *Competition in Energy Markets: law and regulation in the European Union*, 2nd ed., Oxford, 2007 (heretter Cameron 2007) s. 109-110 med videre referanser.

2.3.2 Elektrisitetsdirektivene

EU har vedtatt to direktiver om felles regler for det indre markedet for elektrisitet. Det første er avløst av det andre. Overraskende nok sier disse ikke noe spesifikt om grenseoverskridende handel.²⁶ Direktivene sikter mot en gradvis og delvis åpning av medlemsstatenes elektrisitetsmarkeder og har derfor likevel relevans for flere av avhandlingens problemstillinger.

Det har vært arbeidet parallelt med lovgivning for felles regler for det indre elektrisitetsmarkedet og felles regler for det indre naturgassmarkedet. Dette har resultert i såkalte energimarkedspakker. Det første elektrisitetsdirektivet, Europaparlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF om felles regler for det indre markedet for elektrisitet, ble gitt i 1996, som en del av den første energimarkedspakken.

Erkjennelsen av det første direktivets utilstrekkelighet i forhold til målet om å skape et fungerende indre marked for elektrisitet førte til utarbeidelse og vedtakelse av et nytt elektrisitetsdirektiv, som en del av den andre energimarkedspakken, *Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC* (heretter benevnt «elektrisitetsdirektivet»²⁷). Hensynene til effektivitet, forsynings-

²⁶ Ibid. s. 127.

²⁷ EØS-komiteen vedtok å innlemme direktivet i EØS-avtalen den 2. desember 2005 sammen med den øvrige sekundærlovgivningen i EUs energimarkedspakke fra 2003. Norske myndigheter vurderte rekkevidden av direktivet og foretok enkelte endringer i energiloven med tilhørende forskrifter for å sørge for at det norske regelverket ble i overensstemmelse med EØS-forpliktelsene, se Ot prp nr 61 (2005-2006) *Om lov om endringer i energiloven* samt Olje- og energidepartementets høringsforslag om endringer i energiloven av 28. juni 2005 og høringsforslag om endringer i energilovsforskriften av 2. oktober 2006. For mer om dette, se Bjørnebye, Henrik, Finn Arnesen, Ivar Alvik og Ola Mestad (ved Senter for Europarett, Universitetet i Oslo) *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven*, Utredning til Olje- og energidepartementet av 9. juli 2007 (heretter «EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven» 2007) s. 28.

sikkerhet og miljøbeskyttelse er fremhevet som sentrale i forbindelse med etableringen av et elektrisitetsmarked på EU-nivå, se særlig artikkel 3 i direktivet.²⁸

Elektrisitetsdirektivet stiller krav til driften av transmisjonssystemet, herunder at det skal utnevnes en transmisjonssystemoperatør, som pålegges en rekke oppgaver, jf direktivets artikkel 8 og kapittel IV forøvrig. Videre har direktivet regler om tredjepartsadgang til transmisjons- og distribusjonssystemer basert på tariff og krav til nettoperatører i rettslig henseende skal være uavhengige («legal unbundling»). Vertikalt integrerte foretak, som både har monopolbaserte transmisjonsfunksjoner og konkurranseutsatte produksjonsoppgaver, er ikke lenger tillatt.²⁹ Direktivet setter også konkrete frister for full markedsåpning i alle medlemsstater.

Det kan i denne sammenheng bemerkes at liberaliseringsprosessen i de nordiske landene, i motsetning til i de fleste øvrige europeiske land, ikke hovedsaklig har vært drevet av initiativene fra EU. Norge var det første europeiske land som fullt ut liberaliserte sitt elektrisitetsmarked, gjennom vedtakelsen av energiloven i 1990. Hovedmotivene bak liberaliseringen i Norge var å bedre utnyttelsen av den totale produksjonskapasiteten, skape konkurranse i brukermarkedet og således lavere priser.³⁰ Dette skjedde altså før EU tok konkrete initiativer i samme retning.

²⁸ Disse hensynene er også fremhevet som hovedmålsettingen for regulering av energimarkedet i en rekke andre EU-dokumenter de siste årene, se blant annet Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - Energy Infrastructure and Security of Supply, COM(2003) 743 final side 3 og Green Paper - A European Strategy for Sustainable, Competitive and Secure Energy, 8.3.2006, COM(2006) 105 final s. 3-5.

²⁹ For mer om kravet til uavhengige nettoperatører, se Aarseth, Hallvard Gilje *Nye krav til skille mellom monopol- og konkurransebasert virksomhet i kraftsektoren: selskapsmessige og funksjonelle atskillelseskrav*, Marius nr 327, 2005.

³⁰ Odd H. Wasenden *The Nordic Electricity Market – a Mature International Market and Power Exchange*, i *The Regulation of Power Exchanges in Europe*. Redigert av Marta M. Roggenkamp og Francois Boisseleau, Antwerp – Oxford, 2005 (heretter Wasenden 2005) s. 31-80, på s. 33.

2.3.3 Elektrisitetsforordningen

Direktivenes manglende behandling av grenseoverskridende spørsmål foranlediget Regulation (EC) No 1228/2003 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity (heretter kalt «elektrisitetsforordningen»³¹ Elektrisitetsdirektivet og forordningen nødvendiggjorde enkelte tilpasninger av norsk lovgivning.³² Selve forordningen er gjort til norsk rett ved *Forskrift om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen vedlegg IV nr. 20 (forordning (EF) nr. 1228/2003 om vilkår for adgang til nett for overføring av elektrisk kraft over landegrensene)* av 20. desember 2006 nr 1563 (heretter «gjennomføringsforskriften»).

Elektrisitetsforordningen har som hovedformål å bidra til intensivering av elektrisitetshandelen mellom land. Den fastlegger enkelte prinsipper for oppgjørmekanisme mellom systemoperatører, for videre harmonisering av tariffregler og regulering av adgang til høyspente overføringsforbindelser mellom medlemslandene, samt for flaskehalsstyring.³³

Forordningens hoveddel inneholder enkelte grunnleggende bestemmelser for grenseoverskridende elektrisitetshandel, mens mer detaljerte retningslinjer er gitt i vedlegg til forordningen. En sentral mekanisme ved forordningen er at innholdet i vedlegget kan

³¹ For EU-landenes vedkommende innebærer forordningsinstrumentet at det ikke på samme måte som for direktivene kreves særskilt implementering av reguleringen. Forordninger får direkte virkning i medlemslandenes internrett, jf EF-traktaten art 249. Forordningen bygger på arbeidet til the Florence Electricity Regulatory Forum, jf Cameron (2007) s. 151 med videre referanser.

³² Se Wasenden, Odd-Harald *Om det finansielle kraftmarkedet : en rettslig studie, med vekt på reguleringen av informasjonstilgang og markedsatferd*, Oslo, 2007 (heretter Wasenden 2007) s. 70 flg.

³³ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - Report on the experience gained in the application of the Regulation (EC) No 1228/2003 «Regulation on Cross-Border Exchanges in Electricity», COM(2007) 250 final s. 2. For mer om forordningens enkelte regler, se Cameron (2007) s. 151 flg.

endres i samsvar med den såkalte komitologiordningen. Mekanismen innebærer at Kommisjonen som utgangspunkt har adgang til å vedta nye retningslinjer basert på uttalelsene fra et særskilt opprettet rådgivende utvalg. Forordningens artikkel 8 regulerer nærmere hvilke forhold retningslinjene skal regulere. Retningslinjene er bindende for nasjonale reguleringsmyndigheter, jf elektrisitetsforordningen artikkel 9.³⁴ Nye retningslinjer for flaskehalsstyring er tatt inn i EØS-avtalen i 2008.

Når annet elektrisitetsdirektiv ses i sammenheng med forordningen, er det tatt vesentlige reguleringsmessige skritt i retning av harmonisering og integrering av det europeiske kraftmarkedet.³⁵

2.3.4 Tredje energimarkedspakke

En tredje energimarkedspakke fra EU er nylig vedtatt.³⁶ Pakken vil medføre en del endringer i gjeldende regulering. For EUs medlemsland vil endringene i all hovedsak få effekt fra 11. mars 2011, jf forordning 713/2009 art 35 nr 2, forordning 714/2009 art 26 og direktivets art 49.

³⁴ *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven* (2007) s. 34.

³⁵ Wasenden (2007) s. 71. Kommisjonen har foretatt en omfattende undersøkelse av status i elektrisitets- og gassmarkedene og utarbeidet en rapport som avdekker problemområder det må arbeides videre med, jf DG Competition report on energy sector inquiry, SEC(2006)1724, 10. januar 2007.

³⁶ Pakken ble publisert i Official Journal of the European Union 14. august 2009. Rettsaktene som vedrører elektrisitetssektoren, og som vil erstatte henholdsvis elektrisitetsdirektivet og elektrisitetsforordningen fra andre energimarkedspakke, er Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/53/EC og Regulation (EC) No 714/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003. I tillegg er det vedtatt en forordning som oppretter et «Agency» for samarbeid mellom regulatorer, Regulation (EC) No 713/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators. Tredje energimarkedspakke er ikke blitt innlemmet i EØS-avtalen enda.

Det legges blant annet opp til endringer i den nasjonale «regulatorens» rolle, formalisering av samarbeid mellom regulatorene gjennom opprettelsen av et såkalt «Agency» med nærmere bestemte oppgaver, skjerpelse av krav til nettoperatorens uavhengighet («ownership unbundlig»), samt endringer i reglene for overføringsforbindelser som følger unntaksprosedyren i elektrisitetsforordningen. De endringene som har relevans for denne oppgavens problemstillinger, vil bli kommentert fortløpende. For øvrig vil det føre for langt å redegjøre i detalj for reglene i den tredje energimarkedspakken.³⁷

2.3.5 Øvrig relevant sekundærlovgivning fra EU

Flere direktiver stiller visse krav til medlemsstatenes politikkutforming innen energisektoren. Disse kan legge visse føringer for utøvelsen av skjønn hos norske myndigheter i forbindelse med utenlandsforbindelser, noe vi vil komme inn på under punkt 8.2. Det dreier seg likevel som oftest om løst formulerte forpliktelser, og vi har ikke funnet grunn til en omfattende behandling av slike regler.³⁸

Forsynings- og infrastrukturdirektivet søker å bidra til økt forsyningsikkerhet både på lang og kort sikt ved å legge til rette for et stabilt investeringsklima og samordning av operasjonelle standarder for elektrisitetsnett.³⁹ Gjennom *fornybardirektivet* tar EU videre

³⁷ For mer om endringene i tredje pakke, se *European Energy Law report VI*. Redigert av Martha M. Roggenkamp og Ulf Hammer, Antwerp, 2009.

³⁸ Det gjelder særlig Directive 2005/89/EC of the European Parliament and of the Council of 18 January 2006 concerning measures to safeguard security of electricity supply and infrastructure investment («forsynings- og infrastrukturdirektivet») og Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market («fornybardirektivet»).

³⁹ EØS-komiteebeslutningen for direktivet ble vedtatt i EØS-komiteen 8. juni 2007. Direktivet utgjør en del av en større pakke vedrørende infrastruktur og forsyningsikkerhet for energi, se Proposal for a Directive of the European

sikte på å ivareta miljø- og forsyningssikkerhetshensyn ved å fremme elektrisitetsproduksjon fra fornybare energikilder og kraftvarmeproduksjon på markedets tilbudsside.⁴⁰

2.4 Rettskildebruk i relasjon til EØS-reglene

Tolkningen av EØS-avtalen reiser i hovedsak tilsvarende problemstillinger som ved norske rettsregler, men EF-domstolens praksis og metodebruk får en helt sentral rolle ved tolkningen av EØS-reglene. Dette kan blant annet forankres i homogenitetsmålsetningen, jf EØS-avtalen art 6 og EFTA-domstolens praksis.⁴¹ Vi vil i det følgende derfor bruke praksis fra EF-domstolen som en viktig rettskilde.

I prinsippet anvender EF-domstolen de samme metoder ved tolkning av regler i henholdsvis primær- og sekundærlovgivningen. Tolkningen kan likevel bli noe forskjellig. Sekundærlovgivningen har gjerne større detaljgrad og er mer preget av teknisk eller spesialfaglig terminologi enn primærreglene.⁴² For EØS-avtalens vedkommende innebærer dette at det i utgangspunktet er samme metode som skal benyttes ved tolkningen av bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel (primærlovgivningen) og bestemmelsene i vedleggene til avtalen (sekundærlovgivningen). Men ved avklaring av innholdet i sekundærlovgivningen, vil primærlovgivningen være sentral som kilde, og sammenhengs- og formålsbetraktninger kan bli viktige. For EØS-avtalens hoveddel er det også relevant å sammenholde bestemmelsene med de tilsvarende i EF-traktaten, da førstnevnte som regel er rene blåkopier av bestemmelsene i EF-traktaten.

Parliament and of the Council concerning measures to safeguard security of electricity supply and infrastructure investment COM(2003) 740 final.

⁴⁰ Som vi skal komme tilbake til under punkt 8.2, vil disse målsetningene for Norges vedkommende kunne fordrø økt overføringskapasitet til det europeiske kontinentet.

⁴¹ Se *EØS-rett*. Fredrik Sejersted...[et al.], 2. utg., Oslo, 2004 (heretter *EØS-rett* 2004) s. 231 og s. 239.

⁴² Jf Bjørnebye, Henrik *Investing in EU energy security – Exploring the regulatory approach to tomorrow's electricity production* (disputaseksemplar), Oslo, 2008 (heretter Bjørnebye 2008) s. 8 med videre henvisninger.

For oss er det særlig bestemmelser i direktiver og forordninger som må tolkes.⁴³ Det finnes mange likeverdige autoritative språkversjoner av både EU- og EØS-reglene. Dette kan gjøre det vanskelig å trekke entydige slutninger om forståelsen av en bestemmelse fra ordlyden alene.⁴⁴ Både primærlovgivningen og sekundærlovgivningens formål og øvrige regler er av betydning ved tolkningen. I CITIWORKSSAKEN, som gjaldt tolkningen av en regel i elektrisitetsdirektivet, sies det uttrykkelig at direktivbestemmelsen må tolkes i «the light of the objectives of that directive and of its provisions».⁴⁵ Det tolkningsalternativ som best samsvarer med formålet, bør da velges. CITIWORKSSAKEN eksemplifiserer også at fortalen og formålet med direktivet er av betydning når dets bestemmelser skal tolkes.⁴⁶ I tillegg gjøres det bruk av domstolsskapte prinsipper.⁴⁷ I møte med EØS-reglene vil vi benytte oss av disse tolkningsfaktorene.⁴⁸

Andre typer dokumenter kan inneholde uttalelser om forståelsen av sekundærlovgivningen og nærmere forklaringer på den faktiske bakgrunnen for denne. Disse kildene har imidlertid begrenset vekt. Det gjelder juridisk

⁴³ Under punkt 7.5 kommer vi tilbake til problemstillingen som angår forholdet mellom bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel og bestemmelser inntatt i vedleggene.

⁴⁴ Se Bjørnebye 2008 s. 8-9 med videre henvisninger. Se også CASE C-239/07, JULIUS SABATAUKAS AND OTHERS av 9. oktober 2008 som gjaldt tolkningen av en bestemmelse i elektrisitetsdirektivet, se særlig avsnitt 38-39 i dommen.

⁴⁵ Jf CASE C-439/06, CITIWORKS AG V FLUGHAFEN LEIPZIG/HALLE GMBH, BUNDESAGENTUR av 18. september 2008 avsnitt 37. Saken gjaldt spørsmålet om art 20 (1) i elektrisitetsdirektivet hindret en nasjonal bestemmelse som unntok enkelte operatører fra å måtte tillate tredjepartsadgang i sine systemer. De aktuelle systemene var slike som geografisk var tilknyttet operatøren og tjente til å levere strøm til selskapet selv eller «connected undertakings». EF-domstolen fant at elektrisitetsdirektivet forhindret slik nasjonal regulering.

⁴⁶ Se for eksempel avsnitt 38 og 39 i dommen.

⁴⁷ Se avsnitt 42 i dommen. Nærmere bestemt er det her prinsippet om ikke-diskriminering som trekkes frem.

⁴⁸ For mer om EF-domstolens metode, *EØS-rett* (2004) s. 205-218.

litteratur, tolkningsuttalelser fra EU-tilknyttede institusjoner, kommisjonsdokumenter typisk i form av rapporter, og forberedende dokumenter av forskjellig slag.⁴⁹ Det er også grunn til spesielt å nevne fremveksten av mer uformelle samarbeidsfora på felleseuropeisk plan. Samarbeidet er ment å være en viktig pådriver i arbeidet med etableringen av et indre europeiske elektrisitetsmarked. I første rekke her kommer Firenze-forumet og den europeiske regulatorgruppen ERGEG.⁵⁰ Dokumenter utformet i disse foraene inneholder ofte uttalelser om forståelsen av sekundærløvgivningen og nærmere forklaringer på den faktiske bakgrunnen for denne, og oppgaven inneholder en del henvisninger til uttalelser i slike dokumenter.

2.5 Folkerettslige regler

Folkerettens jurisdiksjonsregler vil her som ellers sette begrensninger for hvor langt statene kan gå i sin regulering. Særlig reiser bruk av havområdene utenfor norskekysten spørsmål av folkerettslig og internasjonal karakter. Når det gjelder overføringsforbindelser til utlandet, vil det for eksempel kunne reise seg spørsmål knyttet til om de kan legges i internasjonalt farvann. Dette er imidlertid problemstillinger som faller utenfor vår positive avgrensning av oppgaven, jf punkt 1.2.⁵¹ Vi nøyer oss med å vise til at retten til å legge undersjøiske kabler og rørledninger på det åpne hav utenfor kontinentalsokkelen er uttrykkelig anerkjent i De Forente Nasjoners Havrettskonvensjon av 10. desember 1982 artikkel 112.

⁴⁹ Se Bjørnebye (2008) s. 9-10.

⁵⁰ Se *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven* (2007) side 27. Se også s. 46-47. For mer om ERGEG, se punkt 3.3.

⁵¹ For mer om folkerettslige problemer av denne karakter, se Løvgaard, Sindre *Førstemann til mølla i kampen mot global oppvarming? En analyse av gjeldende rettsregler for bygging av offshore vindkraft, og en vurdering av behovet for et nytt konsesjonsrammeverk*, masteravhandling 2008 (foreløpig upublisert) (heretter Løvgaard 2008).

3 Kraftmarkedet før og nå

3.1 Historisk tilbakeblikk på organiseringen av kraftsektoren i Norge

Vedtakelsen av energiloven i 1990 innebar grunnleggende endringer innen hele kraftsektoren. Når det gjelder utenlandshandelen spesielt, har det også her skjedd betydelige organisatoriske og praktiske endringer *mens energiloven har virket*. Dette reflekteres ikke i lov- eller forskriftsbestemmelser.

Før energiloven var det industrikonsesjonsloven § 23a som ga bestemmelse om konsesjonsplikt for innførsel og utførsel av kraft. Denne hjemlet et formelt monopol for staten i forhold til utenlandshandelen. Dette ble først forvaltet av NVE og deretter av Statskraftverkene.⁵² Formålet med monopol på utenlandshandelen var økt statlig styring for å ivareta hensynene til leveringssikkerhet og en rasjonell utnyttelse av kraftressursene.⁵³ Utjevningen av den nasjonale kraftbalansen som utenlandshandelen bidro til, ble ansett som en for viktig funksjon til at den kunne ivaretas av produsentene.⁵⁴ Statskraftverkene utøvde sitt monopol gjennom samarbeid med andre store produsenter i Norden, via samarbeidsorganisasjonen Nordel.⁵⁵

⁵² Hammer (1999) s. 107.

⁵³ Ibid. s. 111.

⁵⁴ Ibid. s. 108 med referanser til forarbeider.

⁵⁵ Produksjonssamarbeidet mellom anleggseierne i Norge foregikk gjennom foreningen «Samkjøringen av kraftverkene i Norge». Deler av utvekslingen ble også anmeldt over Samkjøringens utvekslingskraftmarked, og de øvrige produsentene deltok dermed i utenlandshandelen på en indirekte måte, jf Hammer 1999 s. 108. I tillegg til produksjonssamarbeidet, var det et samarbeid om fordeling av inntekter fra utenlandshandelen, kalt «Oppgjørsordningen». Se Hammer (1999) s. 109-111 for mer om ordningen.

I og med vedtakelsen av energiloven innførte Norge i 1990 markedssystemet. Produksjon og omsetning ble konkurranseutsatt. Ansvaret for nettdriften ble lagt til Statnett SF, som ble skilt ut fra Statskraftverkene.⁵⁶ Konesjonsbestemmelsen for utenlandshandel med kraft forble imidlertid tilnærmet uendret i forhold til industrikonesjonsloven § 23a, men ble altså plassert i energiloven § 4-2.⁵⁷

3.2 Kort fremstilling av dagens regulering. Konesjonsregimet i energiloven og aktørene i kraftmarkedet

3.2.1 Konesjonssystemet etter energiloven

Energiloven etablerer konesjonsordninger for en rekke funksjoner innen elektrisitetssektoren. En kortfattet oversikt over dette konesjonssystemet og de viktigste aktørene på kraftmarkedet er nødvendig, dels som en introduksjon til den mer detaljerte presentasjon av konesjonsreglene og dels som bakgrunnsstoff for å forstå hvordan markedet for omsetning av fysisk kraft, som kablene skal benyttes til, fungerer.⁵⁸ Markedene for finansiell

⁵⁶ Statskraftverkene ble ved energireformen splittet opp i statsforetakene Statnett SF og Statkraft SF, se Hammer (1999) s. 143 flg.

⁵⁷ For mer om dette, jf punkt 4.1 nedenfor.

⁵⁸ Som Wasenden peker på, er begrepet «kraftmarkedet» ikke entydig definert. Det kan betegne hele kraftforsyningsbransjen (produksjon, transport og omsetning), eller det kan betegne markedet for omsetning av fysisk kraft, slik at de øvrige funksjoner holdes utenfor, jf Wasenden (2007) s. 64, som foretar ytterligere inndelinger av det fysiske markedet. Når vi snakker om kraftmarkedet, er det det fysiske markedet vi sikter til. Regulerkraftmarkedet utgjør sammen med engrosmarkedet det fysiske markedet for omsetning av elektrisk energi. Gjennom meddelt konesjon etter energiloven og forskrift om systemansvaret i kraftsystemet av 7. mai 2002, er Statnett SF pålagt å drive et regulerkraftmarked i Norge. Regulerkraftmarkedet håndterer det ikke-prognoserbare avviket mellom virkelig og planlagt utveksling av elektrisk energi, og skaper balanse mellom den løpende produksjonen og forbruket, jf

handel er ikke av direkte relevans for vårt tema, og vil derfor ikke bli nærmere behandlet.⁵⁹

Det er fem konsesjonsbestemmelser som på ulikt vis relaterer seg til grenseoverskridende kraftoverføringsforbindelser fra Norge.

1) For bygging og drift av kraftledninger og anlegg for fordeling av elektrisk energi med spenning 22 kV eller lavere, kreves det *områdekonsesjon*, jf enl § 3-2. Den som har områdekonsesjon, trenger ikke søke om konsesjon etter energiloven for hvert enkelt anlegg. Et av vilkårene i områdekonsesjoner er at nettselskapene har plikt til å levere elektrisk energi til abonnentene innenfor det geografiske området som konsesjonen gjelder for.⁶⁰

2) For bygging og drift av anlegg med elektrisk spenning over 22 kV som ikke omfattes av områdekonsesjonen, kreves *anleggskonsesjon* etter enl § 3-1.⁶¹

3) Enheter som omsetter elektrisk energi eller som kan stå i en eller annen form for monopolsituasjon, må ha *omsetningskonsesjon*, jf enl § 4-1. Ordningen med omsetningskonsesjon skal sikre kundenes interesser ved å bidra til en økonomisk rasjonell omsetning av elektrisk energi og til å kontrollere nettfunksjonen som naturlig monopol.⁶² Flere typer virksomheter krever etter praksis omsetningskonsesjon. Dette gjelder eiere av fordelings- og/eller overføringsnett, selskaper som har kraftproduksjon og/eller omsetning, rene omsettere som kjøper og videreselger kraft, kommuner som videreselger konsesjonskraft til energiverk hvor de ikke har eierandeler og

NOU 2004: 4 *Lovregulering av strømavtaler sluttet med forbrukere* punkt 6.2.2. Regulerkraftmarkedet vil imidlertid ikke bli særskilt omtalt i det følgende.

⁵⁹ Dette reguleres ikke av energiloven, men av verdipapirlovgivningen. For mer om det finansielle kraftmarkedet, se Wasenden (2007) s 94-154.

⁶⁰ Fakta2008 s. 64.

⁶¹ Se nærmere under punkt 5.3.

⁶² Fakta2008 s. 65.

utenlandske foretak som vil drive kraftomsetning i Norge uten å etablere et eget selskap i Norge.⁶³

4) Organisering og drift av markedsplass for fysisk omsetning av elektrisk energi krever *markedsplasskonsesjon*, jf enl § 4-5. Markedsplassen spiller en sentral rolle for den markedsbaserte omsetningen av elektrisk energi.⁶⁴

5) *Utenlandskonsesjon* etter enl § 4-2 er nødvendig for utførelse og innførelse av elektrisk kraft. Bestemmelsen vil bli grundig behandlet i det følgende, jf særlig kapitlene 4-6.

3.2.2 Organiseringen av elektrisitetsmarkedet ⁶⁵

Konkurransesettelse av produksjon og omsetning av kraft baserte seg på to viktige endringer; opphevelse av elektrisitetsdistributørenes eksklusive rettigheter til levering av elektrisitet til alle kunder i deres respektive monopolregioner, og introduksjonen av en forpliktelse til å sikre transport til uavhengige energileverandører og kunder som ønsker å handle kraft i regionen; såkalt regulert tredjepartsadgang.

Transport av strøm gjennom kraftledninger er fortsatt en monopolvirksomhet, som utføres av operatører på sentral-, regional- og distribusjonsnettsnivå. Prisen for nettvirksomheten fastsettes etter et punktтарiffsystem.⁶⁶

Det er fremdeles dominerende offentlig eierskap i den norske elektrisitetsindustrien, både på produksjons- og nettvirksomhetssiden. Statsforetaket Statnett SF eier 87 % av sentralnettet og de fleste

⁶³ Jf NVEs nettside, <http://www.nve.no/no/konsesjoner/hvordan-soke-om-omsetnings-konsesjon/omsetningskonsesjoner/> [avlest 1. desember 2009]. Omsetningskonsesjonen behandles nærmere under punkt 5.4.

⁶⁴ Fakta2008 s. 90-94. Jf punkt 5.5 for mer om markedsplasskonsesjonen.

⁶⁵ Gjennomgangen er i stor grad basert på *Energy Law in Europe* 2007 s. 945-957.

⁶⁶ For mer om punktтарiffsystemet, se for eksempel NOU 2004: 4 *Lovregulering av strømvtaleslutninger med forbrukere* punkt 5.3 og Fakta2008 s. 85.

overføringsforbindelsene til utlandet.⁶⁷ Statnett er den norske systemoperatøren eller Transmission System Operator (TSO), som er EUs betegnelse på slike.⁶⁸

Det kan her kort nevnes at strukturen i europeisk energiforsyning har vært preget av liknende trekk; store, vertikalt integrerte og offentlig eide foretak har hatt ansvaret for nasjonal kraftoppdekning på bakgrunn av en faktisk eller rettslig monopolstilling, gjerne supplert med en oppdeckningsplikt.⁶⁹

Strøm må brukes samtidig som den produseres, og det må derfor sørges for at det er momentan balanse i nettet mellom produksjon og forbruk. Dette utgjør kjernen i systemansvaret. I tillegg til å sørge for denne balansen, må ledningsnettets fysiske begrensninger ikke overstiges. Statnett er ansvarlig for at disse krav overholdes, for utviklingen og driften av sentralnetts-systemet, koordineringen av vedlikehold av nettet og koordineringen av trafikken mot utlandet.⁷⁰ Inntektene til Statnett SF er underlagt NVEs monopolkontroll, og foretaket er gitt en ramme for tillatt inntekt på monopolvirksomheten, fastsatt av NVE.⁷¹

Handel med kraft innenfor og mellom de nordiske landene er organisert gjennom den nordiske kraftbørsen, Nord Pool.⁷² Nord Pool er en uavhengig

⁶⁷ Fakta2008 s. 14.

⁶⁸ Vi vil benytte begrepet systemoperatør eller systemansvarlig når vi omtaler de norske reglene knyttet til systemansvaret. I relasjon til EØS-reglene, vil vi enkelte ganger også bruke betegnelsen TSO.

⁶⁹ *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven (2007)* side 26.

⁷⁰ Se systemansvarsforskriften. Se også Innst S nr 83 (2001-2002) *Innstilling frå energi- og miljøkomiteen om gjennomgang av Statnett SFs organisering og oppgaver* og <http://www.statnett.no/no/Om-Statnett/Statnett-pa-1-2-3/Koordineringsoppgaver/> [avlest 1. desember 2009]. Dette kommer vi tilbake til i punkt 5.2 nedenfor.

⁷¹ Fakta2008 s. 14.

⁷² De nordiske markedene er så integrert gjennom den felles markedsplassen at det kan virke anstrengt å snakke om et isolert norsk marked, jf Wasenden (2007) s. 71.

aktør som skal basere seg på likebehandling og nøytralitet i markedet. Under Nord Pool-gruppen hører *Nord Pool Spot AS* (benevnt «Nord Pool Spot» eller bare «Nord Pool» i det følgende), og det er dette selskapet som organiserer omsetningen av standardiserte fysiske kraftkontrakter i Elspot. Nord Pool er det eneste foretaket i Norge som har markedsplasskonsesjon. Foretaket driver også med clearing av all handel i elspotmarkedet, som innebærer at Nord Pool er kontraktsmotpart i alle kontrakter som er handlet på børsen og garanterer for oppgjør og levering.⁷³

Elspot er et marked med timeskontrakter for fysisk kjøp og salg av kraft for levering neste døgn. Prisberegningen er basert på balanseprisen mellom tilbud og etterspørsel fra alle aktørene. Ved ønske om overføring av et større volum i nettet enn det som er fysisk mulig, oppstår flaskehals. Ved flaskehals i det norske overføringsnettet er Statnett pålagt å løse dette ved å etablere flere prisområder. Systemet gir høyere priser i underskuddsområder (områder der produksjonen er mindre enn ønsket forbruk ved en felles systempris), og lavere priser i overskuddsområder.⁷⁴

Olje- og energidepartementet er ansvarlig for forvaltningen av vannressursene og skal sikre at utnyttelsen av disse skjer innenfor miljømessig akseptable rammer og på samfunnsøkonomisk lønnsomme måter. Under Olje- og energidepartementet hører NVE, som er ansvarlig for overvåking av nettdriften og regulerer distribusjon og transmisjonstariffer. I tillegg er direktoratet delegert konsesjonsmyndighet etter alle energilovens konsesjonshjemler, med unntak av utenlandskonsesjonsbestemmelsen i enl § 4-2.⁷⁵

⁷³ Se NOU 1999: 29 Varederivater, punkt 3.4.8.

⁷⁴ Jf NOU 1999: 29 punkt 3.4.4.

⁷⁵ Jf Olje- og energidepartementets delegasjonsbrev til NVE av 23. august 2006 (FOR-2006-08-23-993) (heretter «delegasjon(en) til NVE»).

3.3 Oversikt over internasjonalt samarbeid

I forbindelse med grenseoverskridende kraftoverføringsforbindelser og utenlandshandel foregår det samarbeid både på myndighetsnivå, mellom systemoperatører og mellom andre aktører involvert i kraftutvekslingen. De viktigste aktørene og samarbeidene skal nevnes kort.

De nordiske energiministrene møtes årlig i *Nordisk Ministerråd*.⁷⁶

Den formaliserte kontakten i EØS på energiområdet skjer i EØS-komiteen og mellom EFTAs arbeidsgruppe for energispørsmål og EU-kommisjonens Generaldirektorat for Transport og Energi (DG TREN).⁷⁷

I 2008 er det opprettet en ny samarbeidsorganisasjon for systemoperatørene, kalt The European Network of Transmission System Operators for Electricity (*ENTSO-E*). Fra 1. juli 2009 overtok ENTSO-E de operative oppgaver de seks europeiske systemoperatørorganisasjonene, herunder *Nordel* og *ETSO*, tidligere hadde.⁷⁸ Målet er ytterligere integrasjon i det europeiske elektrisitetsmarkedet.⁷⁹

⁷⁶ Mellom disse møtene ledes energisamarbeidet av en embetsmannskomiteé. Ved siden av forhold knyttet til elektrisitetsmarkedet, konsentrerer samarbeidet seg også om bærekraftig energi, energiteknologier og regionalt samarbeid mot nærområdene. Energiministrene har sluttet seg til en Handlingsplan for det nordiske energipolitiske samarbeid fra 2006-2009 (<http://www.nordicenergysolutions.org/performance-policy/nordic-cooperation/action-plan-for-nordic-energy-cooperation-2006-2009>) [avlest 1. desember 2009]. Det er en viktig del av handlingsplanen at en drøfter felles utfordringer på energiområdet i EU/EØS, jf Fakta2008 s. 114. Det er enighet om at det nordiske energimarkedet skal videreutvikles og harmoniseres ytterligere.

⁷⁷ Se generaldirektoratets nettside, http://ec.europa.eu/dgs/energy_transport/index_en.htm [avlest 1. desember 2009].

⁷⁸ Se <http://nordel.org/> [avlest 1. desember 2009]. Se også hjemmesiden til ENTSO-E, <http://www.entsoe.eu/> [avlest 1. desember 2009].

⁷⁹ Jf European Parliament legislative resolution of 22 April 2009 on the Council common position for adopting a regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in

Som systemoperatør i Norge, var Statnett det norske medlemmet i *Nordel*. Nordel, som startet som en samarbeidsorganisasjonen for produsenter, og siden ble den nordiske organisasjonen for samarbeid mellom systemoperatørene i Norden. Organisasjonen utarbeidet rapporter og ga anbefalinger til myndighetene i de nordiske landene om hvordan hindringer i transmisjonssystemet mellom landene skulle håndteres og delte EUs visjon om et effektivt europeisk elektrisitetsmarked.⁸⁰

Ved utviklingen av et internt europeisk elektrisitetsmarked, oppstod også behovet for et samarbeid mellom systemoperatørene i EU. I 1999 ble *ETSO* (European Transmission System Operators) opprettet, som et samarbeid mellom fire regionale systemoperatørorganisasjoner.⁸¹ I 2001 ble ETSO en internasjonal sammenslutning hvor 32 systemoperatører fra 15 land i EU pluss Norge og Sveits fikk direkte medlemskap. Formålet med samarbeidet var generelt å maksimere systemets pålitelighet og leveringskvaliteten gjennom å optimalisere bruken av primærenergi og kapasitetsressurser.⁸²

Samarbeid mellom de nordiske regulatorer skjer gjennom *NordREG*.⁸³

The Council of European Energy Regulators (*CEER*) og the European Regulators' Group for Electricity and Gas (*ERGEG*) er to organisasjoner etablert med tanke på koordinering og samarbeid mellom de uavhengige regulatorene i Europa. Også disse organisasjonenes formål er utviklingen av et internt europeisk marked for gass og elektrisitet, og oppgavene er i stor grad de samme. Forskjellen mellom organisasjonene ligger i at CEER er basert på en frivillig avtale mellom regulatorene selv, mens ERGEG ble opprettet av EU-kommisjonen i 2003 som dennes offisielle rådgivende gruppe i energispørsmål.⁸⁴

electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003 art 5 («Establishment of the ENTSO for Electricity»).

⁸⁰ Jf <http://www.nordel.org/content/Default.asp?PageID=202> [avlest 25. mai 2009].

⁸¹ Organisasjonene var ATSOI, UKTSOA, NORDEL og UCTE.

⁸² Se http://www.ets-net.org/association/aboutus/etso/e_default.asp [avlest 25. mai 2009].

⁸³ For mer om organisasjonen, se <https://www.nordicenergyregulators.org/> [avlest 1. desember 2009].

⁸⁴ For mer om organisasjonene, se deres felles nettside,

Som et ledd i den tredje energimarkedspakken fra EU, opprettes Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER), som innebærer en mer formell mekanisme for samarbeid mellom regulatorer, særlig med tanke på beslutninger knyttet til viktige grenseoverskridende spørsmål.⁸⁵

Med denne beskrivelsen av elektrisitetssektoren som bakgrunn, går vi over til å se på den norske utenlandskonsesjonsreguleringen.

http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME [avlest 1. desember 2009].

⁸⁵ Jf Regulation (EC) No 713/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators og Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators, COM(2007) 530 final, 19. september 2007. Vi kommer tilbake til ACERs oppgaver under punktene 10.4 og 11.7.

Del II

Det norske konsesjonsregimet

4 Hva krever utenlandskonsesjon?

4.1 Innledning

Vi skal forsøke å besvare spørsmålet om hvorvidt og på hvilke måter energiloven § 4-2 regulerer kraftoverføringsforbindelser til utlandet i dag. Det åpenbare og nødvendige utgangspunktet for fremstillingen av bestemmelsens rettslige betydning blir da å spørre hva det er som *utløser* konsesjonsplikt. Hvem trenger konsesjon til hva?

Hvorfor er det av betydning å fastlegge den konsesjonspliktige virksomhet? For det første er det som faller utenfor konsesjonsplikten som utgangspunkt tillatt etter den alminnelige handlefrihet. Konsesjonspliktige virksomhet som utøves uten konsesjon, kan i prinsippet straffes, jf enl § 7-5. Paragraf 7-3 hjemler også adgang for det offentlige til å avbryte kraftoverføring som skjer i strid med enl § 4-2 eller fastsatte vilkår for konsesjon. For det annet er det *innholdet* i konsesjonsreguleringen som må vurderes opp mot EØS-avtalens restriksjonsforbud. Hvis det for eksempel er forbudt etter § 4-2 å bygge en kraftledning, må det vurderes om dette forbudet er legitimt etter EØS-reglene. Vurderingen av sammenhengen mellom bestemmelsene i § 4-2 og lovens øvrige konsesjonshjemler, forutsetter også klarhet med hensyn til innholdet i de ulike bestemmelsene.

Møtet med konsesjonshjemmelen i enl § 4-2 innebærer en spesiell utfordring i forhold til møter med en del andre konsesjonshjemler. Dette er fordi bestemmelsen er gammel og gitt på en tid hvor organiseringen av bransjen og de tekniske forutsetningene for utenlandshandel var helt andre. Spørsmålet blir hvilken betydning dette skal få for bestemmelsens rettslige innhold i dag. Rettslig sett står man overfor den situasjon at bestemmelsen nå må omfatte andre handlinger enn tidligere. Finn Arnesen har i forbindelse med regulering av utvinningstillatelser i petroleumsloven treffende brukt

uttrykket «nytt innhold i gamle bestemmelser». Spørsmålet blir i hvilken grad dette kan tillates.⁸⁶

Ordlyden i enl § 4-2 etablerer et forbud mot å «foreta utførsel eller innførsel av elektrisk energi».⁸⁷ Øvelsen for oss blir å se på hvem som gjør dette innenfor dagens organisering av kraftbransjen, ut fra det foreliggende norske rettskildebildet.⁸⁸ Vi minner her om kraftens egenskaper som nettbundet og uidentifiserbar. Dette kompliserer ytterligere spørsmålet om hvem som innfører og utfører den.

Er det produsenter, forbrukere eller andre som kjøper og selger kraft, eiere av infrastruktur eller andre aktører med tekniske eller administrative oppgaver som «foretar utførsel eller innførsel» i lovens forstand? Vi undersøker nå hvilke *funksjoner* knyttet til utenlandsforbindelser og utenlandshandel det er som omfattes. Med andre ord er det disse funksjonene det er forbudt å utøve uten konsesjon.⁸⁹

Konsesjonsmyndigheten er Olje- og energidepartementet. Kompetansen er ikke delegert til NVE, i motsetning til hva som gjelder for anleggskonsesjon, omsetningskonsesjon og markedsplasskonsesjon.⁹⁰ Det bemerkes her at det er sikker praksis for at når et utenlandsprosjekt forestås i samarbeid mellom en norsk og en utenlandsk aktør, er det bare den norske som trenger konsesjon etter energiloven. Dette kan synes noe overraskende tatt i betraktning den nære sammenheng det må sies å være mellom den

⁸⁶ Arnesen, Finn *Nytt innhold i gamle bestemmelser*, Lov og Rett 1996 s. 339.

⁸⁷ Vi påpeker at § 4-2 ikke har et slikt tillegg som andre av energilovens konsesjonshjemler har om at «[d]epartementet avgjør i tvilstilfelle om konsesjonsplikt foreligger», se enl §§ 4-1og 4-3. Slik lovgivningsteknikk kan innebære en omfattende delegasjon av lovgivningsmyndighet.

⁸⁸ Vi gjentar her at når vi taler om «det norske rettskildebildet», holdes regler med bakgrunn i EØS-avtalen utenfor, jf punkt 1.5.

⁸⁹ I denne sammenheng betrakter vi også systemansvarsbestemmelsen i energiloven § 5A-1 som en konsesjonshjemmel, selv om bestemmelsen selv ikke benytter betegnelsen «konsesjon».

⁹⁰ Jf delegasjonen til NVE.

utenlandske aktøren og den delen av anlegget som ligger i Norge. Praksis på dette synes likevel å være sikker.⁹¹

Paragraf 4-2 er ifølge forarbeidene til energiloven ment å slå fast hovedregelen om statens monopol på kraftutveksling med utlandet.⁹² Det gis uttrykk for at departementet – i det minste inntil det hadde funnet sted en nærmere avklaring av Statskraftsverkenes organisasjon – ikke så det naturlig at ansvaret for utenlandshandelen ble tillagt en av aktørene i markedet.⁹³ Likevel ble det åpnet for unntak fra hovedregelen ved at konsesjon kunne gis til «utførsel eller innførsel» av elektrisk energi.⁹⁴

Bakgrunnen for bestemmelsens forgjenger i industrikonsesjonsloven § 23a var ønsket om kontroll med norske ressurser og i hvor stor grad disse skulle kunne utnyttes i utlandet.⁹⁵ Etter dagens konsesjonspraksis har andre aktører enn staten sluppet til gjennom konsesjoner. Denne situasjonen skiller seg fra den som forelå ved vedtakelsen av energiloven. En utvikling i denne retning var imidlertid forutsatt i forarbeidene og er en naturlig konsekvens av den omorganisering og liberalisering som har funnet sted innen energisektoren.

⁹¹ Praksis har nok sin bakgrunn i at kabelavtalen gjerne har gått ut på at de to aktørene skulle eie hver sin fysiske andel av overføringsforbindelsen. Dette er i seg selv en interessant avtalekonstruksjon. Eksempelvis vil det kunne reise seg spørsmål ved hvordan en slik eierfordeling skal bedømmes skatterettslig og ved overføring til andre.

⁹² Ot prp nr 43 (1989-1990) *Om lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (Energiloven)*s. 91. Dette er imidlertid et monopol som aldri utøves.

⁹³ Ibid. s. 55.

⁹⁴ Opprinnelig hadde bestemmelsen i § 4-2 et annet punktum i annet ledd som lød «Konsesjon for utførsel eller innførsel utover 5.000 kW kan bare gis i særlige tilfelle». Denne begrensningen viste seg ved revisjonen av energiloven i 2001 å være utdatert og ikke samsvarende med praksis og ble derfor opphevet, jf Ot prp nr 56 (2000-2001) *Om lov om endringer i lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (energiloven)* s. 48. Med dette som unntak, har § 4-2 ikke blitt forandret siden vedtakelsen i industrikonsesjonsloven § 23a i 1931.

⁹⁵ Se nærmere om dette Ot prp nr 31 (1931) *Om forandringer i konsesjonslovene* s. 2.

4.2 Energilovens geografiske anvendelighet

Når nedslagsfeltet til enl § 4-2 skal kartlegges, må det også avgjøres hvor bestemmelsen har sitt *geografiske* anvendelsesområde.⁹⁶ Hvor er det forbudet mot innførsel og utførsel av kraft gjelder og kan håndheves?

Området defineres ikke i bestemmelsen selv, men energiloven har en generell regel om dette. Paragraf 1-1 annet ledd fastsetter at loven «ikke gjelder på norsk sjøterritorium».⁹⁷ Antitetisk følger det av dette at lovens geografiske anvendelsesområde er norsk landterritorium og de indre farvann.⁹⁸ Volder dette regulatoriske problemer når deler av sjøkabelforbindelsene til utlandet ligger utenfor grunnlinjene, noe de for alle praktiske formål gjør?

Når det ikke er teknisk mulig å foreta «utførsel eller innførsel av elektrisk energi» uten at det samtidig foregår konsesjonsbelagt aktivitet på landterritoriet, er nok det begrensede anvendelsesområdet av liten praktisk betydning. Konsesjon for kabelanlegget blir uansett nødvendig når deler av dette ligger innenfor lovens geografiske virkeområde.

Vi nevner at regjeringen ved Olje- og energidepartementet nylig har fremmet forslag til ny lov om fornybar energiproduksjon til havs mv.. Lovforslaget er til behandling i Energi- og miljøkomiteen.⁹⁹ En av grunnene til at ny regulering har vært ansett nødvendig, er at etablering av vindkraftanlegg utenfor grunnlinjene ikke har noe fullstendig konsesjonslovverk i dag.¹⁰⁰ Blant en rekke andre avgå Statnett høringsuttalelse til høringsnotatet, og etterspurte en klargjøring av hvorvidt lovutkastet

⁹⁶ Overtredelse av forbudet i energiloven § 4-2 første ledd kan nettopp også føre til reaksjoner etter jf §§ 7-3 og 7-5.

⁹⁷ Sjøterritoriet er legaldefinert i Lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone av 27. juni 2003 nr 57 § 2 og omfatter et havbelte på 12 nautiske mil utenfor grunnlinjene.

⁹⁸ Se også *Vassdrags- og energirett* (2002) s. 655-656 og Løvgaard (2008) s. 26.

⁹⁹ Per 1. desember 2009, som Prop 8 L (2009-2010).

¹⁰⁰ Jf Ot prp nr 107 *Om lov om fornybar energiproduksjon til havs (havenergilova)* s. 51.

skal omfatte undersjøiske kabelforbindelser uten tilknytning til fornybar energiproduksjon til havs.¹⁰¹ Foretaket påpeker at:

«Dette vil være aktuelt for kraftutvekslingskabler «land-til-land» mellom Norge og fremmede stater, så som de eksisterende tre Skagerrak-kablene til Danmark, NorNed-kabelen til Nederland og nye kabelforbindelser som i dag er under utvikling, som Skagerrak 4, NORD.LINK og NorGer. Ettersom energiloven bare gjelder ut til grunnlinjen, er det i dag ikke noen egen konsesjonsordning for kabelforbindelser utenfor grunnlinjen. Fordi det uansett vil kreves anleggskonsesjon innenfor grunnlinjen og konsesjon for eksport og import av kraft, kan behovet for konsesjon for land-til-land kabler fremstå som noe usikkert. Ved å trekke offshore-delen av slike kabler inn under havenergiloven, vil man imidlertid ha et sterkere internrettslig grunnlag for å sette vilkår for å hensynte fremtidige vindkraftanlegg som eventuelt kan bli koblet opp mot kabelen.»¹⁰²

Vi skal nå se på kilder av betydning for fastleggelse av § 4-2. Her legger vi til grunn at det begrensede geografiske anvendelsesområdet er uproblematisk.

4.3 Lovteksten i energiloven

Lovbestemmelsen selv gir ingen nærmere presisering av hva som menes med «innførsel og utførsel», men den synes klart å gjelde en funksjon ved grenseoverskridende elektrisitetsutveksling.

Tidligere, da Statskraftverkene stod for all handel med kraft over landegrensene, var ordlyden ikke problematisk. Den endrede strukturen i kraftmarkedet har imidlertid komplisert bildet. Fysisk bilateral krafthandel på sentralnettsnivå, slik som tidligere var vanlig, er upraktisk i dag.¹⁰³ Etter vårt skjønn synes bestemmelsens ordlyd i første rekke å omfatte krafthandel hvor kjøper og selger befinner seg i hvert sitt land. Som allerede forklart,

¹⁰¹ Høringsnotatet er av 13. februar 2009 og heter *Om utkast til lov om fornybar energiproduksjon til havs mv.*

¹⁰² Statnetts høringsuttalelse til utkast til lov om fornybar energiproduksjon til havs av 2. april 2009.

¹⁰³ Reglene vi skal komme tilbake til i kapittel 9, innebærer at kapasiteten skal håndteres etter auksjonsprinsipper. For prissikringsformål foregår imidlertid *finansiell* bilateral handel i stor utstrekning.

foregår imidlertid den fysiske handelen i kraftmarkedet i dag over børs, på Nord Pool Spot. Vårt spørsmål blir hvem som innenfor denne organiseringen skal sies å «foreta innførsel og utførsel» av elektrisk kraft.

Foretar sluttbruker og produsenter noen gang innførsel og utførsel? Den kraften en aktør på børsen kjøper eller som en forbruker faktisk bruker, kan teoretisk sett godt komme fra utlandet. På samme måte kan kraft en produsent produserer, tenkes å bli sendt utenlands. Forbrukere, produsenter og aktører på Nord Pool foretar altså i praksis innførsel og utførsel av kraft med jevne mellomrom, om enn noe indirekte. Også aktørene som kjøper kapasitet i en særskilt utenlandskabel, eksempelvis i NorNed-kabelen slik den i dag fungerer, er det naturlig å si at mottar eller sender kraft over landegrensen. NorNed-kabelen går mellom Norge og Nederland og er etablert av Statnett og systemoperatøren TenneT i Nederland. Her bys det eksplisitt på kapasiteten i kabelen, noe vi skal forklare nærmere under punkt 9.1. Ut fra ordlyden i enl § 4-2, «foretar innførsel og utførsel» av elektrisk kraft, skulle de nevnte aktører være nærmest til å omfattes av bestemmelsen.

Elektrisk kraft er imidlertid elektroner, som ikke lar seg identifisere på samme måte som andre varer. Åpenbare praktiske ulemper taler for at ikke den store gruppen av aktører nevnt ovenfor, pålegges konsesjonsplikt for kjøp og salg av elektrisitet.¹⁰⁴

Når ordlyden ikke gir sikker veiledning, må det funksjonelle anvendelsesområdet fastlegges ved hjelp også fra andre rettskildefaktorer.

¹⁰⁴ For nærmere om aktørenes roller og kontraktsforhold i dagens kraftmarked, se Hammer, Ulf *Den nye rollefordelingen i kraftmarkedet: Hvem leverer hva til hvem?* i *Industribygging og rettsutvikling*. Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum. Redigert av Odd Ivar Biller, Erik Brannsten, Are Brautaset og Olav Hasaas, Bergen, 2005, s. 163-177.

4.4 Forarbeider¹⁰⁵

Forarbeidene fra vedtakelsen av bestemmelsen i industrikonsesjonsloven § 23a i 1931 viser at det var hensynet til kontroll med norske ressurser som har vært hovedbegrunnelsen for konsesjonsbestemmelsen:

«...av hensyn til landets interesser må [det] gjøres avhengig av offentlig tillatelse, om landets energi skal kunne utnyttes utenfor landets grenser og om energi fra utlandet skal kunne utnyttes her i riket.»¹⁰⁶

I forarbeidene tales det bare om utførsel og innførsel, uten av det presiseres hva dette består i, jf eksempelvis uttalelsen om at «særskilt konsesjon til utførsel tiltrenges i alle tilfelle hvor elektrisk energi utføres av riket».

Disse forarbeidsuttalelsene er gamle og ble avgitt under andre forutsetninger enn dagens. På den tiden var forutsetningen at utveksling av elektrisitet i tilfelle måtte forestås av vertikalt integrerte selskaper. Forutsetningen kan ikke lenger opprettholdes på bakgrunn av energilovens funksjonsoppdeling sett i sammenheng med EØS-rettens krav til unbundling; atskillelse av nettfunksjoner og konkurranseutsatte funksjoner. Vi vil allerede her påpeke at hensynet til kontroll med norske ressurser og i hvor stor grad disse skal utnyttes i utlandet, er et hensyn som det etter EØS-avtalen trolig vil være begrenset adgang til å vektlegge.¹⁰⁷ Store omveltninger i bransjen gjør det vanskelig å trekke sikre slutninger fra de

¹⁰⁵ Forarbeidene som vedrører energiloven § 4-2 er, NOU 1985: 9 Energilovgivningen, Ot prp nr 73 (1988-89), Ot prp nr 43 (1989-90), Innst O nr 67 (1989-90), Forhandlinger O. 11. juni 1990 og Ot prp nr 56 (2000-2001). Andre relevante stortingsdokumenter behandles også i punkt 6.4.

¹⁰⁶ Jf Ot prp nr 31 (1931) s. 2; uttalelse fra Arbeidsdepartementet, som Justisdepartementet sluttet seg til. Før vedtakelsen av industrikonsesjonsloven i 1931 var import og eksport av elektrisitet ikke et tema for lovgiver. Også på dette tidspunkt var det usikkerhet knyttet til om dette ville bli praktisk, jf proposisjonens s. 1.

¹⁰⁷ Dette skal vi komme nærmere tilbake til under punktene 7.2-7.6.

opprinnelige forarbeidene med hensyn til bestemmelsens funksjonelle anvendelsesområde i dag.

Foruten forarbeidsuttalelsene fra 1931, finnes forarbeider fra vedtakelsen av energiloven i 1990. Disse er alminnelige forarbeidsdokumenter, og ikke etterarbeider, ettersom bestemmelsen da ble vedtatt på nytt. Disse uttalelsene hjelper oss lite. Det foreslås i hovedtrekk bare en videreføring av industrikonsesjonslovens bestemmelse, uten at spørsmålet om hva som utløser konsesjonsplikt behandles nærmere.¹⁰⁸ Trolig har lovgiver så sent som i 1990 altså tenkt seg at kraftutveksling hovedsakelig skulle skje gjennom bilaterale avtaler.

Uttalelser i senere dokumenter, for eksempel i forbindelse med revisjonen av energiloven i 2000-2001, hvor man ikke fant grunn til å endre enl § 4-2, må derimot karakteriseres som etterarbeider for så vidt de pretenderer å si noe om hvordan lovbestemmelsen skal tolkes.

Et rettskildemessig spørsmål i denne forbindelse er nettopp hvilken betydning slike myndighetsuttalelser har for tolkningen av bestemmelsen. Boe påpeker at etterarbeider må forstås med «betydelige fradrag for politiske overbud», men de er klart relevante i den forstand at det er lov til å se hen til dem ved lovtolkningen.¹⁰⁹ Bare unntaksvis har slike standpunkter påbudt relevans, som betyr at de skal tas i betraktning. Dersom standpunktene under Stortingets behandling skal ha slik rettsvirkning, må de ifølge Boe i alle fall ha autoritativ kraft. De må være representative, uformelle uttrykk for nasjonalforsamlingens syn.¹¹⁰ Når det gjelder vekten av etterarbeidene, kan det sies at de normalt ikke hører med blant de tungtveiende faktorene. Det vil imidlertid kunne avhenge av hva slags uttalelser det er snakk om og rettskildebildet for øvrig. Jo sterkere styringsformål loven har og jo mer politisk dens vurderingstema er, desto større vekt får etterarbeidene.¹¹¹

¹⁰⁸ Se Ot prp nr 43 (1989-1990) s. 55 og 91.

¹⁰⁹ Se Boe, Erik *Forvaltningsrettslige polysenritendenser*, Festskrift til Henrik Zahle, 1993 (heretter Boe 1993) s. 283, på s. 289.

¹¹⁰ L.c.

¹¹¹ Ibid. s. 290 med videre henvisninger. For mer om etterarbeiders rettskildemessige betydning, se Eckhoff (2001) s. 95-100 og Boe (1993) s. 289-290 og s. 296-299.

Forarbeidene fra revisjonen av energiloven i 2001 presiserer at finansielle avtaler, hvor kontraktsgjensstanden er forskjellige typer kontrakter og ikke fysisk kraft, ikke krever konsesjon. På tross av etterarbeiders begrensede vekt, må dette gi uttrykk for gjeldene rett i dag.¹¹² Videre legger departementet i proposisjonen til grunn at det er den fysiske overføringen, samt kraftutvekslingsavtaler som er konsesjonspliktige.¹¹³ Vi skal se på hva som nærmere bestemt ligger i dette.

Etter vår oppfatning, gir det ikke lenger særlig mening å si at det er avtaler eller transaksjoner som er gjenstand for konsesjonering. Kraftflyten mellom ulike land skjer som nevnt hovedsakelig på bakgrunn av spotpriser på børser eller andre former for auksjonering. Bilaterale avtaler om kraftsalg, som må være det lovgiver har hatt i tankene, er ikke lenger aktuelt og kan således ikke konsesjoneres.

Energiloven § 7-2 om at melding skal gis departementet «snarest mulig og senest tre måneder etter inngåelsen av avtale som krever konsesjon etter enl § 4-2», må i dag leses på bakgrunn av at det ikke lenger er praktisk å snakke om at det er avtaler som konsesjoneres.

Kan det likevel slutes noe fra disse uttalelsene om avtaler, når det gjelder hvilken funksjon departementet har ment at skulle omfattes av § 4-2? Kraftutvekslingsavtaler kom gjerne i stand ved at en produsent i hvert land ble enige om å bygge en kabel og benytte kapasiteten i denne. Når departementet fant at kraftutvekslingsavtaler skulle være det konsesjonspliktige, mener vi dette indikerer at det departementet reelt sett ville konsesjonsbelegge, var selve kapasitetsutvidelsen mot utlandet. Vi kan ikke se det annerledes enn at det det har vært ønskelig å ha kontroll med, er selve kabeletableringen. Dette er ikke tidligere uttalt i behandlinger av § 4-2. Som vi skal se nedenfor, underbygges denne forståelsen knyttet til bestemmelsens

¹¹² Jf Ot prp nr 56 (2000-2001) pkt 3.4.7.2.

¹¹³ Se nærmere om kraftutvekslingsavtaler i St prp nr 81 (1991-92) s. 1.

funksjonelle anvendelsesområde av andre rettskildefaktorer, eksempelvis konsesjonspraksis som avslår prosjekter.

Det er en annen side ved § 4-2 som vanligvis har vært trukket frem, nemlig konsesjoneringen av andre tilretteleggingsfunksjoner enn selve kabeletableringen. Departementet bemerker i forarbeidene fra revisjonen i 2000-2001 at

«konsesjonsordningen legger til rette for å sikre en mest mulig effektiv og sikker kraftutveksling mellom Norge og utlandet på en måte som ivaretar allmenne samfunnsinteresser som forsyningssikkerhet, miljø og ressursforvaltning. (...) import og eksport av kraft begrenses derfor i dag i hovedsak av overføringskapasiteten og andre fysiske begrensninger i kraftsystemet.»¹¹⁴

Uttalelsen gis i tilknytning til departementets vurdering av enl § 4-2 i forhold til EØS-avtalens krav til fri flyt av varer og tjenester, som vi skal komme tilbake til. Passusen om at konsesjonsordningen kun «legger til rette for (...) kraftutveksling», må forstås slik at departementet mente at bestemmelsen skulle brukes til å etablere ordninger mellom de ulike aktørene i bransjen for å gi utenlandshandelen en hensiktsmessig organisering.¹¹⁵ Men hva sier dette om hvilke funksjoner som skal subsumeres til å innebære «utførsel eller innførsel av elektrisk kraft»? Departementet må her mene at de aktører som forestår driftsoppgaver på en eller annen måte relatert til kraftutveksling, kan konsesjonsreguleres. Slik sektoren er organisert og var organisert rundt 2000, må dette dreie seg om funksjoner knyttet til nettdrift og håndtering av kraftmarkedet over børs. Nærmere bestemt vil det si de oppgaver som forestås av Statnett som systemoperatør, samt Nord Pool Spot, som driver organisert markedsplass for omsetning av fysisk kraft. Departementets uttalelse tilsier dermed at det er det forhold at et rettssubjekt *skal forestå drift*

¹¹⁴ Ot prp nr 56 (2000-2001) punkt 3.4.7.2.

¹¹⁵ Her synes det som om departementets mening er at enl § 4-2 kun benyttes til å gi en regulering av organiseringen av utenlandshandelen. Departementet kommenterer ikke her at bestemmelsen har vært benyttet til å avslå aktørers søknader om å få etablere kabelforbindelser til utlandet, se nedenfor i punkt 4.6.4.

av en utenlandskabel, som utløser konsesjonsplikten. At Statnetts tilretteleggingsoppgaver knyttet til utenlandskablene i dag er konsesjonspliktige, synes også klart underforstått eksempelvis i Stortingsproposisjon nr 81 (1991-1992) *Omorganisering av utenlandshandelen med elektrisitet*.

Som vi også skal komme tilbake til under punkt 6.4, er det flere dokumenter, hovedsakelig i form av Stortingsmeldinger og Innstillinger til Stortinget, som fremhever utenlandskablenes viktighet for forsyningssikkerheten. Når konsesjonsordningene omhandles i sammenheng med slike uttalelser, indikerer det at denne ordningen skal ivareta mer enn bare kontroll med hvem som *driver* utenlandskablene. Det synes forutsatt at en funksjon konsesjonsordningen skal ha, er å vurdere selve ønskeligheten av nye prosjekter. Dette underbygges også av at det uttrykkelig legges vekt på finansiering av prosjektet. I St meld 46 (1993) *Om langsiktig kraftutveksling med utlandet* er det presisert at det «legges til grunn at departementet kan gi konsesjon for tilrettelegging av innførsel og utførsel». I St meld nr 18 (2003-2004) *Om forsyningssikkerheten for strøm mv* er det videre uttalt under overskriften «Prinsipper for ny overføringskapasitet»:

«Det legges til grunn at departementet kan gi konsesjon for tilrettelegging for kraftutveksling med utlandet under forutsetning av at vilkårene er i tråd med denne meldingen og de prinsipper som beskrives nedenfor med hensyn til finansiering og handelsmodell.»¹¹⁶

Det tales her bare om tilrettelegging, men det må være tilrettelegging for handel både i form av etablering av ny kapasitet og driften av denne det siktes til. Også overskriften på avsnittet synes å indikere dette.¹¹⁷

Relevante forarbeider gir et broket bilde av hvilke funksjoner som utløser konsesjonsplikt. De utvetydige signalene gjelder funksjoner som ikke lenger har en plass i dagens kraftsektor. Det kan imidlertid klart slutes fra forarbeidene at å teknisk eller administrativt tilrettelegge for utveksling

¹¹⁶ Jf meldingens punkt 5.7.

¹¹⁷ Disse slutninger underbygges også av konsesjonspraksis, som vil bli gjennomgått nedenfor under punkt 4.6.

krever konsesjon. Mellom linjene kan det også synes som om departementet er av den oppfatning av *etablering* av ny overføringskapasitet krever konsesjon.

4.5 Andre rettskilder

Systeminnrettet tolkning kan etter omstendighetene gi argumenter til løsning av rettsspørsmål. Dette innebærer at rettsystemet og konsesjonshjemlene ses i sammenheng og tolkes i forhold til hverandre. Grunnen til at systeminnrettet tolkning kan være av betydning er at det gir best sammenheng i rettsystemet, ryddigst kompetansefordelig mellom ulike offentlige myndigheter og bidrar til klarhet for aktørene.¹¹⁸ Enl § 4-2 må derfor ikke ses løst fra de andre konsesjonshjemlene.

Systeminnrettet tolkning kan lede til at den tolkes innskrenkende, for å unngå dobbeltkonsesjonering av samme funksjoner. I den grad visse funksjoner omfattes av eksempelvis systemansvaret eller anleggskonsesjonsbestemmelsen, kan dette tale mot at de omfattes av enl § 4-2.¹¹⁹ Vi foregriper den senere gjennomgang ved å nevne at bygging omfattes av anleggskonsesjonsbestemmelsen, drift av systemansvaret og anleggskonsesjonen og børsvirksomhet av markedsplasskonsesjonen.¹²⁰ Imidlertid er vi av den oppfatning at rettskildefaktoren systeminnrettet tolkning her heller bør lede til at *andre bestemmelser* tolkes innskrenkende

¹¹⁸ Dette kan også ses som et spørsmål om hvilke funksjoner knyttet til utveksling av elektrisitet forvaltningsmyndighetene har *behov* for å kunne regulere ved konsesjon etter enl § 4-2.

¹¹⁹ Jf henholdsvis punkt 5.2 og 5.3.

¹²⁰ Vi ser at kun noen driftsfunksjoner står igjen som uregulert etter andre bestemmelser. Det vi sikter til er valg av handelsløsning, eller såkalt kapasitetshåndteringsmetode, se nærmere kapittel 9.

ved utenlandsprosjekter, da enl § 4-2 nettopp er hovedbestemmelsen og bør ha et bredt nedslagsfelt.¹²¹

Et annet forhold det kan være relevant å se hen til, er hva som er av en slik viktighet at det ikke bør omfattes av departementets generelle delegasjon til NVE. Departementet har beholdt avgjørelsesmyndigheten etter § 4-2, og det fremgår også av tildelingsbrevet under punktet «Myndighet som delegeres til NVE» at det er «en forutsetning for delegering at saker av prinsipiell karakter eller med betydelig motstridende samfunnsinteresser avgjøres av Olje- og energidepartementet». Departementet har antydnet at bakgrunnen for at § 4-2-kompetansen er beholdt, er den politiske betydning spørsmålet om øket overføringskapasitet mot utlandet har.¹²² Denne oppfatning tilsier klart at det er selve nyetableringen av økt kapasitet som utløser konsesjonsplikt.

4.6 Konsesjonspraksis

4.6.1 Innledning

Rettspraksis om hva som funksjonelt sett krever konsesjon etter enl § 4-2 finnes ikke, men derimot en god del konsesjonspraksis. Som ledd i analysen av hva som utløser konsesjonsplikt, har vi gjennomgått alle gjeldende utenlandskonsesjoner og sentrale avslag på konsesjonssøknader.¹²³

De som etter etablert praksis behøver konsesjon, er aktørene med sentrale oppgaver knyttet til den direkte kraftutvekslingen, som innehavere av teknisk eller administrativt ansvar. Nedenfor vil dette bli nærmere presentert og vurdert.

Tidligere er konsesjonspraksis med hensyn til utenlandshandelen systematisk fremstilt som bestående av to regimer; det nordiske (for den

¹²¹ Dette kommer vi tilbake til i punktene 6.5.4 og 6.5.5.

¹²² Opplyst i møte med departementet 16. april 2009.

¹²³ Departementet har opplyst at de konsesjoner som nevnes i det følgende, per 13. januar 2009 er alle de gjeldende konsesjoner etter enl § 4-2.

kortsiktige handel) og det europeiske markedet (for den langsiktige handel).¹²⁴ Slik som praksis og de faktiske forhold den siste tiden har utviklet seg, er det etter vår oppfatning nå lite hensiktsmessig med en inndeling som referer seg til henholdsvis det nordiske og det europeiske markedet, eller til kortsiktig og langsiktig handel. Inndelingen skriver seg fra at det på 1990-tallet var aktuelt med samarbeid om utenlandsforbindelser mellom *produsenter* i ulike land. Én norsk og én utenlandsk produsent skulle sammen bygge en kabel, og så skulle disse aktørene benytte kabelkapasiteten til egen produksjon. Igjen gjentar vi at slik utveksling i dag står i et problematisk forhold til elektrisitetsdirektivets bestemmelser om tredjepartsadgang og krav til atskillelse av nettfunksjoner og konkurransebaserte funksjoner som produksjon og omsetning av kraft.¹²⁵

Når kapasiteten i dag er allokert til markedet, er det altså ikke aktuelt med konsesjonering av avtaler om langsiktig handel. I dag skjer kraftflyten mellom ulike land hovedsakelig på bakgrunn av spotprisen i landene eller andre former for auksjonering. Skulle dette endre seg, slik at det igjen ble aktuelt med kabler hvor kapasiteten ble forbeholdt langsiktige kraftutvekslingsavtaler, vil sontringen langsiktig og kortsiktig handel kunne ha noe for seg.

Ved gjennomgangen av praksis, tegner det seg følgende bilde: Alle gjeldende konsesjoner vedrører etter sin ordlyd «tilrettelegging» for utenlandshandel. Et par konsesjoner er generelle, i den forstand at konsesjonærene er gitt ansvaret for tilrettelegging innenfor et bestemt *geografisk* område. De øvrige konsesjonene gjelder tilrettelegging for kraftutveksling over bestemte overføringsforbindelser. Ved siden av disse tilretteleggingskonsesjonene kan det også fra avslagsvedtakene med

¹²⁴ Vassdrags- og energirett (2002) s. 706 flg. Betegnelsene benyttes også av departementet, se eksempelvis i St prp nr 81 (1992-92) *Omorganisering av utenlandshandelen med elektrisk kraft*.

¹²⁵ Se artikkel 10, 15 og 20 i elektrisitetsdirektivet.

tilhørende begrunnelser hentes argumenter til løsningen av spørsmålet om det funksjonelle anvendelsesområdet til enl § 4-2. I de påfølgende tre punkter ser vi nærmere på henholdsvis de generelle tilretteleggings-konsesjonene, konsesjonene gitt i forbindelse med konkrete kabelprosjekter og avslagsvedtakene.

4.6.2 De generelle tilretteleggingskonsesjonene til Statnett og Nord Pool Spot

Handelen over utenlandsforbindelsene i dag foregår hovedsakelig på bakgrunn av prisene i elspotmarkedet. Dette markedet administreres av Nord Pool Spot AS, etter avtaler mellom børsen og de systemansvarlige. Her blir kraft omsatt som fysisk vare time for time med tidshorisonntil ett døgn.¹²⁶ Statnett og Nord Pool har hver sin utenlandskonsesjon for «tilrettelegging» av denne kraftutvekslingen, gitt i medhold av § 4-2. En nærmere undersøkelse av konsesjonene og hva denne tilretteleggingen består i, kan bidra til å fastlegge hva departementet mener er konsesjonspliktige funksjoner.

Statnett har en generell konsesjon for «tilrettelegging» av kraftutveksling med andre nordiske land.¹²⁷ Det er ikke i konsesjonen presisert hva denne tilretteleggingen består i, men ut fra de uttrykkelige vilkårene konsesjonen gis på, synes det å dreie seg om tilrettelegging av både teknisk og administrativ art. Hva slik tilrettelegging egentlig er, er dets sagt lite om i de juridiske kildene. Vi vil derfor forsøke å gi et par forklarende definisjoner på dette. Å tilrettelegge teknisk må innebære å foreta de fysiske operasjoner som er nødvendig for at kraft kan flyte, samt å hensynta kabelkapasiteten når likevekten mellom produksjon og forbruk skal sikres. Å tilrettelegge

¹²⁶ De sentrale politiske retningslinjene er gitt ved St meld nr 11 (1995-96) *Om omorganiseringen av krafthandelen med Sverige*, jf Innst S nr 97 (1995-96).

¹²⁷ Statnett SFs konsesjon av 21. desember 2005. Denne avløste konsesjon av 21. desember 2000, som gjaldt til desember 2005.

administrativt, mener vi henspeiler på den virksomhet tilretteleggeren foretar seg når kabelkapasiteten skal tilbys til markedet.

Den generelle utenlandskonsesjonen innebærer slik sett en slags utvidelse av det systemansvaret Statnett har for sentralnettet i Norge, til å også omfatte utenlandsforbindelsene innen Norden som inngår i sentralnettet.

Systemansvarsutøvelsen i forbindelse med utenlandskablene forutsetter et samarbeid med de øvrige nordiske systemansvarlige.¹²⁸ Dette samarbeidet er nærmere regulert i systemdriftskontrakten, som er en avtale godkjent av departementet, mellom Statnett og de øvrige nordiske systemansvarlige.¹²⁹

De funksjoner som har utløst konsesjonsplikt for Statnett, synes hovedsakelig å være det forhold at foretaket skal stå for systemdriften for utenlandskablene, herunder samarbeidet med de øvrige nordiske systemdriftsansvarlige. Dette er funksjoner som en systemoperatør naturlig må utøve hvis kraft skal flyte til andre land. Imidlertid er nærmere valg av handelsløsning og den administreringen dette krever, ikke noe systemansvarsreglene *pålegger* den systemansvarlige. Hvorvidt dette er en funksjon som utløser konsesjonsplikt etter enl § 4-2 i seg selv, eller om det bare er et forhold som vilkårsreguleres når konsesjon først skal gis, er uklart. Vi er av den oppfatning at et slikt valg kan karakteriseres som en form for administrativ tilrettelegging, som er konsesjonspliktig i seg selv, og dette er noe som ikke synes å falle inn under noen av de øvrige hjemler i energiloven.¹³⁰ Det kan på den bakgrunn synes som om det å tilrettelegge ved å velge handelsløsning utløser konsesjonsplikt.

¹²⁸ Jf *Vassdrags- og energirett* (2002) s. 706. Se også konsesjonens vilkår nr 2.

¹²⁹ Avtal om driften av det sammankopplade nordiska kraftsystemet (Systemdriftsavtal) av 13. juni 2006, <http://www.energinet.dk/NR/rdonlyres/E89198A8-6A9B-4719-AD2C-C5D2E61135B0/0/Systemdriftsaftale1juli2006.pdf> [avlest 1. desember 2009].

¹³⁰ Jf punktene 5.2-5.5. Som vi i senere deler av denne avhandlingen skal se, foreligger det imidlertid på dette punkt en utstrakt regulering fra EUs side, som er bindende for norske myndigheter og aktører.

Også Nord Pool har konsesjon for tilrettelegging av kraftutveksling med andre nordiske land.¹³¹ Heller ikke denne definerer klart hva tilretteleggingen innebærer, men det er på det rene at Nord Pools rolle i utenlandshandelen gjelder administrasjon av det fellesnordiske elspotmarkedet. Konsesjonen er av samme dato som Statnetts og fremstår, som Hammer påpeker, som subsidiær i forhold til Statnetts konsesjon.¹³² I konsesjonsbrevet vises det innledningsvis til Statnetts konsesjon, og vilkår nr 4 i konsesjonen slår også fast at Nord Pool plikter å rette seg etter bestemmelser Statnett gir med bakgrunn i sitt ansvar for tilrettelegging av utenlandshandelen.

En rekke vilkår er tilknyttet konsesjonen, som ikke vil gjennomgå under dette punktet. Her holder det å konkludere med at den funksjon konsesjoneringen må knytte seg til er administreringen av elspotmarkedet, hvor også kraft fra utlandet vil inngå.

4.6.3 Konsesjonene gitt i forbindelse med enkeltstående kabelprosjekter

NorNed-konsesjonene

Statnett er tildelt konsesjon for tilrettelegging av kraftutveksling med Nederland.¹³³ Konsesjonen gjelder NorNed-kabelen og den utveksling av kraft som finner sted over denne, men det er vanskelig å lese ut av konsesjonen hva tilretteleggingen består i. Gjennom vilkår som gis i konsesjonen omfatter i praksis reguleringen av utenlandsforbindelsen også her nærmere forhold knyttet til systemansvaret, som flaskehalshåndtering og

¹³¹ Nord Pool Spot AS sin konsesjon av 21. desember 2005. Denne avløste konsesjonen av 21. desember 2000.

¹³² *Vassdrags- og energirett* (2002) s. 708, i relasjon til konsesjonene fra 2000.

¹³³ Konsesjon av 15. desember 2004.

inntektsspørsmål ved grenseoverskridende elektrisitetsutveksling.¹³⁴ For eksempel forutsettes det i konsesjonsvilkårene at en bestemt handelsløsning benyttes. Departementet legger også til grunn at kostnader og inntekter fra handelen over kabelen deles likt av Statnett og den nederlandske systemoperatøren TenneT, i tråd med samarbeidsavtalen mellom selskapene.

Også Nord Pool er gitt konsesjon for tilrettelegging av kraftutveksling med Nederland.¹³⁵ Denne er på samme måte uklar med tanke på hva det gis konsesjon til. I tildelingsbrevet viser Olje- og energidepartementet bare til Statnetts konsesjonssøknad og til de to nevnte avtaler; handelsavtalen og samarbeidsavtalen. I konsesjonsbrevet fremgår det at departementet forutsetter at Nord Pool forestår oppgaver knyttet til den fysiske kraftutvekslingen med Nederland. De oppgavene det er snakk om må knytte seg til administreringen av elspotmarkedet, ettersom den fysiske kraftutvekslingen over kabelen i tråd med avtalene skal baseres på den fysiske kraftomsetningen på elspotmarkedene til APX og Nord Pool Spot.¹³⁶

Funksjonene Statnett og Nord Pool her behøvde konsesjon til, ser ut til å være tilsvarende de de har fått konsesjon til for det nordiske markedet. Forskjellen er altså at det i forbindelse med den tekniske driften og administreringen av elspotmarkedet også må tas høyde for at kraft kan bli utført eller innført fra *Nederland*. Som vi allerede har antydnet og skal komme tilbake til i punkt 4.6.4, er det grunn til å tro at også selve kabeletableringen for Statnetts del har vært utslagsgivende for konsesjoneringen.

Når det gjelder NorNed-kabelen, viste det seg at det ikke ville bli mulig å oppfylle vilkåret om den foreskrevne handelsløsningen innen idriftsettelsestidspunktet. Statnett fikk derfor godkjent en midlertidig handelsløsning for kraftutvekslingen, som går ut på at det avholdes særskilte kapasitetsauksjoner, i motsetning til at prisen for krafttransporten

¹³⁴ Se også Martinsen, Gunnar, Jens F. Bibow og Frode Støle *Energiloven med kommentarer*, Oslo, 2004 (heretter Martinsen 2004) s. 143.

¹³⁵ Konsesjon av 15. desember 2004.

¹³⁶ Dette i tillegg til avtale om systemdriftssamarbeid mellom Statnett og TenneT.

innbakes i kraftprisen på børsen.¹³⁷ Brev om forholdet ble også sendt Nord Pool.¹³⁸ Statnett har også fått forlenget godkjenning av den midlertidige handelsløsningen, jf brev til Statnett av 19. desember 2008, med overskriften «Forlengelse av konsesjon for midlertidig handelsløsning for kraftutveksling med Nederland over NorNed-kabelen», og siden ved konsesjon av 19. desember 2008 med varighet til 1. januar 2010. Vi skal komme nærmere tilbake til dette. Her skal det bare undersøkes hvilke funksjoner som krever konsesjon etter enl § 4-2. I den sammenheng er det interessant å merke seg at departementet i sistnevnte brev har betegnet godkjenningen av den midlertidige handelsløsningen som «konsesjon». Dette kan nettopp indikere en oppfatning om at konsesjon er nødvendig for valg av bestemt handelsløsning, som vi har vært inne på ovenfor.¹³⁹

Russlandskonsesjonen

I tillegg til de nevnte konsesjoner, har Statnett konsesjon for tilrettelegging av import fra Russland.¹⁴⁰ Konsesjonen gjelder for import av kraft gjennom bilaterale avtaler og ved import basert på handel over Nord Pool Spot AS. Kabelen inngår ikke i sentralnettet og behandles derfor ikke grundig.¹⁴¹ Vi kaster likevel et blikk på den her, da den er egnet til å belyse den endring som har funnet sted i konsesjonspraksis. I tildelingsbrevet nevner departementet at praksis de siste årene har vært at departementet har gitt egen konsesjon til aktør som har hatt avtale om import av kraft med russisk part, men at man fremover har sett det som hensiktsmessig heller å gi Statnett konsesjon for tilrettelegging av slik import. Dette må bety at man også endret praksis med hensyn til hvilken *funksjon* som ble konsesjons-

¹³⁷ Brev fra Olje- og energidepartementet til Statnett av 21. desember 2007. Vi kommer nærmere tilbake til forklaringer av ulike typer handelsløsninger under kapittel 9.

¹³⁸ Brev fra Olje- og energidepartementet til Nord Pool av 21. desember 2007.

¹³⁹ Vi er klar over at en konsesjon egentlig bare er en tillatelse, men dersom det bare skulle dispenseres fra et vilkår, virker det litt merkelig å gi ny konsesjon. Generelt er det NVE som følger opp vilkårene i utenlandskonsesjonene.

¹⁴⁰ Konsesjon av 17. november 2004.

¹⁴¹ Jf punkt 1.2.

belagt. Det er nettopp noe annet å handle kraft fra utlandet enn å administrere flyten av den.

4.6.4 Avslåtte søknader om utenlandskonsesjon

Det er også gitt avslag på søknader om utenlandskonsesjon. Det kan med bakgrunn i hva det ble søkt om konsesjon til eller hvordan avslagene er begrunnet, sies noe om hva aktøren og trolig også departementet har ansett for å behøve utenlandskonsesjon.

I konsesjonsavslaget til Eurokraft Norge AS er det bare henvist til Eurokrafts søknad om konsesjon «til kraftavtale med Hamburgische Elektsitats-Werke AG», og vi forstår vi har å gjøre med konsesjonering av selve kraftavtalen, som ble gjort etter den nå forlatte praksis.¹⁴² I det andre avslaget – til Statnett – er det vist til søknaden, som gjaldt «tilrettelegging av kraftutveksling med England, samt aksept for at sentralnettsordningen skal belastes inntekter og kostnader for en avtale om leie av en vesentlig del av kabelens kapasitet».¹⁴³ Både den såkalte North Sea Interconnector og HEW I-kabelen ble nektet konsesjon, begge på det grunnlag at den samfunnsøkonomiske lønnsomheten i prosjektene ble vurdert som for dårlig.

Konsekvensen av avslagene har naturlig nok vært at kablene ikke ble bygget. Det er altså vår klare oppfatning at utenlandskonsesjonsbestemmelsen i enl § 4-2 etter praksis også rammer selve *etableringen av ny utenlandskapasitet*, og ikke bare tilretteleggingen for drift av kabler. Dette er imidlertid ikke kommet direkte til uttrykk i konsesjoner, forarbeidsdokumenter eller uttalelser fra departementet. På en rekke områder kan det være slik at flere tillatelser er nødvendig i forbindelse med et prosjekt, og at

¹⁴² Vedtak av 17. desember 1993. Det må her bemerkes at avslaget på HEW I-kabelen er fra den tiden hvor det var aktuelt at kraftprodusenter bygde ut ny kabelkapasitet og selv benyttet denne. Selv om slike prosjekter ikke lenger er aktuelle, er vi av den oppfatning at de vurderinger som den gang ble foretatt kan gi veiledning til vårt spørsmål om hvilke funksjoner som omfattes av enl § 4-2.

¹⁴³ Vedtak av 16. september 2003.

prosjektet ikke etableres dersom en av disse ikke gis. Det betyr likevel ikke at alle tillatelsene rammer etableringen i seg selv. Men det som gjør at vi mener avslagene er noe mer enn en indirekte nektelse av bygging, er at de nettopp begrunnes i manglende samfunnsmessig lønnsomhet. Hadde det bare vært tilretteleggingen departementet var opptatt av, ville avslagene eksempelvis vært begrunnet i at uhensiktsmessige driftsløsninger var valgt av konsesjonssøker. Departementet tar nettopp stilling til selve ønskeligheten av kapasitetsutvidelse mot utlandet og vurderer hvorvidt selve etableringen av en ny forbindelse er hensiktsmessig sett fra samfunnets side.

4.6.5 Lov om fornybar energi til havs

Etter vår oppfatning kan også Olje- og energidepartementets forslag til ny lov om fornybar energi til havs underbygge denne forståelsen. Her foreslås overraskende nok en tilsvarende bestemmelse som enl § 4-2 om at konsesjon er nødvendig for «utførsel og innførsel» av elektrisk energi, se lovutkastets § 8-1. I spesialmerknadene uttrykker departementet at

«[s]lik konsesjon vil for eksempel være aktuell dersom det blir etablert kraftproduksjon innen verkeområdet for lova som via nettanlegg omfatta av denne lova er knytt til kraftnettet i eit anna land, eller dersom det blir etablert kraftproduksjon i eit anna land sitt havområde som er knytt til nettanlegg i norsk havområde.»¹⁴⁴

Her nevnes nettopp etablering – riktignok av kraftproduksjon og ikke nettetablering spesielt – som et eksempel på en funksjon som utløser konsesjonsplikt.

4.7 Konklusjoner

Rettskildebildet er ikke entydig med hensyn til hvilke funksjoner som utløser konsesjonsplikt etter enl § 4-2. Det må foretas en nærmere vektning av de slutningene vi har trukket fra rettskildefaktorene.

¹⁴⁴ Ot prp nr 107 (2008–2009) *Om lov om fornybar energiproduksjon til havs (havenergilova)* s. 84.

Ordlyden i § 4-2 må sies å tale mot at tilretteleggingsoppgaver og selve etableringen av kabelen omfattes av bestemmelsen. Selv om det er vanskelig å bestemme hvem av aktørene i bransjen som faktisk driver «innførsel og utførsel» av kraft, er vi av den oppfatning at produsenter og brukere av elektrisk kraft – altså andre enn de aktørene som i dag har konsesjon – er nærmere til å omfattes av bestemmelsens ordlyd, jf det vi ovenfor i punkt 4.3 har sagt om aktørene på børsen og kjøperne av kapasitet i eksempelvis NorNed-kabelen. Med grunnlag i forarbeider, praksis og åpenbare rimelighetsgrunner, trenger likevel ikke disse aktørene konsesjon de lege lata.

Dagens konsesjonspraksis er den mest informative rettskilden på dette punktet og omfatter tilrettelegging både i form av etablering og drift. Praksis må nok sies å bygge på en noe utvidende tolkning av ordlyden i enl § 4-2.¹⁴⁵ Betyr det at den må settes til side som uhjemlet, eller vil den veie tyngre enn lovteksten i dette tilfellet?

Det kan kanskje være grunn til å vektlegge forvaltningspraksis i større grad innenfor energiretten enn på enkelte andre områder, på grunn av at rettspraksis er fraværende.¹⁴⁶ I tillegg må den, på tross av den omlegging som fant sted for en tid tilbake, i dag karakteriseres som relativt konsekvent, og har praktiske og gode grunner for seg. Bestemmelsen retter seg videre mot profesjonelle aktører, og det synes ikke uten videre å være grunn til å anvende et spesielt strengt legalitetsprinsipp her.

På forvaltningsrettens område sikrer legalitetsprinsippet at avgjørelser ikke fattes uten tilstrekkelig grunnlag i lovens ordlyd. Høyesterett har likevel gått ganske langt i å frigjøre seg fra ordlyden i enkelte hjemmelsspørsmål og har fastslått at det ikke følger av

¹⁴⁵ Også Wasenden påpeker at Nord Pool Spot «does not actually import or export power, but the activity has been deemed to fall within the scope of section 4-2», se Wasenden (2005) s. 58.

¹⁴⁶ For mer om forvaltningspraksis som rettskildefaktor, se Eckhoff (2001) s. 217-221.

legalitetsprinsippet at en kompetanse må ha særlig klar hjemmel i ordlyden i lovteksten.¹⁴⁷

Praksis må fortsatt sies å ivareta det som trolig var lovgivers formål med bestemmelsen; nemlig kontroll med norske ressurser. At den i et slikt tilfelle ligger litt på siden av en uklar ordlyd, må etter vårt skjønn godtas. Dette underbygges av etterarbeidsuttalelsene som taler for at tilrettelegging både i form av etablering og drift omfattes.¹⁴⁸ Konklusjonen blir at praksis etter en vekting av de rent internrettslige kildene er lovlig.

Passivt eierskap til en kabel synes ikke å utløse utenlandskonsesjonsplikt. Retningslinjene for konsesjonsmyndigheten i St meld nr 46 (1992-93) og Innst S nr 229 (1992-93) forutsetter riktignok at kabler som utgangspunkt skal eies med en halvpart av den systemansvarlige og den utenlandske kraftprodusenten, men eierskap kan vanskelig sies å være noen funksjon som krever konsesjon i seg selv. Det er bare dersom eieren benytter seg av eierrettigheter hvis utøvelse innebærer konsesjonspliktige aktiviteter, at dette blir nødvendig.

På denne bakgrunn konkluderer vi med at det som omfattes av konsesjons-hjemmelen i enl § 4-2 er etablering av en forbindelsesledning til utlandet, samt teknisk og administrativ tilrettelegging knyttet til driften av denne. Det er ikke tidligere uttrykkelig uttalt at kapasitetsutvidelse rammes av bestemmelsen. Vi mener også at denne delen av nedslagsfeltet til § 4-2 er den mest betydningsfulle i dag.¹⁴⁹

Dette leder over i spørsmålet om *hensiktsmessigheten* av energilovens regulering av utenlandskabler sett under ett, jf vurderingen av energilovens

¹⁴⁷ Se Mestad, Ola *Rettenns kilder og anvendelse i Knophs oversikt over norsk rett*, 13. utg. ved Kåre Lilleholt, Oslo, 2009 s. 9 med henvisninger til høyesterettspraksis.

¹⁴⁸ Selv om etablering også er en form for tilrettelegging for kraftutveksling, er det teknisk og administrativ drift vi sikter til når vi i det følgende bruker begrepet tilrettelegging eller tilretteleggingskonsesjoneringen.

¹⁴⁹ Jf her også konklusjonene nedenfor i punkt 5.6, hvor vi skal se at de konsesjonerte tilretteleggingsfunksjonene er regulert andre steder.

system umiddelbart nedenfor i kapittel 5. Siden kommer vi også tilbake til spørsmålet om bestemmelsen og praksis knyttet til den kan opprettholdes etter EØS-avtalens regler, jf kapittel 7.

5 Utenlandskonsesjonsbestemmelsen i energilovens system

5.1 Innledning

Vi har nå konkludert med at både tilrettelegging for utenlandshandel i form av drift og kabeletablering omfattes av energiloven § 4-2. Hvordan forholder denne konklusjonen seg til de øvrige konsesjonshjemler i loven?

For å finne frem til dette, må vi først foreta en kort gjennomgang av de relevante bestemmelsene hver for seg, jf punkt 5.2-5.5. Det gjelder systemansvarsbestemmelsen, anleggskonsesjonen, omsetningskonsesjonen og markedsplasskonsesjonen. Siktemålet er ikke å gi noen uttømmende redegjørelse for innholdet i disse bestemmelsene, men å undersøke deres anvendelse i tilknytning til utenlandsforbindelser. Særlig er tanken å avsløre eventuell dobbeltkonsesjonering av like funksjoner. Vurderinger av sammenhengen mellom konsesjonshjemlene gjøres i punkt 5.6.

5.2 Systemansvaret

Statnett er utpekt som systemoperatør etter enl § 5A-1, og systemoperatørens nærmere forpliktelser følger av denne bestemmelsen, samt systemansvarsforskriften.¹⁵⁰ Siden elektrisk kraft ikke kan lagres, er koordinering mellom produksjon og forbruk nødvendig. Systemansvaret omfatter ulike funksjoner knyttet til driften av nettet, sikring av momentan

¹⁵⁰ Tidligere hadde Statnett en særlig omsetningskonsesjon som regulerte utøvelse av systemansvaret, jf Martinsen (2004) s. 78.

balanse i dette og overholdelse av nettets fysiske begrensninger. Systemansvarsforskriften § 3 bokstav f definerer momentan balanse som «likevekt mellom samlet forbruk og samlet produksjon av kraft, hensyntatt kraftutveksling med tilknyttede kraftsystemer».

Driftskoordinering i videste forstand omfatter nettopp den kortsiktige samordningen av disposisjonene til nettselskaper, produsenter, markedsplasser, omsettere og sluttbrukere.¹⁵¹

I enl § 5A-1 annet ledd annet punktum er det uttrykt at den systemansvarlige også plikter å se hen til kraftutvekslingen med tilknyttede utenlandske systemer når balansen i nettet skal sikres.

Elektrisitetsdirektivets bestemmelse om systemoperatørens oppgaver har en lignende ordlyd. Etter art 9 bokstav c er systemoperatørene ansvarlige for «managing energy flows on the system, taking into account exchanges with other interconnected systems». Etter bokstav d er den systemansvarlige også ansvarlig for «providing to the operator of any other system with which its system is interconnected, sufficient information to ensure the secure and efficient operation, coordinated development and interoperability of the interconnected system».

På denne bakgrunn ser vi at Statnett, i kraft av sitt systemansvar, automatisk har forpliktelser knyttet til drift av utenlandsforbindelsene.¹⁵²

5.3 Anleggskonsesjon

For at elektrisitet skal kunne utveksles på tvers av landegrenser, er adekvat infrastruktur påkrevd. Til etablering av all slags elektrisk infrastruktur og andre installasjoner kreves etter enl § 3-1 anleggskonsesjon, jf at «anlegg

¹⁵¹ Ibid. s. 188.

¹⁵² For mer om Statnetts utøvelse av systemansvaret, se systemansvarsforskriften, Statnetts nettsider (særlig <http://www.statnett.no/Om-Statnett/Statnett-pa-1-2-3/Koordineringsoppgaver>) [avlest 1. desember 2009] og Døvik, Kristian *Statnetts utøvelse av systemansvaret. Særlig om tilrettelegging av regulerkraftmarkedet*, spesialoppgave 2006.

[...] for overføring [...] av elektrisk energi med høy spenning [...] ikke kan bygges eller drives uten konsesjon». Et praktisk viktig unntak fra dette for fordelingsanlegg gjelder for de aktører som etter enl § 3-2 er tildelt områdekonsesjon i et avgrenset geografisk område.¹⁵³

Anleggskonsesjonsordningen er begrunnet i to ulike kontrollhensyn. Det første hensynet er det offentliges behov for kontroll med hvorvidt og hvor anlegg skal etableres, for å sikre en samfunnsmessig rasjonell utvikling av kraftsystemet og hensiktsmessig arealdisponering, som tar hensyn til berørte allmenne og private interesser mv. Det andre er behovet for å utøve kontroll med ansvarsforhold, drift og vedlikehold etter at anlegget er bygget.¹⁵⁴

En forbindelsesledning til utlandet er klart nok bygging av anlegg, da det er en «elektrisk utrustning», jf § 1-3 første ledd. Hva slags *drifts*funksjoner bestemmelsen rammer for så vidt gjelder slike nettforbindelser, synes imidlertid uklart, men det gjelder former for teknisk drift. Som vi skal komme tilbake til, antar vi det for kraftkablens vedkommende langt på vei må gjelde driftsfunksjoner av den typen systemansvaret allerede omfatter.¹⁵⁵

5.4 Omsetningskonsesjon

Det følger av enl § 4-1 første ledd at ingen andre enn staten kan stå for omsetning av elektrisk energi uten konsesjon. Siktemålet med omsetningskonsesjonsordningen er å sikre at aktørene i kraftmarkedet skal opptre i tråd med samfunnsøkonomiske mål.¹⁵⁶ Ifølge forarbeidene skulle

¹⁵³ Nord-Trøndelag Elektrisitetsverks Nett AS' konsesjon av 4. februar 2008 gjelder eksempelvis en forbindelse til Sverige hvor anleggskonsesjon ikke var påkrevd grunnet selskapets områdekonsesjon. Områdekonsesjonen gir altså rett til å bygge anlegg innenfor et bestemt geografisk område, ikke for det enkelte anlegg. I slike grensestrøk vil dette også gjelde ledninger til utlandet.

¹⁵⁴ Jf Ot prp nr 56 (2000-2001) s. 17 og Martinsen (2004) s. 47-48.

¹⁵⁵ Vedrørende forslag til endringer i enl § 3-1, se punkt 5.6.

¹⁵⁶ Martinsen (2004) s. 78.

innføringen av en slik konsesjonsordning særlig sikre myndighetene kontroll med monopoler i kraftforsyningen for å ivareta forbrukernes interesser.¹⁵⁷

Hva som i lovens forstand er konsesjonspliktig omsetning av elektrisk energi er nærmere regulert i energilovforskriften § 4-2. Heretter omfattes for det første «alle former» for leveranse av elektrisk energi, jf første ledd. Energilovforskriften § 4-2 annet ledd lyder:

«Enheter som omsetter elektrisk energi eller som kan stå i en eller annen form for monopolsituasjon, må ha omsetningskonsesjon. Dette gjelder blant annet enheter som eier eller driver fordelings- eller overføringsnett.»

På den bakgrunn uttales det i lovkommentaren at «omsettere av elektrisk energi, som kraftprodusenter og omsetningsselskaper som kjøper og selger kraft i eget navn», er konsesjonspliktige.¹⁵⁸

Nettaktørene står i en monopolsituasjon og rammes derfor av forskriftens presisering. Statnett har en generell konsesjon for å forestå omsetning av elektrisk energi.¹⁵⁹ Enl § 4-1 taler bare om «omsetning», og når nettaktørene normalt ikke *omsetter* elektrisk energi, må denne forskriftsreguleringen sies å bygge på en noe utvidende tolkning av hjemmelsgrunnlaget i enl § 4-1. Nettaktørenes konsesjonsplikt er imidlertid forutsatt i forarbeidene i tillegg til i energiforskriften, og er gjennomført etter sikker praksis.¹⁶⁰ På dette punkt burde lovgiver tatt seg bryet med å endre lovteksten i enl § 4-1 for å klargjøre hjemmelsgrunnlaget.

¹⁵⁷ Jf Ot prp nr 43 (1989-1990) s. 91.

¹⁵⁸ Martinsen (2004) s. 79.

¹⁵⁹ Omsetningskonsesjon til Statnett fra NVE av 7. mars 2007. Slik vi leser konsesjonen, synes det nettopp å være de systemansvarsfunksjonene foretaket allerede har, i tillegg til visse økonomiske driftsfunksjoner (tariffering), som utgjør grunnlaget for at den er gitt. Konsesjonens punkt 2 fastsetter at Statnett skal være operatør av sentralnettet.

¹⁶⁰ Jf Falch, Ingvald *Rett til nett. Konkurransen i nettbundne sektorer*, Oslo, 2004 (2004) s. 26 note 19 og Ot prp nr 43 (1989-90) s. 50 og 91.

NVE opererer med seks ulike typer omsetningskonsesjoner avhengig av virksomhet, men vi går ikke nærmere inn på disse her.¹⁶¹ På bakgrunn av forskrift, forarbeider og praksis vil en aktør som NorGer, som skal bygge en kabel og bli eier av denne, trenge omsetningskonsesjon selv om systemdriften foretas av Statnett.

5.5 Markedsplasskonsesjonen

Energiloven § 4-5 oppstiller konsesjonsplikt for den som vil «forestå organisering eller drift av markedsplass for omsetning av elektrisk energi». I forarbeidene skriver departementet at «[e]n markedsplass vil typisk være en møteplass der kjøpere og selgere av fysisk kraft for kortsiktig levering kobles sammen».¹⁶²

Departementet viser til at markedsplassen før innføringen av enl § 4-5 hadde to funksjoner:

«Den ene hovedfunksjonen er administrasjon av markedsplassen gjennom praktisk å legge til rette for daglig anmelding og prisfastsettelse knyttet til omsetning av fysisk kraft. Den andre hovedfunksjonen er å forestå clearing av inngåtte kontrakter.»¹⁶³

Denne beskrivelsen gjelder fremdeles i dag for Nord Pool Spots virksomhet, som er den eneste aktøren som i dag innehar markedsplasskonsesjon.¹⁶⁴ Sammenholdt med ordlyden, må dette lede til at det er nettopp markedsadministrasjon og clearing som utløser konsesjonsplikt etter enl § 4-5.

¹⁶¹ Disse betegnes (1) Nett/Produsent, (2) Ren Omsetter, (3) Kommune, (4) Forenklede Vilkår, (5) Nettselskap i Konsern og (6) Utenlandsk foretak. Se <http://www.nve.no/no/konsesjoner/hvordan-soke-om-omsetningskonsesjon/-omsetningskonsesjoner/> [avlest 1. desember 2009] for nærmere definering av de ulike typene.

¹⁶² Ot prp nr 56 (2000-2001) s. 37.

¹⁶³ L.c. Clearing innebærer at markedsplassen trer inn som motpart i kontrakten for kjøper og selger ved å garantere for oppgjør og levering.

¹⁶⁴ Nord Pool Spots markedsplasskonsesjon av 19. desember 2009.

Det bemerkes at clearingfunksjonen uansett er omfattet av omsetningskonsesjonbestemmelsen.

Den administrasjon Nord Pool Spot forestår, består i å motta anmeldelser fra aktørene i markedet av tilbud og etterspørsel for hver enkelt time det påfølgende døgn. På den bakgrunn fastsettes spotprisen for levering av fysisk kraft. Det arbeid som forestås i denne forbindelse, utgjør altså den konsesjonspliktige «administrasjon» etter enl § 4-5.

5.6 Vurdering av sammenhengen mellom konsesjonshjemlene

NorGer og NorNed som eksempler

Som fremstillingen ovenfor har vist, synes flere av konsesjonshjemlene å ha et overlappende anvendelsesområde. Vi bruker prosjektene NorGer og NorNed som eksempler for å forsøke å konkretisere hvilke aktører som må ha hvilke konsesjoner.

Etter det vi har fått opplyst og som forutsettes i det følgende, skal NorGer bygges og eies av det norskregistrerte selskapet NorGer AS. Statnett må i kraft av sitt systemansvar forestå driftsfunksjoner i tilknytning til kabelen. Kapasiteten skal selges over en børs.¹⁶⁵

NorNed-kabelen er bygget og eies som tidligere nevnt av Statnett og den nederlandske systemoperatøren TenneT. Disse driver kabelen sammen. Det planlegges å selge kapasiteten over Nord Pool Spot, men dette er foreløpig ikke iverksatt. Statnett og TenneT avholder nå separate auksjoner over kapasiteten i kabelen etter midlertidig konsesjon for dette.¹⁶⁶ Vi ser på de enkelte funksjoner i utenlandsprosjekter hver for seg.

¹⁶⁵ Opplysninger fra prosjektleder i NorGer AS Edvard Lauen og fra mediaoppslag.

¹⁶⁶ Jf punkt 4.6.3. Kapasitetsallokering kommer vi nærmere tilbake til under kapittel 9.

Eierskap til overføringsforbindelser

Som vi konkluderte med ovenfor i punkt 4.7, er eierskap ikke omfattet av forbudet i enl § 4-2. Hvilke muligheter har myndighetene likevel til å styre eierskap til utenlandskabler?

Foreløpig er ikke eierskap omfattet av anleggskonsesjonsbestemmelsen. Dersom Statnett for eksempel skulle ønske å selge sin andel av NorNed-kabelen, antar vi kjøperen ikke ville trenge anleggskonsesjon.¹⁶⁷

Dette vil likevel forandre seg dersom forslaget til endring av enl § 3-1, fremmet i Ot prp nr 62 (2008-2009) *Om lov om endringer i energiloven*, vedtas. Forslaget går ut på at bestemmelsen endres slik at den konsesjonspliktige virksomhet omfatter eierskap til elektriske anlegg, ved siden av bygging og drift av slike.¹⁶⁸ Departementet viser til at som hovedregel skal ett selskap både eie og drive anlegget. Dette underbygges av at det er vanlig i kraftforsyningen, samt at det er langvarig praksis for at konsesjon kun gis til ett selskap. For tilfeller som NorGer-prosjektet, strekker ikke denne begrunnelsen til. Kabelen skal bygges og eies av NorGer AS, men på norsk side vil Statnett som systemoperatør likevel måtte forestå driftsoppgaver.

Vi ser at dersom de foreslåtte endringene i energiloven trer i kraft, vil kjøper av en utenlandskabel trenge anleggskonsesjon selv om vedkommende ikke skal drive kabelen. Videre slår energilovforskriften § 4-1 uttrykkelig fast at alle som kan «stå i en eller annen form for monopolsituasjon», herunder dem som «eier eller driver overføringsnett,» må ha omsetningskonsesjon etter enl § 4-1.¹⁶⁹ Rent eierskap til utenlandskabler vil

¹⁶⁷ I Statnetts NorNed-konsesjon er det imidlertid klare forutsetninger om at Statnett ikke kan transportere eierskapet sitt i NorNed til andre uten myndighetenes tillatelse. Eksempelvis skal NVE forelegges alle forslag til endringer av avtalen mellom Statnett og TenneT, og en overdragelse av Statnetts andel vil forandre endring av denne avtalen.

¹⁶⁸ Se særlig s. 38-40 og 43.

¹⁶⁹ Etter praksis er bestemmelsen en slags universal- eller generalkonsesjonshjemmel hvor mange ulike forhold omfattes.

derfor i fremtiden behøve både omsetnings- og anleggskonsesjon. Vi er av den oppfatning at dette innebærer en uheldig dobbeltkonsesjonering. Begrunnelsen for å konsesjonere eierskap må være hensyn til å unngå at uegnede aktører eier kritisk infrastruktur. Dette hensynet rekker ikke så langt som til å forsvare at eierskap forbyes etter to bestemmelser. Hertil kommer at NVE er konsesjonsmyndighet etter dem begge. Hvis vi skal antyde hvilken bestemmelse eierskap bør omfattes av, må dette være anleggskonsesjonen. Forskriftsreguleringen i tilknytning til omsetningskonsesjonen bygger som nevnt på en noe utvidende tolkning av hjemmelsgrunnlaget i energiloven § 4-1. Etter ikrafttredelse av ny ordlyd i anleggskonsesjonsbestemmelsen, skulle det ikke være noen grunn til å opprettholde denne tolkningen av omsetningskonsesjonens nedslagsfelt.

Administrativ drift i form av børsvirksomhet

Nord Pool Spots generelle børsvirksomhet er regulert i markedsplass-konsesjon etter enl § 4-5, samt tilhørende forskrifter. Nord Pools markedsplasskonsesjon er generell i den forstand at noen geografisk avgrensning av markedet ikke foretas. Det gis bare konsesjon for «organisering og drift av markedsplass for handel med elektrisk energi for fysisk levering».¹⁷⁰ Som vi har sett, omfattes denne virksomheten også av utenlandskonsesjonsbestemmelsen.

Selve utenlandshandelen er likevel initiert av at Statnett samarbeider med aktører i andre land, og Nord Pool Spots konsesjon synes gitt uten at foretaket på forhånd har bedt norske myndigheter om den. En kan en forestille seg at Nord Pool Spot ikke retter seg etter vilkår i utenlandskonsesjonen, som kan medføre at denne trekkes tilbake. Selv om det skjer,

¹⁷⁰ Store utvidelser i forhold til dagens markedsområde vil trolig likevel måtte godkjennes av NVE, jf konsesjonens punkt 6 vedrørende endringer i «angjeldende organisasjon, eierforhold, virksomhet og vesentlige endringer som har eller kan ha innvirkning på prisdannelsen».

har Nord Pool likevel på annet rettsgrunnlag rett og plikt til å foreta de oppgavene som konsesjonsreguleres. Foretakets administrasjon av utenlandshandelen er nettopp en følge av at børsen driver organisert markeds plass i alle de nordiske landene. Kraftflyten mellom landene er videre et resultat av ulikheter i spotprisene innenfor de ulike spotområder. Nord Pool Spots virke i forbindelse med kraftutvekslingen er i tilfeller hvor kapasiteten allokteres til børsen, en nødvendig konsekvens av børsvirksomheten. Vi er av den oppfatning at § 4-2-konsesjonen i forhold til børsvirksomheten ikke tilfører noe nytt, utover å gjøre rettsforholdene ekstra rotete.

Også bestemmelsen i enl § 5A-1 bidrar til å overflødiggjøre Nord Pools konsesjon. Det følger her at «Enhver som helt eller delvis eier eller driver nett, produksjon eller organisert markeds plass etter enl § 4-5, samt omsettere og sluttbrukere plikter å rette seg etter den systemansvarliges instruksjer under systemansvaret, samt følge bestemmelser om systemansvaret fastsatt i eller i medhold av denne lov». Dette er nærmest en gjentakelse av hva som står i Nord Pools § 4-2-konsesjoner.

Skulle det vise seg at Nord Pools markeds plasskonsesjon ikke er dekkende, synes det mer hensiktsmessig å utvide denne konsesjonen enn å gi foretaket en egen utenlandskonsesjon.¹⁷¹

Kabeleiers valg av kapasitetsallokeringsmetode

Å velge handelsløsning for en kabel er en del av å administrativt tilrettelegge. Slik tilrettelegging har vi sett at utløser plikt til å søke konsesjon etter § 4-2. Et slikt valg utløser ikke konsesjonsplikt etter § 3-1, da denne gjelder tekniske driftsfunksjoner. Å velge metode for handelen er derfor en funksjon som kun utløser plikt til å søke konsesjon etter § 4-2, og ikke andre regler i energiloven. En aktør som skal gjøre et slikt valg vil ofte

¹⁷¹ Så også *Vassdrags- og energirett* (2002) s. 710. Hammer skriver at konsesjonsreguleringen i stedet burde vært «*integrert i reguleringen av systemansvaret og markeds plasskonsesjonen*».

utøve annen konsesjonsbelagt virksomhet *samtidig*, og må av den grunn ha flere konsesjoner.

Etablering/bygging av ny overføringskapasitet

Som vi har konkludert med, vil etablering og bygging av ny overføringskapasitet utløse konsesjonsplikt etter både anleggs- og utenlands-konsesjonsbestemmelsen. Konsesjonæren etter begge bestemmelsene vil være utbyggeren. Det vil eksempelvis si selskapet NorGer AS i relasjon til den planlagte kabelen mellom Norge og Tyskland. Når det kommer til hvilke hensyn det er relevant å vektlegge i forbindelse med konsesjonsavgjørelser etter henholdsvis anleggs- og utenlandskonsesjonshjemmelen, viser vi til punkt 6.5.4 og 6.5.5.

Er denne dobbeltkonsesjoneringen uheldig? Uten å se hen til EØS-retten, kan det argumenteres for at dobbeltheten har gode grunner for seg. Slik får man sikret at både departementet som politisk organ og NVE som fagorgan blir inkludert i avgjørelsesprosessen.¹⁷² Hvis vi tar inn over oss de begrensninger EØS-retten legger på utøvelsen av konsesjonsmyndighet i forbindelse med etablering, jf oppgavens del III, blir konklusjonen fort at det er lite behov for begge hjemler. Vi heller i retning av å mene at anleggskonsesjonen da vil være tilstrekkelig. Dette kommer vi imidlertid tilbake til under de avsluttende vurderinger i kapittel 12.

Teknisk drift

Det er ved de tekniske driftsfunksjonene som Statnett utøver at den overlappende reguleringen er mest påtakelig.

Vi har sett at å teknisk tilrettelegge utløser konsesjonsplikt etter enl § 4-2. Det rammes også av anleggskonsesjonens forbud mot drift. Videre står

¹⁷² Se mer om dette under punkt 6.5.

Statnett i en monopolsituasjon, som nødvendiggjør omsetningskonsesjon.¹⁷³ I tillegg er det generelle systemansvaret regulert gjennom en egen bestemmelse i § 5A-1. Av annet ledd annet punktum følger også at den systemansvarlige ved sikring av balansen i nettet, skal se hen til tilknyttede utenlandske systemer. Ordlydsmessig må rettsfakta som kan subsumeres som å drive også kunne subsumeres som å tilrettelegge, og omvendt. Vi kan ikke forstå det annerledes enn at de konsesjonerte driftsfunksjoner i alle hjemler er de samme. Det dreier seg om teknisk tilrettelegging til sikring av likevekten mellom produksjon og forbruk.

I forbindelse med NorGer-prosjektet antar vi altså at Statnett behøver både anleggskonsesjon og utenlandskonsesjon. Disse kommer i tillegg til den generelle omsetningskonsesjonen foretaket allerede har og det praktisk viktige systemansvaret, som nettopp innebærer monopol på teknisk drift av sentralnettet og kabler som inngår i dette. For Statnetts vedkommende, kan vi derfor ikke se at anleggs- eller utenlandskonsesjonen tilfører noe nytt i NorGer-tilfellet. Det innebærer en dobbeltkonsesjonering og kostnader til saksbehandling. Hvis NorGer AS har fått sine konsesjoner, synes de også som kabeleier å ha *krav* på at Statnett utøver det systemansvar foretaket har etter lov og forskrift. I stedet for at Statnett får en egen anleggskonsesjon, bør lovens ordning i enl § 3-4 første ledd nr 5 følges. Heretter er løsningen at når andre enn hovedkonsesjonæren overlates driftsoppgaver, reguleres dette i vilkår i hovedkonsesjonærens tillatelse.

For utenlandsprosjekter bør anleggs- og utenlandskonsesjonsbestemmelsene etter vårt skjønn utformes slik at Statnett ikke behøver slike konsesjoner for sine tekniske tilretteleggingsoppgaver. Det synes mer nærliggende å regulere utøvelsen av disse oppgavene gjennom systemansvarsforskriften alene.

¹⁷³ Ved siden av den tekniske driften er det nok også de økonomiske driftsoppgaver (tariffering) som har utløst behovet for omsetningskonsesjon. På dette punktet er imidlertid ikke ordlyden i konsesjonen helt klar.

6 Forvaltningsskjønnet ved konsesjonstildeling¹⁷⁴

6.1 Innledning

Vi har nå kartlagt hvilke funksjoner som utløser konsesjonsplikten etter ulike bestemmelser i energiloven. Det vi skal undersøke i dette avsnittet er hvordan den nærmere behandling av konsesjonssøkere må skje fra myndighetenes side. Konsesjonsordningen etter energiloven baserer seg på skjønn. Dette skjønnet kan i noen grad underlegges rettslig prøvelse i form av domstolskontroll. Det er derfor av interesse å undersøke hvilke materielle skranker myndighetene må holde seg innenfor når skjønn utøves etter energiloven. Domstolens kompetanse til å prøve forvaltningens skjønnsutøvelse foreligger nettopp bare i den utstrekning det oppstilles rettslige skranker for dette skjønnet.¹⁷⁵ Fra tiltakshavers ståsted kan myndighetenes overtredelse av disse skrankene utgjøre grunnlag for å få kjent et avslag eller et tyngende vilkår til en innvilget konsesjon ugyldig.

Ovenfor konkluderte vi med at både teknisk og administrativ tilrettelegging, samt initiering av ny kapasitet mot utlandet, er forhold som utløser konsesjonsplikt etter energiloven § 4-2. I dette avsnittet er det sistnevnte funksjon det er interessant å konsentrere drøftelsene om. I og med

¹⁷⁴ Konsesjonstildeling har også en side til vilkårsstillelse, men vi foretar ikke noen gjennomgang av de generelle ulovfestede forvaltningsrettslige regler om tyngende vilkår til begunstigende vedtak. Virksomheten til aktørene tilknyttet utenlandsforbindelser er allerede regulert i forskriftsverk og øvrige konsesjoner, slik at det begrenser seg hvor mange vilkår det er behov for å stille. Det er ikke gitt utenlandskonsesjoner uten vilkår, men så vidt vi kan se, er de fleste vilkårene gjentakelser av regulering vi gjenfinner annetsteds (typisk i EØS-lovgivningen og forskriftsregulering). De øvrige synes ikke problematiske i forhold til forvaltningens internrettslige kompetanse til å stille vilkår. For vilkår om spesifikk handelsløsning, se nærmere i note 176 og kapittel 9.

¹⁷⁵ I tillegg til vurderingen av den internrettslige lovligheten av praksis, må praksis også vurderes opp mot EØS-reglene, som vil supplere og utfordre de norske rammene.

at tilretteleggingsoppgavene til dels følger av andre rettsgrunnlag, som systemansvaret, anleggskonsesjonen, omsetningskonsesjonen og markedsplasskonsesjonen, blir konsesjoneringen i stor grad uten realitet.¹⁷⁶ Det er derfor ikke like aktuelt å reise spørsmål om skjønnskrankenes betydning for dette nedslagsfeltet til § 4-2.¹⁷⁷ Det er enl § 4-2 som i dag er den sentrale og avgjørende bestemmelsen for vurderingen av om ny overføringskapasitet mot utlandet skal tillates, og det er derfor skjønnsutøvelsen etter denne bestemmelsen det er mest interessant å undersøke. Når det som vist ovenfor i punkt 5.6, finnes et felles nedslagsfelt for bestemmelsene i enl §§ 3-1 og 4-2, er det grunn til å se på sammenhengen mellom de vurderingene som skal foretas etter henholdsvis anleggskonsesjonshjemmelen og utenlandskonsesjonshjemmelen. I tillegg til den teoretiske interessen av å trekke opp grensen mellom bestemmelsene, synes dette også å være av *praktisk* betydning. For en tiltakshaver er det viktig å vite hvem som er rett myndighet i forhold til ulike spørsmål som reiser seg i forbindelse med et utenlandsprosjekt. All den tid et slikt prosjekt må saksbehandles både i NVE og departementet, er det også viktig at disse myndighetene har et bevisst forhold til kompetansefordelingen dem imellom. Dette behandles særskilt i punkt 6.5.

Antallet utenlandskabler må karakteriseres som begrenset ut fra naturlige årsaker. Fra et økonomisk perspektiv kan det noe forenklet sies slik at fortjenesten kablene gir vil bli lavere jo flere som bygges ut, inntil prisene mellom landene på hver side av overføringsforbindelsen er blitt tilnærmet like. Deretter vil det altså ikke lønne seg for en tiltakshaver å utbygge ytterligere kapasitet. Konsesjonstildelingen knytter seg således til fordeling

¹⁷⁶ Jf kapittel 5.

¹⁷⁷ Vilkår om kapasitetstildeling har etter dagens regulering imidlertid selvstendig betydning også ved tilretteleggingskonsesjoneringen. Det kunne for vilkår om dette vært reist spørsmål ved forholdet til den alminnelige vilkårs læren. Slike vilkår bidrar til å sikre effektiv utnyttelse av kapasiteten i kabelen. Dette må dermed være uproblematisk. Vilkårene om dette blir utførlig behandlet og vurdert i kapittel 9.

av en begrenset ressurs. Utenlandskonsesjoner vurderes i dag i forhold til den som måtte søke, og ikke slik det for eksempel skjer i petroleumssektoren, hvor tildeling av utvinningstillatelser skjer etter offentlig utlysning.

Når myndighetene får inn søknad om et utenlandsprosjekt, foreligger det i realiteten tre alternativer til avgjørelse av denne. Søknaden kan avslås, innvilges ubetinget eller innvilges på nærmere bestemte vilkår. Hvilke hensyn er lovlige, og eventuelt påkrevd, å legge vekt på når dette skal avgjøres?

Nedenfor i kapittel 10 behandles nye kabelprosjekter som følger unntaksprosedyren i elektrisitetsforordningen. Her er ordningen den at nasjonale reguleringsmyndigheter etter forordningen artikkel 7 nr 2 treffer vedtak om hvorvidt tiltakshaver skal gis unntak fra forordningens regler «fra sak til sak». Det skal der drøftes i hvilken grad de normer som styrer myndighetenes avgjørelser i slike saker, vil være parallelle med de som gjelder ved utøvelse av konsesjonsmyndighet etter § 4-2. Temaet i dette avsnittet er imidlertid begrenset til avgjørelser etter de norske konsesjonsreglene.

6.2 Rettskildebildet ved vurdering av skjønnets lovlighet

Gjennom domstolspraksis er det utviklet generelle prinsipper for forvaltningens skjønnsutøvelse. Disse innebærer krav til saklighet, likhet og forsvarlighet og betegnes også som «læren om forbud mot myndighetsmisbruk». De kilder som gjennomgås nedenfor, bidrar nettopp til å avklare hva som på dette forvaltningsområdet utgjør de konkrete saklige og forsvarlige hensyn.

Før den nærmere analysen er det viktig å merke seg at begrepet «hensyn» er tvetydig. Det kan ta sikte på de formål forvaltningen forsøker å oppnå ved utøvelsen av sin kompetanse, for eksempel at det gis tillatelse til et kabelprosjekt fordi myndighetene ønsker å bedre leveringssikkerheten. Det kan imidlertid også sikte til de fakta som trekkes inn i vurderingen av om og i hvilke tilfeller en kompetanse skal brukes, for eksempel hvis Statnett gis

tillatelse til et prosjekt fremfor NorGer *fordi* Statnett er systemoperatør og allerede har erfaring fra bygging og drift av overføringsforbindelser.¹⁷⁸

Loven selv er utgangspunktet for fastleggelsen av området for skjønnnet. Etter ordlyden er § 4-2 første ledd en forbudsbestemmelse som retter seg mot alle andre subjekter enn staten. Forbudet gjelder kun ved utførsel eller innførsel «uten konsesjon».¹⁷⁹ Selv om loven ikke bruker begrepet «kan» eller «fritt skjønn», må bestemmelsen forstås slik at forvaltningen står fritt med hensyn til bruk av kompetansen, når det ikke er oppstilt skranker for konsesjonstildeling.¹⁸⁰

Når en lovhjemmel gir forvaltningen fritt skjønn, er meningen nettopp at forvaltningen i utgangspunktet skal stå fritt til å avgjøre hvilke hensyn som skal vektlegges ved vurderingen. Skjønnnet skal gi de styrende myndigheter spillerom for å utøve egen politikk. Dette utgangspunktet er viktig når det skal undersøkes om det likevel foreligger skjønnsskranker.

For å vurdere om det foreligger skranker for departementets frihet ved utøvelse av konsesjonsmyndighet, må andre kilder undersøkes. For enl § 4-2 finnes ingen direkte veiledning i rettspraksis. Energirettlig teori behandler heller ikke spørsmålet om hvordan skjønnsutøvelsen skal foregå.¹⁸¹

Lovens formål har derimot sentral betydning når kompetansen etter en skjønnshjemmel skal fastlegges og det nærmere skal bestemmes hvilke hensyn som er relevante.

¹⁷⁸ Se nærmere om dette Eckhoff, Torstein og Eivind Smith *Forvaltningsrett*, 8. utg., Oslo, 2006 (heretter Eckhoff 2006) s. 366-367.

¹⁷⁹ Det oppstilles altså ikke uttrykkelig hjemmel til å gi konsesjon, men det er klart at bestemmelsene skal forstås slik, jf forutsetningsvis § 4-2 annet ledd og § 3-4, hvor det gis hjemmel til å sette vilkår i konsesjoner. Se også Ot prp nr 43 (1989-1990) s. 55.

¹⁸⁰ Denne friheten blir i juridisk teori betegnet på flere måter: fritt skjønn, diskresjonær kompetanse, kan-skjønn mv., se Eckhoff (2006) s. 346 med videre henvisninger.

¹⁸¹ Se Martinsen (2004) s. 142-143.

Energilovens formål følger av § 1-2, hvoretter loven skal «sikre at produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte, herunder skal det tas hensyn til allmenne og private interesser som blir berørt». Hensyn som faller innenfor dette lovformålet må være relevante og som oftest også pliktige hensyn.

Når to bestemmelser i noen grad har overlappende nedslagsfelt, slik anleggskonsesjonsbestemmelsen og utenlandskonsesjonsbestemmelsen har, vil etter vår oppfatning hva som er lovlige eller pliktige hensyn etter enl § 4-2, kunne virke inn på hva som er saklige og relevante hensyn etter enl § 3-1, og motsatt. Igjen henviser vi til punkt 6.5, hvor dette særskilt behandles.

En del stortingsdokumenter inneholder uttalelser som på ulikt vis må sies å ha relevans for den skjønnsutøvelsen som skal foretas når forvaltningen skal vurdere om det skal tillates etablert økt overføringskapasitet mot utlandet. Det gjelder særlig to stortingsmeldinger og en stortingsproposisjon med tilhørende innstilling fra komitéen. Sistnevnte vedrører endringer på statsbudsjettet i forbindelse med omorganisering av utenlandshandelen med kraft.¹⁸²

Hvor det fremkommer uttalelser om skjønnsbruk i slike dokumenter, må det først avgjøres om de hensyn det gis anvisning på er påbudte eller ulovlige og således er ment å innskrenke selve skjønnskompetansen, eller bare er av mer veiledende, ikke-rettslig karakter. Når uttalelser om relevante hensyn er av *veiledende karakter*, mener vi forvaltningen står fritt til å vurdere betydningen av disse. Nettopp slik blir fritt skjønn en realitet.

Hvilken betydning uttalelser om skjønnsutøvelsen fra ulike stortingsdokumenter har, er imidlertid del av en større rettskildemessig diskusjon. Spørsmålet er om utsagn i

¹⁸² Jf St meld nr 46 (1992-1993), St meld nr 18 (2003-2004) *Om forsyningssikkerheten for strøm mv*, St prp nr 81 (1991-1992) og Innst S nr 178 (1991-1992) *Innstilling fra energi- og industrikomiteen om omorganisering av utenlandshandelen med elektrisk kraft*.

stortingsdokumenter kan være relevante som rettslig signal for skjønnsutøvelsen. Signalene gjelder typisk hvilke hensyn som er relevante og irrelevante ved skjønnsutøvelsen og den innbyrdes vekten mellom disse.¹⁸³ Den rettslige betydningen av meldings- og komitéstandpunktene, som kommer til uttrykk i Stortingsmeldinger og i innstillinger til Stortinget, er usikker. Den tradisjonelle oppfatningen har vært at disse er uten juridisk betydning for forvaltningskjønnet. Uttalelsene kan gi politisk grunn til å følge opp statsmaktenes syn, men de binder ikke rettslig. Boe mener imidlertid selv at rettstilstanden ikke er så rigid. Han fremholder at regjering og forvaltning kan bli bundet til å ta hensyn til de standpunkter som tas under behandlingen i nasjonalforsamlingen, og til å gi standpunktene tilbørlig vekt. Denne funksjonen betegner han som «rettslige signaler».¹⁸⁴

Rettstilstanden for rettslige signaler som kommer til uttrykk i slike stortingsdokumenter, er noe uavklart, men kanskje kan praksis sies å underbygge den forståelse at skjønnet kan bli for snevert dersom signalene ignoreres helt.¹⁸⁵ Det er denne oppfatningen vi bygger på i det følgende.

6.3 Hvilke føringer legger lovformålet for konsesjonsvurderingen?

Energilovens formålsbestemmelse foreskriver at loven skal sikre at «overføring [...] av elektrisk energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte». Hensynet til riktig ressursbruk og generell effektivisering av kraftsektoren vektlegges også sterkt i forarbeidene. Samfunnsmessig rasjonalitet og effektivisering er kjente begreper fra samfunnsøkonomien. I forarbeidene til endring av energiloven fra 2008-2009 presiseres det at:

¹⁸³ Det som er formelle instruksjer, i form av lov eller plenarbeslutning, binder klart nok Regjering og forvaltning, jf Boe (1993) s. 291.

¹⁸⁴ Jf Boe (1993) s. 292.

¹⁸⁵ Jf Boe (1993) s. 299-302 med henvisninger til blant annet RT. 1990 s. 861 (HENJUMDOMMEN) og RT. 1990 s. 874 (FUSADOMMEN). For mer om problemstillingen og diskusjonen rundt denne, se Boe, Erik *Stortingsmeldinger og innstillinger – vedtak, tilråding eller mellomting*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1984 s. 170.

«Med samfunnsmessig rasjonelt og samfunnsøkonomisk lønnsomt legger man til grunn det samme.»¹⁸⁶

I prinsippet kan de fleste hensyn som er av betydning for spørsmålet om konsesjon skal gis, rubriseres som komponenter i en samfunnsøkonomisk analyse. Selv om for eksempel hensynet til forsyningssikkerhet og miljø teoretisk sett kan kvantifiseres, vil vi her heller betrakte dette som selvstendige hensyn. Denne løsningen er i samsvar med konsesjonsbehandlingen av NorNed-kabelen, se Rapport om «Samfunnsøkonomi», vedlegg til Statnetts konsesjonssøknad for NorNed av 6. september 2004, hvor slike poster ikke ble kvantifisert.

Selv om det er et rettsspørsmål å avgjøre hva som er «samfunnsmessig rasjonelt» når enl § 1-2 lyder slik, synes begrepet i utstrakt grad å romme muligheter for ulike politiske vurderinger. Formålet er videre meget generelt angitt og det ikke er presisert nærmere hvilke komponenter som inngår i en vurdering av hva som er samfunnsmessig rasjonelt. På denne bakgrunn synes det tvilsomt hvor mye realitet det er i dette lovformålet som skranke for skjønnet.¹⁸⁷

Hvorvidt domstolene kan prøve hva som er «samfunnsøkonomisk lønnsomt» i en konkret sak er usikkert. At vurderingspregede uttrykk ikke overprøves av domstolene, gir rettspraksis flere eksempler på.¹⁸⁸ Plenumsdommen i ALTASAKEN er et eksempel på at Høyesterett avholdt seg fra å overprøve forvaltningens vurdering av «skade- og nyttevirkninger av samfunnsmessig betydning, således virkninger av samfunnsøkonomisk og næringsmessig karakter...» etter vassdragsreguleringsloven § 8.¹⁸⁹ Høyesterett uttaler at

¹⁸⁶ Jf Ot prp nr 62 (2008-2009) s. 25.

¹⁸⁷ Samfunnsøkonomiske vurderinger og visse enkeltkomponenter i slike vil vi komme nærmere tilbake til under punkt 7.6, når forholdet til EØS-reglene vurderes.

¹⁸⁸ Echhoff (2006) s 353-356 med henvisninger til rettspraksis.

¹⁸⁹ Jf RT. 1982 s. 241 på s. 256-257.

«[d]en rent skjønsmessige avveining av fordeler mot skader og ulemper som Kongen og Stortinget foretar etter vassdragsreguleringsloven § 8, kan domstolene ikke overprøve».¹⁹⁰

Samfunnsøkonomiske vurderinger gjelder nettopp slik avveining av «fordeler mot skader». Tilsvarende resonnement mener vi er anvendelig i forhold til prøvelsen av skjønn etter enl § 4-2 og de vurderinger av samfunnsøkonomisk rasjonalitet formålet i enl § 1-2 gir anvisning på.

Som en post i den samfunnsøkonomiske vurderingen inngår klart nok også prosjekters bedriftsøkonomiske lønnsomhet. For Statnetts vedkommende, som har mulighet til å føre et eventuelt underskudd fra utenlandskabler tilbake til nettkundene gjennom økte tariffer, synes det nærliggende at konsesjonsmyndighetene til en viss grad overprøver tiltakshavers økonomiske kalkyler vedrørende lønnsomheten i prosjektet, da dette kan være av betydning for nettkundenes regning.¹⁹¹

For andre tiltakshavere enn systemoperatøren synes dette mer betenkkelig. Disse kan ikke på same måten skyve et eventuelt underskudd over på nettkundene, da slike aktører ikke mottar tariffer men bare auksjonsinntekter.¹⁹² Dersom det skulle vise seg å ikke bli noen særlig prisforskjell mellom områdene på hver side av kabelen, slik at flaskehalsinntektene blir lave og investeringen ikke tjenes inn, går dette i første omgang bare ut over tiltakshaver. Generelt vil enhver dårlig investering hos private parter potensielt kunne gå ut over samfunnet, som for eksempel påføres kostnader i form av lavere skatteinntekter og i forbindelse med eventuelle konkurser. Etter samfunnsøkonomisk teori antas det, sagt svært forenklet, at prosjekter en aktør ønsker å gjennomføre, i utgangspunktet også er lønnsomme for samfunnet. Vi tillater derfor i stor grad at private tar bedriftsøkonomiske risiki som i siste omgang vil kunne ramme hele økonomien.¹⁹³

Her kan det likevel tenkes å oppstå kollisjon mellom EU-målsetninger og nasjonale samfunnsøkonomiske hensyn. Unntaksbestemmelsene i EØS-avtalen regulerer nettopp i hvilken grad nasjonale hensyn tillates å overstyre

¹⁹⁰ Ibid. s. 257.

¹⁹¹ Jf energilovforskriften § 4-4 bokstav b og tariffsystemet for øvrig.

¹⁹² Se nærmere i kapittel 9.

¹⁹³ For mer om samfunnsøkonomiske vurderinger, se punkt 7.6.

felleskapsmålsetningene. Dette spørsmålet vil vi komme tilbake til under punkt 7.6 i EØS-delen av oppgaven.

6.4 Hvilke føringer legger andre politiske målsetninger for konsesjonsvurderingen?

Som nevnt kan politiske føringer gitt i stortingsdokumenter være av betydning for myndighetsutøvelsen. Her skal fremstilles hvilke føringer som konkret gis for skjønnsutøvelsen etter enl § 4-2. Sentral i denne forbindelse er St meld nr 46 (1993) *Om langsiktig kraftutveksling med utlandet*.¹⁹⁴ Vi bemerker at det i dag ikke er snakk om slik «langsiktig kraftutveksling» som meldingen gjelder.¹⁹⁵ Likevel er meldingens synspunkter fortsatt av relevans i den utstrekning de vedrører *hva* som er ønskelig overføringskapasitet mot utlandet.¹⁹⁶

I meldingen innlater Nærings- og energidepartementet seg ikke på noen eksplisitt redegjørelse av hvilke forhold som er relevante ved vurderingen av om utenlandskonsesjon skal gis. Mellom linjene kan det imidlertid spores klare oppfatninger om hva Regjeringen betrakter som de sentrale vurderings-elementer når det skal avgjøres hvorvidt ny kapasitet skal tillates. Hovedinntrykket er at departementet ser økt utvekslingskapasitet som et gode, jf punkt 2 «Gevinster ved samspill mellom det norske vannkraft-systemet og varmekraftsystemer i andre land» og punkt 7, som konkluderer med at dette kan gi «betydelige gevinster».¹⁹⁷

¹⁹⁴ Den generelle relevansen av slike dokumenter er behandlet ovenfor under punkt 5.2. For en fullstendig oversikt over relevante stortingsdokumenter, se Martinsen (2004) s. 142.

¹⁹⁵ Jf punkt 4.7.

¹⁹⁶ Hvordan eventuell utenlandshandel organiseres, blir sekundært i forhold til spørsmålet om ønsket kapasitetsmengde.

¹⁹⁷ St meld nr 46 (1992-93) s. 1 og 4.

Meldingen taler om gevinster av ulike slag. Én ting er at utveksling potensielt gir store *økonomiske* gevinster ved at landene kan spare ressurser ved å samarbeide.¹⁹⁸ I tillegg kommer de miljømessige og leverings-sikkerhetsmessige gevinstene. Det er gunstig å bruke vannkraft til å dekke forbrukstoppene i Europa, da de miljømessig negative virkningene av varmekraft blir mindre når anleggene kan utnyttes jevnt.¹⁹⁹ Dessuten kan en unngå at mange varmekraftverk går lange perioder med lav utnyttelsesgrad for å være tilgjengelig ved uventede raske endringer i produksjon eller forbruk.²⁰⁰ Her ser vi at klimaeffekten på europeisk nivå allerede i 1993 var ett av flere politiske mål.

Forsyningssikkerhet er også fremhevet som et særlig hensyn. Det uttales at

«[k]raftutvekslingsavtaler med utlandet vil [...] gjøre krafttilgangen i det norske systemet sikrere og vil øke leverings-sikkerheten. Behovet for tørrårs-sikring ved ulike oppdeckingsmuligheter innenlands, blant annet bygging av store magasiner, vil derfor bli mindre».²⁰¹

Virkningen av dette vil bli mer stabile priser, da også andre faktorer enn nedbør avgjør krafttilgangen.

Den eneste negative virkningen som antydes i meldingen, er at økt kraftutveksling med utlandet kan gjøre det aktuelt å forsterke nettet innenlands. I tillegg bemerkes det at forsterkninger av linjenettet har miljømessige sider ved seg. Kostnadene knyttet til denne typen investeringer sies det ingenting om.

Hva er så den rettslige betydningen av disse nærmest entydige positive uttalelsene? Slik vi ser det, er dette såpass klare signaler om at økt utenlandskapasitet er ønskelig, at konsesjonsmyndighetene i det minste vil være nødt til å se hen til de positive følgene når de får en konsesjonssøknad

¹⁹⁸ Dette er klart en post i det samfunnsøkonomiske regnestykket, som allerede etter enl § 1-2 må være et pliktig hensyn ved vurderingen.

¹⁹⁹ Ibid. s. 2.

²⁰⁰ L.c.

²⁰¹ Ibid. s. 3.

på bordet. Noen sensur av hvilken vekt disse hensyn skal tillegges er det imidlertid vanskelig å utøve. Når kostnader forbundet med forsterkninger av det landbaserte eksisterende nettet ikke uttrykkelig omtales, men det bare tales om miljømessige virkninger som skal vurderes i forhold til hver enkelt konsesjonssøknad, kan det nok stilles spørsmål ved om det vil være legitimt av konsesjonsmyndigheten å avslå en konsesjonssøknad til et ellers gunstig prosjekt hovedsakelig på bakgrunn av kostbare interne nettførsterkninger.

De positive sidene ved økt overføringskapasitet mot utlandet gjentas også i stortingsmeldingen fra 2003-2004 om forsyningssikkerhet. I meldingen brukes stor plass på å forklare de gunstige virkningene det har for forsyningssikkerheten at varmekraftsystemer kobles sammen med Norges vannkraftbaserte elektrisitetsproduksjon.²⁰² På samme måte som ovenfor, må det herfra kunne slutes at hensynet til forsyningssikkerheten i tørrår er et pliktig hensyn ved konsesjonsvurderingen. Når en – riktignok etter en rystende strømkrise vinteren 2002/2003 – fremlegger en omfangsrik stortingsmelding viet til emnet forsyningssikkerhet, må dette hensynet veie tungt. Vi stiller da spørsmål ved om det for eksempel vil være rettslig adgang til å avslå et prosjekt som aktøren finner bedriftsøkonomisk lønnsomt utelukkende på det grunnlag at departementet synes aktøren ved sin investering tar en for stor risiko. Det er imidlertid vanskelig å si noe sikkert om dette uten å ha en konkret sak å vurdere det opp mot.

Dersom økt overføringskapasitet ut fra en vurdering av disse hensyn isolert sett finnes å være ønskelig, kan det likevel tenkes at andre forhold kan føre til avslag. Begge stortingsmeldingene har uttalelser om eierskapsprosjekt i forbindelse med nye utenlandsprosjekter. Meldingen om forsyningssikkerhet fra 2003-2004 viser til at kostnader tilknyttet investering og drift av utenlandsforbindelser dekkes av brukerne av nettet gjennom regulære tariffer, og at flaskehalsinntekter godtgjøres sentralnettet. Deretter uttaler departementet at «tilsvarende praksis bør gjelde for nye overførings-

²⁰² St meld nr 18 (2003-04), se særlig Boks 3.5 på s. 43.

forbindelser». ²⁰³ Vi ser altså at departementet legger til grunn at Statnett som utgangspunkt skal bygge, eie og drive nye overføringsforbindelser. En reservasjon gjøres likevel:

«Departementet vil imidlertid ikke utelukke at kabelprosjekter fortsatt kan gjennomføres med bidrag fra kommersielle aktører. Det forutsettes i så fall at organiseringen av kraftutvekslingen på overføringsforbindelsen må sikre en effektiv utveksling, jf. St.meld. nr. 46 (1992-93).» ²⁰⁴

Dette utgangspunktet later det til at hittil er fulgt opp, eksempelvis gjennom Statnetts konsesjon til NorNed-prosjektet. I konsesjonsbrevet til Statnett legger departementet «vekt på at kabelen bygges i regi av de to sentralnetts-selskapene» og videre at «den norske andelen av kostnader og inntekter skal inngå i sentralnettet». ²⁰⁵

Det gjenstår imidlertid å se hvordan konsesjonsmyndighetene vil vurdere en kommersiell aktør som NorGer AS. Ut fra de norske rettskildene skulle det være et relevant hensyn å se hen til og vektlegge at denne konsesjons-søkeren ikke er systemoperatør. Konsesjonsbehandlingen i forbindelse med slike søkere kommer vi nærmere tilbake til i kapittel 10, ettersom det finnes EØS-regulering som vedrører dette. Vi skal da se at spørsmålet kun reises hvor det ikke er aktuelt med noen lignende utbygging fra systemoperatørens side. En vektlegging av at søker ikke er systemoperatør, vil da innebære at en alene på det grunnlag at aktøren er kommersiell avslår utbygging, og dagens ordning med at systemoperatøren eier og driver utenlandskablene i sentralnettet utfordres ikke. Dersom myndighetene ønsker å få realisert slike risikofylte prosjekter, som ikke systemoperatøren vil eller kan igangsette, vil det også være nødvendig å slippe til private aktører. Og som vi skal se, blir det da ikke et område igjen for å vurdere ønskeligheten av et prosjekt på bakgrunn av hvem aktøren er.

²⁰³ St meld 18 (2003-2004) punkt 5.7.2.

²⁰⁴ L.c.

²⁰⁵ Jf konsesjon til Statnett av 15. desember 2004 s. 2.

6.5 Særlig om sammenhengen mellom anleggs- og utenlandskonsesjonsbestemmelsen

6.5.1 Innledning

Under drøftelsen ovenfor konkluderte vi med at spørsmålet om ny overføringskapasitet er ønskelig oppstår under både anleggskonsesjonsbestemmelsen i enl § 3-1 og utenlandskonsesjonsbestemmelsen i § 4-2. Konsesjonsordningene gjelder side om side, og etablering av en utenlandskabel vil etter dagens praksis medføre behov for begge konsesjoner.²⁰⁶

Departementet er konsesjonsmyndighet etter enl § 4-2, mens NVE etter delegasjon er konsesjonsmyndighet etter enl § 3-1. Vi skal ta opp to interessante problemstillinger som oppstår i en slik situasjon, men som delvis er forbundet med hverandre. Det første spørsmålet er om det er forskjeller i hvilke hensyn det rettslig sett er adgang til å se hen til etter de to bestemmelsene. Det andre knytter seg til hva som er en hensiktsmessig arbeidsfordeling. Spørsmålene behandles i punktene 6.5.4 til 6.5.6. Før vi kommer så langt, skal vi imidlertid si noe generelt om de situasjoner hvor flere tillatelser er nødvendig i forbindelse med ett prosjekt. Dersom utenlandskonsesjonsbestemmelsen konsumerer anleggskonsesjonsbestemmelsen, er det ikke noe poeng å vurdere sammenhengen mellom dem. Vi skal også si litt om selve søknadsprosessen ved nye utenlandsprosjekter.

²⁰⁶ Unntak gjelder for Statnetts prosjekter i den grad foretaket skal etablere en ny kabel til et annet nordisk land. Dette omfattes av Statnetts generelle konsesjon for tilrettelegging for kraftutveksling med de nordiske land. På denne bakgrunn har departementet vurdert det slik at eventuell etablering av Skagerrak 4-kabelen ikke fordrer utenlandsskonsesjon, jf opplysninger fra møte med NVE.

6.5.2 Når flere konsesjoner er nødvendige i forbindelse med ett prosjekt

Når det generelt gjelder en situasjon hvor flere tillatelser er nødvendige for å igangsette en virksomhet og en eller flere av disse er gitt, har ikke søkeren rettskrav på å få de andre søknadene innvilget. Dersom eksempelvis NorGer AS får innvilget søknad om anleggskonsesjon for bygging av kabelen, er det ikke noen automatikk i at søknad om utenlandskonsesjon skal innvilges, og omvendt. Her tilligger kompetansen ulike organer, og det ville innebære at det organ som tok stilling til den først innkomne søknaden, i realiteten også avgjorde den andre.

Men den omstendighet at visse tillatelser er gitt, kan likevel være et forhold som må tas i betraktning ved bedømmelsen av nye søknader.²⁰⁷ Eckhoff/Smith fremhever at dette også gjelder når flere organer skal ta stilling til hvert sitt aspekt av en virksomhet, og spesielt hvis den tillatelse som er gitt, må anses som hovedtillatelsen.²⁰⁸

I den grad en av tillatelsene vi er opptatt av er hovedtillatelsen, må det være utenlandskonsesjonen. Kompetansen til å avgjøre søknad etter enl § 4-2 ligger til et organ høyere oppe i hierarkiet enn det som avgjør anleggskonsesjonen. NVE har fått delegert kompetansen til å avgjøre anleggskonsesjonssøknadene fra departementet, og kan da i utgangspunktet også instrueres i hvordan denne skal brukes. I praksis skal det nok derfor mye til for at NVE kan forsvare avslag på anleggskonsesjonssøknad dersom utenlandskonsesjon allerede er gitt. Hammer formulerer det som at anleggskonsesjonen i slike tilfeller «hviler på utenlandskonsesjonen».²⁰⁹ Det

²⁰⁷ Eckhoff (2006) s. 421.

²⁰⁸ L.c.

²⁰⁹ Hammer (1999) s. 178.

må være departementet som sitter med siste ord med tanke på om utenlandsprosjekter skal realiseres.²¹⁰

6.5.3 Kort om søknadsprosessen

I noen grad skjer det et samarbeid mellom departementet og direktoratet ved konsesjonsbehandling av nye utenlandsprosjekter. Vi er usikre på omfanget av dette og hvordan arbeidsfordelingen konkret er.²¹¹ Det er ingen lovbestemt rekkefølge for hvilken søknad en tiltakshaver må sende inn først i forbindelse med nye prosjekter.²¹² Departementet har likevel opplyst at de ser det som hensiktsmessig at alle andre konsesjoner er på plass før det skal vurdere å gi konsesjon etter § 4-2.²¹³

Energiloven kapittel 2 har regler om saksbehandlingen ved konsesjons-søknader. Søknaden skal sendes konsesjonsmyndigheten og inneholde «de opplysninger som er nødvendig for å vurdere om tillatelse bør gis og hvilke vilkår som skal settes».²¹⁴ Søknadene skal publiseres og kunngjøres på nærmere beskrevet måte, og det skal settes frist for å komme med uttalelser.²¹⁵ Vedtak fattes deretter av konsesjonsmyndigheten etter enl § 2-2.

I forbindelse med anleggskonsesjoner vil tiltakshaver gjerne bli pålagt å iverksette omfattende konsekvensutredninger.²¹⁶ Også i forbindelse med

²¹⁰ NVE har på spørsmål også sagt at et prosjekt ikke blir noe av og anleggskonsesjon må nektes, dersom departementet allerede har signalisert at det går mot prosjektet.

²¹¹ Det var vanskelig å få klart inntrykk av dette ut fra svarene fra NVE og departementet.

²¹² NVE kunne heller ikke gi konkrete opplysninger om hvilken rekkefølge som var vanlig.

²¹³ Opplyst i møte 16. april 2009. Se nedenfor i punkt 6.5.6 for en vurdering av dette.

²¹⁴ Jf § 2-1 første og tredje ledd.

²¹⁵ Jf § 2-1 femte til syvende ledd.

²¹⁶ For konsesjonspliktige kraftledninger med spenning på 132 kV og over og med en lengde på mer enn 20 km, kreves det en forhåndsmelding før det kan søkes konsesjon, jf Forskrift om konsekvensutredninger av 1. april 2005.

utenlandskonsesjoner vil tiltakshaver måtte foreta utredninger for å gi departementet tilstrekkelige opplysninger om for eksempel handelsløsning og økonomiske konsekvenser av prosjektet. Men det er grunn til å tro at prosessen rundt anleggskonsesjonen som oftest vil være den mest tid- og kostnadskrevende på grunn av de konsekvensutredningene som da pålegges.

Private kabelprosjekter vil i tillegg behøve unntak fra regler i elektrisitetsforordningen.²¹⁷ Slik unntak gis i dag av den nasjonale myndigheter og bekreftes av EFTA Surveillance Authority (ESA). Det er heller ikke regulert når i prosessen slik søknad om innstilling må sendes. Foreløpig har ingen norske aktører vært gjennom denne prosessen, slik at det er vanskelig å si noe om hvilken fremgangsmåte som er vanlig. NorGer-tiltakshaverne legger opp til å ta denne prosessen før det søkes om utenlandskonsesjon.²¹⁸

6.5.4 Er det forskjeller i hvilke hensyn som lovlig kan tas?

Diskvalifiserer utenlandskonsesjonsbestemmelsen enkelte hensyn som relevante i anleggskonsesjonsvurderingen? Når vi her begrenser oss til å stille spørsmålet om begrensninger i NVEs kompetanse, og ikke motsatt, er dette fordi vi vanskelig kan se at departementet som overordnet organ skal få sin kompetanse begrenset av direktoratets ansvarsoppgaver. Når enl § 4-2

Forhåndsmeldingen skal sendes NVE, som foretar kunngjøring og sender meldingen på høring. NVE vurderer deretter om forhåndsmeldingen skal godkjennes. En godkjenning kan inneholde et program for hvilke konsekvensutredninger som skal utføres og vedlegges konsesjonssøknaden, jf NOU 1995: 20 *Elektromagnetiske felt og helse* punkt 6.2.2. Se også Veileder for utforming av søknad om Anleggskonsesjon for kraftledninger, jord- og sjøkabler, transformatorstasjoner og elektriske anlegg i vannkraftverk, <http://www.nve.no/Global/Konsesjonsveiledere/Veiledere%20etter%20energiloven/Veileder%20for%20utforming%20av%20s%C3%B8knad%20om%20anleggskonsesjon%20for%20kraftledninger.%20kabler.%20transformatorstasjoner%20og%20elektriske%20anlegg%20i%20vannkraftverk.pdf>. [avlest 26. mai 2009].

²¹⁷ Dette vil det bli redegjort for i kapittel 10.

²¹⁸ Opplyst av prosjektleder Edvard Lauen. Jf punkt 10.4 for mer om den søknadsprosessen.

nettopp er beholdt i departementet, må det være ut fra en tanke om at *utenlandsspørsmålene* skal ligge til departementet. Skal dette få noen realitet, bør delegasjonen til NVE ikke innskrenke hvilke hensyn departementet kan ta i utenlandssaker, da det kan undergrave helhetstenkningen som er nødvendig ved slike prosjekter.

Vi tar for oss ordlyden i anleggskonsesjonsbestemmelsen, energilovens formål, myndighetsuttalelser, delegasjonsvedtaket fra departementet og systembetragtninger for å finne ut om NVEs kompetanse i utenlandssaker er begrenset de lege lata.

Ordet «kan» i enl § 3-1 tilsier at NVE har fullstendig frihet hva gjelder vurderinger og vektning av hensyn ved konsesjonsavgjørelsen. Lovformålet i energiloven gjelder tilsvarende for §§ 3-1 og 4-2. Uttalelsene i de nevnte stortingsmeldinger vedrører som forklart det grunnleggende spørsmålet om etablering av nye forbindelser til utlandet, og angår slik sett selve kjernen i både anleggs- og utenlandskonsesjonsbestemmelsen. De synes likevel myntet på skjønnsutøvelsen etter § 4-2. Kanskje tilsier dette at tilfanget av hensyn blir noe forskjellig.

Delegasjonsvedtakets begrensning

Som det følger av delegasjonsvedtaket fra departementet til NVE, forutsatte departementet at saker som var av «prinsipiell karakter eller med betydelig motstridende samfunnsinteresser» skulle avgjøres av departementet. Uttalelsen fremstår i utgangspunktet som en begrensning i den kompetansen NVE tildeles ved delegasjonen. Anleggskonsesjonsbeslutninger av prinsipiell karakter eller med betydelig motstridende samfunnsinteresser synes altså forutsatt avgjort av departementet selv om kompetansen etter enl § 3-1 *normalt* tilligger NVE. I praksis foregår det likevel ikke slik at NVE avstår fra å treffe vedtak om anleggskonsesjon i prinsipielle saker, og passusen i delegasjonsvedtaket synes å ha liten realitet i så måte. Vårt spørsmål blir om dette forbeholdet kan få betydning for hvilke *hensyn* NVE kan se hen til ved anleggskonsesjonsavgjørelser. Er direktoratet avskåret fra å se hen til «prinsipielle hensyn»?

Strengt tatt lar det seg nok avgjøre hva som her utgjør «prinsipielle hensyn», men dette i seg selv er vurderingspreget å ta stilling til. Også det å stille i og for seg ukontroversielle hensyn opp mot hverandre, kan lett gi avgjørelsen en prinsipiell karakter. Vi har vanskelig for å konkludere med at delegasjonsvedtaket alene begrenser det utvalget av hensyn NVE har anledning til å ta i forbindelse med anleggskonsesjonsvurderingen eller vektingen av disse. Likevel mener vi bestemmelsen om at prinsipielle saker skal avgjøres av departementet må kunne anvendes som et støtteargument for at NVEs skjønnsutøvelseskompetanse til en viss grad avgrenses, ved siden av de systembetragtningene vi ser hen til umiddelbart nedenfor.

Systembetragtninger

I den grad det gjelder et «organisatorisk spesialitetsprinsipp», vil dette etter vår oppfatning bidra til å begrunne slike systembetragtninger. Begrepet brukes ofte for å betegne det syn at et forvaltningsorgan ikke skal bruke sin skjønnsmessige myndighet til å ivareta formål som andre organer har som særlige oppgave å ivareta. Dette vil med andre ord si at slike hensyn for det andre organet må karakteriseres som utenforliggende. Rettspraksis har imidlertid godtatt en viss overlapping av skjønnsmyndighet som er lagt til ulike organer. Hvor strengt prinsippet bør være, er også omdiskutert i teorien.²¹⁹ Når det organ som særskilt er tiltenkt å ivareta et hensyn har tatt standpunkt til det i en konkret sak, kan det være betenkelig at andre griper inn. Som Eckhoff påpeker, «vil hensynet til ryddig kompetansefordeling [...] i alle fall kunne tjene som argument når spørsmålet ellers byr på tvil».²²⁰

Det er først og fremst i forhold til sideordnede forvaltningsorganer og hensyn etter ulike lover at det organisatoriske spesialitetsprinsippet har vært diskutert. På enkelte områder må kanskje dette prinsippet enn mer gjelde

²¹⁹ Eckhoff (2006) s. 377. Se også Graver, Hans Petter *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utg., Oslo, 2007 s. 121-122.

²²⁰ Eckhoff (2006) s. 378.

hvor de organers kompetanse som skal fastlegges, befinner seg innenfor ett hierarkisk system, og det er samme lov som gjelder. I vårt tilfelle dreier det seg om et politisk organ og et fagorgan, samt at det gjelder avgjørelsesmyndighet etter bestemmelser med noe ulik karakter i samme lov, hvor den ene fremstår som hovedbestemmelsen.

At prinsippet kan gjelde også i relasjon til organer innen samme hierarki er likevel ikke et udiskutabelt standpunkt. Når departementet som overordnet instans er klageorgan for vedtak fattet av NVE, blir det en noe uforutsigbar rettstilstand om klageorganet skal ha anledning til å legge vekt på et annet spekter av hensyn enn hva vedtaket i første instans bygget på. Da blir klagerunden nærmest obligatorisk for en misfornøyd konsesjonssøker eller andre med rettslig klageinteresse.

Vi mener at en slik spesialitetstanke er gangbar argumentasjon i forhold til spørsmålet om utenlandskabler. Både delegasjonsvedtaket og stortingsdokumentene nevnt ovenfor indikerer etter vår oppfatning klart at det som har vært myndighetenes intensjon med kompetansefordelingen mellom NVE og departementet, var at de politiske og prinsipielle vurderinger utenlandsprosjekter reiser skulle gjøres av departementet.²²¹ Det bærer da galt av sted om NVE skulle forhindre at departementet fikk en utenlandskonsesjonssøknad på bordet ved å avslå en søknad om anleggskonsesjon under henvisning til utpregede politiske eller prinsipielle hensyn. Dette vil nok også samsvare dårlig med en anleggskonsesjonssøkers forventninger og gjør linjene mellom forvaltningsorganene uklare.²²²

²²¹ Som Poul Andersen uttalte det, skal nok myndighetene «räcke varandra handen». Men «det kan dreje seg om en vanskelig Afvejelse af Samarbejdet Betydning overfor Betydningen af, at den gældende Kompetenceordning opretholdes, ikke blot efter Lovens Bokstav, men tillige *dens Aand og Forudsætninger*», sitert i Boe, Erik *Ulovlige hensyn i forvaltningsretten*, Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 349, på s. 369-370 (Sitert fra Lovdata).

²²² Hensynet til en parts forventninger, særlig hvor han eller hun har fått medhold i en instans, er trukket frem av Bernt, Jan Fridtjof *Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn - Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse*,

Selv om spørsmålet synes svært tvilsomt, er vi av den oppfatning at en del vurderinger vil være utenforliggende for NVE nettopp *på grunn av* at departementet skal foreta dem. På denne bakgrunn er det nødvendig med en noe nærmere gjennomgang av hvilke vurderinger det dreier seg om. Vi bemerker her at dersom vår konklusjon om kompetansefordelingen mellom de to organer ikke finnes holdbar de lege lata, kan betraktningene i det følgende punkt anses som et forsøk på å trekke opp en hensiktsmessig arbeidsfordeling mellom departementet og NVE.

6.5.5 De konkrete hensyn

Ved løsning av spørsmålet om hva som er en lovlig hensyntaken hos NVE, kan de to instansenes vanlige arbeidsområde og det forhold at utenlandskonsesjonen er hovedtillatelsen ved nyetableringer, gi veiledning. I den grad hensynene ved vurderingen av om tillatelser skal gis er av utpreget *politisk eller prinsipiell karakter*, må hovedsynspunktet være at disse ligger til departementet som både overordnet og politisk organ.

De vurderingene NVE skal foreta i forbindelse med anleggskonsesjonen, bør etter vårt syn hovedsakelig knytte seg til praktiske løsninger, trasévalg og miljømessige konsekvenser av selve kabelen eller ledningen. Det gjelder altså mer tekniske vurderinger.²²³

Samfunnsøkonomiske betraktninger er sentrale ved vurderingen av om ny kapasitet mot utlandet skal tillates. De helhetlige samfunnsøkonomiske hensyn om ønskeligheten av å sammenkoble Norges kraftsystem med et annet lands, må være anleggskonsesjonsvurderingen uvedkommende. Dette gjelder andre aspekter ved prosjektet enn selve anleggets virkninger. De tilleggsvurderinger som ligger i utenlandskomponenten ved prosjektet, bør

Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s 241 på s. 255 (Sitert fra Lovdata). Bernt synes for øvrig noe skeptisk til et strengt organisatorisk spesialitetsprinsipp.

²²³ Dette ble også uttalt av departementet i møte av 16. april 2009.

som et utgangspunkt foretas av departementet og ikke NVE, med mindre direktoratet får særskilt beskjed om å utrede og vurdere disse.

Det er kanskje likevel grunn til å se nærmere an hva slags søknad det gjelder. Slik vi forstod NVE, går direktoratet lenger i å vurdere samfunnsøkonomisk lønnsomhet når det kun skal gis anleggskonsesjon og ikke utenlandskonsesjon. Dette synes fornuftig. Slike tilfeller kan oppstå hvis Statnett søker om å bygge en kabel til et land i Norden som omfattes av den generelle tilretteleggingskonsesjonen foretaket har for området.²²⁴ En slik situasjon foreligger nå ettersom Statnett søker anleggskonsesjon i forbindelse med den såkalte Skagerak 4-kabelen.

Særlig bør vurderingen av om kabelen er egnet til å skaffe inntekter over tid, foretas av departementet. Dette er i hovedsak avhengig av prisutviklingen på elektrisitet i Norge og i landet kabelen eller ledningen skal gå til, samt antallet andre utenlandskabler som vil bli bygget fra Norge. Det knytter an til selve ønskeligheten av elektrisitetsutveksling og konsekvensene det får for samfunnet og alle aktørene i elektrisitetsmarkedet at kapasiteten mot det europeiske markedet utvides.

Ovenfor i punkt 6.4 vurderte vi adgangen til å se hen til om søker er systemoperatør. Spørsmålet om det skal åpnes for kabelforbindelser iverksatt av andre aktører enn systemoperatøren mener vi er av politisk og prinsipiell karakter. Dette gjelder i alle fall på nåværende tidspunkt hvor samtlige utenlandsforbindelser som inngår i sentralnettet, er eid av Statnett. Vi mener derfor det har de beste grunner for seg at departementet tar stilling til om private aktører skal få slippe til og at NVE er avskåret fra å hensynta det i anleggskonsesjonsvurderingen.

Imidlertid kan det være fornuftig at NVE også ser hen til hvem den konkrete konsesjonssøkeren er, men det bør etter vårt skjønn bare være for å vurdere om søkeren har økonomisk ryggrad til å bære den investeringen kabelprosjektet fordrer. Slike konkrete vurderinger av enkeltaktørers

²²⁴ Opplyst av NVE i møte av 18. mars 2009.

økonomiske forhold og kompetanse vil NVE på bakgrunn av konsesjonsbehandling av svært mange og ulike anlegg og konsesjonssøkere, ha de beste forutsetninger for å foreta.

Som vi har sett, reiser kabelprosjekter en rekke ulike miljøspørsmål. Er det NVE eller departementet som bør se hen til disse miljøaspektene? Negative følger et anlegg har for lokalmiljøer, er sentralt i konsekvensutredningsprogrammer og noe NVE har erfaring med å vurdere. Et anleggs plassering og trasé kan eksempelvis skade et fuglereservoar eller et friluftsområde. Valget mellom slike alternativer mener vi NVE bør ha det avgjørende ord i forhold til. Det overordnede spørsmålet om kabelprosjektet skal realiseres tross miljøkonsekvenser av slik karakter, bør departementet avgjøre, da det sikrer at alle sider ved prosjektet blir vurdert i sammenheng. Her ser vi nettopp behovet for et samarbeid, for å sikre en effektiv og forutberegnelig arbeidsfordeling og saksbehandling.

Den samme arbeidsfordelingen mener vi bør benyttes i møte med den problemstilling at en ny kabel til utlandet fordrer omfattende forsterkninger i det eksisterende landbaserte nettet. Hvilke forsterkninger som trengs, har NVE gode forutsetninger for å utrede og avgjøre. Hvorvidt utenlandsprosjektet skal nektes på grunn av at kostnader og miljøkonsekvenser som følge av slik nettutbygging, må avgjøres av departementet.

I forlengelsen av dette, må positive miljø-/klimamessige konsekvenser det eventuelle prosjektet har ved at fornybar vindkraft slik sett blir realiserbart, samt at bruken av sterkt forurensende energikilder på kontinentet kan begrenses dersom ren norsk vannkraft benyttes til å dekke forbrukstopper der, også inngå i denne helhetlige vurderingen departementet skal foreta.

6.5.6 Avsluttende vurderinger

Vi antar at domstolene vil sensurere vedtak fra NVE som går langt i å hensynta politiske og prinsipielle forhold som typisk knytter seg til at prosjektet går til utlandet. Hvor grensen nærmere bestemt går, er det vanskelig å si med sikkerhet. Vi har ovenfor skissert noen utgangspunkter vi mener bidrar til en ryddig kompetansefordeling mellom NVE og

departementet. I den utstrekning hensyntaken fra NVEs side de lege lata ikke vil lede til ugyldighet, mener vi likevel synspunktene bør være veiledende de lege ferenda. De vil bidra til positiv forenkling og økt forutsigbarhet for berørte aktører, når konsesjonssystemet etter energiloven en gang er organisert slik at etableringsfunksjonen dobbeltkonsesjoneres.

Etter vår vurdering, kan det settes spørsmålsteget ved hensiktsmessigheten av departementets krav om at alle andre tillatelser er på plass før det vurderer saken. For det første er anleggsprosessen tidkrevende og dyr, og av ressursøkonomiske hensyn bør det unngås at tiltakshaver bruker unødig med midler dersom det kunne vært avklart på et tidligere tidspunkt at godkjenning til prosjektet ikke ville bli gitt. For det annet er utenlandskonsesjonen som nevnt hovedtillatelsen ved etablering av nye utenlandsprosjekter og dersom denne gis først, unngår man en betinget anleggskonsesjonsbehandling.

At det her er behov for kommunikasjon og samarbeid mellom departementet og NVE fremstår som klart. Det må også være i søkerens interesse at det skjer en viss samordning av søknadsbehandling, slik at systemet ikke blir for uoversiktlig, uforutsigbart eller saksbehandlingen for tidkrevende.²²⁵

På bakgrunn av instansenes fagkunnskap og erfaring mener vi at avgjørelser av isolerte enkeltspørsmål bør avgjøres av NVE, og at disse avgjørelsene danner grunnlag for departementets helhetsvurdering. Vi gjentar her eksempelet nevnt ovenfor om nettførsterkninger i forbindelse med nye utenlandsforbindelser. NVE synes å ha de beste forutsetningene for å ta stilling til om og i hvilken utstrekning slike nettførsterkninger behøves. Hvilken betydning dette nettførsterkningsbehovet har for kjernes spørsmålet om ønskeligheten av økt overføringskapasitet, inngår så i departementets vurdering. Dette bidrar til en effektiv arbeidsfordeling, og kostnadsdrivende dobbeltarbeid unngås. Jo tidligere slikt samarbeid innledes, jo bedre.

²²⁵ Se Eckhoff (2006) s. 422.

Del III

EØS-reguleringen

7 EØS-markedet

7.1 Innledning

7.1.1 Problematikken

I dette kapitlet skal reglene i EØS-avtalen vurderes i forhold til konsesjonsbestemmelsen i energiloven § 4-2. EØS-avtalen regulerer samhandel og andre økonomiske forhold mellom EU og EFTA-landene. EFTA-landene som har sluttet seg til avtalen, gis deltakelse i det indre europeiske markedet på lik linje med EU-landene. Sentralt i reguleringen står reglene om de fire friheter; fri utveksling av varer, tjenester, personer og kapital.²²⁶ Det følger også av EØS-loven § 2 at bestemmelser i norsk rett som «tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen» i tilfeller av regelkonflikt skal gis forrang fremfor «andre bestemmelser som regulerer samme forhold». Norske konsesjonsregler kan derfor kun anvendes i den utstrekning de ikke kommer i konflikt med EØS-forpliktelsene.²²⁷ Spørsmålet blir således om reglene om de fire friheter på noe vis utfordrer våre konklusjoner i kapitlene 4-6.

Formålet med EØS-avtalen er å fremme handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, like konkurranseforhold og overholdelse av de samme regler. Dette svarer også til hovedformålene med den Europeiske Union. Homogenitetsmålsetningen kommer til uttrykk i EØS-avtalen artikkel 1. For å nå målsetningen om et indre marked, må tiltak som legger restriksjoner på handelen motvirkes.

²²⁶ EØS-avtalen er en folkerettslig avtale, og hoveddelen av avtalen er som nevnt gjennomført i norsk intern rett ved EØS-loven. EØS-avtalen gjelder i dag mellom EU-landene og tre av de fire EFTA-landene; Island, Liechtenstein og Norge.

²²⁷ EØS-regler har derfor i juridisk teori fått betegnelsen semikonstitusjonelle. Eventuell regelkonflikt på dette punkt vil kunne påberopes av en aktør som mener seg uforpliktet etter konsesjon(er).

Det må først vurderes om kravet til konsesjon i enl § 4-2 rammes av EØS-avtalen art 11 og 12. Dersom dette besvares bekreftende, må det tas stilling til om bestemmelsen likevel kan opprettholdes på bakgrunn av unntaksbestemmelsen i art 13. Den reelle betydningen av å fastslå hvorvidt det foreligger en import- eller eksportrestriksjon, er om den nasjonale regel må underkastes en nærmere vurdering av om tiltaket er begrunnet i et legitimt hensyn og også oppfyller egnethets- og proposjonalitetskravet.²²⁸ Også sekundærlovgivningen vil kunne få innvirkning på den unntaksvurdering som skal foretas.

For varereglene vedkommende opplister altså art 13 en del hensyn som kan begrunne unntak fra de foregående reglene. Det gjelder «hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett». Praksis fra EF-domstolen har imidlertid lagt til grunn at også andre enn de her nevnte hensyn kan forsvare unntak. Rettspraksis bygger kort fortalt på at unntak fra «opprinnelsesbestemte restriksjoner» bare kan gjøres dersom restriksjonene er begrunnet i hensynene nevnt i art 13. For opprinnelsesnøytrale restriksjoner – det vil si de tiltak som gjelder varer generelt – kan hensynene i art 13 suppleres med såkalte «allmenne hensyn». Dette gjelder også tiltak som indirekte diskriminerer utenlandske varer.²²⁹

Dersom bestemmelsen eller praktiseringen av den tidligere har vært begrunnet ut fra et illegitimt hensyn etter EØS-retten, er ikke dette til hinder for at myndighetene nå kan påberope andre hensyn til sitt forsvar.²³⁰

I utgangspunktet kan det tilsvarende spørres om anleggskonsesjonsbestemmelsen i enl § 3-1 utgjør en import- og eksportrestriksjon etter EØS-

²²⁸ Jf *EØS-rett* (2004) s. 295.

²²⁹ For mer om dette, se *EØS-rett* (2004) s. 311-322.

²³⁰ Jf blant flere Joined cases C-338/04, C-359/04 and C-360/04: Criminal proceedings against MASSIMILIANO PLACANICA (C-338/04), CHRISTIAN PALAZZESE (C-359/04) and ANGELO SORRICCHIO (C-360/04), 6. mars 2007, ECR 2007 s. I-1891, se premiss 49. Fra EFTA-domstolen nevnes Sak E-1/06 EFTA SURVEILLANCE AUTHORITY V THE KINGDOM OF NORWAY, 14. mars 2007, se premiss 32-33.

avtalen art 11 og 12, slik vi gjør for § 4-2.²³¹ Som vi har vist i punkt 5.6, rammer begge bestemmelser utvidelse av kapasitet mot utlandet, og *i prinsippet* vil tilsvarende hensyn kunne vurderes etter begge bestemmelser.²³² I den utstrekning de samme hensyn begrunner vedtak etter § 3-1 som etter § 4-2, vil vurderingen av om disse hensyn kan forsvares i medhold av art 13 eller læren om allmenne hensyn, stille seg likt. Dersom vår analyse i det følgende viser at et hensyn myndighetene påberoper seg, ikke lovlig kan begrunne et avslag etter § 4-2, vil heller ikke dette hensynet kunne begrunne avslag etter § 3-1. Sistnevnte bestemmelse vil av den grunn ikke få noen selvstendig behandling i det følgende.

Når forholdet til EØS-avtalen skal vurderes, må det også ses hen til sekundærlovgivningen. Sekundærreglene er først og fremst av betydning for vurderingen av i hvilken utstrekning EØS-avtalen åpner for unntak fra restriksjonsforbudene, i og med at unntaksadgangen kan være snevrere enn etter avtalens hoveddel.²³³

7.1.2 Gjengivelse av diskusjonen rundt bestemmelsen

Utenlandskonsesjonsbestemmelseres forhold til EØS-reglene er problematisert fra flere hold. Under høringsrunden i forbindelse med revisjonen av energiloven i 2000-2001 hadde både Ulf Hammer (ved Universitetet i Oslo)

²³¹ Muligens kan det her spørres om et grenseoverskridende element, slik anvendelse av art 11 og 12 forutsetter, egentlig er til stede dersom anleggskonsesjonen kun gjelder den norske delen av kabelen. Et avslag på en anleggskonsesjonssøknad hindrer selvsagt ikke elektriske anlegg utenfor lovens anvendelsesområde, jf punkt 4.2 ovenfor. Her er forholdet imidlertid at et avslag som klart nok kun knytter seg til det norske landterritoriet, får grenseoverskridende konsekvenser, da det vil hindre at kraft kan flyte til og fra Norge.

²³² Jf punkt 6.5.4.

²³³ *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven (2007)* s. 77. Ved drøftelse av restriksjonsspørsmålet, vil vi også komme inn på elektrisitetsdirektivets regler, men som vi skal se, får sekundærlovgivningen her en mer sentral plass i forbindelse med unntaksvurderingen.

og Hydro innvendinger mot bestemmelsen.²³⁴ Utover at disse mente enl § 4-2 måtte oppheves som stridende mot EUs elektrisitetsdirektiv og EØS-avtalen artiklene 11 og 12, gjengis ikke det nærmere innholdet i høringsuttalelsene i proposisjonen.²³⁵

I proposisjonen foretas det ingen grundig drøftelse av spørsmålet. Departementet nøyer seg med å bemerke at konsesjonsordningen ikke innebærer noen kvantitativ restriksjon på import eller eksport av kraft, men at omfanget av import og eksport i dag begrenses av overføringskapasiteten og andre fysiske begrensninger i kraftsystemet.²³⁶ Synspunktet må være at utenlandskonsesjoner forutsetter eksisterende forbindelser, men gir ikke tillatelse til slike. Så lenge § 4-2 ikke benyttes til å hindre handel over en kabel som allerede eksisterer, reduserer ikke bestemmelsen omsatt kraftvolum over landegrensene.

Også i litteraturen er det påpekt at § 4-2 kan stå i et problematisk lys i forhold til EØS-reglene. Hammer innleder med å si at bestemmelsen *formelt sett* innebærer en restriksjon.²³⁷ Han påpeker imidlertid deretter at det ikke er tale om noen *egentlig restriksjon* på varebyttet i forhold til det han kaller det nordiske markedet. Dette er fordi aktører fra alle land som har overføringsforbindelser til de nordiske landene, fritt kan handle, men det må skje på markedsplassen, Nord Pool. Når aktørene på børsen ikke trenger utenlandskonsesjon, er bestemmelsen slik den praktiseres, ikke egnet til å redusere omsatt mengde kraft.

I forhold til det europeiske markedet er det, ifølge Hammer, derimot tale om en restriksjon. Disse konsesjonene forutsatte at partene etter kraftutvekslingsavtalen disponerte all kapasitet i kabelen gjennom avtale-

²³⁴ Jf Ot prp nr 56 (2000-2001) s. 47.

²³⁵ Det har ikke lyktes oss å få tak i disse.

²³⁶ Jf Ot prp nr 56 (2000-2001) s. 47-48.

²³⁷ Se Hammer i *Vassdrags- og energirett* (2002) s. 710 og Martinsen (2004) s. 147-148, som henviser til Hammer.

perioden, noe som innebærer en direkte forskjellsbehandling i forhold til andre markedsaktører som ønsker å foreta grenseoverskridende handel gjennom kabelen.²³⁸

7.1.3 Kort om EØS-avtalens anvendelse på sokkelen

I juridisk teori har spørsmålet om EØS-avtalens anvendelse på kontinentalsokkelen vært problematisert.²³⁹ Bakgrunnen er at EØS-avtalen etter sin ordlyd bare kommer til anvendelse på «Kongeriket Norges [...] territorium», jf art 126. Imidlertid er det implementert mye regulering som forutsetter anvendelse også utenfor territorialgrensen. Vi nøyer oss her med å peke på problemstillingen. Våre problemstillinger knytter til seg kabler og ledninger som strekker seg ut over territorialgrensen. Spørsmålet skulle derfor i utgangspunktet vedrøre vårt tema. Den praktiske betydningen av en konklusjon på problemstillingen er trolig likevel liten når det gjelder elektrisitetsforbindelser. Når det er tale om land-til-land-kabler, ligger deler av disse med nødvendighet på områder som omfattes av EØS-avtalen, og regulering av handel og drift av slike kabler knytter seg til hele kabelen og normalt ikke til enkeltdele av den. Betydningen av EØS-avtalens virkeområde stiller seg derfor i et lignende lys som betydningen av energilovens stedlige virkeområde.²⁴⁰

7.1.4 Litt om den situasjon at et tiltak kan subsumeres under flere av regelsettene i EØS-avtalens hoveddel

Bestemmelsen i enl § 4-2 kan potensielt stride mot flere av de fire friheter. I den grad utvidelse av nettkapasitet nektes, synes varereglene mest

²³⁸ *Vassdrags- og energirett* (2002) s. 710-711.

²³⁹ Se Arnesen, Finn *Statlig styring og EØS-rettslige skranker. Illustrert ved en studie i EØS-rettens betydning for styringen av norsk petroleumsvirksomhet*, Oslo, 1996 s. 59-80.

²⁴⁰ Jf punkt 4.2 ovenfor.

anvendelige. Det forhold at en *tilrettelegger* behøver konsesjon, kan ha en side til varereglene, men bør kanskje også vurderes opp mot tjenestereglene. Betragtningen er at bestemmelsen reelt sett legger begrensninger på den frie utøvelsen av tjenester over landegrensene ved at konsesjon er nødvendig for tilretteleggingsvirksomhet i forbindelse med kraftutveksling.²⁴¹ I tillegg kan det spørres om reglene ved i praksis å legge begrensninger på en aktørs ønske om å etablere seg i et annet land, strider mot etableringsreglene eller kapitalreglene. Prinsipielt sett er det ikke noe i veien for at forskjellige aspekter ved samme ordning må vurderes opp mot flere regelsett.²⁴²

Som advokat i en sak for norske domstoler ville valg av påberopt regelsett kunne avhenge av hvem klienten var. Dersom klienten eksempelvis var NorGer AS, som hadde fått avslått hele prosjektet sitt etter enl § 4-2, ville vi nok prosedert på at varereglene var overtrådt. Hvis det derimot var Nord Pool Spot som fikk avslag på søknad om utvidelse av sin konsesjon for tilrettelegging for kraftutveksling med utlandet i form av administrativ drift av NorGer-kabelen, hadde det vært mer nærliggende å prosedere på strid med tjenestereglene.²⁴³

EF-domstolen har uttalt at det i tilfeller hvor flere regelsett synes anvendelige, kan være grunn til å ta i betraktning statens formål med den aktuelle regulering.²⁴⁴ Dette er også presisert i teorien, og Oliver skriver at

²⁴¹ Denne problemstillingen har, så vidt vi har sett, ikke vært diskutert i teori rundt enl § 4-2.

²⁴² Jf *EØS-rett* (2004) s. 258. Se blant annet dommene i C-179/90, PORTO DI GENOVA, 10. desember 1991, ECR 1991 s. I-5889 og i C-387/93, BANCHERO, 14. desember 1995, ECR 1995 s. I-4663. For mer om sammenhengen mellom de fire friheter, se *EØS-rett* (2004) s. 257-259.

²⁴³ Dette er imidlertid et noe urealistisk eksempel, da Nord Pool Spot ikke selv har for vane å søke om ny konsesjon ved nye kabelprosjekter, men har fått tildelt konsesjoner «automatisk», som subsidiære til tiltakshavers (hittil Statnett).

²⁴⁴ Se blant flere C-326/07, COMMISSION v ITALIAN REPUBLIC, 26. mars 2009 premiss 33 og C-157/05 HOLBÖCK, 24. mai 2007 ECR 2007 I-4051 premiss 22 med ytterligere henvisning til rettspraksis.

«...where a restriction falls on both goods and services, the Court usually determines which of the two aspects is predominant and decides the case exclusively under articles [EF-traktaten] 28-30 or 49-55, as the case may be».²⁴⁵

Unntaksvis kan likevel situasjonen være en annen. Oliver viser til CANAL SATÉLITE DIGITAL V SPANIA, som gjaldt spansk regulering som krevde at ytere av telekommunikasjonstjenester måtte føres inn i et nasjonalt register, samt oppgi karakteristika for hvilke tekniske hjelpemidler de brukte og få disse godkjent.²⁴⁶ Fra premiss 32 og 33 siteres:

«In the field of telecommunications, however, it is difficult to determine generally whether it is free movement of goods or freedom to provide services which should take priority. As the case in the main proceedings shows, the two aspects are often intimately linked. The supply of telecommunication equipment is sometimes more important than the installation or other services connected therewith. In other circumstances, by contrast, it is the economic activities of providing know-how or other services of the operators concerned which are dominant, whilst delivery of the apparatus, equipment or conditional-access telecommunication systems which they supply or market is only accessory.

Accordingly, the question whether the restrictions referred to in paragraph 29 of this judgment are justified must be examined simultaneously in the light of both Article 30 [nå 28] and Article 59 [nå 49] of the Treaty...»

I dommen prøves overraskende nok spørsmålet om strid med henholdsvis vare- og tjenestereglene under ett. Dette kan etter Oliver's syn ikke bety at reglene gir anvisning på identiske vurderinger, men her var det rimelig åpenbart at den nasjonale reguleringen utgjorde restriksjoner etter begge regelsett. Hvor det er mindre åpenbart at nasjonale tiltak utgjør restriksjoner, viser rettspraksis at vurderingene ikke sammenfaller.²⁴⁷ Derimot er *unntaksvurderingene* etter de to regelsettene i hovedsak sammenfallende, ifølge Oliver.²⁴⁸ Det viser også KONSUMENTOMBUDSMANNEN (KO) V

²⁴⁵ Oliver, Peter and Stefan Enchelmaier *Free movement of goods. Recent developments in the case law*, Common Market Law Review, vol 44, 2007 (heretter Oliver 2007) s. 649-704, på s. 669.

²⁴⁶ C-390/99, CANAL SATÉLITE DIGITAL SL V ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, AND DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL SA (DTS), ECR 2002 s. I-607.

²⁴⁷ Oliver (2007) s. 670.

²⁴⁸ L.c.

GOURMET INTERNATIONAL PRODUCTS AB (GIP), hvor et svensk reklameforbud for alkohol ble bedømt under begge regelsett.²⁴⁹ Da legitimiteten av tjenesterestriksjonen skulle vurderes, henviste EF-domstolen til den allerede foretatte unntaksdrøftelsen for varereglene.²⁵⁰

Formålet med bestemmelsen i enl § 4-2 var opprinnelig kontroll med den norske elektrisiteten, noe som har klare referanse til varereglene, og våre drøftelser vil hovedsaklig knytte seg til disse. Tjenestereglene vil vi behandle i korthet under punkt 7.5. Når utenlandskonsesjoner i dag er nødvendige i forbindelse med etablering av prosjekter og tiltakshaverne vet at noen må forestå tilretteleggingsfunksjoner for handel over kabelen, er det ingen som vil gå i gang med bygging uten på forhånd å ha avklart hvordan driften skal skje og uten at nødvendige konsesjoner til dette er gitt. Alle eksisterende utenlandskabler er omfattet av tilretteleggingskonsesjoner, og utenlandskonsesjonssøknader i forbindelse med allerede etablerte kabler synes i dag upraktisk. Det er likevel ikke utenkelig at det etableres en annen børs enn Nord Pool, som ønsker å stå for administrativ drift i tilknytning til en kabel. Det er også et tenkelig scenario, om enn lite sannsynlig, at en aktør ønsket å utfordre Statnett og søkte om å forestå teknisk drift i forbindelse med en eller flere utenlandskabler. I forhold til denne tilretteleggingskonsesjoneringen vurderes konsesjonspraksis etter enl § 4-2 opp mot tjenestereglene.

7.2 Utenlandskonsesjonsbestemmelsen som en import- og/eller eksportrestriksjon

EØS-avtalen art 11 og 12 etablerer forbud mot henholdsvis kvantitative import- og eksportrestriksjoner, samt alle tiltak med tilsvarende virkning som slike restriksjoner. En vare som er lovlig produsert og markedsført i et EØS-land, skal som utgangspunkt gis uhindret adgang til markedene i de

²⁴⁹ C-405/98, 8. mars 2001, ECR 2001 s. I-1795

²⁵⁰ Jf premiss 40. Det legitime hensynet var riktignok her «public health».

øvrigte EØS-landene.²⁵¹ Meningen med forbudene er å ramme alle nasjonale bestemmelser som hindrer import og/eller eksport mellom medlemslandene (EØS-statene), bortsett fra tollavgifter og interne avgifter, som reguleres av EØS art 10 og 14-15.²⁵²

På tross av det utgangspunkt at varer er fysiske objekter, er selve elektrisiteten etter EF-domstolens praksis å anse som vare.²⁵³

Roggenkamp har innvendt at elektrisitet ikke lenger kan sies bare å være en vare, ettersom aktivitetene knyttet til elektrisiteten nå i større grad er blitt oppsplittet.²⁵⁴ Slik vi ser det, må det fortsatt være lite tvilsomt at selve elektrisiteten er å anse som en vare. Imidlertid må det være riktig at andre funksjoner knyttet til elektrisitetsdistribusjon og administrering, må anses som tjenester. På tross av at det ikke foreligger noen avgjørelse fra EF-domstolen som fastslår at nettadministreringsfunksjoner er å betrakte som tjenester i EF-traktaten/EØS-avtalens forstand, må det for de fleste funksjoner knyttet til nettadministrasjon være ganske opplagt at det er tilfellet, jf punkt 7.5.1 for spørsmålet om konsesjonærene etter enl § 4-2 er tjenesteytere.

Praktiseringen av bestemmelsene om henholdsvis importrestriksjoner i art 11 og eksportrestriksjoner i art 12 har tidligere vært noe ulik. Ved spørsmålet om noe var en eksportrestriksjon, var det et krav at ordningen forskjellsbehandlet varer bestemt for hjemmemarkedet med varer bestemt for eksport.

²⁵¹ Arnesen, Finn og Hans Petter Graver *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler*, i rapportserien fra Makt- og demokratiutredningen, nr 19, oktober 2000 (heretter Arnesen 2000) s. 109.

²⁵² *EØS-rett* (2004) s. 295.

²⁵³ *Ibid.* s. 283 og eksempelvis dommen om gass- og elektrisitetsmonopolene av , 23. oktober 1997; C-157/94 KOMMISJONEN MOT NEDERLAND, ECR 1997 s. 5699, C-158/94 KOMMISJONEN MOT ITALIA, ECR 1997 s. 5789, C-159/94 KOMMISJONEN MOT FRANKRIKE, ECR 1997 s. I-5815, C-160/94 KOMMISJONEN MOT SPANIA, ECR 1997 s. 5851.

²⁵⁴ Jf Roggenkamp Martha og Francois Boisseleau *The Liberalisation of EU Electricity Market and the Role of Power Exchanges*, i *The Regulation of Power Exchanges i Europe*. Redigert av Marta M. Roggenkamp og Francois Boisseleau, Anwerp, 2005 (heretter Roggenkamp 2005) s. 5.

I en nyere plenumsavgjørelse fra EF-domstolen fravikes imidlertid dette kravet.²⁵⁵ Hvorvidt konseptet om «tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative restriksjoner» skal tolkes på samme måte under art 12 som under art 11, sier avgjørelsen imidlertid ikke noe om. De kabelforbindelser vi behandler, benyttes til både import og eksport av strøm, og vi ser ikke her noe som tilsier at vurderingene skulle falle forskjellig ut.

Både bestemmelsen i seg selv og myndighetspraksis knyttet til den kan utgjøre «tiltak» i artikkel 11 og 12s forstand. Rettspraksis fra EF-domstolen har vist at tiltaksbegrepet favner vidt. For lovbestemmelser og forvaltningspraksis, vedtatt og utøvd av nasjonale myndigheter, er det klart at disse utgjør «tiltak» i EØS-avtalens forstand.²⁵⁶ Paragraf 4-2 etablerer et forbud for andre enn staten mot å foreta utførsel eller innførsel av kraft, og innebærer en begrensning i den alminnelige handlefrihet. Dette utgjør klart et tiltak, uavhengig av hva det reelle internrettslige innholdet i bestemmelsen er. Hva består så dette tiltaket i, og har det tilsvarende virkning som en kvantitativ import-/eksportrestriksjon?

Det kan spørres om § 4-2 direkte utgjør en kvantitativ import- og eksportrestriksjon, slik at det ikke er nødvendig å vurdere om det er et «tiltak med tilsvarende virkning» som slike. Men når bestemmelsen etter praksis rammes utbygging og drift av ny nettkapasitet, utgjør den ingen direkte mengdemessig begrensning på import og eksport eller en kvoteregulering, som er de egentlige kvantitative restriksjonene.²⁵⁷ Slik bestemmelsen fremstår, som et forbud det kan dispenseres fra etter forvaltningens frie skjønn ved

²⁵⁵ Jf sak C-205/07, CRIMINAL PROCEEDINGS AGAINST LODEWIJK GYSBRECHTS, SANTUREL INTER BVBA, 18. desember 2008.

²⁵⁶ Under den funksjonelle analysen har vi forklart hvilken praksis som utøves i medhold av § 4-2. Enten denne praksis kan sies å være lovlig eller ulovlig rent internrettslig, må den være i overensstemmelse med EØS-avtalens krav.

²⁵⁷ Jf Arnesen (2000) s. 109.

konsesjon, må det vurderes om den utgjør et «tiltak med tilsvarende virkning» som en kvantitativ import- eller eksportrestriksjon.²⁵⁸

EF-domstolen har fastslått at ethvert tiltak som anses som en restriksjon vil være det, uansett hvor ubetydelig det virker. Det finnes altså intet bagatallunntak eller «de minimis-regel» for reglene om frie varebevegelser. Riktignok følger det samtidig av EF-domstolens praksis at visse restriksjoner på vareomsetningen anses som for usikre og indirekte i forhold til samhandelen mellom medlemsstatene til at de ikke kan betraktes som restriksjoner. Det gjelder med andre ord et adekvanskraft.

Etter ordlyden er bestemmelsen et forbud mot at sluttbrukere og produsenter i Norge kjøper og selger elektrisitet fra aktører i andre land. Vi mener at en bestemmelse som etter ordlyden forbyr import og eksport av en vare utgjør et traktatbrudd fra Norges side, selv om den ikke praktiseres slik.²⁵⁹ Dette er også lagt til grunn av EF-domstolen; det avgjørende er hvordan regler fremstår, ikke hvordan de praktiseres. En annen sak er at spørsmålet ikke kommer på spissen i rettsforholdet konsesjonær – konsesjonsmyndighet, som vi konsentrerer oss om, når regelen *nettopp ikke* praktiseres etter ordlyden.²⁶⁰

Spørsmålet blir videre om den *reelle konsesjonsordningen* og praktiseringen av denne er «tiltak med tilsvarende virkning» etter artiklene 11 og 12. Det avgjørende er om ordningen eller praktiseringen av § 4-2 hindrer at elektrisitet kjøpes og selges mellom Norge og EU. Påvirkes grenseoverskridende handel?

²⁵⁸ For øvrig er det kanskje ikke i dag noen grunn til å skille mellom hva som faller inn under begrepet kvantitative restriksjoner og hva som må anses som tiltak med tilsvarende virkning, se *EØS-rett* (2004) s. 294.

²⁵⁹ Se nærmere i Heistad, Markus «*Legal certainty*» i *konsesjonssaker. EØS-rettslige skranker for nasjonale konsesjonsordninger*, spesialoppgave 2006 (heretter Heistad 2006) særlig s. 93.

²⁶⁰ Spørsmålet kan imidlertid oppstå ved at ESA reiser traktatbruddssøksmål mot Norge for EFTA-domstolen.

Noe upresist sagt er enhver konsesjonsordning i seg selv en restriksjon, men som vi skal se nedenfor i punkt 7.4, må statene ha stor frihet til å ha slike ordninger.

Hva så med praktiseringen av bestemmelsen? Utgjør praksis etter enl § 4-2 et «tiltak med tilsvarende virkning»? Departementet lente seg i forbindelse med revisjonen av energiloven i 2001 nettopp på resonnementet om at dersom adekvat infrastruktur for elektrisitetsutveksling ikke foreligger, er det mangel på dette som hindrer elektrisitetsutveksling og ikke forbudet i § 4-2. Som vi tidligere har vist, er påstanden ikke holdbar. Paragraf 4-2 brukes til å avslå selve etableringen av nye prosjekter. For så vidt gjelder denne praktiseringen av bestemmelsen, utgjør konsesjonspraksis et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ import- og eksportrestriksjon, i det et avslag på en søknad om å få etablere ny kapasitet hindrer eller begrenser importen og eksporten av elektrisitet.

Elektrisitetsdirektivet inneholder ikke noe uttrykkelig forbud mot eksportrestriksjoner importrestriksjoner eller tiltak med tilsvarende virkning, men direktivet forbyr diskriminerende tiltak, jf artikkel 3. Et nasjonalt tiltak som hindrer eller begrenser elektrisitetseksporten eller -importen medfører en forskjellsbehandling mellom innenlands handel og eksporthandel.²⁶¹ Bjørnebye m.fl. uttaler i sin utredning i forbindelse med revisjonen av energiloven at det derfor er klart at elektrisitetsdirektivet forbyr at en avtalestat legger begrensninger på nettadgangen over landegrensene for å hindre elektrisitetseksport. Uttalelsen kommer i forbindelse med drøftelsen av om myndighetene kan legge begrensninger på bruken til eksport av strøm i eksisterende nett, men etter vårt skjønn vil argumentet på samme måte gjelde for beslutninger som begrenser utvidelsen av kapasitet mot utlandet. Som forfatterne skriver, vil slike restriksjoner medføre en forskjellsbehandling mellom systembrukere avhengig av etableringssted.²⁶²

²⁶¹ Elektrisitetsdirektivet artikkel 21 nr 2 bokstav a begrenser dessuten medlemsstatenes adgang til å legge restriksjoner direkte på nasjonale produsenter eller leverandørers adgang til å selge elektrisitet til kunder etablert i andre EØS-stater.

²⁶² Forfatterne foretar i utredningen *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven* (2007) ingen særskilt

Hva så med aktører som forestår ulike former for tilretteleggingsoppgaver i forbindelse med utenlandshandelen? Utgjør konsesjonering av disse oppgaver en ulovlig restriksjon *etter varereglene*? Tilretteleggingsfunksjonene er avgjørende for at elektrisitetsutveksling kan finne sted og en aktør som ønsker å realisere et utenlandsprosjekt, vil være klar over at § 4-2 utgjør én blant flere hindringer på vei mot målet. Selv om det ikke nødvendigvis er gitt at han selv trenger utenlandskonsesjon, vet han at *noen* behøver slik konsesjon i forbindelse med prosjektet. Vi mener derfor også tilretteleggingskonsesjoneringen utgjør tiltak med tilsvarende virkning etter EØS-avtalen artikkel 11 og 12.

Etter dette konkluderer vi med at bestemmelsen i § 4-2 og dagens praksis etter denne utgjør restriksjoner etter EØS-avtalen art 11 og 12.

Paragraf 4-2 synes etter sin ordlyd å opprette et statlig handelsmonopol for innførsel og utførsel av elektrisk kraft. Organer som fungerer som statlige handelsmonopoler reguleres særskilt i EØS-avtalen art 16. Spørsmålet kan selvfølgelig reises om Statnett er et organ, hvis virksomhet reguleres av denne bestemmelsen. Slik er det neppe, ettersom Statnett ikke selv handler med kraft (utenom noe regulerkraft), men det holder her å konstatere at spørsmålet om det er i strid med EØS-avtalen at andre enn staten selv må søke om konsesjon, ikke er et spørsmål som hører inn under art 16, jf blant annet en sak for EF-domstolen om det svenske detaljalgmonopolet for alkohol; Systembolaget.²⁶³ Her ble regler og praksis med hensyn til hvilke produkter som blir solgt av Systembolaget, samt begrensninger i antall utsalgssteder og regler om hvordan produktene får markedsføres, ansett som en del av monopolets funksjon, og dermed vurdert etter EFT art 31, som tilsvare EØS-avtalen art 16. Bestemmelser om at frittstående importører og grossister av alkoholholdige drikkevarer måtte ha bevilling for å drive sin virksomhet, ble derimot vurdert under varereglene. Se også saken og den norske alkohollovens regler om rusbrus i REC 2002 s. 72 ESA v NORGE («RUSBRUS»)²⁶⁴.

²⁶³ C-189/95 FRANZÉN, 23. oktober 1997 ECR 1997 s. I-5909.

²⁶⁴ EØS-rett (2004) s. 324-325.

7.3 Hindrer sekundærlovgivningen at unntaket etter artikkel 13 eller «allmenne hensyn» kommer til anvendelse?

Unntakene i art 13 er bare anvendelige i fravær av relevant sekundærlovgivning. Dette innebærer at i den grad de hensyn som begrunner en nasjonal restriksjon er ivaretatt gjennom sekundærlovgivningen, er unntaksadgangen etter så vel bestemmelsene om de fire friheter i EØS-avtalens hoveddel som etter de domstolsskapte unntakene stengt.²⁶⁵

Spørsmålet som dermed oppstår, er om elektrisitetsdirektivet eller forordningen har regler om dette, og i så fall, hvorvidt disse godtar begrensninger på adgangen til å eksportere og importere elektrisitet.

Elektrisitetsdirektivet art 24 åpner for at medlemsstatene kan treffe særskilte beskyttelsestiltak i helt spesielle tilfeller. Bestemmelsen lyder:

«In the event of a sudden crisis in the energy market and where the physical safety or security of persons, apparatus or installations or system integrity is threatened, a Member State may temporarily take the necessary safeguard measures.

Such measures must cause the least possible disturbance in the functioning of the internal market and must not be wider in scope than is strictly necessary to remedy the sudden difficulties which have arisen.

The Member State concerned shall without delay notify these measures to the other Member States, and to the Commission, which may decide that the Member State concerned must amend or abolish such measures, insofar as they distort competition and adversely affect trade in a manner which is at variance with the common interest.»

Det følger altså av bestemmelsen at en medlemsstat kan treffe de nødvendige midlertidige beskyttelsestiltakene dersom det oppstår en plutselig krise på energimarkedet. Den gjør det imidlertid klart at adgangen til å innføre beskyttelsestiltak er svært begrenset.²⁶⁶

Slik vi leser bestemmelsen, synes den først og fremst å ta sikte på tilfeller hvor myndighetene ønsker å legge restriksjoner på adgangen til å benytte

²⁶⁵ EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven (2007) s. 14.

²⁶⁶ Ibid. s. 77.

eksisterende overføringsforbindelser til elektrisitetseksport. Men bestemmelsen må imidlertid være til hinder for at myndighetene legger begrensninger på utbygging og drift av både nye og eksisterende overføringsforbindelser med den begrunnelse at man ønsker å bevare norsk kraft i Norge. Som tidligere forklart lå den opprinnelige begrunnelsen for § 4-2 langs slike linjer. Staten ønsket å ha kontroll med hvor mye norsk kraft som ble eksportert og hvor mye som ble importert. Denne begrunnelsen kan ikke gyldig forsvare utenlandskonsesjonen som en generell bestemmelse i dag. Elektrisitetsdirektivets art 24 har nemlig nærmere regulert i hvilke situasjoner denne typen proteksjonistiske hensyn kan tas, og det er altså bare i helt ekstraordinære tilfeller at tiltak («safeguard measures») kan innføres. Det følger av bestemmelsen at disse også skal være av midlertidig karakter, for å avhjelpe den oppståtte krisen i markedet. I tillegg må de oppfylle en streng proposjonalitetsvurdering.

Et beskyttelsestiltak etter art 24 må ikke forstyrre den indre markedets funksjon mer enn høyst nødvendig, og det må ikke være mer vidtgående enn strengt nødvendig for å avhjelpe krisen. I og med at slike restriksjoner i utgangspunktet utgjør et inngripende tiltak for det indre elektrisitetsmarkedets funksjon, skal det derfor svært mye til for at de kan godtas.²⁶⁷

I en tolkningsuttalelse til bestemmelsen har Kommisjonen uttalt at det i slike situasjoner kreves omfattende bevis fra medlemsstatens side for at innføringen av eksportrestriksjoner var det eneste tenkelige alternativet for å avhjelpe krisen.²⁶⁸ Dersom alternative, mindre inngripende tiltak finnes, legger Kommisjonen til grunn at fellesskapsinteressen i å etablere et indre elektrisitetsmarked og å fremme solidaritet mellom medlemsstatene i forsyningsikkerhetsspørsmål medfører at disse tiltakene må prioriteres fremfor eksportrestriksjoner. Forsyningsikkerhets- og infrastrukturdirektivet artikkel 4 nr 3 krever dessuten at medlemsstatenes beskyttelsestiltak etter elektrisitetsdirektivet artikkel 24 ikke må diskriminere mellom grenseoverskridende kontrakter og

²⁶⁷ L.c.

²⁶⁸ Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the Internal Market in Electricity and Natural Gas, Measures to Secure Electricity Supply, 16.01.2004 s. 8-9.

nasjonale kontrakter. Bjørnebye m.fl. reiser på den bakgrunn spørsmål ved om det i det hele tatt vil være adgang til å vedta eksportrestriksjoner som beskyttelsestiltak når dette direktivet trer i kraft.²⁶⁹

Oppsummeringsvis kan det sies at avtalestatenes adgang til å begrense eller hindre elektrisitetseksport av hensyn til å sikre *nasjonal kraftoppdekning* er svært begrenset. I forhold til akkurat dette hensynet må direktivets regler anses for å tre i stedet for unntaksvurderingen etter art 13 og allmenne hensyn. Det må etter vårt skjønn derfor i dag være utelukket å begrunne § 4-2 og den praksis at den brukes til å avslå hele prosjekter på grunnlag av et slikt hensyn. Spørsmålet blir om det er andre hensyn som kan begrunne selve konsesjonsordningen og dagens praktisering av den.

7.4 Kan konsesjonsordningen som sådan begrunnes i legitime hensyn?

Vi har ovenfor konkludert med at både § 4-2 i seg selv og praktiseringen av den innebærer tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative import- eller eksportrestriksjoner. Spørsmålet blir da om bestemmelsen kan opprettholdes i medhold av unntaksreglene i EØS-avtalen. Vi ser først på om det å kun ha en konsesjonsordning er legitimt.²⁷⁰

Er det problematisk at norsk lov inneholder en bestemmelse i § 4-2 som etter sin ordlyd umiddelbart virker som den nettopp retter seg mot grenseoverskridende *handel*? Norske myndigheter la i forbindelse med revisjon av energiloven i 2000-2001 til grunn at det avgjørende i forhold til EØS-retten er hvordan bestemmelsen praktiseres, og ikke hvordan den fremstår.²⁷¹ Dette samsvarer imidlertid ikke med praksis fra EF-domstolen. Heistad

²⁶⁹ *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven* (2007) s. 77-78.

²⁷⁰ Spørsmålet om praksisen hvor kabelprosjekter avslås og tilretteleggingsfunksjoner konsesjonerer vurderes i forhold til artikkel 13 og allmenne hensyn nedenfor i punkt 7.5 og 7.6.

²⁷¹ Ot prp nr 56 (2001-2002) s. 47-48.

gjennomgår praksis på dette punkt og konkluderer med at denne «må forstås slik at der *legal certainty* får anvendelse gjennom reglene om fri bevegelighet, er det svært lite rom for presisering av lovstoff gjennom alternative rettskilder». ²⁷² Norske myndigheter kan etter dette neppe høres med at § 4-2 ikke *praktiseres* etter ordlyden.

Videre blir spørsmålet om den *ordning* § 4-2 etablerer og det nærmere innholdet i denne, kan opprettholdes etter EØS-reglene.

Dersom bestemmelsen utelukkende innebar en ren registreringsordning for nye prosjekter, hadde den neppe reist problemer i forhold til EØS-reglene. Når det gjelder etableringsfunksjonen, er det klart at myndighetene har en legitim interesse i å ha en viss oversikt over hvem som etablerer kabler til utlandet. Dette kan begrunnes ut fra ordenshensynet, opplistet i art 13. Virkeligheten er imidlertid ikke så enkel.

Antallet utenlandskabler må som nevnt karakteriseres som begrenset ut fra naturlige årsaker. Fortjenesten kablene gir, vil bli lavere jo flere som bygges ut, inntil prisforskjellen ikke lenger er høy nok til at investeringen i kabelen eller ledningen selv tjenes inn. På en slik bakgrunn ser vi at nasjonalstatene kan ha et behov for en konsesjonsordning for fordeling av denne begrensede ressursen. Også dette må kunne begrunnes ut fra ordenshensyn. Den nærmere utforming av ordningen kan likevel diskuteres. Fordeling av begrensede ressurser kan skje på mange måter; anbud, «skjønnhetskonkurranser», «førstemann til mølla» m.v.

Det gjelder ikke noe generelt krav til at tildeling av tillatelser må skje ut fra anbud eller andre konkurranseprosedyrer. Forutsetningen for at en

²⁷² Heistad (2006) s. 91. Legal certainty er et prinsipp oppstilt i EF-domstolens praksis, som upresist sagt innebærer et krav om rettsikkerhet. Se også punkt 8.1.

konsesjonsordning baserer seg på individuelt skjønn, slik § 4-2 legger opp til, er imidlertid at dette skjønnen er begrunnet i allmenne hensyn.²⁷³

Etter vår oppfatning synes nettopp den skjønnsmessige utformingen og praktiseringen av § 4-2 å være noe problematisk. Som vi skal komme tilbake til nedenfor, er det svært begrenset hvilke hensyn nasjonalstaten kan ta ved konsesjonsvurderingen. Dette gjør at en skjønnsmessig ordning som denne neppe kan opprettholdes i medhold av art 13 eller allmenne hensyn. Bestemmelsen kan også føre til usikkerhet og feilpraktisering, og den bør utformes slik at avgjørelsen blir mer regelstyrt.

7.5 Kan konsesjonering av tilretteleggingsfunksjonene begrunnes i artikkel 13 eller almenne hensyn?

I samsvar med vår konklusjon ovenfor er forutsetningen her at det som utgangspunkt er lovlig å ha en konsesjonsordning for *etablering*. Når det gjaldt restriksjonsspørsmålet, så vi dette fra etablererens ståsted og konkluderte med at det utgjør en restriksjon for denne aktøren at noen -hvem det nå måtte være – trenger konsesjon for å *tilrettelegge*. Ved unntaksvurderingen er det uansett begrunnelsen for at tilrettelegging krever konsesjon som må prøves i forhold til EØS-avtalen art 13 og de ulovfestede allmenne hensyn.

At tilretteleggingen underlegges regulering kan vanskelig være problematisk i forhold til EØS-retten, da denne i utstrakt grad forutsetter dette. Mye sekundærlovgivning retter seg mot det tekniske tilretteleggingsansvaret systemoperasjonsfunksjonen innebærer, og det samme gjelder for deler av den administrative tilretteleggingen.²⁷⁴ Begrunnelsen for at en kan regulere tilretteleggingsfunksjoner ligger nettopp i det at det gjelder en

²⁷³ Jf Graver, Hans Petter *Konsesjoner og konkurranse om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser*, Lov og rett 2004 nr 04-05 s. 224-244 (heretter Graver 2004) på s. 244.

²⁷⁴ Se eksempelvis elektrisitetsdirektivet art 9.

monopolisert virksomhet. For å sikre at konkurransen på det nettbundne kraftmarkedet fungerer optimalt, er det av største viktighet at organiseringen av nettdriften skjer på en gjennomtenkt og hensiktsmessig måte. Dette kan rubriseres under hensynet til offentlig sikkerhet, jf EØS-avtalen art 13. Her viser vi også til argumenter som fremføres nedenfor under punkt 7.6. I seg selv skulle derfor konsesjonsreguleringen på dette punkt ikke være problematisk.

Det kan likevel reises spørsmål ved konsesjonsordningens *egnethet*. Når funksjonene allerede er regulert, ser vi at myndighetenes kontrollbehov i forbindelse med organisering av disse driftsfunksjonene allerede er dekket.²⁷⁵ Dobbelregulering kan være uheldig, men dette kan etter vårt skjønn vanskelig sies å direkte føre til at den ene reguleringen blir uegnet i EØS-avtalens forstand. Dette er et spørsmål om hvordan nasjonale myndigheter organiserer ulike konsesjonshjemler i forhold til hverandre, og forhindrer ikke at en *konsesjonsregulering* av slike funksjoner i seg selv er egnet til å ivareta hensynene til offentlig sikkerhet. Når behovet og begrunnelsen knytter seg til hensiktsmessig drift av sentralnettet, må gjeldende tilretteleggingskonsesjonering kunne opprettholdes.

For en av de tilretteleggingsfunksjoner vi har konkludert med at utløser konsesjonsplikt, nemlig valg av bestemt handelsløsning for kapasitetshåndtering, kan det kanskje gjøres en reservasjon. Et behov for kontroll med handelsløsninger kan neppe subsumeres under hensynet offentlig sikkerhet. Å vurdere om akkurat dette utgjør en restriksjon og om den eventuelt er lovlig, synes likevel ikke nødvendig. Sekundærlovgivningen på dette punkt har erstattet EØS-avtalens hoveddel, og denne sekundærlovgivningen trolig må forstås slik at myndighetene har en viss valgfrihet med hensyn til å fastsette handelsløsning. Vi viser til drøftelsen av dette under kapittel 9.

Det vil føre for langt i denne oppgaven å foreta en selvstendig vurdering av forholdet mellom EU-traktaten og elektrisitetsdirektivet og elektrisitetsforordningen.²⁷⁶ Det vises

²⁷⁵ Jf våre konklusjoner under punkt 5.6.

²⁷⁶ Det bemerkes at når det gjelder direktiver, herunder elektrisitetsdirektivet, må det tas stilling til om de innebærer en totalharmonisering av de forhold de regulerer eller

bare til at når et forhold reguleres av et direktiv eller en forordning, vil det være direktivet eller forordningen som er det naturlige utgangspunktet for spørsmålet om statens rettsregler er i samsvar med EØS-reglene.²⁷⁷

7.6 Departementets avslagspraksis. I hvilken grad kan samfunnsøkonomiske hensyn begrunne avslag på søknader om utenlandskonsesjon?²⁷⁸

7.6.1 Departementets begrunnelser for avslag

I vedtakene etter enl § 4-2 hvor etableringen av prosjekter er blitt avslått, har avslagene vært begrunnet i prosjektets usikre lønnsomhet. Det er samfunnsøkonomisk usikker lønnsomhet departementet har vist til.²⁷⁹ Myndighetene vil nettopp unngå prosjekter som ikke er lønnsomme for Norge som samfunn. Spørsmålet blir om disse begrunnelsene etter EØS-avtalen kan legitimere de restriksjonene avslagene innebærer. Her oppstår jo

bare en minimumsharmonisering. Ettersom elektrisitetsdirektivet ikke har regler som spesifikt gjelder overføringsforbindelser mellom land, synes det ikke for vårt formål nødvendig å gå nærmere inn på dette spørsmålet.

²⁷⁷ Forholdet mellom EØS-avtalens hoveddel og bestemmelser inntatt i vedleggene (sekundærlovgivning) er en del av et større problemkompleks. For mer om dette, se *EØS-rett* (2004) s. 211-212 og 278-280.

²⁷⁸ Vilkår om varighet er gitt i alle gjeldende utenlandskonsesjoner. Eksempelvis vedvarer Statnetts NorNed-konsesjon til 15. desember 2034. Drøftelsene vi foretar under dette punktet vil gjelde tilsvarende ved en fremtidig vurdering av om konsesjonærene har rettskrav på forlengelse etter konsesjonstidens utløp. Det vil si at dersom en avslagsgrunn er illegitim etter EØS-reglene, vil den heller ikke kunne påberopes ved nekting av forlengelse.

²⁷⁹ Se departementets brev av 17. desember 1993 om avslag på konsesjonssøknad for HEW I-kabelen og brev av 16. september 2003 om avslag på North Sea Interconnector. Førstnevnte søknad ble avslått på grunn av at *«avtalen ikke gir det økonomiske resultat man med rimelighet bør kunne forvente på norsk side ved inngåelse av langsiktige kraftutvekslingsavtaler»*. Også sistnevnte søknad avslås under henvisning til usikker samfunnsmessig lønnsomhet.

nettopp en konflikt mellom nasjonale politiske hensyn og EU-målsetninger om nedbygging av handelshindringer. Unntaksreglene i EØS-avtalen regulerer i hvilken grad nasjonale hensyn lovlig kan overstyre fellesskapsmålsetningene.

Først må vi se noe nærmere på hvilke poster det er som inngår i de samfunnsøkonomiske vurderingene myndighetene foretar i forbindelse med konsesjonsbehandling av nye prosjekter.

Det bemerkes at samfunnsøkonomiske vurderinger er kompliserte, og fremstillingen må med nødvendighet bli noe forenklet. Departementet har opplyst at følgende kostnader og inntektsposter i hovedsak er de som vurderes:

- 1) Kostnadene knyttet til etableringen av selve kabelen eller ledningen
- 2) Prismessige konsekvensene for sluttbrukere og produsenter
- 3) Miljømessig uheldige konsekvenser
- 4) Følgekostnader av kabelen eller ledningen – særlig i form av utgifter til forsterkninger av eksisterende nett for å unngå overbelastning og økte flaskehalser internt i Norge.

Dersom nettoen blir positiv når disse kostnadene og inntektene ses i sammenheng, er prosjektet samfunnsøkonomisk lønnsomt. Her er det imidlertid grunn til å gå de enkelte vurderingene nærmere i sømmene.

For det tilfellet at avslag først og fremst blir gitt som følge av miljømessig uheldige konsekvenser, vil dette ikke bli særskilt vurdert i det følgende.²⁸⁰ Bakgrunnen for dette er at utenlandskabler ikke reiser de store miljøspørsmålene i seg selv. Det var heller ikke miljøvurderinger departementet fremhevet som de sentrale i forbindelse med aktuelle prosjekter. Eksempelvis opplyste Statnett i sin konsesjonssøknad for NorNed at

²⁸⁰ Miljøhensyn dreier seg her om alt fra globale klimahensyn til valg av trase rent lokalt. Miljø- og klimahensyn anerkjennes klart i EF-domstolens praksis som legale begrunnelser på nasjonale restriksjoner, se Oliver (2007) s. 649-704, på s. 690 med videre henvisning til rettpraksis.

«[a]nlegget har i seg selv meget begrensede miljømessige konsekvenser siden kraften går i sjø- og jordkabel fra stasjon til stasjon. Den massekabeltype som er valgt gir ingen forurensninger av miljøet».²⁸¹

Vi gjentar her at det i forarbeidene til forslag om endring av energiloven fra 2008-2009, presiseres at «[m]ed samfunnsmessig rasjonelt og samfunnsøkonomisk lønnsomt legger man til grunn det samme».²⁸²

Finansdepartementet har utarbeidet en egen veileder for samfunnsøkonomiske analyser ved offentlige tiltak og reformer.²⁸³ Her angis formålet med samfunnsøkonomiske analyser til at de skal «klarlegge og synliggjøre konsekvensene av offentlige tiltak og reformer før beslutninger fattes gjennom å framskaffe systematisk og mest mulig fullstendig og sammenlignbar informasjon om ulike nytte- og kostnadsvirkninger».²⁸⁴ Et prosjekt er samfunnsøkonomisk lønnsomt når samfunnet som helhet er villig til å betale minst så mye som tiltaket koster.²⁸⁵ Videre har NVE utarbeidet en veileder for konsekvensanalyser som også retter seg mot privatfinansierte prosjekter.²⁸⁶ Samfunnsøkonomiske vurderinger skal heretter omfatte alle fordeler og ulemper tiltaket medfører for samfunnet, inklusive miljøvirkninger.²⁸⁷ Nyttetekostnadsanalyse (NKA) er den mest vanlige formen for samfunnsøkonomisk analyse.²⁸⁸

De kostnadene og inntektspostene departementet fremhevet, samsvarer langt på vei med de poster Statnett tok med i sin samfunnsøkonomiske vurdering i forbindelse med NorNed-prosjektet og som skal hensyntas etter de nevnte veiledere.²⁸⁹ Det opplyses i rapporten at Statnett stiller krav til at egne nettinvesteringer skal være

²⁸¹ Statnetts søknad om konsesjon for tilrettelegging av kraftutveksling med Nederland av 20. september 2004 s. 20.

²⁸² Ot prp nr 62 (2008-2009) s. 25. For mer om slike analyser, se Eide, Erling og andre Stavang *Rettsøkonomi I*, Oslo, 2005 (heretter Eide 2005) s. 56-75, særlig s. 57 og 61.

²⁸³ Finansdepartementet, *Veileder i samfunnsøkonomiske analyser*, september 2005.

²⁸⁴ Ibid s. 8.

²⁸⁵ Ibid s. 9.

²⁸⁶ NVE, *Samfunnsøkonomisk analyse av energiprojekter*, Håndbok nr 1, 2003.

²⁸⁷ Ibid s. 1.

²⁸⁸ Ibid s. 12.

²⁸⁹ Rapport om «*Samfunnsøkonomi*», vedlegg til Statnetts konsesjonssøknad for NorNed av 6. september 2004. Se også *Samfunnsøkonomisk analyse av energiprojekter* (2003) s. 5-6.

samfunnsøkonomisk lønnsomme og at dette var avgjørende for realiseringen av NorNed.²⁹⁰ En nettinvestering beskrives her som lønnsom dersom nåverdien av «verdien av økt kapasitet og reduksjon i avbrudds-, taps-, tariff- og systemdriftskostnader er større enn økningen i kapital-, drifts- og miljøkostnader».²⁹¹

Kostnadene er i analysen for NorNed-prosjektet konkretisert til kabel-, investering- og driftskostnader, kostnader til nettførsterkninger (investering og drift) og kostnader til taps- og transittoppgjør. Nyttevirkningene er verdien av handelsinntektene fra energien og fra kapasitetsreservene, verdien av handel med systemtjenester og endring i konsument- og produsentoverskudd, samt flaskehalsinntekter.²⁹²

En samfunnsøkonomisk analyse tar ikke nødvendigvis hensyn til alle forhold som kan tenkes å være av betydning.²⁹³ Ikke alt lar seg kvantifisere med særlig sikkerhet. Det er et skjønsspørsmål når en bør kvantifisere og når en bør la være – det siste fordi usikkerheten er så stor eller av en slik karakter at det er umulig å godtgjøre bestemte tall. Da er det bedre å overlate mer til det politiske skjønn. En rekke slike vanskelig kvantifiserbare komponenter er heller ikke medtatt i Statnetts analyser i forbindelse med NorNed-kabelen. Det gjelder for eksempel nyttevirkningene av bedret forsyningssikkerhet og et bedre fungerende kraftmarked både i Norden og Europa.²⁹⁴

7.6.2 Vedrørende kostnadene knyttet til etableringen av selve kabelen eller ledningen

Investering i forbindelsesledninger mellom land er svært kostnads-krevende.²⁹⁵ Vårt spørsmål er om denne kostnaden kan hensyntas av myndighetene ved konsesjonsbehandling etter § 4-2, jf EØS-avtalen artikkel

²⁹⁰ *Samfunnsøkonomi* (2004) s. 3.

²⁹¹ *Ibid.* s. 4.

²⁹² *Ibid.* s. 13-14.

²⁹³ Se om dette *Samfunnsøkonomisk analyse av energiprojekter* (2003) s. 35-36.

²⁹⁴ *Ibid.* s. 7-9 og 14.

²⁹⁵ De totale investeringer forbundet med NorNed beløp seg til fire milliarder NOK, se <http://www.statnett.no/no/Nyheter-og-media/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv---2005/Kontraktstildelinger-i-NorNed-prosjektet/> [avlest 1. desember 2009]. Etter hva som er opplyst i media har NorGer en kostnad på opp mot ti milliarder kroner, se artikkel i NA24, *Edvard kan koste deg hundrelapper*, 11. februar 2009 <http://www.na24.no/article2537591.ece> [avlest 1. desember 2009].

13. Et benektende svar på dette kan medføre at avslag under henvisning til høy investeringskostnad er ugyldig som følge av strid med EØS-avtalen artikkel 11 og 12.

En kabelinvestering kan ha samfunnsøkonomiske implikasjoner idet kostnaden alltid har en alternativkostnad i det samfunnsøkonomiske regnestykket. Det spørres om investeringskostnaden kunne vært brukt mer effektivt på annet vis innenfor den samme økonomien.²⁹⁶ I tillegg kan det tenkes at investeringen blir så tøff at utbygger går konkurs, noe som kan ha uheldige følger for storsamfunnet.²⁹⁷ Det må anses å være *hensynet til å unngå uheldige virkninger for den nasjonale økonomien* som begrunner at myndighetene ser hen til investeringskostnaden.

Det følger av samstemt teori med henvisning til EF-domstolens praksis at økonomiske hensyn er utelukket som grunnlag for opprettholdelse av import- eller eksportrestriksjoner.²⁹⁸

Tiltakshavers etableringskostnader synes det etter dette vanskelig å forsvare at myndighetene kan ta i betraktning. De bedriftsøkonomiske vurderinger bør det nettopp være opp til aktøren selv å foreta, samt ta risikoen for riktigheten av. Særlig må dette gjelde når investeringen skal tas av et privat selskap. Den private aktørens kabelinvestering kan sammenlignes med en hvilken som helst annen kostbar investering. Selv om dette er

²⁹⁶ Se Eide (2005) s. 61.

²⁹⁷ Det vil her føre for langt å problematisere at en konkurs i prinsippet ikke nødvendigvis medfører et samfunnsøkonomisk tap. At det *kan tenkes* å lett medføre samfunnsmessige negative konsekvenser at et selskap som NorGer AS går konkurs, må kunne legges til grunn på bakgrunn av prosjektets størrelse.

²⁹⁸ Se *EØS-rett* (2004) s. 315 og 317 og Oliver, Peter *Free movement of goods in the European Community under articles 28 to 30 of the EC Treaty*, 4. utgave, London, 2003 (heretter Oliver 2003) avsnitt 8.32. Av praksis fra EF-domstolen nevnes som eksempel Joined cases C-49/98, C-50/98, C-52/98 to C-54/98 and C-68/98 to C-71/98, «FINALARTE-DOMMEN», 25. oktober 2001, ECR 2001 s. I-7831 premiss 39.

risikofylt for aktøren og slik sett kan påvirke statens skatteinntekter, må investeringen tillates.

På denne bakgrunn legger vi til grunn at høye investeringskostnader ikke kan danne grunnlag for å avslå en søknad om konsesjon etter enl § 4-2.

I utgangspunktet kan det tenkes at dette stiller seg annerledes hvis Statnett skal bygge kabelen. En eventuell ulønnsom kabelinvestering vil da påføre nettbrukere høyere tariffkostnader. Slik sett kan det muligens være grunn til å overprøve Statnetts investeringsvurderinger. I hvilken utstrekning det er legitimt å se hen til prismessige konsekvenser for nettbrukerne vurderes i de to påfølgende underavsnitt. Også for Statnetts vedkommende gjelder at myndighetene i utgangspunktet ikke bør legge seg opp i forretningsmessige beslutninger.²⁹⁹

7.6.3 Vedrørende prismessige konsekvenser for sluttbrukere og produsenter

Representanter fra den kraftkrevende industrien i Norge har oppfordret myndighetene til en restriktiv politikk med hensyn til å tillate utbygging av kapasitet til utlandet da det vil få store konsekvenser for denne industrien.³⁰⁰ Det påberopes også at småforbrukerne blir skadelidende.³⁰¹ Er dette etter EØS-avtalen et lovlig forhold å se hen til når det skal avgjøres om konsesjon til ny kabel skal gis?

For norsk økonomi kan prisen på kraft være av betydning. Høyere kraftpris fører til mer inntekter for kraftprodusenter, hvilket er positivt for

²⁹⁹ Jf mer om statsforetaks forretningsmessige beslutninger nedenfor i punkt 11.4.

³⁰⁰ Avisartikkel i Teknisk Ukeblad, *Kritisk til Statkrafts kabelplaner*, publisert 13. mars 2009, <http://www.tu.no/industri/article202786.ece> [avlest 1. desember 2009]. Dette har også vært oppe i Stortingsdebattene, eksempelvis tok representanten Ketil Solvik-Olsen (Frp) i Stortinget opp spørsmål om nettopp NorGer-planene onsdag 25. mars 2009.

³⁰¹ Artikkel hos NA24, - *Sender regningen til forbrukerne*, publisert 28. august 2008, <http://www.na24.no/article2167578.ece> [avlest 1. desember 2009].

norsk økonomi. Imidlertid er det ikke gitt at fordelene for kraftprodusenter veies opp av ulempene høyere priser innebærer for kraftbrukere.³⁰²

Forbundsleder Leif Sande i Industri Energi har eksempelvis uttalt:

«Hvis prisen stiger med 10 øre, betyr dette 13 milliarder kroner ekstra til kraftselskapene. Jeg mener dette er en gevinst som har mindre verdi enn det du kan få på å ha lavere kraftpris i Norge og heller viderefødre kraften. Det blir større verdiskaping ved videreførdning.»³⁰³

NVE viste også til slike prismessige fordeler og ulemper ved en redegjørelse for hvilke forhold myndighetene ser hen til når konsesjon vurderes for nye kabelprosjekter.³⁰⁴

At myndighetene som en del av konsesjonsvurderingen skal se hen til at prisen for sluttbrukerne kan bli dyrere, rimer imidlertid dårlig med EØS-avtalens forutsetninger om at markedet skal få styre prisnivået på kraft og på varer for øvrig. Proteksjonistiske hensyn, som et ønske om å skjerme eget næringsliv fra konkurranse med andre EØS-land, kan ikke begrunne unntak etter EØS-avtalen art 13 eller allmenne hensyn.³⁰⁵ Tanken bak EØS-avtalen er nettopp at den som vil betale mest for et gode, skal få adgang til å kjøpe dette. Når markedet skal fungere etter disse linjer, blir en restriksjonsbegrunnelse knyttet til pris for sluttbrukere problematisk. Vi finner derfor grunn til å kritisere departementets skjønnsutøvelse i den utstrekning det ses hen til kraftprisen internt.

³⁰² Begge land vinner altså på handel, men det skjer en omfordeling internt i landene. Dersom produsentene i et land vinner på handel, vil de vinne mer enn nok til at forbrukernes tap i prinsippet kan kompenseres. Omfordelingsproblemer oppstår i praksis fordi slik kompensasjon er politisk eller praktisk umulig, eller fordi den blir for kostbar. Slik ser vi at ulike oppfatninger om utenlandshandel er mulig.

³⁰³ Artikkel hos Teknisk Ukeblad, *Kritisk til Statkrafts kabelplaner*, publisert 13. mars 2009, <http://www.tu.no/industri/article202786.ece> [avlest 1. desember 2009]. (Industri Energi er et medlemsforbund i Landsorganisasjonen (LO) og organiserer medlemmer innen blant annet olje- og gassindustrien, farmasøytisk industri, aluminium og andre metallproduserende industrier.)

³⁰⁴ Møte med NVE 29. mars 2009.

³⁰⁵ Jf *EØS-rett* (2004) s. 317.

7.6.4 Vedrørende følgekostnader som interne nettinvesteringer

En del kostnader som et kabelprosjekt påfører andre aktører eller samfunnet, vil en tiltakshaver ikke i utgangspunktet være pålagt å dekke. Kostnader til forsterkninger av det landbaserte nettanlegget vil gjerne utløses i forbindelse med et slikt prosjekt, og disse vil ikke tiltakshaver ta med i sine bedriftsøkonomiske kalkyler.³⁰⁶ Imidlertid er kostnadene til landbaserte anlegg en post i det samfunnsøkonomiske regnestykket.³⁰⁷ Slik sett er det ikke unaturlig at staten føler et behov for en viss kontroll med dette.

Som utgangspunkt må kostnader som følge av at en ny aktør kommer på banen eller utvider sin virksomhet, være uten betydning for aktørens adgang til å iverksette prosjektet. Vi kan tenke oss et enkelt eksempel, hvor andre indirekte påføres kostnader på grunn av et prosjekt: En ny bensinstasjon-kjede etableres. Dette fører til større konkurranse, mindre overskudd til eksisterende kjeder på grunn av lavere priser og økte kostnader. Men her er nettopp markedsmekanismene i sving, og pris og antall kjeder vil tilpasse seg markedets behov.³⁰⁸

³⁰⁶ Med mindre tiltakshaver er Statnett.

³⁰⁷ Størrelsen på slike kostnader vil selvsagt variere. I forbindelse med konsesjonsbehandlingen av NorNed-kabelen gjorde imidlertid Statnett et estimat av dette, se Rapport om «Alternative kabler», vedlegg til Statnetts konsesjonssøknad for NorNed av 6. september 2004 side 11. Her fremgår det at en kabel på 1200 MV fra Norge til Tyskland estimert har en investeringskostnad på 7200 MNOK og krever nettinvesteringer på land på 700 MNOK. De landbaserte investeringene utgjør altså om lag 10 %. Et kompliserende forhold er at nettinvesteringer på land kan bli enda mer kostnadskrevende dersom noen kabelprosjekter allerede er realisert – det oppstår mer eller mindre tilfeldige hopp i investeringsbehovet.

³⁰⁸ I samfunnsøkonomien benyttes begrepet Pareto-effektivitet om situasjonen hvor ressursutnyttelsen er mest mulig effektiv. En slik situasjon er karakterisert ved at det ikke er mulig å gjøre forholdene bedre for noen, uten at de samtidig gjør dem dårligere for andre. I et frikonkurransesystem vil pris og mengde produserte varer eller tilbudte tjenester tilpasse seg markedets behov. Den «likevektsløsning» tilbudet

At staten selv eller Statnett, som har ansvaret for å sikre en tilstrekkelig nettkapasitet internt i Norge, eventuelt påføres kostnader, skulle i utgangspunktet på samme måte være irrelevant. Hensynet til avtalestatenes egne investeringer og økonomiske interesser faller klart utenfor de hensyn som omfattes av art 13 og er på samme måte utelukket som begrunnelse for restriksjoner etter læren om allmenne hensyn.³⁰⁹ Dette har vært fremholdt av EF-domstolen siden den første saken om EF-traktaten art 30, som tilsvarende EØS-avtalen art 13.³¹⁰

Det er likevel grunn til å peke på noen særlige forhold som gjør seg gjeldende innen energisektoren og ved nettfunksjonene spesielt. Driften av det interne sentralnettet er en monopolvirksomhet og overlatt til systemoperatøren, som også i all hovedsak bærer kostnadene til oppgradering av sentralnettet. Løsningen med monopoliserte systemoperatører med et særlig ansvar for nettutbygging er også forutsatt fra EUs side.³¹¹ Den økonomiske belastning Statnett eventuelt påføres er ikke et resultat av fri konkurranse i markedet, som i bensinstasjonseksempelet ovenfor, men en følge av Statnetts systemansvar med tilknyttede forpliktelser. Når reguleringen på en slik måte gjør at Statnett står i fare for å komme i en helt spesiell kostnadssituasjon

og etterspørselen fører til, vil da være Pareto-effektiv. For mer om dette, se for eksempel Eide (2005) s. 57-60.

³⁰⁹ EØS-rett (2004) s. 315 og 317.

³¹⁰ Oliver (2003), punkt 8.32 med henvisning til rettspraksis.

³¹¹ Elektrisitetsdirektivet, så vel som forsynings sikkerhets- og infrastruktur direktivet, tillegger de systemansvarlige nettselskapene et særskilt ansvar for investeringer i transmisjonsnett, jf elektrisitetsdirektivets art 9 bokstav a), b) og d), og forsynings sikkerhets- og infrastruktur direktivet artikkel 6 og 7. Det er ikke helt avklart hvorvidt elektrisitetsdirektivets krav om at systemansvarlig skal sikre at systemet til stadighet kan imøtekomme krav om transmisjon av elektrisitet også kan forstås som en investeringsforpliktelse i tilfeller med knapp kapasitet. Bjørnebye m.fl. er av den oppfatning at direktivets ordlyd er for uklart på dette punktet til å kunne anses for å inneholde så omfattende forpliktelser for de systemansvarlige, jf EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven (2007) s. 68.

dersom eventuelle store overføringsforbindelser til utlandet skal realiseres, ser vi nasjonalstatenes behov for å kunne se hen til spørsmålet om nettførsterkninger når en konsesjonsøknad skal vurderes.

Det nærmere omfanget av Statnetts kostnadsforpliktelser i nevnte forbindelse er imidlertid uklart. Her er det nødvendig å se litt nærmere på spørsmålet om tiltakshaver har rettskrav på å bli tilkoblet sentralnettet, og på hvilke grunnlag Statnett eventuelt kan nekte slik tilknytning. Spørsmålet kan tenkes å være av betydning for hvem som skal dekke nettførsterkningskostnadene. Dette er et prinsipielt spørsmål, som ikke per i dag har noen sikker løsning. Aktører i bransjen har også etterspurt en nærmere avklaring, da spørsmålet blir stadig mer aktuelt, for eksempel i forbindelse med eventuelle storstilte utbygginger av offshore vindkraft langs norskekysten.³¹² Vi vil i det følgende petitavsnitt peke på noen hovedpunkter ved spørsmålet, som for oss er av prejudisiell karakter.

Eiendomsretten til et formuesgode innebærer i utgangspunktet at eieren kan «hindre andres fysiske rådighet».³¹³ Statnett skulle etter dette kunne nekte andre tilkobling til sitt nett. Utgangspunktet er likevel langt fra dagens virkelighet innen kraftbransjen og annen nettbunden virksomhet, hvor andres rett til bruk av infrastruktur i stor utstrekning er regulert.

Retten til nettilgang er i dag ikke fastslått i energiloven selv. Paragraf 4-1 nr 2 gir departementet hjemmel til å treffe nærmere bestemmelser i forskrift eller i konsesjonsvilkår overfor omsetningskonsesjonæren (netteier) om «markedsadgang for alle som etterspør nettjenester ved å tilby ikke-diskriminerende og objektive punktтарiffer til objektive vilkår». Som Falch skriver, betyr dette rettslig sett at prinsippet om kraftnettets åpenhet er delegert til administrasjonens diskresjonære skjønn i det enkelte tilfellet.³¹⁴ Hjemmelen er benyttet, dels i ulike konsesjoner, og dels i energilovforskriften § 4-4 bokstav d, som setter følgende generelle vilkår for omsetningskonsesjon:

³¹² Jf møte med NVE av 18. mars 2009 og diskusjon i Norsk Vassdragsjuridisk Forum 16. april 2009.

³¹³ Dette betegnes i juridisk teori som eiendomsrettens negative side, jf Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger *Tingsrett*, 6. utg. Oslo, 2006 s. 41.

³¹⁴ Jf Falch (2004) s. 24-25.

«Konsesjonæren skal sørge for markedsadgang for alle som etterspør nettjenester til ikke-diskriminerende og objektive punkttariffer og vilkår.» Med dette er prinsippet om rett til nettilgang fastslått. Rettighetshavere er alle som har konsesjoner til å levere kraft gjennom et kraftnett, samt alle sluttbrukere av kraft. Tilgangen gjelder i nett på alle nivåer.³¹⁵

Prinsipielt sett er en rett til å levere og motta kraft over andres nett forskjellig fra retten til fysisk å knytte sitt nett sammen med andres.³¹⁶ Sluttbrukernes tilknytningsrett følger av enl § 3-3. Produsentenes rett er ikke særskilt regulert, men Falch mener den må kunne utledes av energilovforskriften § 4-4 bokstav d. Slik markedsadgang vil jo ikke foreligge for den som ikke får knytte seg og sin produksjon til nettet.³¹⁷ Vårt spørsmål gjelder imidlertid en aktør som NorGer, som verken skal produsere eller forbruke strøm. Ettersom ordlyden i energilovforskriften § 4-4 bokstav d taler om markedsadgang for «alle som etterspør nettjenester», mener vi at også en slik aktør må omfattes av tilknytningsretten, men dette er uklart de lege lata. For så vidt gjelder ny produksjon og uttak, foreligger det et lovforslag som tar sikte på å klargjøre og utvide retten til nettilknytning.³¹⁸

Også elektrisitetsdirektivet krever et regulert system med tredjepartsadgang til transmisjons- og distribusjonsnett basert på «published tariffs applicable to all eligible customers and applied objectively and without discrimination between system users», jf art 20 nr 1. Hvem som er «eligible customers» er definert i art 21 nr 1 bokstav c, hvorefter det (fra 1. juli 2007) er «all customers». De «customers» som direktivet taler om her, og i definisjonene av «customer» og «eligible customer» i art 2, synes å være produsenter og forskjellige sluttbrukere.

Det synes etter dette å være en viss usikkerhet knyttet til om aktører som NorGer omfattes av tilknytningsretten. NorGers eventuelle rett til tilknytning må prinsipielt sett vurderes etter de norske reglene om dette, og foretaket kan ikke bygge noen rett direkte

³¹⁵ Se om dette Falch (2004) s. 24-25.

³¹⁶ Jf Falch (2004) s. 30.

³¹⁷ Jf Falch (2004) s. 30-31.

³¹⁸ Jf Ot prp nr 62 (2008-2009) *Om lov om endringer i energiloven*, se forslag til ny § 3-4 og proposisjonens s. 32-38. Ordlyden i forslaget, «*nye anlegg for produksjon av elektrisk energi og nye anlegg for uttak av elektrisk energi*», retter seg ikke mot sammenkobling av nett. Slik sammenkobling tilknytter imidlertid rent faktisk ytterligere produksjon i det norske sentralnettet, men forarbeidene tar ikke opp dette. Rettsstillingen til et prosjekt som NorGer synes fortsatt uavklart etter disse reglene.

på direktivets regler.³¹⁹ Det må likevel her presiseres at de norske reglene om markedsadgang er ment å tilfredsstille direktivets regler, og i utgangspunktet skulle derfor konklusjonen på dette spørsmålet bli det samme som hva direktivet forutsetter.

Som allerede nevnt, tilsier ordlyden om at «alle som etterspør» har rett til markedsadgang, at NorGer kan kreve å tilknytte seg Statnetts anlegg. Nektelse av dette innebærer indirekte at norske produsenter og kraftbrukere ikke får effektiv markedsadgang til det europeiske kraftmarkedet, og motsatt.

En anmodning om nettilgang fra en berettiget kan altså som det klare utgangspunkt ikke avslås.³²⁰ Men unntak finnes. Hensynet til nettet selv kan etter de nærmere omstendighetene lovlig begrunne et avslag, for eksempel fordi nettets integritet kommer i fare eller fordi netteieren ellers hindres i å utføre nødvendige allmenne oppgaver knytte til nettets drift.³²¹ NVE oppsummerer dagens rettstilstand til at nettselskapene plikter å tilknytte ny produksjon så fremt det er driftsmessig forsvarlig.³²² En slik reservasjon synes imidlertid ikke direkte forankret i regelverkets ordlyd.

Etter elektrisitetsdirektivets art 20 nr 2, som de norske reglene er ment å være i samsvar med, kan systemoperatørene på sentral- og regionalnettsnivå avslå nettilgang «where it lacks the necessary capacity». Videre følger det at «[d]uly substantiated reasons must be given for such refusal».³²³ Bestemmelsen synes altså å gi anvisning på en nærmere vurdering av om nettilgang kan nektes. Dette må da undersøkes i forbindelse med det enkelte prosjekt.

Dersom prosjekter av NorGers størrelsesorden vil medføre at nettet bryter sammen og at meget store nettførsterkninger derfor er nødvendige, kan det nok spørres om Statnett på grunnlag av de ovenfor nevnte reservasjoner i tilknytningsretten har tilstrekkelig grunn til å nekte tilknytning. Mellomløsninger i forhold til et blankt avslag er imidlertid mulig. En kan tenke seg at NorGer får rett til tilknytning, men under forutsetning av at selskapet

³¹⁹ Når et direktiv er uriktig inkorporert, legges den nasjonale regel til grunn, jf Rt. 2000 s. 1811 FINANGER I.

³²⁰ Men regler om tilknytningsavgift og anleggsbidrag gjør imidlertid at retten ikke er ubetinget, jf tarifforskriften §§ 17-4 og 17-5.

³²¹ Jf Falch (2004) s. 25.

³²² Se høringsuttalelse fra NVE til Olje- og energidepartementet av 25. november 2008, benevnt *EU/EØS Energi. Energimarkedspakken. Høring av felles enighet («Common position»)*.

³²³ I tillegg er visse unntak fra tredjepartsregimet mulig etter reglene i elektrisitetsforordningens art 7, som retter seg mot private kabelinitiativ. Vi viser til behandlingen av denne bestemmelsen i kapittel 10.

betaler for deler av nettførsterkningene. Dette har ikke en direkte parallell til reglene om anleggsbidrag, som innebærer at en produsent eller forbruker må betale for deler av kostnadene forbundet med sin tilknytning. Anleggsbidrag etter energilovforskriften § 17-5 inkluderer ikke kostnader til forsterkning av nettet andre steder enn ved tilknytningspunktet. Kanskje kan et slikt tilskudd sammenlignes med reglene om tilknytningstariffer, men også dette synes som en ganske luftig parallell.

Som fremstillingen har vist, er det altså atskillig tvil knyttet til disse spørsmålene. Også på EU-nivå diskuteres det hvorvidt private kabelprosjekter har krav på å bli tilknyttet sentralnettet i medlemslandene. Heller ikke forslaget til ny art 23 i elektrisitetsdirektivet synes å løse spørsmålet, da den kun retter seg mot ny produksjonskapasitet.³²⁴

På denne bakgrunn slutter vi oss til det ønsket som er ytret fra flere av aktørenes side om en prinsipiell diskusjon rundt både rettighetsspørsmålet og spørsmålet om i hvilken grad tiltakshaver skal pålegges kostnader til nettførsterkninger.

Forutsetningen i det følgende er imidlertid at aktører som NorGer har en form for krav mot Statnett om nettilknytning. Hvis ikke, vil ikke saken komme på spissen, da Statnetts nektelse vil skrinlegge prosjektet. Videre forutsettes at Statnett er pålagt å dekke i det minste deler av kostnadene til nettførsterkninger. I motsatt fall vil den beregnede bedriftsøkonomiske lønnsomheten for NorGers del forenklet sett bli tilsvarende den samfunnsøkonomiske lønnsomheten.

Forutsetningen er at NorGer har et tilknytningskrav – om enn betinget – og at dette for Statnett utløser visse kostnadsforpliktelser, slik at foretaket settes i en tvangsposisjon. Spørsmålet blir da om hensynet til Statnett og de kostnader foretaket påføres, kan klassifiseres som noe annet enn økonomiske hensyn, slik at det er forsvarlig av nasjonale konsesjonsmyndigheter å vurdere og legge vekt på kostnadene, samt avslå søknad om utenlands-konsesjon med den begrunnelse. Med andre ord blir problemstillingen om hensynet til at omfattende nettførsterkninger er nødvendige, som reelt sett kun er et spørsmål om økonomi, kan anses som et legitimt hensyn etter EØS-avtalen artikkel 13 eller som et ulovfestet allment hensyn. Forutsetning for at

³²⁴ Se Common Position adopted by the Council with a view to the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC, 15. desember 2008.

dette skal være mulig, er at spørsmålet også har andre aspekter ved seg enn de rent økonomiske. Dette må vi undersøke nærmere.

Norske myndigheters hittil anførte begrunnelse om samfunnsøkonomisk lønnsomhet som grunnlag for å se hen til internt nettforsterkningsbehov, er ikke nødvendigvis avgjørende. Dersom det innledes sak for en domstol om dette, har myndighetene anledning til å omklassifisere og supplere med nye begrunnelser for restriksjonen. Begrepsbruken i avslagene er derfor i seg selv ikke direkte avgjørende.³²⁵

Kanskje kan hensynet til offentlig sikkerhet, som er et legitimt hensyn etter EØS-avtalen art 13, påberopes i forhold til den restriksjonen avslagspraksisen utgjør. I AIMÉ RICHARDT uttalte EF-domstolen at uttrykket «offentlig sikkerhet» omfattet både den indre og den ytre sikkerhet.³²⁶ Som ellers når det gjelder hensynene i art 13, er rettspraksis den sentrale kilden ved tolkningen av disse.

CAMPUS OIL-saken gjaldt en irsk restriksjon vedrørende krav om at en importør av olje til Irland måtte kjøpe en viss andel av sitt samlede behov fra det eneste irske oljeraffineriet.³²⁷ Irland hevdet et slikt krav var nødvendig for å kunne opprettholde raffineriet og dermed være selvforsynt med olje i tilfelle krise. EF-domstolen aksepterte at opprettholdelsen av oljeforsyning var omfattet av unntaket for offentlig sikkerhet. Begrunnelsen var at en oljekrise ikke bare satte landets økonomi i fare, men alle landets institusjoner og innbyggere. Vedrørende offentlig sikkerhet uttalte domstolen:

«It should be stated in this connection that petroleum products, because of their exceptional importance as an energy source in the modern economy, are of fundamental importance for a country's existence since not only its economy but above all its institutions, its essential public services and even the survival of its inhabitants depend upon them. An interruption of

³²⁵ Jf «FINALARTE-DOMMEN», særlig premiss 40-45.

³²⁶ CRIMINAL PROCEEDINGS AGAINST AIMÉ RICHARDT AND LES ACCESSOIRES SCIENTIFIQUES SNC, 4. oktober 1991, C-367/89, ECR 1991 s. I-4621 premiss 26. Saken gjaldt et fransk krav om eksportlisens for utførsel og transitt av visse varer til Sovjetunionen.

³²⁷ C-72/83 CAMPUS OIL 10. juli 1984, ECR 1984 s. I-2727.

supplies of petroleum products, with the resultant dangers for the country's existence, could therefore seriously affect the public security that article 36 [nå EF-traktaten art 30] allows states to protect.»³²⁸

Dommen er rettskappende ved at den tillater anvendelse av artikkel 13 når et legitimt hensyn forfølges, selv om tiltaket også har en økonomisk effekt.³²⁹ Det har vært uenighet blant ulike forfattere om hvorvidt resonnementet fra CAMPUS OIL er anvendelig på andre produkter enn olje. Fra enkelte hold ble dette fremholdt som høyst usannsynlig.³³⁰ Som Bjørnebye påpeker, er domstolens resonnement knyttet til offentlig sikkerhet «not limited to a country's military security, but also extends to the functioning of its institutions, its essential public services and even the survival of its inhabitants, which depend on a minimum supply of petroleum. From that perspective, the link between the securing of a minimum supply of electricity and ensuring public security becomes more pertinent».³³¹ Forfatteren tar altså til orde for at Campus Oil-resonnementet her gjelder for elektrisitet.

«GOLDEN SHARE»-saken COMMISSION V SPAIN gjaldt statlig kontroll over tidligere offentlige virksomheter som nå var privatisert.³³² I denne dommen, som omhandlet et selskap som blant annet drev elektrisitetsvirksomhet, ble all tvil knyttet til om resonnementet fra CAMPUS OIL kunne anvendes på elektrisitetssektoren, fjernet. Domstolen fant at «the objective of safeguarding supplies of such products or the provision of such services within the member state concerned in the event of a crisis *may constitute a public-security reason*».³³³

³²⁸ Jf permiss 34, vår uthevning.

³²⁹ Jf Bjørnebye (2008) s. 73.

³³⁰ Redaksjonell kommentar til Campus Oil, European Competition Law Review, 1984 s. 244-255 på s. 255.

³³¹ Jf Bjørnebye (2008) s. 74-75.

³³² Sak C-463/00, COMMISSION V SPAIN, 13. mai 2003, ECR 2003 I-4581.

³³³ Ibid. premiss 71, vår uthevning.

Bjørnebye fremholder på bakgrunn av «the nature of the business of the undertakings involved [...]» at

«the main security of supply concern was that for some reason the regulation and/or operation of the domestic infrastructure for the transportation of energy might fail, resulting in disruptions to energy supplies which might ultimately threaten public security».³³⁴ Svikt på et hvert punkt i ressurskjeden fra produksjon til forbruk kan forstyrre energileveranser. Slik vi forstår forfatteren, konkluderer han derfor med at tiltak i prinsippet kan vedrøre ulike sider ved energiforsyningen, herunder å sikre et «secure operational regime for energy transportation».³³⁵

Viktigheten av et hensiktsmessig og sikkert driftsregime for elektrisitetstransport er også fremhevet fra norsk hold. Strømnettet, og særlig sentralnettet, er i NOU 2006: 6 *Når sikkerheten er viktigst* beskrevet som en infrastruktur samfunnets funksjonsdyktighet er svært avhengig av. Her foretas en definering og nærmere undersøkelse av systemer som utgjør såkalt «kritisk infrastruktur». Utvalgets definisjon lyder:

«Kritisk infrastruktur er de anlegg og systemer som er helt nødvendige for å opprettholde samfunnets kritiske funksjoner som igjen dekker samfunnets grunnleggende behov og befolkningens trygghetsfølelse.»³³⁶

Felles for slik infrastruktur er at det ved alvorlig svikt i systemene raskt vil kunne oppstå massive forstyrrelser i samfunnet. De har dermed et stort sårbarhetspotensiale og virkningene av svikt har sektorovergrepene karakter. Til sammen er de kritiske infrastrukturene med på å understøtte rikets sikkerhet og landets vitale interesser. Anlegg og systemer som understøtter elektrisk kraft er særskilt nevnt blant disse. Praktisk talt alle samfunnsfunksjoner er avhengige av strøm gjennom kraftstrukturen.³³⁷ Mestring av et slikt tett koblet system krever åpenbart sentralisert styring.³³⁸

³³⁴ Bjørnebye (2008) s. 81.

³³⁵ L.c.

³³⁶ NOU 2006: 6 *Når sikkerheten er viktigst. Beskyttelse av landets kritiske infrastrukturer og kritiske samfunnsfunksjoner*, punkt 3.1.

³³⁷ L.c.

³³⁸ L.c.

Når nettet anses som en kritisk infrastruktur og liketil er en monopolvirksomhet, har organisering av dette en sammenlignbar betydning som behovet for olje, slik det fremstod i CAMPUS OIL-saken.

En slik sentralisert styring vil ikke være mulig hvis man ikke skal kunne fatte overveide avgjørelser knyttet til denne infrastrukturen selv, men måtte så å si «løpe etter» enhver aktør som vil etablere prosjekter med tilfeldig lokalisering på bakgrunn av kortsiktige, egennyttige profittmotiv. Sentralnettets funksjonsdyktighet krever kontinuerlig ettersyn, oppgradering og vurderinger av slike behov både på kort, middels og lang sikt. Satt på spissen, er det kanskje bare spørsmål om å bruke nok penger til forsterkninger, da det teoretisk sett er mulig å etablere et fullkomment nett som til en hver tid tåler all import og eksport, og hvor interne flaskehals er redusert til et minimum. Men hvis nettforsterkninger når som helst kan dikteres av tilfeldige aktører, kan det føre til svært ineffektiv ressursbruk, uoversiktlige og i ytterste konsekvens også forsyningsikkerhetsmessig risikofylte situasjoner.

Ineffektiv ressursbruk må det i det minste et stykke på vei være i EUs ånd å unngå. Det er nettopp dette fellesskapsreguleringen har som mål å forhindre. Dette synes også å være noe av begrunnelsen for ønsket om sentraliserte systemoperatører. Transaksjonskostnadene ville bli svært høye dersom det var for mange nettoperatører, som hele tiden skulle inngå de nødvendige avtaler for å få samordnet driften av nettet.

En annen nærliggende og kortsiktig virkning av at alle aktører skal kunne diktere store forsterkninger i sentralnettet, vil være de vidtrekkende konsekvensene for Statnetts utgiftsside. Forutsetningen her er at de utgiftene som dikteres, ikke finnes å være samfunnsøkonomiske investeringer i sentralnettet. Dette kan bli tilfellet selv om aktøren selv må delfinansiere disse.³³⁹ For å finansiere dette, må Statnett hente inntekter et sted, og praktisk sett blir dette gjennom tariffier sluttbrukerne i siste instans må

³³⁹ Jf her ovennevnte forutsetning om at *noen* utgifter faller på Statnett.

betale. Hvis den prisen norske forbrukere må betale for nettvirksomheten blir urovekkende høy, kan det få samfunnsmessige uheldige konsekvenser. At det dreier seg om en monopolisert tjeneste i motsetning til selve *kraftprisen*, og at forbrukerne blir påtvunget å betale for uhensiktsmessige investeringer i nettet, mener vi lettere legitimerer hensyntaken til de prismessige konsekvensene for sluttbrukerne.³⁴⁰

Også i tilfeller hvor nettinvesteringer er samfunnsøkonomisk lønnsomme, men hvor dette fører til svært høye nettpriiser for sluttbrukerne, kan det spørres om nettkostnadene kan danne grunnlag for å avslå et nytt prosjekt. Et hypotetisk tilfelle hvor nettariffen blir så høy at den forhindrer at enkeltmennesker har råd til å kjøpe strøm for å dekke vitale behov, og dermed setter menneskers liv og helse i fare, er ikke nødvendigvis et mer søkt scenario enn at manglende oljeraffineri i et vestlig land skulle utgjøre en fare for «survival of its inhabitants», slik domstolen argumenterte i CAMPUS OIL. Dette synes også anerkjent av EU-kommisjonen i forbindelse med vedtakelsen av andre energimarkedspakke, hvor det uttales at det er «vital that all Community citizens have a universal right to be supplied at reasonable prices and that a minimum set of consumer protection standards is maintained».³⁴¹

Et argument som også taler i retning av at dette er lovlige forhold å se hen til, er at elektrisitetsdirektivets art 6 nr 2 bokstav a fastsetter at myndighetene ved etablering av ny *produksjonskapasitet*, kan se hen til «the safety and security of the electricity system,

³⁴⁰ Sammenlign her vurderingen av kraftprisens betydning ovenfor.

³⁴¹ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: *Completing the internal energy market*. Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 96/92/EC and 98/30/EC concerning common rules for the internal market in electricity and natural gas. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, Brussels, 13.3.2001, COM (2001) 125 final s. 19.

installations and associated equipment». Dette indikerer at hensyn til elektrisitetssystemet og dets sikkerhet er et lovlig hensyn på tross av at dette i stor utstrekning er spørsmål om økonomi.

Svaret på spørsmålet om hensyn til nettinvesteringer internt kan begrunnes som et offentlig sikkerhetshensyn ved norske myndigheters konsesjonsvurdering, synes ikke åpenbart ut fra det gjennomgåtte kildematerialet. Gode argumenter taler likevel for at dette bør godtas av EF(TA)-domstolen. Vi legger da vekt på det åpenbare behovet i energisektoren for sentralisert styring av nettspørsmål og de konsekvenser mangel av slik styring kan få.

I tillegg kan det spørres om vurderingene knyttet til nettinvesteringer kan forankres i *hensyn utenfor art 13*, etter læren om allmenne hensyn. Plikten til å søke konsesjon etter § 4-2 er opprinnelsesnøytral. Det er ikke relevant at et avslag vil frata elektrisitet produsert i utlandet muligheten til å konkurrere med norskprodusert energi, da ulovfestede allmenne hensyn er anvendelige også ved indirekte diskriminering.³⁴² Det er selve restriksjonen, altså forbudet mot å etablere ny overføringskapasitet, som er avgjørende, og denne stiller seg etter bestemmelsens ordlyd likt for alle, uavhengig av nasjonalitet.

I saken *RÉGIE DES TÉLÉGRAPHES ET DES TÉLÉPHONES V GB-INNO-BM SA*, ser det ut som EF-domstolen mente å anerkjenne et nytt allment hensyn.³⁴³ Saken gjaldt standarder for telefonutstyr som vilkår for å bli tilknyttet det offentlige nettverket. EF-domstolen fremholdt at slike tiltak kunne være legitime for eksempel for «the protection of the public network and its proper functioning». Mer bestemt var forklaringen at:

«In the absence of Community rules on the establishment of public telecommunications networks, and in view of the technical diversity of the networks in the Member States, the Member States retain, on the one hand, the power to lay down technical specifications which telephone equipment must meet to be capable of being connected to the public network and, on the other, the power to examine whether the said equipment is fit to be connected to the network in order to satisfy the imperative requirements regarding the protection of users as

³⁴² For mer om dette, se EØS-rett (2004) s. 311-322.

³⁴³ Jf Oliver (2003) punkt 8.171.

consumers of services and the protection of the public network and its proper functioning.»³⁴⁴

Her ser vi at EU anerkjenner et styringsbehov knyttet til monopolisert nettdrift. Selv om saksforholdet ikke er parallelt med vårt spørsmål om adgangen til å se hen til *nettforsterkninger*, mener vi at de samme hensyn gjør seg gjeldende. Styringsbehovet knyttet til sentralnettet for elektrisitet må sies å være sammenlignbart med det styringsbehov domstolen anerkjente i forhold til telefonnettet.

Etter vårt skjønn er det videre et argument for at de nevnte vurderinger må tillates under et av de legitime hensyn at elektrisitetsforordningen synes å forutsette at nettforsterkningsbehov og -kostnader er hensyn nasjonalstatene har lov til å se ved vurderingen av *private* kabelprosjekter som følger forordningens spesielle unntaksprosedyre. Bestemmelsen som dette eventuelt kan leses ut av, er imidlertid noe uklar.³⁴⁵

Vår konklusjon på bakgrunn av drøftelsene ovenfor er at det ved behandling av søknader om å få etablere ny overføringskapasitet mot utlandet kan tas hensyn til følger for driften av sentralnettet, da dette er et forhold som kan rubriseres som et allment hensyn som legitimerer unntak fra EØS-avtalen art 11 og 12.

7.6.5 Kort om proposjonalitet

Unntaksvurderingen som skal foretas etter EØS-avtalen art 13 stopper likevel ikke her. I tillegg til at et legitimt hensyn kan påberopes, må

³⁴⁴ Case C-18/88, RÉGIE DES TÉLÉGRAPHES ET DES TÉLÉPHONES V GB-INNO-BM SA, 13. desember 1991, ECR 1991 s. I-5941, premiss 31.

³⁴⁵ Etter ordlyden i art 7 bokstav f, vil nye kabelprosjekter i praksis hindres dersom de er til skade for «[...] *the efficient functioning of the regulated system to which the infrastructure is connected*». Vi skal under kapittel 10 gjøre nærmere rede for bestemmelsen og dette kriteriet spesielt (punkt 10.3). Hvor langt argumentet om at bestemmelsen legitimerer nettforsterkningshensyn i nasjonale konsesjonsvurderinger rekker, er på samme vis derfor uklart.

restriksjonen ikke kunne brukes til vilkårlig forskjellsbehandling eller være en skjult hindring på handelen, jf EØS-avtalen art 13 annet punktum. Tiltaket må etter EF-domstolens praksis *faktisk* også være begrunnet i dette legitime hensynet, jf EØS-avtalen art 13 første ledd første punktum, og tilsvarende for det ulovfestede unntak.³⁴⁶ EF-domstolen har ofte formulert dette som et krav om at tiltaket må være *nødvendig* for å ivareta det legitime hensyn som påberopes, og dette kravet består av to elementer: Det må foretas en egnethetsvurdering og en proporsjonalitetsvurdering.

Egnethetsvurderingen synes det unødvendig å gå inn på. Avslag på søknader er klart nok egnet til å ivareta hensynet til driften av sentralnettet.

Det er likevel ikke gitt at det er *proporsjonalt* å nekte konsesjon til prosjekter som departementet finner at vil påføre samfunnet for store kostnader til nettinvesteringer internt. Andre, mindre inngripende tiltak kan tenkes. For eksempel kan tenkes at det stilles vilkår i konsesjonen om at tiltakshaver må påta seg hele eller deler av kostnadene forbundet med slike oppgraderinger.

Selv om den systemansvarlige etter EØS-reglene, som tidligere forklart, er tillagt særlig ansvar for nye nettinvesteringer, er ikke dette til hinder for at andre aktører investerer i nett. Adgangen til å tillate kommersielle investeringer i overføringsforbindelser er uttrykkelig anerkjent i forsynings- og infrastrukturdirektivet art 6 nr 2, i tillegg til i elektrisitetsforordningen.

Den nærmere betydningen for dagens myndighetspraksis er imidlertid noe usikker. Vi kjenner ikke til hvordan aktuelle initiativtakere ser på dette og hvordan kostnader vil bli fordelt. Vi nøyer oss derfor med å påpeke at proporsjonalitetskravet er et vilkår som må være oppfylt.

³⁴⁶ EØS-rett (2004) s. 319.

7.6.6 Konklusjon

Etter vår vurdering kan kanskje ikke dagens avslagspraksis opprettholdes fullt ut. I den utstrekning avslag begrunnes i hensyn til kraftpris for norske sluttbrukere eller høy investeringskostnad for en privat tiltakshaver, vil dette være problematisk i forhold til EØS-retten. Vi er tilbøyelige til å være enige med norske myndigheter i at det kan tas hensyn til interne nettinvesteringskostnader. Men dersom tiltakshaver påtar seg kostnadene til de nødvendige oppgraderinger, vil det neppe være legitimt av departementet å avslå konsesjonssøknaden.³⁴⁷

7.7 Tjenestereglene og drift av utenlandskabler

7.7.1 Er konsesjonærene etter § 4-2 tjenesteytere i EØS-avtalens forstand?

Tjenestereglene i EØS-avtalen art 36-39 regulerer i utgangspunktet næringsvirksomhet som midlertidig er av grenseoverskridende karakter. Restriksjoner på slik virksomhet er forbudte, med mindre de kan begrunnes i bestemte allmenne hensyn.³⁴⁸

Det må først undersøkes om konsesjonærene etter bestemmelsen i § 4-2 kan ses på som tjenesteytere i relasjon til EØS-avtalen art 36 jf art 37. Etter art 37 skal tjenester forstås som «tjenester som vanligvis ytes mot betaling». Utgangspunktet er altså at det er avgjørende hvorvidt det foreligger en

³⁴⁷ Jf punkt 13.3 for ytterligere kommentarer til spørsmål om nettforsterkningskostnader. Vi vil der knytte noen bemerkninger til behovet for, og hensiktsmessigheten av, en mer spesifikk regulering vedrørende slike spørsmål.

³⁴⁸ Tjenestereglene og etableringsreglene dekker samme typen virksomhet, se *EØS-rett* (2004) s. 430. For mer om grensedragningen mellom tjenestereglene og etableringsreglene, se s. 380-383. Reglene om fri utveksling av tjenesteytelser i *tjenstedirektivets* artikkel 16 ikke kommer til anvendelse for tjenesteytelser av allmenn økonomisk interesse, herunder tjenesteytelser i elektrisitetssektoren, jf direktivets artikkel 17 nr 1 bokstav b.

økonomisk aktivitet. Av første ledd følger videre at de nevnte tjenester omfattes «i den utstrekning de ikke kommer inn under bestemmelser om det frie varebyttet og den frie bevegelighet for kapital og personer». Tjenestebegrepet sies på den bakgrunn å være negativt avgrenset. Et grunnleggende synspunkt har vært at all økonomisk aktivitet som ikke faller inn under de øvrige friheter, bør omfattes av tjenestekapitlet.³⁴⁹ Annet ledd i art 37 lister opp enkelte virksomheter som klart skal falle inn under begrepet. Den virksomhet vi her ser nærmere på – ulike former for tilrettelegging for kraftutveksling – er ikke blant de opplistede virksomheter.

Felles for konsesjonsinnehaverne etter § 4-2 er at de har tilretteleggingsoppgaver i forbindelse med kraftutveksling med utlandet, men oppgavene har litt forskjellig karakter og omfang. Slik vi ser det, må både de tekniske og administrative oppgavene som alle disse aktørene forestår, sies å falle inn under tjenestebegrepet. Statnetts administrering av utenlandskablene utføres mot et vederlag. Vederlaget kommer praktisk sett dels fra tariffen, og dels fra uttrykkelige vederlag i forbindelse med kapasitetsauksjoner.³⁵⁰ Nord Pool Spot administrerer børsen hvor handelen med kraften skjer. Også dette er en virksomhet det ytes vederlag for, gjennom et påslag i kraftprisen.

7.7.2 Kravet til et grenseoverskridende element

I tillegg til at det må dreie seg om økonomisk virksomhet, kreves et grenseoverskridende element i forhold til en annen stat i EØS-området. Det er ikke nødvendig med noe kontraktsforhold mellom tjenesteyteren og tjenestemottakeren, og det er tilstrekkelig at reglene hindrer en tjenesteyter i

³⁴⁹ Jf *EØS-rett* (2004) s. 425 med henvisning til rettspraksis.

³⁵⁰ Det kan bemerkes at det ikke av EF-domstolen legges avgjørende vekt på om det er den som mottar ytelsen som betaler for denne, jf *EØS-rett* (2004) s. 432.

en stat i å nå mottakere i andre stater.³⁵¹ De kommer også til anvendelse der det er *ytelsen* som er grenseoverskridende.³⁵²

Det er altså tilstrekkelig at tilretteleggingsoppgavene konsesjonærene utøver, og som potensielle andre aktører vil utøve, er av grenseoverskridende karakter. Kravet må klart sies å være oppfylt, da det nettopp dreier seg om administrering av grenseoverskridende kraftflyt. Dette vil forutsette kontakt og samarbeid med utenlandske aktører.

7.7.3 Nærmere om subsumsjonen av tjenestereguleringene og forholdet til sekundærlovgivningen

Prinsipielt sett kan det vurderes i forhold til den enkelte aktør om det innebærer en restriksjon i tjenestefriheten at de må søke om og eventuelt blir nektet tillatelse til for eksempel å forestå teknisk drift på utenlandskablene eller administrativ drift som børstjenester.³⁵³ Diskriminering av søkere i denne forbindelse, vil som utgangspunkt også være EØS-stridig.³⁵⁴

Generelt innebærer en bestemmelse som etablerer et forbud mot utøvelse av tilretteleggingsfunksjoner, nødvendigvis en restriksjon. Men en slik konsesjonsordning i seg selv vil nok lett kunne begrunnes i et allment hensyn. Mer problematisk er kanskje en utøvelse av konsesjonsmyndighet som favoriserer enkelte aktører. Selv om tilstrekkelig praksis for å kunne undersøke dette mangler, kan det ikke utelukkes at både Olje- og energidepartementet og NVE har en oppfatning om at Statnett i

³⁵¹ Jf *EØS-retten* (2004) s. 435 med henvisning til sak C-405/98 GOURMET, ECR 2001 s. I-1795.

³⁵² Jf *EØS-retten* (2004) s. 435. Som eksempler nevnes blant annet fjernsynssending over landegrensene jf sakene i C-352/85 BOND VAN ADVERTERERS, ECR 1988 s. 2085 og C-288/89 GOUDA, ECR 1991 s. I-4007.

³⁵³ Dette fordrer klart nok avtaler med kabeleiere, produsenter og/eller forbrukere, samt aktører i forbindelseslandet i tillegg til konsesjon.

³⁵⁴ Se *EØS-retten* (2004) s. 395.

utgangspunktet bør ha ansvaret for den tekniske tilrettelegging av krafthandel med utlandet.

For den tjenesten Statnett utøver, blir likevel det å konkludere med EØS-stridig diskriminering et lite tilfredsstillende resultat, all den tid EU har ønsket en slik praksis. Elektrisitetsdirektivet legger opp til en løsning med monopoliserte systemoperatører, jf elektrisitetsdirektivets kapittel IV. Det fremgår også av tjenstedirektivet at de tjenester elektrisitetsdirektivet dekker, ikke omfattes av tjenstedirektivets regler om fri utøvelse av tjenester.³⁵⁵ Vi mener konsekvensen av dette kan være at heller ikke traktatens regler om fri tjenesteutøvelse da kan stå i veien for at teknisk drift av overføringskabler legges til én systemoperatør. At systemoperatørene, i forlengelsen av de oppgaver de forestår internt i landet, også får en slags fortrinnsrett for systemdrift av utenlandsforbindelsene, synes nettopp å være i tråd med tanken bak slik systemdriftsorganisering. Det har klare praktiske fordeler at et begrenset antall aktører har oversikt over det samlede nettverket og forestår driften av dette. Løsningen er forutsatt i elektrisitetsdirektivet, jf art 9 bokstav c, som uttrykker at systemoperatøren er ansvarlig for «*managing energy flows on the system, taking into account exchanges with other interconnected systems...*» (vår uthevnning).

Det er imidlertid ikke gitt at alle funksjonene som konsesjoneres etter §42, er naturlige monopolfunksjoner som EU har funnet grunn til å regulere særskilt i sekundærlovgivningen innen elektrisitetssektoren.

Når det gjelder administrativ håndtering av kapasiteten i kabelen gjennom auksjonstjenester ved børs eller på annen måte, er dette kanskje ikke noe det bør være monopol på. Her kan det tenkes at en eventuell favorisering av Nord Pool i forhold til andre aktører vil innebære en EØS-stridig restriksjon. Dette blir likevel fort spekulasjoner rundt problemer som nok ligger et stykke frem i tid. Foreløpig er ikke Nord Pools rolle utfordret, og hvordan

³⁵⁵ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 *on services in the internal market*.

myndighetene og andre aktører vil forholde seg til en eventuell utfordrer, er vanskelig å si.

Vi nøyer oss her med disse bemerkningene. Døren holdes altså på gløtt for at enl § 4-2 kan utgjøre en ulovlig restriksjon for aktører som forestår funksjoner som ikke er naturlige monopoler.³⁵⁶

8 Finnes andre EØS-rettslige skranker for konsesjonsvurderingen?

8.1 Kravene til nasjonale konsesjonsordninger

EØS-retten innebærer noen generelle krav til konsesjonsvurderingen ved skjønnspregede bestemmelser.³⁵⁷ Vi skal nå se om den norske konsesjonsordningen for utenlandsprosjekter samsvarer med disse kravene.

Det kan utledes krav til konsesjonsordningen både fra EØS-avtalens hoveddel og fra sekundærlovgivningen. Når det gjelder EØS-avtalens hoveddel, så vi ovenfor i punkt 7.2 at nasjonale konsesjonsegler som oftest er restriksjoner etter reglene om de fire friheter.³⁵⁸ Vi så videre at disse kunne opprettholdes innenfor rammen av de legitime hensyn. Når slike ordninger skal praktiseres, vil kravene etter ikke-diskrimineringsprinsippet og proposjonalitetsprinsippet komme til anvendelse.³⁵⁹ EF-domstolen har presisert forholdsmessighetskravene til blant annet å innebære at konsesjonsordningene må bygge på ikke-diskriminerende objektive kriterier, som er

³⁵⁶ For mer om kraftbørsers rolle, se Roggenkamp (2005) s. 1-29.

³⁵⁷ Dette er skranker dels av materiell og dels av prosessuell art.

³⁵⁸ Se Graver, Hans Petter *Forvaltningsrett i markedsstaten. Studier i europeisering av forvaltningsretten*, Oslo, 2002 s. 83-84.

³⁵⁹ Graver (2004) s. 230.

kjent på forhånd og som setter klare rammer for myndighetenes skjønnshet.³⁶⁰

Disse kravene oppsummeres blant annet i en av de såkalte «GOLDEN SHARES»-sakene, navnlig saken mot Frankrike, som gjaldt regler som ga adgang til skjønnsmessig godkjenning av aksjer i privatiserte selskaper. Domstolen uttaler: «Such a scheme must be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance to the undertakings concerned, and all persons affected by a restrictive measure of that type must have a legal remedy available to them.»³⁶¹

Elektrisitetsdirektivet art 6 bestemmer også uttrykkelig at medlemsstatene kan velge mellom en konsesjonsprosedyre eller en anbudprosedyre. Ved bruk av konsesjon og anbud skal det anvendes objektive, oversiktlige og ikke-diskriminerende kriterier. Denne bestemmelsen retter seg etter sin ordlyd bare mot ny *produksjons*kapasitet, og ikke mot ny *nettkapasitet*. Det synes likevel unødvendig å foreta noen nærmere diskusjon av om nettkapasitet omfattes, da de samme kravene til prosedyren gjelder i kraft av det som kan utledes fra EØS-avtalens prinsipper, jf ovenfor.³⁶²

Også energilovforskriften § 2-2 fastsetter at konsesjon i det enkelte tilfellet skal tildeles på bakgrunn av objektive, transparente og ikke-diskriminerende kriterier. Bestemmelsen er gitt for å overholde elektrisitetsdirektivets regel om det samme.³⁶³

I kravene til objektive og ikke-diskriminerende kriterier må det ligge at konsesjonsmyndighetene skal fatte avgjørelser ut fra like og nøytrale vurderingsvilkår og ikke uten saklig grunn kan forskjellsbehandle konsesjonssøkere. Kravet til transparens må innebære at det skal være en viss gjennomsiktighet med hensyn til hvilke kriterier som vil bli vektlagt i

³⁶⁰ Ibid s. 225 med videre henvisninger. Disse kravene til konsesjonsordninger er et utslag av prinsippet om «legal certainty», oppstilt i langvarig praksis fra EF-domstolen. For mer om «legal certainty», se Heistad (2006) særlig s. 30-50.

³⁶¹ C-483/99 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES V REPUBLIC OF FRANCE, 4. juni 2002, ECR 2002 s. I-0478, premiss 46.

³⁶² For mer om bestemmelsen i elektrisitetsdirektivets art 6, se Bjørnebye (2008) s. 179-204.

³⁶³ Se Ot prp nr 56 (2000-2001) s. 54 og Løvgaard (2008) s. 33.

konsesjonsvurderingen. Aktøren må på forhånd kunne gjøre seg kjent med hva som vil bli vektlagt ved avgjørelsen av hans søknad.

Hvordan synes disse kravene overholdt for det norske konsesjonsregimets vedkommende? Vi har kartlagt en uklar kompetansefordeling, herunder uryddighet med hensyn til hvilket organ som skal foreta de enkelte vurderinger. Vi finner derfor grunn til å stille spørsmål ved om kravet til transparens er overholdt fra de norske konsesjonsmyndighetenes side. Allerede ovenfor i punkt 6.5.6 er det anbefalt en opprydding i arbeidsfordelingen.

Videre kan det spørres om hensyn som inngår i vurderingen av om ny overføringskapasitet skal tillates, er tilstrekkelig klart angitt. For en potensiell tiltakshaver er de skjønnskriterier vi har fremstilt ovenfor i kapittel 6, ikke iøynefallende. Formålsbestemmelsen er som nevnt vag og politisk preget slik at det rettslige innholdet er usikkert. Stortingsmeldingene som uttaler seg om spørsmålene, er på mange vis vanskelig tilgjengelige. De er gamle og inneholder få eksplitt angitte skjønnskriterier. Selv om det i og for seg er mulig å *tolke seg frem til* hva som er relevante kriterier i forbindelse med konsesjonsvurdering etter energiloven § 4-2, burde dette vært ryddet opp i og publisert. Kriterier må gjøres klare og tilgjengelige.

Gir så EØS-retten selv veiledning eller pålegg når det gjelder det nærmere *innholdet* i disse kriteriene, utover de vurderingskriterier vi allerede har behandlet?

8.2 Spesifikke krav til vurderingskriterier

En del av sekundærlovgivningen fra EU har bestemmelser som i større eller mindre utstrekning kan legge føringer for det konsesjonsskjønn norske myndigheter skal utøve etter enl § 4-2.

Vi er av den oppfatning at målsetninger som kommer til uttrykk i EØS-relevant sekundærlovgivning, må utgjøre hensyn norske konsesjonsmyndigheter er pliktige til å hensynta ved vurderingen av om det skal gis tillatelse til etablering av økt overføringskapasitet mot utlandet. Det betyr imidlertid ikke at de nødvendigvis vil bli utslagsgivende. Vekten vil trolig

måtte avhenge av hvor tydelig forpliktelsene kommer til uttrykk og hvilken vekt øvrige hensyn har.

En av hovedmålsetningene bak forsyningssikkerhets- og infrastruktur-direktivet er å sikre en passende sammenkobling mellom medlemsstatene med henblikk på forsyningssikkerhet og utvikling av et indre marked.³⁶⁴ Likevel har direktivet få *konkrete* virkemidler av stor betydning for medlemsstatenes handlingsrom.³⁶⁵ Medlemsstatene skal «ensure a high level of security of electricity supply by taking the necessary measures to facilitate a stable investment climate».³⁶⁶ Kabelprosjekter bidrar til leveringssikkerhet, og innvilgelse av slike blir dermed i samsvar med direktivforpliktelsen. Vi mener påbudet om «taking the necessary measures» stiller krav om at leveringssikkerhet må være tungtveiende ved konsesjonsvurderingen. Den selvstendige rettslige betydningen av dette er trolig begrenset når allerede stortingsmeldingen fra 1993 vektlegger hensynet sterkt.

På samme måte kan vi undersøke om EUs mye omtalte fornybarmålsetninger, som kommer til uttrykk i fornybardirektivet, får betydning for skjønnsutøvelsen. EU har satt som mål at 20 prosent av energiforbruket skal komme fra fornybare kilder i 2020. Dette innebærer på europeisk plan en dramatisk økning av fornybar kraft på kort tid og vil kreve betydelige omstillinger i kraftproduksjon, samt mye ny overføringskapasitet.

³⁶⁴ Jf direktivets art 1 og EØS-gjennomføringsnotat av 29. november 2005

<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2005/nov/forsyningssikkerhetsdirektivet.html?id=523639>.

³⁶⁵ Jf *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven* (2007) s. 68 og direktivets artikkel 1 bokstav c). Det opprinnelige direktivforslaget til Kommisjonen inneholdt en mer inngripende mekanisme, som innebar at systemansvarlige nettselskap kunne pålegges å investere i overføringsforbindelser av europeisk interesse. Dette forslaget ble likevel fjernet fra direktivet i den videre beslutningsprosessen, se COM(2003) 740 final og forslag til artikkel 7.

³⁶⁶ Jf art 3.

EUs mål for fornybar energi innebærer en tredobling av utbyggingen av fornybar kraft. Dette kan få stor betydning for kraftsystemet i Norge og våre naboland. Målsetningen kan bidra til at Norden får kraftoverskudd og lavere priser enn kontinentet. Slik utbygging av fornybar kraft vil kreve økt grad av samarbeid over landegrensene.³⁶⁷ Dersom Norge må produsere mer fornybar energi de neste årene og den totale energiproduksjonen øker, vil dette kunne nødvendiggjøre nye eksportmuligheter.³⁶⁸

Siden kabler vil komme til å ha en sentral funksjon ved realiseringen av disse målsetningene, mener vi dette må gjenspeiles i myndighetens konsesjonsvurderinger etter enl § 4-2. Hertil kommer at klimautfordringene er så sterkt fremme på både den nasjonale og internasjonale politiske dagsorden. Når Norge er rettslig bundet av målsetningene i fornybar-direktivet, kan en for en restriktiv utbyggingspolitikk, begrunnet eksempelvis i høye investeringskostnader, komme i et problematisk forhold til disse forpliktelsene.

³⁶⁷ Jf <http://www.statnett.no/no/Miljo-og-samfunnsansvar/Klima-CO2-og-energi/1/EUs-ambisiose-mal/> [avlest 1. desember 2009].

³⁶⁸ Dette er for eksempel brukt som et argument fra NorGers side, se avisartikkel i Aftenbladet av 4. mars 2009, *Overskudd av strøm*, http://www.aftenbladet.no/energi/fornybar/1010038/Overskudd_av_stroem.html [avlest 1. desember 2009]. I artikkel i Teknisk Ukeblad av 6. mars 2009, *Statkraft vil bygge kabel ut av landet*, har også administrerende direktør i EBL, Bysveen, følgende uttalelser om kabelbygging: «Betydningen av de nye kravene til Norge på energieffektivitet, fornybar energi og CO2 vil endre energibildet. Det er positivt at ulike miljøer jobber med problemstillingen for å belyse den fra flere sider. Slik vi ser det vil nett og utenlandsforbindelser bli ett av de viktigste områdene i forbindelse med å lykkes med den grønne pakken» <http://www.tu.no/energi/article201541.ecc> [avlest 1. desember 2009].

9 Kan nasjonale myndigheter fastsette handelsløsning ved begrenset overføringskapasitet mot utlandet?

9.1 Innledningsvis om kapasitetsbegrensninger og kapasitetsallokering

Under punkt 4.7 har vi sett at valg av handelsløsning over en kabel utløser konsesjonsplikt etter energiloven § 4-2. I tillegg fastsettes kapasitets- håndteringsmetoder i vilkår til utenlandskonsesjonen. Hvordan forholder denne norske reguleringen seg til EU-sekundærlovgivningens regler om kapasitetsbegrensninger? Både elektrisitetsdirektivet og forordningen har regler om kapasitetshåndtering.³⁶⁹ Vårt spørsmål er om nasjonale myndigheter kan gå *lenger* i å regulere aktørens valg av handelsløsning enn hva sekundærlovgivningen legger opp til. Et negativt svar på spørsmålet vil kunne innebære at norske myndigheters detaljregulering av dette utgjør en ulovlig restriksjon etter EØS-avtalens generelle del. Først skal vi forklare problemet med kapasitetsbegrensninger noe nærmere.

Når kapasiteten i overføringsnett er begrenset slik at det ikke er mulig å imøtekomme behovet for kapasitet som isolert sett etterspørres i markedet, må det bestemmes hvem som skal få utnytte denne og hvordan.³⁷⁰ Én mulighet er selvfølgelig å la dette være opp til den enkelte eier av kabelforbindelsene å avgjøre. Dersom noen ønsker å overføre kraft, men ikke får lov eller har råd til å kjøpe kapasitet i andres overføringsforbindelser, kan de bygge sitt eget nett. En slik løsning er imidlertid verken praktisk eller ønskelig. Stordriftsfordeler innebærer at nettforbindelser

³⁶⁹ Elektrisitetsdirektivet har regler om tredjepartsadgang, jf art 20. Forordningens regler er, som vi skal se, å oppfatte som en konkretisering eller spesialregulering for så vidt gjelder grenseoverskridende forbindelsesledninger.

³⁷⁰ Se også elektrisitetsforordningen art 2(2)c, som definerer «congestion».

fremstår som naturlige monopoler. Fra et kostnadmessig synspunkt er det samfunnsøkonomisk ulønnsomt å duplisere slik infrastruktur. Nettvirksomheten kan også sies å ha karakter av å være et fellesgode, og et påregnelig og funksjonsdyktig nettverk er en kritisk ressurs for ivaretagelse av sikkerhet og beredskap på viktige samfunnsområder.³⁷¹ Problemet med kapasitetsbegrensninger oppstår på flere lignende områder, som for eksempel i gassrørledningsnettet, telekommunikasjonsnettet, jernbanenettet og veinettet, og er løst på litt ulik måte i de ulike sektorer.³⁷² Problemstillingen betegnes ofte som et spørsmål om tredjepartsadgang, ettersom den omhandler når og på hvilke vilkår andre enn eieren skal få anledning til å benytte kapasitet i overføringsforbindelsen.³⁷³

9.2 Elektrisitetsforordningens regler om håndtering av kapasitetsproblemer

Elektrisitetsforordningen gir blant annet regler for fordeling av tilgjengelig kapasitet i overføringsforbindelser mellom nasjonale overføringssystemer.³⁷⁴ Forordningens artikkel 6 («General principles of congestion management») og vedlegg (annex) til forordningen, «Guidelines on the management and allocation of transfer capacity of interconnections between national systems», er de sentrale kilder til løsning av spørsmålet.³⁷⁵ Etter hva

³⁷¹ Jf NOU 2006: 6 punkt 9.4.

³⁷² Jf Falch (2004).

³⁷³ Problemstillingen oppstår ikke bare i forbindelse med grensekryssende kabler, men også internt i Norge er det flaskehals, som kan legge faktiske begrensninger på overføringskapasitet. Spørsmålet er imidlertid særskilt regulert for grenseoverskridende forbindelser, og det er disse situasjonene det her tas sikte på.

³⁷⁴ Se forklaring i COM(2007) 250 final side 2.

³⁷⁵ Commission Decision of 9 November 2006 (2006/770/EC) amending the Annex to Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity.

forordningen legger opp til, er ulike metoder for håndtering av kapasitetsproblemer mulige, men visse vilkår oppstilles. Metodene som brukes må være «non-discriminatory market based solutions which give efficient economic signals to the market participants and transmission system operators involved», jf art 6(1) første punktum. Fortrinnsvis skal det brukes «non transaction based methods; i.e. Methods that do not involve a selection between the contracts of individual market participants», jf annet punktum.³⁷⁶

Nasjonale transmisjonssystemer var tidligere sammenkoblet utelukkende av forsynings sikkerhetshensyn. Nå er det et komplekst internasjonalt elektrisitetmarked, en rekke transittkabler og et stadig økende antall markedsaktører. Kapasitetsbegrensninger i grensekryssende overføringsforbindelser utgjør en barriere for internasjonal handel innen Europa, og EU fant det på en slik bakgrunn nødvendig å implementere passende regler for markedsbaserte metoder for kapasitetsbegrensningshåndtering.³⁷⁷

Kravene er til hinder for at kapasiteten fordeles etter en prioritert rekkefølge eller en pro rata-ordning. Når det i tillegg i art 6(3) stilles krav om at maksimal kapasitet i overføringsforbindelsen skal stilles til disposisjon for markedsaktørene, utelukkes langtidskontrakter.³⁷⁸ Langtidskontrakter om levering av fysisk kraft innebærer nettopp at kapasitet i kablet reserveres for kontraktspartene.

³⁷⁶ Disse kravene er videreført i tredje energimarkedspakke, jf Regulation (EC) No 714/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003 art 16.

³⁷⁷ Jf Stefanović, Nenad *Compliance with Regulation 1228/2003 and the Congestion Management Guidelines. Update Report*, 13th Athens forum, 2008 (heretter Stefanović 2008) <http://www.energy-community.org/pls/portal/docs/196188.PDF> [avlest 1. desember 2009].

³⁷⁸ Stefanović (2008).

Videre stiller art 6 krav blant annet til at prosedyrer som ikke tilfredsstiller nevnte krav bare skal brukes i nødssituasjoner (art 6(2)), krav om at maksimal kapasitet i overføringsforbindelsen skal stilles til disposisjon for markedsaktørene (art 6(3)) og regler for hvordan inntekter som stammer fra overføringsforbindelsen skal benyttes (art 6(6)).

Retningslinjene i vedlegget (annex) til forordningen presiserer og utdyper art 6, se særlig nr 1-6 under «General» og nr 1-3 under «Principles governing methods for congestion management».

Den etablerte forståelsen er at de eneste markedsmekanismene som tilfredsstiller forordningens og retningslinjenes krav, er såkalte eksplisitte og implisitte auksjoner.³⁷⁹

9.3 Implisitte auksjoner

Ved implisitte auksjoner blir overføringskapasiteten fordelt ved auksjoner over elektrisiteten. Det er da ikke noe separat kapasitetsmarked.³⁸⁰

³⁷⁹ Se blant annet Cameron (2007) s. 155. I COM(2007) 250 final s. 4 listes det opp hvilke metoder som i dag er i bruk, før det uttales at bare eksplisitte og implisitte auksjoner er forenlige med forordningen:

«Capacity allocation methods currently in use on congested interconnections are the following

(...):

- (1) retention (vertically integrated company holds the capacity)
- (2) priority allocation for legacy contracts
- (3) explicit auctions
- (4) implicit auctions
- (5) for intra-day allocations, first-come-first-served and pro-rata

Only coordinated explicit and implicit auction fulfil the requirements of Regulation 1228/2003.»

³⁸⁰ Hammer, Ulf *Interconnectors and Market Coupling – Illustrated by NorNed*, i *European Energy Law Report IV*, redigert av Marta Roggenkamp og Ulf Hammer, Antwerpen, 2007 (heretter Hammer 2007) s. 281-291, på s. 284.

Det er to former for implisitte auksjoner; en basert på såkalt «market splitting» og en på «market coupling». Ved *market splitting* organiserer systemoperatøren i samarbeid med kraftbørsen separate prisområder på hver side av overføringsforbindelsen. Markedsaktørene kan inngi bud i disse prisområdene, men kan ikke handle mellom prisområder.³⁸¹ Kraftflyten mellom to områder styres da av forskjellen mellom kjøp og salg i hvert område. Ved å redusere eller øke områdeprisene, endres kraftflyten inntil den er i samsvar med fysisk tilgjengelig nettkapasitet.³⁸² På denne måten fjernes flaskehalsen i nettet.

Market coupling er basert på de samme prinsippene som market splitting, men metoden involverer to kraftbørser, som koordinerer to elektrisitetsmarkeder. Markedsaktørene kan ikke handle mellom markedene, men må inngi bud der hvor deres installasjon er lokalisert. Børsene stipulerer på bakgrunn av dette en foreløpig markedspris for sitt marked. Systemoperatørene på hver side av overføringsforbindelsen stiller kapasiteten i denne til disposisjon for børsene, som estimerer elektrisitetsflyten i forbindelsen mellom markedene i de neste 24 timer. Hvis markedsprisene må justeres for å unngå flaskehalsen, stipulerer børsene den endelige markedsprisen tilsvarende. Denne endelige prisen vil påvirke produsenter og forbrukere slik at elektrisitet flyter fra lavprisområdet til høyprisområdet.³⁸³

9.4 Eksplisitte auksjoner

Ved eksplisitte auksjoner blir kapasiteten auksjonert bort for ulike tidsperioder; for uker, måneder, timer eller år. Dette skjer i kapasitetsmarkeder etablert av kabeleiere. Transaksjonene i

³⁸¹ *European Energy Law Report IV* (2007) s. 285.

³⁸² Jf <http://www.markedskraft.com/no/Startsiden/Tjenester/Aktiv-forvaltning/Nordic-Marked/Nordic-Power-Market/> [avlest 1. desember 2009].

³⁸³ Hammer (2007) s. 286.

kapasitetsmarkedet er basert på den fysiske elektrisitetsstrømmen.³⁸⁴ Retningslinjene i elektrisitetsforordningen gir nærmere regler for hvordan auksjonene skal foregå.

Det er mulig å bruke begge metoder for kapasitetsallokering på den samme kablen, for eksempel gjennom årlige og månedlige eksplisitte auksjoner kombinert med implisitte auksjoner for neste dag.³⁸⁵

9.5 Situasjonen for dagens utenlandsforbindelser. Vurdering av konsesjonsvilkår om kapasitetsallokering

Kapasiteten i de fleste utenlandskablene er allokert til den fysiske markedsplassen, Nord Pool Spot. Dette gjelder for det første de kablene som omfattes av Nord Pool og Statnetts generelle konsesjoner for tilrettelegging for kraftutveksling med andre nordiske land. I tillegg gjelder det kapasiteten i en del kabler, hvis etablering var gjenstand for egen konsesjonering. Kapasitetsallokeringen på enkelte kabler skjer imidlertid gjennom separate auksjonsprosedyrer (eksplisitte auksjoner).

De generelle tilretteleggingskonsesjonene

I Statnetts konsesjon for tilrettelegging for kraftutveksling med andre nordiske land er det sagt at organiseringen av denne skal «sikre en mest mulig sikker og effektiv kraftutveksling med utlandet» (vilkår 1) og at utvekslingen skal basere seg på omsetningen over elspotmarkedet administrert av Nord Pool Spot, samt på Statnetts systemdriftssamarbeid med andre systemansvarlige i Norden. At kraftutvekslingen skal basere seg

³⁸⁴ Hammer (2007) s. 283-284.

³⁸⁵ *Compliance with Electricity Regulation 1228/2003 - An ERGEG Monitoring Report*, 18. july 2007 http://www.ergreg.org/portal/page/portal/ERGEG_HOME/-ERGEG_DOCS/ERGEG_DOCUMENTS_NEW/ELECTRICITY_FOCUS_GROUP/E07-EFG-23-06_ComplianceReport_final.pdf [avlest 1. desember 2009].

på omsetningen over elspotmarkedet innebærer nettopp at kapasiteten er allokert til børsene og at markedsaktørene, gjennom sine bud på kraften, indirekte også byr på kapasiteten. Dette er i samsvar med metoden for implisitte auksjoner, i form av marked splitting.³⁸⁶

Konsesjonen gitt til Statnett for tilrettelegging av import av kraft fra Russland gjelder for import av kraft gjennom bilaterale avtaler og ved import basert på handel over Nord Pool.³⁸⁷ Også her er det presisert at Statnett skal sikre tilgang til kapasitet mellom Norge og Russland på ikke-diskriminerende vilkår. Målet er sikker og effektiv import av kraft fra Russland.

NorGer-kabelen

For NorGer-kabelen er det verken søkt eller gitt tillatelse til en bestemt kapasitetsallokering. Fra selskapets side er det imidlertid opplyst at det vil bli benyttet en løsning med implisitte auksjoner. Kapasiteten vil med andre ord bli administrert av en børs.

NorNed-kabelen

Når det gjelder NorNed-kabelen, fremgår det av Statnetts konsesjon at kapasiteten primært skal benyttes for utveksling basert på omsetning på børsene, sekundært for handel med systemtjenester. Forøvrig henvises det til samarbeidsavtalen mellom de norske og nederlandske aktørene.³⁸⁸

³⁸⁶ Som tidligere forklart, har Nord Pool en konsesjon for tilrettelegging av kraftutveksling med andre nordiske land, som supplerer Statnetts konsesjon. Det som følger av Statnetts konsesjon om kapasitetsallokeringen, ligger som en forutsetning i denne konsesjonen. Det er presisert i konsesjonsvilkår nr 2 at aktørene på Nord Pools handelsplass skal kunne delta på like vilkår.

³⁸⁷ Sett i lys av forutgående praksis er det for øvrig påfallende at ikke Nord Pool er gitt en korresponderende konsesjon her.

³⁸⁸ Etter denne skal partene til enhver tid fastsette overføringskapasitet tilgjengelig for utveksling, samt gi et anslag for tilgjengelig overlast for bruk i særlige situasjoner.

Av Nord Pools NorNed-konsesjon følger det på samme måte at de to kraftbørsene skal disponere kapasiteten i forbindelsen, fastsatt av Statnett og TenneT. Det henvises deretter til avtalen mellom partene, og departementet forutsetter at det til enhver tid legges til rette for at kabelen har maksimal kapasitet tilgjengelig for utveksling.

Konsesjonene for den *midlertidige handelsløsningen* med Nederland innebærer at den opprinnelige forutsetningen om allokering av kapasiteten til børsene fravikes for en periode. Kapasiteten fordeles i denne perioden etter en eksplisitt auksjonsmodell.

Vi gjentar her spørsmålet vi stilte innledningsvis: Har norske myndigheter adgang til å på denne måten foreskrive én av to kapasitetsallokeringsløsninger som er godkjente etter elektrisitetsforordningen? Dette kan også stilles som et spørsmål om hvorvidt overoppfyllelse av en direktivbestemmelse (om tredjepartsadgang) kan innebære en traktatstridig restriksjon på samhandelen mellom landene.

På den ene siden synes det for aktørene lite rimelig at myndighetene begrenser deres valgmuligheter i relasjon til handelsløsning. NorNed-konsesjonærene, som for tiden ikke klarer å oppfylle vilkåret om implisitte auksjoner i den opprinnelige konsesjonen, vil i prinsippet kunne få konsesjonen tilbaketrasket dersom vilkårsbruddet fortsetter. Dette følger av konsesjonen selv. Alternativt vil bruken av kabelen kunne avbrytes av det offentlige i medhold av enl § 7-3 sjette ledd. I elektrisitetsforordningen art 7 nr 4 bokstav c er det, i forbindelse med innvilgelse av unntak for kabler initiert av en annen enn systemoperatøren, uttrykkelig sagt at handelsløsning kan foreskrives av myndighetene: «When granting an exemption the relevant authority may approve or fix the rules and/or mechanisms on the management and allocation of capacity». Kanskje må bestemmelsen tolkes antitetisk slik at handelsløsning ikke kan foreskrives i andre tilfeller enn ved

Departementet forutsetter at det til enhver tid legges til rette for at kabelen har maksimal tilgjengelig kapasitet for utveksling.

private kabelinitiativ. Mer nærliggende synes det likevel å anse dette som en bekræftelse på en generell regel om at slike vilkår kan stilles.

Det synes i det hele tatt som en unaturlig tolkning av forordningen at den innskrenker medlemsstatenes skjønnsfrihet i denne relasjon. Fra institusjoner tilknyttet EU-systemet er implisitte auksjoner fremholdt som den beste metoden for kapasitetshåndtering.³⁸⁹ På sikt ønskes denne metoden brukt på alle overføringsforbindelser. Ettersom det på de fleste forbindelser i det europeiske markedet i dag benyttes eksplisitte auksjoner eller en hybrid-allokering av kapasitet, vil det likevel ta noe tid før dette kan gjennomføres.³⁹⁰

Når implisitte auksjoner både etter EUs og departementets syn er den handelsløsningen som best legger til rette for sikker og effektiv kraftutveksling med utlandet, kan det vanskelig sies å være i strid med forordningen og dens forutsetninger at konsesjon gis på vilkår om implisitte auksjoner, se for eksempel forordningens fortale avsnitt 17 og 20.³⁹¹ Også retningslinjene vedlagt forordningen synes å forutsette at medlemsstatene langt på vei kan sette slike vilkår, se særlig punkt 1-3 under «General». Det stilles imidlertid krav til gjennomsiktighet og likebehandling av aktører så langt det lar seg gjøre, jf punkt 3. På denne bakgrunn konkluderer vi med at

³⁸⁹ Se for eksempel Conclusions of the 14 European Electricity Regulatory Forum. 24-25 September 2007 s. 3, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/forum_electricity_florence_en.htm [avlest 1. desember 2009] og *Implicit Auctions to Manage Cross-Border Congestion: 'Decentralised Market Coupling'*, 8. july 2003, rapport utarbeidet av EuroPEX i forbindelse med det tiende møtet i the European Electricity Regulatory Forum http://ec.europa.eu/energy/electricity/florence/doc/florence_10/congestion/europex_forum_paper.pdf [avlest 1. desember 2009].

³⁹⁰ *Alternative Models Towards a Regional Spot Market*, WEC Regional Energy Forum, Neptun, June 2008 http://www.cnr-cme.ro/foren2008/CD_ROM_1/s2_en/s2-29-en.pdf [avlest 1. desember 2009].

³⁹¹ Om departementets syn, se konsesjonen av 21. desember 2007 til Statnett for midlertidig handelsløsning for kraftutveksling med Nederland.

det i utgangspunktet kan stilles vilkår om handelsløsning i forbindelse med konsesjonstildeling.³⁹²

Når det gjelder utenlandsforbindelsene på lavere nettnivå, vil vi bare bemerke kort at konsesjonsreguleringen fra norske myndigheters side synes rettslig tvilsom sett på bakgrunn av forordningens regler om kapasitetsallokering, samt EØS-avtalens restriksjonsforbud. Konsesjonen gitt til Trondheim Energi Kraft AS for import av kraft fra Sverige inneholder ingen direkte vilkår eller forklaring på hvem som egentlig skal få benytte kapasiteten. Mye tyder likevel på at det er konsesjonæren selv. Energien fra Sverige skal overføres gjennom kabel og kobles til Nedalsfoss kraftverk (eid av Trondheim Energi). Derfra kobles den videre til sentralnettet.

Noe tilsvarende synes å gjelde etter konsesjonen gitt Nord-Trøndelag Elektrizitetsverk Nett AS («NTE»), men her er det i tillegg en forutsetning at kapasiteten i kablen bare skal benyttes ved planlagt vedlikehold og ved avbrudd på grunn av feil i nettet. Under normale driftsforhold skal altså ikke kablen være i bruk. Dette strider klart mot forordningen art 6 nr 3, hvoretter «[t]he maximum capacity of the interconnections and/or the transmission networks affecting cross-border flows shall be made available to market participants».

Konsesjonene legger altså opp til en løsning i strid med reglene om tredjepartsadgang, og den eneste muligheten for at dette kan være lovlig, er

³⁹² Et annet spørsmål som kan reises i forbindelse med NorNed-kablen, er om de eksplisitte auksjonene som i dag avholdes. Dette spørsmålet forfølger vi imidlertid ikke nærmere. Det bemerkes bare at et stykke på vei synes vilkårene i den midlertidige konsesjonen nettopp å gjenta de retningslinjene som er oppstilt i tilknytning til forordningen, jf «Guidelines for explicit auctions» 1-8. Auksjonene over NorNed administreres av Statnett og TenneT i fellesskap etter nærmere auksjonsregler, «*Rules for the auctioning of physical electricity transfer rights on the HVDC-link between the Netherlands and Norway*» av 8. februar 2008. Se for øvrig NorNed Auctions hjemmeside, <http://www.norned-auction.org> [avlest 1. desember 2009].

at prosedyren i forordningens artikkel 7 er fulgt. Begge de nevnte konsesjoner er gitt i 2008, altså etter at forordningen trådte i kraft. Forbindelsesledningene må da karakteriseres som «new interconnectors» etter forordningens art 7, og unntak fra reglene om kapasitetsallokering etter prosedyren bestemmelsen foreskriver er derfor påkrevd.³⁹³ Det er på rene at prosedyren ikke er fulgt. Forordningen oppstiller ikke noe unntak for kabler med liten kapasitet eller begrenset betydning. At det i konsesjonene er henvist til elektrisitetsforordningens regler helt generelt kan ikke være tilstrekkelig, når konsesjonen nettopp forutsetter et opplegg i strid med disse.

Vi bemerker likevel her at det er en viss tvil forbundet med om overføringsforbindelser som tilknyttes lavere nettnivåer, omfattes av forordningen. Bakgrunnen for en slik diskusjon er at elektrisitetsdirektivet og forordningen opererer med noe ulike definisjoner av «interconnector», jf henholdsvis direktivets art 2 nr 13 og forordningens art 2 nr 1.

10 Kabelprosjekter som følger unntaksprosedyren i elektrisitetsforordningen

10.1 Innledning og bakgrunn

Elektrisitetsforordningen har som nevnt i punkt 1.3 en egen avgjørelsesprosedyre knyttet til utenlandsforbindelser. Gjelder dette regimet ved siden av konsesjonsbehandlingen etter energiloven § 4-2 slik at en aktør trenger begge tillatelser? Influencer eventuelt tillatelsesvedtakene på hverandre, og må de treffes i en bestemt rekkefølge? Vi vil fremstille forordningens regler før vi sammenholder disse med utenlandskonsesjons-hjemmelen i energiloven.³⁹⁴

³⁹³ Se nærmere forklaring umiddelbart nedenfor i kapittel 10.

³⁹⁴ Ved presentasjonen av reglene i forordningen utbroderer vi disse i noe større utstrekning enn hva som er strengt nødvendig for å sammenholde art 7 med enl § 4-2. Ettersom bestemmelsen omtrent ikke er behandlet i norsk litteratur, og også er

Bestemmelsen i elektrisitetsforordningen art 7 nr 1 lyder:

«New direct current interconnectors may, upon request, be exempted from the provisions of Article 6(6) of this Regulation and Articles 20 and 23(2), (3) and (4) of Directive 2003/54/EC under the following conditions:

- a) the investment must enhance competition in electricity supply;
- b) the level of risk attached to the investment is such that the investment would not take place unless an exemption is granted;
- c) the interconnector must be owned by a natural or legal person which is separate at least in terms of its legal form from the system operators in whose systems that interconnector will be built;
- d) charges are levied on users of that interconnector;
- e) since the partial market opening referred to in Article 19 of Directive 96/92/EC, no part of the capital or operating costs of the interconnector has been recovered from any component of charges made for the use of transmission or distribution systems linked by the interconnector;
- f) the exemption is not to the detriment of competition or the effective functioning of the internal electricity market, or the efficient functioning of the regulated system to which the interconnector is linked.»

NorGer-prosjektet, som ble behandlet tidligere i avhandlingen, er et eksempel på kabelprosjekt som krever slikt unntak fra elektrisitetsforordningen. Dette er derfor aktuelle problemstillinger.

Unntaksregelen knytter seg til «interconnectors» som etter forordningens artikkel 2 nr 1 er i) overføringsledninger som krysser eller strekker seg over en grense mellom medlemsstater og ii) knytter sammen medlemsstatenes nasjonale overføringsnett. Vilkåret i) reiser ikke problemer, da det som regel er klart om en ledning eller kabel krysser en grense. At nasjonale overføringsnett må knyttes sammen innebærer at dersom deler av en ledning i norske sentralnettet skulle være på svensk side av grensen, ville ledningen likevel ikke være en «interconnector». Begge vilkårene må være oppfylt for at en forbindelse etter forordningen skal være en interconnector. Artikkel 7 gjelder «new interconnectors». Det avgjørende er at forbindelsesledningen ikke er ferdig den dagen forordningen trer i kraft, se artikkel 1 nr 2 bokstav g. Denne presiseringen kan fortsatt være av betydning, da det kan bli aktuelt å gjenoppta gamle, urealiserte prosjekter, som har sin opprinnelse fra før forordningens ikrafttredelse.³⁹⁵

sparsomt behandlet internasjonalt, har vi vurdert det slik at en noe nærmere utlegning av reglene er interessant for aktørene i bransjen.

³⁹⁵ Eksempelvis ble North Sea Interconnector aldri realisert. Skulle det i fremtiden bli aktuelt å gjenoppta dette prosjektet, vil artikkel 7 kunne komme til anvendelse. At det er aktuelt å bygge på dokumentasjon, utredninger og avtaler fra tidligere ikke-

Artikkel 7 er ment å skulle bidra til et integrert og enhetlig europeisk kraftmarked. Dette krever adekvat og tilstrekkelig infrastrukturkapasitet i form av ledninger eller kabler og tilhørende installasjoner.³⁹⁶ Noen må bygge slik infrastruktur for at målsetningene skal nås, og ulike forhold av både rettslig og faktisk art kan utløse slike initiativ. Den europeiske regulatorgruppen for elektrisitet og gass (ERGEG) skiller mellom:

- 1) Forpliktelser som ligger på systemoperatøren til å bygge og opprettholde overføringsnett for å sikre nettsikkerhet og pålitelighet.³⁹⁷
- 2) Systemoperatørers søken etter å forbedre markedet ved å tilrettelegge for mer handel mellom land i tilfeller av prisdifferanse.
- 3) Private parters ønske om å bygge forbindelsesledninger som de kan profitte på ved tilgangavgifter hvor kraftprisen er forskjellig i hver ende av ledningen.
- 4) Andre forhold – miljømessige vurderinger, kost-nytteanalyser, reaksjoner på nettbrukerers anmodninger etc.³⁹⁸

Hovedskillet går mellom forbindelsesledninger som eies og drives av henholdsvis systemoperatører eller andre, private aktører. For den sistnevnte gruppen er insitamentet for investeringen utelukkende knyttet til en vurdering av at det er underskudd på overføringskapasitet i markedet. Det er denne gruppen aktører bestemmelsen i art 7 retter seg mot. Tillatelse etter art 7 gjelder unntak fra visse regler i elektrisitetsdirektivet og forordningen. Den private aktøren får nærmere bestemt unntak fra reglene om begrenset rådighet over kabler. Unntak gir anledning til å beholde flaskehalsinntekter som avkastning og/eller å disponere kapasiteten etter eget ønske, uhindret av

realiserte prosjekter legges til grunn av Statnett. Se rapport om «*Alternative kabler*», vedlegg til Statnetts konsesjonssøknad for NorNed side 7-10.

³⁹⁶ Se COM(2006) 105 final s. 6.

³⁹⁷ Slike forpliktelser har vi avgrenset mot innledningsvis, jf punkt 1.2.

³⁹⁸ ERGEG (2006) s. 7.

reglene om tredjepartsadgang.³⁹⁹ Normalreglene etter direktivet og forordningen gir ikke gode nok insitamenter til private investeringer. Den europeiske regulatorgruppen for elektrisitet og gass forklarer at «[h]ence present EU legislation provides the possibility for an exemption so that a private non-TSO party can construct transmission infrastructure and receive a revenue from users of this».⁴⁰⁰

Vi vil her konsentrere oss om de tilfeller hvor det kun er aktuelt med unntak fra reglene om bruk av flaskehalsinntekter, ettersom dette unntaket i dag synes som det mest praktiske. Det skyldes at auksjonsmetoder for å håndtere kapasitetsbegrensninger i infrastrukturen stadig blir mer festnet i bransjen, slik at reglene om tredjepartsadgang overholdes. I tillegg er det dette unntaket NorGer-prosjektet ønsker. Dette begrunnes med at når selskapet tar hele den økonomiske risikoen for prosjektet, blir motstykket at inntekten fra kabelen bør mottas uavkortet. NorGer skal nemlig ikke finansieres over sentralnettstariffen slik Statnetts prosjekter finansieres.⁴⁰¹ Kapasitetsproblematikken er det opplyst at skal håndteres ved implisitte

³⁹⁹ Forordningens normalregler om bruk av flaskehalsinntekter vil bli forklart nedenfor i punkt 10.2. Direktivets normalregler om tredjepartsadgang har vi beskrevet i punkt 9.2.

⁴⁰⁰ ERGEG (2006) s. 8. DG TREN har også søkt å forklare behovet for unntaksregelen: «The granting of an exemption by regulators or Member States will be motivated by their desire to protect customers against having to underwrite projects where the ratio of benefits to costs is uncertain and where the cost is particularly high.», jf Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54-55 and Regulation 1228\03 in the Electricity and Gas Internal Market - «*Exemptions from certain provisions of the third party access regime*», 30.1.2004 s. 2.

⁴⁰¹ Statnett har da i langt større grad gjennom tarifforkriften mulighet til å tilbakeføre et eventuelt underskudd til strømkundene.

auksjoner over spotbørs. Dermed overholdes reglene om tredjeparts-adgang.⁴⁰²

Bestemmelsen i den vedtatte art 7 var ikke med i Kommissjonens opprinnelige forslag til forordningstekst.⁴⁰³ Europaparlamentet foreslo imidlertid at det burde være åpning for private kabelprosjekter slik at en forbindelsesledning på nærmere vilkår «shall (with the agreement of the two regulators whose systems that interconnector links) be exempt from the provisions of Article 6(6)».⁴⁰⁴ Parlamentet forklarer tilføyelsen slik:

«The text of Article 6(6) omits to allow for the financing of interconnector projects on an entrepreneurial basis and also fails to allow for the fact that these projects could be developed by a party other than the TSO.»⁴⁰⁵

Rådet uttalte året etter at adgangen til å få slikt unntak bidrar «in order to facilitate new infrastructure investments».⁴⁰⁶ Kommissjonen aksepterte Parlamentets tilføyelse, men påpekte at

«the procedure for the exclusion of certain interconnectors from the rules in question needs to be reinforced: such an exclusion should only be time-limited, but renewable, and should not only require agreement of the national regulatory authorities concerned but also of the Commission, to ensure that the Community's interest as a whole is taken into account.»⁴⁰⁷

⁴⁰² Edvard Lauen, direktør i NorGer AS, har uttalt at NorGer skal være åpen for alle aktører, se Teknisk Ukeblad, *Slåss om å bygge kraftlinjer til EU*, 25. januar 2008 <http://www.tu.no/energi/article131679.ece> [avlest 1. desember 2009].

⁴⁰³ COM (2001) 125 final.

⁴⁰⁴ Europaparlamentets rapport av 28. februar 2002 vedrørende forslaget for en parlaments- og rådsforordning om vilkår for adgang til nett for grensekryssende utveksling av elektrisitet, (Europaparlamentets Committee on Industry, External Trade, Research and Energy) Amendment 18 og forslag til artikkel 6a på s. 14.

⁴⁰⁵ L.c.

⁴⁰⁶ Council Common Position (EC) No 4/2003 with a view to adopting Regulation (EC) No [1228]/2003 of the European Parliament and of the Council of [23 June 2003] *on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity*, vedtatt av Rådet 3. februar 2003, OJ C 50/2003 E/ s. 1-14, på s. 14.

⁴⁰⁷ Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity Brussels, 7.6.2002 COM(2002) 304 final s. 54.

På denne bakgrunn foreslo Kommissjonen en hjemmel for unntak fra bestemmelsen i artikkel 6 nr 6, samt prosedyre for innvilgelse av slikt unntak, i artikkel 6 nr 7-9.⁴⁰⁸

Artikkel 7 er videreført i EUs tredje energimarkedspakke. Bestemmelsens materielle innhold er identisk, men det vil skje noen endringer i prosedyren for unntakssaker.⁴⁰⁹

Før vilkårene i art 7 gjennomgås skal vi kort forklare elektrisitetsforordningens regler om bruk av flaskehalsinntekter. Dette viser klarere hvorfor unntak er nødvendig for private parter.

10.2 Reglene om bruk av flaskehalsinntekter

Forordningen artikkel 6 regulerer prinsipper for håndtering av flaskehals.⁴¹⁰ Art 6 nr 6 fastsetter uttrykkelige regler for bruk av inntekter som skriver seg fra elektrisitetsutveksling over en forbindelsesledning. Etter forordningens art 6 kan «revenues» utenlandskabler genererer, bare brukes til de formål bestemmelsen lister opp. Disse formålene er:

- «(a) guaranteeing the actual availability of the allocated capacity;
- (b) network investments maintaining or increasing interconnection capacities;
- (c) as an income to be taken into account by regulatory authorities when approving the methodology for calculating network tariffs, and/or in assessing whether tariffs should be modified.»

⁴⁰⁸ Ibid. side 64 og 65. Om hvordan dette forholder seg for EFTA-landene, se nedenfor i punkt 10.4.

⁴⁰⁹ Bestemmelsen er inntatt som artikkel 17 i Regulation (EC) No 714/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003.

⁴¹⁰ Overskriften til bestemmelsen i den engelske utgaven lyder «General principles of congestion management».

Kommisjonen har i forarbeidene til elektrisitetsforordningen presisert at «[i]n any event, the congestion revenues shall *not constitute a source of extra profit*». ⁴¹¹

Artikkel 6 nr 6 innebærer en klar skranke for adgangen til å råde over innvunnet kapital. Hensett til dette mener vi at begrunnelsen for regelen om at flaskehalsinntekter skal anvendes til nettopp disse formål burde fremkommet uttrykkelig i Kommisjonens forslag, hvilket den altså ikke gjør. ⁴¹²

Alternativene i bokstav a til c innebærer alle den løsning at flaskehalsinntekter kommer bredere samfunnsinteresser til gode. ⁴¹³ Vi antar at bestemmelsen er ment å tjene som et insentiv til ytterligere markedsintegrering. Både flaskehals i nettet og høye tariffer virker handelshindrende. Anvendelse av inntekter i samsvar med bokstav b eller c bidrar således til å redusere disse hindringene og til å nå målet om ett enhetlig europeisk elektrisitetsmarked. ⁴¹⁴ Dersom inntektene benyttes i samsvar med bokstav a, sikres i alle fall at utbygd kapasitet blir benyttet. Dermed forhindres flaskehalsen i å bli trangere.

⁴¹¹ COM(2001) 125 final s. 74, vår utheving.

⁴¹² Ibid.

⁴¹³ Jones, Christopher W. *EU EnergyLaw*, Vol. 1, 2. utg, Oxford, 2006 (heretter Jones Vol. 1 2006) s. 168 oppsummerer artikkel 6 nr 6 med å fastslå at «In other words, the windfall profits must be used to benefit all grid users, and not just those fortunate enough to acquire scare capacity».

⁴¹⁴ Den samfunnsøkonomiske kostnaden ved flaskehals utgjør flaskehalsinntektene (1) samt det markedene taper på ufullstendigheten (2). Samfunnet kan redusere denne kostnaden til kun (2) dersom flaskehalsinntektene (1) refunderes til markedet *ved reduserte tariffer*. Dersom flaskehalsinntektene (1) benyttes til *nyinvesteringer*, vil samfunnskostnaden i (2) gradvis og tidvis bli redusert. Se Meeus, Leonardo, K. Purchala, C. Degli Esposti, D. Van Hertem, R. Belmans, Fellow, IEEE, *Regulated Cross-Border Transmission Investments in Europe* s. 5 for nærmere redegjørelse (<http://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=1668696>) [avlest 1. desember 2009].

Hvilke aktører og inntekter er det så bestemmelsen gjelder for? Etter ordlyden omfattes alle inntekter som skriver seg fra slik elektrisitetstutveksling, jf ordlyden «any revenues». Det er inntjening som skriver seg fra «the allocation of interconnection» som omfattes. Ordlyden må videre forstås slik at alle inntekter omfattes, uten hensyn til hvem som betaler og hvem som mottar disse. Fordeler kjøpere eller selgere av elektrisitet får ved at markedspriser endres i enkelte områder ved økt overføringskapasitet, mener vi klart at ikke omfattes. Eksempelvis er markedsprisen på elektrisitet i Norge steget som følge av NorNed-kabelen. De forhøyede inntekter norske kraftprodusenter dermed får omfattes ikke av bestemmelsen i artikkel 6 nr 6. Heller ikke fordelene for nederlandske kraftkjøpere kan utgjøre «revenues» i bestemmelsens forstand. Dette er fordeler som nettopp skyldes at kraftmarkedet fungerer etter intensjonen.

Hvordan oppstår flaskehalsinntekter etter dagens metoder for kapasitetshåndtering?

Ved eksplisitte auksjoner innvinnes inntekt ved at eieren av infrastruktur avholder auksjoner over kapasiteten i den aktuelle kabelen eller ledningen. Produsenter og andre omsettere av elektrisitet byr på kapasiteten. Når bud innvilges, betaler budgiver til auksjonarius det beløp budet lød på. De inntekter som auksjonarius dermed mottar, er «revenues» i bestemmelsens forstand.

I Norden håndteres flaskehalsen ved den implisitte auksjonsmetoden «market splitting». Nord Pool Spot opererer spotmarkedet i Danmark, Finland, Norge og Sverige. Budgivningen for de enkelte timer kommende døgn resulterer i prisdifferanse innenfor dette spotområdet, som tidligere forklart. Ved flaskehalsen mellom tilgrensende prisområder oppstår prisforskjeller. Nord Pool Spot blir da i første omgang sittende med flaskehalsinntektene og utbetaler disse til de nordiske systemoperatørene en

gang i uken.⁴¹⁵ For systemoperatørene er det disse utbetalingene som utgjør «revenues» i forordningens forstand.

I forbindelse med arbeidet med tredje energimarkedspakke er det foreslått og vedtatt endringer av bestemmelsen i art 6 nr 6. I prosessen har det særlig vært diskutert hvilken adgang det bør være til å benytte inntekter til reduksjon av nasjonale tariffer. I Kommisjonens opprinnelige forslag var det foreslått å oppheve adgangen til å bruke inntektene til dette formål.⁴¹⁶ Rådet introduserte imidlertid på nytt muligheten for å benytte inntektene til tariffnedsettelse.⁴¹⁷ I den nå vedtatte forordningstekst er ordningen at inntektene som utgangspunkt skal brukes til nettinvesteringer eller til å sikre at tildelt kapasitet blir tilgjengelig. Dersom inntektene ikke kan bli «efficiently used» for disse formål, kan den nasjonale regulatoren godkjenne at inntektene i stedet hensyntas ved tariffastsettelsen. Slik godkjenning skal meddeles «The Agency».⁴¹⁸

10.3 Vilkårene for unntak

Vilkårene i artikkel 7 nr 1 bokstav a til f er absolutte og kumulative.

Etter *bokstav a* må den aktuelle investeringen «øke konkurransen innen strømforsyning». Dette vilkåret antar vi sjelden byr på vanskeligheter når det dreier seg om prosjekter som ønsker unntak *fra inntektsreglene*. Her er selve formålet med investeringen nettopp å profittere på prisforskjellen mellom de områder som bindes sammen med forbindelsesledningen. Konsekvensen av

⁴¹⁵ *Report on Financing and Organisation of Investments in Prioritized Cross-sections*, Nordel 28. februar 2005 s. 7.

⁴¹⁶ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council *amending Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity*, 19.9.2007, COM(2007) 531 final s. 29.

⁴¹⁷ Common position adopted by the Council with a view to the adoption of a *Regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003*, Brussel, 15. desember 2008 s 36 og Annex I s. 14 og 15.

⁴¹⁸ Regulation (EC) No 714/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003 artikkel 16 nr 6.

slike forbindelsesledninger vil på sikt være at prisnivåene i områdene nærmer seg hverandre. Dette forsterker normalt konkurransen innen strømforsyning.⁴¹⁹ At en aktør kommer i en posisjon hvor markedsmakt kan utøves og dermed hindre konkurranse, vurderes under bokstav b.

Bokstav b foreskriver at risikonivået på investeringen må være slik at denne ikke blir foretatt dersom unntak ikke gis. Faktorer som viser risikoen er forventet prosjektkostnad, forventet avkastning, forventet driftsperiode og kapitalkostnad.⁴²⁰

DG TREN har utarbeidet et notat med overskriften «*Exemptions from certain provisions of the third party access regime*». Her defineres «risky investment» som et prosjekt hvor:

«- the investment concerned is a sunk cost in that the asset concerned cannot be recovered and reused for another purpose other than its original one, and

- where the projected benefits of the investment to consumers as a whole is difficult to evaluate due to the range of possible events that might occur subsequent to the investment being committed; examples include, variations in consumption projections, other alternative competing investments being made, changes in world market conditions for primary fuels or an above average amortisation period for such type of investment.»⁴²¹

I notatet skriver DG TREN eksplisitt om vilkåret i bokstav b at det er

«hard to conceive of a justification for an exemption for a new investment for which the cost could be remunerated through general transmission tariffs with minimal impact on consumers. This refers back to the question of what constitutes a «major» project.»⁴²²

⁴¹⁹ Vilkåret i bokstav a volder først og fremst vanskeligheter hvor det søkes unntak fra reglene i direktivet om tredjepartsadgang. Dersom kapasiteten allokeres til en dominant aktør i et av de berørte markedene, vil det lett kunne ha konkurransehindrende virkninger, se Jones (2006) s. 282.

⁴²⁰ Se Talus, *Kim First experience under the exemption regime of EC Regulation 1228/2003 on conditions for access to the network of cross-border exchanges in electricity*, Oil, gas and energy Law, Vol 4 issue 2, 2006 (heretter Talus 2006) s. 1-20 s 9 redegjør nærmere for disse enkeltfaktorene.

⁴²¹ *Exemptions from certain provisions of the third party access regime* (2004) s. 2.

⁴²² *Ibid.* s. 5.

Slutningen blir at prosjekter som er for risikable til at systemoperatøren(e) vil forestå dem, oppfyller vilkåret i bokstav b.

DG TREN definerer «major projects» som tilfeller hvor dekning gjennom tariffer ville ha forårsaket «significantly increase [in] final customers' bills». ⁴²³ Som en tommelfingerregel her foreslår generaldirektoratet kapitalkostnader på mer enn 10 euro per tilknyttet kunde. Et raskt og upresist overslag for NorGer-prosjektet viser at denne forutsetningen er oppfylt for Norges vedkommende. Prosjektet opplyses å koste en milliard euro. Dersom Statnett skulle båret halvparten av dette (500 000 000), ville det utgjort om lag 100 euro per nordmann. Vi ser med dette at det dreier seg om et betydelig beløp og at NorGer oppfyller vilkåret om risiko.

Sannsynligheten for at en ny forbindelsesledning gir utbyggeren av denne en dominerende stilling som tilbyder av overføringskapasitet mellom de aktuelle landene, skal også vektlegges etter bokstav b. ⁴²⁴ Hvorvidt konkurrerende prosjekter etableres, vil være av betydning for lønnsomheten i et kabelprosjekt, som vurderingen etter bokstav b nettopp knytter seg til. Det er usikkert hvor terskelen for dominerende stilling ligger. Når den første kabelen mellom land etableres, blir denne klart «dominerende». Det er ikke dermed gitt at risikoen er for lav til at kriteriet i bokstav b er oppfylt. EstLink-kabelen var den første forbindelsen mellom Finland og Estland, men unntak ble gitt. ⁴²⁵

Forhold som influerer på sannsynligheten av hvor lønnsom en kabel vil bli, er relevante når risikoen for investeringen skal vurderes etter bokstav b. For eksempel gjelder dette utbygging av ny produksjon i området eller nye forbindelser til andre områder. ⁴²⁶ Jones uttaler at graden av eksisterende

⁴²³ Ibid. s. 2.

⁴²⁴ Ibid. s. 5.

⁴²⁵ Se Talus (2006) s. 1-20 på s 8-11.

⁴²⁶ Et eksempel på det siste er at det fra Norge først bygges en kabel til Tyskland og deretter at det fra det aktuelle området i Tyskland bygges nye forbindelser til for eksempel Nederland. Hvis det forutsettes at kraftprisen gjennomsnittlig i Norge, etter

konkurranse i et marked vil ha stor relevans, og i tilfeller hvor konkurransen er fullstendig, kan til og med nettenheten i et vertikalt integrert selskap få tildelt unntak etter artikkel 7.⁴²⁷

Kan vilkåret om risiko være oppfylt dersom systemoperatøren(e) er interessert i et lignende prosjekt som det prosjektet det søkes om unntak fra?⁴²⁸ Forholdet er da at søker må få unntak for at akkurat *han* skal foreta investeringen, men at systemoperatøren vil bygge en tilsvarende ledningsforbindelse dersom den private aktøren ikke gjør det. Ordlyden løser ikke spørsmålet. Kravet i bokstav b er at «the investment» ikke ellers blir realisert. Forarbeidene til art 7 tar heller ikke direkte opp dette spørsmålet. Begrunnelsen for unntaksregelen i art 7 vedrører hensynet til å utbedre overføringskapasiteten mellom landene. Dette hensynet blir ivaretatt dersom systemoperatøren foretar en utbygging som er tilsvarende den det søkes unntak for. Vi mener derfor at vilkåret som utgangspunkt ikke er oppfylt dersom det kan legges til grunn at en *konkurrerende* kabel vil bli bygget.

Her kan det imidlertid oppstå tvil knyttet til om et prosjekt kan sies å være «tilsvarende» et annet. Det må foretas en identitetsvurdering av de aktuelle prosjektene. En kabel fra

at forbindelsen til Tyskland er bygget, er 15 % lavere enn i Tyskland, og videre at kraftprisen også er lavere i Nederland enn i dette tyske området, så vil en forbindelse fra Tyskland til Nederland kunne føre til at forskjellen i kraftpris mellom Norge og Tyskland eksempelvis kun blir 10 %. Dette vil resultere i redusert lønnsomhet på forbindelsen mellom Norge og Tyskland.

⁴²⁷ Jones (2006) side 284.

⁴²⁸ Talus (2006) s. 9 fastslår at kravet om «a particularly high risk excludes transmission lines constructed by TSOs where investment cost would be covered by regulated revenues». På den bakgrunn skulle spørsmålet altså ikke være praktisk da området for artikkel 7 er tilfeller hvor systemoperatøren ikke vil foreta investeringen. Imidlertid vet vi at dette er en diskusjon i Norge i forbindelse med NorGer. Fra Aftenbladet.nos artikkel «Fet kabelplan i Sirdal» 19. oktober 2007 siteres: «Statnett vil ikke uten videre ofre reservearealer ved siden av den nye omformerer på Raustad ovenfor Fedafjorden. Statnett ser nemlig for seg inntil to nye kabler i egen regi.» (<http://web3.aftenbladet.no/lokalt/article531500.ece>) [sisert 25. mai 2009].

Norge til England eller Danmark kan vanskelig sies å være tilsvarende en kabel til Tyskland. Imidlertid er kravet neppe så strengt at trasévalg og ilandføringspunkt må være helt identiske. Vi mener at et viktig element ved vurderingen her vil være kapasiteten i ledningene. Selv mindre forskjeller i kapasitet må føre til at vilkåret i bokstav b er oppfylt for den private aktøren.

Bokstav c innebærer et krav til selskapsmessig atskillelse (unbundling) mellom eier av infrastrukturen og systemoperatører i de involverte landene. Slik sikres det at investeringskostnader ikke dekkes av regulerte tariffer.⁴²⁹

Etter *bokstav d* skal brukere av infrastrukturen betale for bruken. Også dette sikrer at regulerte tariffer ikke anvendes til å dekke investeringskostnaden. Etter ordlyden må ikke «capital or operating costs» skrive seg fra tariffer som systemoperatøren har mottatt. Alle prosjekteringsutgifter må komme fra andre kilder enn tariffinntekter. Imidlertid kan bestemmelsen ikke være i veien for at kompetanse og generelle systemer, som indirekte er bygget opp ved slike inntekter, nyttiggjøres i prosjekter.

Bokstav e forhindrer at allerede etablerte forbindelsesregler kan få unntak.⁴³⁰

Vilkåret i *bokstav f* står i nær forbindelse med bokstav a, som fastsetter at investeringen må øke konkurransen innen elektrisitetslevering. Etter bokstav f må unntak ikke være til skade for konkurransen eller effektiviteten innen i) selve elektrisitetsmarkedet eller ii) det regulerte systemet som forbindelsesledningen inngår i.⁴³¹ CEER uttaler at vilkåret, foruten å dreie seg om forhold vurdert i bokstav a, gjør det «[...] necessary to consider a range of

⁴²⁹ *Exemptions from certain provisions of the third party access regime* (2004) s. 5. Vi er enige med Talus i at vurderingen her må bli tilsvarende som etter elektrisitetsdirektivet art 10, jf Talus (2006) s. 12.

⁴³⁰ *Exemptions from certain provisions of the third party access regime* (2004) s. 5.

⁴³¹ Alternativ ii her må dreie seg om systemet med regulator, systemoperatører, regionalnettsoperatører (DSOer), børser etc, samt eksempelvis avtaleverket mellom Statnett og andre eiere av sentralnettet.

relevant technical issues and interactions in order to ensure that the new interconnector will not impact adversely on the operation of the networks that it will be connecting to».⁴³² Videre eksemplifiseres dette til å vedrøre at operatøren av den nye forbindelsesledningen er bundet av relevante tekniske og sikkerhetsmessige regler, samt at alle kontraktuelle og kommersielle forhold med de tilknyttede systemer er innledet. Det uttales også at investoren «should have to consider the criteria that would be applied under the relevant regulatory framework in assessing the need for and impact of new investment in transmission network infrastructure». Vi leser dette som en indikator på at myndighetene er berettiget til å hensynta følgene den nye overføringsforbindelsen vil få for det eksisterende nettet.⁴³³ Hvilke virkninger for dette nettet det er relevant å ta i betraktning, synes likevel høyst usikkert.

10.4 Prosedyren for unntak etter artikkel 7

Unntakssaker etter art 7 må gjennom en to-trinnsprosedyre. Når det gjelder den nærmere fremgangsmåten i slike saker, gir art 7 nr 4 og 5 regler om dette for henholdsvis prosedyren internt og på EØS-plan.

Det fremgår av art 7 nr 4 bokstav a første punktum at «[t]he regulatory authority may, on a case by case basis, decide on the exemption referred to in paragraphs 1 and 2». Av dette synes indirekte å følge at det er tale om fortløpende vurderinger av enkeltsøknader om unntak etter hvert som disse innkommer. Den nasjonale regulator er adressaten for slik anmodning, og for Norges vedkommende er det Olje- og energidepartementet.⁴³⁴

⁴³² «Assessment of criteria for exempting new interconnectors», A CEER Position Paper, 28 March 2006 s. 7.

⁴³³ Jf punkt 7.6.

⁴³⁴ Gjennomføringsforskriften § 2.

Etter annet punktum i nr 4 bokstav a følger det at medlemsstatene kan foreskrive at de regulatoriske myndigheter skal «submit, for formal decision, to the relevant body in the Member State its opinion on the request for an exemption». Dette forutsetter at regulatoren og staten er to forskjellige subjekter, og bestemmelsen får derfor ikke betydning når det er Olje- og energidepartementet, som statlig departement, som er regulator.⁴³⁵

Av bokstav d og e følger at unntaksbeslutningen skal begrunnes og publiseres, samt at andre medlemsstater og regulatoriske myndigheter i andre land skal konsulteres før vedtak fattes.

Deretter skal beslutningen etter nr 5 umiddelbart notifiseres Kommissjonen sammen med all relevant informasjon rundt denne. For EFTA-pilarens vedkommende antar vi ESA er det kompetente organ.⁴³⁶ ESA skal gjøres i stand til å «reach a well-founded decision», jf nr 5 annet punktum, og bestemmelsen har også en nærmere opplisting av hva informasjonen til ESA skal inneholde.

Innen to måneder etter at notifikasjon er mottatt, kan ESA anmode om at beslutningen om å innvilge unntak endres eller tilbakekalles, jf tredje underavsnitt første punktum.⁴³⁷ Dersom de nasjonale regulatoriske myndigheter eller medlemsstaten ikke imøtekommer ESAs anmodning innen

⁴³⁵ Den norske regulatorløsningen kan nok kritiseres, jf punktene 11.4 og 11.5 nedenfor.

⁴³⁶ I EØS-komiteéns beslutning nr 146/2005 av 2. desember 2005 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi) er det ingen tilpasningsbestemmelse som går ut på at det er ESA og ikke Kommissjonen som gir unntak. Innenfor EØS-samarbeidet gjelder det imidlertid en generell regel om at de forvaltningsfunksjonene som Kommissjonen har på EU-siden, utføres etter ordninger som EFTA-statene fastsetter selv, jf EØS-avtalen protokoll 1 nr 4 bokstav d. Etter avtale om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA-avtalen) protokoll 1 artikkel 1 bokstav i skal Kommissjonens oppgaver med hensyn til å iverksette fremgangsmåtene fastsatt i felleskapsretten for EFTA-statenes vedkommende utføres av ESA.

⁴³⁷ Perioden på to måneder kan utvides med en måned dersom ytterligere informasjon søkes av Kommissjonen,/ESA jf nr 5 tredje underavsnitt annet punktum.

fire uker, skal «a final decision (...) be taken in accordance with the procedure referred to in Article 13(3)». ⁴³⁸

ESA er således gitt kompetanse til å fatte den endelige beslutning om hvorvidt unntak fra forordningen skal gis. Dette skjer gjennom overprøving av den nasjonale myndighet eller regulators beslutning. ⁴³⁹ Hva overprøvelsen nærmere bestemt består i, enten en ren legalitetskontroll av vilkårene som oppstilles i art 7 eller egen vurdering av ønskeligheten av å innvilge unntak, kommer vi tilbake til nedenfor i punkt 10.5.

Oppsummert vil dette for en privat aktør si at det er nødvendig med en positiv beslutning fra nasjonale myndigheter – nærmere bestemt Olje- og energidepartementet – før ESA tar stilling til saken. Bestemmelsen i art 7 nr 5 tredje underavsnitt synes å legge opp til at ESA må gi beskjed dersom beslutningen fra nasjonale myndigheter vil imøtegå. Manglende imøtegåelse av beslutningen vil innebære en godkjennelse av den fra ESAs side.

En grensekryssende forbindelse vil nettopp ha tilknytning til to land, og det kan da spørres om positiv beslutning fra nasjonale myndigheter i begge land er nødvendig og om både stillingtagen fra Kommissjonen og ESA kan være nødvendig i forbindelse med et prosjekt. NorGer-prosjektet er tenkt gjennomført av det norskregistrerte selskapet NorGer AS, og det er dette selskapet som skal motta flaskehalsinntektene. Andre prosjekter kan ha en annen organisering, eksempelvis slik at to private aktører – én på hver side av kabelen – skal motta inntektene, eller at prosjektet er et samarbeid mellom en systemoperatør på den ene siden og en privat aktør på den andre. Som vi vil komme tilbake til nedenfor, er det naturlig å betrakte Kommissjonen og ESAs godkjennelsesadgang som en stillingtagen til ønskeligheten av hele prosjektet og ikke

⁴³⁸ Art 13(3) henviser til Rådets beslutning av 28. juni 1999 *laying down the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission (1999/468/EC)*.

⁴³⁹ Vi bemerker at slik kompetanseoverdragelse til EØS-organer kan reise statsrettslige spørsmål. Lovligheten av slik kompetanseoverdragelse vil klarligvis være av interesse for en privat aktør som i utgangspunktet må gå veien om ESA for å få realisert sitt prosjekt. Tatt i betraktning oppgavens rammer, nøyer vi oss med å påpeke problemstillingen.

reelt sett bare godkjenning av unntak fra inntektsreglene. Dersom det mottas vedtak fra begge land, vil det neppe kunne gis forskjellige tilbakemeldinger på disse. Og dersom både ESA og Kommisjonen skal godkjenne prosjekter, hvor kabelen går fra et EØS-land til et EU-land, vil disse være nødt til å konsultere hverandre. Vi har ikke funnet kilder som gir klare svar på disse spørsmålene. Det kan kanskje også forklares med at reglene er relativt nye og uprøvde.

I tredje pakke gjøres visse endringer i denne prosedyren. ACER («the Agency») som opprettes, vil involveres i beslutningsprosessen i saker hvor to nasjonale myndigheter ikke kommer frem til en felles enighet i spørsmålet om unntak skal gis. Den vetorett nasjonalstatene har etter andre energimarkedspakke synes å opphøre. I dag blir et negativt vedtak fra nasjonale myndigheter ikke overprøvd, da det aldri sendes til ESA. Etter tredje pakke vil nettopp ACER overprøve avslag i de tilfeller det er uenighet.⁴⁴⁰

10.5 Har aktøren et krav på unntak dersom kriteriene i artikkel 7 nr 1 bokstav a til f er oppfylt?

Vi har nå sett på hvilke kriterier et nytt kabelprosjekt må oppfylle for å få unntak, samt selve prosedyren for slike unntakssaker. I norsk forvaltningsrett skiller det tradisjonelt mellom lovbundne avgjørelser og tilfeller hvor det beror på et skjønn om en tillatelse eller tildeling skal gis; myndighetene kan velge å bruke sin kompetanse, men må ikke. Hvordan er dette ved avgjørelser etter art 7? Spørsmålet blir om bestemmelsen etterlater noen vurderinger til de avgjørende myndigheter, eller om aktøren har krav på unntak når kriteriene i art 7 nr 1 bokstav a til f er oppfylt.

Riktignok legger vilkårene i seg selv opp til en del skjønnspregede vurderinger. Eksempelvis krever det omfattende økonomiske vurderinger for å avgjøre om konkurransen vil øke, og

⁴⁴⁰ Regulation (EC) No 714/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003 art 17 nr 5.

konklusjonen kan være tvilsom. Slikt skjønn er imidlertid ikke temaet her. Forutsetningen er at det er konkludert med at samtlige vilkår er oppfylt.

Etter bestemmelsens ordlyd «may, [interconnectors] upon request, be exempted». Den lyder således ikke på at unntak *skal* gis, bare at det *kan* gis.⁴⁴¹ I forordningens tilblivelsesdokumenter berøres ikke spørsmålet uttrykkelig. Det fastslås verken at det er et skjønn til overs eller at det ikke er det. Også den danske oversettelsen av forordningen har ordlyden «kan» på samme måte som den tyske og den franske, jf begrepene «können» og «peuvent».

Det skjønn ordlyden synes å legge opp til er imidlertid i dårlig samsvar med ellers gjeldende fellesskapsprinsipper. I en avgjørelse fra 1985 uttaler EF-domstolen at «Community legislation must be certain and its application foreseeable by those subject to it».⁴⁴² Dette kravet til klarhet tilsier sterkt at kriteriene i art 7 er uttømmende.

Som gjennomgangen ovenfor i punkt 10.3 viste, er også vilkårene fra a til f strenge. Vårt spørsmål om skjønn oppstår bare når myndighetene har kommet til at prosjektet både øker konkurransen innen elektrisitetssektoren og at det ikke vil bli gjennomført om ikke unntak gis.⁴⁴³ Konkurranséfremmende tiltak er positive bidrag til å fremme målsetningen om et mer integrert europeisk kraftmarked. Det er videre konkludert med at slikt unntak må til for å realisere dette konkurranséfremmende tiltaket. At vilkårene er strenge og saklig sett vedrører en av de essensielle målsetningene for sektoren, taler i sum for at oppfyllelse av disse bør lede til at unntak gis.

⁴⁴¹ Også forsyningssikkerhets- og infrastrukturdirektivet art 6 nr 2 fastsetter under henvisning til elektrisitetsforordningen at statene «may allow for merchant investments in interconnection».

⁴⁴² Jf C-325/85 IRLAND MOT KOMMISJONEN, ECR 1987 s. 5041 avsnitt 18.

⁴⁴³ Jf art 7 nr 1 bokstav a og b.

Da regelen kom inn i forslaget til forordning, var det etter oppstillingen av vilkår sagt at kabelen «shall (with the agreement of the two regulators whose systems that interconnector links) be exempt from the provisions of Article 6(6)». ⁴⁴⁴ Ordlyden «shall» her tilsier isolert at unntak skal bli gitt når vilkårene er oppfylt. Imidlertid synes passusen om «avtale» mellom regulatorer å indikere at disse har en form for bestemmelsesrett. Hva ordningen nærmere bestemt var ment å gå ut på, redegjøres det ikke for. Det kan derfor vanskelig trekkes noen bestemt slutning fra dette.

Forslagets annet avsnitt fastsatte videre at «[s]uch an exemption shall not apply where Community or national legislation prohibits parties, other than the two relevant transmission and/or distribution system operators, from constructing a new interconnector between the two relevant transmission or distribution systems». Nasjonalstatene skulle med det ha anledning til å forby private prosjekter. Det ser slik sett ut til at Europaparlamentets forutsetning da unntaksregelen kom med i forordningsforslaget, var at medlemsstatene skulle ha kontroll over problematikken knyttet til slike kabelforbindelser. Dette kan tilsi at det må være adgang til også å utøve et nærmere skjønn i enkelttilfeller.

I teksten som ble vedtatt i 2003 ligger kompetansen til å fatte avgjørelser til den nasjonale regulatoren. Heretter fattes avgjørelser «on a case by case basis». ⁴⁴⁵ Dette må naturlig forstås slik at avgjørelser om unntak ikke er regelbundne, men avgjøres på bakgrunn av konkrete omstendigheter i den

⁴⁴⁴ Rapport av 28. februar 2002 on the proposal for a European Parliament and Council regulation on *conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity*, Amendment 18 side 14. På dette tidspunktet var heller ikke ordlyden «may» en del av bestemmelsen. Utkastet lød kun «An interconnector: [a-c] shall [...]».

⁴⁴⁵ Jf art 7 nr 4 bokstav a.

foreliggende sak.⁴⁴⁶ Vi har søkt å finne frem til begrunnelse for denne ordlyden, men verken i dokumenter knyttet til forordningen eller i forarbeidsdokumenter til gassdirektivet, hvor likelydende ordlyd finnes i art 22 nr 3 bokstav a, er dette kommentert. På den ene siden synes det plausibelt, hensett til at ordlyden «case to case» nettopp indikerer en skjønnspreget regel. På den annen side er det forbausende at EU ikke trekker opp noen retningslinjer i forordningsteksten eller i forarbeidene knyttet til hvorledes vurderingen skal angripes, dersom det er et skjønn til overs.

I DG TRENs tolkningsnotat om unntak etter art 7 gir generaldirektoratet «some simple examples of where it is considered that an exemption would not be appropriate. *This should not be taken to mean that an exemption would automatically be approved in the absence of such circumstances*».⁴⁴⁷ Generaldirektoratets oppfatning synes klart å være at aktøren ikke har et rettskrav på unntak. Løsningen må da bli at det gjenstår noen vurderinger hos de nasjonale regulatorene, selv om vilkårene i bokstav a til f er oppfylt.

Denne konklusjonen er imidlertid etter vår oppfatning noe usikker. Usikkerheten skriver seg særlig fra at forarbeidene ikke omtaler spørsmålet. I tillegg er det uklart hvilke skjønnkriterier som eventuelt vil komme til anvendelse. Den mest forutberegnlige regel er at aktøren har krav på unntak. Når vi likevel her vil konkludere med at aktøren ikke har rettskrav selv om vilkårene er oppfylt, er det først og fremst som følge av bestemmelsens ordlyd, som foreskriver at kabelprosjekter «may be exempted [...] on a case by case basis».

⁴⁴⁶ En annen betydning og et annet formål denne ordlyden kan ha er å unngå at avgjørelser danner presedens for senere saker. Dette vil ikke bli nærmere vurdert her.

⁴⁴⁷ (DG TRENs uthevnig) *Exemptions from certain provisions of the third party access regime* (2004) s. 4.

Det neste spørsmålet skulle da bli hvilke normer som styrer vurderingen som tas for å avgjøre enkelttilfeller dersom vilkårene er oppfylt. Slik vi ser det, blir også dette et usikkert spørsmål, da det ikke finnes særlig veiledende holdepunkter. Vi vil mene at spørsmålet er av mer teoretisk enn praktisk interesse gitt dagens rettstilstand. Som vi har vist, knytter det seg en ikke ubetydelig grad av usikkerhet til spørsmålet om aktøren kan ha et krav på unntak. Dersom regulatorer skulle ønske å føre en restriktiv linje med hensyn til unntak, er det mer nærliggende at regulatoren vurderer at de uttrykkelige kriteriene i bokstav a til f ikke er oppfylt, heller enn å benytte et noe tvilsomt skjønn. Som det fremgikk i avsnittet ovenfor om prosedyrene for unntak, kan den nasjonale avgjørelsen kun bringes videre til EU-kommisjonen og ESA dersom unntak er innvilget fra nasjonale myndigheters side. Noen automatisk legalitetskontroll foretas altså ikke. Dette tilsier at nasjonale myndigheter i praksis har relativt stor frihet om de skulle ønske å nekte unntak. Dette tilsier videre at det er lite sannsynlig at et avslag vil forankres i regulatorens noe skjøre frihet til å skjønne.

Når spørsmålet om skjønn i art 7 fremstår som så tvilsomt, antar vi EU nærmest har oversett dette i forbindelse med vedtakelsen av art 7. Det er påfallende at det ikke i forarbeidsdokumentene er nevnt noe om aktuelle skjønnskriterier for avgjørelsen, når det samtidig forutsettes at nasjonalstatene skal praktisere bestemmelsen. Det kan argumenteres for at de private aktørene bestemmelsen retter seg mot, ikke bør bli skadelidende som følge av en eventuell manglende stillingtaken fra EUs side.⁴⁴⁸ Jf i denne sammenheng også det fellesskapsrettslige kravet til klarhet, som nevnt ovenfor.

⁴⁴⁸ Vi bemerker at DG TRENs ovennevnte tolkningsuttalelse, som var relativt klar på at art 7 ikke etablerte noe rettskrav, er avgitt et år etter vedtakelsen av forordningen og ikke bindende for Kommisjonen, jf *Exemptions from certain provisions of the third party access regime* (2004) s. 4. Den er heller ikke kommentert i tredje energimarkedspakke.

10.6 Forholdet mellom elektrisitetsforordningen artikkel 7 og enl § 4-2

Hovedanliggendet i det følgende er å se hvilken betydning det har for konsesjonsbestemmelsen i enl § 4-2 at et kabelprosjekt trenger vedtak etter art 7, samt betydningen av at et slikt vedtak foreligger, og motsatt. Hvorvidt det er *hensiktsmessig* å opprettholde et eget nasjonalt konsesjonsregime når EU har gitt en bestemmelse som art 7, blir vurdert avslutningsvis i kapittel 12. Analysen her danner premisser for de avsluttende vurderingene.

At samme tiltak omfattes av flere lovbestemmelser forekommer hyppig i norsk rett.⁴⁴⁹ Ikke sjelden er regelverket til og med slik at et nytt tiltak krever flere *tillatelser* etter ulike hjemler. I slike tilfeller er utgangspunktet at om en eller flere av de nødvendige tillatelser er gitt, har ikke søkeren av den grunn rettskrav på å få de andre søknadene innvilget.⁴⁵⁰ Den ene bestemmelsens eksistens fører altså ikke til at den andre kan ses bort i fra, og et positivt vedtak etter én bestemmelse innebærer ikke rettskrav på positivt vedtak etter den andre. Vi vil i dette avsnittet se om det kan være grunnlag for å rokke ved dette utgangspunktet for avgjørelser etter elektrisitetsforordningen art 7 og enl § 4-2. Kan det da tenkes at en innstilling etter elektrisitetsforordningen må kunne rubriseres som en konsesjon etter enl § 4-2, og motsatt?

Et startpunkt for sammenligning kan være å se på hvilke faktiske forhold som utløser kompetanse fra myndighetshold etter hver av bestemmelsene. I kapittel 4 ovenfor gjorde vi dette for enl § 4-2 og konkluderte med at både det å initiere ny kapasitet, samt det å skulle forestå tilrettelegging for at kabelen kan drives, er funksjoner som omfattes. Artikkel 7 dreier seg saklig sett om noe annet. Det synes i hvert fall umiddelbart slik. Forordningen forbyr ikke på noen måte en privat aktør å etablere en kabel. Artikkel 6 nr 6

⁴⁴⁹ Se Eckhoff (2001) s. 333-365 om harmonisering av rettsregler.

⁴⁵⁰ Se Eckhoff (2006) s. 421. Dette på tilsvarende vis som at både anleggskonsesjon og utenlandskonsesjon er nødvendig, jf punkt 6.5.2.

gir pålegg om hvorledes flaskehalsinntekter kan benyttes og innebærer slik sett et forbud mot annen bruk av inntekter. Unntak etter artikkel 7 innebærer kun en dispensasjon fra disse inntektsreglene. Det blir likevel en forhastet konklusjon å fastslå at bestemmelsene generelt omhandler ulike forhold.

Det som formelt sett fører til at unntak etter art 7 er nødvendig, er at en aktør kommer i en posisjon hvor han vil motta flaskehalsinntekter. Prosjektet vil etter alt å dømme ikke realiseres dersom unntak ikke gis og muligheten til å få avkastning på kabelinvesteringen dermed utelukkes. Dette viser at det som utløser saker etter artikkel 7 reelt sett også knytter seg til selve etableringen av nye utenlandsforbindelser.⁴⁵¹

Vi har nå sett at det reelt sett er det samme faktum som utløser behov for avgjørelser etter både art 7 i forordningen og enl § 4-2. Videre skal rettsvirkningen av positive vedtak komparativt analyseres.

En konsesjon etter enl § 4-2 (og enl § 3-1) innebærer klart nok en rett til å bygge ny kabel. Alene har dette imidlertid liten verdi for en privat aktør, da det ikke gir ham rett til å bruke flaskehalsinntektene i strid med forordningen art 6 nr 6. Denne regelen gjelder som nevnt som forskrift i norsk rett.⁴⁵² En norsk konsesjon tilsidesetter altså ikke forordningens normalregel. For at denne skal tilsidesettes, må den egne prosedyren for unntakssaker følges. Vi ser at art 7 slik sett har ytterligere rettsvirkninger, og en konsesjon etter § 4-2 kan på denne bakgrunn ikke gi rett til unntak etter art 7.

Hva så med det motsatte tilfellet? Har en aktør som har fått unntak etter art 7, av denne grunn krav på utenlandskonsesjon?⁴⁵³ En innfallsvinkel til

⁴⁵¹ Denne slutningen bekreftes av vilkåret i bokstav c i art 7 nr 1 om at «the investment would not take place unless an exemption is granted».

⁴⁵² Se nærmere om dette i punkt 10.2.

⁴⁵³ Umiddelbart fremstår kanskje dette i dag som et upraktisk spørsmål i Norge siden kompetansen etter begge bestemmelser ligger til departementet. Imidlertid konkluderer vi i kapittel 11 med at det er i strid med kravet til uavhengig regulator at kompetansen etter art 7 ligger til departementet, men at dette er mer usikkert for enl § 4-2s vedkommende.

dette er å spørre om det kan tenkes noen fornuftig grunn til å avslå en konsesjonssøknad i tilfeller hvor de strenge kriteriene i art 7 er oppfylt og unntak er gitt. Etter vårt syn er det noe problematisk å gi et entydig svar på dette. Et prosjekt som gis unntak etter artikkel 7 øker konkurransen i markedet og vil ikke realiseres om unntak ikke gis.⁴⁵⁴ En skjønnsutøvelse etter enl § 4-2 må i praksis derfor som oftest lede til at konsesjon gis når positivt vedtak etter art 7 foreligger.

På bakgrunn av de hensyn vi har funnet at lovlig kan tas ved skjønnsutøvelsen, jf vurderingene av dette i punktene 6.3 og 6.4 og punkt 7.6, har vi vanskelig for se at vurderingen kan falle annerledes ut etter § 4-2 når alle de strenge vilkårene i art 7 er vurdert og funnet oppfylt. En tiltakshaver kan på denne bakgrunn belage seg på å få utenlandskonsesjon dersom artikkel 7-søknaden har gått igjennom. Noe rettskrav ser vi ikke tilstrekkelig rettslig grunnlag for å etablere. Vår analyse, som her har vist den nære sammenhengen mellom de vurderingene som skal foretas etter de to bestemmelsene, leder til at et avslag på utenlandskonsesjon i en slik situasjon vanskelig kan være fritt for skjønnsmangler og kan angripes på det grunnlag. Det er også uheldig om et prosjekt ESA har tatt stilling til, og som også andre nasjonale myndigheter har funnet ønskelig, skal strandre på en norsk internrettslig konsesjonshjemmel.⁴⁵⁵

Et praktisk tilfelle hvor konsesjon ikke blir gitt selv om art 7-unntak er innvilget, er hvor prosjekter har miljømessig uheldige konsekvenser som ikke er fanget opp i art 7-vedtaket. Miljøhensyn kan klart tas i nasjonale anleggskonsesjonsvurderinger. EU har neppe ved art 7 ment å avskaffe nasjonale anleggskonsesjoner, uansett om bestemmelsen gir aktøren krav på unntak eller ikke. Art 7s virkning for nasjonale konsesjonsvurderinger må

⁴⁵⁴ Jf art 7 nr 1 bokstav a og b.

⁴⁵⁵ Hvis departementet er av en annen oppfatning og mener det er en relevant forskjell mellom avgjørelsene, slik at vurderingene kan falle ulikt ut, mener vi avgjørelsene bør treffes på samme tidspunkt slik at ytterligere komplikasjoner unngås.

være at det ikke skal tas noen omkamp på de spørsmål som har blitt avgjort i den tillatelsesprosessen.

11 Elektrisitetsdirektivets krav til uavhengig regulator

11.1 Innledende om elektrisitetsdirektivets krav om uavhengig regulator

I dette punktet skal vi se nærmere på om den norske regulatorløsningen tilfredsstillende de kravene elektrisitetsdirektivet stiller. Grunnen til at dette er særlig interessant ved utenlandsspørsmål, er at departementet særskilt har forbeholdt seg myndigheten i relasjon til godkjenning av nye kabelprosjekter, både etter energiloven § 4-2 og etter elektrisitetsforordningen artikkel 7. Myndigheten etter alle øvrige hjemler ligger til NVE. Det generelle kravet til uavhengig regulator stiller seg således i et helt spesielt lys i forhold til utenlandsprosjekter.⁴⁵⁶ Det må likevel bemerkes at elektrisitetsdirektivets krav til uavhengighet for regulatoren er et omfattende emne og reiser mange spørsmål som her ikke vil bli besvart.

Etter elektrisitetsdirektivet art 23 nr 1 skal medlemsstatene «designate one or more competent bodies with the function of regulatory authorities». Videre følger det av bestemmelsen at disse myndighetene fullt ut skal være uavhengige («wholly independent») fra interessene i elektrisitetsindustrien. De skal «through the application of this Article, at least be responsible for

⁴⁵⁶ Eventuelle uoverensstemmelser på dette punkt har også en side til rettsforholdet mellom en tiltakshaver eller konsesjonær og norske myndigheter, da tiltakshaver eksempelvis som grunnlag for å imøtegå et avslag på konsesjonssøknad eller vilkår i slik konsesjon, kan forsøke å påberope seg at besluttede myndighet på grunn av EØS-reglene ikke var personelt kompetent.

ensuring non-discrimination, effective competition and the efficient functioning of the market». Bestemmelsen lister opp en rekke oppgaver regulatoren skal ta seg av. Det gjelder blant annet en del tilsyns- og rapporteringsfunksjoner, tariffingsfunksjoner, instruksjonsoppgaver overfor markedsaktørene og enkelte tvisteløsningsfunksjoner. Generelt gjelder at de regulatoriske myndighetene skal bidra til utviklingen av det indre europeiske elektrisitetsmarkedet, jf art 23 nr 12.

I tillegg er regulatoren pålagt visse oppgaver i medhold av elektrisitetsforordningen, se særlig art 9, hvoretter regulatoren skal «ensure compliance with this Regulation and the guidelines adopted pursuant to Article 8».

11.2 Den norske regulatorløsningen

I Norge er det som nevnt i hovedsak NVE som er pålagt de oppgaver direktivet og forordningen foreskriver. For forordningens vedkommende følger dette av Forskrift om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen vedlegg IV nr 20 (forordning (EF) nr 1228/2003 om vilkår for adgang til nett for overføring av elektrisk kraft over landegrensene) § 2, gitt i medhold av energiloven § 7-6 annet ledd. Men i relasjon til art 7 i forordningen, som regulerer adgangen i forbindelse med «[n]ew interconnectors» til unntak fra visse regler i direktivet og forordningen som behandlet i kapittel 10, er det Olje- og energidepartementet som er regulator.⁴⁵⁷ Innledningsvis kan det slås fast at det ikke er problematisk at kompetansen er delt mellom to organer, jf ordlyden «one or more competent bodies» i art 23.

Staten eier store deler av kraftnettet på sentralnettsnivå i Norge, gjennom statsforetaket Statnett. Også på produksjonssiden er staten tungt inne som eier, gjennom statsforetaket Statkraft, som direkte eier om lag 36 % av produksjonskapasiteten. Staten, som har et innskudd i foretaket på 2.700 millioner kroner og som har mulighet til å beslutte at utbytte skal utdeles og

⁴⁵⁷ Bestemmelsen i forordningens art 7 er det redegjort nærmere for i kapittel 10.

på denne måten få store inntekter fra statsforetakene, må på denne bakgrunn sies å ha store interesser i energiindustrien.⁴⁵⁸

Etter Lov om statsforetak av 30. august 1991 (statsforetaksloven) § 38 første ledd, er det departementene som forvalter statens eieransvar i statsforetakene. I Statkraft er det Nærings- og handelsdepartementet som gjør dette. For Statnetts vedkommende er det Olje- og energidepartementet, jf Statnetts vedtekter § 4. Spørsmålet vi er mest opptatt av i det følgende, er om elektrisitetsdirektivets krav er tilfredsstillt når Olje- og energidepartementet forvalter statens eieransvar i Statnett og samtidig er regulator i relasjon til elektrisitetsforordningen art 7. For å avklare dette, må vi se nærmere på hva som i dag ligger i elektrisitetsdirektivets krav til uavhengig regulator og i hvilken grad departementets rolle og oppgaver er forenlig med dette. Som vi skal komme tilbake til nedenfor, vil kravene til uavhengig regulator skjerpes ytterligere i den tredje energimarkedspakken.

11.3 Uavhengighetskravet

Det er få dokumenter som gir særlig veiledning når det gjelder å klarlegge hva som ligger i elektrisitetsdirektivets krav om at regulatoren skal være fullt ut uavhengig av interessene i elektrisitetsindustrien. Dette poengteres også i dokumenter knyttet til den tredje energimarkedspakken, jf eksempelvis forslaget til endringer i elektrisitetsforordningen, hvor det uttales at:

«The independence of regulatory authorities is a key principle of good governance and a fundamental condition for market confidence. Existing legislation calls for regulatory authorities to be wholly independent of the interests of the gas and electricity industry. However, it does not specify how such independence can be demonstrably ensured, and it does not guarantee independence from short-term political interests.»⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Jf Statnetts vedtekter § 5. Vedtektene ble sist oppdatert i ekstraordinært foretaksmøte 19. januar 2006, jf <http://www.statnett.no/no/Om-Statnett/Eierskap-og-rammer/Vedtekter/> [avlest 1. desember 2009]. Det vil helst være fra Statkraft at det er aktuelt med noe utbytte, da dette foretaket særlig er tiltenkt å skulle produsere overskudd.

⁴⁵⁹ COM(2007) 531 final s. 9.

Noe av begrunnelsen for uavhengigheten fra interessene i elektrisitetsindustrien, samt noe om hva uavhengigheten må bestå i eller hvordan den kan oppnås, kan slutes fra hvilke oppgaver de regulatoriske myndighetene er tiltenkt. I forslaget til elektrisitetsdirektiv vises det til at uavhengige regulatorer spiller en viktig rolle på flere måter:

«Independent national regulatory authorities play a pivotal role in ensuring non-discriminatory access to the network, as they have the power to fix or approve transmission and distribution tariffs prior to their entry into force. Competition authorities can only act on competition distortions ex-post, while regulators have an active ex-ante function. These authorities also play a major role in issues relating to cross border trade, in the creation of a truly internal market. They also bring about regulatory continuity and transparency to the market.»⁴⁶⁰

Det må på bakgrunn av de nevnte oppgaver for eksempel være klart at en elektrisitetsprodusent ikke samtidig kan være regulator og fastsette tariffen. Aktøren vil ikke være nøytral i forhold til størrelsen på disse, og det vil høyst sannsynlig føre til at konsekvensene for produsenten selv ble vurdert i større utstrekning enn konsekvensene for de øvrige aktørene i markedet. En produsent eller en annen direkte markedsaktør vil lett influeres av egne interesser og ikke først og fremst ha det norske eller det europeiske samfunnets interesser for øyet. Visse krav til strukturell og funksjonell atskillelse fra markedsaktørene må derfor klart kunne leses ut av bestemmelsen om uavhengige regulatorer. Som Bjørnebye m.fl. skriver i sin utredning i forbindelse med revisjonen av energiloven, innebærer uavhengighetskravet at det organet som utpekes som regulator ikke samtidig kan utøve eierkontroll over andre selskap som opererer i elektrisitetssektoren.⁴⁶¹ Presisering av uavhengighetskravet ut over dette synes det vanskelig å foreta på bakgrunn av det kildematerialet som foreligger.

⁴⁶⁰ COM(2001) 125 final, Explanatory memorandum punkt 3.2.

⁴⁶¹ *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven (2007)* s. 31.

11.4 Er Olje- og energidepartementet uavhengig nok?

Heretter må det undersøkes om Olje- og energidepartementet er tilstrekkelig uavhengig av interessene i elektrisitetsindustrien til å kunne fatte beslutninger etter elektrisitetsforordningen art 7. Under punkt 11.5 behandler vi spørsmålet om uavhengighetskravet også gjelder for enl § 4-2. Som det har fremgått i kapittel 10, er det private aktører som eventuelt gis tillatelse etter art 7 til å fravike nærmere bestemte regler i elektrisitetsforordningen eller elektrisitetsdirektivet. Gjør departementets forhold til og innflytelse over Statnett det problematisk at det også vurderer hvorvidt andre aktører enn Statnett skal gis adgang til å bygge kabler som kan inngå i sentralnettet?⁴⁶²

Statnett er som statsforetak et selvstendig rettssubjekt hvor staten er eiere og har det overordnede ansvaret for foretaket.⁴⁶³ Statsforetakets formue og inntekter er imidlertid ikke en del av statsbudsjettet, og foretaket hefter selv for sin gjeld.⁴⁶⁴ Utøvelsen av statens eierrolle i statsforetak er også begrenset gjennom statsforetaksloven § 38 første ledd annet punktum, hvor det fremgår at departementets myndighet i foretaket bare kan utøves på foretaksmøtet, som er statsforetakets høyeste organ.⁴⁶⁵ Foretaksmøtet holdes i løpet av første halvår og har pliktig deltakelse fra departementet ved statsråden eller fullmaktshaver, administrerende direktør og styrets leder. Forvaltningen av foretaket hører under styret, som også skal påse at virksomhetene drives i samsvar med foretakets formål, vedtekter og

⁴⁶² Som vi så, var det grunn til å anta at en unntakstillatelse etter forordningen langt på vei innebærer en godkjennelse av hele prosjektet.

⁴⁶³ Jf NOU 1999: 15 Hvor nært skal det være? punkt 7.2.

⁴⁶⁴ Foretaket er heller ikke underlagt Stortingets finansmyndighet, og vil derfor selv disponere sine inntekter og formue, jf NOU 1999: 8 Materialforvaltningen i forsvaret punkt 4.1.5.3.

⁴⁶⁵ Jf Fougner, Jan *Statsforetakene i ulendt juridisk terreng*, Stat og styring nr 5 1994 (heretter Fougner 1994) s. 38.

retningslinjer fastsatt av foretaksmøtet, jf § 23.⁴⁶⁶ Ved en slik organisering har man villet ivareta to hensyn: For det første å sikre foretaket frihet til å foreta de nødvendige forretningsmessige disposisjoner uten politisk innblanding, og for det annet å sikre at statsråden ikke ble holdt konstitusjonelt ansvarlig for foretakets aktiviteter.⁴⁶⁷ Statsforetaksloven skulle i det hele tatt representere et kompromiss mellom ønsket om på den ene side å fristille statlig næringsvirksomhet, og på den annen side ønsket om å drive forvaltningsbedriftene videre.⁴⁶⁸ En ville også skape en organisasjonsform hvor både krav til effektiv og rasjonell drift og sektorpolitiske hensyn gjør seg gjeldende.⁴⁶⁹

Hvilke beslutninger er det så som fattes på foretaksmøtet, og hvilken innflytelse har departementet her? Etter § 39 annet ledd skal følgende spørsmål behandles og avgjøres i det ordinære foretaksmøtet.⁴⁷⁰

- «1. Fastsetting av foretakets resultatregnskap og balanse, herunder anvendelse av årsoverskudd eller dekning av årsunderskudd.
2. Fastsetting av konsernresultatregnskap og konsernbalanse.
3. Andre saker som etter lov eller vedtekter hører under foretaksmøtet.»

Det er ikke nærmere konkretisert i Statnetts vedtekter hva som hører under foretaksmøtets beslutningsmyndighet. Av forarbeidene til loven følger det at departementet gjennom foretaksmøtet kan treffe vedtak, gi retningslinjer og instruksjoner om «alle saker som vedrører foretaket og som er bindende for

⁴⁶⁶ Jf Graver, Hans Petter *Krav til kvalitetssikring og internkontroll - konsekvenser for Regjeringens og Stortingets ansvar*, Lov og Rett 2000 (heretter Graver 2000) s. 202.

⁴⁶⁷ Jf Fougner (1994) s. 38. Det statsråden er ansvarlig for, er at statens eierinteresser i et statsforetak blir forvaltet på forsvarlig måte, og innenfor rammene av Stortingets forutsetninger og lovgivning, jf NOU 1999: 8 punkt 4.1.5.3.

⁴⁶⁸ Jf Fougner (1994), i sammendraget.

⁴⁶⁹ Jf NOU 1999: 8 punkt 4.1.5.3, hvor det også uttrykkes at statsforetaksformen nyttes særlig når statens forretningsmessige engasjement også er et virkemiddel for å realisere sektorpolitiske mål.

⁴⁷⁰ Se også Statnetts vedtekter § 9.

styret og administrerende direktør». ⁴⁷¹ I tillegg har departementet gjennom foretaksmøtet adgang til å utnevne styre. Styret har foreleggelsesplikt for departementet før det treffer vedtak i saker som er av vesentlig betydning for realiseringen av foretakets formål. Selv om dette ikke fratruk styret beslutningsmyndigheten, gis departementet på denne måten innsyn i styrets planer og mulighet til å innkalle til ekstraordinært foretaksmøte dersom det ønsker å endre disse planene. ⁴⁷² Det er bare departementet som har stemmerett i foretaksmøtet, og det er derfor departementet som har herredømme over de vedtak som treffes der. ⁴⁷³ Det er på denne bakgrunn grunn til å anta at departementet har en stor grad av innflytelse på Statnetts virksomhet, selv om departementet ikke direkte kan legge seg opp i de rent forretningsmessige beslutningene. Og departementets suverene beslutningsmyndighet på foretaksmøtet styrker muligheten for politisk hensyntagen i driften av statsforetaket. ⁴⁷⁴ En sak er også hvilken myndighet departementet *formelt* sett har til å påvirke investeringsbeslutninger og andre forretningsmessige disposisjoner. En annen sak er hvilken styring som *reelt sett* utføres overfor Statnett og i hvilken grad Statnett opptrer i overensstemmelse med departementets mer eller mindre uttalte holdninger og standpunkter. ⁴⁷⁵

Det kan spørres om hvorfor Statnett kommer så langt som til å søke konsesjon og dermed risikere å få avslag fra departementet, når departementet i det minste et stykke på vei kunne ha påvirket en beslutning om å søke konsesjon gjennom foretaksmøtet. Og hvorfor avklares ikke risikoen for å få avslag i tilstrekkelig grad allerede på foretaksmøtet?

⁴⁷¹ Jf Ot prp nr 32 (1990-1991) *Om lov om statsforetak* s. 4.

⁴⁷² Jf Knudsen, Halvor Gillund *Fra strømfordeling til pengestrøm. Statnett fra forvaltningsbedrift til statsforetak – en konsekvensanalyse av omorganiseringen av Statnett seks år etter*, spesialoppgave, 1998 (heretter Knudsen 1998) s. 15.

⁴⁷³ Jf Ot prp nr 32 (1990-1991) s. 4.

⁴⁷⁴ Jf Knudsen (1998) s. 15.

⁴⁷⁵ Se også jf Graver (2000) s. 201, som uttrykker at man når det gjelder offentlige virksomheter må kunne snakke om både formell og reell ledelse.

Trolig er grunnen at man i departementet forsøker å ha ryddige linjer og unngår å bruke mulighetene til eierstyring. Videre har departementet sørget for at ikke de samme personer opptrer som statens representanter i foretaksmøtet og behandler konsesjonssøknader etter enl § 4-2.⁴⁷⁶

Vi er av den oppfatning at det er svært betenkelig at det samme organet skal ha muligheten til å være med å fatte beslutninger, gi retningslinjer om eller instruere i spørsmål om hvordan Statnett skal drives, med den indirekte påvirkningen dette *kan ha* på investeringsbeslutninger, samtidig som det skal vurdere ønskeligheten av at andre aktører enn Statnett skal få unntak etter elektrisitetsforordningens art 7. Dette utfordrer Statnetts rolle.⁴⁷⁷ Fra vår side konkluderes det med at den ordning at departementet har rollen som regulator i relasjon til art 7 i forordningen står i et motstridende forhold til elektrisitetsdirektivets krav i art 23 om at regulatoren skal være uavhengig av interessene i elektrisitetssektoren.

Vi har ikke kunnet finne kilder som viser at dette spørsmålet har vært skikkelig drøftet i forbindelse med inkorporeringen av direktivet eller forordningen.⁴⁷⁸ Problemstillingen ble så vidt berørt i Bjørnebye m.fl. i forbindelse med revisjonen av energiloven, hvor det uttales at

«Uavhengighetskravet i direktivet kan derimot tenkes å sette grenser for departementets adgang til å opptre som regulator i elektrisitetsmarkedet, i og med at departementet også er eier av Statnett. Eksempelvis synes Kommisjonen å legge til grunn at et departement bare har adgang til å godkjenne eller oppheve en beslutning fattet av en underordnet regulator, og ikke adgang til å fatte en egen beslutning.»⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ Opplyst i møte med departementet av 16. april 2009.

⁴⁷⁷ Vi har i punkt 10.6 forklart at en tillatelse etter art 7 i realiteten er en godkjenning av prosjektet.

⁴⁷⁸ Spørsmålet er for eksempel ikke drøftet i St prp nr 52 (2005–2006) Om samtykke til godkjenning av avgjerd i EØS-komiteen nr 146/2005 av 2. desember 2005 om innlemming i EØS-avtala av direktiv 2003/54/EF (elektrisitetsdirektiv II), direktiv 2003/55/EF (gassmarkedsdirektiv II), forordning 1228/2003/EF (grensehandel) og kommisjonsavgjerd 2003/796/EF (europeisk gruppe av reguleringsstyresmakter).

⁴⁷⁹ *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven* (2007).

Kommisjonens oppfatning, som det her henvises til, fremkommer i et tolkningsnotat til elektrisitetsdirektivet, som riktignok ikke er bindende.⁴⁸⁰ Vi kommer tilbake til tolkningsuttalelsen også nedenfor.

At departementet eventuelt ikke kan fatte avgjørelser etter elektrisitetsforordningen art 7, er imidlertid ikke det samme som at det ikke kan fatte avgjørelser etter enl § 4-2. Sistnevnte bestemmelse følger av spesifikk norsk regulering og ikke av EØS-reglene. Som vi ovenfor i punkt 10.6 har konkludert med, vil beslutninger som fattes etter art 7 langt på vei innebære en godkjenning av et nytt utenlandsprosjekt og etterlater lite skjønn igjen til utenlandskonsesjonsvurderingen etter enl § 4-2. Det er på en slik bakgrunn grunn til å reise spørsmål om direktivets regler medfører at også kompetansen til å treffe beslutning om å tildele utenlandskonsesjoner er problematisk. Svaret beror på hvilke avgjørelser direktivet tar sikte på å ramme.

11.5 Stiller elektrisitetsdirektivet art 23 også krav til myndigheten som skal fatte avgjørelser etter andre grunnlag enn direktivet og forordningen?

Stiller direktivet krav til *konsesjons*myndighetens uavhengighet i forbindelse med vedtak om utenlandskonsesjon etter enl § 4-2?

Art 23 nr 1 opplyser hvilke forhold det er regulatoren spesielt skal overvåke («monitor») i bokstav a til h, samt nr 2-12. Ordlyden avklarer ikke uttrykkelig spørsmålet om kravet til uavhengig regulator også gjelder for vedtak som skal treffes i medhold av andre bestemmelser enn i direktivet og forordningen. At bestemmelsen lister opp detaljerte oppgaver for den utpekte regulatoren, og at disse ikke omfatter avgjørelser etter nasjonale konsesjonsregler, taler på den ene siden mot dette. På den annen side, uttrykkes det at

⁴⁸⁰ Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas, *The role of the regulatory authorities*, 14.01.2004 (heretter «The role of the regulatory authorities» 2004) side 1, note 1.

dette er oppgaver som regulatoren «at least» er ansvarlig for. Dette tyder på at dersom medlemsstatene legger flere lignende oppgaver til den regulatoriske myndigheten enn de bestemmelsen nevner, gjelder kravet om uavhengighet like mye i relasjon til disse oppgavene.

I tolkningsuttalelsen fra Kommissjonen presiseres det at de opplistede oppgaver «constitute a minimum set of competences although Member States may give the regulatory authority additional powers to those specified».⁴⁸¹ Uttalelsen nevner også eksempler på oppgaver det i tillegg kan være aktuelt å tillegge «to the regulatory authority, or a different competent authority», og blant disse er «issuing authorisations and licenses».⁴⁸² Når slike kompetanser kan gis til en annen myndighet enn regulatoren, tilsier dette at det er uproblematisk å legge avgjørelser om konsesjoner etter internrettslige regler til et organ som ikke tilfredsstillere direktivets krav til uavhengighet. Hensynene til ikke-diskriminering, effektiv konkurranse og et funksjonsdyktig marked, som regulatoren skal sikre etter bestemmelsen, gjør seg like fullt gjeldende også i forbindelse med konsesjonsavgjørelser etter § 4-2.

I utredningen i forbindelse med revisjonen av energiloven viser Bjørnebye m.fl. til at Kommissjonen her synes å legge til grunn at beslutninger knyttet til investeringer i ny produksjonskapasitet ikke hører inn under de obligatoriske oppgavene til de uavhengige regulatorne som skal oppnevnes i medhold av artikkel 23. Forfatterne forstår bestemmelsen i art 23 nr 1 slik at de uavhengige regulatorne som et minimum skal være ansvarlige for å sikre ikke-diskriminering og effektivitet i *nettmarkedet*, for å fremme et effektivt elektrisitetsmarked. Det uttales at dette innebærer at elektrisitetsdirektivet ikke krever at forhold som gjelder *elproduksjons*investeringer som sådan må overlates til den uavhengige regulatoren.⁴⁸³ Utenlandskonsesjonsbestemmelsen i enl § 4-2 gjelder nettinvesteringer, som senteret ikke tar

⁴⁸¹ *The role of the regulatory authorities* (2004) s. 2.

⁴⁸² *The role of the regulatory authorities* (2004) s. 3.

⁴⁸³ *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven* (2007) s. 52-53.

stilling til, og ikke produksjonsinvesteringer. Det kan tale for at dette er avgjørelser som faller inn under direktivets krav.

Konklusjonen på spørsmålet fremstår som usikker. Uavhengig av om direktivet kan sies å regulere departementets rolle i relasjon til bestemmelser om utenlandskonsesjon etter § 4-2, mener vi det er grunn til å kritisere den norske organisatoriske løsningen. De samme argumenter gjør seg gjeldende for departementets rolle i forbindelse med unntaksprosedyren i forordningen artikkel 7 som etter enl § 4-2. Olje- og energidepartementet bør ikke avgjøre spørsmålet om hvem som skal gis utenlandskonsesjon når de har en så sentral rolle i Statnett, som igjen er en svært sentral aktør i forbindelse med utenlandsprosjekter.

11.6 Kort om NVEs rolle

NVEs rolle som regulator i relasjon til bestemmelser i direktivet og forordningen og som avgjørelsesmyndighet etter de fleste av energilovens konsesjonshjemler, synes i utgangspunktet uproblematisk i forhold til elektrisitetsdirektivets art 23. NVE har ansvaret for å forvalte vann- og energiressursene i landet, men har ingen direkte interesser i energiindustrien utover dette. I så måte må direktoratet sies å være nøytralt.⁴⁸⁴ I forlengelsen av kritikken av departementets rolle, er det imidlertid også betenkelig at NVE er underlagt dette departementet. Vedtak om tildeling av konsesjon er ikke blant de som etter energiloven er unntatt fra regler i forvaltningsloven, og forvaltningslovens klageregler kommer derfor til anvendelse, jf forvaltningsloven § 1.⁴⁸⁵ Klageorgan for vedtak truffet av NVE, eksempelvis om anleggskonsesjon i forbindelse med utenlandsprosjekter, vil i medhold

⁴⁸⁴ I *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven (2007)* konkluderes det på s. 31 med at NVE oppfyller direktivets krav. Det henvises i den forbindelse også til Jones, Christopher W. *EU Energy Law* 1. utg., Oxford, 2004 (heretter Jones 2004) side 99.

⁴⁸⁵ Motsatt, energiloven §§ 4-3 fjerde ledd, 4-4 femte ledd og 5A-1 tredje ledd, 5A-2 tredje ledd.

av forvaltningsloven da kunne påklages til Olje- og energidepartementet. Etter norsk forvaltningsrett kan også NVE, som har fått tildelegert sin kompetanse, instrueres av det overordnede organ. Det gjelder som utgangspunkt både generelle instruksjoner og instruksjoner i enkeltsaker. Så vidt vi har kunnet se, begrenser ikke delegasjonsvedtaket instruksjonsadgangen.⁴⁸⁶ Det kan spørres om Olje- og energidepartementet ved å kunne instruere NVE i realiteten har herredømme over direktoratets avgjørelser, noe som er betenkelig i forhold til kravet om uavhengighet.⁴⁸⁷

11.7 Tredje energimarkedspakke. Krav om politisk uavhengig regulator

Tredje energimarkedspakke medfører også endringer når det gjelder regulatorenes rolle. Av «Explanatory memorandum» til det nye elektrisitetsdirektivet fremkommer det at erfaringen fra medlemsstatene som har hatt åpne markeder i flere år, og fra andre tjenestesektorer som er åpne for konkurranse, klart indikerer at sterke regulatorer er nødvendige for et velfungerende marked og særlig når det gjelder bruk av nettinfrastruktur.⁴⁸⁸ Det ble derfor foreslått å gi regulatorene økt myndighet i forbindelse med markedsreguleringen, blant annet i forhold til håndtering av flaskehalser og overføringsforbindelser.⁴⁸⁹

Videre skal regulatorene være uavhengige, ikke bare fra interessene i industrien, men også fra myndighetene ved beslutninger i forbindelse med

⁴⁸⁶ Jf delegasjonen til NVE.

⁴⁸⁷ Dersom instruksjoner fra departementet kommer i strid med EØS-reglene, er det også en mulighet å betrakte disse som ugyldige, ettersom departementet ikke lovlig etter EØS-reglene kunne gi slike instruksjoner.

⁴⁸⁸ Se COM(2007) 528 final s. 8.

⁴⁸⁹ L.c.

den daglige opereringen. Med andre ord oppstilles et krav til politisk uavhengighet.⁴⁹⁰

I tillegg innebærer endringene at de nasjonale regulatorne må samarbeide med regulatorer fra andre medlemsstater. Slikt samarbeid finner også sted nå, gjennom ERGEG (European Regulators Group for Electricity and Gas).⁴⁹¹ Dette samarbeidet er imidlertid tenkt ytterligere formalisert, gjennom etableringen av et Agency (ACER).⁴⁹²

Når reglene om politisk uavhengighet for regulatoren skal gjennomføres, må det åpenbart gjøres omfattende endringer i den norske organiseringen.⁴⁹³ Det kan da vanskelig tenkes at departementet kan fortsette som regulator.

⁴⁹⁰ Ibid. s. 9 og forslag til ny art 22a på s. 35. Jf også Presidency conclusions from Brussels European Council 8/9 March 2007 s. 16. For mer om hva uavhengigheten skal innebære, se http://europa.eu/rapid/pressReleases_Action.do?reference=MEMO/07/362&format=HTML&aged=1&language=en&guiLanguage=en [avlest 1. desember 2009]. Forslaget er nå vedtatt som art 35 i Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/53/EC.

⁴⁹¹ Jf Commission Decision of 11 November 2003 (2003/796/EC) on establishing the European Regulators Group for Electricity and Gas.

⁴⁹² Se COM(2007) 531 final på s. 9-13 og 24.

⁴⁹³ Det samme vil være tilfelle i de fleste andre europeiske land.

Del IV

Avslutning

12 Er utenlandskonsesjonsbestemmelsen unødvendig?

12.1 Innledning

Vi har ovenfor konkludert med at

- 1) nye kabelprosjekter ikke kan avslås under henvisning til at prisen på kraft i Norge blir dyrere med økt overføringskapasitet mot utlandet, eller under henvisning til at de ikke er bedriftsøkonomisk lønnsomme (punkt 7.6)
- 2) vedtak om unntak fra elektrisitetsforordningens artikkel 7, er energiloven § 4-2 langt på vei overflødig (punkt 10.6), og
- 3) dagens konsesjonering av tilretteleggingsfunksjoner gir lite nytt sett hen til den regulering av tilretteleggerne som følger av systemansvaret, markedsplasskonsesjon, anleggskonsesjon, elektrisitetsdirektivet og elektrisitetsforordningen (punkt 5.6).

I tillegg til disse konklusjonene, fant vi at utformingen av bestemmelsen i enl § 4-2 ikke tilfredsstillende de krav til klarhet EØS-retten innebærer, jf punkt 7.4. Allerede på det grunnlag må bestemmelsen trolig oppheves og eventuelt vedtas med endret ordlyd. Når behovet for § 4-2 her skal vurderes, blir dette strengt tatt en vurdering av om det er behov for en bestemmelse *med samme innhold som vi har funnet at dagens bestemmelse har*. Det er likevel § 4-2 vi knytter vurderingene opp mot.

Vi vil i denne vurderingen skille mellom de ulike funksjonene som vi ovenfor konkluderte med at omfattes av bestemmelsen. Grunnen til dette er at det er ulike hensyn som begrunner konsesjonsplikten for hver av funksjonene. Kort, og litt upresist, ser vi det slik at konsesjoneringen av ny kapasitet («nyetableringskonsesjoneringen») er begrunnet i hensynet til å unngå samfunnsmessig ineffektive utenlandsforbindelser. At ulike driftsfunksjoner konsesjoneres («tilretteleggingskonsesjoneringen») må begrunnes i hensynet til å sikre hensiktsmessig drift av etablerte utenlandsforbindelser. I det følg-

ende vurderes først behovet for å opprettholde «nyetableringskonesjoneringen», dernest «tilretteleggingskonesjoneringen».

12.2 «Nyetableringskonesjoneringen»

I punkt 7.6.6 ovenfor konkluderte vi med at nasjonale samfunnsøkonomiske hensyn i prinsippet kan begrunne avslag på søknader etter § 4-2, men at prisnivået på elektrisitet og investeringskostnaden i utgangspunktet ikke kan tas i betraktning når samfunnsøkonomien i et prosjekt skal vurderes. Imidlertid kan andre samfunnsøkonomiske betraktninger forsvare enl § 4-2 ved vurderingen etter EØS-avtalen artikkel 13. Forsterkninger i de landbaserte anlegg som følge av utenlandskabler innebærer klart en samfunnsøkonomisk kostnad, og det er disse kostnadene vi først og fremst ser at er av betydning å vurdere ved nye utenlandsprosjekter. Dette må også være lovlig etter EØS-retten. Når myndighetenes siktemål er å optimalisere effektiviteten innenfor kraftbransjen i Norge, er det også *hensiktsmessig* at dette gjøres.⁴⁹⁴ Konesjonsmyndighetene kan således i prinsippet avslå nye prosjekter etter enl § 4-2 under henvisning til kostnaden ved å forsterke landbaserte anlegg uten å komme i strid med EØS-avtalen art 11 og 12. Vårt spørsmål her blir så om dette forholdet gjør det nødvendig at bestemmelsen i § 4-2 for så vidt gjelder etableringskonesjoneringen, opprettholdes. Denne vurderingen stiller seg, slik vi ser det, i utgangspunktet noe forskjellig avhengig av om konesjonssøker er Statnett som systemoperatør eller en annen aktør.

Statnett som konesjonssøker

Siden Statnett som systemoperatør etter dagens organisering vil bære kostnadene for nettinvesteringer, skulle spørsmålet om et prosjekts samfunnsøkonomiske lønnsomhet for Statnett i utgangspunktet bli

⁴⁹⁴ Som vi ovenfor konkluderte med, er dette et forhold som kan begrunne at enl § 4-2 utgjør en restriksjon på den frie flyten av varer.

tilsvarende prosjektets bedriftsøkonomiske lønnsomhet.⁴⁹⁵ Dette skulle lede til at Statnett ikke beslutter å bygge ut overføringsforbindelser til andre land dersom disse ikke er bedriftsøkonomisk lønnsomme for Statnett og da samtidig samfunnsøkonomisk lønnsomme.⁴⁹⁶ Konsekvensen av dette skulle så bli at departementet i utgangspunktet ikke vil motta søknader etter enl § 4-2 om prosjekter som er samfunnsøkonomisk ulønnsomme. Det synes som om bestemmelsen i enl § 4-2 er overflødig og forstyrrende når konsesjons-søker er Statnett.

Likevel kan det være grunner til å overprøve Statnetts vurderinger av lønnsomheten i et prosjekt. For det første vil slike beregninger i noen grad influeres av hvem som foretar dem, da et prosjekts nytte og kostnader kan vurderes forskjellig. I tillegg kan det sies å være et behov for at noen overprøver kalkyler og vurderinger som Statnett gjør, ganske enkelt for å forhindre skjebnesvangre feil. Videre kan Statnett ha operert med en annen risikovillighet enn hva myndighetene ønsker.

En annen faktor er at departementet i noen utstrekning kan styre Statnett gjennom foretaksmøtet. Hvor langt dette argumentet rekker er likevel uklart, se ovenfor i kapittel 11 om rettstilstanden på dette punktet. En viss styring med Statnetts disposisjoner, om enn indirekte, har departementet klart nok. Det er likevel vanskelig å konkludere med at disse styringsmulighetene er så

⁴⁹⁵ Det følger av energilovforskriften § 5A-1 sjettede ledd at «Systemansvarlig skal bidra til at overføringsnettet bygges ut på en samfunnsmessig rasjonell måte». I Fakta2008 s.14 fremgår det uttrykkelig at «Statnett SF har ansvaret for å bygge og drive sentralnettet». På Statnetts hjemmeside bekreftes dette: «Statnett har ansvar for å utvikle og drifte kraftnettet slik at det til enhver tid møter de kravene samfunnet har på energisektoren.» se <http://www.statnett.no/no/Om-Statnett/Statnett-pa-1-2-3/Riksveiene-i-stromforsyningen/> [avlest 1. desember 2009].

⁴⁹⁶ At Statnetts nettinvesteringer skal være samfunnsøkonomisk lønnsomme for at de skal gjennomføres, fremgår også i Statnetts egne rapporter, se for eksempel rapport om «Samfunnsøkonomi», vedlegg til Statnetts konsesjonssøknad for NorNed s. 3.

omfattende at ekstern regulering – her gjennom konsesjonsbestemmelser – ikke er nødvendig.

I forlengelsen av dette kan det spørres om det i utenlandssaker er Statnett eller departementet som *bør* ha det siste ordet? Dette blir et prinsipielt spørsmål om statsforetaks handlingsrom. Når vurderingen av et prosjekts samfunnsøkonomiske lønnsomhet kan slå ulikt ut etter hvem som foretar dem, er det mulig å mene noe om hvor det siste ord i saken bør ligge. På den ene side har Statnett trolig den beste innsikten i og oversikten over virkninger av sammenkobling av kraftsystemer. Foretaket driver med utenlandsspørsmål til daglig og har lang erfaring med dette. På den annen side, og kanskje viktigere, er departementets ønske om kontroll forståelig, da samfunnsøkonomiske vurderinger har et klart politisk tilsnitt.⁴⁹⁷

På bakgrunn av dette er vi av den oppfatning at behovet for § 4-2 som konsesjonshjemmel for å avslå nye kabelprosjekter når initiativtaker er Statnett, er til stede, men i beskjeden grad.

Vi gjentar her likevel våre vurderinger under kapittel 11, hvor vi kritiserte departementets dobbeltrolle i forhold til Statnett. Det er uheldig at samme departement både utøver statens eieransvar i foretaksmøtet, avgjør om konsesjoner skal gis og om andre enn Statnett skal få unntak etter reglene i elektrisitetsforordningens art 7. Når reglene i EUs tredje energimarkeds-pakkes regler skal implementeres, må det uansett skje endringer i denne organiseringen.

Konsesjonssøknader fra andre enn Statnett

Det kan videre spørres hvorvidt enl § 4-2 er av betydning når et nytt utenlandsprosjekt skal foretas av en annen aktør enn Statnett. Siden denne aktøren etter dagens organisering av kraftsektoren trolig ikke har plikt til å foreta samtlige investeringer i landbaserte anlegg, blir det ikke nødvendigvis en slik sammenheng mellom bedrifts- og samfunnsøkonomisk lønnsomhet at

⁴⁹⁷ Se nærmere i punkt 7.6 om området for politikk i § 4-2.

samfunnsmessig uønskede prosjekter avverges allerede hos aktøren selv.⁴⁹⁸ Når den private aktøren skal vurdere prosjektets bedriftsøkonomiske lønnsomhet, er forsterkninger i de landbaserte anlegg ikke en kostnad på samme måte som for Statnett.

Dette skulle lede til at enl § 4-2 er nødvendig for å hindre nye kabeletableringer som ikke er samfunnsøkonomisk lønnsomme. Etter vår oppfatning er dette likevel en forhastet slutning. De samfunnsøkonomiske vurderingene som foretas etter enl § 4-2 har vi i punkt 10.6 vist at i all hovedsak vil samsvare med vurderingene nasjonale myndigheter skal foreta etter elektrisetsforordningen art 7.

Samlet tilsier dette at det er lite behov for enl § 4-2, uavhengig av hvilken aktør som ønsker å etablere kabel, likevel med ulike begrunnelser.

Anleggskonsesjonens muligheter

De lovlige samfunnsøkonomiske hensyn som begrunner konsesjonsregelen i enl § 4-2 kan dessuten tas ved vurderingen av om anleggskonsesjon skal gis, om behovet skulle tilsi det.⁴⁹⁹ Som vi så ovenfor i punkt 6.5, er det i dag trolig begrensninger i hvilke hensyn NVE kan ta i betraktning i

⁴⁹⁸ Dette er et resultat av det grunnleggende økonomiske poeng at det kan være kostnader forbundet med en investering eller virksomhet som investoren ikke ser og dermed ikke tar i betraktning i sin investeringsbeslutning. Miljømessige belastninger er her det klassiske eksemplet. Men dette stiller seg i prinsippet likt for det vi her ser på; nødvendige nettinvesteringer på land. Forholdet kan dermed bli at et prosjekt som for aktøren er bedriftsøkonomisk lønnsomt, ikke er økonomisk lønnsomt og ønskelig for samfunnet som sådan.

⁴⁹⁹ De nederlandske myndighetenes håndtering av NorNed-kabelen var forankret i en anleggskonsesjonshjemmel for legging av kabler. Anleggskonsesjonsbestemmelsen i enl § 3-1 skriver seg fra 1896. I energilovens forarbeider skriver departementet om denne at «[I]oven av 1896 tok både sikte på å avverge faremomentene ved elektriske anlegg og å tilgodese samfunnsmessige hensyn av forskjellig art ved å sette vilkår for konsesjoner for elektriske anlegg,» se Ot prp nr 43 (1989-90) s. 28.

anleggskonsesjonsvurderingen. Dette følger av organisatoriske systembetraktninger og det forhold at både §§ 3-1 og 4-2 finnes i dagens lov.

Alle hensyn departementet i dag ser hen til synes å ligge innenfor energilovens formål, slik det lyder i § 1-2. Dersom bestemmelsen i § 4-2 oppheves og NVE får det fulle ansvar for å avgjøre utenlandssaker, skulle det ikke være noe i veien for at direktoratet vektlegger også de hensyn departementet i dag har primæransvaret for.⁵⁰⁰ Dette må trolig bli løsningen når reglene fra tredje pakke skal implementeres – riktignok under den forutsetningen at NVE kan oppfattes som uavhengig eller *blir gjort* uavhengig

12.3 «Tilretteleggingskonsesjoner»

Konsesjonspraksis etter enl § 4-2 gjelder i dag også regulering av ulike tilretteleggingsfunksjoner i forbindelse med elektrisitetsutveksling. Dette gjelder tekniske og administrative funksjoner som må fylles for at kraften skal flyte og for at det skal kunne skje et økonomisk oppgjør basert på mengde utvekslet kraft.⁵⁰¹ I punkt 5.6 ovenfor ble utenlandskonsesjonsbestemmelsen i enl § 4-2 vurdert i forhold til øvrige konsesjonsregler i energiloven. Vi konkluderte med at de fleste funksjonene uansett var regulert på andre rettsgrunnlag. Systemansvarsreguleringen og anleggs- og markedsplasskonsesjonene pålegger aktørene de samme plikter som utenlandskonsesjonene.

⁵⁰⁰ Dette er også vurderinger NVE også i dag kan måtte foreta. I møte med NVE den 29. mars 2009 viste direktoratet til at departementet hadde fastsatt at Statnett ikke behøvde utenlandskonsesjon ved etablering av Skagerrak 4-forbindelsen til Danmark. Grunnen til dette er at kablet inngår i det nordiske området Statnett allerede har konsesjon for tilrettelegging i. NVE viste til at direktoratet dermed måtte foreta bredere samfunnsøkonomiske vurderinger ved anleggskonsesjonsbehandlingen enn hva de hadde villet om departementet også skulle behandlet prosjektet etter enl § 4-2.

⁵⁰¹ Jf kapittel 4.

Vi mener dette gjør at det ikke er særlig behov for å opprettholde enl § 4-2 med den begrunnelse at bestemmelsen skal sikre en hensiktsmessig regulering av aktørenes oppgaver. I tillegg bidrar regelen til å skape uryddighet i regelverket, og uryddige regelverk peker også EU på som uheldig.⁵⁰² Det ekstra administrasjonsarbeidet som må nedlegges både hos offentlige og private aktører på grunn av slik omfattende dobbelregulering, er også en negativ side ved dagens system.

Vilkår om en nærmere bestemt metode for kapasitetshåndtering har imidlertid ikke en parallell i regelverket for øvrig.⁵⁰³ Kan muligheten enl § 4-2 gir til å fastsette konsesjonsvilkår om handelsløsning i utenlands-konsesjonene forsvare opprettholdelse av bestemmelsen? Adgangen til å fastsette tilsvarende vilkår om kapasitetshåndteringsmetode i medhold av andre konsesjonshjemler i energiloven, vil være en viktig faktor i forhold til spørsmålet om opprettholdelse.

For de oppgaver Nord Pool som børs har i forbindelse med kraft-overføring mellom Norge og andre land, mener vi at vilkår om handels-løsninger kan inntas i markedsplasskonsesjonen. Dette må tematisk kunne sies å vedrøre «organisering [...] av markedsplass for omsetning av elektrisk energi», slik ordlyden i enl § 4-5 lyder.

For andre aktører enn Statnett gir elektrisitetsforordningens art 7 nr 4 bokstav c uttrykkelig adgang til å fastsette handelsløsning i forbindelse med

⁵⁰² Jf her de EØS-rettslige kravene til klarhet i de nasjonale konsesjonssystemene, behandlet ovenfor i punkt 8.1. Behovet for forenkling av nasjonale konsesjonsregimer er flere ganger beskrevet som en kritisk faktor for å skape et felles europeisk elektrisitetsmarked, se *ERGEG* (2006) avsnitt 93. Det fremgår også i planleggingsdokumenter at aktørene selv ser på konsesjonsprosessene i de ulike land som betydelige utfordringer, se rapport om «*Alternative kabler*», vedlegg til Statnetts konsesjonssøknad for NorNed s. 8, 10 og 14.

⁵⁰³ Foruten at elektrisitetsforordningen innebærer at *enten* implisitte eller eksplisitte auksjoner må avholdes over kapasiteten i flaskehalsen mellom land.

unntaksvedtak etter bestemmelsen, jf punkt 9.5 om situasjonen for dagens utenlandsforbindelser.

Det er etter dette kun når Statnett skal bygge kabler ut av Norden at slik vilkårshjemmel mangler.⁵⁰⁴ Vi skal vurdere om anleggs- eller omsetningskonesjonsbestemmelsene kan gi grunnlag for vilkår av denne typen.

Når det gjelder anleggskonesjon virker det noe anstrengt å stille vilkår om handelsløsning i denne. Anleggskonesjonsbestemmelsen er inntatt i energilovens kapittel om «elektriske anlegg» (kap 3) som nettopp vedrører infrastruktur. Siden det i kraftsektoren er et regulert skille mellom produksjon og omsetning som konkurransebaserte virksomheter og infrastrukturen som et monopol, gir det dårlig sammenheng å regulere den konkurransebaserte virksomheten etter en hjemmel som vedrører monopolvirksomheten. Slik energiloven er bygget opp, er det mer naturlig at en regulering av handelsløsning skjer etter kapittel 4 som nettopp gjelder «omsetning av elektrisk energi», heller enn i kapittel 3. Formålet bak konsesjonsordningen for elektriske anlegg tilsier også dette. Departementet uttalte i 2001 i forbindelse med revisjon av energiloven at «[anleggs]konesjonsplikten er i hovedsak begrunnet i at konsesjonsmyndighetene skal treffe beslutning om hvorvidt og hvor anlegg skal etableres, og behovet for å ha kontroll med drift av slike anlegg når det gjelder ansvarsforhold, drift og vedlikehold».⁵⁰⁵ Drift i denne sammenheng må forstås som teknisk drift. Dette underbygges av departementets gjengivelse av høringsuttalelser i proposisjonen.

Under høringen ble det vist til «at virksomheten under en anleggskonesjon gjelder de tekniske og sikkerhetsmessige sidene ved kraft-

⁵⁰⁴ For kabler innen Norden er kapasitetshåndtering gjennom NordPool og market splitting-metoden veletablert.

⁵⁰⁵ Ot prp nr 56 (2000-2001) s. 17 og høringsuttalelse fra Ulf Hammer (ved Universitetet i Oslo).

produksjon og nettvirksomhet».⁵⁰⁶ Dette står i motsetning til «de kommersielle sidene ved nettdrift, som for eksempel tariffing, måling, avregning og fakturering m.v., [som] reguleres av bestemmelsene i kapittel 4».⁵⁰⁷ Vår konklusjon etter dette er at vilkår om handelsløsning for Statnetts vedkommende ikke kan fastsettes i anleggskonsesjonen.

Omsetningskonsesjonen synes etter ordlyden anvendelig, da flaskehalshåndtering dreier seg om å håndtere kapasitet som omsettes i markedet. Det er imidlertid ikke praksis for at omsetningskonsesjon gis til spesifikke prosjekter, og det synes da anstrengt å håndheve omsetningskonsesjonsplikt alene med det formål å gi vilkår om bestemt handelsløsning.

Uansett hvilken adgang norske myndigheter har med hensyn til å foreskrive en bestemt handelsløsning i anleggs-, markedsplass eller omsetningskonsesjoner, kan det stilles spørsmål ved den reelle *betydningen* av dette. Vanskelighetene knyttet til handelsløsning på NorNed-kabelen har vist at departementet ikke setter makt bak kravet om at det først fastsatte konsesjonsvilkåret om implisitte auksjoner skal overholdes. I stedet gis det stadig midlertidige konsesjoner som tillater avholdelse av eksplisitte auksjoner over kapasiteten. Gjennomsnittlig er det liten effektivitetsforskjell mellom implisitte og eksplisitte auksjoner, og sammenlignet med at NorNed-kabelen ligger ubrukt, er eksplisitte auksjoner å foretrekke. Departementets velvillighet til å innvilge søknader for midlertidige løsninger er derfor forståelig. Konsekvensen blir i alle fall at norske myndigheter ikke har så meget å si når det kommer til valg av nærmere bestemt handelsløsning.

⁵⁰⁶ Ibid. s. 16 og 17. Departementet hadde foreslått en hjemmel for å gi forskrifter om forholdet mellom anleggeieren og eventuelle operatører. Dette mente Hammer (UiO) at representerer en omvei – og viste da til at anleggskonsesjon vedrører tekniske og sikkerhetsmessige sider.

⁵⁰⁷ Ibid s. 18.

12.4 Konklusjon

Etter dette er vår oppfatning at meget taler for en opphevelse av bestemmelsen i § 4-2. Dette vil ha beskjedne – om noen – konsekvenser. Tvert i mot vil det bidra til å skape forenkling på et relativt uoversiktlig rettsområde.⁵⁰⁸

Det skal bemerkes at dersom norske myndigheter mener det er behov for en klar hjemmel for å fastsette vilkår om handelsløsning når Statnett skal bygge kraftoverføringsforbindelser ut av Norden, kan det ikke være tvil om at denne bør ha en annen utforming enn dagens ordlyd, som vedrører «innførsel og utførsel» generelt. Endret utforming av bestemmelsen er også påkrevd etter EØS-reglene.

På bakgrunn av de uklarheter og uheldigheter våre analyser og vurderinger viser, er det forbausende at departementet dupliserer bestemmelsen i § 4-2 i forslag til ny lov om vindkraft til havs.

13 Veien videre for norske og europeiske myndigheter

13.1 Kort om den oppfatning at spørsmålet om utenlandskabler er politisk

Vi har vist at både reglene om de fire friheter i EØS-avtalens hoveddel og sekundærlovgivningen innebærer at nasjonale myndigheters reguleringsfrihet i relasjon til ny overføringskapasitet er svært redusert. Det er begrenset hvilke hensyn EØS-retten tillater i forbindelse med slike vedtak. Typeeksemplet er det politiske ønsket om å forsyne kraftkrevende norsk industri med billig elektrisitet. Slike partiprogram lar seg vanskelig gjennomføre innenfor rammene av EØS-avtalen.

⁵⁰⁸ Jf i denne sammenheng kravene til klarhet og transparens, omhandlet i punkt 8.1.

Vi minner om konklusjonen ovenfor i punkt 8.1, hvor vi fant at dagens konsesjonspraksis i medhold av § 4-2 neppe er i overensstemmelse med EØS-retten krav om legal certainty, som krever at skjønnskriterier er rimelig klart angitte. Dette klarhetskravet innebærer at norske myndigheter i større grad må klargjøre og gjøre kjent hva som vil bli vektlagt ved behandlingen av søknader om utenlandskonsesjon. Når dette EØS-kravet er tilfredsstillt, vil området for politisk skjønn trolig bli enda mindre og kanskje uten praktisk realitet.

En bekreftelse fra nasjonale myndigheter på at man anerkjenner at EØS-retten her begrenser styringsmulighetene, mener vi kan bidra til klargjøring og forutsigbarhet for aktørene, noe som er hensiktsmessig i en allerede tungt regulert sektor.

13.2 Opprydding i energilovens konsesjonsregler

Vurderingen av sammenhengen i regelverket viste en utstrakt bruk av dobbeltkonsesjonering, uten at vi har funnet gode begrunnelser for dette. NorNed-konsesjoneringen er et eksempel. Statnett ble gitt både anleggskonsesjon og utenlandskonsesjon, i tillegg til at foretaket allerede hadde systemansvarskonsesjon og omsetningskonsesjon for hovedsakelig og praktisk sett de samme funksjonene. I forlengelsen av dette kan det rettes kritikk mot konsesjonsmyndighetene for det vi oppfatter som et noe ubevisst forhold til hvilke konsesjonshjemler som omfatter hva. Dette kan oppleves frustrerende for aktører som må orientere seg i regelverket.

Også EU har tatt opp behovet for forenkling av nasjonale konsesjonsregimer.⁵⁰⁹ Vi mener at det norske konsesjonsregimet bør reflektere bransjens endrede organisering og fellesskapsrettslig regulering. En grundig opprydding av det interne regelverket kan være på sin plass.

⁵⁰⁹ ERGEG (2006).

13.3 Finne en løsning på nettforsterkningsproblematikk

Ovenfor i punkt 7.6.4 behandlet vi en privat kabeleiers rettsstilling i forhold til systemoperatører og eksisterende landbaserte nett, og konkluderte med at denne etter dagens regler er høyst uklar. Spørsmålene gjelder tredjepartsadgangens utstrekning og fordeling av nettforsterkningskostnader som utløses ved sammenkobling av kraftmarkeder i ulike land. Dette er kompliserte spørsmål som krever grundig gjennomtenkning.

Avslag på søknad om ny kabel under henvisning til behovet for dyre investeringer, oppfyller ikke nødvendigvis kravet til proposjonalitet i EØS-avtalen art 13.⁵¹⁰ En kan tenke seg at en aktør tilbyr å betale deler av nettforsterkningskostnadene. Det bør imidlertid tas stilling til hvilke prinsipper kostnadene skal fordeles etter. Dette vil bidra til forutberegnelighet og likebehandling av aktører. Situasjonen kan for eksempel være at den første forbindelsesledningen ikke nødvendiggjør nettforsterkninger internt, men når neste skal bygges, utløses store investeringskostnader. Nettforsterkningsbehovet er altså ikke nødvendigvis proporsjonalt med økt kapasitet. Da kan det synes urettferdig hvis aktør nummer to gjennom vilkår til konsesjonen blir belastet for den fulle kostnad.

Ulike løsninger er mulige, og vi nevner et par eksempler. Aktørens bidrag til å dekke kostnaden ved landbaserte anlegg kunne tenkes uttrykkelig regulert, for eksempel slik at en viss andel av inntektsoverskuddet fra flaskehalsen skulle gis til systemoperatøren(e) som var ansvarlige for utbygging av landnettet. Systemoperatøren kan alternativt dekke alle nettforsterkninger, mens kabeleier pålegges å betale tariffen for all kraft som mates inn og ut av kraftsystemene på hver side. En regulering av disse spørsmålene synes uansett bedre enn dagens usikre rettstilstand.

⁵¹⁰ Jf punkt 7.6.5.

13.4 Private kabelprosjekter og forordningens unntaksprosedyre

Kabelprosjekter i regi av private aktører innebærer en ytterligere aktør i en bransje hvor det allerede er mange aktører. Kanskje er det da mest hensiktsmessig at kun systemoperatører eier og driver utenlandsforbindelsene.⁵¹¹ Dersom private kabelinitiativ anses uønsket, bør det i det minste vedtas mekanismer som sikrer at systemoperatørene sørger for utbygging av tilstrekkelig grad av kapasitet. Dette er også et spørsmål om hvilken risikoprofil systemoperatørene skal ha, siden det er kostnadsdrivende prosjekter med ulik grad av risiko involvert. En klarere uttalt holdning fra EU vil også være et gode, særlig i forhold til i hvilken grad elektrisitetsforordningens art 7 åpner for skjønn fra nasjonale myndigheter og dermed i hvilken grad aktøren selv skal kunne ta risiko ved dyre investeringer. Slik kan kostnadskrevende prosjektering av kabler som ikke kommer i stand, unngås. Samtidig vil dette bidra til et bedre investeringsklima for prosjekter som er samfunnsmessig ønskelige. I forbindelse med tredje energimarkedspakke følger det av fortalen til ny elektrisitetsforordning at «[i]nvestments in major new infrastructure should be promoted strongly while ensuring the proper functioning of the internal market in electricity».⁵¹² Uttalelsen må være retningsgivende for norske myndigheter, men den nærmere betydningen i konkrete saker, angis ikke. Forutsigbarheten for aktørene kan ikke sies å styrkes nevneverdig ved dette.

Et forhold det må ses hen til ved stillingtaken til disse spørsmål, er det uunngåelige faktum at økt fornybar produksjon vil nødvendiggjøre økt

⁵¹¹ Se i denne retning Joskow, Paul L. og Jean Tirole *Merchant Transmission Investment*, Working paper, National Bureau of Economic Research INC, Cambridge – MA, 2003 s. 60.

⁵¹² Regulation (EC) No 714/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003, fortalens avsnitt 23.

overføringskapasitet, jf her EUs 2020-målsetning. Noen må sørge for at slik utbygging realiseres, enten det er systemoperatørene eller andre.

De mangler og uklarheter vi her har påpekt, viser bare en del av behovet for helhetlige løsninger i en energisektor med mange utfordringer.

Kildeliste

Litteratur

- Arnesen, Finn og Hans Petter Graver *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler*, i rapportserien fra Makt- og demokratiutredningen, nr. 19, oktober 2000
- Arnesen, Finn *Statlig styring og EØS-rettslige skranker. Illustrert ved en studie i EØS-rettens betydning for styringen av norsk petroleumsvirksomhet*, Oslo, 1996
- Arnesen, Finn *Nytt innhold i gamle bestemmelser*, Lov og Rett 1996 s. 339-356
- Bernt, Jan Fridtjof *Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn - Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse*, Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s 241-348. (Avlest fra Lovdata)
- Bjørnebye, Henrik *Investing in EU energy security – Exploring the regulatory approach to tomorrow’s electricity production* (disputaseksempelar), Oslo, 2008
- Boe, Erik *Forvaltningsrettslige polysentritendenser*, Festskrift til Henrik Zahle, København, 1993, s. 283-305
- Boe, Erik *Stortingsmeldinger og innstillinger – vedtak, tilråding eller mellomting*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1984, s. 170-181
- Boe, Erik *Ulovlige hensyn i forvaltningsretten*, Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 349-401. (Avlest fra Lovdata)
- Cameron, Peter Duncanson *Competition in Energy Markets: law and regulation in the European Union*, 2nd ed., Oxford, 2007
- Døvik, Kristian *Statnetts utøvelse av systemansvaret. Særlig om tilrettelegging av regulerkraftmarkedet*, spesialoppgave 2006
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith *Forvaltningsrett*, 8. utg., Oslo, 2006
- Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære* 5. utg, Oslo, 2001
- Eide, Erling og Endre Stavang *Rettsøkonomi I*, Oslo, 2005

- Energy Law in Europe. National, EU and International Regulation.* Redigert av Marta Roggenkamp, Catherine Redgwell, Inigo del Guayo og Anita Rønne, 2nd ed., Oxford, 2007
- EØS-rett.* Fredrik Sejersted...[et al.], 2. utg., Oslo, 2004
- European Energy Law report VI.* Redigert av Martha M. Roggenkamp og Ulf Hammer, Antwerp, 2009
- Falch, Ingvald *Rett til nett. Konkurrans i nettbundne sektorer*, Oslo, 2004
- Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger *Tingsrett*, 6. utg. Oslo, 2006
- Falkanger, Thor og Kjell Haagenen (red.) *Vassdrags- og energirett*, 2. utg., Oslo, 2002
- Fougner, Jan *Statsforetakene i ulendt juridisk terreng*, Stat og styring nr. 5 1994 s.37-39
- Graver, Hans Petter *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utg., Oslo, 2007
- Graver, Hans Petter *Konsesjoner og konkurranse om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser*, Lov og rett 2004 s. 224-244
- Graver, Hans Petter *Forvaltningsrett i markedsstaten. Studier i europeisering av forvaltningsretten*, Oslo, 2002
- Graver, Hans Petter *Krav til kvalitetssikring og internkontroll - konsekvenser for Regjeringens og Stortingets ansvar*, Lov og Rett 2000 s. 195-208
- Hammer, Ulf *Interconnectors and Market Coupling – Illustrated by NorNed*, i *European Energy Law Report IV*, redigert av Marta Roggenkamp og Ulf Hammer, Antwerpen, 2007 s. 281-291
- Hammer, Ulf *Den nye rollefordelingen i kraftmarkedet: Hvem leverer hva til hvem?* i *Industribygging og rettsutvikling. Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum*. Redigert av Odd Ivar Biller, Erik Brannsten, Are Brautaset og Olav Hasaas, Bergen, 2005, s 163-177
- Hammer, Ulf *Tilretteleggingen av kraftmarkedet. En studie i reguleringen av nettets koordinerende funksjoner*, Oslo, 1999
- Heistad, Markus “*Legal certainty*” i *konsesjonssaker. EØS-rettslige skranker for nasjonale konsesjonsordninger*, spesialoppgave 2006

- Joskow, Paul L. og Jean Tirole *Merchant Transmission Investment*, Working paper, National Bureau of Economic Research INC, Cambridge – MA, 2003
- Jones, Christopher W. *EU Energy Law*, Vol. 1, 2. utg, Oxford, 2006
- Jones, Christopher W. *EU Energy Law*, 1. utg., Oxford, 2004
- Knudsen, Halvor *Gillund Fra strømfordeling til pengestrøm. Statnett fra forvaltningsbedrift til statsforetak – en konsekvensanalyse av omorganiseringen av Statnett seks år etter*, spesialoppgave, 1998
- Løvgaard, Sindre *Førstemann til mølla i kampen mot global oppvarming? En analyse av gjeldende rettsregler for bygging av offshore vindkraft, og en vurdering av behovet for et nytt konsesjonsrammeverk*, masteravhandling 2008 (foreløpig upublisert)
- Martinsen, Gunnar, Jens F. Bibow og Frode Støle *Energiloven med kommentarer*, Oslo, 2004
- Meeus, Leonardo, K. Purchala, C. Degli Esposti, D. Van Hertem, R. Belmans, Fellow, IEEE, *Regulated Cross-Border Transmission Investments in Europe* <http://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=1668696> [avlest 1. desember 2009]
- Mestad, Ola *Rettens kilder og anvendelse i Knophs oversikt over norsk rett*, 13. utg. ved Kåre Lilleholt, Oslo, 2009 s. 5-28
- Mestad, Ola *Bruk og endring av konsesjonsvilkår*, Marius nr. 121, august 1986
- Oliver, Peter and Stefan Enchelmaier *Free movement of goods. Recent developments in the case law*, Common Market Law Review, vol 44, 2007 s. 649-704
- Oliver, Peter *Free movement of goods in the European Community under articles 28 to 30 of the EC Treaty*, 4. utgave London (2003)
- Olje- og Energidepartementet *Fakta2008: Energi og vannressurser i Norge*, publikasjon
- Redaksjonell kommentar til Campus Oil, European Competition Law Review, 1984, s. 244-255
- Roggenkamp, Martha og Francois Boisseleau *The Liberalisation of EU Electricity Market and the Role of Power Exchanges*, i *The Regulation of Power Exchanges in Europe*. Redigert av Marta M. Roggenkamp og Francois Boisseleau, Anwerp – Oxford, 2005, s. 1-29

Stefanović, Nenad *Compliance with Regulation 1228/2003 and the Congestion Management Guidelines. Update Report*, 13th Athens forum, 2008
(<http://www.energy-community.org/pls/portal/docs/196188.PDF>)

Talus, Kim *First experience under the exemption regime of EC Regulation 1228/2003 on conditions for access to the network of cross-border exchanges in electricity*, *Oil, gas and energy Law*, Vol 4 issue 2 (2006)

Wasenden, Odd-Harald *Om det finansielle kraftmarkedet: en rettslig studie, med vekt på reguleringen av informasjonstilgang og markedsatferd*, Oslo, 2007

Wasenden, Odd Harald *The Nordic Electricity Market – a Mature International Market and Power Exchange*, i *The Regulation of Power Exchanges in Europe*. Redigert av Marta M. Roggenkamp og Francois Boisseleau, Antwerp, 2005 s. 31-80.

Aarseth, Hallvard Gilje *Nye krav til skille mellom monopol- og konkurransebasert virksomhet i kraftsektoren: selskapsmessige og funksjonelle atskillelseskrev*, Marius nr. 327, 2005

Lover

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

EØS-loven - Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

Industrikonsesjonsloven - Lov om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. av 14. desember 1917 nr 16

Lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone av 27. juni 2003 nr. 57

Plan- og Bygningsloven - Plan- og bygningslov av 14. juni 1985 nr. 77

Statsforetaksloven - Lov om statsforetak av 30. august 1991 nr. 71

Straffeloven - Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10

Forskrifter

Forskrift om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen vedlegg IV nr. 20 (forordning (EF) nr. 1228/2003 om vilkår for adgang til nett for overføring av elektrisk kraft over landegrensene) av 20. desember 2006 (FOR-2006-12-20-1563)

Olje- og energidepartementets delegasjonsbrev til NVE av 23. august 2006 (FOR-2006-08-23-993)

Forskrift om konsekvensutredninger av 1. april 2005 nr 276 (FOR-2005-04-01-276)

Forskrift av 24. juni 2003 nr 749 om saksbehandling og kontroll i byggesaker (FOR-2003-06-24-749)

Forskrift om systemansvaret i kraftsystemet av 7. mai 2002 nr 448 (FOR-2002-05-07-448)

Forskrift om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffer av 11. mars 1999 nr 302 (FOR-1999-03-11-302)

Forskrift om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energilovforskriften) av 7. desember 1990 nr 959 (FOR-1990-12-07-959)

Konsesjonsvedtak og tilknyttede brev

Nord Pool Spots markedsplasskonsesjon av 19. desember 2009.

Utenlandskonsesjon til Trondheim Energi Kraft AS av 11. mars 2008

Utenlandskonsesjon til Nord Trøndelag Elektrisitetsverk Nett AS (NTE) av 4. februar 2008

Konsesjonen av 21. desember 2007 til Statnett for midlertidig handelsløsning for kraftutveksling med Nederland

Olje- og energidepartementets brev til Statnett av 21. desember 2007

Olje- og energidepartementets brev til Nord Pool av 21. desember 2007

Omsetningskonsesjon til Statnett fra NVE av 7. mars 2007

Utenlandskonsesjon til Statnett SFs av 21. desember 2005 for tilrettelegging av kraftutveksling med de nordiske land

Utenlandskonsesjon til Nord Pool Spot AS av 21. desember 2005 for tilrettelegging av kraftutveksling med de nordiske land

Utenlandskonsesjon til Statnett SF av 15. desember 2004 for kraftutveksling med Nederland

Utenlandskonsesjon til Nord Pool Spot AS av 15. desember 2004 for kraftutveksling med Nederland

Utenlandskonsesjon til Statnett SF av 17. november 2004 for tilrettelegging av import av kraft fra Russland

Statnetts søknad om konsesjon for tilrettelegging av kraftutveksling med Nederland av 20. september 2004

Olje- og energidepartementets brev av 16. september 2003 om avslag på konsesjons-søknad for North Sea Interconnector

Olje- og energidepartementets brev av 17. desember 1993 om avslag på konsesjons-søknad for HEW I-kabelen

Norske forarbeider

NOU 2006: 6 Når sikkerheten er viktigst

NOU 2004: 4 Lovregulering av strømvtaleslutninger med forbrukere

NOU 1999: 29 Varederivater

NOU 1999: 15 Hvor nært skal det være?

NOU 1999: 8 Materialforvaltningen i forsvaret

NOU 1995: 20 Elektromagnetiske felt og helse

NOU 1985: 9 Energilovgivningen

Ot prp nr 107 (2008-2009) Om lov om fornybar energiproduksjon til havs (havenergilova)

Ot prp nr 62 (2008-2009) Om lov om endringer i energiloven

Ot prp nr 61 (2005-2006) om lov om endringer i energiloven

- Ot prp nr 56 (2000-2001) (endringslov) Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (energiloven)
- Ot prp nr 32 (1990-1991) Om lov om statsforetak
- Ot prp nr 43 (1989-1990) Om lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (Energiloven)
- Ot prp nr 73 (1988-89) Ot.prp.nr.73 (1988-1989) Om lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (Energiloven)
- Ot prp nr 31 (1931) Om forandringer i konsesjonslovene
- St prp nr 52 (2005–2006) Om samtykke til godkjenning av avgjerd i EØS-komiteen nr. 146/2005 av 2. desember 2005 om innlemming i EØS-avtala av direktiv 2003/54/EF (elektrisitetsdirektiv II), direktiv 2003/55/EF (gassmarkedsdirektiv II), forordning 1228/2003/EF (grensehandel) og kommisjonsavgjerd 2003/796/EF (europeisk gruppe av reguleringsstyresmakter)
- St prp nr 81 (1991-92) Omorganisering av utenlandshandelen med elektrisk kraft
- St meld nr 18 (2003-04) Om forsyningssikkerheten for strøm mv.
- St meld nr 11 (1995-96) Om omorganiseringen av krafthandelen med Sverige
- St meld nr 46 (1992-93) Om langsiktig kraftutveksling med utlandet
- Innst S nr 83 (2001-2002) Innstilling frå energi- og miljøkomiteen om gjennomgang av Statnett SFs organisering og oppgaver
- Innst S nr 97 (1995-96) Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om omorganiseringen av krafthandelen med Sverige
- Innst S nr 178 (1991-1992) Innstilling fra energi- og industrikomiteen om omorganisering av utenlandshandelen med elektrisk kraft
- Innst O nr 67 (1989-90) Om lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (Energiloven)
- Forhandlinger O 11. juni 1990 Om lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (Energiloven)

Høringer

Olje- og energidepartementets høringsnotat av 13. februar 2009, *Om utkast til lov om fornybar energiproduksjon til havs mv.*

Statnetts høringsuttalelse til utkast til lov om fornybar energiproduksjon til havs av 2. april 2009

Høringsuttalelse fra NVE til OED av 25. november 2008, EU/EØS Energi. Energimarkedspakken. Høring av felles enighet («Common positio»)

Olje- og energidepartementets høringsforslag *om endringer i energilovsforriften* av 2. oktober 2006

Olje- og energidepartementets høringsforslag *om endringer i energiloven* av 28. juni 2005

Høringsuttalelse fra Ulf Hammer (ved Universitetet i Oslo) i forbindelse med *endringer i energiloven* i 2001-2002

Høringsuttalelse fra Hydro i forbindelse med *endringer i energiloven* i 2001-2002

Sekundærlovgivning fra EU

Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 *concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/53/EC*

Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 *on services in the internal market* (Tjenstedirektivet)

Directive 2005/89/EC of the European Parliament and of the Council of 18 January 2006 concerning measures to safeguard security of electricity supply and infrastructure investment (Forsyningssikkerhet- og infrastrukturdirektivet)

Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 *concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC* (Elektrisitetsdirektiet II)

Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 *on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market* (Fornybardirektivet)

Directive 96/92/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 1996 *concerning common rules for the internal market in electricity* (Elektrisitetsdirektivet I)

Regulation (EC) No 714/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003

Regulation (EC) No 713/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 *establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators*

Regulation (EC) No 680/2007 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2007 laying down general rules for the granting of Community financial aid in the field of the trans-European transport and energy networks

Regulation (EC) No 1228/2003 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 *on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity* (Elektrisitetsforordningen)

Kommisjonsdokumenter

Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, 19.9.2007, COM(2007) 531 final

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators, 19.9.2007 COM(2007) 530 final

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/54/EC concerning common rules for the internal market in electricity 19.9.2007 COM(2007) 528 final

Commission staff working document accompanying the Communication from the Commission - Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report) Brussels, 10.1.2007 COM(2006) 851 final (SEC/2006/1724)

Commission Green Paper - A European Strategy for Sustainable, Competitive and Secure Energy, Brussels 8.3.2006 COM(2006) 105 final

Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - Report on the experience gained in the application of the Regulation (EC) No

1228/2003 "Regulation on Cross-Border Exchanges in Electricity", Brussels, 15.5.2007 COM(2007) 250 final

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - Energy Infrastructure and Security of Supply, Brussels, 10.12.2003 COM(2003) 743 final

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning measures to safeguard security of electricity supply and infrastructure investment, Brussels, 10.12.2003 COM(2003) 740 final

Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity Brussels, 7.6.2002 COM(2002) 304 final

Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: Completing the internal energy market. Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 96/92/EC and 98/30/EC concerning common rules for the internal market in electricity and natural gas. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, Brussels, 13.3.2001, COM (2001) 125 final

Lovforarbejder fra andre EU-organer

Common Position adopted by the Council with a view to the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC, 15. december 2008, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st14/st14539.en08.pdf> [avlest 1. december 2009]

Common Position (EC) No 4/2003 of 3 February 2003 adopted by the Council with a view to adopting a regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, OJ 2003 C 50 E/ s. 1-14.

Council of the European Union, Statement on common position 5595/03 Adoption of a Common Position with a view to adopting a Regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, Brussels, 24 January 2003.

Report of 28 February 2002 on the proposal for a European Parliament and Council regulation on *conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity*, European Parliament Committee on Industry, External Trade, Research and Energy. Report Parliament A5-0074/2002.

Notater, utredninger og rapporter

Alternative Models Towards a Regional Spot Market, WEC Regional Energy Forum, Neptun, June 2008 (http://www.cnr-cme.ro/foren2008/CD_ROM_1/s2_en/s2-29-en.pdf) [avlest 1. desember 2009]

Compliance with Electricity Regulation 1228/2003 - An ERGEG Monitoring Report, 18. juli 2007
(http://www.ergeg.org/portal/page/portal/ERGEG_HOME/ERGEG_DOCS/ERGEG_DOCUMENTS_NEW/ELECTRICITY_FOCUS_GROUP/E07-EFG-23-06_ComplianceReport_final.pdf) [avlest 1. desember 2009]

Bjørnebye, Henrik, Finn Arnesen, Ivar Alvik og Ola Mestad (ved Senter for Europarett, Universitetet i Oslo) EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven, Utredning til Olje- og energidepartementet av 9. juli 2007

Cross border framework for transmission network infrastructure - An ERGEG Public Consultation Paper, 4 October 2006

«Assessment of criteria for exempting new interconnectors», A CEER Position Paper, 28 March 2006

EØS-gjennomføringsnotat av 29. november 2005
<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2005/nov/forsyningssikkerhetsdirektivet.html?id=523639> [avlest 1. desember 2009]

Report on Financing and Organisation of Investments in Prioritized Cross-sections, Nordel 28. februar 2005

Rapport om «Alternative kabler», vedlegg til Statnetts konsesjonssøknad for NorNed av 6. september 2004

Rapport om «Samfunnsøkonomi», vedlegg til Statnetts konsesjonssøknad for NorNed av 6. september 2004

Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54-55 and Regulation 1228\03 in the Electricity and Gas Internal Market - «Exemptions from certain provisions of the third party access regime», 30.1.2004

Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the Internal Market in Electricity and Natural Gas, Measures to Secure Electricity Supply, 16.01.2004

Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas, The role of the regulatory authorities, 14.01.2004.

Implicit Auctions to Manage Cross-Border Congestion: 'Decentralised Market Coupling', 8. july 2003, rapport utarbeidet av EuroPEX i forbindelse med det tiende møtet blant the European Electricity Regulatory Forum
(http://ec.europa.eu/energy/electricity/florence/doc/florence_10/congestion/europex_forum_paper.pdf) [avlest 1. desember 2009]

Beslutninger

European Parliament legislative resolution of 22 April 2009 on the Council common position for adopting a regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003

Conclusions of *the 14th European Electricity Regulatory Forum*. 24-25 September 2007
(http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/forum_electricity_florence_en.htm) [avlest 1. desember 2009]

EØS-komiteebeslutning for innlemmelse av forsynings- og infrastrukturdirektivet vedtatt i komiteen 8. juni 2007.

Presidency conclusions from Brussels European Council 8/9 March 2007, 7224/1/07

REV 1

Commission Decision of 9 November 2006 (2006/770/EC) amending the Annex to Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity (Guidelines for explicit auctions) OJ L 312/59

EØS-komitéens beslutning nr. 146/2005 av 2. desember 2005 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi) om å innlemme EUs energimarkedspakke fra 2003 i EØS-avtalen

Commission Decision of 11 November 2003 (2003/796/EC) on *establishing the European Regulators Group for Electricity and Gas*, OJ L 296/34

Council decision 1999/468/EF of 28 June 1999 laying down the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission EFT L 184/23, 17.07.1999

Dommer

C-326/07, COMMISSION V. ITALIAN REPUBLIC, 26. mars 2009 (upublisert)

C-239/07, JULIUS SABATAUSKAS AND OTHERS, 9. oktober 2008 (upublisert)

C-205/07, Criminal proceedings against Lodewijk Gysbrechts, Santurel Inter BVBA, 18. desember 2008

C-439/06, Citiworks AG v Flughafen Leipzig/Halle GmbH, Bundesnetzagentur, 18. september 2008

C-157/05 HOLBÖCK, 24. mai 2007, ECR 2007 I-4051

Joined cases C-338/04, C-359/04 and C-360/04: Criminal proceedings against Massimiliano Placanica (C-338/04), Christian Palazzese (C-359/04) and Angelo Sorricchio (C-360/04), 6. mars 2007, ECR 2007 s. I-1891

C-463/00, COMMISSION V SPAIN, 2003, ECR I-4581

C-483/99 Commission of the European Communities v Republic of France, 4. juni 2002, ECR 2002 s. I-0478

C-390/99, Canal Satélite Digital SL v Administración General del Estado, and Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS), ECR 2002 s. I-607

C-405/98, KONSUMENTOMBUDSMANNEN (KO) V GOURMET INTERNATIONAL PRODUCTS AB (GIP) 8. mars 2001, ECR 2001 s. I-1795

C-189/95 FRANZÉN, 23. oktober 1997, ECR 1997 s. I-5909

Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld^a (C-49/98), Portugaia Construções Ld^a (C-70/98) and Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) v Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft and Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft v Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiente Ld^a (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ld^a (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) and Santos & Kewitz Construções Ld^a (C-69/98) “Finalarte-dommen”, 25. oktober 2001, ECR 2001 s. I-7831.

C-387/93, BANCHERO, 14. desember 1995, ECR 1995 s. I-4663

C-179/90, PORTO DI GENOVA, 10. desember 1991, ECR 1991 s. I-5889

C-367/89, AIMÉ RICHARDT AND LES ACCESSOIRES SCIENTIFIQUES SNC, 4. oktober 1991, ECR 1991 s. I-4621

C-288/89 GOUDA, ECR 1991 s. I-4007

Case C-18/88, RÉGIE DES TÉLÉGRAPHES ET DES TÉLÉPHONES v GB-INNO-BM SA, 13. desember 1991, ECR 1991 s. I-5941

C-352/85 BOND VAN ADVERTERERS, ECR 1988 s. 2085

C-325/85 IRLAND MOT KOMMISJONEN, ECR 1987 s. 5041

C-72/83 CAMPUS OIL 10. juli 1984, ECR 1984 s. I-2727

Sak E-1/06 EFTA SURVEILLANCE AUTHORITY v THE KINGDOM OF NORWAY, 14. mars 2007 REC 2007 s. 8-73.

RT. 2000 s. 1811 FINANGER I

RT. 1990 s. 874 FUSADOMMEN

RT. 1990 s. 861 HENJUMDOMMEN

RT. 1982 s. 241 ALTASAKEN

Nettsider

http://ec.europa.eu/dgs/energy_transport/index_en.htm. [avlest 1. desember 2009]

http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/forum_electricity_florence_en.htm
[avlest 1. desember 2009]

<http://www.energy-community.org/pls/portal/docs/196188.PDF>

[avlest 1. desember 2009].

http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME.

[avlest 1. desember 2009]

<http://www.entsoe.eu/> [avlest 1. desember 2009]

http://www.etso-net.org/association/aboutus/etso/e_default.asp [avlest 25.mai 2009]

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/362&format=HTML&aged=1&language=en&guiLanguage=en> [avlest 1. desember 2009]

<http://www.markedskraft.com/no/Startsiden/Tjenester/Aktiv-forvaltning/Nordic-Marked/Nordic-Power-Market/> [avlest 1. desember 2009]

<http://nordel.org/> [avlest 1. desember 2009]

<http://www.nordel.org/content/Default.asp?PageID=202> [avlest 25.mai 2009]

<https://www.nordicenergyregulators.org/> [avlest 1. desember 2009]

www.norned-auction.org/ [avlest 1. desember 2009]

<http://www.nve.no/no/konsesjoner/hvordan-soke-om-omsetningskonsesjon/omsetningskonsesjoner/> [avlest 1. desember 2009]

<http://www.statnett.no/no/Miljo-og-samfunnsansvar/Klima-CO2-og-energi1/EUs-ambisiose-mal/> [avlest 1. desember 2009]

<http://www.statnett.no/no/Om-Statnett/Statnett-pa-1-2-3/Riksveiene-i-stromforsyningen/> [avlest 1. desember 2009]

<http://www.statnett.no/no/Om-Statnett/Statnett-pa-1-2-3/Koordineringsoppgaver/> [avlest 1. desember 2009]

<http://www.statnett.no/no/Om-Statnett/Eierskap-og-rammer/Vedtekter/> [avlest 1. desember 2009]

<http://www.statnett.no/no/Nyheter-og-media/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv---2005/Kontraktstildelinger-i-NorNed-prosjektet/> [avlest 1. desember 2009]

Avisartikler og lignende

- Artikkel i Teknisk Ukeblad, *Kritisk til Statkrafts kabelplaner*, publisert 13. mars 2009, (<http://www.tu.no/industri/article202786.ece>) [avlest 1. desember 2009]
- Artikkel i Teknisk Ukeblad, *Statkraft vil bygge kabel ut av landet*, publisert 6. mars 2009 (<http://www.tu.no/energi/article201541.ece>) [avlest 1. desember 2009]
- Artikkel fra Global Energy Network Institute, *Super Grid: the answer to Europe's energy needs?* 5. mars 2009, (<http://www.geni.org/globalenergy/library/technical-articles/transmission/radio-netherlands/super-grid-the-answer-to-europes-energy-needs/index.shtml>) [avlest 1. desember 2009]
- Artikkel i Aftenbladet, *Overskudd av strøm* publisert 4. mars 2009 (http://www.aftenbladet.no/energi/fornybar/1010038/Overskudd_av_stroem.html) [avlest 1. desember 2009]
- Artikkel hos NA24, *Edvard kan koste deg hundrelapper*, publisert 11. februar 2009 (<http://www.na24.no/article2537591.ece>) [avlest 1. desember 2009]
- Artikkel hos NA24, - *Sender regningen til forbrukerne*, publisert 28. august 2008, (<http://www.na24.no/article2167578.ece>) [avlest 1. desember 2009]
- Artikkel i Teknisk Ukeblad, *Slåss om å bygge kraftlinjer til EU*, publisert 25. januar 2008 (<http://www.tu.no/energi/article131679.ece>) [avlest 1. desember 2009]
- Aftenbladet.nos artikkel *Fet kabelplan i Sirdal* 19. oktober 2007 (<http://web3.aftenbladet.no/lokalt/article531500.ece>) [avlest 1. desember 2009]

Annet

- Traktat om opprettelse av det Europeiske Fellesskap
- Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-avtalen)
- Avtale om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA-avtalen)
- De Forente Nasjoners Havrettskonvensjon av 10. desember 1982
- Avtal om driften av det sammankopplade nordiska kraftsystemet (Systemdriftsavtal) av 13. juni 2006, <http://www.energinet.dk/NR/rdonlyres/E89198A8-6A9B-4719-AD2C-C5D2E61135B0/0/Systemdriftsaftale1juli2006.pdf> [avlest 1. desember 2009]

«Rules for the auctioning of physical electricity transfer rights on the HVDC-link between the Netherlands and Norway» av 8. februar 2008, <http://www.norned-auction.org> [avlest 1. desember 2009]

Statnett SFs vedtekter, <http://www.statnett.no/no/Om-Statnett/Eierskap-og-rammer/Vedtekter/> [avlest 1. desember 2009]

Veileder for utforming av søknad om anleggskonsesjon for kraftledninger, jord- og sjøkabler, transformatorstasjoner og elektriske anlegg i vannkraftverk, <http://www.nve.no/Global/Konsesjons-veiledere/Veiledere%20etter%20energiloven/Veiledere%20for%20utforming%20av%20Os%C3%B8knad%20om%20anleggskonsesjon%20for%20kraftledninger,%20kabler,%20transformatorstasjoner%20og%20elektriske%20anlegg%20i%20vannkraftverk.pdf> [avlest 1. desember 2009].

Finansdepartementet, Veileder i samfunnsøkonomiske analyser, september 2005

NVE, Samfunnsøkonomisk analyse av energiprojekter. Håndbok nr. 1, 2003.

Møte med representanter fra NVE av 29. mars 2009

Møte med representanter fra Olje- og energidepartementet 16. april 2009

Møte i Norsk Vassdragsjuridisk Forum om offshore vindkraft, 16. april 2009

Telefonsamtale med prosjektleder Edvard Lauen i NorGer AS høsten 2008

Stortingsdebattene, eksempelvis tok representanten Ketil Solvik-Olsen (Frp) i Stortinget opp spørsmål om nettopp NorGer-planene onsdag 25. mars 2009

Handlingsplan for det nordiske energipolitiske samarbeid fra 2006-2009 (<http://www.nordicenergysolutions.org/performance-policy/nordic-cooperation/action-plan-for-nordic-energy-cooperation-2006-2009>) [avlest 1. desember 2009]

Sjørettsfondets utgivelser

Bøker og tidsskriftet MarLus distribueres via nettbokhandelen Audiatur og andre bokhandler. Abonnement på MarLus kan bestilles hos Audiatur. Prisinformasjon ligger på www.audiatur.no Nedenfor er oversikt over Sjørettsfondets siste utgivelser. Fullstendig oversikt finnes i hver tiende utgave av MarLus (370, 380 osv.) og på nettsidene til Nordisk institutt for sjørett: www.jus.uio.no/nifs/forskning/publikasjoner

- 382 ULVUND
LØVGAARD, Sindre Førstemann til mølla i kampen mot global oppvarming? En analyse av gjeldende rettsregler for bygging av offshore vindkraft, og en vurdering av behovet for et nytt konsesjonsrammeverk. 2009.134 s.
- 383 DENISOVA,
Ekaterina The Role of Environmental Civil Liability in Regulation of Marine Oil Pollution in Norway. 2009. 84 s.
- 384 MUNTHER KAAS,
Hugo A. B. Direktkrav mot en P&I assurandør når sikrede er insolvent. En komparativ analyse av rettsstillingen i russisk, amerikansk og europeisk rett. 2009. 158 s.
- 385 FJÆRVOLL,
Andreas Supplyrederens rett til ansvarsbegrensning når skipet er ute av drift. En studie av SUPPLYTIME 05 kl 13(b). 2009. 92 s.
- 386 SØDAL, Ellen
Karina og
MELLINGEN,
Karen Elektroner på utenlandsreise. Konsesjonsregimet for utveksling av elektrisitet i lys av EØS-avtalen. 2009. 224 s.

Bøker utgitt av Sjørettsfondet fra 1990

- Syversen, Jan: **Skatt på petroleumsutvinning**. 762 s. 1991. ISBN 82-90260-33-4
Kr. 50.-
- Askheim, Bale, Gombrii, Herrem, Kolstad, Lund, Sanfelt, Scheel og Thoresen: **Skipsfart og samarbeid**. Maritime joint ventures i rettslig belysning. 1119 s. 1991. Kr. 50.- ISBN 82-90260-34-2
- Brækhus, Sjur og Alex Rein: **Håndbok i kaskoforsikring** På grunnlag av Norsk Sjøforsikringsplan av 1964. 663 s. 1993. Kr. 100.- ISBN 82-90260-37-7
- Hans Peter Michelet: **Last og ansvar**. Funksjons- og risikofordeling ved transport av gods under tidscerteparti. (Hefte) 180 s. 1993. Kr. 50.- ISBN 82-90260-36-9
- Røsæg, Erik: **Organisational Maritime Law**. 121 s. 1993. (Utsolgt) Kr. 100.-
- Nygaard, Dagfinn: **Andres bruk av utvinningsinnretninger**. 365 s. 1997. Kr. 100.- ISBN 82-90260-40-7
- Bull, Hans Jacob: **Hefte i sjøforsikringsrett**. 60 s. 2. utg. 1997. Kr. 60.- (Utsolgt)
- Michelet, Hans Peter: **Håndbok i tidsbefraktning**. 600 s. 1997. Kr. 100.- ISBN 82-90260-31-8
- Arnesen, Finn, Hans Jacob Bull, Henrik Bull, Tore Bråthen, Thor Falkanger, Hans Petter Graver: **Næringsreguleringsrett** 187 s. 1998. Kr. 150.- ISBN 82-90260-42-3
- Brautaset, Are, Eirik Høyby, Rune O. Pedersen og Christian Fredrik Michelet: **Norsk Gassavsetning - Rettslige hovedelementer** 611 s. 1998. Kr. 100.- ISBN 82-90260-43-1
- Karset, Martin, Torkjel Kleppo Grøndalen, Amund Lunne: Den nye reguleringen av oppstrøms gassrørledningsnett. 344 s. 2005. ISBN 89-90260-47-4
- Falkanger, Thor og Hans Jacob Bull: **Sjørett**. 7. utg. 602 s. 2010. ISBN 978-82-90260-48-9

NY BOK: ”Innføring i sjørett” er blitt til ”Sjørett”

”Sjørett” gir en fremstilling av hovedprinsippene i sjøretten, med hovedfokus på den privatrettslige sjøretten. Den tar utgangspunkt i den fellesnordiske sjøloven, som igjen bygger på sentrale sjørettslige konvensjoner. I tillegg legger boken vekt på de mange standardkontraktene som finnes på området.

Boken er på i alt 602 sider. Den er utstyrt med omfattende lov-, forskrifts- og standarddokumentregister, domsregister og stikkordregister.

Forfatterne er begge professorer i rettsvitenskap ved Nordisk Institutt for Sjørett, Universitetet i Oslo.

Hva er nytt?

Boken er en videreføring av ”Innføring i sjørett”. Siden den har vokst fra utgave til utgave, er ordet innføring sløffet i den 7. utgaven. Siden 6. utgave kom i 2004, er det kommet flere viktige lovendringer: sjødyktighetsloven er avløst av skipssikkerhetsloven, sjøforklaringsinstituttet er erstattet med regler om undersøkelser av sjøulykker og det er nye regler om ansvar for bunkersoljesøl. Heller ikke domstolene har vært uvirksomme. I den nye utgaven er det f.eks. henvist til 55 nye dommer (herunder en rekke voldgiftsdommer) i Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender. Teksten er i sin helhet gjennomgått med et kritisk blikk.

Hvem kan ha nytte av boken?

”Sjørett” ble opprinnelig skrevet som en lærebok, men med det brede tilfang av materiale som boken redegjør for eller henviser til, fremstår den i dag som en håndbok i sjørett. Dermed vil den ha interesse i hele Norden for studenter ved universiteter og høyskoler, for advokater og dommere og for ansatte i rederier, banker, forsikringsselskaper, enten de er jurister eller ikke.

Boken kan bestilles fra nettbokhandelen Audiatur.no: www.audiatur.no, epost kontakt@audiatur.no eller annen bokhandel.

Thor Falkanger, Hans Jacob Bull: Sjørett

Sjørettsfondet akademisk 2010, ISBN 978-82-90260-48-9, ib., 602 sider, 400 kr.

Det foreligger også en engelsk versjon, basert på 6. utgave, som skal oppdateres.

Thor Falkanger, Hans Jacob Bull, Lasse Brautaset:

Scandinavian maritime law : the Norwegian perspective

Universitetsforlaget 2004, ISBN 978-82-15-00529-2, ib., 609 sider, 629 kr.

Sjørettsfondets utgivelser: Ny distribusjonsordning

Bøker og tidsskriftet MarIus distribueres nå via nettbokhandelen Audiatur og andre bokhandler. Nordisk institutt for sjørett håndterer ikke lenger bestillinger.

Informasjon om priser på enkeltnummer av MarIus er oppdatert på www.audiatur.no For bestilling, klikk på Sjørettsfondets banner nede til venstre på siden.

For abonnement vil prisen variere med sidetall per publikasjon og antall utgivelser i året. Faktura basert på kostnader sendes i etterkant et par ganger i året. For å bestille abonnement, send epost til: kontakt@audiatur.no

Fullstendig oversikt over Sjørettsfondets utgivelser finnes i hver tiende utgave av MarIus (370, 380 osv.) og på nettsidene til Nordisk institutt for sjørett: www.jus.uio.no/nifs/forskning/publikasjoner

Om Sjørettsfondet

Sjørettsfondet fremmer forskning innen sjørett, transportrett, petroleumsrett, energirett og beslektede juridiske emner. I tidsskriftet MarIus, inkludert Scandinavian Institute of Maritime and Petroleum Law Yearbook (SIMPLY), publiserer studenter og forskere sine arbeider. Fondet utgir også pensumlitteratur for studenter.

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW forms part of the University of Oslo. It is also a part of the co-operation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The core research areas are maritime law and petroleum/energy law. In MARIUS, articles from these core areas are published in the Nordic languages or English. It is issued at irregular intervals.

ISSN: 0332-7868

