

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Hanna Bjørhus Askhaven

Energimarkedsbyrået ACER

Begrenset men betydelig

Energimarkedsbyrået ACER

Begrenset men betydelig

Hanna Bjørhus Askhøven



MarIus No. 521
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2019

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: sjorett-adm@jus.uio.no

Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown

Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>

E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

Norsk deltakelse i EUs energimarkedsbyrå ACER er et aktuelt tema, både politisk og rettslig. Denne artikkelen søker fra et EU-rettslig perspektiv å bidra til å forklare «fenomenet» ACER og gjøre rede for hvilken myndighet byrået er gitt. Artikkelen ble opprinnelig levert som 60-poengs masteroppgave ved Universitetet i Oslo den 1. juni 2019, og ble skrevet mens jeg var ansatt som vitenskapelig assistent ved Senter for europarett. Foruten noen mindre språklige endringer og korrektur er innholdet det samme.

I løpet av de fire månedene som har gått siden jeg leverte min oppgave, har det skjedd et par endringer som må kommenteres. Jeg nøyer meg med å påpeke disse her i forordet.

For det første: Oppgaven tar utgangspunkt i rettsaktene i tredje energimarkedspakke, som etter samtykke fra Stortinget ble innlemmet i EØS-avtalen i 2018. Tre av disse rettsaktene ble den 14. juni 2019 revidert i EU gjennom pakken «Clean Energy for all Europeans». Jeg har ikke tilpasset artikkelen de nye endringene. De nye rettsaktene viderefører imidlertid i stor grad innholdet i de gamle rettsaktene, slik at denne artikkelen fortsatt vil være relevant.

For det andre: Det Islandske Parlamentet, Alltinget, samtykket endelig til innlemmelse av tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen den 2. september 2019. Norsk deltakelse må derfor antas å effektueres i løpet av kort tid.

Det er mange som har bidratt til oppgaven og som her fortjener en takk. Jeg vil særlig takke min veileder, professor Tarjei Bekkedal, som gjennom spennende diskusjoner og konstruktive tilbakemeldinger har hjulpet meg med å fordype meg i detaljer og samtidig holde fast i oppgavens røde tråd.

Videre vil jeg takke professor Finn Arnesen og det sosiale miljøet på Europaretten – Inger, Christophe, Hilde, Stian, Siri, Ole-Andreas og Sofie – for alle gode samtaler, hyggelige lunsjer og innspill til oppgaven. Takk også til professor Henrik Bjørnebye.

Hanna, Simon, Regine og Guro har gjennom skriveperioden sørget for at vit.ass.-kontoret har vært et godt sted å være. Tusen takk for alle kaffepauser, lærerike diskusjoner, nødvendig prokrastinering og godt vennskap. En spesiell takk til Regine og Guro for eksepsjonelt støtteapparat opp mot leveringsfristen.

Den største takken går likevel til Deng, lillebror Gustav og mamma og pappa, for all støtte og oppmuntring gjennom et helt år.

Oslo, 1. oktober 2019

Hanna Bjørhus Askhaven

Innhold

FORORD.....	3
1 INNLEDNING.....	9
1.1 Tema for oppgaven.....	9
1.2 Aktualitet og avgrensninger.....	11
1.2.1 Norsk deltakelse og avgrensning mot suverenitetsspørsmålet.....	11
1.2.2 Nytt EU-rettslig regelverk for kraftmarkedet.....	13
1.3 Fremstillingen videre.....	14
2 GRUNNLEGGENDE OM EU-BYRÅER.....	17
2.1 Innledning og avgrensning.....	17
2.2 EU-byråenes særlige kjennetegn.....	19
2.3 EU-byråene «mellom» direkte og indirekte forvaltning.....	22
3 EU-BYRÅENES BEGRENSEDE MYNDIGHET.....	26
3.1 Innledning.....	26
3.2 Noen grunnleggende utgangspunkter.....	26
3.3 Rettslige rammer for delegering av myndighet.....	28
3.4 Hvilken myndighet kan delegeres?.....	33
3.4.1 Rettslig bindende myndighet.....	34
3.4.2 Ikke-bindende myndighet.....	35
3.5 EU-byråenes ulike forvaltningsoppgaver.....	37
3.6 Oppsummering.....	40
4 KONTROLL AV EU-BYRÅENES MYNDIGHETSUTØVELSE.....	41
4.1 Innledning.....	41
4.2 Domstolskontroll.....	42
4.2.1 Utfordringen med «soft law»-virkemidler.....	43
4.2.2 EU-domstolens begrensede domsmyndighet.....	45
4.3 Administrativ overprøving.....	48
4.4 Oppsummering.....	51
5 ACER – ORGANISERING OG INNRETNING.....	53
5.1 Innledning.....	53
5.2 Kort om det indre energimarkedet.....	54
5.3 ACER som institusjonalisering av regulatorisk samarbeid.....	57
5.3.1 Bakgrunn og behov.....	57
5.3.2 Et byrå «mellom» EU og medlemsstatene.....	59

5.4	ACERs institusjonelle rolle.....	60
5.4.1	ACERs rådgivende rolle.....	61
5.4.2	ACERs kontrollerende rolle.....	62
5.4.3	ACERs subsidiaere rolle som reguleringsmyndighet.....	64
5.5	ACERs sammensetning.....	64
6	OVERSIKT OVER OG RETTSLIG GRUNNLAG FOR ACERS MYNDIGHET.....	68
6.1	Tematisk oversikt over ACERs myndighet.....	68
6.2	ACERs myndighet ved etablering av et indre marked for energi... 71	
6.2.1	Tredje energimarkedspakke og avgrensning mot gassmarkedet... 71	
6.2.2	Særlig om nettkoder og bindende retningslinjer.....	73
6.2.3	ACERs forvaltningsoppgaver.....	78
6.3	ACERs myndighet ved sikring av et velfungerende engrosmarked... 80	
6.3.1	REMIT-forordningen.....	80
6.3.2	ACERs forvaltningsoppgaver.....	80
6.4	ACERs myndighet ved promotering av særlige infrastrukturprosjekter.....	83
6.4.1	Infrastrukturforordningen.....	83
6.4.2	ACERs forvaltningsoppgaver.....	84
6.5	Fremstillingen videre.....	85
7	ACERS VEILEDNING AV NASJONALE REGULERINGSMYNDIGHETER.....	87
7.1	Innledning.....	87
7.2	Anbefalinger om «good practices».....	88
7.2.1	Rettslig grunnlag og foreløpige anbefalinger.....	88
7.2.2	Anbefalingenes innhold og praktiske betydning.....	88
7.3	REMIT-veiledningen.....	92
7.3.1	Rettslig grunnlag.....	92
7.3.2	Veiledningens innhold og praktiske betydning.....	93
7.4	Veiledning ved anvendelsen av bindende retningslinjer.....	95
7.4.1	Rettslig grunnlag og foreløpige uttalelser.....	95
7.4.2	Uttalelsenes innhold og praktiske betydning.....	96
7.5	Oppsummering.....	97
8	ACERS RETNINGSLINJER FOR UTARBEIDELSEN AV NETTKODER.....	98
8.1	Innledning og oversikt.....	98
8.2	Rettslig grunnlag og foreløpige retningslinjer.....	100

8.3	Retningslinjenes innhold.....	101
8.4	Prosessuelle krav	103
8.5	Retningslinjenes praktiske betydning.....	104
8.6	Oppsummering.....	106
9	ACERS KONTROLL AV NASJONALE VEDTAK	107
9.1	Innledning	107
9.2	Rettslig grunnlag og foreløpige uttalelser	108
9.3	Uttalelsenes innhold.....	109
9.4	Prosessuelle krav	110
9.5	Uttalelsenes praktiske betydning.....	111
9.6	Særlig om vurdering opp mot utfyllende regelverk	112
9.6.1	Vurdering opp mot bindende retningslinjer.....	112
9.6.2	Vurdering opp mot nettkoder?.....	114
9.7	Oppsummering.....	116
10	ACERS INDIVIDUELLE VEDTAKSMYNDIGHET	117
10.1	Innledning	117
10.2	Oversikt over ACERs vedtaksmyndighet.....	118
10.3	Vedtak om tekniske spørsmål.....	122
10.3.1	Myndighetshjemmel	122
10.3.2	Materielle regler?	124
10.3.3	Oppsummering.....	125
10.4	Vedtak om regulatoriske spørsmål.....	126
10.4.1	Myndighetshjemmel	126
10.4.2	Oversikt over materielle regler	129
10.4.3	Materielle regler etter elmarkedsdirektivet.....	130
10.4.4	Materielle regler etter bindende retningslinjer.....	131
10.4.5	Oppsummering.....	134
10.5	Vedtak om dispensasjon	135
10.5.1	Myndighetshjemmel	135
10.5.2	Materielle regler	136
10.5.3	Oppsummering.....	140
10.6	Vedtak om fordeling av investeringskostnader.....	141
10.6.1	Myndighetshjemmel	141
10.6.2	Materielle regler	142
10.7	Oppsummering av ACERs individuelle vedtaksmyndighet	144

11	RETTSLIG KONTROLL AV ACERS MYNDIGHETSUTØVELSE....	145
	11.1 Innledning	145
	11.2 Mulighet for kontroll av ACERs «soft law»-virkemidler	146
	11.2.1 ACERs veiledninger	146
	11.2.2 ACERs overordnede retningslinjer.....	147
	11.2.3 ACERs uttalelser om nasjonale vedtak	150
	11.2.4 Oppsummering.....	153
	11.3 Rettslig kontroll av individuelle vedtak.....	154
	11.3.1 Administrativ overprøving.....	154
	11.3.2 Domstolskontroll.....	158
12	AVSLUTNING OG NOEN REFLEKSJONER.....	161
13	KILDELISTE.....	164
	Traktater	164
	Rettsakter fra EU-institusjonene	164
	Norske lover, forarbeider, vedtak	172
	Beslutning fra EØS-komiteen.....	173
	Dokumenter fra EU-institusjonene.....	173
	Rettspraksis fra EU-domstolen	175
	Dokumenter fra ACER	179
	Dokumenter fra øvrige EU-organer	185
	Litteratur.....	186
	Nettsider og power point-presentasjoner	197
14	VEDLEGG	
	– OVERSIKT OVER ACERS INDIVIDUELLE VEDTAK.....	200

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Temaet for denne oppgaven er myndigheten til EU-byrået ACER (The Agency for the Cooperation of Energy Regulators). Byrået er gitt myndighet til å vedta ulike virkemidler av betydning for reguleringen av EUs indre marked for energi. I denne oppgaven vil jeg på den ene side vise at ACERs myndighet er underlagt omfattende rettslige begrensninger. ACER har selv understreket at byrået «is NOT a European Energy Regulator, but an EU body responsible for promoting regulatory cooperation and for coordinating [national regulatory authorities] in the EU».¹ Samtidig har ACER innenfor disse begrensningene et spekter av virkemidler til rådighet, noe som gjør byrået til et av de mest betydningsfulle blant EUs mange byråer. I oppgaven skal jeg begrunne dette nærmere ved å gjøre rede for et utvalg av disse virkemidlene.

ACER er i likhet med øvrige EU-byråer et EU-rettslig forvaltningsorgan. Byrået har ikke noe rettslig grunnlag i traktatene,² men er opprettet av Rådet og Europaparlamentet ved forordning.³ Byråets hovedformål er å sikre ensartet *implementering* av EU-lovgivningen for det indre marked for energi, og i dette ligger en viktig begrensning. ACER utfører denne oppgaven ved å bistå og koordinere medlemsstatenes energireguleringsmyndigheter ved utførelsen av deres reguleringsoppgaver på EU-plan.⁴ Innenfor denne rollen er ACER betydelig.

Begrensningene på ACERs myndighet følger av EU-rettens generelle prinsipper, som også farger over på utformingen av byråets opprettel-

¹ ACERs direktør Alberto Pototschnig: *ACER's functions and responsibilities in the European Union*, power point fremlagt 15. mai 2018 under seminaret «The Nordic electricity market in the EU's Energy Union», s. 6

² «Traktatene» benyttes i denne oppgaven som en samlebetegnelse på de konsoliderte utgavene av Treaty on the Functioning of the European Union (norsk forkortelse TEUV) og Treaty on European Union (TEU), som inngått ved Lisboa-traktaten i 2007.

³ Forordning (EF) nr. 713/2009 om opprettelse av et byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter (ACER) (heretter opprettelsesforordningen)

⁴ Opprettelsesforordningen art. 1 (2)

sesforordning. De generelle prinsippene definerer EU-byråenes institusjonelle rolle og plassering. EU-retten oppstiller strenge begrensninger på hvilken myndighet som kan delegeres til EU-byråer. EU-byråer kan bare gis adgang til å utøve klart definert forvaltningsmyndighet, og er i utgangspunktet avskåret fra å utøve skjønnsmyndighet og å foreta politiske og økonomiske vurderinger. ACERs myndighet er derfor strengt rettslig definert, og byrået har ingen alminnelig handlefrihet.

Innenfor de rettslige begrensningene er ACER gitt myndighet til å utføre viktige forvaltningsoppgaver. Det er av prinsipielt stor betydning at ACER er gitt myndighet til å fatte rettslig bindende vedtak rettet mot private parter. Fra et formelt, rettslig perspektiv er ACERs individuelle vedtak byråets mest inngripende virkemiddel, og blir derfor ofte fremhevet ved vurdering av byråets myndighet. ACERs vedtaksmyndighet er også særlig utfordrende i et EØS-rettslig perspektiv, ettersom Grunnloven § 115 forbyr Norge å overføre rettslig bindende myndighet til en organisasjon landet ikke er medlem av.

Fokuset på ACERs vedtaksmyndighet er likevel egnet til å overskygge ACERs mange andre forvaltningsoppgaver. Hovedtyngden av byråets oppgaver ligger på utøvelsen av ikke-bindende myndighet gjennom vedtakelsen av ulike «soft law»-virkemidler. Til tross for at disse virkemidlene ikke har rettslig bindende virkning, har de likevel stor praktisk betydning. Det er derfor nødvendig å fremheve disse virkemidlene ved en analyse av ACERs myndighet og rolle, og jeg viser dem stor plass i oppgaven.

Ved å fremheve ACERs «soft law»-virkemidler kommer det også tydeligere frem at ACERs myndighetsutøvelse i stor grad er unntatt rettslig kontroll. EU-domstolen prøver bare virkemidler som har «legal effect»,⁵ noe ACERs «soft law»-virkemidler i utgangspunktet ikke har. Gjennom ulike begrensninger i adgangen til å overprøve ACERs ikke-bindende myndighetsutøvelse blir derfor byråets «soft law»-virkemidler viktige redskaper som bidrar til å gjøre ACER til en helt sentral premissleverandør innenfor sitt felt.

Til sammen gjør dette at vi kan beskrive ACER som «begrenset men betydelig». Gjennom å analysere ACER med dette som perspektiv, er

⁵ TEUV art. 263 (1)

oppgavens formål å kunne bidra til en mer nyansert forståelse av hva ACER er og hva det ikke er, hva byrået gjør og hva det ikke gjør.

1.2 Aktualitet og avgrensninger

1.2.1 Norsk deltakelse og avgrensning mot suverenitetsspørsmålet

Etter at Stortinget i mars 2018 samtykket til innlemmelse av «tredje energimarkedspakke» i EØS-avtalen, ble det klart at Norge skal delta i ACER.⁶ Tredje energimarkedspakke er en EU-rettslig lovgivningspakke for det indre kraftmarkedet og det indre gassmarkedet (samlet det indre energimarkedet), som i tillegg til ACERs opprettelsesforordning består av reviderte direktiver og forordninger for de to markedene:

- Forordningen om grensekryssende krafthandel (heretter elektrisitetsforordningen)⁷
- Andre gasstransmisjonsforordning (heretter gassforordningen)⁸
- Tredje elmarkedsdirektiv (heretter elmarkedsdirektivet)⁹
- Tredje gassmarkedsdirektiv (heretter gassmarkedsdirektivet)¹⁰

Norsk deltakelse i ACER er foreløpig satt på vent, ettersom det Islandske Parlamentet, Alltinget, ennå ikke har samtykket til EØS-komitebeslutningen. Kommisjonen meddelte 22. mars 2019 at EU og Island hadde

⁶ Stortingsvedtak 569 (2017–2018) om samtykke til EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017. Det ble også samtykket til innlemmelse av tre rettsakter som ikke er del av tredje energimarkedspakke. Jeg avgrenser mot disse i denne oppgaven.

⁷ Forordning (EF) nr. 714/2009 om vilkår for tilgang til nett for utveksling av elektrisk kraft over landegrensene (grensekryssende krafthandel)

⁸ Forordning (EF) nr. 715/2009 om vilkår for tilgang til overføringsnett for naturgass (andre gasstransmisjonsforordning)

⁹ Direktiv nr. 2009/72/EF om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft (tredje elmarkedsdirektiv)

¹⁰ Direktiv nr. 2009/73/EF om felles regler for det indre marked for naturgass (tredje gassmarkedsdirektiv)

kommet til enighet om anvendelsen av tredje energimarkedspakke,¹¹ og Alltinget startet 23. mai 2019 sin behandling av saken. Etter å ha behandlet saken i syv døgn har Alltinget per 29. mai 2019 ikke kommet til enighet.¹²

Ved samtykke fra Alltinget blir ACER det 32. EU-byrået Norge deltar i, og det 17. byrået Norge deltar i gjennom EØS-avtalen.¹³ Fordi det innenlandske gassmarkedet i Norge er svært begrenset, er det først og fremst rettsaktene for det indre kraftmarkedet og *kraftmarkedsbyrået* ACER som er av betydning for Norge og norske markedsaktører.¹⁴

Norge skal være representert i ACER ved Reguleringsmyndigheten for energi (RME), som er nasjonal reguleringsmyndighet for kraftmarked og nettsystem i Norge. RME er opprettet som en egen enhet under Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) for å tilfredsstille kravene til uavhengighet etter elmarkedsdirektivet.¹⁵

RME skal delta fullt ut i arbeidet til ACER og dets forberedende organer, men er ikke gitt stemmerett.¹⁶ Norsk deltakelse i ACER avviker derfor fra EU-medlemsstatenes deltakelse, idet RME kun er gitt «decision-shaping rights» og ikke «decision-making rights».¹⁷

Grunnloven § 115 forbyr som nevnt ACER å fatte vedtak med rettslig bindende virkning rettet mot Norge eller norske rettssubjekter. Norges deltakelse i ACER er derfor basert på en «two-pillar model», som legger myndigheten til å fatte bindende vedtak i saker som gjelder EFTA-statene

¹¹ European Commission: *Joint understanding on the application of the third energy package towards Iceland*, press release publisert 22. mars 2019

¹² Vg.no: *Ellevilt på Island: Acer-krangel har lammet Alltinget i syv døgn*, publisert 29. mai 2019

¹³ Regjeringen.no: *EU-byråer Norge deltar i*. Nettsiden er sist oppdatert 7. juni 2017, men oppgir korrekt antall byråer. Se også Efta.no: *EU Agencies*. Norsk deltakelse i de 15 byråene utenfor EØS-avtalens virkeområde følger av bilaterale avtaler med EU, se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 152

¹⁴ Se nærmere om betydningen av tredje energimarkedspakke i Prop.4 S (2017–2018), Prop.5 L (2017–2018) og Prop.6 L (2017–2018)

¹⁵ Se endringslov til energiloven § 2-3 (foreløpig ikke i kraft). Kravet om uavhengighet følger av elmarkedsdirektivet art. 35. Se nærmere om dette i Prop.5 L (2017–2018) punkt 3.1.4.1

¹⁶ EØS-komitebeslutningen art. 1 punkt 5 a

¹⁷ Se Bekkedal (2019) s. 383

til EFTAs overvåkingsorgan.¹⁸ EFTAs overvåkingsorgan skal i slike tilfeller fatte vedtak rettet mot RME på bakgrunn av et utkast utarbeidet av ACER (såkalt kopivedtak).¹⁹ RME skal ved behov fatte påfølgende vedtak rettet mot norske rettssubjekter.²⁰

I forbindelse med norsk deltakelse i ACER har det særlig vært fokusert på lovligheten av myndighetsoverføring til EFTAs overvåkingsorgan.²¹ Spørsmålet om suverenitetsavståelse skal også opp for domstolene, etter at Nei til EU har saksøkt Staten for å ha godkjent tredje energimarkedspakke i strid med Grunnloven.²²

Jeg vil ikke gå nærmere inn på suverenitetsspørsmålet i denne oppgaven.²³ Heller ikke andre aspekter ved Norges deltakelse i ACER vil vurderes.²⁴ Jeg vil i denne oppgaven anlegge et EU-rettslig perspektiv, og avgrenser derfor mot særlige nasjonale- og EØS-rettslige problemstillinger som oppstår i forbindelse med norsk deltakelse.

Temaet for denne oppgaven er i stedet ACERs myndighet i det indre energimarkedet. Formålet er å gi en oversikt over hva ACER er, og hva byrået egentlig holder på med. Fordi Norge nå skal delta i dette byrået er det av vesentlig betydning å vite hva slags samarbeid man har gått med på.

1.2.2 Nytt EU-rettslig regelverk for kraftmarkedet

Kommisjonen lanserte i 2015 en strategi for å sikre en fremtidsrettet og bærekraftig klimapolitikk i EU, der den påpekte at tiden var inne for å «reset the EU's energy policy in the right direction: that of an

¹⁸ EØS-komitebeslutningen art. 1 punkt 5 d) i). Se nærmere om denne tilknytningsformen i Bekkedal (2019) s. 399–403

¹⁹ EØS-komitebeslutningen art. 1 punkt 5 d) iv)

²⁰ Prop.5 L (2017–2018) punkt 3.6.4

²¹ Se særlig Lovavdelingens uttalelse JDLOV-2016-2442-3

²² Neitileu.no: *Nei til EU saksøker Erna Solberg*

²³ For ulike vurderinger av suverenitetsspørsmålet, se blant annet Graver (2018) sin betenkning avgitt til Nei til EU om Grunnloven § 115 og ACER-saken og JDLOV-2016-2442-3.

²⁴ For en vurdering av tredje energimarkedspakkes påvirkning av nasjonal ressursforvaltning, se Bjørnebye (2019)

Energy Union».²⁵ På denne bakgrunn presenterte Kommissjonen i 2016 pakken «Clean Energy for all Europeans», som bestod av forslag til nye rettsakter og andre initiativer som skulle bidra til å implementere den nye Energiunionen.²⁶

I pakken ble det foreslått en ny opprettelsesforordning for ACER.²⁷ I tillegg ble elektrisitetsforordningen og elmarkedsdirektivet foreslått revidert. Rådet, Parlamentet og Kommissjonen startet trilogforhandlinger i juni 2018, og partene kom til politisk enighet 11. desember 2018.²⁸ De fremforhandlede tekstene ble vedtatt av Parlamentet og Rådet våren 2019.²⁹ De er foreløpig ikke publisert i Official Journal.³⁰

I denne oppgaven avgrensner jeg mot de nye rettsaktene. Jeg forholder meg derfor til regelverket slik det fremstår før de nye endringene trår i kraft. De reviderte rettsaktene viderefører i stor grad innholdet i de gamle rettsaktene, med visse tilpasninger. For en oversikt over de nye reglene viser jeg til Erbach (2019a), (2019b) og (2019c).

1.3 Fremstillingen videre

Det finnes analyser av ACER som studerer byrået ved å gå direkte til rettsstoff som definerer byråets myndighet. Dette materialet kan etterlate inntrykk av at ACER er et svært betydelig forvaltningsorgan som tar

²⁵ COM (2015) 80 final, Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee, The Committee of Regions and The European Investment Bank, *A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy*, s. 4

²⁶ COM (2016) 860 final, Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee, The Committee of Regions and The European Investment Bank, *Clean Energy For All Europeans*

²⁷ COM (2016) 863 final, Proposal for a regulation of the European Parliament and of The Council establishing a European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators (recast)

²⁸ Erbach (2019a) s. 1

²⁹ European Commission: *Clean Energy for All Europeans package completed: good for consumers, good for growth and jobs, and good for the planet*, press release publisert 22. mai 2019

³⁰ Per 31. mai 2019

økonomiske og politiske veivalg.³¹ Slike oppfatninger preget også noe av debatten om Norges tilslutning til byrået.

For å forstå ACERs rolle, funksjon og oppgaver er det nødvendig å anlegge et bredere perspektiv. ACER operer nemlig innenfor et sett av *begrensninger*. Disse begrensningene kommer ikke direkte til uttrykk i opprettellesforordningen eller andre rettsakter som gir ACER myndighet, men følger i stedet av de konstitusjonelle prinsippene som gjelder generelt for EU-byråer.

På denne bakgrunn har jeg delt oppgavens kapitler inn i to hoveddeler. I kapitlene 2 til 4 analyserer jeg de generelle prinsippene som definerer EU-byråenes institusjonelle rolle og funksjon, og som oppstiller begrensninger som skal sikre at byråene ikke utøver politisk skjønn. Jeg avdekker prinsippenes innhold, viser til hvilken plassering EU-byråene har i EUs institusjonelle system og peker på noen særlige utfordringer ved byråmodellen.

I kapitlene 5 til 12 analyserer jeg hvordan disse prinsippene legger føringer for ACERs rolle i det indre energimarkedet, og hvilken myndighet ACER er gitt innenfor de rettslige begrensningene. I denne delen undersøker jeg et utvalg av de spesifikke virkemidlene som er stilt til ACERs disposisjon. Denne analysen viser at ACER er et betydelig organ innenfor sin institusjonelle rolle, og er et av EUs mektigste byråer.

I kapittel 2 innleder jeg derfor med å gjøre rede for *fenomenet* EU-byråer,³² og fremhever de grunnleggende trekkene ved byråmodellen. I kapittel 3 analyserer jeg de rettslige rammene for delegering av myndighet til EU-byråene, og gir en oversikt over ulike forvaltningsoppgaver disse kan gis. De rettslige rammene for byråenes myndighet er begrunnet i et prinsipp om kontroll, og jeg behandler rekkevidden av rettslig kontroll i kapittel 4.

I kapittel 5 gjør jeg rede for ACERs *institusjonelle rolle* i det indre energimarkedet. Reguleringen av energimarkedet er utfordrende og skaper et behov for regulatorisk samarbeid. ACER er i denne forbindelse

³¹ Se for eksempel Ørebech (2018)

³² Hertzbergs masteroppgave om kompetanse og kontroll (2017) s. 6 omtaler EU-byråene som et *fenomen*. Jeg benytter meg av samme begrep.

gitt en hovedsakelig rådgivende og kontrollerende rolle overfor øvrige forvaltningsorganer, og opptrer i visse tilfeller som en subsidiær reguleringsmyndighet.

I kapittel 6 gir jeg en oversikt over ACERs *myndighet* i det indre energimarkedet. Fordi ACERs myndighet følger av et fragmentert rettskildetilbud, vil en stor del av fremstillingen gå ut på å systematisere de ulike rettsaktene, og å forklare innenfor hvilke områder av energimarkedet ACER er gitt myndighet.

I kapitlene 7 til 10 analyserer jeg fire typer av *virkemidler* som ACER er gitt myndighet til å vedta. «Virkemidler» omtales i denne oppgaven som en samlebetegnelse på ACERs ulike rettsakter, retningslinjer og øvrige dokumenter, herunder både rettslig bindende virkemidler og «soft law»-virkemidler. Jeg analyserer følgende fire virkemidler, som illustrerer de ulike rollene ACER er gitt:

- ACERs veiledninger (kapittel 7)
- ACERs overordnede retningslinjer («framework guidelines») (kapittel 8)
- ACERs uttalelser om nasjonale vedtak (kapittel 9)
- ACERs individuelle vedtak (kapittel 10)

I kapittel 11 analyserer jeg hvorvidt virkemidlene behandlet i kapitlene ovenfor kan kontrolleres rettslig, ved overprøving av enten ACERs klageorgan eller EU-domstolen.

I kapittel 12 trekker jeg frem oppgavens sentrale funn, og oppstiller tre refleksjoner i forbindelse med norsk deltakelse i ACER.

2 Grunnleggende om EU-byråer

2.1 Innledning og avgrensning

Opprettelsen av ACER er del av en bred trend, og det har i de senere årene blitt opprettet en rekke EU-byråer innenfor EUs institusjonelle rammeverk. Denne utviklingen kalles «agencification».³³ I tillegg til at EU-byråene øker i både antall og omfang, gis de også flere og viktigere oppgaver.³⁴

I dette kapittelet vil jeg gjøre rede for EU-byråenes grunnleggende institusjonelle trekk, for å kunne skape forståelse av ACERs rolle og for å vise hvordan byrået plasserer seg i EUs institusjonelle system som et hele. Jeg vil gjøre rede for byråenes særlige kjennetegn i punkt 2.2 og hvordan byråene opererer «mellom» medlemsstatene og EU i punkt 2.3.

Fenomenet EU-byråer omfatter i vid forstand en rekke ulike byråtyper. Ettersom den videre fremstillingen kun er dekkende for noen av disse, vil jeg innledningsvis presentere de ulike byråtypene og foreta en avgrensning.

EU-byråene kan som et utgangspunkt deles inn i to kategorier av byråer:

- De desentraliserte EU-byråene («decentralized agencies»)
- De utøvende EU-byråene («executive agencies»)

De *desentraliserte* EU-byråene er EU-rettslige forvaltningsorganer som er aktivt involvert i reguleringen av en bestemt sektor. Dette er årsaken til at de tidligere ble kalt for «regulatory agencies».³⁵ Denne betegnelsen ble i teorien kritisert for å være upresis, ettersom den etterlot et inntrykk av at byråene var gitt «genuine, direct rule-making powers».³⁶ Det er nå

³³ Se Chamon (2016) s. 45, Busuoi (2013) s. 13–18

³⁴ Chamon (2016) s. 45 ser på dette som kvantitativ og kvalitativ «agencification»

³⁵ Se COM (2002) 718 final, Communication from the Commission, *The operating framework for the European Regulatory Agencies*, s. 4

³⁶ Busuoi (2013) s. 23

enighet om å kalle disse byråene for «decentralized agencies», noe som i stedet fremhever deres særlige tilknytning til medlemsstatene – både fysisk, ved at de er plassert rundt omkring i Europa, og institusjonelt, noe jeg kommer tilbake til under punkt 2.3.³⁷

De desentraliserte byråene bistår hovedsakelig Kommisjonen med teknisk og faglig assistanse. Det er opprettet desentraliserte byråer innenfor ulike områder som matsikkerhet,³⁸ miljø³⁹ og flysikkerhet.⁴⁰ *ACER er et desentralisert byrå for det indre energimarkedet.* De desentraliserte byråene omfatter også flere byråer opprettet av Rådet og medlemsstatene under den tidlige pilaren for justis- og politisamarbeid, og som derfor har et mer mellomstatlig preg.^{41,42}

De *utøvende* EU-byråene opprettes direkte av Kommisjonen gjennom et særskilt rammeverk.⁴³ De opprettes i forbindelse med implementering av bestemte EU-programmer, som er kommisjonsinitierte tiltak til fordel for særlige mottakere.⁴⁴ De utøvende byråene har kun en administrativ funksjon, og opprettes for en begrenset periode. Et eksempel på et utøvende byrå er utdannings- og kulturbyrået EACEA,⁴⁵ som blant annet er gitt i oppgave å implementere EU-programmet for støtte til utdanning, trening, ungdom og sport (ERASMUS +).⁴⁶

Ved vurdering av *fenomenet* EU-byråer er det i teorien enighet om at de utøvende EU-byråene ikke kan omfattes. Disse kan ikke sammenlignes

³⁷ Se Chamon (2016) s. 5–7, Vos (2014) s. 19

³⁸ European Food Safety Authority (EFSA), opprettet ved forordning (EF) nr. 178/2002

³⁹ European Environmental Agency (EEA), opprettet ved forordning (EF) nr. 401/2009

⁴⁰ European Union Aviation Safety Agency (EASA), opprettet ved forordning (EF) nr. 1592/2002

⁴¹ Før TEUV og TEU ble inngått gjennom Lisboa-traktaten, hadde EU en «three pillar structure» – en pilar for det indre marked, en pilar for justis- og politisamarbeid og en pilar for felles utenriks- og sikkerhetspolitikk. De to siste pilarene var mer mellomstatlige enn overnasjonale. Se Craig og de Búrca (2015) s. 11–13

⁴² Se motsatt Chiti (2018) s. 761, som legger til grunn en svært snever forståelse av EU-byråer, som kun omfatter de desentraliserte kommisjonsbyråene.

⁴³ Forordning (EF) nr. 58/2003 om statutter for utøvende byråer

⁴⁴ Forordning (EF) nr. 58/2003 art. 2 b.

⁴⁵ Education, Audiovisual and Culture Executive Agency, opprettet ved kommisjonsbeslutning 2009/336/EC (EACEA-beslutningen)

⁴⁶ EACEA-beslutningen art. 1 (1) a.

med de desentraliserte byråene, ettersom de kun har en spesiell funksjon i forbindelse med EU-programmer.⁴⁷ Deres midlertidige karakter gjør dem heller ikke til en del av EUs institusjonelle rammeverk.

I tillegg til de desentraliserte byråene omfatter *fenomenet* EU-byråer i en ytterligere byråtype. Denne gruppen består av tre byråer opprettet av Rådet og medlemsstatene under den tidligere pilaren for felles sikkerhets- og utenrikspolitikk.⁴⁸ Disse byråene har i likhet med de nevnte justis- og politibyråene et mellomstatlig preg, og skal i hovedsak sørge for operasjonelt samarbeid mellom medlemstatene.⁴⁹ Gruppen omfatter blant annet det europeiske forsvarsbyrå (EDA), som er opprettet for å bistå Rådet og medlemsstatene ved forbedring av EUs sikkerhets- og forsvarspolitikk.⁵⁰

I det følgende avgrenses det derfor mot de utøvende EU-byråene. Både de desentraliserte byråene og de tre sikkerhets- og forsvarspolitiske byråene omfattes. *Fenomenet* EU-byråer omfatter derfor i dag 35 ulike byråer, og det kommer stadig flere til.⁵¹

2.2 EU-byråenes særlige kjennetegn

Som nevnt innledningsvis finnes det en rekke ulike byråtyper. Tilsvarende finnes det heller ingen klar definisjon av hva et EU-byrå egentlig er. Til tross for at Kommisjonen ved flere anledninger har forsøkt å gi en definisjon,⁵² er EU-byråene, som anerkjent av Kommisjonen, «typified by their diversity».⁵³ Dette henger sammen med at EU-byråene er opprettet

⁴⁷ Se blant annet Chamon (2016) s. 5, Busuoi (2013) s. 24, Chiti (2018) s. 757, Schütze (2012) s. 125–126, Craig (2018) s. 163–167

⁴⁸ De fleste teoretikere inkluderer disse byråene. Motsatt omtaler EU disse som en egen kategori på sin nettside, se EU: *Agencies and other EU bodies*

⁴⁹ Busuoi (2013) s. 21

⁵⁰ European Defence Agency (EDA) ble opprettet ved rådsbeslutning 2004/551/CFSP. Byråets formål fremgår av beslutningen art. 2.

⁵¹ Per 31. mai 2019. For en oversikt se EU: *Agencies and other EU bodies*

⁵² Se COM (2002) 718 final s. 4 og COM (2005) 59 final, *Draft Interinstitutional Agreement on the operating framework for the European regulatory agencies*, s. 11

⁵³ COM (2005) 59 final s. 2

ad hoc gjennom sekundærlovgivningen,⁵⁴ og ikke er regulert gjennom et felles regelverk.⁵⁵

EU-byråene har likevel flere særtrekk som gjør det mulig å skille dem fra andre organer. Dette er grunnen til at det er enighet om hvilke organer som utgjør EU-byråer og hvilke som faller utenfor. I teorien er det enighet om at EU-byråene i det minste har følgende likhetstrekk:⁵⁶

- de er egne rettssubjekter
- de er til en viss grad selvstendige
- de er opprettet gjennom sekundærlovgivning
- de er permanente organer.

ACER oppfyller alle disse kriteriene, noe jeg kommer tilbake til under punkt 5.3.2.

Det første kjennetegnet er at EU-byråer er egne *rettssubjekter*. De kan derfor handle som ethvert annet rettssubjekt i tråd med medlemsstatenes lovgivning, noe som blant annet innebærer at de kan være part i en rettslig prosess.⁵⁷ Ved opprettelsen av de to første EU-byråene i 1975,⁵⁸ ble disse byråene ikke gitt *de jure* juridisk personlighet, men ble gitt adgang til operere som ethvert annet rettssubjekt. De har derfor *de facto* juridisk personlighet.⁵⁹

Chamon anser EU-byråenes juridiske personlighet som et uttrykk for det andre kjennetegnet ved EU-byråer, nemlig at EU-byråene til en viss grad er *selvstendige* organer.⁶⁰ Denne relative selvstendigheten kan

⁵⁴ Sekundærlovgivning er EU-rett som er blitt til ved EU-institusjonenes virksomhet, se Tvarnø og Nielsen (2014) s. 140

⁵⁵ Mendes (2018) s. 285. Dette i motsetning til de *utøvende* byråene nevnt under punkt 2.1, som opprettes gjennom et særskilt rammeverk.

⁵⁶ Se blant annet Mendes (2018) s. 284, Chamon (2016) s. 10, Vos (2014) s. 19 og Busuoi (2013) s. 21

⁵⁷ Griller og Orator (2010) s. 7

⁵⁸ Det europeiske senter for yrkesopplæring (CEDEFOP), opprettet ved forordning (EEC) nr. 337/75 og Det europeiske institutt for forbedring av leve- og arbeidsvilkår (Eurofund), opprettet ved forordning (EEC) nr. 1365/75

⁵⁹ Chamon (2016) s. 13

⁶⁰ Chamon (2016) s. 13

illustreres ved at byråene har egne styringsorganer og forvalter sitt eget budsjett.⁶¹ Dette gir byråene mulighet til å utføre sine forvaltningsoppgaver uavhengig EU-institusjonenes⁶² politiske vurderinger, noe som er byråenes faktiske «raison d'être».⁶³ På denne bakgrunn er derfor EU-byråene selv ansvarlige for å «set out its policy».⁶⁴

Selv om EU-byråene rettslig sett er adskilt fra EU-institusjonene, er de likevel ansvarlige overfor sine overordnede.⁶⁵ Siden de er underlagt EU som organisasjon og derfor også EUs medlemsstater, er EU-byråene følgelig påvirket av både den overordnede EU-institusjon og medlemsstatene.⁶⁶ Dette kan illustreres ved at Kommisjonen for eksempel skal gi uttalelser om de desentraliserte EU-byråenes arbeidsprogram og utnevne en eller flere representanter i styringsorganene.⁶⁷ EU-byråene opprettet under Rådet opererer under Rådets veiledning og kontroll.⁶⁸ Til tross for mangelen på direkte kontroll, ved at byråene i første omgang opererer som selvstendige organer, eksisterer det gjennom lovgivningen en rekke mekanismer som begrenser EU-byråenes selvstendighet.⁶⁹

Det tredje kjennetegnet ved EU-byråer er at de er EU-rettslige organer opprettet gjennom *sekundærlovgivning* med hjemmel i ulike traktatbestemmelser. Det særlige kjennetegnet om opprettelse gjennom sekundærlovgivning avgrenser mot byrå-lignende organer opprettet gjennom traktatene, som Den Europeiske Sentralbank.⁷⁰

De fleste byråene er opprettet ved forordning etter forslag fra Kommisjonen. De første byråene ble opprettet med hjemmel i TEUV artikkel 352 som nødvendige tiltak for å nå traktatens mål. Byråene som opererer i det indre markedet er gjerne opprettet med hjemmel i TEUV artikkel

⁶¹ Mendes (2018) s. 284

⁶² EU-institusjonene er de EU-rettslige organene som er listet opp i TEU art. 13 (1)

⁶³ COM (2002) 718 final s. 5

⁶⁴ Chamon (2016) s. 46

⁶⁵ Curtin (2009) s. 156

⁶⁶ Mendes (2018) s. 284

⁶⁷ Chiti (2018) s. 760

⁶⁸ Chiti (2018) s. 761

⁶⁹ Chiti (2018) s. 760

⁷⁰ Chamon (2016) s. 13. Banken er opprettet med hjemmel i TEUV art. 13 (1)

114, som et harmoniseringstiltak for det indre markedet. EU-byråene opprettet under andre og tredje pilar i den gamle strukturen ble opprettet gjennom beslutning fra Rådet. Flere av beslutningene for opprettelse av EU-byråder under pilaren for justis- og politisamarbeid er nå opphevet og erstattet av forordninger.⁷¹

Det fjerde kjennetegnet ved EU-byråder er at de ikke er opprettet for et begrenset tidsrom, og derfor er *permanente* organer.⁷² Det er imidlertid ikke noe i veien for at EU-byråder blir lagt ned etter en periode eller slått sammen med et annet.⁷³ Det sentrale er at byråene blir opprettet med det formål å utgjøre en del av EUs institusjonelle maskineri.⁷⁴ For øvrig skiller dette kjennetegnet fenomenet EU-byråder fra de utøvende byråene nevnt under punkt 2.1.

2.3 EU-byråene «mellom» direkte og indirekte forvaltning

EU har tradisjonelt vært ansett som en «norm production machine».⁷⁵ Til tross for at Rådet og Kommisjonen alltid har hatt en viss kompetanse til å sørge for implementering av EU-lovgivning i medlemsstatene, har slik gjennomføring som det klare utgangspunkt vært underlagt medlemsstatenes ansvar.⁷⁶ Dette utgangspunktet bygger på den EU-rettslige varianten av «executive federalism», som går ut på at medlemsstatene gjennom traktat har forbeholdt sin egen kompetanse til utøvende makt.⁷⁷

Denne vertikale inndelingen mellom lovgivende makt til EU og utøvende makt til medlemsstatene, gjorde at medlemsstatene tidligere

⁷¹ Dette gjelder for eksempel Den Europeiske politienhet (Europol) som nå er regulert gjennom forordning (EU) 2015/2219 som opphever rådsbeslutning 2005/681/JHA

⁷² Chamon (2016) s. 10, Mendes (2018) s. 285

⁷³ Mendes (2018) s. 285 fotnote 115

⁷⁴ Chamon (2016) s. 11

⁷⁵ Mendes (2018) s. 268

⁷⁶ Mendes (2018) s. 268. Se også Craig (2018) s. 5

⁷⁷ Se nærmere Beaud (2014) s. 24. «Executive federalism» er i utgangspunktet et prinsipp i føderale stater, som gir delstatene utøvende makt innenfor sitt territorium.

var «the primary executive branch» i EU.⁷⁸ Forvaltning av EU-lovgivning gjennom nasjonale forvaltningsorganer kalles gjerne «indirect administration».⁷⁹ Medlemsstatenes ansvar for implementering av EU-lovgivning ble bekreftet og styrket gjennom vedtakelsen av TEUV artikkel 291 (1), som presiserer at «Member States shall adopt all measures of national law necessary to implement legally binding Union acts».⁸⁰

Indirekte forvaltning er likevel ikke mer enn et utgangspunkt. Dersom like vilkår for implementering anses som nødvendig, er Kommisjonen (og i særlige tilfeller Rådet) gitt rettslig bindende gjennomføringsmyndighet for implementering av EU-lovgivning.⁸¹ Det klassiske eksempelet på slik «direct administration»⁸² er Kommisjonens godkjenning av eller avslag om ny statsstøtte, etter en vurdering av hvorvidt slik støtte er i overensstemmelse med traktatene.⁸³

Til tross for at skillet mellom direkte og indirekte forvaltning ble kodifisert gjennom TEUV artikkel 291, har EU i praksis gått bort fra dette skillet gjennom utviklingen av en «integrated administration», som legger til rette for at Kommisjonen og medlemsstatene *samarbeider* om å implementere EU-lovgivningen.⁸⁴ Dette forvaltningssamarbeidet er styrket gjennom vedtakelsen av TEUV artikkel 197, som presiserer at en effektiv gjennomføring av EU-lovgivning i medlemsstatene er en sak av felles interesse. Kommisjonen og medlemsstatene fordeler derfor forvaltningsoppgaver seg imellom, og deres utføring av oppgaver er gjensidig avhengig av hverandre.

«Agencification» må ses i lys av denne utviklingen. EU-byråene er opprettet som et instrument for integrasjon mellom EU og medlemsstatenes forvaltning.⁸⁵ De utgjør et kompromiss mellom behovet for

⁷⁸ Mendes (2018) s. 269 som viser til Lenaerts s. 28

⁷⁹ Som Craig (2018) s. 28 påpeker finnes det mange ulike typologier. Craig foretrekker for eksempel «shared administration».

⁸⁰ Se Craig (2018) s. 5

⁸¹ TEUV art. 291 (2)

⁸² Også kalt «centralized administration»; se Craig (2018) s. 28

⁸³ Craig (2018) s. 28 nevner dette som eksempel. Hjemmelen følger av TEUV art. 108

⁸⁴ Se Curtin (2009) s. 167, Mendes s. 305

⁸⁵ Chiti (2018) s. 759

økt forvaltningskapasitet på EU-plan og den politiske motstanden mot å sentralisere gjennomføringsmyndighet hos Kommisjonen.⁸⁶ Med Simoncinis ord illustrerer EU-byråene «the centralisation of some responsibilities at the EU level and their delocalisation from the authority of the Commission».⁸⁷ Ved å opprette organer som ikke er hierarkisk plassert over medlemsstatene, men som like fullt er en del av EUs institusjonelle system, oppnår man derfor en «hybrid» mellom direkte og indirekte forvaltning.⁸⁸ EU-byråenes plassering er derfor med Curtins ord «betwixt and between» EU og medlemsstatene.⁸⁹

Årsaken til at opprettelsen av EU-byråder medfører en integrert forvaltning følger av byråenes organisasjonsstruktur, som sørger for at medlemsstatene er representert i byråenes styre (management board). Dette styringsorganet skal vedta byråenes arbeidsprogram og prosessuelle regler, og deltar ved vedtakelsen av budsjett og utnevnelsen av byråets direktør.⁹⁰ Styret består av representanter fra både medlemsstatene (1 til 2 per stat) og Kommisjonen. Fordi Kommisjonen er underrepresentert i dette styret, kan «agencification» føre til at medlemsstatenes myndighet øker på bekostning av Kommisjonens.⁹¹

Det kan virke selvmotsigende at de delvis selvstendige EU-byråene skal styres av representanter fra medlemsstatene, som jo vil være talsmenn for nasjonale interesser. Det er likevel en praktisk løsning, siden implementering som ikke er underlagt EUs direkte forvaltning vil avhenge av medlemsstatenes innsats. Vos hevder at medlemsstatenes deltakelse i byråenes styringsorgan kan anses som «an expression of the ‘member state-oriented’ institutional balance of powers principle, having due regard for the powers of both the Commission and the Member States».⁹² Det er her også viktig å huske på at utføringen av EU-byråenes oppgaver

⁸⁶ Mendes (2018) s. 283

⁸⁷ Simoncini (2018) s. 55

⁸⁸ Vos (2014) s. 24

⁸⁹ Curtin (2009) s. 274

⁹⁰ Vos (2014) s. 25

⁹¹ Craig (2018) s. 32

⁹² Vos (2014) s. 29

foretas av byråkrater i faglige arbeidsgrupper. Disse representerer ikke medlemsstatene.

Opprettelsen av ulike EU-byråer og «agencification» i EUs institusjonelle rammeverk er derfor resultatet av et politisk valg.⁹³ Formålet med EU-byråer er altså ikke å skape nye overnasjonale organer på EU-nivå, men i stedet å opprette en «mellomløsning» gjennom en integrert forvaltning mellom EU og medlemsstatene. For ACERs vedkommende er dette gjort tydelig allerede gjennom byråets navn. Akronymet står for The Agency for the *Cooperation* of Energy Regulators.

⁹³ Chamon s. 47–48

3 EU-byråenes begrensede myndighet

3.1 Innledning

En viktig begrensning av ACERs myndighet er at byrået ikke er overlatt eller nyter godt av en alminnelig handlefrihet. I dette kapitlet vil jeg gjøre rede for hvilken adgang EU-byråene har til å handle. EU-byråenes myndighet avhenger for det første av at EU som organisasjon er gitt forvaltningsmyndighet, noe jeg vil behandle kort under punkt 3.2.

Jeg vil deretter under punkt 3.3 analysere de rettslige begrensningene som er oppstilt for delegering av forvaltningsmyndighet til EU-byråene, før jeg under punkt 3.4 drøfter de ulike typer av virkemidler som byråene lovlig kan vedta.

Innenfor de rettslige rammene er EU-byråene gitt en rekke forskjellige forvaltningsoppgaver, og jeg vil se nærmere på de ulike oppgavene under punkt 3.5. I punkt 3.6 oppsummerer jeg mine funn i dette kapitlet.

3.2 Noen grunnleggende utgangspunkter

EU-byråene har som nevnt ikke noe rettslig grunnlag i traktatene, men er i stedet opprettet gjennom sekundærlovgivning. Tilsvarende er EU-byråene heller ikke gitt myndighet direkte av medlemsstatene, men av Rådet og Parlamentet gjennom ulike rettsakter. Med myndighet forstås både *bindende myndighet*, nemlig adgangen til å vedta rettslig bindende virkemidler, og *ikke-bindende myndighet*, nemlig myndigheten til å vedta ulike «soft law»-virkemidler.⁹⁴

Det følger av myndighetstildelingsprinsippet («principle of conferral») at EU ikke kan gi seg selv myndighet, men kun skal utøve den myndighet som er tildelt organisasjonen gjennom traktatene.⁹⁵ Rådet og Parlamentet kan derfor ikke fritt tildele EU-byråene myndighet. Forutsetningen for at EU-byråene kan gis myndighet er nemlig at slik myndighet opprinnelig

⁹⁴ Om «soft law»-virkemidler, se nærmere under punkt 3.4

⁹⁵ TEU art. 5 (2)

er gitt til en av EU-institusjonene gjennom traktatene. Nærmere bestemt forutsetter dette at Kommisjonen, som EUs «core executive»,⁹⁶ er gitt *forvaltningsmyndighet* gjennom traktatene. Rådet er kun gitt en snever forvaltningsmyndighet i forbindelse med gjennomføring av den felles utenriks- og sikkerhetspolitikken,⁹⁷ slik at det for alle praktiske formål er Kommisjonens forvaltningsmyndighet som er relevant.

Dersom det kan konstateres at Kommisjonen er gitt myndighet gjennom traktatene, må det foretas en lovlig delegering av myndighet til EU-byråene. Ved delegering av myndighet til EU-byråene foretas det ikke *egentlig* en delegering, ettersom det med delegering i snever forstand menes myndighetsoverføring fra den EU-institusjonen som opprinnelig er gitt myndighet gjennom traktatene.⁹⁸ EU-byråene tildeles jo ikke myndighet av Kommisjonen, men av Rådet og Parlamentet. Jeg velger likevel å omtale tildeling av myndighet til EU-byråene som delegering, siden dette legges til grunn i både teori og praksis.⁹⁹

Uavhengig terminologien er det vesentlige her at EU-byråenes myndighetsutøvelse forutsetter en lovlig overføring av myndighet. I dette ligger det en viktig begrensning – nemlig at EU-byråene ikke har noen alminnelig handlefrihet. De er altså avhengige av å bli tildelt myndighet gjennom sekundærlovgivningen for å kunne handle, ettersom noe annet ville ha brutt med myndighetstildelingsprinsippet i TEU artikkel 5 (2).

Som vi skal se under punkt 3.3 er det oppstilt strenge krav til hvilken myndighet som kan delegeres til EU-byråder. EU-byråene skal kun bistå Kommisjonen (og i særlige tilfeller Rådet) med å utøve rent administrative oppgaver, og de er gitt begrenset adgang til å utøve skjønn. EU-byråenes

⁹⁶ Curtin (2009) s. 91

⁹⁷ Se TEU art. 24 og 26, jf. TEUV art. 291 (2)

⁹⁸ Hartley (2014) s. 128

⁹⁹ Se blant annet Busuoi (2013) s. 19, Mendes (2018) s. 292 og Craig (2018) s. 168. Se Chamon (2016) s. 230–241 for en diskusjon om konseptet delegering i EU-retten. *Meroidoktrinen* om begrensninger for delegering av myndighet til EU-byråder, som analyseres like nedenfor i punkt 3.3, omtales også som the «non-delegation doctrine», se Simoncini (2018) s. 14.

begrensede myndighet må forstås på bakgrunn av skillet mellom *politisk utøvende makt* og *administrativ utøvende makt*.¹⁰⁰

Kommisjonen er gjennom traktatene gitt både en politisk og en administrativ funksjon. Den *politiske* funksjonen følger av myndigheten til å fremsette lovforslag¹⁰¹ og å vedta delegerte rettsakter,¹⁰² og lar Kommisjonen bidra til å utforme EU-lovgivningen. Kommisjonens *administrative* funksjon følger av den subsidiære adgangen til å implementere EU-lovgivning der medlemsstatenes nasjonale gjennomføring ikke er tilstrekkelig.¹⁰³ Som nevnt under punkt 2.3 opptrer Kommisjonen her som EUs *direkte* forvaltning.

Fordi rent administrative beslutninger i praksis ofte vil ha inneha et politisk element, peker man i teorien på konseptet «the political administration».¹⁰⁴ Et illustrerende eksempel på hvordan politikk og administrasjon går hånd i hånd er den norske forvaltningens frie skjønn, som lar byråkrater utøve et nærmere bestemt skjønn i konkrete tilfeller.¹⁰⁵ Selv om skillet mellom politikk og administrasjon har vist seg å være utfordrende også for EU-byråer, bygger deres myndighet på et klart skille mellom de to formene for utøvende makt. Dette er et grunnleggende premis for å forstå hvilken rolle EU-byråer har i EUs institusjonelle system, og hvilken rolle ACER har ved forvaltningen av det indre energimarkedet.

3.3 Rettslige rammer for delegering av myndighet

Delegering av myndighet til EU-byråer er underlagt en rekke begrensninger. Ved delegering av myndighet må Rådet og Parlamentet for det første overholde de grunnleggende EU-rettslige prinsippene om nærhet og forholdsmessighet.¹⁰⁶ *Nærhetsprinsippet* innebærer at EU-byråer ikke kan

¹⁰⁰ Curtin (2009) s. 38

¹⁰¹ TEU art. 17

¹⁰² TEUV art. 290

¹⁰³ TEUV art. 291

¹⁰⁴ Se nærmere om dette i Curtin (2009) s. 38–39.

¹⁰⁵ Innjord (2013) s. 574–575

¹⁰⁶ Chamon (2016) s. 174–175

gis myndighet i den grad det er tilstrekkelig at medlemsstatene kan utøve myndighet selv.¹⁰⁷ *Forholdsmessighetsprinsippet* innebærer at myndighet bare kan gis dersom det er nødvendig for å nå traktatenes formål.¹⁰⁸

De ytterligere begrensningene for EU-byråers myndighet følger av rettspraksis. I *ESMA*¹⁰⁹ brakte EU-domstolen¹¹⁰ klarhet i rekkevidden av de sentrale dommene *Meroni*¹¹¹ og *Romano*,¹¹² som frem til da hadde vært førende for adgangen til å delegerer myndighet til EU-byråder. EU-domstolen stadfestet i *ESMA* den grunnleggende *Meronidoktrinen*, som fastslår at EU-byråene bare kan utøve *klart definert utøvende myndighet* som ikke innebærer et vidt skjønn. Ettersom disse tre dommene er sentrale for forståelsen av EU-byråenes myndighet, vil jeg i det følgende analysere både *Meroni* og *Romano* i lys av *ESMA*.

Meronidoktrinen

De rettslige rammene for delegering kan opprinnelig sluttes fra den mye omtalte *Meroni-saken*. Dommen, som stammer fra Det europeiske kull- og stålfellesskap, omhandlet delegering fra Den Høye Myndighet (Kommisjonen) til belgiske selskaper. Selskapene ble gitt i oppgave å implementere en ordning med felles pris for skrapjern, og skulle fastsette en sum for obligatorisk bidrag. Dersom bidrag ikke ble betalt, traff Kommisjonen vedtak som påla betaling.

Selv om vedtaksmyndigheten formelt sett ble værende hos Kommisjonen, ble overføringen av oppgaver til selskapene ansett som en «true delegation of power».¹¹³ EU-domstolen la deretter til grunn at slik delegering bare kan «relate to clearly defined executive powers, the use of which must be entirely subject to the supervision of the High

¹⁰⁷ TEU art. 5 (3)

¹⁰⁸ TEU art. 5 (4)

¹⁰⁹ Sak C-270/12 *United Kingdom and Northern Ireland v Parliament and Council (ESMA)*

¹¹⁰ Den europeiske unions domstol (EU-domstolen) består av Domstolen, Underretten og særdomstoler, jf. TEU art. 19 (1). I denne oppgaven benyttes EU-domstolen som en samlebetegnelse for de tre.

¹¹¹ Sak C-9/56 *Meroni & Co Industrie v Commission (Meroni)*

¹¹² Sak 98/80 *Guiseppe Romano v Institut National D'Assurance Maladie-Invalidité (Romano)*

¹¹³ Sak C-9/56 *Meroni* s. 149 avsn. 3 på siden

Authority».¹¹⁴ Det ble altså presisert at klart avgrenset utøvende myndighet kan delegeres til andre organer.

Den grunnleggende årsaken til at EU-domstolen tillot slik delegering, var at utøvelsen av klart definert myndighet kan kontrolleres i lys av objektive kriterier.¹¹⁵ Den delegerende myndighet (Kommisjonen) kan derfor kontrollere at det organet som har fått tildelt myndighet ikke forsømmer Kommisjonens myndighet etter traktatene.

Motsatt vil det ikke være mulig for Kommisjonen å kontrollere et organs utøvelse av skjønnsmyndighet. Dersom det åpnes opp for delegering av «discretionary power, implying a wide margin of discretion», vil dette kunne føre til at organene utøver «actual economic policy».¹¹⁶ Siden det er Kommisjonen som er tildelt myndighet gjennom traktatene, og derfor er ansvarlig for at utøvelsen skjer innenfor grensene av Kommisjonens myndighet, vil delegering av slik skjønnsmyndighet forhindre effektiv kontroll.

Prinsippet om at det bare er Kommisjonens klart definerte utøvende myndighet som kan delegeres til andre organer kalles for *Meronidoktrinen*.¹¹⁷ Selv om doktrinen helt siden opprettelsen av de første EU-byråene har vært førende for hvilken myndighet som har blitt delegert til disse, var det ikke før i EU-domstolens avgjørelse i *ESMA*¹¹⁸ at dens betydning som rettslig skranke ble bekreftet.

ESMA omhandlet lovligheten av shortsalgforordningen artikkel 28.¹¹⁹ Denne bestemmelsen gir den europeiske verdipapir- og markedstilsynsmyndighet (*ESMA*),¹²⁰ i tråd med *ESMA*s opprettelsesforordning artikkel 9 (5), myndighet til å vedta et generelt forbud mot shortsalg. Ved

¹¹⁴ Sak C-9/56 *Meroni* s. 152 avsn. 6 på siden

¹¹⁵ Sak C-9/56 *Meroni* s. 152 avsn. 3 på siden

¹¹⁶ Sak C-9/56 *Meroni* s. 152 avsn. 3 på siden

¹¹⁷ «The Meroni Principle». Se blant annet Craig og de Búrca (2015) s. 69, Chamon (2016) s. 175, Vos (2014) s. 13. Meronidoktrinen kalles også «non-delegation doctrine», se ovenfor note 99.

¹¹⁸ Sak C-270/12 *ESMA*

¹¹⁹ Forordning (EU) Nr. 236/2012 om shortsalg og visse sider av kredittbrevavtaler (shortsalgforordningen)

¹²⁰ European Securities and Markets Authority, opprettet ved forordning (EF) nr. 1095/2010 (*ESMA*s opprettelsesforordning)

vurdering av ESMA's myndighet etter artikkel 28 opp mot *Meroni-doktrinen*, benektet ikke EU-domstolen at bestemmelsen ga ESMA en viss skjønnsmargin ved myndighetsutøvelsen.

ESMA's myndighetsutøvelse var imidlertid «circumscribed by various conditions and criteria which limit ESMA's discretion».¹²¹ ESMA var for det første gitt kompetanse til å vedta et generelt forbud bare der de nasjonale tilsynsmyndighetene ikke selv hadde iverksatt tiltak som i nærmere bestemte situasjoner måtte anses som nødvendige.¹²² Vedtaksmyndigheten var videre betinget av streng konsultasjon med øvrige organer,¹²³ i tillegg til at det generelle forbudet var midlertidig og derfor av begrenset varighet.¹²⁴ På denne bakgrunn var ESMA's myndighet såpass klart definert at den kunne kontrolleres av den delegerende myndighet, slik at delegering var gjort i tråd med de underliggende betraktningene i *Meroni*.¹²⁵

I begge de nevnte dommene er muligheten for kontroll av den delegerede myndighetsutøvelsen trukket frem som det avgjørende poeng. Den underliggende årsaken til dette kan utledes av *prinsippet om institusjonell balanse*. I *Meroni*, hvor det ble referert til «the balance of powers which is characteristic of the institutional structure of the Community»,¹²⁶ gis det uttrykk for at traktatene oppstiller *horisontale* grenser for de ulike EU-institusjonenes myndighetsutøvelse seg imellom, i tillegg til den *vertikale* begrensningen som er oppstilt ved myndighetstildelingsprinsippet (medlemsstat – EU).¹²⁷ Dersom en EU-institusjon ikke har mulighet til å kontrollere utøvelsen av myndighet som er tildelt den, vil delegering av slik myndighet bryte med den institusjonelle balansen.

Henvisningen til «the balance of powers» i *Meroni* er ansett som den første referansen til prinsippet om institusjonell balanse.¹²⁸ Dette prinsip-

¹²¹ Sak C-270/12 *ESMA* avsn. 45

¹²² Sak C-270/12 *ESMA* avsn. 46

¹²³ Sak C-270/12 *ESMA* avsn. 50

¹²⁴ Sak C-270/12 *ESMA* avsn. 50

¹²⁵ Sak C-270/12 *ESMA* avsn. 53

¹²⁶ Sak C-9/56 *Meroni* s. 152 avsn. 8 på siden

¹²⁷ TEU art. 5 (2)

¹²⁸ Jacqué (2004) s. 384

pet har ikke noe klart rettslig grunnlag i traktatene, men kommer til uttrykk blant annet gjennom TEU artikkel 13 (2) om at EU-institusjonene skal handle innenfor rammen av den myndighet de er tildelt.

Prinsippet tar utgangspunkt i at traktatene har foretatt en nøye fordeling av myndighet mellom EU-institusjonene, og at institusjonene derfor ikke kan handle ut over den myndighet som er tildelt dem gjennom disse.¹²⁹ Prinsippet omtales som EU-rettens svar på maktfordelingsprinsippet, siden det i fravær av et *egentlig* maktfordelingsprinsipp sørger for at makten blir værende der den var tiltenkt.¹³⁰ Det kan også tas til inntekt for et prinsipp om «mutual sincere cooperation» mellom EU-institusjonene.¹³¹ Som påpekt av Lenaerts og Gutiérrez-Fons har EU-byråenes inntog i EUs institusjonelle system vist at prinsippet om institusjonell balanse må tolkes dynamisk for å tilpasse seg et endret rettslig klima.¹³²

Romanos forbud mot «the force of law»

I *Romano*¹³³ ble prinsippet om institusjonell balanse tolket til å oppstille ytterligere en skranke for delegering av utøvende makt. Saken omhandlet en delegering fra Rådet, som hadde gitt en *administrativ kommisjon* myndighet til å fatte vedtak i særlige tilfeller.

EU-domstolen presiserte at den administrative kommisjonen «may not be empowered by the Council to adopt acts having the force of law».¹³⁴ Dette ble begrunnet i traktatens bestemmelse om Rådets delegasjonsadgang til Kommisjonen og traktatens rettssystem. Selv om hverken *Meronidoktrinen* eller prinsippet om institusjonell balanse ble nevnt spesifikt, er det enighet i teorien om at de to dommene bygde på samme resonnement – nemlig at den delegerte myndigheten «affected the treaty-conferred responsibilities of the delegating authorities and impacted on

¹²⁹ Lenaerts og Gutiérrez-Fons (2018) s. 124, Schütze (2012) s. 84

¹³⁰ Med dette menes ikke at makten er jevnt fordelt, men at makten er nøye fordelt. Se Jacqué (2004) s. 383

¹³¹ Tilsvarende TEU art. 4 (3). Se Schütze (2012) s. 85

¹³² Lenaerts og Gutiérrez-Fons (2018) s. 127

¹³³ Sak C-98/80 *Romano*

¹³⁴ Sak C-98/80 *Romano* avsn. 20

the placement of the delegated agencies within the functioning of the legal order». ¹³⁵

Romano oppstilte altså et forbud mot delegering av handlinger med «the force of law». Etter ordlyden vitner dette om et forbud mot å delegerer myndighet til å vedta *lovgivning*. Det har imidlertid blitt hevdet i teorien at *Romano* oppstiller et forbud mot å vedta rettsakter med rettslig bindende virkning, slik at også myndighet til å fatte rettslig bindende vedtak er forbudt. ¹³⁶ *Romanos* forbud mot delegering av handlinger med «the force of law» ble vurdert i *ESMA*, som jo omhandlet myndighet til å vedta generelle bindende rettsakter. I *ESMA* kom EU-domstolen til at *Romano* ikke oppstiller noen begrensninger utover de som følger av *Meronidoktrinen*, slik at *ESMA*s adgang til å fatte et generelt forbud mot short-salg ikke var i strid med *Romano*.

Oppsummering

For å oppsummere har det derfor blitt fastslått gjennom *ESMA* at *Meronidoktrinen* om *klart definert utøvende myndighet* også er dekkende for EU-byråer. Denne myndigheten kan åpne opp for skjønnsutøvelse, men bare så langt byråenes myndighet er gjenstand for kontroll. Det kan ikke oppstilles et generelt forbud mot at EU-byråer kan vedta bindende rettsakter, hverken generelle eller individuelle. Det avgjørende er at EU-byråene ikke skal utøve skjønn, slik at de ikke kan drive politikk.

3.4 Hvilken myndighet kan delegeres?

Det følger av de rettslige rammene for delegering av myndighet at Kommisjonen bare kan delegerer sin *administrative* forvaltningsmyndighet til ACER og andre EU-byråer, men er avskåret fra å delegerer sin *politiske* forvaltningsmyndighet. Det må derfor undersøkes hvorvidt Kommisjonens ulike myndighetshjemler er av administrativ eller politisk karakter.

¹³⁵ Simoncini (2018) s. 26

¹³⁶ Se Chamon (2016) s. 255

3.4.1 Rettslig bindende myndighet

Kommisjonen er gitt myndighet til å vedta rettslig bindende virkemidler i form av delegerede rettsakter etter TEUV artikkel 290 og gjennomføringsrettsakter etter TEUV artikkel 291. Som nevnt under punkt 3.2 er Kommisjonens myndighet til å vedta delegerede rettsakter ansett for å falle inn under Kommisjonens *politiske* forvaltningsmyndighet. Dette innebærer at Kommisjonen ikke kan delegerere sin myndighet etter TEUV artikkel 290 til EU-byråene.

Forbudet mot å gi EU-byråer myndighet til å vedta *delegerede rettsakter* etter TEUV artikkel 290 ble bekreftet av Generaladvokat Jääskinen i hans uttalelse til *ESMA*.¹³⁷ Han begrunnet for det første forbudet i at utøvelsen av slik myndighet endrer «the normative content of legislative acts, albeit with respect to their non-essential elements».¹³⁸ Uten at han nevner *Meronidoktrinen* direkte i denne sammenheng, bygger han videre på prinsippet om at EU-byråer ikke skal utøve politisk skjønn.

Generaladvokat Jääskinen bygger også videre på *prinsippet om institusjonell balanse*. Han peker på at vedtakelsen av delegerede rettsakter etter TEUV artikkel 290 (2) tar del i et «system of inter-institutional checks and balances», der Kommisjonen står til ansvar overfor Parlamentet.¹³⁹ Dersom Kommisjonen endrer det normative innholdet i en rettsakt, må den kunne holdes ansvarlig i lys av prinsippet om demokrati.¹⁴⁰ Ved å delegerere politisk skjønnsmyndighet til EU-byråene vil Kommisjonen fratas muligheten til å kontrollere byråenes myndighetsutøvelse, slik at Kommisjonen ikke kan stå til ansvar overfor Parlamentet. Dette vil stride mot demokratiprinsippet.

Når det gjelder Kommisjonens myndighet til å vedta *gjennomføringsrettsakter* etter TEUV artikkel 291, kan slik myndighet lovlig delegeres til EU-byråer. Dette ble også fremhevet av Generaladvokat Jääskinen, som påpekte at slike rettsakter ikke endrer eller supplerer lovgivningen

¹³⁷ Generaladvokat Jääskinen sin uttalelse til sak C-270/12 *ESMA* avsn. 84

¹³⁸ Generaladvokat Jääskinen sin uttalelse til sak C-270/12 *ESMA* avsn. 85

¹³⁹ Generaladvokat Jääskinen sin uttalelse til sak C-270/12 *ESMA* avsn. 85

¹⁴⁰ TEU art. 5 og 10

med nye elementer.¹⁴¹ Han anså derfor at delegering av gjennomføringsmyndighet til EU-byråer lovlig kan oppstille en «midway solution between vesting implementing authority in either the Commission or the Council, on the one hand, or leaving it to the Member States, on the other».¹⁴² Generaladvokaten fremhevet her EU-byråenes rolle *mellom* EU og medlemsstatene som redegjort for under punkt 2.3.

3.4.2 Ikke-bindende myndighet

Kommisjonens forvaltningsmyndighet kan også være av ikke-bindende karakter. Kommisjonen er for det første gitt myndighet til å vedta uttalelser («opinions») og anbefalinger («recommendations») gjennom TEUV artikkel 288. Dette er virkemidler som ikke har rettslig bindende virkning, men som likevel har en viss praktisk betydning. Slike virkemidler omtales som «soft law», og er i EU-retten definert som følgende:

«Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects»¹⁴³

I tillegg til uttalelser og anbefalinger vedtar Kommisjonen også andre «soft law»-virkemidler som politiske bakgrunnsdokumenter, retningslinjer og meddelelser. Det hender også at Kommisjonen offentliggjør sin fortolkning av et direktiv i EU-Tidende.¹⁴⁴ Selv om noen av disse virkemidlene er anerkjent i traktatene, har de ikke noe egentlig rettslig grunnlag der.

Det rettslige grunnlaget for EU-institusjonenes øvrige myndighetsutøvelse er etablert gjennom rettspraksis, og bygger ifølge Senden på

¹⁴¹ Generaladvokat Jääskinen sin uttalelse til sak C-270/12 *ESMA* avsn. 86

¹⁴² Generaladvokat Jääskinen sin uttalelse til sak C-270/12 *ESMA* avsn. 86

¹⁴³ Dette er Sendens definisjon av «soft law», som gjennomgående legges til grunn i litteraturen, se Senden (2004) s. 112

¹⁴⁴ Tvarnø og Nielsen (2014) s. 144

«implied-powers reasoning».¹⁴⁵ Teorien om «implied powers» i EU-retten går ut på at medlemsstatene, ved å tildele EU-institusjonene myndighet gjennom traktatene, også har gitt dem myndighet til å utføre alle de tiltak som er nødvendig for å gjennomføre den traktatfestede myndigheten.¹⁴⁶ Derfor vil for eksempel Kommisjonen ha myndighet til å produsere en veiledning dersom dette er nødvendig for utøvelsen av Kommisjonens traktatfestede myndighet.

Fordi EU-byråene som nevnt ikke er gitt myndighet gjennom traktatene, kan de heller ikke gi seg selv ikke-bindende myndighet gjennom «implied-powers reasoning». EU-byråenes ikke-bindende myndighet forutsetter derfor, i likhet med rettslig bindende myndighet, en lovlige delegering. Dette kan også sies å følge av myndighetstildelingsprinsippet, som kan tolkes til å omfatte både bindende og ikke-bindende myndighet.¹⁴⁷

Det er likevel noe uklart hvorvidt delegering av myndighet til å vedta «soft law»-virkemidler er underlagt de rettslige begrensningene som gjort rede for under punkt 3.3. Dette vil være avhengig av en tolkning av begrepet «powers» (myndighet).

Hvorvidt EU-domstolen i *Meroni* og *ESMA* ved bruken av «powers» siktet til begge typer av myndighet, eller bare bindende myndighet, er ikke helt klart. På den ene siden kan begrepet tolkes til å omfatte begge typer av myndighet. I litteraturen omtales nemlig EU-byråenes bindende og ikke-bindende myndighet samlet for byråenes «powers», der ikke-bindende myndighet utgjør «instrumental powers».¹⁴⁸

Motsatt kan de grunnleggende betraktningene om kontroll og institusjonell balanse tas til inntekt for at det med «powers» siktes til bindende myndighet. De grunnleggende prinsippene om demokrati og kontroll vil i utgangspunktet ikke gjøre seg gjeldende der byråene har utøvet ikke-bindende myndighet. Craig har derfor lagt til grunn at

¹⁴⁵ Senden (2004) s. 319. Se for en gjennomgang av rettspraksis s. 303–318

¹⁴⁶ Hartley (2014) s. 113

¹⁴⁷ Se Chamon (2016) s. 136

¹⁴⁸ Se blant annet Mendes (2018) s. 287 og Chiti (2018) s. 766

EU-byråene ved sin vedtakelse av «soft law»-virkemidler «remains free of the constitutional constraints in article 290-291» i TEUV.¹⁴⁹

Hvorvidt de rettslige begrensningene også er gjeldende for «soft law»-virkemidler er interessant fordi EU-byråene hovedsakelig gis myndighet til å vedta slike. Selv om disse som et utgangspunkt ikke har rettslig virkning, kan de likevel ha stor praktisk betydning. Formålet bak de rettslige begrensningene tilsier derfor etter min mening at også «soft law»-virkemidler bør være underlagt disse.

3.5 EU-byråenes ulike forvaltningsoppgaver

EU-byråene er spesialiserte forvaltningsorganer med vitenskapelig og teknisk ekspertise innenfor sine områder. Innenfor de nevnte rettslige rammene for delegering av myndighet, er EU-byråene gitt en rekke virkemidler til disposisjon. Ettersom ulike sektorer krever ulik regulering, varierer forvaltningsoppgavene fra byrå til byrå.¹⁵⁰ En oversikt over typiske kategorier av forvaltningsoppgaver vil etter min mening bidra til å forstå hva EU-byråder er og hvilket mangfold de utgjør.

En kategorisering av EU-byråers forskjellige *oppgaver* er noe annet enn kategorisering av EU-byråder etter deres *funksjon*. Sistnevnte er en av fire identifiserte kategorier for kategorisering av EU-byråder, og omtrent alle teoretikere har bidratt med sin egen variant.¹⁵¹ Problemet med en funksjonell kategorisering er imidlertid at mange byråder ikke kan plasseres i én kategori, men i stedet vil falle inn under flere kategorier.¹⁵² Ved å plassere et byrå i én kategori, vil byråets oppgaver som hører inn under andre kategorier komme i skyggen av de øvrige, noe som ikke nødvendigvis stemmer overens med byråets praksis.

Dette gjelder ikke minst også for den mye brukte kategoriseringen av EU-byråder etter hvorvidt de har vedtaksmyndighet eller ikke. Selv om et

¹⁴⁹ Craig (2018b) s. 744

¹⁵⁰ Mendes (2018) s. 288

¹⁵¹ Griller og Orator (2010) har identifisert fire ulike måter å kategorisere EU-byråder på. I tillegg til en funksjonell kategorisering, kan byråder kategoriseres «temporal», «structural» og «instrumental», se s. 10

¹⁵² Se Chamon (2016) s. 22

byrå kan treffe vedtak, er det ikke nødvendigvis dette virkemiddelet som er praktisk viktigst. Dette er tilfellet for ACER, som jeg vil gjøre rede for i denne oppgavens andre hoveddel.

Jeg vil derfor i dette kapittelet fokusere på de ulike virkemidlene som EU-byråene kan benytte seg av. Med en slik innfallsvinkel har jeg identifisert fem kategorier for forvaltningsoppgaver:

- Administrative oppgaver
- Informasjons- og koordineringsoppgaver
- Operasjonell koordinering
- Veiledning og bistand
- Implementering gjennom bindende rettsakter

EU-byråene er for det første gitt rent administrative oppgaver. EU-organenes oversettingscenter (CdT) er for eksempel gitt i oppgave å gi språktjenester til øvrige byråer og organer.¹⁵³ Byrået for operasjonell forvaltning av store IT-systemer (eu-LiSA) skal sørge for driften av ulike elektroniske registre i forbindelse med grensekontroll, blant annet Schengen Information System (SIS II).¹⁵⁴ Chamon påpeker at disse to byråene har samme funksjon som de *utøvende* byråene nevnt under punkt 2.2.¹⁵⁵

EU-byråer er for det andre gitt ulike former for informasjonsoppgaver. Disse oppgavene går ut på at byråene produserer, innhenter og sprer informasjon, som medlemsstatene og EU-institusjonene kan benytte seg av i forbindelse med utførelsen av sine oppgaver.¹⁵⁶ Et eksempel på et byrå som hovedsakelig er gitt slike oppgaver er det europeiske miljøbyrået (EEA), som skal sørge for at EU og medlemsstatene gis den informasjon som er nødvendig for å gjennomføre tiltak til beskyttelse av miljøet.¹⁵⁷

¹⁵³ Translation Centre for the Bodies of the European Union (CdT), opprettet ved forordning (EF) nr. 2965/94

¹⁵⁴ Agency for the Operational Management of Large-Scale IT-Systems in the Area of Freedom Security and Justice (eu-LiSA), opprettet ved forordning (EU) 2018/1726

¹⁵⁵ Chamon (2016) s. 22

¹⁵⁶ Mendes (2018) s. 288

¹⁵⁷ EEAs opprettelsesforordning art. 1, se note 39

EU-byråene er for det tredje ansvarlige for operasjonelle aktiviteter. Dette gjelder særlig for de EU-byråene som ble opprettet under de to pilarene for justis- og politisamarbeid og felles sikkerhets- og utenrikspolitikk, som gjort rede for under punkt 2.1. Som nevnt under dette punktet er forsvarsbyrået EDA gitt operasjonelle oppgaver i forbindelse med felles sikkerhets- og utenrikspolitikk. Et annet eksempel er FRONTEX, EUs byrå for grensekontroll, som er ansvarlig for å koordinere en europeisk grense- og kystvakt bestående av byråets og medlemsstatenes nasjonale grense- og kystvakter.¹⁵⁸

EU-byråene er for det fjerde gitt i oppgave å hjelpe Kommisjonen og medlemsstatene med å implementere EU-lovgivning gjennom å utøve faglig veiledning og bistand. EU-byråene vil som organer med særlig ekspertise kunne påvirke deres beslutninger. I motsetning til hva som er tilfelle for den mer uformelle innsamlingen av informasjon, vil EU-byråene gjennom rådgivning og annen assistanse bidra med *indirekte regulering* innenfor sitt område. Dette er hva Majone kaller «regulation by information».¹⁵⁹

Chiti omtaler EU-byråenes virkemidler knyttet til veiledning og bistand som «rulemaking», og deler slik regelutvikling inn i to ulike typer – de er enten prosedyrer som leder til Kommisjonens vedtakelse av utfyllende regelverk, eller vedtakelsen av «soft law».¹⁶⁰

Et eksempel på førstnevnte er finansbyrået ESMAs utarbeidelse av utkast til tekniske standarder, som deretter vedtas av Kommisjonen som delegerte- eller gjennomføringsrettsakter.¹⁶¹ Indirekte regulering gjennom «soft law» vil typisk være utarbeidelsen av faglige rapporter, uttalelser og anbefalinger. Et eksempel på dette er ESMAs retningslinjer rettet mot nasjonale tilsynsmyndigheter og finansinstitusjoner, som skal sikre en konsistent og effektiv tilsynspraksis i medlemsstatene.¹⁶²

¹⁵⁸ European Border and Coast Guard Agency (FRONTEX), opprettet ved forordning (EU) nr. 2016/1624, se særlig art. 3

¹⁵⁹ Majone (1997) s. 265

¹⁶⁰ Chiti (2013) s. 99

¹⁶¹ ESMAs opprettelsesforordning art. 15

¹⁶² ESMAs opprettelsesforordning art. 16

ACER er også gitt bistandsoppgaver innenfor begge kategoriene oppstilt av Chiti. ACERs utarbeidelse av nettkoder, som jeg vil gjøre rede for i kapittel 8, er et eksempel på førstnevnte, mens ACERs veiledninger og kontroll av nasjonale vedtak er øvrige «soft law»-virkemidler, se nedenfor i kapitlene 7 og 9.

EU-byråer er for det femte gitt adgang til å implementere EU-lovgivning direkte, ved selv å vedta rettslig bindende rettsakter. I motsetning til de ovenfor nevnte virkemidlene, som de aller fleste EU-byråer benytter seg av, er det et begrenset antall EU-byråer som er gitt denne typen oppgaver. ACER er for eksempel gitt myndighet til å fatte individuelle vedtak i særlige tilfeller, som jeg skal redegjøre for i kapittel 10. Et annet eksempel er ESMA's myndighet til å vedta et generelt forbud mot shortsalg som nevnt under punkt 3.3.

3.6 Oppsummering

Jeg har i dette kapittelet fremhevet at EU-byråene ikke har noen alminnelig handlefrihet. ACERs myndighetsutøvelse forutsetter en lovlig delegering av myndighet, som er begrenset til å omfatte klart definert forvaltningsmyndighet. Dette er begrunnet i et grunnleggende prinsipp om institusjonell balanse, og at byråenes myndighetsutøvelse skal kunne kontrolleres av EU-institusjonene. Byråenes myndighetsutøvelse er derfor underlagt omfattende begrensninger.

Innenfor disse begrensningene er EU-byråene gitt en rekke ulike forvaltningsoppgaver. De er hovedsakelig gitt myndighet til å utføre administrative oppgaver og å bistå medlemsstatene med sin implementering av EU-lovgivningen. Dette gjør de gjennom vedtakelsen av «soft law»-virkemidler, som er virkemidler uten rettslig bindende virkning. Noen EU-byråer er i tillegg gitt adgang til å implementere EU-lovgivningen direkte, gjennom å vedta rettslig bindende rettsakter. Dette er den mest inngripende formen for EU-byråers myndighet, og er kun gitt til et fåtall av byråene. For ACERs del er hele spekteret i bruk. Det kommer jeg tilbake til i oppgavens del 2.

4 Kontroll av EU-byråenes myndighetsutøvelse

4.1 Innledning

De rettslige begrensningene for EU-byråers myndighet springer som nevnt under punkt 3.3 ut av et grunnleggende prinsipp om kontroll. EU-domstolen la til grunn i både *Meroni*¹⁶³ og *ESMA*¹⁶⁴ at det avgjørende for hvorvidt myndighet kunne delegeres var knyttet til hvilken mulighet det var for å kontrollere byråenes utøvelse av denne myndigheten.

En analyse av i hvilken grad EU-byråenes myndighetsutøvelse faktisk er gjenstand for kontroll er en nøkkel for å forstå begrensningene som omgir ACER. I teorien snakker man gjerne om «accountability» i stedet for «control», ettersom EU-byråene som relativt selvstendige organer ikke er underlagt direkte kontroll av sin overordnede (instruksjonsmyndighet).¹⁶⁵ Det er i stedet etablert ulike former for etterhåndskontroll, som skal sørge for at byråenes myndighetsutøvelse blir fulgt opp, debattert og kontrollert.

Det er identifisert fem ulike mekanismer for etterhåndskontroll av EU-byråder.¹⁶⁶

- Administrativ kontroll («managerial accountability») utført av byråenes styringsorganer
- Politisk kontroll («political accountability») utført av EU-institusjonene
- Rettslig kontroll («judicial accountability») utført av klageorganer og EU-domstolen

¹⁶³ Sak 9/56 *Meroni*

¹⁶⁴ Sak C-270/12 *ESMA*

¹⁶⁵ Busuoi og Groenleer (2014) s. 192. Se også Craig (2018) s. 174 og Mendes (2018) s. 294. Chamon (2016) s. 299–367 benytter likevel termen «control».

¹⁶⁶ Se Busuoi og Groenleer (2014) s. 192–193. Om de ulike mekanismene, se Hertzberg (2017) s. 92–93

- Utenomrettslig kontroll («extra-judicial accountability») utført av for eksempel Den Europeiske Ombudsmann¹⁶⁷
- Finansiell kontroll («financial accountability») utført av for eksempel Revisjonsretten¹⁶⁸

I dette underkapittelet vil jeg gjøre rede for i hvilken grad EU-byråenes virkemidler er gjenstand for rettslig kontroll («judicial accountability»). Jeg vil se på rekkevidden av overprøving ved EU-domstolen i punkt 4.2 og rekkevidden av overprøving ved administrative klageorganer i punkt 4.3.

4.2 Domstolskontroll

Det rettslige grunnlaget for EU-domstolens kontroll av EU-byråenes virkemidler er oppstilt i TEUV artikkel 263 (1). Denne bestemmelsen angir at EU-domstolen skal prøve «the legality of acts of bodies, offices or agencies of the Union intended to produce legal effects vis-à-vis third parties». Bestemmelsen traktatfester prinsippet om at EU-byråers virkemidler kan være gjenstand for domstolskontroll, noe EU-domstolen først anerkjente i 2006 i *Sogelma*.¹⁶⁹

Det følger av bestemmelsen at EU-domstolen bare prøver lovligheten av de virkemidler som er ment å ha *rettslig virkning* («legal effect»). Det er presisert gjennom rettspraksis at dette innebærer et krav om at virkemiddelet må medføre «a distinct change» i tredjemanns rettsstilling.¹⁷⁰ I dette ligger det et krav om at rettsstillingen må endres vesentlig.

Vilkåret om rettslig virkning utelukker for det første domstolsprøving av forberedende virkemidler («provisional measures»), ettersom disse i seg selv ikke fører til en endring i rettsstillingen.¹⁷¹ Forberedende virkemidler kan riktignok vurderes av EU-domstolen i forbindelse med overprøving

¹⁶⁷ TEUV art. 228

¹⁶⁸ TEUV art. 285, jf. TEU art. 13 (1)

¹⁶⁹ Sak T-411/06 *Sogelma v European Agency for Reconstruction (Sogelma)* avsn. 37. Se Craig og de Búrca (2015) s. 510 som viser til denne.

¹⁷⁰ Sak C-60/81 *IBM v Commission (IBM)* avsn. 9

¹⁷¹ Sak C-60/81 *IBM* avsn. 10

av det endelige virkemiddelet.¹⁷² Poenget jeg vil få frem her er imidlertid at de ikke kan overprøves selvstendig.

Vilkåret utelukker for det andre domstolsprøving av virkemidler som kun fører til en *indirekte* endring i rettsstillingen. EU-domstolen har tolket dette til et krav om *bindende virkning*, ettersom det kun er bindende virkemidler som fører til en *direkte* endring i rettsstilling. Dette var tilfellet i *Grimaldi*,¹⁷³ som omhandlet en anbefaling fra Kommisjonen. Ettersom de nasjonale myndighetene var forpliktet til å ta hensyn til anbefalingen, ble det fremhevet at «the measures in question cannot therefore be regarded as having no legal effect».¹⁷⁴ Til tross for at anbefalingen hadde rettslig virkning, ble det likevel slått fast at den ikke kunne prøves. Årsaken var at anbefalingen ikke hadde «binding effect».¹⁷⁵

EU-domstolen har derfor gjennom sin rettspraksis foretatt et «shift in terminology from the mere legal effects to ‘binding legal effects’».¹⁷⁶ Begrepsbruken illustrerer EU-domstolens innskrenkende tolkning gjennom rettspraksis, som krever at et virkemiddel må føre til en vesentlig endring i en tredjemanns rettsstilling. Dette oppstiller et vilkår om *rettslig bindende virkning*.

4.2.1 Utfordringen med «soft law»-virkemidler

Fordi EU-byråenes individuelle og generelle vedtak har rettslig bindende virkning kan de derfor prøves av EU-domstolen. Dette reiser ingen særlige spørsmål.

Når det gjelder EU-byråenes ulike «soft law»-virkemidler medfører vilkåret om rettslig virkning, tolket gjennom EU-domstolens praksis til å oppstille et krav om *rettslig bindende virkning*, noen særlig utfordringer. «Soft law»-virkemidlene vil som nevnt under punkt 3.4.2 ha en viss rettslig virkning, men ikke ha bindende virkning. De er derfor

¹⁷² Sak C-60/81 *IBM* avsn. 12

¹⁷³ Sak C-322/88 *Salvatore Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles (Grimaldi)*

¹⁷⁴ Sak C-322/88 *Grimaldi* avsn. 18

¹⁷⁵ Sak C-322/88 *Grimaldi* avsn. 16

¹⁷⁶ Generaladvokat Bobeks uttalelse i sak C-16/16 P *Kingdom of Belgium v Commission (Online Gambling)*, avsn. 70

i utgangspunktet avskåret fra domstolsprøving i medhold av TEUV artikkel 263 (1).

Det er likevel gjennom rettspraksis oppstilt en snever adgang til å prøve lovligheten av «soft law»-virkemidler. Det er nemlig slik at det er et virkemiddels innhold, og ikke dets form, som er avgjørende for hvorvidt virkemiddelet kan prøves.¹⁷⁷ Dersom et «soft law»-virkemiddel etter sitt innhold viser seg å ha rettslig bindende virkning, vil det derfor likevel kunne prøves.

Her må det imidlertid presiseres at «soft law»-virkemidler som har rettslig bindende virkning per definisjon ikke er «soft law». Den rettslige adgangen til å prøve disse virkemidlene utgjør derfor ikke et unntak fra TEUV artikkel 263 (1), men illustrerer hvordan prøvingsadgang alltid må vurderes i det enkelte tilfellet. Dette er årsaken til at EU-domstolen ved vurdering av «soft law»-virkemiddelet *anbefalingers* innhold påpeker at de skal prøve hvorvidt den enkelte anbefalingen er «true»¹⁷⁸ eller «genuine»,¹⁷⁹ eller om den egentlig ikke er en anbefaling i det hele tatt.

Ved vurderingen av om et tilsynelatende «soft law»-virkemiddel etter sitt innhold har rettslig bindende virkning, tar EU-domstolen utgangspunkt i objektive kriterier som virkemiddelets ordlyd, dets formål og konteksten det er vedtatt i, i tillegg til å se nærmere på hvilken myndighet det organet som har fattet virkemiddelet innehar.¹⁸⁰

EU-domstolen har lagt til grunn en streng tolkning.¹⁸¹ Det kan særlig være vanskelig å bevise at det organet som fattet «soft law»-virkemiddelet hadde en *intensjon* om å vedta et «skjult» vedtak. Dersom Kommisjonen for eksempel publiserer en anbefaling, ligger det allerede i valget av virkemiddelet «anbefaling» en intensjon om å vedta et virkemiddel med de rettslige virkningene som følger av en anbefaling. Dette paradokset ble påpekt av Generaladvokat Bobek i hans uttalelse til *Online Gambling*,

¹⁷⁷ Sak C-22/70 *Commission v Council (ERTA)* avsn. 42.

¹⁷⁸ Sak C-322/88 *Grimaldi* avsn. 16

¹⁷⁹ Sak C-16/16 P *Online Gambling* avsn. 29

¹⁸⁰ Sak C-16/16 P *Online Gambling* avsn. 32 og 37

¹⁸¹ Sak C-16/16 P *Online Gambling* avsn. 29

der han fremhevet utfordringen med at «the choice of instrument will always pre-determine the context and the purpose of the measure».¹⁸²

Generaladvokat Bobek har også fremhevet den generelle utfordringen med at «soft law»-virkemidler ikke kan prøves, ettersom de i nyere tid utgjør en stor del av de virkemidler som vedtas av EUs institusjoner og andre organer. Fordi «soft law does not easily fit within the binary, black and white distinction between binding and non-binding legal effects», fører dette til et hull i den rettslige kontrollen av EUs myndighetsutøvelse.¹⁸³

Generaladvokat Bobek tok derfor til orde for å tolke TEUV artikkel 263 (1) til kun å oppstille et krav om rettslig virkning, og ikke rettslig *bindende* virkning.¹⁸⁴ Ved å i stedet foreta en vurdering av et virkemidlets rettslige virkning på bakgrunn av tre særlige faktorer – graden av formalisering og «definitiveness», virkemiddelets generelle formål og eventuelle politiske sanksjoner – ville dette føre til en mer effektiv rettslig kontroll.¹⁸⁵

EU-domstolen omfavnet imidlertid ikke denne nye orienteringen. I *Online Gambling* opprettholdt den i stedet vilkåret om rettslig bindende virkning og den snevre adgangen til å prøve «soft law»-virkemidler.¹⁸⁶ Status er derfor at det skal mye til før et «soft law»-virkemiddel kan prøves i medhold av TEUV artikkel 263 (1). Jeg vil gjøre rede for hvorvidt ACERs ulike «soft law»-virkemidler kan sies og omfattes av denne snevre adgangen i punkt 11.2.

4.2.2 EU-domstolens begrensede domsmyndighet

Dersom et virkemiddel fattet av et EU-byrå etter sitt innhold har rettslig bindende virkning, kan lovligheten av virkemiddelet prøves av EU-domstolen. I den forbindelse oppstår det et spørsmål om hvilke sider

¹⁸² Generaladvokat Bobeks uttalelse i sak C-16/16 P *Online Gambling* avsn. 76

¹⁸³ Generaladvokat Bobeks uttalelse i sak C-16/16 P *Online Gambling* avsn. 82 og 83

¹⁸⁴ Generaladvokat Bobeks uttalelse i sak C-16/16 P *Online Gambling* avsn. 110–113

¹⁸⁵ Generaladvokat Bobeks uttalelse i sak C-16/16 P *Online Gambling* avsn. 115–122

¹⁸⁶ Sak C-16/16 P *Online Gambling* avsn. 31

av et virkemiddel EU-domstolen kan prøve, og om det er oppstilt noen begrensninger på dennes domsmyndighet.

Det er i TEUV artikkel 263 (2) gitt anvisning på hvilke *formelle* sider EU-domstolen kan prøve ved vurdering av lovligheten av et virkemiddel vedtatt av et EU-byrå. Bestemmelsen angir at EU-domstolen skal ha myndighet «on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the Treaties or any rule of law relating to their application, or misuse of powers».

EU-domstolen kan derfor vurdere følgende formelle sider ved EU-byråenes virkemidler:

- Om det foreligger hjemmel for myndighetsutøvelsen
- Om vesentlige prosessuelle krav er satt til side
- Om myndighetsutøvelsen strider mot traktatene
- Om EU-byrået har misbrukt sin myndighet

Hvorvidt EU-domstolen kan overprøve de materielle sidene av EU-byråenes virkemidler, nemlig de *vurderinger* som ligger til grunn for EU-byråenes myndighetsutøvelse, fremgår ikke av bestemmelsen. Til tross for at EU-byråene er gitt begrenset skjønnsmyndighet, vil vedtaket av deres virkemidler likevel bygge på anvendelsen av «law, fact and discretion».¹⁸⁷ I forbindelse med sin myndighetsutøvelse tolker EU-byråene sine myndighetshjemler («law»), vurderer og fastlegger faktiske forhold («fact»), i tillegg til å foreta komplekse og faglige vurderinger som innebærer en viss grad av skjønn («discretion»)¹⁸⁸.

EU-domstolen har gjennom sin praksis lagt til grunn at den ikke prøver skjønnsmessige vurderinger foretatt av EU-institusjonene.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Craig (2018) s. 266

¹⁸⁸ Craig (2018) s. 436–440. Se også Graver (2015) s. 234–235 om forholdet mellom regler og skjønn i norsk forvaltningsrett.

¹⁸⁹ Se blant annet C-191/82 *FEDIOL v Commission* avsn. 30 (*Fediol*). Se Schwarze (2006) s. 299 som viser til denne.

I *Schräder*¹⁹⁰ ble denne begrensede domsmyndigheten ansett for å gjelde også ved overprøving av *EU-byråers* myndighetsutøvelse.

Schräder omhandlet et vedtak fattet av det europeiske plantesortbyrået (CPVO),¹⁹¹ som av slo en søknad om registrering av ny art etter at tekniske undersøkelser viste at arten allerede var registrert. EU-domstolen viste her til tidligere praksis om at EU-institusjonenes komplekse vurderinger «enjoys a wide measure of discretion, the exercise of which is subject to limited judicial review».¹⁹² Det ble også påpekt at EU-domstolen ikke kunne «substitute its assessment of the facts for the assessment made by the authority concerned».¹⁹³

Selv om EU-rettslige forvaltningsorganer har en skjønnsmargin i økonomiske og tekniske saker, er EU-domstolen likevel ikke avskåret fra å prøve den foretatte *tolkningen* av «economic or technical data».¹⁹⁴ EU-domstolen skal nemlig vurderer hvorvidt disse bevisene er «factually accurate, reliable and consistent», og om forvaltningsorganets vurdering er forsvarlig.¹⁹⁵ Den er derfor ikke avskåret fra å vurdere de objektive sidene av byråets vurderinger.

EU-domstolens begrensede domsmyndighet ved prøving av skjønnsmessige vurderinger ble bekreftet også i *Rütgers*,¹⁹⁶ som omhandlet overprøving av et vedtak fattet av det europeiske kjemikaliebyrået (ECHA).¹⁹⁷ EU-domstolen uttalte at ECHA var gitt vid skjønnsmyndighet «in a sphere which entails political, economic and social choices on its part, and in which it is called upon to undertake complex assessments».¹⁹⁸ Ved overprøving av slik myndighet anså EU-domstolen sin myndighet for å

¹⁹⁰ T-187/06 *Schräder v CPVO* (*Schräder*), opprettholdt i sak C-38/09 P *Ralf Schräder v Community Plant Variety Office (CPVO)* (*Schräder 2*)

¹⁹¹ Community Plant Variety Office (CPVO), opprettet ved forordning (EF) nr. 2100/94

¹⁹² T-187/06 *Schräder* avsn. 59

¹⁹³ T-187/06 *Schräder* avsn. 59

¹⁹⁴ T-187/06 *Schräder* avsn. 61

¹⁹⁵ T-187/06 *Schräder* avsn. 61

¹⁹⁶ T-96/10 *Rütgers v ECHA* (*Rütgers*), opprettholdt i sak C-290/13 P *Rütgers Germany and Others v ECHA* (*Rütgers 2*).

¹⁹⁷ European Chemicals Agency (ECHA), opprettet ved forordning (EC) nr. 1907/2006 (ECHAs opprettelsesforordning)

¹⁹⁸ T-96/10 *Rütgers* avsn. 134

være begrenset til å vurdere hvorvidt virkemiddelet var «manifestly inappropriate» med hensyn til det formålet lovgivningen søkte å forfølge.¹⁹⁹ Dette svarer til EU-domstolens domsmyndighet etter TEUV artikkel 263 (2) i forbindelse med myndighetsmisbruk.

For å oppsummere er altså EU-domstolens kontroll av EU-byråers myndighetsutøvelse begrenset til å omfatte de fire vurderingstemaene som oppstilt i TEUV artikkel 263 (2). EU-domstolen kan prøve de *formelle* sidene ved EU-byråenes virkemidler, men har ikke faglig kompetanse til å kunne prøve de faglige eller tekniske vurderingene som utgjør virkemidlenes *materielle* innhold.

Den begrensede domstolsprøvingen kan fremstå som et paradoks i lys av EU-byråenes begrensede myndighet. Det er jo muligheten for kontroll som i første omgang forsvarer delegering av forvaltningsmyndighet til EU-byråene. Til tross for at EU-domstolen kan vurdere de prosessuelle sidene av et virkemiddel, er store deler av den faktiske myndighetsutøvelsen ikke underlagt rettslig kontroll.

Noe av årsaken er at begrensningene som omgir EU-byråene virker gjennom sekundærlovgivningen og former deres institusjonelle rolle. Innenfor rammen av disse begrensningene utfører det enkelte byrået den institusjonelle funksjon det er ment å fylle. Domstolene vil være tilbakeholdne med å overprøve byråenes myndighetsutøvelse der de fyller sin egentlige konstitusjonelle rolle.

4.3 Administrativ overprøving

Som et alternativ til å prøve lovligheten av EU-byråenes virkemidler i EU-domstolen, gir TEUV artikkel 263 (5) hjemmel for å opprette særlige klageorganer for administrativ overprøving. Det er foreløpig de syv byråene som er gitt myndighet til å fatte vedtak med rettslig bindende virkning som er utstyrt med egne klageorgan, herunder ACER.²⁰⁰

¹⁹⁹ T-96/10 *Rütgers* avsn. 134

²⁰⁰ Se Chamon (2016) s. 338

Klageorganene skal i likhet med EU-domstolen prøve virkemidler som er «intended to produce legal effect».²⁰¹ Klageorganenes myndighet etter EU-byråenes opprettelsesrettsakter angir likevel at de kun skal prøve byråets *vedtak*.²⁰² Denne forskjellen i ordlyd har ingen praktisk betydning. ACERs klageorgan har også bekreftet at EU-domstolens ovenfor nevnte praksis om vilkåret *rettslig bindende virkning* må legges til grunn også ved vurdering av hvilke virkemidler klageorganet kan prøve.²⁰³

Det følger av TEUV artikkel 263 at EU-byråenes opprettelsesforordninger kan gi «specific conditions and arrangements» for klageorganenes myndighet. Det avhenger derfor av klageorganenes myndighetshjemler i hvilket omfang de kan prøve de *formelle* og *materielle* sidene av EU-byråenes virkemidler. Jeg vil under punkt 11.3.1 redegjøre grundig for ACERs klageorgans myndighet, men viser allerede her til noen grunnleggende utgangspunkter.

Klageorganenes myndighetshjemler er formulert ulikt i de forskjellige opprettelsesrettsaktene, slik at rekkevidden av deres myndighet varierer. ECHAs klageorgan skal for eksempel foreta en «examination of the grounds of the appeal»,²⁰⁴ mens ACERs klageorgan skal «examine whether (the appeal) is well founded».²⁰⁵ Begge disse er gitt myndighet til å fatte nytt, innholdsmessig vedtak,²⁰⁶ mens finansbyråenes klageorgan er begrenset til å stadfeste vedtaket eller å sende det tilbake til byrådet.²⁰⁷ Det fremgår ikke av klageorganenes myndighetshjemler hvorvidt de kan overprøve byråenes skjønsmessige vurderinger, eller om de i likhet med EU-domstolen er underlagt en begrenset prøvingsadgang.

²⁰¹ TEUV art. 263 (5)

²⁰² Se for eksempel ACERs opprettelsesforordning art. 19 (1), ESMAs opprettelsesforordning art. 60 (1) og ECHAs opprettelsesforordning art. 91 (1)

²⁰³ ACERs klageorgans vedtak A-001-2015 *E-Control* avsn. 22

²⁰⁴ ECHAs opprettelsesforordning art. 93 (2)

²⁰⁵ ACERs opprettelsesforordning art. 19 (4)

²⁰⁶ ECHAs opprettelsesforordning art. 93 (3) og ACERs opprettelsesforordning art. 19 (5)

²⁰⁷ ESMAs opprettelsesforordning art. 60 (5)

EU-domstolen har slått fast at vedtakene fattet av EU-byråenes klageorganer utgjør en forlengelse av byråenes opprinnelige vedtak.²⁰⁸ Byråenes klageorganer er nemlig en integrert del av byråene, og deres medlemmer har teknisk kunnskap innenfor de respektive fagområdene.²⁰⁹ Dette kan tale for at klageorganene skal foreta en mer inngående prøving av EU-byråenes vedtak enn EU-domstolen.²¹⁰

I praksis er det store variasjoner for rekkevidden av klageorganenes overprøving, også innenfor ett og samme klageorgan. I *Honeywell*²¹¹ understreket ECHAs klageorgan at det kunne foreta en mer inngående prøving av byråets materielle vurderinger enn EU-domstolen, ettersom det har «certain technical and scientific expertise».²¹² Dette ble ytterligere begrunnet i klageorganets myndighet til å fatte innholdsmessig nytt vedtak.²¹³ Motsatt la samme klageorgan til grunn i *Dow Benelux*²¹⁴ at byrået er gitt en vid skjønnsmargin ved vurdering av kjemikalier, og at det er opp til byrået å foreta en slik vurdering.²¹⁵ Det er påpekt at ECHAs klageorgan her har misforstått at klageorganet utgjør en del av byrået.²¹⁶

For å oppsummere kan altså EU-byråenes virkemidler som har *rettslig bindende virkning* være gjenstand for administrativ kontroll utført av særlige klageorganer. Fordi klageorganene utgjør en del av EU-byråene, og innehar faglig kompetanse, kan det argumenteres for at de burde foreta en inngående overprøving av byråenes virkemidler.

Jeg vil som nevnt redegjøre nærmere for ACERs klageorgans myndighet i kapittel 11. For en redegjørelse av klageorganets kontroll av finansbyråenes vedtak viser jeg til Hertzbergs masteroppgave om finansbyråenes kompetanse og kontroll.²¹⁷

²⁰⁸ T-163/98 *The Procter & Gamble Company v OHIM* avsn. 38, jf. Chamon (2016) s. 338

²⁰⁹ Chamon (2016) s. 339

²¹⁰ Se i denne retning Chamon (2016) s. 350–351

²¹¹ ECHAs klageorgans vedtak A-005-2011 *Honeywell*

²¹² A-005-2011 *Honeywell* avsn. 117

²¹³ A-005-2011 *Honeywell* avsn. 117

²¹⁴ ECHAs klageorgans vedtak A-001-2012 *Dow Benelux*

²¹⁵ A-001-2012 *Dow Benelux* avsn. 111–113

²¹⁶ Se Chamon (2016) s. 350

²¹⁷ Hertzberg (2017) s. 102–115

4.4 Oppsummering

I dette kapitlet har jeg gjort rede for i hvilken utstrekning EU-byråenes virkemidler er gjenstand for rettslig kontroll. Byråenes myndighetsutøvelse kan prøves av både EU-domstolen og særlige klageorganer opprettet for de enkelte byråene.

Den rettslige kontrollen av EU-byråder er imidlertid begrenset med hensyn til to aspekter. For det første er byråenes «soft law»-virkemidler som et utgangspunkt ikke gjenstand for rettslig kontroll, idet de etter sin form ikke har rettslig bindende virkning. For det andre foretar prøvingsorganene kun en begrenset prøving av de rettslig bindende virkemidlene, ettersom disse som regel vil være basert på faglige vurderinger med elementer av skjønn.

Den begrensede rettslige kontrollen peker på et paradoks ved tildeling av myndighet til EU-byråene. I kapittel 3 ble det fremhevet hvordan muligheten for kontroll av byråenes handlinger er det grunnleggende hensynet bak de rettslige rammene for delegering av myndighet til byråene. Dersom byråenes myndighetsutøvelse i stor grad er unntatt rettslig kontroll, vil jo prinsippet om institusjonell balanse settes til side. Dette er en svakhet ved byråmodellen, som illustrerer hvor vanskelig det er å opprette en effektiv, men legitim, forvaltning på EU-plan. Ideen er likevel den at det ikke skal være *nødvendig* med domstolskontroll, ettersom allerede de *konstitusjonelle* begrensningene skal sørge for at byråene ikke går utenfor sitt mandat.

Jeg har i de foregående kapitlene gjort rede for hva EU-byråder er, hvilken rolle de er gitt i EUs institusjonelle rammeverk og hvilken myndighet som lovlig kan delegeres til dem. Fordi byråmodellen oppstiller omfattende rettslige begrensninger, har det vært nødvendig å gjennomgå disse. Det har også vært viktig å fremheve mangfoldet av EU-byråder, ettersom byråene varierer stort i omfang.

Behandlingen av EU-byråder som fenomen danner bakteppe for oppgavens følgende kapitler, som vil gjøre rede for ACER og dets myndighet. Ved vurdering av energimarkedsbyrådet ACER er det nemlig nødvendig å analysere byrådet på bakgrunn av byråmodellen. Det er denne modellen

som legger *begrensninger* på hvilken rolle byrået har i det indre energimarkedet, og hvilken myndighet byrået er tildelt. En oversikt over ulike typer av EU-byråer og deres varierende forvaltningsoppgaver er også egnet til å illustrere ACER som et *betydelig* EU-byrå, ettersom ACER er et av de byråene som er gitt mange og viktige oppgaver.

5 ACER – organisering og innretning

5.1 Innledning

I de foregående kapitlene har jeg gjort rede for de konstitusjonelle og institusjonelle prinsippene som omgir ACER og som begrenser ACERs myndighet. Videre i oppgaven skal jeg i detalj redegjøre for hva ACER er, og hva byrået gjør, innenfor de rettslige rammene for delegering.

ACER er som nevnt et EU-byrå for samarbeid mellom medlemsstatenes energireguleringsmyndigheter, og skal i den forbindelse bistå og koordinere deres utføring av reguleringsoppgaver etter EU-lovgivningen.²¹⁸ Før jeg ser nærmere på hvilken myndighet som er gitt til ACER, er det nødvendig med en introduksjon av selve byrået. Jeg vil derfor i dette kapitlet gjøre rede for hva slags byrå ACER er og hvilken rolle ACER er gitt ved forvaltningen av det indre energimarkedet.

For å forstå ACERs rolle i det indre energimarkedet er det nødvendig med en viss kjennskap til hvordan dette markedet er organisert. Jeg vil derfor i punkt 5.2 gi en kort introduksjon til det indre energimarkedet og identifisere de særlige utfordringene som oppstår i reguleringsøyemed. Disse utfordringene er også årsaken til at det oppsto et behov for et styrket regulatorisk samarbeid mellom medlemsstatene. Jeg vil forklare hvordan dette førte til opprettelsen av ACER som et EU-byrå under punkt 5.3.

I punkt 5.4 vil jeg analysere hvilken *rolle* ACER er gitt ved forvaltningen av det indre energimarkedet. EU-lovgivningen på dette området implementeres gjennom et samspill av ulike aktører fra nasjonal og EU-rettslig forvaltning, og jeg vil derfor gi en oversikt over den rollen som er tildelt ACER. Deretter vil jeg i punkt 5.5 gjøre rede for ACER som organisasjon og byråets interne organer.

²¹⁸ Opprettelsesforordningen art. 1 (2)

5.2 Kort om det indre energimarkedet

Det indre energimarkedet omfatter de *fysiske* markedene for elektrisitet og gass, og jeg avgrenser mot det *finansielle* markedet for dette. Det indre *kraftmarkedet* omfatter for eksempel *det fysiske kraftmarkedet* for produksjon, distribusjon og kjøp og salg av strøm, men avgrenser i utgangspunktet mot omsetning av finansielle kontrakter med referanse til elektrisitet, såkalte kraftderivater.²¹⁹

Det indre energimarkedet er spesielt på flere måter. Energiforsyning er en vesentlig offentlig tjeneste (såkalt «utility»²²⁰) som i likhet med for eksempel vannforsyning og offentlig transport er helt grunnleggende i et samfunn.²²¹ Forsyning av energi er videre avhengig av særlig infrastruktur for levering – nemlig strømmnettverket og gassnettverket. Disse nettverkene utgjør som annen infrastruktur et naturlig monopol, der det er samfunnsøkonomisk mest effektivt med kun én markedsaktør.²²²

Dette er bakgrunnen for at energiforsyning i alle EUs medlemsstater tidligere har vært underlagt statlig monopol, og at alle omsetningsledd, fra produksjon og import til levering og salg, ble utført av samme statseide virksomhet (vertikalt integrerte virksomheter).²²³

Etter først å ha benyttet seg av konkurranserettslige tiltak til å fremme konkurranse i energimarkedet, vedtok EU gjennom første²²⁴ og andre²²⁵

²¹⁹ Fordi det finansielle kraftmarkedet er viktig i forbindelse med risikostyring og prissikring for aktørene i det fysiske markedet, er markedene tett knyttet opp mot hverandre. Det klare skillet mellom markedene kan imidlertid legges til grunn for denne oppgaven. Se nærmere om skillet i Wasenden (2007) s. 62–63

²²⁰ Jones (2016) s. 1

²²¹ Jones (2016) s. 13

²²² Jones (2016) s. 13

²²³ Jones (2016) s. 13, Zinzani (2012) s. 95

²²⁴ «Første energimarkedspakke» er betegnelsen på direktiv 96/92/EF om felles regler for det indre markedet for elektrisitet (første elmarkedsdirektiv) og direktiv 98/30/EF om felles regler for det indre markedet for naturgass (første gassmarkedsdirektiv)

²²⁵ «Andre energimarkedspakke» er betegnelsen på direktiv 2003/54/EF om felles regler for det indre markedet for elektrisitet (andre elmarkedsdirektiv), forordning (EF) nr. 1228/2003 om vilkår for tilgang til nett for utveksling av elektrisk kraft over landegrensene (første elektrisitetsforordning), direktiv 2003/55/EF om felles regler for det indre markedet for naturgass (andre gassmarkedsdirektiv) og forordning (EF) nr. 1775/2005 om vilkår for adgang til gasstransmisjonsnettverk (første gassforordning).

«energimarkedspakke» lovgivning som skulle føre til liberalisering av markedene. Gjennom vedtakelsen av tredje energimarkedspakke i 2009 ble det EU-rettslige regelverket styrket ytterligere.

Rettsaktene i tredje energimarkedspakke går lenger enn tidligere i forbindelse med å sikre tredjepartsadgang til nettverkene og å hindre diskriminerende atferd. De to direktivene krever for eksempel «unbundling» av de vertikalt integrerte energiselskapene, og stiller krav om at medlemsstatenes transmisjonssystemoperatører (TSOer), som er ansvarlige for å drifte de nasjonale nettverkene for elektrisitet og gass, må være effektivt adskilt fra de andre leddene i omsetningsrekken.²²⁶

Direktivene oppstiller også et krav om uavhengige nasjonale energireguleringsmyndigheter, som skal være juridisk og funksjonelt uavhengige enhver annen offentlig eller privat enhet.²²⁷ De nasjonale reguleringsmyndighetene for energi er derfor «less national in scope and more focused on the ultimate goal of achieving an internal market».²²⁸

Liberalisering av de nasjonale monopolene er likevel bare et første steg på veien mot et indre energimarked. Etablering av et integrert europeisk energimarked, hvor elektrisitet og gass flyter fritt gjennom Europa, er avhengig av at de tidligere nasjonale nettverkene kobles sammen på tvers av landegrensene. En slik markedskobling forutsetter både fysisk sammenkobling («hardware») og harmonisering av regelverk («software»)²²⁹

Fordi energiforsyning er nettverksbundet må de nasjonale markedene sammenkobles fysisk gjennom utbygging av grensekryssende infrastruktur («hardware»). Det må derfor legges til rette for investering i kraftledninger og gassrørledninger mellom medlemsstatene. I tillegg til å muliggjøre grensekryssende energiutveksling, bidrar dette til å øke nettverkens kapasitet.

²²⁶ Elmarkedsdirektivet og gassmarkedsdirektivet art. 9. Det er åpnet opp for ulik grad av adskillelse gjennom regelverket.

²²⁷ Elmarkedsdirektivet art. 35 og gassmarkedsdirektivet art. 39

²²⁸ Vedder (2016) s. 290

²²⁹ COM (2014) 634 final, Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of Regions, *Progress towards completing the Internal Energy Market*, s. 7

Et indre energimarked forutsetter videre at medlemsstatenes regulatoriske rammeverk for nettvirksomhet harmoniseres («software»). Det ble opprinnelig stilt ulike tekniske og kommersielle vilkår for adgang til de nasjonale nettverkene.²³⁰ Medlemsstatene opererte for eksempel med ulike systemer for regulering av nettselskapenes inntekt (tarifisering) og ulike prosedyrer for tildeling av kapasitet og håndtering av flaskehals i nettet. For at det skal kunne etableres et felles marked må de nasjonale nettene tekniske regelverk, handelssystemer og markedsdesign harmoniseres.²³¹ Dette innebærer at medlemsstatenes TSOer, som er ansvarlige for å drifte de nasjonale nettverkene for elektrisitet og gass, må utveksle informasjon og koordinere sin drift på tvers av landegrensene.²³²

Rettsaktene i tredje energimarkedspakke styrker arbeidet med å etablere både en «hardware» og en «software». Elektrisitetsforordningen og gassmarkedsdirektivet åpner for eksempel opp for å gi dispensasjon fra visse regulatoriske krav dersom dette bidrar til ny grensekryssende infrastruktur, se nærmere under punkt 10.5.²³³ Forordningene etablerer i tillegg et særlig regime for utvikling av harmonisert regelverk gjennom adgangen til å vedta *nettkoder* og *bindende retningslinjer*, som vil drøftes nærmere under punkt 6.2.2 og i kapittel 8.

Den kanskje viktigste nyvinningen med tredje energimarkedspakke var opprettelsen av det nye organet ACER. Hvilken rolle dette organet er gitt i forbindelse med *etableringen* av et indre energimarked og dette markedets *funksjon* vil drøftes i de følgende kapitlene i denne oppgaven.

²³⁰ Gräper og Webster (2016) s. 604

²³¹ Se nettsiden Energifakta Norge: *Kraftmarkedet*, som legger dette til grunn for kraftmarkedet.

²³² COM (2007) 530 final, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Regulation (EC) establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators, s. 13

²³³ Elektrisitetsforordningen art. 17 og gassmarkedsdirektivet art. 36

5.3 ACER som institusjonalisering av regulatorisk samarbeid

5.3.1 Bakgrunn og behov

Effektivt samarbeid mellom EUs medlemsstater innenfor energimarkedet er altså grunnleggende for å kunne etablere et indre energimarked. Slikt samarbeid har også foregått helt siden markedene først ble liberalisert, både innenfor og utenfor EU.

Utenfor EU-samarbeidet har det belgiske non-profit selskapet Council of European Energy Regulators (CEER) siden 2000 vært en arena for samarbeid og utveksling av erfaring for å legge til rette for et indre marked.²³⁴ I tillegg til medlemmer fra EU-statene, Norge og Island, har de sveitsiske og makedonske reguleringsmyndighetene observatørstatus. CEER og ACER samarbeider i dag tett.

Innad i EU ble det i forlengelsen av første energimarkedspakke opprettet uavhengige forum for diskusjon mellom relevante aktører på energiområdet. Florence Forum ble etablert i 1998 som arena for det indre kraftmarkedet, og Madrid Forum fikk i 1999 en tilsvarende rolle i gassmarkedet.²³⁵ I forbindelse med vedtakelsen av andre energimarkedspakke ble den rådgivende gruppen European Regulators Group for Electricity and Gas (EREG) opprettet i 2003.²³⁶ Dette var et nettverk som bestod av medlemsstatenes energireguleringsmyndigheter og som skulle legge til rette for konsultasjon, koordinasjon og samarbeid dem imellom, i tillegg til å bistå og gi råd til Kommisjonen.²³⁷

I likhet med de øvrige samarbeidene var EREG basert på frivillighet, og gruppen hadde ingen formell myndighet til å skjære gjennom dersom konsensus ikke ble oppnådd. Kommisjonen pekte derfor på behovet for et styrket samarbeid mellom medlemsstatenes energireguleringsmyndig-

²³⁴ Zinzani (2012) s. 114. Se nærmere om selskapet på deres nettside CEER: *About*

²³⁵ Forumene eksisterer fortsatt og har møter en eller to ganger i året. Se Vedder (2016) s. 198–199

²³⁶ EREG ble opprettet ved kommisjonsbeslutning 2003/796/EC (heretter EREG-beslutningen)

²³⁷ EREG-beslutningen art. 1

heter i en meddelelse til Rådet og Parlamentet i 2006.²³⁸ Det ble vist til at forskjellene i de nasjonale markedene knyttet til blant annet tariff for nettilgang, regler for kapasitetstildeling i nettverket, avtaler om nettverksbalansering og forsyningssikkerhet førte til markedssegmentering, og hindret utviklingen av et indre energimarked.²³⁹ Selv om medlemsstatene frivillig hadde kommet et stykke på vei, var utviklingen avhengig av et styrket samarbeid. Kommisjonen la til grunn at «a greater impetus is therefore required, including more detailed EU co-ordination requiring increased resources».²⁴⁰

Kommisjonen fremsatte i meddelelsen tre ulike forslag til hvordan samarbeidet kunne styrkes.²⁴¹ Det *første* alternativet var å stille gradvis strengere krav til samarbeid mellom de nasjonale reguleringsmyndighetene, og samtidig introdusere kontrollmekanismer for Kommisjonen der regulering påvirket det indre energimarkedet. Det *andre* alternativet var å formalisere ERGEGs rolle og tildele dette organet bindende myndighet i særlige tilfeller, typisk i forbindelse med tekniske spørsmål av grensekryssende karakter. Det *tredje* alternativet var å opprette «a new, single body at Community level» og utpeke denne som reguleringsmyndighet for det indre energimarkedet.

Kommisjonen la til grunn at det første forslaget måtte anses som utilstrekkelig, siden utviklingen da måtte fortsette å basere seg på en frivillig avtale mellom 27 nasjonale reguleringsmyndigheter, som ofte hadde ulike interesser. Det minst inngripende tiltaket ville da være å formalisere og styrke ERGEG, og å opprette et såkalt «ERGEG +». Kommisjonen gikk derfor inn for det andre alternativet da de i september 2007 fremmet sitt forslag om å institusjonalisere ERGEG og opprette det nye EU-byrået ACER.²⁴² I forslaget ble det vist til at Kommisjonen ikke selv var egnet til å koble sammen markedene, og at harmonisering av regelverk var avhengig av de nasjonale reguleringsmyndighetenes

²³⁸ COM (2006) 841 final, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, *Prospects for the internal gas and electricity market*

²³⁹ COM (2006) 841 final s. 13

²⁴⁰ COM (2006) 841 final s. 14

²⁴¹ COM (2006) 841 final s. 14

²⁴² COM (2007) 530 final

tekniske kunnskap. For å sikre både uavhengighet og ekspertise ble det lagt til grunn at «the only solution would be to establish an Agency».²⁴³

5.3.2 Et byrå «mellom» EU og medlemsstatene

Gjennom vedtakelsen av opprettelsesforordningen ble derfor ACER konstituert som et EU-byrå. ACER ble opprettet for å fylle det regulatoriske «hullet» i forbindelse med grensekryssende spørsmål, og skulle bidra til et effektivt indre marked for elektrisitet og gass.²⁴⁴ Byrådet utgjør derfor en forbindelse mellom EU og medlemsstatene.

ACER har alle de særlige kjennetegn for EU-byråer som nevnt under punkt 2.2. Byrådet har ikke noe rettslig grunnlag i traktatene, men ble konstituert som et harmoniseringstiltak for det indre energimarkedet med hjemmel i det som tilsvarende TEUV art. 114. ACER er et eget rettssubjekt²⁴⁵ og er opprettet på permanent basis. I motsetning til øvrige EU-byråer har ACER ikke bare enn viss grad av selvstendighet, men er presisert å være uavhengig. Dette fremgår av byråets opprettelsesforordning som presiserer at ACER «should have the necessary powers to perform its regulatory functions in an efficient, transparent, reasoned and, above all, independent manner» (mine understrekinger).²⁴⁶ ACERs grad av selvstendighet må forstås på bakgrunn av det markedet byrådet handler i. Fordi byrådet er gitt tilsynsoppgaver for energimarkedet er det nødvendig at byrådet handler selvstendig.

EU har gjennom opprettelsen av ACER etablert en integrert forvaltning for det indre energimarkedet. Byrådet institusjonaliserer et *samarbeid* mellom nasjonale energireguleringsmyndigheter innenfor EUs institusjonelle rammeverk, noe som illustreres både gjennom ACERs *overordnede funksjon* og ACERs *sammensetning*:

²⁴³ COM (2007) 530 final s. 11

²⁴⁴ Opprettelsesforordningens fortale avsn. 5

²⁴⁵ Opprettelsesforordningen art. 2

²⁴⁶ Opprettelsesforordningens fortale avsn. 18

- ACER skal for det første ikke oppetre som en ny reguleringsmyndighet, men skal i stedet etablere et rammeverk for samarbeid og koordinering de nasjonale reguleringsmyndighetene seg imellom.²⁴⁷ Jeg behandler dette umiddelbart nedenfor under punkt 5.4.
- ACER består for det andre av representanter fra de nasjonale reguleringsmyndighetene, og inkorporerer derfor det tidligere nettverket ERGEG i ACERs beslutningsorgan. På denne bakgrunn utgjør ACER et «network agency», som bygger videre på det uformelle nettverket.²⁴⁸ Jeg gjør nærmere rede for ACERs sammensetning under punkt 5.5.

5.4 ACERs institusjonelle rolle

Den integrerte forvaltningen for det indre energimarkedet består i utgangspunktet av ACER, Kommisjonen og de nasjonale energireguleringsmyndighetene. Disse tre organene er gitt ulike roller i forbindelse med implementering av EU-lovgivningen, og utgjør til sammen et «regulatory triangle».²⁴⁹

I tråd med utgangspunktet om *indirekte* forvaltning er de nasjonale reguleringsmyndighetene gitt hovedansvaret for å implementere EU-lovgivningen.²⁵⁰ Kommisjonen har beholdt sin *politisk utøvede makt* på EU-plan, men har delegert sin *administrative utøvende makt* til ACER. Kommisjonen er derfor fortsatt «the guardian of the treaty».²⁵¹

Forvaltningen av det indre energimarkedet involverer i tillegg de nye organene European Networks of Transmission System Operators (ENTSO) for elektrisitet (ENTSO-E)²⁵² og gass (ENTSO-G),²⁵³ som ble opprettet i forbindelse med vedtakelsen av tredje energimarkedspakke.

²⁴⁷ Opprettelsesforordningens forale avsn. 10

²⁴⁸ Lavrijssen og Hancher (2009) s. 24

²⁴⁹ Lavrijssen and Bordei (2012) s. 2

²⁵⁰ TEUV art. 291 (1). Se ovenfor under punkt 2.3

²⁵¹ Som påpekt i COM (2007) 530 final s. 13

²⁵² Opprettet gjennom elektrisitetsforordningen art. 5

²⁵³ Opprettet gjennom gassforordningen art. 5

Der ACER institusjonaliserer et samarbeid mellom de nasjonale reguleringsmyndighetene, institusjonaliserer ENTSOene et samarbeid mellom medlemsstatenes transmisjonssystemoperatører (TSOer) for elektrisitet og gass. Kommisjonen har delegert viktige administrative oppgaver til ENTSO-E og ENTSO-G innenfor henholdsvis kraftmarkedet og gassmarkedet. De er i motsetning til ACER ikke gitt bindende myndighet.

ACERs rolle i det indre energimarkedet handler i stor grad om å bistå de øvrige aktørene med utførelsen av sine oppgaver, slik at ACER i utgangspunktet har en *rådgivende rolle*.²⁵⁴ ACER er videre gitt i oppgave å kontrollere at de øvrige organene handler i tråd med EU-lovgivningen. ACER er i sin *kontrollerende rolle*²⁵⁵ gitt en rekke tilsynsoppgaver, som blant annet innebærer overvåking av de øvrige organene.

Det er gjerne ACERs rådgivende og kontrollerende rolle som blir fremhevet som ACERs institusjonelle roller. Etter mitt syn kan man også anse ACER for å inneha en rolle som *subsidiær reguleringsmyndighet*, ettersom byrået i særlige tilfeller kan bli kompetent til å fatte vedtak med bindende virkning rettet mot markedsaktører. I de følgende punktene vil jeg gjøre rede for ACERs tre ulike roller og hva disse går ut på.

5.4.1 ACERs rådgivende rolle

ACERs er for det første gitt en *rådgivende* rolle overfor de nasjonale energireguleringsmyndighetene og Kommisjonen. I sin rådgivende rolle gir ACERs bistand til disse aktørene i forkant av deres handlinger, og skal bidra til at de utfører sine oppgaver i tråd med EU-lovgivningen.

ACERs rådgivende rolle overfor de nasjonale reguleringsmyndighetene kommer til uttrykk gjennom opprettelsesforordningen artikkel 1 (2), som legger til grunn at ACERs formål er «to assist» de nasjonale energireguleringsmyndighetene med å utføre sine reguleringsoppgaver på EU-plan. Dette skal byrået gjøre blant annet ved å gi anbefalinger og sørge for utveksling av god praksis mellom reguleringsmyndighetene.²⁵⁶

²⁵⁴ Horstmann (2011) s. 50 og Hancher og Hauteclouque (2010) s. 314

²⁵⁵ Se i denne retning Horstmann (2011) s. 51 og Hancher og Hauteclouque (2010) s. 314

²⁵⁶ Opprettelsesforordningens fortale avsn. 11

ACERs rådgivning bygger på hovedregelen om *indirekte* forvaltning, som legger til grunn at det i utgangspunktet er de nasjonale reguleringsmyndighetene som skal sørge for at EU-lovgivning blir implementert i medlemsstatene.²⁵⁷

ACER er videre gitt en rådgivende rolle overfor Kommisjonen. De rettslige begrensningene for delegering av myndighet til EU-byråer sørger for at EUs *politisk* utøvende makt forblir hos Kommisjonen. Dette innebærer for det første at det er Kommisjonen som kan innlede traktatbruddsprosedyre etter TEUV artikkel 258 dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene eller TSOene handler i strid med EU-lovgivningen.²⁵⁸

For det andre er det Kommisjonen som kan vedta utfyllende regelverk som endrer «the normative content» av EU-lovgivningen.²⁵⁹ Kommisjonen er blant annet gjennom elektrisitetsforordningen og gassforordningen gitt myndighet til å vedta *nettkoder* og *bindende retningslinjer* som skal harmonisere medlemsstatenes regulering av nettvirksomhet, noe jeg vil gjøre rede for under punkt 6.2.2. I forbindelse med utarbeidelsen av slik lovgivning er ACER gitt en viktig rådgivende rolle.

Ettersom ACER har oversikt over de nasjonale reguleringsmyndighetene er det pekt på at byrået også bør ha en rådgivende rolle overfor andre EU-institusjoner.²⁶⁰ ACER kan derfor gi uttalelser eller anbefalinger til Parlamentet og Rådet «on any of the issues relating to the purpose for which it has been established».²⁶¹

5.4.2 ACERs kontrollerende rolle

ACER er for det andre gitt en *kontrollerende* rolle overfor de nasjonale reguleringsmyndighetene og de to ENTSOene. ACER skal i den forbindelse følge med på deres utføring av sine respektive oppgaver, komme

²⁵⁷ TEUV art. 291 (1). Se nærmere under punkt 2.4

²⁵⁸ COM (2007) 530 final s. 13

²⁵⁹ Generaladvokat Jääskinen sin uttalelse til *ESMA* avsn. 85, se ovenfor under punkt 3.4.1.

²⁶⁰ Opprettelsesforordningens fortale avsn. 11

²⁶¹ Opprettelsesforordningen art. 5

med korrigerende innspill og kontrollere at de utfører sine oppgaver i tråd med EU-lovgivningen.

ACER skal for det første føre tilsyn med de nasjonale reguleringsmyndighetene i samarbeid med Kommisjonen.²⁶² Byrået er gjennom bestemmelser i ulike rettsakter gitt i oppgave å overvåke de nasjonale reguleringsmyndighetene og deres implementering av den enkelte rettsakten. I tillegg skal ACER i visse tilfeller gi uttalelser om hvorvidt de nasjonale reguleringsmyndighetene ved anvendelsen av sin nasjonale rett har overholdt EU-lovgivningen på energiområdet.²⁶³

ACER skal videre føre tilsyn med ENTSOenes utføring av sine oppgaver etter EU-lovgivningen.²⁶⁴ ENTSOene er gitt viktige oppgaver i forbindelse med utvikling av det tekniske regelverket for harmonisering av nettreger, et regelverk jeg ovenfor påpekte at skal vedtas av Kommisjonen. ENTSOene er også gitt andre viktige oppgaver, som for eksempel å utvikle en tiårig plan for utvikling av nettverk på europeisk nivå («ten year network development plan», TYNDP).²⁶⁵ ACER skal sørge for at ENTSOene utfører sine oppgaver i tråd med lovgivningen, og er derfor gitt omfattende myndighet til å overvåke dem og gi uttalelser om deres arbeid.²⁶⁶

ACERs tilsyn med de nasjonale reguleringsmyndighetene og ENTSOene skal ikke erstatte hverken Kommisjonens eller de nasjonale overvåkingsorganenes plikt til å føre tilsyn.²⁶⁷ Dersom ACER finner at organene ikke implementerer i tråd med lovgivningen må byrået rapportere om dette til Kommisjonen, som da kan iverksette tiltak. ACER er i sin kontrollerende rolle ikke gitt myndighet til å vedta virkemidler med rettslig bindende virkning.

²⁶² Opprettelsesforordningens fortale avsn. 8

²⁶³ Opprettelsesforordningen art. 7 (4)

²⁶⁴ Opprettelsesforordningens fortale avsn. 9

²⁶⁵ Se elektrisitetsforordningen art. 8 og gassforordningen art. 6 for en oversikt over ENTSOenes oppgaver.

²⁶⁶ Elektrisitetsforordningen art. 9 og gassforordningen art. 9

²⁶⁷ Opprettelsesforordningens fortale avsn.8

5.4.3 ACERs subsidiære rolle som reguleringsmyndighet

ACERs primære rolle i det indre energimarkedet er altså å opptre som en forbindelse mellom de nasjonale energireguleringsmyndighetene og Kommisjonen. ACER er likevel gitt en snever adgang til å *fullføre* de nasjonale reguleringsmyndigheters oppgaver, ved at byrået om nødvendig skal fatte rettslig bindende vedtak.²⁶⁸ ACER opptrer her i sin subsidiære rolle som *reguleringsmyndighet*.

ACERs hovedsakelige rådgivende og kontrollerende rolle må antas å være årsaken til at ACER av mange ikke blir ansett som en reguleringsmyndighet. ACERs egen oppfatning er at byrået «is NOT a European Energy Regulator».²⁶⁹ Fresa påpeker at byrået ikke har en «standalone regulatory role, but rather acts as a forum for cooperation among [national regulatory authorities]».²⁷⁰ Godin, Polet og Bolsée har en litt annen innfallsvinkel idet de hevder at Kommisjonen opptrer som en «strict supranational regulator, and ACER voices (and coordinates) the views of the member states».²⁷¹

Hvorvidt ACER er en reguleringsmyndighet eller ikke er egentlig bare et spørsmål om begrepsbruk. ACER er jo aktivt involvert i reguleringen av energimarkedet også gjennom sin rådgivende og kontrollerende rolle, slik at byrået jo er en myndighet som regulerer. Diskusjonen er etter min mening likevel interessant, idet den fremhever ACERs *subsidiære* rolle i det indre energimarkedet og vektlegger at både de nasjonale reguleringsmyndighetene og Kommisjonen er gitt viktige oppgaver.

5.5 ACERs sammensetning

ACERs organisasjonsstruktur er regulert i opprettelsesforordningen. Byråets ledelse består av to styringsorganer, «Board of Regulators» og «Administrative Board», i tillegg til en direktør. Det er videre opprettet

²⁶⁸ Opprettelsesforordningen art. 1 (2) og fortalen avsn. 6

²⁶⁹ Pototschnig: *ACER's functions and responsibilities in the European Union* s. 6

²⁷⁰ Fresa (2015) s. 11

²⁷¹ Godin (2018) s. 195

et eget klageorgan for overprøving av ACERs individuelle vedtak. Den daglige driften av byrået forstås av i underkant av 100 byråkrater.

Med sine to styringsorganer skiller ACERs sammensetning seg fra de øvrige EU-byråenes, som normalt består av ett «management board».²⁷² ACERs sammensetning er endret på bakgrunn av den særlige reguleringen av energimarkedet. Fordi ACER utøver tilsynsoppgaver er det viktig å skille mellom byråets «policy-making powers», som må være uavhengig, og den øvrige styringsfunksjonen.²⁷³

«Board of Regulators» (BoR) er ansvarlig for ACERs regulatoriske beslutninger, og skal gi uttalelser om utkastene til alle ACERs virkemidler før disse blir vedtatt av direktøren.²⁷⁴ Siden direktøren skal vedta ACERs virkemidler i overensstemmelse med BoRs uttalelser, er det derfor BoR som innehar den viktige «policy function». Det er opprettet arbeidsgrupper som skal bistå i forbindelse med de regulatoriske beslutningene, og det er i dag tre slike arbeidsgrupper.

BoR er satt sammen av én representant fra hver enkelt nasjonale reguleringsmyndighet, samt en representant fra Kommisjonen uten stemmerett.²⁷⁵ Det EU-rettslige kravet om at de nasjonale reguleringsmyndighetene skal være juridisk og funksjonelt uavhengige skal i teorien sikre at regulering skjer uavhengig av både medlemsstatenes og markedets interesser.

BoR skal handle med to tredjedels flertall.²⁷⁶ Dette innebærer at ACERs virkemidler kan vedtas til tross for at ikke alle nasjonale reguleringsmyndigheter har kommet til enighet. BoR møtes som regel én gang i måneden.²⁷⁷

«Administrative Board» er ansvarlig for driften av ACER. Dets hovedoppgaver er å utnevne representanter til byråets øvrige organer,

²⁷² Som gjort rede for under punkt 2.4

²⁷³ Horstmann (2011) s. 47

²⁷⁴ Opprettelsesforordningen art. 15 (1) og art. 17

²⁷⁵ Opprettelsesforordningen art. 14 (1)

²⁷⁶ Opprettelsesforordningen art. 14 (3)

²⁷⁷ BoRs prosedyrereglement, A10-BoR-01-03, 4. mai 2010, art. 4 (1)

vedta byråets budsjett og for øvrig sikre at byrået handler i samsvar med sitt mandat.²⁷⁸

Det administrative styret består av ni medlemmer utnevnt av EU-institusjonene. Parlamentet og Kommisjonen utnevner to hver, mens Rådet utnevner fem.²⁷⁹ I motsetning til andre EU-byråer er medlemsstatene ikke representert i det administrative styret; dette henger sammen med den todelte styringsfunksjonen, og at medlemsstatene i stedet er representert i BoR. Det administrative styret skal møtes minst to ganger i året, og treffer beslutning med to tredjedels flertall.²⁸⁰ Medlemmene forplikter seg til å handle uavhengig.²⁸¹

ACERs direktør er byråets formelle leder og representant utad.²⁸² Direktøren er ansvarlig for gjennomføring av byråets årlige arbeidsprogram, i tillegg til å vedta og å publiserer alle uttalelser, anbefalinger og vedtak.²⁸³ Alberto Pototschnig har vært ACERs direktør siden byråets opprettelse. Hans termin utløp egentlig i september 2018, men i påvente av en ny utnevning fungerer han foreløpig som direktør *ad interim*.²⁸⁴ Direktøren blir assistert av «directors office» som består av flere forskjellige team.

ACERs klageorgan er opprettet for overprøving av ACERs individuelle vedtak. Klageorganet består av seks nåværende eller tidligere nasjonale embetsmenn med relevant erfaring innen energisektoren.²⁸⁵ Klageorganet skal treffe sin avgjørelse innen to måneder.²⁸⁶

Opprettelsesforordningen inneholder ingen bestemmelser om ACERs personale. Personalet er imidlertid adressert i fortalen, der det legges til grunn at byrået «should have highly professional staff» og at det «should

²⁷⁸ Opprettelsesforordningen art. 13, se Tremmel (2016) s. 356

²⁷⁹ Opprettelsesforordningen art. 12 (1)

²⁸⁰ Opprettelsesforordningen art. 12 (3) og (4)

²⁸¹ Opprettelsesforordningen art. 12 (7)

²⁸² Opprettelsesforordningen art. 17 (1)

²⁸³ Opprettelsesforordningen art. 17 (3)

²⁸⁴ Per 31. mai 2019

²⁸⁵ Opprettelsesforordningen art 18 (1)

²⁸⁶ Opprettelsesforordningen art. 18 (2)

benefit from the competence and experience of staff seconded by the national regulatory authorities, the Commission and the Member States».²⁸⁷

I forkant av ACERs opprettelse foreslo Kommisjonen at byrået skulle ha et personale på 48 personer.²⁸⁸ De nyeste tallene viser at ACERs personale den 1. november 2018 bestod av 90 ansatte og 4 utsendte nasjonale eksperter.²⁸⁹ De aller fleste er fra Slovenia, men hele 19 medlemsstater er representert. Det er viktig at de forskjellige medlemsstatene er representert for at ACER skal kunne ha oversikt over de ulike regulatoriske utfordringene.

ACERs personale fordeler seg på følgende fem avdelinger:

- Administration department
- Electricity department
- Gas department
- Market surveillance and conduct department
- Market integrity and transparency department

²⁸⁷ Opprettelsesforordningens fortale avsn. 22

²⁸⁸ Ermacora (2010) s. 320

²⁸⁹ Agency for the Cooperation of Energy Regulators: Programming Document (2019–2021), s. 151

6 Oversikt over og rettslig grunnlag for ACERs myndighet

6.1 Tematisk oversikt over ACERs myndighet

I dette kapittelet vil jeg gi en oversikt over ACERs myndighet og de ulike virkemidlene som er stilt til ACERs disposisjon. ACER har i likhet med øvrige EU-byråer ingen alminnelig handlefrihet. Forutsetningen for at ACER skal kunne utøve myndighet er derfor at byrået er tildelt myndighet gjennom sekundærlovgivningen.

ACER er tildelt myndighet gjennom en rekke ulike rettsakter. Dette fragmenterte rettskildet bildet er en pedagogisk utfordring ved presentasjon av ACERs myndighet. Denne utfordringen kan løses på flere måter. Én mulighet er å ta utgangspunkt i rettskildene selv, og la de være styrende for strukturen i fremstillingen. En annen mulighet er å ta utgangspunkt i en tematisk oppdeling av ACERs myndighet. En tredje er å ta utgangspunkt i virkemidlene ACER tildeles.

Gjennom fremstillingen kommer jeg inn på alle disse tre presentasjonene av ACERs myndighet. Fremstillingen vil imidlertid la hva ACER *tematisk* regulerer være utgangspunktet for strukturen. Dette gir etter mitt syn den mest pedagogiske innfallsvinkelen til å forstå hva ACER driver med, hva som er det rettslige grunnlaget for dette og hvilke virkemidler byrået benytter seg av.

Tematisk er ACER gitt myndighet i forbindelse med følgende tre satsingsområder:

- Etablering av et indre energimarked gjennom fysisk og teknisk sammenkobling av de nasjonale energimarkedene
- Sikring av et energimarked uten markedsmissbruk og innsidehandel
- Promotering av infrastrukturprosjekter som er sentrale for et felleseuropeisk marked

ACER ble ved sin opprettelse i 2009 gitt myndighet i forbindelse med *etableringen* av et indre energimarked. Byråets opprettelsesforordning og de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke gir ACER forvaltningsmyndighet med det formål å koble sammen nasjonale markeder. Denne markedskoblingen skal som nevnt under punkt 5.2 skje ved å sørge for etableringen av både en «hardware» (grensekryssende infrastruktur) og en «software» (harmonisert regelverk).

ACER ble i 2011 gitt myndighet innenfor et nytt område av energimarkedet. Etter hvert som det indre energimarkedet har begynt å falle på plass, har det også oppstått et behov for en koordinert overvåking av transaksjoner i markedet. ACER ble derfor gjennom forordningen om integritet og gjennomsiktighet i energimarkedet (REMIT-forordningen)²⁹⁰ gitt myndighet i forbindelse med å sikre et velfungerende marked for kjøp og salg av energi i store kvantum (engrosmarkedet for energi).²⁹¹

Tilsvarende ble ACER i 2013 gitt myndighet innenfor enda et nytt område gjennom vedtakelsen av infrastrukturforordningen.²⁹² Denne forordningen oppstiller et særlig regime for utvalgte grensekryssende infrastrukturprosjekter, og gir ACER myndighet i forbindelse med implementeringen av dette regimet.

ACER har selv fremhevet at disse tre satsingsområdene skal prioriteres de neste årene.²⁹³ I tillegg til å fokusere på fremtidens reguleringsutfordringer, har ACER nemlig følgende tre «multiannual objectives»:

- Bidra til fullføringen av det indre energimarkedet og overvåke dets funksjon²⁹⁴

²⁹⁰ Forordning (EU) Nr. 1227/2011 om integritet og gjennomsiktighet i energimarkedet (REMIT-forordningen)

²⁹¹ I engrosmarkedet for *elektrisitet* kjøper kraftleverandører og større industrikunder store kraftvolum. Dette skjer hovedsakelig gjennom day-ahead og intradagmarkedene. Salg til sluttbrukere skjer i sluttbrukermarkedet. Se Energifakta Norge: *Kraftmarkedet* og Wasenden (2007) s. 64–93

²⁹² Forordning (EU) Nr. 347/2013 om retningslinjer for pan-europeisk energiinfrastruktur (infrastrukturforordningen)

²⁹³ Programming Document (2019–2021) s. 17–24

²⁹⁴ Programming Document (2019–2021) s. 17

- Øke integriteten og gjennomsiktigheten i engrosmarkedet for energi²⁹⁵
- Bidra til utfordringen med infrastruktur²⁹⁶

ACERs myndighet etter de ovenfor nevnte rettsaktene kan etter dette illustreres slik:

Etablering av markedet	Sikring av et velfungerende engrosmarked	Promotering av særlige infrastrukturprosjekter
Opprettelsesforordningen	REMIT-forordningen	Infrastrukturforordningen
Elmarkedsdirektivet		
Elektrisitetsforordningen		
Gassmarkedsdirektivet		
Gassforordningen		

Jeg vil derfor med utgangspunkt i denne tematiske inndelingen gjøre rede for de ulike rettsaktene som gir ACER myndighet, og gi en oversikt over ACERs sentrale forvaltningsoppgaver. ACERs myndighet ved etableringen av et indre energimarked behandles derfor under punkt 6.2, hvor jeg ser nærmere på rettsaktene i tredje energimarkedspakke. Jeg behandler deretter REMIT-forordningen under punkt 6.3, før jeg går nærmere inn på infrastrukturforordningen i punkt 6.4.

ACER ble i 2017 gitt ytterligere myndighet gjennom vedtakelsen av forordningen om forsyningssikkerhet for naturgass (SoS-forordningen).²⁹⁷ Som jeg straks kommer til under punkt 6.2.1 vil jeg ved den nærmere vurderingen av ACERs myndighet i utgangspunktet avgrense mot gassmarkedet. Jeg behandler derfor ikke ACERs myndighet etter SoS-forordningen i denne oppgaven.

²⁹⁵ Programming Document (2019–2021) s. 21

²⁹⁶ Programming Document (2019–2021) s. 19

²⁹⁷ Forordning (EU) 2017/1938 om tiltak til opprettholdelse av forsyningssikkerheten for naturgass

6.2 ACERs myndighet ved etablering av et indre marked for energi

6.2.1 Tredje energimarkedspakke og avgrensning mot gassmarkedet

ACERs myndighet ved markedskobling følger som nevnt av de fem rettsaktene i tredje energimarkedspakke:

- Opprettelsesforordningen
- Elektrisitetsforordningen
- Gassforordningen
- Gassmarkedsdirektivet
- Elmarkedsdirektivet

Alle disse rettsaktene oppstiller selvstendige myndighetshjemler som gir ACER adgang til å vedta ulike virkemidler. Selv om opprettelsesforordningen kan anses som ACERs *grunnlov*, ved at den oppretter byrået og gir det myndighet, er det ikke slik at alle ACERs virkemidler opprinnelig kan sluttet fra prosessuelle bestemmelser i opprettelsesforordningen, av typen «ACER er gitt myndighet dersom ...».

Selv om opprettelsesforordningen oppstiller *noen* prosessuelle bestemmelser, som for eksempel myndighetshjemmelen til å fatte vedtak om «those regulatory issues that fall within the competence of national regulatory authorities»,²⁹⁸ oppstiller den i all hovedsak myndighetshjemler med materielt innhold. Opprettelsesforordningens myndighetshjemler er også utelukkende knyttet til etableringen av et indre marked for energi. ACERs myndighet innenfor de to andre satsingsområdene fremgår derfor ikke av denne forordningen.

Opprettelsesforordningen og de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke henger tett sammen. Dette illustreres ved at opprettelsesforordningen som regel oppstiller henvisninger til de av ACERs myndighetshjemler som følger av de øvrige rettsaktene i tredje energi-

²⁹⁸ Opprettelsesforordningen art. 8 (1), se nærmere under punkt 10.4

markedspakke. Et eksempel på dette er opprettellesforordningen artikkel 6 (2) som angir at byrået «shall monitor the execution of the tasks of the ENTSO for Electricity in accordance with Article 9 of Regulation (EC) No 714/2009 and of the ENTSO for Gas in accordance with Article 9 of Regulation (EC) No 715/2009» (mine understrekinger).

Krysshenvisningene mellom opprettellesforordningen og de øvrige rettsaktene er et resultat av at de gjennom lovgivningspakken ble utarbeidet og vedtatt samlet. Dersom samme forvaltningsoppgave fremgår av to eller flere rettsakter i lovgivningspakken, vil det avhenge av en tolkning hvilken av rettsaktene som oppstiller den *egentlige* myndighetshjemmelen. I eksempelet like ovenfor er det klart at ACERs myndighet fremgår av elektrisitetsforordningen og gassforordningen, og at opprettellesforordningen kun har henvist til de to myndighetshjemplene.

Ved vurdering av ACERs myndighet etter tredje energimarkedspakke vil jeg i utgangspunktet avgrense mot gassmarkedet. Til tross for at de to settene av direktiver og forordninger er utformet likt, og gir ACER tilsvarende myndighet, er de nærmere materielle bestemmelsene tilpasset de to markedene. Ved vurdering av ACERs myndighet etter tredje energimarkedspakke vil jeg derfor ta utgangspunkt i rettsaktene for kraftmarkedet, selv om jeg vil ta hensyn til praksis fra gassmarkedet der dette er relevant.

Behovet for denne avgrensningen blir tydelig når jeg presenterer de mange rettsaktene til utfylling av rettsaktene i tredje energimarkedspakke. Et særtrekk ved ACERs myndighetshjemler etter tredje energimarkedspakke er nemlig at de er presisert gjennom utfyllende regelverk. De utfyllende rettsaktene vedtas som kommisjonsforordninger, og utpensler ACERs myndighet i detalj. Regelverket for ACERs myndighet har derfor to nivåer.²⁹⁹

De utfyllende rettsaktene omtales som nettkoder («network codes») og bindende retningslinjer («Guidelines»). Fordi disse rettsaktene av flere grunner er sentrale for ACERs myndighet i det indre energimarkedet, vil jeg behandle disse nærmere umiddelbart nedenfor.

²⁹⁹ Se tilsvarende om regelverket på finansmarkedsområdet i Meld. St. 24 (2018–2019) punkt 3.7

6.2.2 Særlig om nettkoder og bindende retningslinjer

Som nevnt under punkt 5.2 er det gjennom elektrisitetsforordningen og gassforordningen etablert et særlig regime for utvikling av harmonisert regelverk for energimarkedet. De to forordningene gir i den anledning Kommisjonen hjemmel til å vedta både nettkoder³⁰⁰ og bindende retningslinjer.³⁰¹ Nettkodene og de bindende retningslinjene er rettsakter som skal sørge for at medlemsstatenes regulatoriske rammeverk for nettvirksomhet harmoniseres, og de oppstiller tekniske løsninger for å sikre at de nasjonale nettverkene er compatible.

Nettkodene og de bindende retningslinjene vedtas som kommisjonsforordninger, og er derfor EU-rettslige rettsakter med direkte virkning i medlemsstatene.³⁰² De utgjør hverken delegerte- eller gjennomføringsrettsakter, ettersom dette skillet ble introdusert *etter* vedtakelsen av tredje energimarkedspakke.³⁰³ Nettkodene og de bindende retningslinjene vedtas i stedet etter den særlige forskriftsprosedyren med kontroll («regulatory procedure with scrutiny»)³⁰⁴ Etter sitt innhold kan nettkodene og de bindende retningslinjene sammenlignes med delegerte rettsakter, og utgjør en type forskrifter.³⁰⁵

Kommisjonen har foreløpig vedtatt tretten rettsakter til utfylling av tredje energimarkedspakke. Av disse er åtte vedtatt som nettkoder (fire for kraftmarkedet og fire for gassmarkedet) og seks vedtatt som bindende retningslinjer (fire for kraftmarkedet og en for gassmarkedet). En oversikt over disse rettsaktene følger av denne tabellen:

³⁰⁰ Elektrisitetsforordningen art. 6 og gassforordningen art. 6

³⁰¹ Elektrisitetsforordningen art. 18 og gassforordningen art. 23

³⁰² TEUV art. 288. Se også Hartley (2014) s. 215

³⁰³ Dette skillet ble introdusert ved Lisboa-traktaten i 2007

³⁰⁴ For eksempel elektrisitetsforordningen art. 23 (2), jf. art. 6 (11) og art. 18 (5). Se Rådsbeslutning 1999/468/EC art. 5a. Denne prosedyren er en særlig komitologiprosedyre som gir Parlamentet en viktig rolle.

³⁰⁵ Det finnes også nettkoder som er utarbeidet på frivillig basis av ENTSOene, se elektrisitetsforordningen art. 8 (2) og gassforordningen art. 8 (2). Disse er ikke EU-rettslig regelverk, og jeg avgrenser derfor mot disse.

Elektrisitetsforordningen	Gassforordningen
HVDC-nettkoden ³⁰⁶	CAM-nettkoden ³⁰⁷
DCC-nettkoden ³⁰⁸	BAL-nettkoden ³⁰⁹
RfG-nettkoden ³¹⁰	TAR-nettkoden ³¹¹
ER-nettkoden ³¹²	INT-nettkoden ³¹³
CACM-retningslinjen ³¹⁴	CMP-retningslinjen ³¹⁵
EB-retningslinjen ³¹⁶	
FCA-retningslinjen ³¹⁷	
SO-retningslinjen ³¹⁸	

³⁰⁶ Kommisjonsforordning (EU) 2016/1447 om nettilknytning av HVDC-systemer og produksjonsparker tilknyttet via likestrømkabler (HVDC)

³⁰⁷ Kommisjonsforordning (EU) 2017/459 om allokering av kapasitet i gasstransmisjonssystemer (CAM)

³⁰⁸ Kommisjonsforordning (EU) 2016/1388 om nettilknytning av forbruk (DCC)

³⁰⁹ Kommisjonsforordning (EU) nr. 312/2014 om balansering av gasstransport i transmisjonsnett (BAL)

³¹⁰ Kommisjonsforordning (EU) 2016/631 om krav for nettilknytning av generatorer (RfG)

³¹¹ Kommisjonsforordning (EU) 2017/460 om harmoniserte tariffstrukturer for gasstransmisjon (TAR)

³¹² Kommisjonsforordning (EU) 2017/2196 om nødsituasjon og gjenoppretting (ER)

³¹³ Kommisjonsforordning (EU) 2015/703 om interoperabilitet og informasjonsutveksling (INT)

³¹⁴ Kommisjonsforordning (EU) 2015/1222 om kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering (CACM)

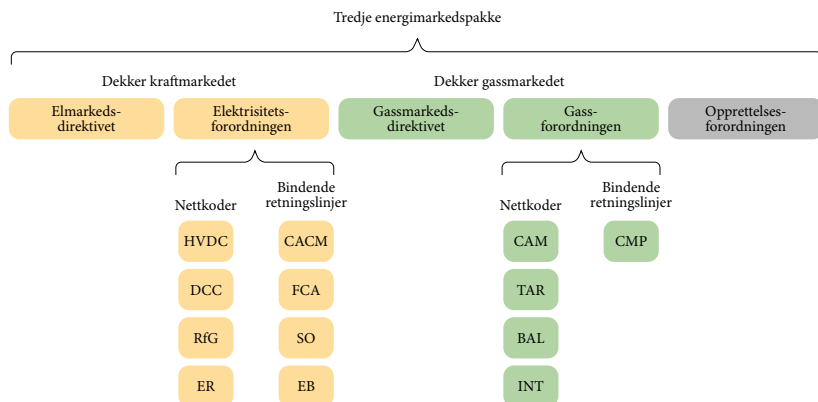
³¹⁵ Kommisjonsbeslutning 2012/490/EU om endring av vedlegg 1 til gassforordningen (CMP)

³¹⁶ Kommisjonsforordning (EU) 2017/2195 om balansering av kraftsystemet (EB)

³¹⁷ Kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 om langsiktig kapasitetstildeling (FCA)

³¹⁸ Kommisjonsforordning (EU) 2017/1485 om systemdrift (SO)

Til sammen er det derfor atten rettsakter som gir EU-rettslige regler for etableringen av et indre energimarked. Disse kan illustreres slik:



Det store og fragmenterte rettskildet bildet er årsaken til at jeg ved den nærmere vurderingen av ACERs virkemidler er nødt til å avgrense mot gassmarkedet og de særlige rettsaktene for dette markedet. Jeg har likevel valgt å presentere dem i dette kapittelet for en helhetlig oversikt. Rettsaktene for gassmarkedet vil også være relevante ved tolkningen av rettsaktene for kraftmarkedet, slik at denne presentasjonen var å anse som nødvendig.

Nettkoder og bindende retningslinjer for kraftmarkedet

Fordi jeg ved tolkningen av ACERs myndighet vil se nærmere på de materielle reglene innenfor kraftmarkedet, vil jeg presentere de relevante nettkodene og bindende retningslinjene noe nærmere.

Nettkoder

Nettkodene for kraftmarkedet vedtas med hjemmel i elektrisitetsforordningen artikkel 6. De regulerer hovedsakelig påliteligheten til transmisjonsnett, ³¹⁹ inneholder svært tekniske regler, og implementeres

³¹⁹ Tanase (2018)

som regel isolert i de ulike medlemsstatene.³²⁰ Nettkodene kan derfor sies å utgjøre «tekniske standarder» for nettvirksomhet.

Adgangen til å vedta nettkoder er både materielt og prosessuelt begrenset. Nettkodene kan bare gi regler for de områder som er listet opp i forordningen artikkel 8 (6), og utarbeides etter en særlig prosedyre som involverer Kommisjonen, ENTSO-E og ACER. Jeg vil presentere denne prosedyren i detalj i kapittel 8, som omhandler ACERs virkemidler ved utarbeidelsen av nettkoder.

Bindende retningslinjer

Bindende retningslinjer vedtas med hjemmel i elektrisitetsforordningen artikkel 18 (3). De bindende retningslinjene er i motsetning til nettkodene mer fleksible instrumenter, og knytter seg til markeds- og operasjonstiltak.³²¹ I dette ligger det at de skal harmonisere handelssystemer og markedsdesign.

De bindende retningslinjene oppstiller ikke selv tekniske regler. De nøyer seg i stedet med å oppstille en forpliktelse for TSOer og andre markedsaktører til å utvikle detaljerte regler, såkalte TCMer («terms, conditions and methodologies»), og gir frister for når disse skal vedtas av medlemsstatene.³²² De bindende retningslinjene forskyver derfor en del av regelverksutviklingen til implementeringsfasen.³²³ Til sammen foreskriver de bindende retningslinjene nærmere 200 TCMer som skal godkjennes på europeisk eller regionalt nivå.³²⁴ Dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet, vil ACER kunne få vedtaksmyndighet til å godkjenne TCMene, se nærmere under punkt 10.4.

³²⁰ Schittekatte (2019) s. 2

³²¹ Tanase (2018)

³²² Gräper og Webster (2016) s. 640. Se for eksempel CACM-retningslinjen art. 9. En utfyllende oversikt er gitt under punkt 10.4.

³²³ Schittekatte (2019) s. 2

³²⁴ ACERs Annual Activity Report (2017) s. 7

De bindende retningslinjene kan foruten å etablere regler for harmonisert regelverk³²⁵ også gi regler for kompensasjon mellom TSOer³²⁶ og prinsipper for tariffing og fastsettelse av forbrukeravgift.³²⁷ Det er oppstilt lempeligere prosessuelle krav, ettersom ACER og ENTSO-E kun skal konsulteres ved vedtakelsen av bindende retningslinjer for harmonisert regelverk.³²⁸

Oversikt over foreløpige nettkoder og bindende retningslinjer

Innenfor kraftmarkedet er det foreløpig vedtatt fire nettkoder og fire bindende retningslinjer som skal sikre en harmonisert regulering av strømnettverket:

Nettkoder – Artikkel 6	Bindende retningslinjer – Artikkel 18 (3)
HVDC-nettkoden	EB-retningslinjen
DCC-nettkoden	CACM-retningslinjen
RfG-nettkoden	FCA-retningslinjen
ER-nettkoden	SO-retningslinjen

Til tross for at det kun er fire av disse som utgjør nettkoder i snever, rettslig forstand, omtales de åtte rettsaktene samlet for «the network codes».³²⁹ Det var opprinnelig planlagt at alle åtte skulle vedtas som nettkoder, men ettersom fire av dem åpnet opp for fremtidige handlinger måtte de i stedet vedtas som bindende retningslinjer.³³⁰ Alle de åtte rettsaktene er derfor utarbeidet etter prosedyren for nettkoder, noe jeg gjør rede for i kapittel 8.

³²⁵ Elektrisitetsforordningen art. 18 (3)

³²⁶ Elektrisitetsforordningen art. 18 (1), se for eksempel kommisjonsforordning (EU) nr. 774/2010 om kompensasjon av transmisjonssystemoperatører og en felles fremgangsmåte for regulering av transmisjonsavgifter (ITC)

³²⁷ Elektrisitetsforordningen art. 18 (2)

³²⁸ Elektrisitetsforordningen art. 18 (3) andre ledd

³²⁹ Schittekatte (2019) s. 2

³³⁰ Påpekt i forbindelse med vedtakelse av CACM-retningslinjen i 38th ACER Board of Regulators meetings (2014) s. 9

Jeg vil ikke redegjøre nærmere for det generelle innholdet av «the network codes» for det indre kraftmarkedet, men nevner likevel at de etter sitt innhold deles inn i tre grupper:³³¹

- *Tilknytningskodene* fastsetter tekniske funksjonskrav for tilknytning til nettet
- *Driftskodene* fastsetter retningslinjer for å sikre nettets driftsikkerhet
- *Markedskodene* fastsetter harmoniserte regler for grensekryssende handel

Dette kan illustreres slik:

Tilknytningskoder	Driftskoder	Markedskoder
HVDC-nettkoden	ER-nettkoden	CACM-retningslinjen
DCC-nettkoden	EB-retningslinjen	FCA-retningslinjen
RfG-nettkoden		SO-retningslinjen

6.2.3 ACERs forvaltningsoppgaver

ACER er gjennom rettsaktene i tredje energimarkedspakke, som presisert gjennom nettkoder og bindende retningslinjer, gitt myndighet til å utføre en rekke forvaltningsoppgaver. Av de ulike kategorier forvaltningsoppgaver som oppstilt under punkt 3.5, er ACER gitt myndighet innenfor tre av dem:

- Informasjons- og koordineringsoppgaver
- Veiledning og bistand
- Implementering gjennom bindende rettsakter

ACER er for det første gitt i oppgave å overvåke det indre markedet for energi, og skal publisere en årlig rapport der byrået identifiserer eventuelle

³³¹ Schittekatte (2019) s. 1, se også nettsiden NVE: *Nettkoder*

hindre for fullføringen av energimarkedet.³³² I samarbeid med CEER³³³ har «the Annual Market Monitoring Report» (MMR) siden 2016 blitt utgitt i fire forskjellige deler, som dekker ulike områder av markedet.³³⁴ Dette er en typisk informasjonsoppgave, ettersom rapporten kun bidrar til å spre informasjon og ikke vil falle inn under kategorien «soft law» oppstilt under punkt 3.4.2.

Opprettelsesforordningen artikkel 4 gir ACER myndighet til å vedta følgende virkemidler:

- Uttalelser og anbefalinger rettet mot TSOer³³⁵
- Uttalelser og anbefalinger rettet mot nasjonale reguleringsmyndigheter³³⁶
- Uttalelser og anbefalinger rettet mot Parlamentet, Rådet og Kommissjonen³³⁷
- Individuelle vedtak fattet i tråd med forordningen artikkel 7, 8 og 9³³⁸
- Overordnede retningslinjer («framework guidelines»)³³⁹

ACERs uttalelser, anbefalinger og overordnede retningslinjer er «soft law»-virkemidler som skal bidra til implementering av tredje energimarkedspakke i medlemsstatene. Ved ACERs utøvelse av denne myndigheten opptrer byrået i sin *rådgivende* og *kontrollerende* rolle. Jeg vil se nærmere på flere av disse virkemidlene i kapitlene 7, 8 og 9.

ACER implementerer tredje energimarkedspakke direkte gjennom å fatte individuelle vedtak i særlige tilfeller. ACER opptrer i disse tilfellene i sin rolle som *subsidiær reguleringsmyndighet*. Jeg vil se nærmere på ACERs myndighet til å fatte individuelle vedtak i kapittel 10.

³³² Opprettelsesforordningen art. 11

³³³ Council for European Energy Regulators, se under punkt 5.3.1

³³⁴ Programming Document (2019–2021) s. 35

³³⁵ Opprettelsesforordningen art. 4 a

³³⁶ Opprettelsesforordningen art. 4 b

³³⁷ Opprettelsesforordningen art. 4 c

³³⁸ Opprettelsesforordningen art. 4 d

³³⁹ Opprettelsesforordningen art. 4 e

6.3 ACERs myndighet ved sikring av et velfungerende engrosmarked

6.3.1 REMIT-forordningen

ACERs myndighet i forbindelse med å sikre et velfungerende engrosmarked følger av REMIT-forordningen. REMIT-forordningen etablerer regler som forbyr misbruk i engrosmarkedet for energi.³⁴⁰ Forordningen oppstiller et generelt forbud mot markedsmanipulasjon³⁴¹ og gir regler som skal forhindre innsidehandel.³⁴² REMIT-forordningen gjelder både for kraftmarkedet og gassmarkedet, slik at det ikke er nødvendig å foreta noen avgrensning her.

De nasjonale reguleringsmyndighetene skal sikre at reglene om markedsmissbruk implementeres i medlemsstatene, og skal gis myndighet til å foreta nødvendige undersøkelser og håndheve regelverket.³⁴³ Det er opp til den enkelte medlemsstat å bestemme hvilke sanksjoner som kan ilegges ved brudd på forordningen, men de må være effektive, avskrekkende og stå i et rimelig forhold til overtredelsen.³⁴⁴

6.3.2 ACERs forvaltningsoppgaver

REMIT-forordningen gir ACER forvaltningsoppgaver innenfor to av de fem kategoriene oppstilt under punkt 3.5:

- Informasjons- og koordineringsoppgaver
- Veiledning og bistand

Informasjons- og koordineringsoppgaver

ACER er for det første gitt myndighet til å overvåke transaksjoner i energimarkedet. Forordningen legger opp til et tosporet overvåkings-

³⁴⁰ REMIT-forordningen art. 1

³⁴¹ REMIT-forordningen art. 5

³⁴² REMIT-forordningen art. 3 og 4

³⁴³ REMIT-forordningen art. 13 (1) og (2)

³⁴⁴ REMIT-forordningen art. 18 (1)

system som involverer både de nasjonale reguleringsmyndighetene og ACER. Fordi de nasjonale reguleringsmyndighetene har god kunnskap om de nasjonale energimarkedene, er disse best egnet til å foreta markedsovervåking på nasjonalt nivå.³⁴⁵ Selv om forordningen ikke oppstiller en plikt til å overvåke på nasjonalt plan, vil dette følge indirekte av plikten til å sørge for at reglene blir håndhevet.

I et indre energimarked, der kjøp og salg av kraft og gass skjer på tvers av grensene, er det i tillegg nødvendig med en effektiv markedsovervåking på EU-plan. ACER er «best placed to carry out such monitoring as it has both a Union-wide view of electricity and gas markets, and the necessary expertise in the operation of electricity and gas markets and systems in the Union».³⁴⁶ ACER og de nasjonale reguleringsmyndighetene samarbeider derfor om en helhetlig overvåking, som skal fange opp misbruk på både nasjonalt og overnasjonalt nivå.³⁴⁷

For at ACER skal kunne foreta slik overvåking, er markedsaktørene pålagt å rapportere inn transaksjoner og annen informasjon til ACER.³⁴⁸ De må også registrere seg hos den nasjonale reguleringsmyndigheten i den medlemsstaten de er etablert.³⁴⁹

De nærmere reglene for hvordan rapportering skal foregå er gitt i gjennomføringsrettsakten REMIT Implementing Act (REMIT IA).³⁵⁰ REMIT IA gir detaljerte regler for hvilke opplysninger som skal innrapporteres og gir ACER myndighet til å utvikle et system for innsending av disse opplysningene.³⁵¹ Byrået har derfor utviklet det spesialiserte IT-systemet ARIS for dette formål.³⁵² Informasjonen skal blant annet deles med de nasjonale energireguleringsmyndighetene, medlemsstatenes finanstilsyn og konkurransemyndigheter, samt ESMA.³⁵³ Byrået skal gi en rapport

³⁴⁵ REMIT-forordningens fortale avsn. 17

³⁴⁶ REMIT-forordningens fortale avsn. 17

³⁴⁷ REMIT-forordningen art. 7

³⁴⁸ REMIT-forordningen art. 8

³⁴⁹ REMIT-forordningen art. 9

³⁵⁰ Forordning (EU) 1348/2014 om datarapportering etter REMIT-forordningen (REMIT IA)

³⁵¹ REMIT IA art. 11

³⁵² Programming Document (2019–2021) s. 38.

³⁵³ REMIT-forordningen art. 10

om sin overvåkingsaktivitet, som kombineres med den ovenfor nevnte Market Monitoring Report (MMR).³⁵⁴

ACERs veiledning og bistand

I tillegg til ACERs omfattende oppgaver knyttet til overvåking, er byrået gjennom REMIT-forordningen også gitt myndighet til å bistå de nasjonale reguleringsmyndighetene med å utføre sine reguleringsoppgaver på en koordinert og konsistent måte.³⁵⁵ ACER opptrer her i sin *rådgivende* rolle. I den forbindelse er ACER gitt myndighet til å fatte to ulike «soft law»-virkemidler.

For det første er ACER gitt myndighet til å publisere en veiledning for nasjonale reguleringsmyndigheter om anvendelsen av REMIT-forordningen.³⁵⁶ Denne veiledningen har tittelen «REMIT Guidance» (REMIT-veiledningen), og jeg vil gjøre rede for innholdet i og rekkevidden av denne under punkt 7.3.

For det andre er ACER gitt myndighet til å be nasjonale reguleringsmyndigheter om å iverksette tiltak dersom ACER mistenker at det foreligger brudd på REMIT-forordningen.³⁵⁷ ACER kan be dem om å skaffe informasjon eller å iverksette undersøkelser med sikte på ileggelse av sanksjoner.³⁵⁸ Dette virkemiddelet følger som en direkte konsekvens av at markedsovervåkingen på EU-plan er satt ut til byrået.

Det er likevel de nasjonale reguleringsmyndighetenes ansvar å bestemme hva slags tiltak som skal iverksettes. De nasjonale reguleringsmyndighetene kan i tillegg nekte å handle etter en forespørsel fra byrået, men må da gi detaljert informasjon om årsaken til dette.³⁵⁹ Dette følger av at det er de nasjonale reguleringsmyndighetene som er tilsynsmyndighet, og at ACER gjennom REMIT-forordningen *ikke* opptrer i sin rolle som *subsidiær reguleringsmyndighet*.

³⁵⁴ REMIT-forordningen art. 7 (3)

³⁵⁵ REMIT-forordningen art. 16 (1)

³⁵⁶ REMIT-forordningen art. 16 (2)

³⁵⁷ REMIT-forordningen art. 16 (4)

³⁵⁸ REMIT-forordningen art. 16 (4) a og b

³⁵⁹ REMIT-forordningen art. 16 (5)

6.4 ACERs myndighet ved promotering av særlige infrastrukturprosjekter

6.4.1 Infrastrukturforordningen

ACERs myndighet i forbindelse med promotering av særlige infrastrukturprosjekter følger av infrastrukturforordningen. Denne forordningen oppretter et regime for identifisering og utvikling av «Projects of Common Interest» (PCI-prosjekter).³⁶⁰ Forordningen gir ACER tilsvarende myndighet innenfor kraftmarkedet og gassmarkedet, slik at det heller ikke her er nødvendig å foreta en avgrensning.

PCI-prosjektene skal sikre utvikling av infrastruktur innenfor tolv geografiske satsingsområder, såkalte energiinfrastrukturkorridorer og –områder.³⁶¹ Et eksempel på et satsingsområde er elektrisitetskorridoren «Northern Seas offshore grid», som skal fremme utvikling av et offshore-strømnettverk for transport av fornybar energi til havs, for eksempel offshore vindkraft.³⁶² Fullføring av de tolv satsingsområdene er av vesentlig betydning for å nå EUs klimapolitiske mål og å sikre en effektiv og sikker energiforsyning.³⁶³

Kommisjonen vedtar hvert andre år en liste over godkjente PCI-prosjekter innenfor de tolv satsingsområdene. Dette gjør den på bakgrunn av forslag utarbeidet av regionale grupper for de ulike satsingsområdene, som avhengig av satsingsområde består av involverte medlemsstater, nasjonale reguleringsmyndigheter, TSOer, den relevante ENTSOen, Kommisjonen og ACER. Den foreløpig tredje PCI-listen³⁶⁴ identifiserer 173 infrastrukturprosjekter – 106 for elektrisitet, 4 for smart grid-strømnett, 53 for gass, 6 for olje og 4 for karbondioksid.³⁶⁵

PCI-prosjektene får spesiell status i de enkelte medlemsstatene. Infrastrukturforordningen oppstiller blant annet nærmere krav til konse-

³⁶⁰ Infrastrukturforordningen art. 1 (2)

³⁶¹ Infrastrukturforordningen art. 1 (1)

³⁶² Infrastrukturforordningen vedlegg 1

³⁶³ Infrastrukturforordningens fortale avsn. 17

³⁶⁴ Kommisjonsforordning (EU) 2018/540 (PCI-listen)

³⁶⁵ European Commission: *Projects of Common Interest*

sjonsbehandlingen³⁶⁶ og åpner opp for fordeling av investeringskostnader over landegrensene («cross-border cost allocation», forkortet CBCA).³⁶⁷ For en nærmere gjennomgang av infrastrukturforordningen viser jeg til Jensens masteroppgave om energiinfrastruktur i europeisk interesse.³⁶⁸

Det er medlemsstatene som i utgangspunktet skal sørge for implementering av forordningen. ACER er likevel gitt flere forvaltningsoppgaver i tilknytning til PCI-prosjekter for elektrisitet og gass.

6.4.2 ACERs forvaltningsoppgaver

Infrastrukturforordningen gir ACER forvaltningsoppgaver innenfor tre av de fem kategoriene oppstilt under punkt 3.5:

- Informasjons- og koordineringsoppgaver
- Veiledning og bistand
- Implementering gjennom bindende rettsakter

ACER skal for det første være representert i de regionale gruppene for satsingsområdene for elektrisitet og gass, som er gitt i oppgave å utpeke forslag til PCI-prosjekter.³⁶⁹ ACER har ingen vedtaksmyndighet i gruppene,³⁷⁰ men skal som representant i alle disse gruppene sørge for koordinering dem imellom og utveksling av informasjon.³⁷¹

ACER er gitt veiledningsoppgaver overfor både ENTSOene og de nasjonale reguleringsmyndighetene. ENTSOene ble gjennom infrastrukturforordningen gitt i oppgave å utvikle en metode for vurdering av PCI-prosjekters kostnader og nytte (cost-benefit analysis, CBA) innen 16. november 2013.³⁷² ACER skulle bidra til å utvikle denne, og er ansvarlig

³⁶⁶ Infrastrukturforordningen kapittel 3

³⁶⁷ Infrastrukturforordningen art. 12

³⁶⁸ Jensen (2014)

³⁶⁹ Infrastrukturforordningen vedlegg 3 nr. 1 (1)

³⁷⁰ Infrastrukturforordningen art. 3 (1)

³⁷¹ Infrastrukturforordningen vedlegg 3 nr. 1 (7)

³⁷² Infrastrukturforordningen art. 11 (1). Se ENTSO-E CBA Guideline (2018) og ENTSO-G CBA-Guideline (2018)

for å forespørre ENTSOene om endringer.³⁷³ ACER opptreer her i sin *rådgivende* rolle.

For å fremme investeringer, er de nasjonale reguleringsmyndighetene gitt i oppgave å gi insentiver ved utvikling av særlig risikofylte PCI-prosjekter.³⁷⁴ Medlemsstatene skulle innen 31. desember 2013 gi ACER informasjon om sin praksis, slik at byrået kunne dele god praksis og anbefale en koordinert metode for tildeling av insentiver, se nærmere under punkt 7.2.³⁷⁵

ACER skal videre overvåke implementeringen av PCI-prosjektene, og kan gi anbefalinger for å legge til rette for implementering.³⁷⁶ Byrået skal også forelegge de regionale gruppene en årlig rapport hvor byrået evaluerer fremgang og påpeker utfordringer.³⁷⁷ ACER opptreer her i sin *kontrollerende* rolle.

ACER er gjennom infrastrukturforordningen artikkel 12 (6) gitt ytterligere vedtaksmyndighet i forbindelse med fordeling av kostnader for PCI-prosjekter, og opptreer her i sin rolle som *subsidiær reguleringsmyndighet*. Jeg vil gjøre rede for ACERs vedtaksmyndighet etter denne myndighetshjemmelen under punkt 10.6.

6.5 Fremstillingen videre

Jeg har i dette kapitlet gitt en oversikt over ACERs myndighet i det indre energimarkedet og hvilke virkemidler byrået er gitt myndighet til å vedta. ACER er gitt myndighet i forbindelse med tre aspekter av energimarkedet. Som det fremgår av oversikten er ACER gitt betydelige oppgaver, og disse oppgavene følger av et fragmentert rettskildebilde.

I de følgende kapitlene vil jeg gjøre rede for et utvalg av ACERs sentrale virkemidler. I likhet med rettskildebildet kan ACERs virkemidler fremstilles på en rekke forskjellige måter. De kan for eksempel

³⁷³ Infrastrukturforordningen art. 11 (3) og (6)

³⁷⁴ Infrastrukturforordningen art. 13 (1)

³⁷⁵ Infrastrukturforordningen art. 13 (5)

³⁷⁶ Infrastrukturforordningen art. 5 (3)

³⁷⁷ Infrastrukturforordningen art. 5 (5)

kategoriseres tematisk, slik jeg har gjort ovenfor med rettskildebildet, eller etter hva slags type virkemidler de er – som for eksempel «ACERs uttalelser» og «ACERs vedtak».

Denne oppgaven vil kategorisere virkemidlene etter deres *funksjon* i det indre energimarkedet. Utvalget av virkemidler er nemlig basert på et ønske om å fremheve ACERs ulike roller i det indre energimarkedet. Etersom ACER utøver sin myndighet gjennom vedtakelsen av rådgivende, kontrollerende og rettslig bindende virkemidler, er det etter min mening mest hensiktsmessig også å presentere dem slik.

Jeg vil derfor i kapitlene 7 og 8 analysere to kategorier av ACERs *rådgivende* virkemidler. I kapittel 7 vil jeg gjøre rede for de virkemidlene som etter sitt innhold skal veilede de nasjonale reguleringsmyndighetene, før jeg i kapittel 8 vil behandle et særlig virkemiddel for rådgivning i forkant av Kommisjonens vedtakelse av nettkoder.

I kapittel 9 vil jeg gå over til å se på et *kontrollerende* virkemiddel. ACER er gitt myndighet til å vurdere hvorvidt nasjonale vedtak er fattet i overensstemmelse med EU-lovgivningen, og utfører her en etterhåndskontroll av de nasjonale reguleringsmyndighetene. Jeg vil i kapittel 9 drøfte rekkevidden av denne myndigheten.

I kapittel 10 vil jeg gjøre rede for ACERs vedtaksmyndighet. ACER opptrer i denne forbindelse som *subsidiær reguleringsmyndighet*, og kan fatte individuelle vedtak rettet mot private parter. Jeg vil i dette kapittelet analysere byråets ulike myndighetshjemler og deres innhold.

Delegering av myndighet til ACER er etter *Meronidoktrinen* begrenset til å omfatte klart definert forvaltningsmyndighet.³⁷⁸ Dette skal sørge for at ACER ikke utøver politikk, men kun skal bidra til å implementere EU-lovgivningen for det indre energimarkedet. Som gjort rede for i kapittel 4 er imidlertid muligheten for rettslig kontroll begrenset. Hvordan disse begrensningene slår ut i forbindelse med overprøving av ACERs virkemidler, vil behandles samlet i kapittel 11.

³⁷⁸ Se under punkt 3.3

7 ACERs veiledning av nasjonale reguleringsmyndigheter

7.1 Innledning

ACER er gitt myndighet til å veilede de nasjonale reguleringsmyndighetene gjennom å vedta ulike virkemidler. ACER opptrer her i sin *rådgivende* rolle overfor de nasjonale energireguleringsmyndighetene, og skal bistå disse med selv å implementere EU-lovgivning i sine medlemsstater.

ACER bistår de nasjonale reguleringsmyndighetene både direkte og indirekte. Ved selvstendig å vedta ulike virkemidler som skal veilede de nasjonale reguleringsmyndighetene utøver ACER *direkte* bistand. ACER er gitt myndighet til å yte direkte bistand gjennom tre ulike virkemidler:

- Anbefalinger om «good practises»
- Veiledning for REMIT-forordningen
- Veiledning for anvendelsen av *bindende retningslinjer*

I det følgende vil jeg gjøre rede for de tre virkemidlene for direkte bistand hver for seg, i den rekkefølge som fremgår ovenfor. Ved vurderingen av virkemidlene vil jeg gå gjennom deres rettslige grunnlag, deres innhold og hvilken praktisk betydning de har.

ACER er i tillegg involvert i utarbeidelsen av ENTSOenes veiledende dokumenter, og yter gjennom sine uttalelser rettet mot ENTSOene *indirekte* bistand overfor nasjonale reguleringsmyndigheter.³⁷⁹ Jeg avgrensner mot ACERs virkemidler for indirekte bistand.

³⁷⁹ For eksempel ved utarbeidelsen av CBA Guidelines som nevnt under punkt 6.4.2.

7.2 Anbefalinger om «good practices»

7.2.1 Rettslig grunnlag og foreløpige anbefalinger

Den første formen for direkte bistand består av å gi anbefalinger om «good practices». ACER er gjennom opprettelsesforordningen artikkel 7 (2) gitt myndighet til å gi anbefalinger for å bistå nasjonale reguleringsmyndigheter og andre markedsaktører med å dele god praksis:

«The Agency may, in accordance with its work programme or at the request of the Commission, make recommendations to assist regulatory authorities and market players in sharing good practices»

ACER har foreløpig gitt fire anbefalinger i medhold av bestemmelsen:³⁸⁰

- Anbefaling nr. 7/2013 om god praksis for behandling av forespørsel om «cross-border cost allocation» i forbindelse med investering i PCI-prosjekter
- Anbefaling nr. 3/2014 om insentiver for PCI-prosjekter og felles metode for vurdering av slike prosjekters risiko
- Anbefaling nr. 5/2015 om god praksis for behandling av investeringsforespørsel for PCI-prosjekter (revisjon av anbefaling nr. 7/2013)
- Anbefaling nr. 2/2016 om god praksis for utvikling av TCM etter CACM-forordningen

7.2.2 Anbefalingenes innhold og praktiske betydning

Anbefalingenes innhold

Ved vurdering av anbefalingenes innhold er det to aspekter som må vurderes:

- Om det er oppstilt krav til hvilke type praksiser som kan være gjenstand for anbefaling

³⁸⁰ Per 31. mai 2019

- Om det er oppstilt noen grenser for hvilket innhold anbefalingene kan ha

Krav til typer av praksis

ACER skal etter ordlyden dele «god praksis». Bestemmelsen oppstiller i utgangspunktet ingen begrensninger for hva slags type praksiser det kan gis anbefaling om. ACER kan derfor etter opprettelsesforordningen artikkel 7 (2) i prinsippet gi anbefalinger knyttet til alle praksiser som er relevante for de nasjonale reguleringsmyndighetene.³⁸¹ Et eksempel som eksplisitt er nevnt i infrastrukturforordningen artikkel 13 (5) er ACERs anbefaling om god praksis for risikovurdering av PCI-prosjekter.³⁸² Tremmel nevner også elmarkedsdirektivet artikkel 5 og gassmarkedsdirektivet artikkel 6 om tekniske regler som relevante bestemmelser for anbefaling av god praksis.³⁸³

Utgangspunktet om at alle typer praksiser er omfattet av bestemmelsen gjelder imidlertid bare når Kommisjonen forespør ACER om en anbefaling. Kommisjonen kan nemlig be ACER om å utarbeide anbefalinger for alle typer praksiser.

Dersom ACER på eget initiativ ønsker å gi slike anbefalinger må dette være i tråd med byråets arbeidsprogram. ACERs arbeidsprogram utarbeides av direktøren på årlig basis, og vedtas av det administrative styret etter godkjenning fra BoR.³⁸⁴ I ACERs arbeidsprogram for 2019 er byrådet gitt mandat til å gi anbefalinger etter artikkel 7 (2) med hensyn til implementering av nettkoder og bindende retningslinjer på elektrisitetssområdet, dersom det er nødvendig.³⁸⁵ Det fremgår at målsettingen er:

« [...] to provide guidance to TSOs, national regulatory authorities or market participants on how to implement specific requirements of the Network Codes or Guidelines or of Regulation (EC) No 714/2009, in order better to facilitate their efficient functioning so

³⁸¹ Tremmel (2016) s. 309

³⁸² Som nevnt under punkt 6.4.2. Anbefaling ble gitt som nr. 3/2014.

³⁸³ Tremmel (2016) s. 309

³⁸⁴ Opprettelsesforordningen art. 13 (5), jf. art. 15 (3), jf. art. 17 (6)

³⁸⁵ Inngår i Programming Document (2019–2021) s. 71

that they contribute to non-discrimination, effective competition and the efficient functioning of the market»³⁸⁶

Arbeidsprogrammet for 2019 gir derimot ikke mandat til å gi anbefalinger om god praksis for nettkodene og de bindende retningslinjene på *gassområdet*. Heller ikke anbefalinger i forbindelse med markedsintegritet eller PCI-prosjekter er nevnt. ACER kan derfor i 2019 gi anbefalinger knyttet til å bedre funksjonen av utfyllende regelverk på elektrisitetsområdet, men ikke gassområdet.

Krav til innhold

Anbefalingene skal gis som ledd i å «dele» god praksis. Det er etter ordlyden uklart hvorvidt ACER bare kan gi anbefalinger om praksis som allerede eksisterer i en eller flere medlemsstater, eller også kan gi egne, selvstendige anbefalinger. Tolket i lys av ACERs formål om å sikre at nasjonale reguleringsmyndigheter utfører sine oppgaver i tråd med EU-lovgivningen, bør ACER etter min mening også kunne gi selvstendige anbefalinger.³⁸⁷

En slik tolkning har blitt lagt til grunn av ACER selv. Alle byråets foreløpige anbefalinger knytter seg til praksis for nye virkemidler introdusert gjennom EU-lovgivningen, som medlemsstatene da anbefalingene ble gitt foreløpig ikke hadde implementert.

Et eksempel på dette er ACERs anbefaling nr. 7/2013, som ble publisert i forbindelse med vedtakelsen av infrastrukturforordningen. Anbefalingen omhandler medlemsstatenes behandling av forespørsel om kostnadsfordeling over grensene (CBCA) i forbindelse med investering i PCI-prosjekter. Det ble innledningsvis påpekt at fordi prosedyren for slik kostnadsfordeling er svært viktig for infrastrukturprosjekter på EU-plan, «a clarification of the details to be submitted is essential to facilitate a consistent approach among National Regulatory Authorities».³⁸⁸

³⁸⁶ Programming Document (2019–2021) s. 71

³⁸⁷ Se opprettelsesforordningen art. 1 (2)

³⁸⁸ Anbefaling nr. 7/2013 avsn. 4

I anbefalingen gir ACER veiledning om hvilken informasjon prosjekt-promotørene skal oppgi ved forespørsel om CBCA (anbefalingens del 1) og de prinsipper medlemsstatene skal legge til grunn ved behandlingen av en slik forespørsel (anbefalingens del 2). Anbefalingen gir veiledning om alt fra hvilket språk forespørselen skal ha³⁸⁹ til når et prosjekt skal anses å ha nådd «sufficient maturity»,³⁹⁰ som er et av vilkårene for å fremsette forespørsel. ACERs anbefaling nr. 7/2013 ble revidert gjennom anbefaling nr. 5/2015 «in light of the experiences gained with the assessment of the investment request for the PCIs included in the first Union list and the related decisions».³⁹¹ Den nyeste anbefalingen gir mer detaljert veiledning og oppstiller i tillegg en del 3 om rapporteringskrav for prosjektpromotører.

Anbefalingenes praktiske betydning

ACERs anbefalinger etter opprettelsesforordningen artikkel 7 (2) har etter sin form ikke rettslig bindende virkning overfor nasjonale reguleringsmyndigheter.³⁹² De skal imidlertid bidra til en ensartet implementering av EU-lovgivningen, og tar sikte på å være viktige instrumenter for harmonisering.

I praksis viser det seg at ACERs anbefalinger i varierende grad blir lagt til grunn i medlemsstatene. Fresa har påpekt dette i tilknytning til anbefaling nr. 7/2013, og viser blant annet til at medlemsstatene ved forespørsel om CBCA i forbindelse med en gassledning mellom Polen og Litauen foreslo en fordeling som avvok fra anbefalingen.³⁹³ Han stiller seg derfor positiv til å styrke ACERs rettslig bindende myndighet i forbindelse med en strømlinjeforment prosess av PCI-prosjekter.³⁹⁴

At ACERs anbefalinger ikke oppfattes som bindende er også påpekt i forbindelse med det regulatoriske rammeverket for investeringer i

³⁸⁹ Anbefaling nr. 7/2013 punkt 1.2

³⁹⁰ Anbefaling nr. 7/2013 punkt 2.1

³⁹¹ Anbefaling nr. 5/2015 avsn. 7

³⁹² TEUV art. 288 (5)

³⁹³ Fresa (2015) s. 16

³⁹⁴ Fresa (2015) s. 19 erkjenner imidlertid at *Meronidoktrinen* vanskeliggjør dette, ettersom slike vedtak kan innebære et vidt skjønn.

PCI-prosjekter, som ACER har gitt anbefaling om i nr. 3/2014. Meeus og Keyaerts forklarer at de nasjonale reguleringsmyndigheter i noen medlemsstater foretrekker å anvende sine nasjonale rammeverk «motivated by the advantage of a simple framework and by the avoidance of the costs to administer additional dedicated frameworks and to develop new skills».³⁹⁵

Dette tyder på at ACERs anbefalinger foreløpig ikke utgjør et sentralt virkemiddel for ACERs del. Dette kan ha sammenheng med at ACERs foreløpige anbefalinger om «good practices» ikke foreskriver hvordan EU-lovgivningen skal *tolkes*, men i stedet gir anbefalinger om hvilke faktiske forhold som skal tas i betraktning ved de nasjonale reguleringsmyndighetenes selvstendige tolkning. Byrået har likevel bare vedtatt fire anbefalinger, slik at det er vanskelig å trekke noen generelle konklusjoner. Jeg vil vurdere eventuell overprøving av anbefalingene i punkt 11.2.1.

7.3 REMIT-veiledningen

7.3.1 Rettslig grunnlag

Den andre formen for direkte bistand ACER kan gi de nasjonale energireguleringsmyndighetene består av å gi veiledning om anvendelse av REMIT-forordningen. Det er som nevnt under punkt 6.3.1 i utgangspunktet opp til de nasjonale reguleringsmyndighetene å sørge for at REMIT-forordningens bestemmelser implementeres i medlemsstatene. For å sikre at myndighetene utfører sine reguleringsoppgaver på en koordinert og konsistent måte, skal ACER publisere en veiledning for anvendelse av forordningen. ACERs myndighet til å publisere en slik veiledning følger av REMIT-forordningen artikkel 16 (2) annet ledd, som lyder slik:

«The Agency shall publish non-binding guidance on the application of the definitions set out in Article 2, as appropriate.»

³⁹⁵ Meeus og Keyaerts (2014) s. 5

Veiledningen, som ikke er rettslig bindende, skal gi råd om hvordan definisjonene i REMIT-forordningen artikkel 2 skal forstås. ACER publiserte den første utgaven av REMIT-veiledningen umiddelbart etter at forordningen trådte i kraft i 2011.³⁹⁶ Veiledningen foreligger nå i en fjerde utgave, som ble oppdatert senest 22. mars 2019.³⁹⁷

ACER skal publisere veiledningen «as appropriate». Etter ordlyden er ACER derfor gitt en viss skjønnsmyndighet med hensyn til hvorvidt byrået skal publisere en slik veiledning eller ikke. Fordi en koordinert implementering av REMIT-forordningen forutsetter at de nasjonale reguleringsmyndighetene opererer med tilsvarende definisjoner, er det i praksis alltid hensiktsmessig med en slik veiledning. Jeg antar at det er denne tilnærmingen Vaughan har lagt til grunn når han viser til at ACER, som eneste EU-byrå, gjennom veiledningen er «obliged to produce guidance on a given, specific topic».³⁹⁸

7.3.2 Veiledningens innhold og praktiske betydning

Veiledningens innhold

REMIT-veiledningen er avgrenset til å omhandle hvordan definisjonene i REMIT-forordningen artikkel 2 skal anvendes. REMIT-forordningen artikkel 2 definerer til sammen 15 begreper brukt i forordningen, herunder de sentrale begrepene «inside information» og «market manipulation». Hvordan disse definisjonene skal tolkes og fremstilles i veiledningen er det ikke lagt noen føringer for, annet enn at det i fortalen er presisert at veiledningen «should address, inter alia, the issue of accepted market practices».³⁹⁹ Veiledningen bør derfor gi retningslinjer for definisjonene ved å legge til grunn hva som *ikke* utgjør markedsmissbruk.

Formålet med veiledningen er å sikre at forordningen blir anvendt på en koordinert måte i medlemsstatene, og ACER er i den forbindelse gitt

³⁹⁶ REMIT Guidance (2011)

³⁹⁷ REMIT Guidance (2019), per 31. mai 2019

³⁹⁸ Vaughan (2015) s. 75

³⁹⁹ REMIT-forordningens fortale avsn. 27

en generell koordineringsplikt.⁴⁰⁰ ACER har i lys av dette formålet tolket artikkel 16 (1) annet ledd utvidende til også å dekke andre aspekter ved REMIT-forordningen enn de som er nevnt i bestemmelsens ordlyd.⁴⁰¹ Dette fremgår av en «important notice» inntatt i veiledningen, der ACER informerer om at byrået anser seg berettiget til å «issue guidance both on the application of the definitions set out in Article 2 of REMIT and on other issues of application of REMIT».⁴⁰²

I den fjerde utgaven av veiledningen er det for eksempel inntatt en inngående vurdering av forståelsen av REMIT-forordningen artikkel 15, som oppstiller forpliktelser for «persons professionally arranging transactions in wholesale energy products» (forkortet PPAT).⁴⁰³ REMIT-forordningen artikkel 2 oppstiller ingen definisjon av PPAT. Ettersom artikkel 15 heller ikke gir anvisning om hvilke personer som skal anses for å være omfattet, har ACER i sin veiledning tatt med en forklaring av ACERs forståelse av begrepet, og gir veiledning til nasjonale reguleringsmyndigheter for overvåking og rutiner for hvordan de kan identifisere potensielle brudd.⁴⁰⁴

ACER går her utenfor sitt strengt definerte mandat etter sekundærlovgivningen. Godin, Polet og Bolsée anser dette som problematisk.⁴⁰⁵ Jeg er enig i dette fra et rettslig synspunkt, ettersom de institusjonelle prinsippene skal sørge for at EU-byråer ikke har handlefrihet. I praksis er dette likevel et godt tiltak, som skal fremme ensartet praksis i medlemsstatene. Jeg anser derfor ikke denne utvidende fortolkningen som et praktisk problem.

REMIT-veiledningens betydning

Virkemiddelet «retningslinjer» har ikke rettslig grunnlag i traktatene. Det følger av REMIT-forordningen artikkel 16 (2) annet ledd at veiledningen ikke skal ha rettslig bindende virkning. Dette er også presisert i selve

⁴⁰⁰ REMIT-forordningen art. 16 (1) første ledd.

⁴⁰¹ Som påpekt av Godin (2018) s. 203

⁴⁰² REMIT Guidance (2019) s. 7

⁴⁰³ REMIT-forordningen art. 15

⁴⁰⁴ REMIT Guidance (2019) s. 55–72

⁴⁰⁵ Godin (2018) s. 207

veiledningen, der det fremgår at den er «deliberately drafted in non-legal terms and made public for transparency purposes only.»⁴⁰⁶

REMIT-veiledningen vil likevel kunne ha stor praktisk betydning. REMIT-veiledningens praktiske betydning kommer også til uttrykk ved at medlemsstatene hovedsakelig følger veiledningen. I 2017 var 95 % av alle nasjonale vedtak fattet i overensstemmelse med veiledningen.⁴⁰⁷ Hvorvidt REMIT-veiledningen etter en tolkning også kan sies å ha rettslig bindende virkning vil behandles under punkt 11.2.1.

7.4 Veiledning ved anvendelsen av bindende retningslinjer

7.4.1 Rettslig grunnlag og foreløpige uttalelser

Det tredje formen for direkte bistand ACER kan gi består av å gi veiledning om anvendelsen av bindende retningslinjer («Guidelines»)⁴⁰⁸. Opprettellesforordningen artikkel 7 (6) gir ACER myndighet til å gi en uttalelse dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene har problemer med anvendelsen av en bindende retningslinje:

«When a national regulatory authority encounters, in a specific case, difficulties with the application of Guidelines referred to in Directive 2009/72/EC, Directive 2009/73/EC Regulation (EC) No 714/2009 or Regulation (EC) No 715/2009, it may request the Agency for an opinion. The Agency shall deliver its opinion, after consulting the Commission, within three months of receiving such request.»

ACER har foreløpig gitt tre uttalelser med hjemmel i denne bestemmelsen:⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ REMIT Guidance (2019) s. 7

⁴⁰⁷ Annual Activity Report (2017) s. 35

⁴⁰⁸ Se nærmere om bindende retningslinjer under punkt 6.2.2

⁴⁰⁹ Per 31. mai 2019

- Uttalelse nr. 10/2017 om anvendelsen av FCA-retningslinjen artikkel 30 (2)
- Uttalelse nr. 20/2017 om anvendelsen av retningslinjer for tilgang til transmisjonssystemet for gass inntatt i vedlegg 1 til gassforordningen punkt 2.2.4
- Uttalelse nr. 3/2018 om forståelsen av SO-retningslinjen artikkel 5 og artikkel 141 (2)

7.4.2 Uttalelsenes innhold og praktiske betydning

Bestemmelsens ordlyd sikter til at ACER kan vurdere særlige bestemmelser i den bindende retningslinjen de nasjonale reguleringsmyndighetene har vanskeligheter med. Til tross for at det ved første øyekast kan virke som om ACER er avskåret fra å vurdere bestemmelser i øvrig regelverk, for eksempel de forordningene som hjemler vedtakelsen av retningslinjene, vil også disse kunne vurderes dersom de er relevante for forståelsen av den bindende retningslinjen.⁴¹⁰

ACER er kun gitt myndighet til å gi slik veiledning på forespørsel fra nasjonale reguleringsmyndigheter, og kan ikke utgi slike på eget initiativ. En ytterligere forutsetning for ACERs veiledning er at den bare kan gis dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene «in a specific case» møter på utfordringer. ACER er derfor avskåret fra å gi generelle vurderinger som ikke er relatert til en spesiell sak.⁴¹¹

I de foreløpig tre uttalelsene har de nasjonale reguleringsmyndighetene bedt om en uttalelse i forbindelse med konkrete saker. ACERs uttalelser om regelverket er likevel av generell karakter. Et eksempel på dette er ACERs uttalelse nr. 3/2018, der byrået skulle vurdere hvorvidt et «memorandum of understanding» utarbeidet av TSOene i den nordiske kapasitetsregionen⁴¹² var i tråd med SO-retningslinjen. Et av spørsmålene den finske reguleringsmyndigheten hadde fremsatt var om «a non-EU

⁴¹⁰ Tremmel (2016) s. 314

⁴¹¹ Tremmel (2016) s. 314

⁴¹² Innenfor kraftmarkedet er det opprettet særlige kapasitetsregioner gjennom ACERs vedtak 6/2016. Den nordiske regionen består av Sverige, Finland og Danmark, se vedtakets vedlegg 1

party Statnett» kunne «be granted contractual veto power on the effective implementation of the EU regulation». ⁴¹³ Selv om dette ble avkreftet i relasjon til SO-retningslinjen, vil uttalelsen kunne tas til inntekt også for tilsvarende spørsmål i forbindelse med andre bindende retningslinjer.

ACERs uttalelser etter opprettellesforordningen artikkel 7 (6) har ikke rettslig bindende virkning. ⁴¹⁴ Ettersom uttalelsene gis på bakgrunn av en forespørsel fra en nasjonal reguleringsmyndighet, som har bedt om bistand i tilknytning til en konkret sak, er det nærliggende å anta at uttalelsen blir lagt til grunn av denne reguleringsmyndigheten. Det er i tillegg viktig å huske på at bindende retningslinjer utvikles for grensekryssende spørsmål, slik at den tolkningen av EU-retten som kommer til uttrykk i uttalelsen ofte vil ha betydning også for øvrige nasjonale reguleringsmyndigheter. Eventuell domstolsprøving av slike uttalelser vil behandles under punkt 11.2.1.

7.5 Oppsummering

I dette kapittelet har jeg redegjort nærmere for ACERs tre virkemidler for veiledning av nasjonale reguleringsmyndigheter gjennom direkte bistand. Gjennom anbefalinger om «good practice», samt veiledninger om anvendelse av REMIT-forordningen og de bindende retningslinjene vedtatt i medhold av tredje energimarkedspakke, skal ACER bistå de nasjonale reguleringsmyndighetene når de implementerer EU-lovgivning i sine medlemsstater.

Veiledningene utgjør bistand i forkant av de nasjonale reguleringsmyndighetenes implementering. ACER opptrer her i sin *rådgivende* rolle. Veiledningene tar sikte på å harmonisere medlemsstatenes praksis, men har etter sin form ikke rettslig bindende virkning. Dette kan føre til at de nasjonale reguleringsmyndighetene i ulik grad anser seg forpliktet til å følge veiledningene.

⁴¹³ Uttalelsen avsn. 17. TSOene i den nordiske regionen samarbeider med Statnett i Norge, som også hadde signert MoUen

⁴¹⁴ TEUV art. 288

8 ACERs retningslinjer for utarbeidelsen av nettkoder

8.1 Innledning og oversikt

I dette kapittelet vil jeg gjøre rede for ACERs overordnede retningslinjer («framework guidelines»). De overordnede retningslinjene vedtas som ledd i utarbeidelsen av *nettkodene* for harmonisert teknisk regelverk.⁴¹⁵ Ettersom vedtakelsen av nettkoder innebærer *politisk utøvende makt*, er det Kommisjonen som er gitt myndighet til å vedta disse. ACER er likevel gitt viktige oppgaver i forkant av Kommisjonens vedtakelse. ACER opptrer her i sin *rådgivende* rolle overfor Kommisjonen.

Nettkodene utarbeides etter en særlig prosedyre oppstilt i elektrisitetsforordningen og gassforordningen artikkel 6. Denne prosedyren ble introdusert ved tredje energimarkedspakke, og utgjør «an entirely new decision-making infrastructure for the adoption of the detailed common and harmonised regulatory rules, with new organisations and institutions, and in particular the new Agency for the cooperation of national energy regulators».⁴¹⁶

Denne særlige prosedyren er imidlertid oppstilt kun for utarbeidelsen og vedtakelsen av Kommisjonens *nettkoder*. Den andre typen av harmonisert regelverk, *bindende retningslinjer*, er som nevnt under punkt 6.2.2 ikke underlagt denne prosedyren.⁴¹⁷

Elektrisitetsforordningen og gassforordningen artikkel 6 har begge tittelen «establishment of network codes», og foreskriver en identisk prosedyre for etablering av nettkoder for henholdsvis kraftmarkedet og gassmarkedet.

⁴¹⁵ Se under punkt 6.2.2 om nettkodene

⁴¹⁶ Jones (2016) s. 1

⁴¹⁷ Bindende retningslinjer skal vedtas av Kommisjonen i tråd med elektrisitetsforordningen art. 18 (3) og gassforordningen art. 23, som kun oppstiller en plikt for Kommisjonen til å *konsultere* ENTSOene og ACER.

Prosedyren skisserer et samspill mellom Kommisjonen, ACER og ENTSOene for elektrisitet og gass. Den starter med at Kommisjonen fastlegger en årlig prioritetsliste som identifiserer hvilke områder det skal gis nettkoder for.⁴¹⁸ Kommisjonen ber deretter ACER om å forelegge den overordnede retningslinjer («framework guidelines») for utarbeidelsen av nettkoder identifisert på denne listen.⁴¹⁹ Dersom Kommisjonen er fornøyd med ACERs retningslinjer, ber den ENTSOene om å utarbeide et forslag til nettkoder som er i overensstemmelse med retningslinjene.⁴²⁰

ACER skal deretter vurdere ENTSOenes forslag, før byrået eventuelt anbefaler Kommisjonen om å vedta nettkoden.⁴²¹ Kommisjonen kan på bakgrunn av ACERs anbefaling vedta nettkoden gjennom komitologi-prosedyre.⁴²²

Dette samspillet kan illustreres slik:



Den ovenfor nevnte prosedyren kan fravikes i særlige tilfeller. Dersom ENTSOene forsømmer sin oppgave om å utarbeide utkast, kan enten ACER eller Kommisjonen overta denne oppgaven.⁴²³ Tilsvarende kan Kommisjonen overta ACERs oppgaver dersom ACER ikke overholder sine plikter.⁴²⁴ Selv om Kommisjonen både iverksetter og avslutter prosedyren, er ACER involvert i utarbeidelsen av nettkoder gjennom følgende tre virkemidler:

- Overordnede retningslinjer for utarbeidelsen av utkast («framework guidelines»)

⁴¹⁸ Elektrisitetsforordningen og gassforordningen art. 6 (1)

⁴¹⁹ Elektrisitetsforordningen og gassforordningen art. 6 (2)

⁴²⁰ Elektrisitetsforordningen og gassforordningen art. 6 (6)

⁴²¹ Elektrisitetsforordningen og gassforordningen art. 6 (9)

⁴²² Elektrisitetsforordningen og gassforordningen art. 6 (11)

⁴²³ Elektrisitetsforordningen og gassforordningen art. 6 (10) og (11)

⁴²⁴ Elektrisitetsforordningen og gassforordningen art. 6 (5)

- Uttalelse om ENTSOenes utkast
- Anbefaling til Kommisjonen om vedtakelse

I dette kapitlet vil jeg redegjøre nærmere for ett av disse tre virkemidlene, nemlig ACERs overordnede retningslinjer. Ettersom de to øvrige virkemidlene omhandler vurdering av ENTSOenes utkast basert på disse retningslinjene, vil også disse kommenteres. Hovedfokuset vil imidlertid ligge på de overordnede retningslinjene.

Innledningsvis vil jeg i punkt 8.2 presentere retningslinjenes rettslige grunnlag og gi en oversikt over ACERs foreløpige retningslinjer. I punkt 8.3 vil jeg gjøre rede for retningslinjenes innhold, før jeg i punkt 8.4 ser nærmere på hvilke prosessuelle krav som stilles. Retningslinjenes praktiske betydning for vedtakelsen av nettkoder er et viktig punkt, og vil gjennomgå under punkt 8.5.

Jeg vil i det følgende illustrere dette virkemiddelet ved å analysere hjemmelen i elektrisitetsforordningen artikkel 6 (2). Analysen er likevel dekkende også for utarbeidelsen av overordnede retningslinjer etter gassforordningen.

8.2 Rettslig grunnlag og foreløpige retningslinjer

ACERs myndighet til å vedta overordnede retningslinjer fremgår av opprettelsesforordningen artikkel 6 (4), som henviser til de nærmere bestemmelsene i elektrisitetsforordningen og gassforordningen:

«The Agency shall submit a non-binding framework guideline to the Commission where requested to do so under Article 6 (2) of Regulation (EC) No 714/2009 or Article 6 (2) of Regulation (EC) No 715/2009 (...).»

Elektrisitetsforordningen artikkel 6 (2) gir ACER følgende myndighet:

«The Commission shall request the Agency to submit to it within a reasonable period of time not exceeding six months a non-binding framework guideline (framework guideline) setting out clear and

objective principles, in accordance with Article 8(7), for the development of network codes relating to the areas identified in the priority list. Each framework guideline shall contribute to non-discrimination, effective competition and the efficient functioning of the market. Upon a reasoned request from the Agency, the Commission may extend that period.»

Det fremgår av bestemmelsene at ACERs overordnede retningslinjer ikke har rettslig bindende virkning. ACER har foreløpig utarbeidet seks overordnede retningslinjer på forespørsel av Kommisjonen, hvorav fire av disse er utarbeidet for kraftmarkedet med hjemmel i elektrisitetsforordningen artikkel 6 (2).⁴²⁵

8.3 Retningslinjenes innhold

Det følger av elektrisitetsforordningen artikkel 6 (2) at de overordnede retningslinjene skal oppstille «clear and objective principles» for utarbeidelsen av nettkoder. Et eksempel på dette er gitt i ACERs retningslinje for utarbeidelsen av CACM-retningslinjen, som presiserer at «These Framework Guidelines aim at setting out clear and objective principles for the development of network codes pursuant to Article 6 (6) (g) of Regulation (EC) No 714/2009 (the “Electricity Regulation”).»⁴²⁶ Grunnen til at ACER utarbeidet en overordnet retningslinje for CACM-retningslinjen, som jo ikke er en nettkode, er at den opprinnelig ble tatt sikte på å vedtas som en nettkode.⁴²⁷

Prinsippene som oppstilles i retningslinjene må være i overensstemmelse med elektrisitetsforordningen artikkel 8 (7), som forbeholder medlemsstatene retten til å utvikle egne nettkoder for nasjonale forhold. Retningslinjene må derfor ta hensyn til at nettkodene kun skal utvikles for grensekryssende forhold.

⁴²⁵ Per 31. mai 2019. Se nettsiden ACER: *Framework Guidelines*

⁴²⁶ CACM Framework Guidelines, FG-2011-E-002, s. 4. Her skal det nok egentlig vises til artikkel 8 (6) g, som gir hjemmel for å vedta nettkoder for kapasitetsfastsettelse og flaskehalshåndtering.

⁴²⁷ Se punkt 6.2.2

Elektrisitetsforordningen artikkel 6 (2) er taus med hensyn til hvor detaljerte retningslinjene skal være. I praksis vil retningslinjenes detaljnivå avhenge av hvilket område retningslinjene utarbeides for.⁴²⁸ Foreløpig har alle ACERs retningslinjer vært svært detaljerte, og stilt en rekke tekniske krav til hvordan nettkodene skal utarbeides.

ACERs overordnede retningslinje for CACM-retningslinjen illustrerer dette. I ACERs overordnede retningslinje er det presisert at den omhandler «integration, coordination and harmonisation of the congestion management regimes, insofar as such harmonisation is necessary in order to facilitate electricity trade within the EU in compliance with Directive 2009/72/EC2 (the “Electricity Directive”) and the Electricity Regulation».⁴²⁹ Den stiller deretter opp prinsipper for hvordan slik koordinering og harmonisering skal skje. For eksempel gir den overordnede retningslinjen uttrykk for at CACM-retningslinjen skal «require the use of either a Flow-Based (FB) method or an Available Transfer Capacity (ATC) method for capacity calculation at each zone border for a given timeframe». Retningslinjen gir altså uttrykk for at kapasitetsallokering skal skje på en av to måter. Det ligger utenfor min faglige kompetanse å gjøre rede for de detaljerte reglene som fremgår av retningslinjen. Eksempelen viser imidlertid hvordan den gir tekniske og detaljerte krav til nettkodens innhold.

Elektrisitetsforordningen artikkel 6 (2) oppstiller visse minstekrav til de overordnede retningslinjenes innhold, og krever at de må bidra til «non-discrimination, effective competition and the efficient functioning of the market». Etter ordlyden må retningslinjene derfor aktivt fremme ikke-diskriminering og et fritt og effektivt marked, noe som stemmer overens med nettkodenes formål om å fremme adgang til grensekryssende infrastruktur.⁴³⁰ For øvrig er ACER etter bestemmelsens ordlyd gitt en skjønnsmessig myndighet for hvilke prinsipper som skal oppstilles gjennom retningslinjen, og disse vil variere for de ulike nettkodene.

⁴²⁸ Gräper og Webster (2016) s. 627

⁴²⁹ FG-2011-E-002 s. 4.

⁴³⁰ Elektrisitetsforordningens fortale avsn. 6

8.4 Prosessuelle krav

Elektrisitetsforordningen oppstiller en rekke prosessuelle krav knyttet til ACERs utarbeidelse av overordnede retningslinjer. Kravene legger bånd på og bidrar til en legitimering av ACERs myndighetsutøvelse på området.

For det første skal ACER kun utarbeide overordnede retningslinjer etter forespørsel fra Kommisjonen. ACER står derfor ikke fritt til å gi overordnede retningslinjer på eget initiativ, for eksempel ved å gi retningslinjer for en nettkode byrået mener at Kommisjonen bør vedta.⁴³¹

For det andre må ACER forelegge de overordnede retningslinjene for Kommisjonen innen «a reasonable period of time not exceeding six months», med mulighet for forlengelse.⁴³²

For det tredje stilles det relativt strenge krav til ACERs konsultasjon av øvrige markedsaktører i forbindelse med retningslinjen. ACER skal konsultere både ENTSO-E og «other relevant stakeholders» i en periode på minst to måneder, «in an open and transparent manner».⁴³³ ACERs omfattende plikt til konsultasjon er også presisert i opprettelsesforordningen artikkel 10 (1), som oppstiller strengere krav enn elektrisitetsforordningen:

«In carrying out its tasks, in particular in the process of developing framework guidelines (...) the Agency shall consult extensively and at an early stage with market participants, transmission system operators, consumers, endusers and, where relevant, competition authorities, without prejudice to their respective competence, in an open and transparent manner, in particular when its tasks concern transmission system operators.» (mine understrekinger).

For det fjerde er det stilt strenge krav til offentliggjøring av dokumenter i forbindelse med vedtakelsen av de overordnede retningslinjene.⁴³⁴ ACER

⁴³¹ ACER kan riktignok anbefale Kommisjonen om å iverksette utarbeidelsen av en nettkode etter opprettelsesforordningen art. 5. En slik anbefaling er imidlertid ikke en overordnet retningslinje.

⁴³² Elektrisitetsforordningen art. 6 (2)

⁴³³ Elektrisitetsforordningen art. 6 (3)

⁴³⁴ Opprettelsesforordningen art. 10 (2)

er derfor gjennom utarbeidelsen av de overordnede retningslinjene underlagt de prosessuelle prinsippene om «participation and transparency».⁴³⁵

For det femte er de overordnede retningslinjene også underlagt en intern kontroll som skal foretas av Kommisjonen. Det følger av elektrisitetensforordningen artikkel 6 (4) at Kommisjonen «may request the Agency to review the framework guideline within a reasonable period of time and re-submit it to the Commission» dersom den finner at retningslinjen ikke bidrar til ikke-diskriminering, effektiv konkurranse og et effektivt fungerende marked. ACER må da endre sin overordnede retningslinje.

De overordnede retningslinjene er rettet mot ENTSOene, som skal utarbeide et utkast til nettkode som er «in line with the relevant framework guideline».⁴³⁶ Som det fremgår like nedenfor er ACER også involvert etter at ENTSO-E har utarbeidet sitt utkast.

8.5 Retningslinjenes praktiske betydning

Virkemiddelet «overordnede retningslinjer» er hverken en uttalelse eller en anbefaling,⁴³⁷ og har ikke noe rettslig grunnlag i traktatene. Retningslinjene har etter sin ordlyd ikke rettslig bindende virkning, og ENTSOene er under «no formal obligation to comply with the framework guidelines when developing the network code».⁴³⁸ ACERs overordnede retningslinjer er likevel ment å ha en viss betydning for hvordan de bindende nettkodene skal utformes.

Dette illustreres gjennom den videre prosedyren for utvikling av nettkoder. Etter at ENTSO-E har utarbeidet et utkast til nettkode, skal ACER gi en uttalelse om utkastet.⁴³⁹ ACERs uttalelse skal være begrunnet («reasoned opinion»). Etter bestemmelsens ordlyd skal ACER vurdere ENTSO-E sitt utkast generelt. Det følger imidlertid av bestemmelsens

⁴³⁵ Som påpekt av Chiti (2013) s. 101

⁴³⁶ Elektrisitetensforordningen art. 6 (6)

⁴³⁷ Jf. også opprettelsesforordningen art. 4 som skiller mellom uttalelser, anbefalinger og overordnede retningslinjer

⁴³⁸ Pototschnig (2014) s. 142

⁴³⁹ Elektrisitetensforordningen art. 6 (7)

kontekst at ACER skal vurdere utkastet opp mot de overordnede retningslinjene.⁴⁴⁰ Det er nemlig først når ACER anser utkastet for å være i overensstemmelse med retningslinjene at byrået skal anbefale Kommissjonen om å vedta nettkoden.⁴⁴¹

Dersom ACER ikke anser utkastet for å være i overensstemmelse med de overordnede retningslinjene, legger forordningen til rette for at ENTSO-E kan endre sitt utkast i lys av ACERs uttalelse.⁴⁴² Det endrede utkastet skal deretter forelegges ACER på nytt, som igjen skal foreta en vurdering av dets innhold. Denne utvekslingen av dokumenter kan føre til at prosedyren blir satt på vent over lang tid.⁴⁴³ Som påpekt av Pototschnig er dette en «very unsatisfactory situation, as it may lead to a deadlock».⁴⁴⁴

For å sikre en effektiv prosedyre har det innenfor gassmarkedet blitt iverksatt uformelle tiltak for å sikre konsensus på et tidlig stadium gjennom ulike samarbeid mellom Kommissjonen, ACER og ENTSO-G.⁴⁴⁵ ACER har også benyttet seg av såkalte «qualified recommendations», som til tross for at de mangler rettslig grunnlag i forordningene har blitt tatt vel imot av Kommissjonen og ENTSOene.⁴⁴⁶ ACERs «qualified recommendations» kan bare gis etter at ENTSOene har fått mulighet til å endre sine utkast, og lar ACER anbefale Kommissjonen om å vedta nettkoden med endringer foreslått av byrået.⁴⁴⁷ På bakgrunn av denne erfaringen er det i den nye elektrisitetsforordningen (Clean Energy for All Europeans) bestemt at ACER skal bistå ENTSO-E med å utarbeide

⁴⁴⁰ Se også Tremmel (2016) s. 296

⁴⁴¹ Elektrisitetsforordningen art. 6 (9)

⁴⁴² Elektrisitetsforordningen art. 6 (8). Som påpekt av Tremmel (2016) s. 296 kan ACER fremme utkastet til vedtakelse på tross av at det ikke er i overensstemmelse med retningslinjene. Dette er imidlertid ikke særlig praktisk.

⁴⁴³ Se Gräper og Webster (2016) s. 627

⁴⁴⁴ Pototschnig (2014) s. 143

⁴⁴⁵ Se nærmere i Vlachou (2018) s. 271–272

⁴⁴⁶ Pototschnig (2014) s. 143

⁴⁴⁷ Se for eksempel anbefaling nr. 4/2013 om vedtak av RfG-nettkoden der ACER anbefaler å vedta nettkoden «subject to amendments», omtalt i Pototschnig (2014) s. 149

utkast, i tillegg til at byrået er gitt myndighet til å endre nettkoden før den forelegges Kommissjonen.⁴⁴⁸

ACERs anbefaling er nødvendig for at Kommissjonen skal kunne vedta nettkoden.⁴⁴⁹ Kommissjonen er riktignok ikke rettslig bundet av hverken uttalelsene eller anbefalingene fra ACER, og kan vedta en nettkode som ikke er i tråd med de opprinnelige overordnede retningslinjene. Kommissjonen har også vedtatt nettkoder som avviker fra ACERs anbefalinger, og må da begrunne dette.⁴⁵⁰

Etter dette har ACERs overordnede retningslinjer stor betydning for innholdet i rettslig bindende nettkoder. Det er derfor av avgjørende betydning hvorvidt retningslinjene kan gjøres til gjenstand for rettslig kontroll. Dette vil jeg gjøre rede for under punkt 11.2.2.

8.6 Oppsummering

I dette kapitlet har jeg gjort rede for ACERs retningslinjer for utarbeidelsen av nettkoder. ACERs øvrige to virkemidler ved utarbeidelsen av nettkoder er kommentert. ACER opptrer ved utarbeidelsen av nettkoder i sin *rådgivende* rolle overfor Kommissjonen, og bidrar med teknisk ekspertise for utarbeidelsen av harmonisert regelverk.

Gjennom overordnede retningslinjer, uttalelser om ENTSOenes utkast og anbefalinger til Kommissjonen spiller ACER en avgjørende rolle i utarbeidelsen av nettkodene. Selv om disse virkemidlene ikke har rettslig bindende virkning, har de stor betydning for innholdet i det rettslig bindende regelverket som utarbeides. Det er derfor en av ACERs sentrale forvaltningsoppgaver i det indre energimarkedet.

⁴⁴⁸ Se foreløpig tekst etter trilogforhandlingene 2016/0379(COD) art. 55 (9) og (10), jf. Erbach (2019b)

⁴⁴⁹ Anbefalingen er en forutsetning for vedtakelse etter elektrisitetsforordningen art. 6 (11). Med hjemmel i art. 18 (3) d kan Kommissjonen imidlertid vedta bindende retningslinjer for de områder det kan utarbeides nettkoder for uten slik anbefaling.

⁴⁵⁰ Se Stefan og Petri (2018) s. 536–537. Kravet om begrunnelse følger av elektrisitetsforordningen art. 6 (9)

9 ACERs kontroll av nasjonale vedtak

9.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg se nærmere på ACERs kontroll av nasjonale vedtak. Det er som nevnt de nasjonale reguleringsmyndighetene som er gitt hovedansvaret med å implementere EU-lovgivningen i de enkelte medlemsstatene. I denne forbindelse utøver de nasjonal forvaltningsmyndighet, som innebærer å fatte vedtak på nasjonalt plan. De nasjonale vedtakene kan ha hjemmel både i rent nasjonal lovgivning og i EU-lovgivningen.

ACER skal som nevnt sørge for at de nasjonale reguleringsmyndighetene utfører sine reguleringsoppgaver i tråd med EU-lovgivningen. Denne *kontrollerende* rollen gjenspeiles i byråets myndighet til å vurdere og avggi uttalelse om hvorvidt vedtak fattet av de nasjonale reguleringsmyndighetene er i overensstemmelse med nærmere bestemt EU-lovgivning. ACER skal her foreta en etterfølgende vurdering av vedtak som allerede er fattet. Byråets uttalelse fungerer derfor som en form for etterhåndskontroll.

ACERs kontroll av nasjonale vedtak er som et utgangspunkt hjemlet i opprettellesforordningen artikkel 7 (4). Jeg vil derfor i punkt 9.2 presentere denne myndighetshjemmelen nærmere, og vurdere de inngangsvilkår som er oppstilt. I punkt 9.3 vil jeg analysere rekkevidden av uttalelsenes innhold, før jeg behandler de prosessuelle kravene i punkt 9.4. Deretter vil jeg fremheve uttalelsenes store praktiske betydning i punkt 9.5.

I tillegg til opprettellesforordningens myndighetshjemmel, oppstilles det også i andre rettsakter ulike hjemler for å kontrollere nasjonale vedtak. Disse myndighetshjemlene er delvis overlappende med opprettellesforordningen artikkel 7 (4), men ikke helt. Forholdet mellom opprettellesforordningen og de særlige myndighetshjemlene vil derfor drøftes under punkt 9.6, før jeg foretar en oppsummering av kapittelet i punkt 9.7.

9.2 Rettslig grunnlag og foreløpige uttalelser

ACERs myndighet til å foreta en etterfølgende vurdering av nasjonale vedtak følger av opprettelsesforordningen artikkel 7 (4):

«The Agency shall provide an opinion, based on matters of fact, at the request of a regulatory authority or of the Commission, on whether a decision taken by a regulatory authority complies with the Guidelines referred to in Directive 2009/72/EC, Directive 2009/73/EC, Regulation (EC) No 714/2009 or Regulation (EC) No 715/2009 or with other relevant provisions of those Directives or Regulations.»

Bestemmelsen gir ACER myndighet til å vurdere «a decision taken by a regulatory authority» opp mot nærmere bestemte rettsakter. Ordlyden er svært vid og gir ACER myndighet til å vurdere *alle* vedtak fattet av *alle* reguleringsmyndigheter. Vurderingen skal gis som en uttalelse, og har derfor etter sin form ikke rettslig bindende virkning.⁴⁵¹

Etter ordlyden omfatter bestemmelsen både generelle og individuelle vedtak, men kan tolkes som å avgrense mot medlemsstatens vedtak som ikke faller inn under definisjonen av «decision» i TEUV artikkel 288 (4). Hvorvidt et innholdsmessig vedtak er klassifisert som et vedtak eller ikke avhenger imidlertid av nasjonal rett. Dette kan tale mot å tolke ordlyden for snevert og dermed forhindre en nasjonal beslutning i å bli vurdert.

De nasjonale reguleringsmyndighetene er gitt særlige oppgaver gjennom elmarkedsdirektivet artikkel 37 og gassmarkedsdirektivet artikkel 41. Den vedtaksmyndigheten som gis der er et typisk eksempel på myndighet som kan kontrolleres av ACER. Det er likevel ikke noe krav om at det nasjonale vedtaket må være fattet med hjemmel i EU-lovgivningen. Nasjonale vedtak truffet med hjemmel i nasjonal lovgivning kan etter ordlyden også vurderes av ACER. Kompetansebestemmelsen er altså irrelevant. Det avgjørende er om vedtakets innhold er i overensstemmelse med EU-retten.

⁴⁵¹ TEUV art. 288 (5)

De nasjonale vedtakene kan vurderes opp mot de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke, i tillegg til de *bindende retningslinjene* truffet med hjemmel i disse. Overprøving av hvorvidt nasjonale vedtak er fattet i overensstemmelse med *nettkodene* faller utenfor ACERs myndighet etter bestemmelsen. ACER er likevel gjennom særskilte hjemler gitt myndighet til å gjøre dette på avgrensede områder, se nærmere under punkt 9.5.2.

ACER har foreløpig avgitt to uttalelser om vurdering av nasjonale vedtak.⁴⁵²

- I uttalelse nr. 3/2015 vurderte ACER hvorvidt den litauiske reguleringsmyndighetens vedtak var i overensstemmelse med gassmarkedsdirektivet, gassforordningen og bindende retningslinjer fattet i medhold av disse.
- I uttalelse nr. 9/2015 vurderte ACER hvorvidt vedtak fattet av østerrikske, ungarske, slovakiske og slovenske reguleringsmyndigheter var i overensstemmelse med elektrisitetsforordningen og bindende retningslinjer fattet i medhold av denne.

9.3 Uttalelsenes innhold

Opprettelsesforordningen stiller krav om at uttalelsen må gis «based on matters of fact». Ordlyden kan derfor tolkes som at ACER er avskåret fra å foreta generelle rettslige vurderinger i sin uttalelse, og at alle rettslige vurderinger må knyttes tett opp mot de faktiske forholdene.

Ermacora påpeker at det tilsvarende kravet om «based on matters of fact» i opprettelsesforordningen artikkel 6 (4), som omhandler ACERs uttalelser til ENTSOene sine dokumenter, ble tatt inn etter at medlemsstatene motsatte seg ACER «being tasked with legal assessments and compliance checks».⁴⁵³ Han forstår dette som om medlemsstatene forsøkte å skape en distinksjon mellom «assessment of factual issues and a legal assessment».⁴⁵⁴ Det er likevel tvilsomt om dette har noen praktisk betyd-

⁴⁵² Per 31. mai 2019

⁴⁵³ Ermacora (2010) s. 268

⁴⁵⁴ Ermacora (2010) s. 268

ning. Tremmel viser til at nasjonale vedtak nødvendigvis baserer seg på fakta, og at en vurdering av slike vedtak må knytte seg til de faktiske omstendigheter.⁴⁵⁵ Likevel gir kravet et signal om hvor viktig det er at ACER forholder seg til det faktiske vedtaket.

I ACERs uttalelse nr. 9/2015 foretok ACER en «legal assessment of the lack of capacity allocation procedure on the DE-AT border».⁴⁵⁶ Den rettslige vurderingen er i uttalelsen tett knyttet opp mot den faktiske situasjonen, og det er kun i uttalelsens punkt 6.2.3 gitt noen få generelle, rettslige vurderinger.

9.4 Prosessuelle krav

Det er i opprettellesforordningen artikkel 7 (4) oppstilt ett prosessuelt krav til ACERs uttalelse. Dette kravet innebærer at ACER kun skal gi uttalelse «at request of a regulatory authority or of the Commission». Ordlyden stiller ikke krav om at det er den reguleringsmyndigheten som har fattet det aktuelle vedtaket som må be om en uttalelse, noe som åpner opp for at også andre reguleringsmyndigheter kan henvende seg til byrået. ACERs uttalelse nr. 9/2015 ble for eksempel avgitt etter at den polske reguleringsmyndigheten URE ba byrået om å vurdere de slovenske, østerrikske, ungarske og slovakiske reguleringsmyndighetenes respektive vedtak.⁴⁵⁷

ACER kan imidlertid ikke på eget initiativ vurdere et nasjonalt vedtak. Byrået kan heller ikke vurdere et nasjonalt vedtak etter forespørsel fra en TSO eller en annen markedsaktør som vedtaket er rettet mot.

Ordlyden stiller ingen krav om at forespørselen må være begrunnet eller oppfylle visse materielle krav. I uttalelse nr. 9/2015 anførte den tyske reguleringsmyndigheten, som ble invitert til å gi skriftlig uttalelse, at en uttalelse ikke kunne gis fordi en eventuell uttalelse ville vurdere et tema som CACM-retningslinjen foreskriver en særlig prosedyre for.⁴⁵⁸ De

⁴⁵⁵ Tremmel (2016) s. 310

⁴⁵⁶ Uttalelse nr. 9 /2015 s. 15

⁴⁵⁷ Uttalelse nr. 9/2015

⁴⁵⁸ CACM-retningslinjen kapittel 2 om «bidding zone review»

hevdet derfor at den polske reguleringsmyndigheten ikke hadde rettslig interesse. ACER forkastet dette i sin uttalelse, og påpekte at artikkel 7 (4) «does not make the admissibility of the request dependent upon whether or not the same or related topic is also addressed under a different procedure, or upon whether or not the requesting NRA has a legal interest».⁴⁵⁹ Uttalelsen viser at bestemmelsen tolkes i samsvar med sin vide ordlyd.

Bestemmelsen oppstiller ingen nærmere prosessuelle krav til hvem uttalelsen skal sendes til eller innen hvilken frist den skal gis. Uttalelse nr. 9/2015 ble avgitt nesten ti måneder etter forespørselen ble fremsatt, og uttalelse nr. 3/2015 ble avgitt i overkant av syv måneder etter forespørselen. Siden uttalelsene etter opprettelsesforordningen artikkel 7 (4) knytter seg til et nasjonalt vedtak, forutsettes det at den blir sendt til den nasjonale reguleringsmyndighet hvis avgjørelse er vurdert.

9.5 Uttalelsenes praktiske betydning

ACERs vurdering av nasjonale vedtak skal gis som en uttalelse («opinion»). Uttalelser er et ikke-bindende virkemiddel med rettslig grunnlag i TEUV artikkel 288 (5), som eksplisitt legger til grunn at uttalelser ikke har rettslig bindende virkning. Dersom ACER vurderer det nasjonale vedtaket til ikke å være i overenstemmelse med EU-retten, har byrået ingen gjennomføringsmyndighet til å endre vedtaket.

Det politiske presset for nasjonale reguleringsmyndigheter å tilpasse seg ACERs uttalelser er imidlertid stort, noe som fører til at byråets uttalelser i praksis må legges til grunn. Opprettelsesforordningen artikkel 7 (5) oppstiller nemlig en særlig prosedyre for det tilfellet at nasjonale reguleringsmyndigheter ikke tilpasser seg uttalelsen innen fire måneder. I følge bestemmelsen skal ACER da informere både Kommisjonen og den aktuelle medlemsstaten om at vedtaket etter byråets vurdering ikke er i overensstemmelse med EU-retten. Kommisjonens adgang til å iverksette

⁴⁵⁹ Uttalelse nr. 9/2015 s. 5

traktatbruddsprosedyre etter TEUV art. 258 fungerer derfor som et ris bak speilet.⁴⁶⁰

Fordi ACERs uttalelser kan oppfattes som politisk bindende, er det for de nasjonale reguleringsmyndighetene av avgjørende betydning hvorvidt uttalelsene kan overprøves eller på annen måte kontrolleres, enten gjennom administrativ overprøving eller domstolsprøving. Jeg vil se nærmere på dette under punkt 11.2.3.

9.6 Særlig om vurdering opp mot utfyllende regelverk

9.6.1 Vurdering opp mot bindende retningslinjer

Opprettellesforordningen artikkel 7 (4) gir ACER myndighet til å vurdere nasjonale vedtak opp mot de *bindende retningslinjene*. Elmarkedsdirektivet og gassmarkedsdirektivet oppstiller tilsvarende to bestemmelser for slik vurdering av nasjonale vedtak, som ligner på opprettellesforordningen artikkel 7 (4). Bestemmelsene er likevel ikke identiske, slik at det ikke er snakk om krysshenvisninger mellom opprettellesforordningen og de to andre rettsaktene.

Elmarkedsdirektivet 39 og gassmarkedsdirektivet artikkel 43 oppstiller derfor særlige hjemler for vurdering av nasjonale vedtak. Elmarkedsdirektivet artikkel 39 (1) lyder slik:

«Any regulatory authority and the Commission may request the opinion of the Agency on the compliance of a decision taken by a regulatory authority with the Guidelines referred to in this Directive or in Regulation (EC) No 714/2009.»

ACER har foreløpig ikke avgitt noen uttalelser etter denne bestemmelsen.⁴⁶¹ I motsetning til opprettellesforordningen artikkel 7 (4) er det ikke oppstilt noe krav om at uttalelsen må være «based on matters of fact».

⁴⁶⁰ Tremmel (2016) s. 311

⁴⁶¹ Per 31. mai 2019

Som nevnt under punkt 9.3 vil dette vilkåret imidlertid ha begrenset betydning, slik at de materielle forskjellene ikke er så store.

Elmarkedsdirektivet artikkel 39 oppstiller imidlertid strengere prosessuelle krav enn opprettelsesforordningen artikkel 7 (4) med hensyn til tre aspekter.

For det første er det oppstilt et krav om at uttalelsen skal gis innen tre måneder etter at ACER mottok forespørselen.⁴⁶² Til sammenligning tok det ACER henholdsvis syv og ti måneder å avgi sine to uttalelser etter opprettelsesforordningen.

For det andre er det presisert hvem uttalelsen skal rettes mot. Elmarkedsdirektivet artikkel 39 (2) bestemmer at uttalelsen skal rettes både mot den som har forespurt uttalelsen – enten én eller flere nasjonale reguleringsmyndigheter eller Kommisjonen – og den nasjonale reguleringsmyndigheten som har fattet det vedtaket som skal vurderes.

For det tredje foreskriver bestemmelsen en mer detaljert prosedyre for det tilfelle at den nasjonale reguleringsmyndigheten som har fattet vedtaket ikke tilpasser seg uttalelsen. Dersom tilpasning ikke skjer innen fire måneder etter at uttalelsen ble oversendt, skal ACER informere Kommisjonen om dette.⁴⁶³ Kommisjonen skal deretter vurdere hvorvidt vedtaket «raises serious doubts as to its compatibility with the Guidelines», og innen to måneder bestemme seg for om den vil undersøke saken nærmere.⁴⁶⁴ Dersom Kommisjonen velger å undersøke saken nærmere skal den innen fire måneder fatte endelig vedtak om hva den skal foreta seg.⁴⁶⁵ Kommisjonen kan enten fatte vedtak om ikke å gjøre innsigelser,⁴⁶⁶ eller fatte vedtak om at det nasjonale vedtaket skal oppheves.⁴⁶⁷

Krever Kommisjonen at det nasjonale vedtaket skal oppheves, skal den nasjonale reguleringsmyndigheten sørge for at dette skjer innen to måneder, samt informere Kommisjonen om dette.⁴⁶⁸ Motsatt skal Kom-

⁴⁶² Elmarkedsdirektivet art. 39 (2)

⁴⁶³ Elmarkedsdirektivet art. 39 (3)

⁴⁶⁴ Elmarkedsdirektivet art. 39 (5)

⁴⁶⁵ Elmarkedsdirektivet art. 39 (6)

⁴⁶⁶ Elmarkedsdirektivet art. 39 (6) a

⁴⁶⁷ Elmarkedsdirektivet art. 39 (6) b

⁴⁶⁸ Elmarkedsdirektivet art. 39 (8)

misjonens manglende krav om opphevelse anses som at Kommisjonen ikke gjør innsigelser.⁴⁶⁹

Denne detaljerte prosedyren oppstiller begrensinger for Kommisjonens mulighet til å forfølge det nasjonale vedtaket. Kommisjonen gis ikke myndighet til å be om endring av det nasjonale vedtaket, og står i fare for å miste sin mulighet for innsigelse ved fristoversittelse. Dette reiser spørsmål om hvorvidt direktivet lovlig kan begrense Kommisjonens rett til å innlede traktatbruddsprosedyre. Etter min mening er det ikke åpenbart at slik innskrenking er lovlig, uten at jeg går nærmere inn på dette.

Elmarkedsdirektivet artikkel 39 oppstiller altså strengere og mer detaljerte prosessuelle krav enn opprettelsesforordningen artikkel 7 (4) og (5). Ettersom begge foreskriver en uttalelse om nasjonale vedtaks overensstemmelse med bindende retningslinjer, vil elmarkedsdirektivet artikkel 39 legges til grunn etter prinsippet om *lex specialis*.⁴⁷⁰

Den praktiske betydningen av disse forskjellene er mindre. Ermacora antar at de ulike kravene i de to bestemmelsene følger av «mistakes in drafting rather than reasons of substantial nature».⁴⁷¹ Idet de materielle forskjellene heller ikke fører til noen ulikheter, kan det for ACERs del legges til grunn at de ikke har noen praktisk betydning. Hvorvidt Kommisjonens myndighet er ulik etter de to bestemmelsene er mer uklart, men det vil ikke gås nærmere inn på i denne oppgaven.

9.6.2 Vurdering opp mot nettkoder?

Der opprettelsesforordningen artikkel 7 (4) gir myndighet til å vurdere nasjonale vedtak opp mot *bindende retningslinjer* og de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke, avgrenser bestemmelsen mot vurdering opp mot *nettkodene*. Heller ikke de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke gir hjemmel for en slik vurdering.

⁴⁶⁹ Elmarkedsdirektivet art. 39 (7)

⁴⁷⁰ Tremmel (2016) s. 313

⁴⁷¹ Ermacora (2010) s. 280

Tre av nettkodene for kraftmarkedet inneholder imidlertid egne bestemmelser som lar ACER foreta en vurdering av nasjonale vedtaks overenstemmelse med disse.⁴⁷² HVDC-nettkoden, DCC-nettkoden og RfG-nettkoden oppstiller nemlig bestemmelser som gir de nasjonale reguleringsmyndighetene adgang til å fatte vedtak om dispensasjon fra nettkodens materielle bestemmelser.⁴⁷³ Disse nettkodene inneholder også bestemmelser som gir ACER myndighet til å vurdere hvorvidt disse dispensasjonsvedtakene er i tråd med nettkodens krav.⁴⁷⁴

HVDC-nettkoden artikkel 83 (2) illustrerer hvilken myndighet byrået er gitt:

«The Agency may issue a reasoned recommendation to a regulatory authority to revoke a derogation due to a lack of justification.»

ACER er gitt myndighet til å vedta en begrunnet anbefaling om å tilbakekalle en dispensasjon «under henvisning til manglende berettigelse», som den danske språkversjonen foreskriver. Byrået står fritt til å gi slike anbefalinger på eget initiativ. Dette henger sammen med at ACER er gitt myndighet til å overvåke de nasjonale reguleringsmyndighetenes tildeling av dispensasjon.⁴⁷⁵

Kommisjonen kan be ACER om å rapportere om sin overvåking og vurdering av de nasjonale reguleringsmyndighetenes unntak, og begrunne hvorfor de har eller ikke har etterspurt tilbakekall av dispensasjon.⁴⁷⁶ ACER har foreløpig gitt hverken anbefaling eller rapport om sin overvåking.

⁴⁷² Jeg har ikke gjennomgått nettkodene for gassmarkedet for dette formål, og kan derfor ikke si noe om hvorvidt det i disse er oppstilt tilsvarende hjemler.

⁴⁷³ HVDC-nettkoden art. 77, DCC-nettkoden art. 50, RfG-nettkoden art. 60

⁴⁷⁴ HVDC-nettkoden art. 83, DCC-nettkoden art. 55, RfG-nettkoden art. 65

⁴⁷⁵ HVDC-nettkoden art. 83 (1)

⁴⁷⁶ HVDC-nettkoden art. 83 (3)

9.7 Oppsummering

I dette kapitlet har jeg gjort rede for ACERs kontroll av nasjonale vedtak. ACER er gjennom ulike rettsakter gitt myndighet til å foreta en etterfølgende vurdering av hvorvidt nasjonale reguleringsmyndigheter har utøvet sin vedtaksmyndighet i overensstemmelse med EU-lovgivningen. ACER opptrer her i sin *kontrollerende* rolle overfor de nasjonale reguleringsmyndighetene. Den sentrale myndighetshjemmelen er opprettellesforordningen artikkel 7 (4).

ACER er gitt myndighet til å gi uttalelser og anbefalinger rettet mot de nasjonale reguleringsmyndighetene. Slike virkemidler har etter sin form ikke rettslig bindende virkning. Drøftelsen har vist at disse virkemidlene likevel har praktisk stor betydning, slik at det oppstår et behov for mulighet til overprøving. Dette vil gjøres rede for under punkt 11.2.3.

10 ACERs individuelle vedtaksmyndighet

10.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg gjøre rede for ACERs myndighet til å fatte individuelle vedtak. Individuelle vedtak er rettsakter rettet mot private parter, og som har rettslig bindende virkning overfor disse.⁴⁷⁷ Når ACER fatter individuelle vedtak opptrer byrået i sin rolle som *subsidiær reguleringsmyndighet*.

ACER er gitt myndighet til å fatte individuelle vedtak gjennom bestemmelser i opprettelsesforordningen og infrastrukturforordningen. Disse to forordningene oppstiller til sammen fire myndighetshjemler, som konstituerer og fastlegger de ytre rammene for ACERs individuelle vedtaksmyndighet i særlige tilfeller. De fire myndighetshjemlene er:

- Opprettelsesforordningen artikkel 7 (1)
- Opprettelsesforordningen artikkel 8 (1)
- Opprettelsesforordningen artikkel 9 (1)
- Infrastrukturforordningen artikkel 12 (6)

Jeg vil i punkt 10.2 gi en oversikt over ACERs vedtaksmyndighet, før jeg analyserer de ulike myndighetshjemlene hver for seg i den rekkefølgen som fremgår ovenfor.

Innledningsvis må det foretas en presisering av ACERs vedtaksmyndighet. Byrået er nemlig i visse tilfeller også gitt myndighet til å fatte vedtak rettet mot de nasjonale reguleringsmyndighetene, såkalte «state-addressed decisions».⁴⁷⁸ ACERs kompetanse til å fatte vedtak rettet mot medlemsstatene er ikke fremhevet som en av ACERs rettsakter i opprettelsesforordningen,⁴⁷⁹ og jeg har foreløpig heller ikke nevnt dette virkemiddelet i min oppgave.

⁴⁷⁷ TEUV art. 288 (4)

⁴⁷⁸ Schütze (2012) s. 321

⁴⁷⁹ Opprettelsesforordningen art. 4

Årsaken til dette er at ACERs vedtak rettet mot medlemsstatene ikke utgjør materielle vedtak, men i stedet er prosessuelle vedtak om fristforlengelse. Som jeg vil behandle like nedenfor i punkt 10.2 er ACERs vedtaksmyndighet betinget av at de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke er kommet til enighet innen en gitt frist. Før vedtaksmyndigheten overføres til ACER, kan reguleringsmyndighetene be om forlengelse av denne fristen. Slik fristforlengelse fastsettes gjennom vedtak fattet av ACER.⁴⁸⁰

ACERs vedtak rettet mot nasjonale reguleringsmyndigheter er kun prosessuelle, og ikke materielle. De vil derfor ikke skape rettigheter eller plikter for private parter, og jeg avgrenser derfor mot disse. Det er følgelig bare ACERs *individuelle* vedtak som behandles i dette kapittelet.

10.2 Oversikt over ACERs vedtaksmyndighet

ACER er som nevnt gitt vedtaksmyndighet gjennom både opprettelsesforordningen og infrastrukturforordningen. Da ACER ble opprettet i 2009, ble byrået opprinnelig gitt myndighet til å «take individual decisions in the specific cases referred to in articles 7, 8 and 9» i opprettelsesforordningen.⁴⁸¹ Disse tre myndighetshjemlene lar ACER fatte vedtak i forbindelse med *tekniske spørsmål*,⁴⁸² særlige *regulatoriske forhold*⁴⁸³ og *dispensasjon* fra EU-rettslige krav.⁴⁸⁴

Opprettelsesforordningen kan ved en analyse av ACERs vedtaksmyndighet sammenlignes med en type domstolslov. De tre myndighetshjemlene er «prosessuelle» i den forstand at de kun konstituerer en kompetanse til å fatte vedtak etter nærmere bestemte materielle regler. Disse materielle reglene følger av de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke, herunder *nettkoder* og *bindende retningslinjer* med hjemmel i disse. ACERs vedtaksmyndighet etter opprettelsesforordningen kan derfor

⁴⁸⁰ Se for eksempel opprettelsesforordningen art. 8 (1) andre ledd

⁴⁸¹ Opprettelsesforordningen art. 4 d

⁴⁸² Opprettelsesforordningen art. 7 (1)

⁴⁸³ Opprettelsesforordningen art. 8 (1)

⁴⁸⁴ Opprettelsesforordningen art. 9 (1)

ikke leses direkte ut av myndighetshjemlene, men må fastlegges etter en nærmere vurdering av de materielle reglene. Ettersom vedtaksmyndigheten etter opprettelsesforordningen avhenger av materielle regler, vil myndighetshjemelnes anvendelsesområde kunne snevres inn eller utvides i takt med at de materielle reglene endres eller suppleres.

Infrastrukturforordningen inneholder én myndighetshjemmel for ACERs individuelle vedtaksmyndighet, som supplerer de ovenfor nevnte hjemlene. Gjennom vedtakelsen av infrastrukturforordningen ble ACERs individuelle vedtaksmyndighet derfor utvidet til å dekke ytterligere ett tilfelle. Infrastrukturforordningen artikkel 12 (6) gir byrået myndighet til å treffe vedtak om fordeling av investeringskostnader for PCI-prosjekter.⁴⁸⁵ Denne myndighetshjemmelen er både prosessuell og materiell, ved at den både konstituerer og presiserer den nye vedtaksmyndighet for ACER. Byråets kompetanse etter infrastrukturforordningen kan altså leses direkte ut av myndighetshjemmelen.

Jeg har i forbindelse med denne oppgaven utarbeidet en oversikt over alle vedtak ACER har fattet fra sin opprettelse og frem til 31. mai 2019. Oversikten er inntatt som vedlegg til oppgaven, og omfatter både individuelle vedtak og vedtak rettet mot nasjonale reguleringsmyndigheter. Det fremgår av oversikten hvilke myndighetshjemler som er benyttet.

Basert på denne oversikten er det klart at ACER foreløpig har fattet 17 individuelle vedtak. Tabellen nedenfor gir oversikt over hvordan disse fordeler seg mellom de ulike myndighetshjemelene:

⁴⁸⁵ PCI-prosjekter er Projects of Common Interest, se nærmere ovenfor under punkt 6.4.1

Myndighetshjemmel	Type vedtak	Foreløpige vedtak
Opprettellesforordningen artikkel 7 (1)	Vedtak om tekniske spørsmål	0
Opprettellesforordningen artikkel 8 (1)	Vedtak om regulatoriske forhold	14
Opprettellesforordningen artikkel 9 (1)	Vedtak om dispensasjon fra særlige regulatoriske krav	1
Infrastrukturforordningen artikkel 12 (6)	Vedtak om fordeling av investeringskostnader	2

ACER hadde vært operativt i flere år da det fattet sitt første vedtak i 2014 med hjemmel i infrastrukturforordningen artikkel 12 (6).⁴⁸⁶ Etter hvert som ACERs vedtaksmyndighet etter opprettellesforordningen har blitt utvidet gjennom vedtakelsen av nye materielle regler, har antall vedtak gradvis økt. Som det fremgår av vedlegget har ACER for eksempel truffet 5 individuelle vedtak så langt i 2019.⁴⁸⁷

ACERs individuelle vedtak er hovedsakelig rettet mot medlemsstatenes transmisjonssystemoperatører (TSOer) for elektrisitet og gass. Dette følger av at de regulatoriske kravene oppstilt gjennom EU-lovgivningen, og som ACER kan fatte vedtak om, i stor grad knytter seg til nettverket for strøm og gass. Det er som nevnt TSOene som drifter disse nettverkene og derfor blir berørt. ACER kan imidlertid også fatte vedtak rettet mot andre markedsaktører. ACER har for eksempel fattet et vedtak mot selskapet AQUIND Limited, som er et britisk selskap med formål om å utvikle og bygge en mellomlandsforbindelse mellom Frankrike og England.⁴⁸⁸

Et viktig trekk ved ACERs vedtaksmyndighet er at byrået kun skal treffe vedtak der de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke selv kommer til enighet. Dette er felles for alle de forhold som ACER kan bli kompetent til å treffe vedtak om.⁴⁸⁹ I forbindelse med grensekryssende spørsmål er

⁴⁸⁶ Vedtak nr. 1/2014

⁴⁸⁷ Per 31. mai 2019

⁴⁸⁸ Se vedtak nr. 5/2018

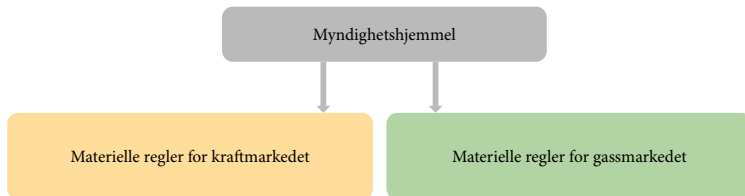
⁴⁸⁹ Dette kan følge av enten myndighetshjemmelen eller de nærmere materielle reglene, eventuelt begge to.

det nemlig i utgangspunktet lagt opp til at reguleringsmyndighetene i de involverte medlemsstatene skal fatte koordinerte vedtak på nasjonalt plan. Det er bare dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet innen en gitt frist, eller ikke selv ønsker å fatte vedtak, at deres kompetanse overføres til ACER. Byrådet står derfor ikke fritt til å fatte vedtak på eget initiativ.

Det er ACERs direktør som fatter individuelle vedtak, i overensstemmelse med BoRs positive uttalelse.⁴⁹⁰ ACER er ikke gitt kompetanse til å sørge for at deres vedtak blir håndhevet, idet det er opp til de nasjonale reguleringsmyndighetene å sørge for dette.⁴⁹¹

Avgrensning mot gassmarkedet

ACERs fire myndighetshjemler gjelder for både kraftmarkedet og gassmarkedet. De tre myndighetshjemlene i opprettellesforordningen suppleres av materielle regler i et tosporet system – ett spor for kraftmarkedet og ett spor for gassmarkedet. Dette kan illustreres slik:



Disse to sporene er i stor grad parallelle, ved at de materielle reglene i tredje energimarkedspakkes direktiver og forordninger speiler hverandre. *Nettkodene* og de *bindende retningslinjene* er på sin side særlig tilpasset til de to markedene. Jeg avgrensner derfor mot gassmarkedet ved vurdering av de materielle reglene.

Motsatt gjelder myndighetshjemmelen i infrastrukturforordningen tilsvarende for både kraftmarkedet og gassmarkedet. Her er det ikke noe tosporet system, og de materielle reglene gjelder likt for de to markedene. Dette kan på sin side illustreres slik:

⁴⁹⁰ Opprettellesforordningen art. 16

⁴⁹¹ Elmarkedsdirektivet art. 37 (1) d og gassmarkedsdirektivet art. 41 (1) d



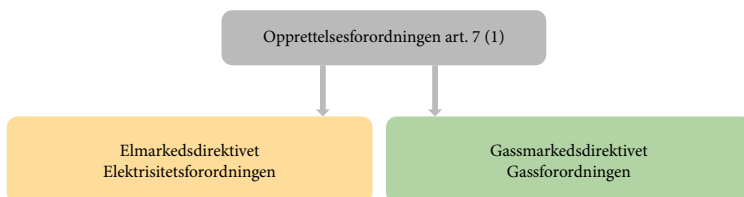
10.3 Vedtak om tekniske spørsmål

10.3.1 Myndighetshjemmel

Opprettellesforordningen artikkel 7 (1) gir ACER myndighet til å fatte vedtak om tekniske spørsmål i samsvar med de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke:

«The Agency shall adopt individual decisions on technical issues where those decisions are provided for in Directive 2009/72/EC, Directive 2009/73/EC, Regulation (EC) No 714/2009 or Regulation (EC) No 715/2009.» (mine understrekinger)

De materielle reglene som utfyller denne myndighetshjemmelen er altså bestemmelser i elmarkedsdirektivet, gassmarkedsdirektivet, elektrisitetforordningen og gassforordningen. ACERs vedtaksmyndighet etter opprettellesforordningen artikkel 7 (1) kan illustreres slik:



Vedtaksmyndigheten omhandler «technical issues». Den danske språkversjonen benytter formuleringen «tekniske beslutninger», og proposisjonen

for innlemmelse i norsk rett bruker begrepet «tekniske spørsmål». ⁴⁹² Jeg benytter derfor sistnevnte.

Hva som utgjør tekniske spørsmål er ikke definert, hverken i den konkrete bestemmelsen eller i opprettelsesforordningen for øvrig. Etter ordlyden vil alle spørsmål knyttet til tekniske regler utgjøre tekniske spørsmål, noe som gir bestemmelsen et vidt anvendelsesområde. Det kan argumenteres for at tekniske spørsmål omfatter «regulatoriske forhold» som omhandlet i opprettelsesforordningen artikkel 8, se like nedenfor. ⁴⁹³

Opprettelsesforordningen artikkel 7 (1) må imidlertid forstås på bakgrunn av sin tilblivelse. I Kommisjonens forslag til opprettelsesforordning ble det opprinnelig foreslått at ACER skulle gis vedtaksmyndighet for tekniske spørsmål der dette fulgte av *bindende retningslinjer* gitt i medhold av tredje energimarkedspakke. ⁴⁹⁴ Dette forslaget åpnet altså opp for at Kommisjonen, gjennom vedtakelsen av bindende retningslinjer, kunne tildele ACER *primær* vedtaksmyndighet etter hvert som det ble vedtatt nytt utfyllende regelverk. ACERs myndighet ville da ikke være betinget av en kompetanseoverføring fra de nasjonale reguleringsmyndighetene, noe som ville gi byrået *betydelig* vedtaksmyndighet.

Medlemsstatene anså en slik delegering av vedtaksmyndighet for å være i strid med både *Meronidoktrinen* og reglene for delegering av lovgivende myndighet til Kommisjonen gjennom komitologiprosedyre. ⁴⁹⁵ Henvisningen til de bindende retningslinjene ble derfor strøket fra det opprinnelige forslaget. Resultatet er at ACER er gitt vedtaksmyndighet for tekniske spørsmål der dette følger av de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke.

Opprettelsesforordningen artikkel 7 (1) står derfor igjen som en kompromissløsning. Resultatet er at bestemmelsen ikke *egentlig* er en myndighetshjemmel, ettersom den kun henviser til bestemmelser i de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke. Som vi skal se under

⁴⁹² Se Prop. 4 S (2017–2018) punkt 4.7

⁴⁹³ Se i denne retning Horstmann (2011) s. 51–52, som antar at tekniske spørsmål omfatter både regulatoriske forhold etter artikkel 8 (1) og adgangen til å gi dispensasjon etter artikkel 9 (1).

⁴⁹⁴ COM (2007) 530 final s. 26 (forslagets art. 7(1))

⁴⁹⁵ Tremmel (2016) s. 315

punkt 10.3.2 oppstiller disse øvrige rettsaktene heller ingen hjemler som korresponderer med opprettellesforordningen artikkel 7 (1). Resultatet er at opprettellesforordningen artikkel 7 (1) er uten selvstendig betydning, og det er derfor ikke truffet noen vedtak i medhold av denne bestemmelsen.

10.3.2 Materielle regler?

ACERs vedtaksmyndighet etter opprettellesforordningen artikkel 7 (1) avhenger som nevnt av hvorvidt byrået er gitt vedtaksmyndighet gjennom de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke.⁴⁹⁶ For å kartlegge ACERs vedtaksmyndighet innenfor kraftmarkedet er det derfor nødvendig å se nærmere på elmarkedsdirektivet og elektrisitetsforordningen. Etter en gjennomgang av disse er det klart at ACER er gitt vedtaksmyndighet etter to bestemmelser:

- Elmarkedsdirektivet artikkel 6 (4)
- Elektrisitetsforordningen artikkel 17 (5)

Elmarkedsdirektivet artikkel 6 (4) gir ACER vedtaksmyndighet i forbindelse med regionalt samarbeid mellom TSOer. Dersom vertikalt integrerte TSOer samarbeider på regionalt nivå gjennom en felles virksomhet, er denne virksomheten pålagt å utarbeide et overvåkingsprogram som skal forhindre diskriminering og sikre konkurransedyktig oppførsel ved å angi særlige forpliktelser for de ansatte. ACER er gitt myndighet til å godkjenne dette programmet.

Det er uklart hvorvidt ACERs vedtaksmyndighet etter elmarkedsdirektivet artikkel 6 (4) omhandler et «teknisk spørsmål», og om denne vedtaksmyndigheten kan sies å være dekket av opprettellesforordningen

⁴⁹⁶ Tremmel (2016) s. 315. Det kan derfor argumenteres for at ACER har flere myndighetshjemler enn de innledningsvis nevnte fire, ved at de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke som inneholder materielle regler også er myndighetshjemler (tilsvarende infrastrukturforordningen). I teorien fremheves imidlertid bare opprettellesforordningen og infrastrukturforordningen. Jeg har derfor tatt utgangspunkt i disse fire i denne oppgaven.

artikkel 7 (1).⁴⁹⁷ ACERs godkjenning av programmets tiltak for å sikre likebehandling og fri konkurranse er ikke nødvendigvis et spørsmål om tekniske regler, men i stedet en vurdering som kan ha skjønsmessig preg. Det kan derfor argumenteres for at elmarkedsdirektivet artikkel 6 (4) utgjør en egen myndighetshjemmel uavhengig opprettelsesforordningen artikkel 7 (1).⁴⁹⁸

Elektrisitetsforordningen artikkel 17 (5) gir ACER myndighet til å fatte vedtak om reguleringsfritak for ny, grensekryssende infrastruktur. Et reguleringsfritak kan anses som et «teknisk spørsmål». Denne vedtaksmyndigheten er imidlertid *eksplisitt* nevnt i opprettelsesforordningen artikkel 9 (1), og vil derfor vurderes nærmere under punkt 10.5. Årsaken til at denne vedtaksmyndigheten fremgår *implisitt* av opprettelsesforordningen artikkel 7 (1) følger av at henvisningen til bindende retningslinjer ble strøket.

10.3.3 Oppsummering

Opprettelsesforordningen artikkel 7 (1) gir ACER vedtaksmyndighet for tekniske spørsmål der slik myndighet følger av de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke. Bestemmelsen etablerer på denne bakgrunn ingen egentlig vedtaksmyndighet.

Rettsaktene for kraftmarkedet oppstiller kun én materiell myndighetshjemmel i elektrisitetsforordningen artikkel 17 (1). Denne bestemmelsen er særskilt omfattet av opprettelsesforordningen artikkel 9 (1), slik at opprettelsesforordningen artikkel 7 (1) ikke har noen selvstendig betydning. Bestemmelsen er derfor en «tom» myndighetshjemmel.

⁴⁹⁷ Tremmel (2016) s. 315

⁴⁹⁸ Se note 496 ovenfor.

10.4 Vedtak om regulatoriske spørsmål

10.4.1 Myndighetshjemmel

Opprettelsesforordningen artikkel 8 (1) gir ACER myndighet til å fatte vedtak om regulering av grensekryssende infrastruktur:⁴⁹⁹

«For cross-border infrastructure, the Agency shall decide upon those regulatory issues that fall within the competence of national regulatory authorities, which may include the terms and conditions for access and operational security

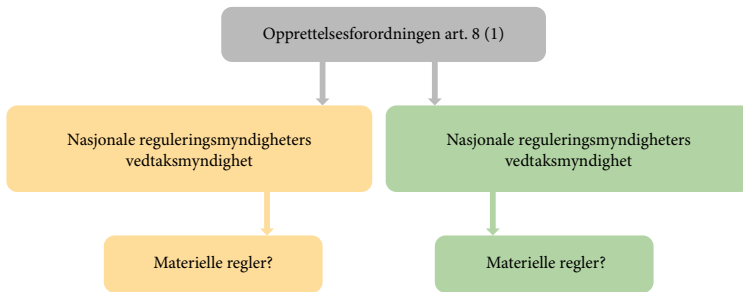
a) where the competent national regulatory authorities have not been able to reach an agreement within a period of six months from when the case was referred to the last of those regulatory authorities; or

(b) upon a joint request from the competent national regulatory authorities.» (mine understrekinger)

Myndighetshjemmelen gir ACER en subsidiær vedtaksmyndighet for visse regulatoriske forhold som det primært er opp til de nasjonale reguleringsmyndighetene å fatte vedtak om. Det er de nasjonale reguleringsmyndighetenes myndighet til å fatte vedtak om *regulering av grensekryssende infrastruktur* som på nærmere vilkår kan overføres til ACER gjennom bestemmelsen.

Hvilke materielle regler som gir de nasjonale reguleringsmyndighetene en primær vedtaksmyndighet for *regulering av grensekryssende infrastruktur*, er ikke spesifisert i bestemmelsen. Myndighetshjemmelen utfylles derfor av *alle* materielle regler som gir de nasjonale reguleringsmyndighetene slik vedtaksmyndighet. For å kunne analysere ACERs vedtaksmyndighet etter opprettelsesforordningen artikkel 8 (1), må man derfor i første omgang kartlegge de nasjonale reguleringsmyndighetenes primære vedtaksmyndighet for henholdsvis kraftmarkedet og gassmarkedet. Dette kan illustreres slik:

⁴⁹⁹ Se også opprettelsesforordningen art. 7 (7)



De materielle reglene vil gjennomgå nedfor fra punkt 10.4.2. Opprettelsesforordningen artikkel 8 (1) oppstiller i tillegg tre grunnvilkår som må være oppfylt for at ACER kan fatte vedtak etter bestemmelsen, og som jeg vil gjøre rede for innledningsvis. Dette er følgende tre vilkår:

- Den primære vedtaksmyndigheten må omhandle et «regulatory issue»
- Det regulatoriske spørsmålet må gjelde «cross-border infrastructure»
- Den primære vedtaksmyndigheten må aktivt overføres fra de nasjonale reguleringsmyndighetene og til byrået

«Regulatoriske spørsmål»

Myndighetshjemmelens første vilkår er at de nasjonale reguleringsmyndighetenes primære vedtaksmyndighet må omhandle et «regulatory issue» Den danske språkversjonen benytter formuleringen «regulerings-spørsmål», og proposisjonen for innlemmelse i norsk rett brukes begrepet «regulatoriske spørsmål». ⁵⁰⁰ Jeg benytter meg derfor av sistnevnte.

Regulatoriske spørsmål er etter ordlyden alle spørsmål knyttet til reguleringen av et marked. Opprettelsesforordningen artikkel 8 (1) presiserer at regulatoriske spørsmål «may include» vilkår og betingelser for *adgang til infrastruktur og operativ sikkerhet for infrastruktur*.

⁵⁰⁰ Se Prop. 4 S (2017–2018) punkt 4.7

Kommisjonen kan spesifisere situasjonene der ACER er tildelt subsidiaer vedtaksmyndighet for adgang og operasjonell sikkerhet.

Vilkår og betingelser for *adgang* er nærmere presisert i bestemmelsen, og skal omfatte fastsettelse av prosedyre for kapasitetsallokering, tidsramme for allokering, deling av flaskehalsinntekter og illeggelse av forbrukeravgift.⁵⁰¹

Det er imidlertid ikke noe i veien for at vedtaksmyndigheten omfatter andre regulatoriske forhold enn de som eksplisitt er nevnt.⁵⁰² Myndighetshjemmelen er som nevnt ikke uttømmende definert, og kan derfor omfatte også andre regulatoriske spørsmål. Et eksempel på dette er dispensasjon fra regulatoriske krav for ny infrastruktur, som er nærmere beskrevet under punkt 10.5. Det er blitt hevdet at Kommisjonen ikke har myndighet til å spesifisere disse situasjonene gjennom vedtakelsen av bindende retningslinjer.⁵⁰³

Grensekryssende infrastruktur

Myndighetshjemmelens andre vilkår er at det regulatoriske spørsmålet må omhandle grensekryssende infrastruktur («cross-border infrastructure»). Hverken opprettelsesforordningen eller de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke inneholder en definisjon av begrepet «grensekryssende infrastruktur». Etter ordlyden er dette infrastruktur som befinner seg innenfor to eller flere medlemsstater, ettersom ACER ikke har myndighet til å fatte vedtak rettet mot tredjestater.⁵⁰⁴

Myndighetsoverføring

Myndighetshjemmelens tredje vilkår er at den primære vedtaksmyndigheten aktivt må overføres fra de nasjonale reguleringsmyndighetene og over til ACER.⁵⁰⁵ Slik myndighetsoverføring skjer enten ved at de

⁵⁰¹ Opprettelsesforordningen art. 8 (2)

⁵⁰² Tremmel (2016) s. 317

⁵⁰³ Ermacora (2010) s. 285–286

⁵⁰⁴ Det må antas at vilkåret ved Norges tilslutning til ACER også omfatter infrastruktur på grensen mellom Norge og EUs medlemsstater. EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 problematiserer imidlertid ikke dette.

⁵⁰⁵ Opprettelsesforordningen art. 8 (1) a og b

kompetente nasjonale reguleringsmyndighetene ikke har kommet til enighet innen seks måneder, eller ved felles forespørsel fra disse reguleringsmyndighetene.

De kompetente reguleringsmyndighetene kan be om at perioden på seks måneder blir utsatt i inntil seks måneder.⁵⁰⁶ Etter ordlyden har de ikke noe krav på å få slik utsettelse. ACER har selv påpekt at bestemmelsen ikke oppstiller noe krav for berettigelsen av en utsettelse.⁵⁰⁷ Byrået foretar likevel en vurdering av hvorvidt forespørselen er berettiget. I de seks foreløpige vedtakene om forlengelse av tidsfrist har byrået innvilget dette i tråd med de nasjonale reguleringsmyndighetenes forespørsel.⁵⁰⁸

De nasjonale reguleringsmyndighetene må «komme til enighet». Ermacora har reist spørsmålet om de i så fall kan være enige om å være uenige, og på denne måten forhindre at deres vedtaksmyndighet overføres til ACER.⁵⁰⁹ Det kunne tenkes at det kun var oppstilt et krav om at de nasjonale reguleringsmyndighetene skulle samarbeide, men at det ikke var nødvendig at myndighetene kom til enighet. Ermacora legger til grunn at en slik tolkning ikke kan føre frem. Med hensyn til formålet om å harmonisere grensekryssende regulering, kan en slik avtale ikke forhindre ACER i å fatte vedtak.

ACER har foreløpig fattet 14 vedtak i medhold av opprettelsesforordningen artikkel 8 (1).⁵¹⁰ Av disse er 12 vedtak fattet etter materielle regler for kraftmarkedet, og 2 etter materielle regler for gassmarkedet.

10.4.2 Oversikt over materielle regler

For å analysere ACERs vedtaksmyndighet etter opprettelsesforordningen artikkel 8, må som nevnt vedtaksmyndigheten til de nasjonale reguleringsmyndighetene kartlegges som et første steg. Det er kun de nasjonale

⁵⁰⁶ Opprettelsesforordningen art. 8 (1) tredje ledd

⁵⁰⁷ Se for eksempel vedtak 1/2018 avsn. 21

⁵⁰⁸ Alle de seks «state-addressed» vedtakene som fremgår av denne oppgavens vedlegg er vedtatt med hjemmel i CACM-retningslinjen, jf. opprettelsesforordningen artikkel 8 (1), og gir fristforlengelse.

⁵⁰⁹ Ermacora (2010) s. 286

⁵¹⁰ Se oversikten inntatt i oppgavens vedlegg

reguleringsmyndighetenes vedtaksmyndighet etter EU-retten som kan overføres til ACER, og ikke vedtaksmyndighet etter nasjonal lovgivning. I motsatt fall ville medlemsstatene selv kunne bestemme myndigheten til et EU-byrå som ikke er forutsatt i opprettelsesforordningen.⁵¹¹

Spørsmålet er hvilke EU-rettslige bestemmelser som gir de nasjonale reguleringsmyndighetene vedtaksmyndighet for regulering av grensekryssende infrastruktur. Det EU-rettslige regelverket gir de nasjonale reguleringsmyndighetene slik kompetanse gjennom rettsaktene i tredje energimarkedspakke, herunder *bindende retningslinjer* vedtatt i medhold av disse.

Innenfor kraftmarkedet finner vi slike bestemmelser i til sammen fem rettsakter, og jeg vil gjennomgå disse i det følgende:⁵¹²

- Elmarkedsdirektivet
- CACM-retningslinjen
- FCA-retningslinjen
- SO-retningslinjen
- EB-retningslinjen

10.4.3 Materielle regler etter elmarkedsdirektivet

Elmarkedsdirektivet artikkel 37 fastlegger de nasjonale reguleringsmyndighetenes «duties and powers» i kraftmarkedet. Som påpekt av Tremmel er det kun bestemmelsens første og sjette ledd som er relevante i forbindelse med grensekryssende infrastruktur, og som gir de nasjonale reguleringsmyndighetene vedtaksmyndighet som etter opprettelsesforordningen artikkel 8 (1) kan overføres til ACER.⁵¹³

Etter artikkel 37 (1) a er de nasjonale reguleringsmyndighetene gitt myndighet til å fastsette eller godkjenne tariffen for adgang til transmi-

⁵¹¹ Tremmel (2016) s. 317

⁵¹² Til opplysning oppstiller de bindende retningslinjene for gassmarkedet tilsvarende myndighetshjemler for de nasjonale reguleringsmyndighetene, uten at jeg går nærmere inn på dette.

⁵¹³ Tremmel (2016) s. 317–318

sjonsnett og distribusjonsnett.⁵¹⁴ Etter artikkel 37 (6) er de nasjonale reguleringsmyndighetene gitt kompetanse til fastsette metoder for å kalkulere eller fastsette vilkår og betingelser for adgang til grensekryssende infrastruktur.⁵¹⁵

ACER har foreløpig ikke fattet noen vedtak etter disse materielle reglene. Reglene er også presisert gjennom de bindende retningslinjene, slik at det for alt praktisk formål er den nasjonale vedtaksmyndigheten oppstilt i disse som er relevant. Materielle regler etter de bindende retningslinjene vil behandles umiddelbart nedenfor.

10.4.4 Materielle regler etter bindende retningslinjer

De fire bindende retningslinjene for kraftmarkedet gir detaljerte regler for regulering av grensekryssende infrastruktur. Som nevnt under punkt 6.6.2 oppstiller de bindende retningslinjene et regime for utvikling og vedtakelse av «terms, conditions or methodologies» (TCMer), og angir tidsfrister som de nasjonale reguleringsmyndighetene må fatte koordinerte vedtak innenfor. De nærmere vilkårene er oppstilt i følgende bestemmelser:

- CACM-retningslinjen artikkel 9
- FCA-retningslinjen artikkel 4
- SO-retningslinjen artikkel 5, 6 og 7
- EB-retningslinjen artikkel 4, 5 og 6

Disse retningslinjene etablerer tilsvarende regimer innenfor sine anvendelsesområder, og jeg vil derfor illustrere den nærmere myndigheten ved å bruke CACM-retningslinjen som eksempel.

⁵¹⁴ Elmarkedsdirektivet art. 37 (1) a

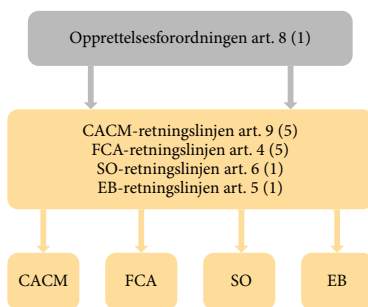
⁵¹⁵ Elmarkedsdirektivet art. 37 (6) c

Materielle myndighetshjemler

Etter CACM-retningslinjen er det medlemsstatenes TSOer og de nye markedsaktørene NEMOer⁵¹⁶ (Nominated Electricity Market Operator) som er gitt i oppgave å utarbeide forslag til TCMer gjennom en rekke bestemmelser i retningslinjen. Forslagene skal godkjennes på enten europeisk, regionalt eller nasjonalt nivå av de aktuelle nasjonale reguleringsmyndighetene.⁵¹⁷

De bindende retningslinjenes bestemmelser om vedtaksmyndighet for nasjonale reguleringsmyndigheter konstituerer altså en myndighet til å fatte vedtak etter nærmere materielle regler. Disse bestemmelsene er derfor «prosessuelle», og har tilsvarende funksjon som opprettel-sesforordningens myndighetshjemmel – med den forskjell at de er myndighetshjemler for de nasjonale reguleringsmyndighetene.

I forbindelse med ACERs subsidiære vedtaksmyndighet oppstår det derfor en to-leddet myndighetsvurdering før de materielle reglene kan vurderes. Dette kan illustreres slik:



De fire bindende retningslinjene inneholder et stort antall bestemmelser som gir materielle regler. Som nevnt under punkt 6.2.2 foreskriver de til sammen nærmere 200 TCMer som skal godkjennes på europeisk eller regionalt nivå, hvorav alle disse kan ende opp hos ACER dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet.⁵¹⁸ CACM-

⁵¹⁶ CACM-retningslinjen art. 2 (23)

⁵¹⁷ CACM-retningslinjen art. 9 (6), (7) og (8)

⁵¹⁸ Annual Activity Report (2017) s. 7

retningslinjen gir alene hjemmel til å godkjenne rundt 40 TCM-forslag på europeisk nivå, og rundt 30 TCM-forslag på regionalt nivå.⁵¹⁹

Et eksempel på dette er CACM-retningslinjen artikkel 15, som oppstilte en plikt for alle medlemsstatenes TSOer til å utarbeide et forslag til inndeling i kapasitetsregioner innen tre måneder etter at forordningen trådte i kraft. Dette forslaget skulle etter artikkel 9 (6) b godkjennes av alle de nasjonale reguleringsmyndighetene. Fordi disse ikke kom til enighet, fattet ACER vedtak om inndeling av kapasitetsregioner.⁵²⁰

Det enorme tilfanget av TCMer som skal godkjennes, gjør ACERs vedtaksmyndighet etter opprettelsesforordningen artikkel 8 (1) til et potensielt svært betydelig virkemiddel.

ACERs vedtak om «the submitted proposal»

ACERs subsidiære vedtaksmyndighet følger av opprettelsesforordningen artikkel 8 (1). De fire bindende retningslinjene inneholder en referanse til denne myndighetshjemmelen, og presiserer i tillegg byråets vedtaksmyndighet ytterligere.⁵²¹ Dette kan illustreres gjennom CACM-retningslinjen artikkel 9 (11):

«Where the regulatory authorities have not been able to reach agreement within the period referred to in paragraph 10, or upon their joint request, the Agency shall adopt a decision concerning the submitted proposals for terms and conditions or methodologies within six months, in accordance with Article 8 (1) of Regulation (EC) No 713/2009» (mine understrekinger).

Etter ordlyden kan ACER kun treffe vedtak om «the submitted proposals». Det oppstår derfor et spørsmål om ACER er gitt myndighet til å endre utkastet, og i så fall i hvilket omfang. ACERs klagenemnd tok uttrykkelig stilling til dette spørsmålet i *E-Control 2*.⁵²² Klageorganet påpekte at det

⁵¹⁹ Vlachou (2018) s. 277

⁵²⁰ Vedtak nr. 6/2016. For en vurdering av dette vedtaket se Kühnert (2017), som er skeptisk til ACERs vedtak.

⁵²¹ Se CACM-retningslinjen art. 9 (11), FCA-retningslinjen art. 4, SO-retningslinjen art. 6 (8) og EB-retningslinjen art. 5 (7).

⁵²² ACERs klageorgans vedtak A-001-2017 *E-Control 2*, se Vlachou (2018) s. 277

ikke foreligger noen eksplisitt adgang for ACER til å endre utkastet, i motsetning til de nasjonale reguleringsmyndighetene som kan be om endring etter en nærmere bestemt prosedyre. Heller ikke opprettelsesforordningen tillater endring.

Det er imidlertid heller ikke oppstilt noen begrensninger. På denne bakgrunn la klageorganet til grunn at spørsmålet ikke kunne løses etter bestemmelsens ordlyd, men i stedet etter andre elementer ved CACM-retningslinjen, «such as its finality and the consistency of its provisions».⁵²³

Klageorganet viste til opprettelsesforordningens fortale avsnitt 5, og påpekte at ACER skal bidra til et effektivt indre marked ved å styrke samarbeidet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter. Der ACER er gitt en subsidiær vedtaksmyndighet, og medlemsstatene ikke kommer til enighet, vil vedtaksprosedyren bli ineffektiv dersom ACER ikke kan endre vedtaket, ettersom «the proposals could go back and forth many times, causing significant delays or a stalemate».⁵²⁴

Endring er derfor ikke i seg selv i strid med ACERs myndighet. Siden ACER må forholde seg til kriterier som fremgår av forordningen er de ikke gitt et fritt skjønn. Klageorganet viste i den forbindelse til *ESMA*⁵²⁵ og påpekte at ACERs kompetanse også er «circumscribed by various conditions and criteria which limit the Agency's discretion».⁵²⁶ Endring faller derfor innenfor ACERs skjønn.

10.4.5 Oppsummering

Opprettelsesforordningen artikkel 8 (1) gir ACER myndighet til å fatte vedtak om regulatoriske spørsmål av grensekryssende karakter. Det er en prosessuell bestemmelse, som må utfylles nærmere av materielle regler i andre rettsakter.

Bestemmelsen gir ACER myndighet til å fatte vedtak der nasjonale reguleringsmyndigheter er gitt en primær vedtaksmyndighet. Fordi de

⁵²³ A-001-2017 *E-Control 2* avsn. 63

⁵²⁴ A-001-2017 *E-Control 2* avsn. 67

⁵²⁵ Sak C-270/12 *ESMA*

⁵²⁶ A-001-2017 *E-Control 2* avsn. 69

nasjonale reguleringsmyndighetene gis ytterligere vedtaksmyndighet gjennom bindende retningslinjer, utvides opprettelsesforordningens artikkel 8 (1) anvendelsesområde. Denne myndighetshjemmelen gir derfor ACER en potensielt betydelig vedtaksmyndighet.

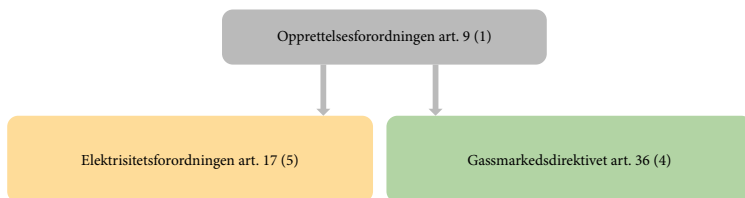
10.5 Vedtak om dispensasjon

10.5.1 Myndighetshjemmel

Opprettelsesforordningen artikkel 9 (1) gir ACER myndighet til å fatte vedtak om dispensasjon i tråd med øvrige bestemmelser:

«The Agency may decide on exemptions, as provided for in Article 17 (5) of Regulation (EC) No 714/2009. The Agency may also decide on exemptions as provided for in Article 36 (4) of Directive 2009/73/EC where the infrastructure concerned is located in the territory of more than one Member State» (mine understrekinger).

De materielle reglene som utfyller denne myndighetshjemmelen følger av elektrisitetsforordningen artikkel 17 (5) og gassmarkedsdirektivet 36 (4).⁵²⁷ Dette kan illustreres slik:



Som nevnt under punkt 10.3.1 følger vedtaksmyndigheten dermed direkte av elektrisitetsforordningen og gassmarkedsdirektivet, slik at det kan argumenteres for at opprettelsesforordningen artikkel 9 (1) ikke egentlig er en selvstendig myndighetshjemmel. Som det allerede har blitt

⁵²⁷ Papsch (2016) s. 565 legger til grunn at dispensasjonshjemlene i elektrisitetsforordningen og gassmarkedsdirektivet «are de facto identical».

nevnt er kompetansen til å gi dispensasjon både et «teknisk spørsmål» og et «regulatorisk forhold», og omfattes derfor i prinsippet av de øvrige myndighetshjemplene.

Den danske språkversjonen gir kompetanse til å fatte vedtak om «unntak». Termen «unntak» er også benyttet i den norske proposisjonen om innlemmelse av opprettellesforordningen i norsk rett.⁵²⁸ «Exemptions» oversettes imidlertid direkte til fritak. Ettersom det gjennom de materielle reglene gis fritak for reguleringskrav, er det etter min mening mest presist å benytte termen «dispensasjon». Bestemmelsene gir ikke *unntak* fra reglens anvendelsesområde, men de gir en *tidsbegrenset dispensasjon*.

ACER har foreløpig fattet ett vedtak om dispensasjon med hjemmel i elektrisitetsforordningen artikkel 17 (5), hvor dispensasjon ikke ble innvilget.⁵²⁹ Vedtaket ble påklaget til ACERs klageorgan som avviste klagen.⁵³⁰

10.5.2 Materielle regler

Elektrisitetsforordningen artikkel 17 oppstiller et regime for hvordan ny, grensekryssende infrastruktur kan gis dispensasjon fra bestemte regler i elektrisitetsforordningen og elmarkedsdirektivet. Bestemmelsens materielle virkeområde følger av artikkel 17 (1):

«New direct current interconnectors may, upon request, be exempted, for a limited period of time, from the provisions of Article 16 (6) of this Regulation and Articles 9, 32 and Article 37 (6) and (10) of Directive 2009/72/EC under the following conditions (...).»

Etter bestemmelsen kan det gis unntak fra elektrisitetsforordningen artikkel 16 (6) og elmarkedsdirektivet artikkel 9, 32, 37 (6) og 37 (10).

Elektrisitetsforordningen artikkel 16 (6) oppstiller krav til bruk av flaskehalsinntekter, som er særlige inntekter som tilfaller medlemsstatenes

⁵²⁸ Se Prop. 4 S (2017–2018) punkt 4.7

⁵²⁹ Vedtak nr. 5/2018

⁵³⁰ ACERs klageorgans vedtak A-001-2018 *AQUIND*

TSOer ved overføring på tvers av prisområder.⁵³¹ Elmarkedsdirektivets bestemmelser oppstiller krav til effektiv adskillelse av transmisjonsnettet og transmisjonssystemoperatører,⁵³² krav om tredjepartsadgang,⁵³³ i tillegg til å gi nasjonale reguleringsmyndigheter myndighet til å vedta vilkår, betingelser og metodologier (TCMer).⁵³⁴

Formålet bak elektrisitetsforordningen artikkel 17 (5) er å fremme investeringer i viktig infrastruktur.⁵³⁵ Slik investering kan innebære en stor risiko og derfor kreve skreddersydde tilpasninger av det regulatoriske rammeverket. Det er derfor gjennom bestemmelsen åpnet opp for å gi fritak fra visse bestemmelser.

Det er i utgangspunktet de nasjonale reguleringsmyndighetene i de berørte medlemsstatene som skal treffe vedtak om dispensasjon.⁵³⁶ ACER er gjennom elektrisitetsforordningen artikkel 17 (5) gitt myndighet til å fatte vedtak dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet innen seks måneder, eller ved felles forespørsel ber ACER om å fatte vedtak.⁵³⁷

Hva slags infrastruktur er omfattet?

Bestemmelsen gir adgang til å gi dispensasjon for «new direct current interconnectors». For å være omfattet av bestemmelsen må infrastrukturen være en mellomlandsforbindelse («interconnector»), den må være basert på likestrøm («direct current») og den må være ny («new»).

Mellomlandsforbindelser er definert i elektrisitetsforordningen som «a transmission line which crosses or spans a border between Member States and which connects the national transmission systems of the Member States».⁵³⁸ Det er altså transmisjonsledninger for transport av

⁵³¹ Nettsiden NVE: *Tilknytning til Europa – kjøp og salg av kraft*

⁵³² Elmarkedsdirektivet art. 9

⁵³³ Elmarkedsdirektivet art. 32

⁵³⁴ Elmarkedsdirektivet art. 37 (6) og (10)

⁵³⁵ Elektrisitetsforordningens fortale avsn. 23

⁵³⁶ Elektrisitetsforordningen art. 17 (4)

⁵³⁷ Elektrisitetsforordningen art. 17 (5)

⁵³⁸ Elektrisitetsforordningen art. 2 (1)

elektrisitet med et høyt spenningsnivå som kobler sammen de nasjonale transmisjonssystemene.

Det er i utgangspunktet mellomlandsforbindelser basert på likestrøm («direct current») som kan fritas fra de bestemte reguleringskravene. Elektrisitet overføres som regel basert på vekselstrøm («alternating current»),⁵³⁹ noe som fører til at den potensielle infrastrukturen er begrenset.⁵⁴⁰ Noen mellomlandsforbindelser, typisk sjøkabler, er likevel likestrømsforbindelser.⁵⁴¹

Det er gjennom artikkel 17 (2) åpnet opp for å gi dispensasjon også for vekselstrømsforbindelser. For slike forbindelser kan dispensasjon riktignok bare gis i unntakstilfeller, der kostnader og risikoen ved investeringen er mye større enn generelt for slike mellomlandsforbindelser.

Etter ordlyden må mellomlandsforbindelsene være nye, noe som avgrenser mot allerede eksisterende infrastruktur. Bestemmelsen åpner imidlertid opp for at dispensasjon kan gis ved «significant increases of capacity in existing interconnectors».⁵⁴² En slik løsning er i tråd med bestemmelsens formål om å fremme investeringer i viktig infrastruktur. Etter ordlyden må kapasitetsøkningen være betydelig, noe som jo er avgjørende for hvor viktig den er.

Den nærmere vurderingen av om dispensasjon skal gis

Elektrisitetsforordningen artikkel 17 (1) lister i bokstav a til f opp seks vilkår som må være oppfylt for at dispensasjon kan gis:

- a. Investeringen må øke konkurransen i elektrisitetsforsyningen
- b. Investeringen er så risikofylt at dispensasjon må anses som en forutsetning
- c. Eieren av mellomlandsforbindelsen er rettslig adskilt fra den aktuelle systemoperatøren
- d. Det kreves avgifter fra brukerne av mellomlandsforbindelsen

⁵³⁹ Rosvold (2017)

⁵⁴⁰ Papsch (2016) s. 567

⁵⁴¹ Rosvold (2017)

⁵⁴² Elektrisitetsforordningen art. 17 (3)

- e. Ingen kostnader har blitt dekket gjennom avgifter for de systemene mellomlandsforbindelsen binder sammen
- f. Dispensasjonen må ikke skade konkurransen eller det indre markedets effektive funksjon

Jeg vil ikke foreta en gjennomgang av alle de seks vilkårene, men nøyer meg med på påpeke at de er kumulative.⁵⁴³ I ACERs foreløpig eneste vedtak etter elektrisitetsforordningen artikkel 17 (5) la byrået til grunn at alle vilkårene var oppfylt med unntak av vilkåret oppstilt i artikkel 17 (1) b om risiko.⁵⁴⁴ ACER uttalte i denne forbindelse at det ved vurdering av investeringsrisiko «is particularly relevant to assess whether a regulated regime (and therefore the related financial underpinning) could be available to AQUIND Limited, and whether there is a need for more capacity on the France — Great Britain border».⁵⁴⁵ Det er altså relevant å se hen til om mellomlandsforbindelsen kan underlegges det normale regulatoriske regimet, og hvorvidt det er behov for mer kapasitet.

Kommisjonen har utarbeidet et arbeidsdokument («staff working document») for vurderingen av dispensasjon for ny infrastruktur etter andre energimarkedspakke.⁵⁴⁶ Den første elektrisitetsforordningens dispensasjonshjemmel i daværende artikkel 7 (1) tilsvarer nåværende elektrisitetsforordning artikkel 17 (1), slik at arbeidsdokumentet er relevant også ved vurdering av sistnevnte.⁵⁴⁷

I arbeidsdokumentet ble det lagt til grunn at «exemptions are an exception to the general rule of regulated TPA (third party access, min anmerkning). Such exceptions have to be limited to what is strictly necessary to realise the investment and the scope of the exemptions has to be proportionate».⁵⁴⁸ Det følger av dette at vilkårene må tolkes strengt. Dette er også presisert av ACERs klageorgan, som har uttalt at «the system

⁵⁴³ For en gjennomgang av de ulike vilkårene, se Papsch (2016) s. 567–574

⁵⁴⁴ Vedtak nr. 5/2018

⁵⁴⁵ Vedtak nr. 5/2018 avsn. 42

⁵⁴⁶ SEC (2009) 642 final

⁵⁴⁷ ACER har selv vist til dette i vedtak nr. 5/2018 avsn. 37

⁵⁴⁸ SEC (2009) 642 final avsn. 17

established for granting an exemption is an exception to the general rule and, as such, must be interpreted restrictively».⁵⁴⁹

Dersom alle vilkårene er oppfylt følger det av bestemmelsen at dispensasjon «may» gis. Etter ordlyden er byrået derfor ikke forpliktet til å gi dispensasjon, selv om alle vilkår er oppfylt. ACER har selv lagt til grunn at byrået «enjoys a discretion when assessing a request for exemption».⁵⁵⁰ ACERs klageorgan har gått så langt som å legge til grunn at byrået er gitt en vid skjønnsmyndighet, med henvisning til *Rütgers*, som nevnt under punkt 4.2.2:

«As it has been confirmed by the General Court, an agency can have ‘a broad discretion in a sphere which entails political, economic and social choices on its part, and in which it is called upon to undertake complex assessments’ (Case T-96/10 *Rütgers Germany* e.a. v. ECHA EU:T:2013:109). The Board of Appeal finds that, when taking decisions in the specific case of exemptions, the Agency may, for example, take into consideration wider policy goals, such as security of supply, diversification or elimination of energy islands»⁵⁵¹ (mine understrekinger).

ACERs klageorgan er altså av den oppfatning at byrået i sin vurdering kan ta hensyn til mer generelle politiske målsettinger. En slik skjønnsmyndighet er klart utenfor de rettslige rammene oppstilt gjennom *Meroni-doktrinen*. Dette kan være problematisk med tanke på den begrensede muligheten for kontroll av skjønnsmessig myndighet, noe jeg kommer tilbake til i kapittel 11.

10.5.3 Oppsummering

Opprettelsesforordningen artikkel 9 (1) gir ACER myndighet til å fatte vedtak om å gi særlig infrastruktur dispensasjon fra nærmere bestemte

⁵⁴⁹ A-001-2018 *AQUIND* avsn. 48

⁵⁵⁰ Vedtak nr. 5/2018 avsn. 42

⁵⁵¹ A-001-2018 *AQUIND* avsn. 46

regulatoriske krav. Bestemmelsen suppleres av materielle regler i elektrisitetsforordningen og gassmarkedsdirektivet.

Elektrisitetsforordningen artikkel 17 (5) gir ACER myndighet til å fatte vedtak om dispensasjon for nye mellomlandsforbindelser basert på likestrøm. For at disse kan gis fritak fra bestemte reguleringskrav må en rekke vilkår være oppfylt. Selv om alle vilkårene er oppfylt, har ACER ingen plikt til å vedta dispensasjon. ACERs vedtaksmyndighet er tolket til å gi byrået en vid skjønnsmyndighet, noe som kan sies å gå ut over de rettslige begrensningene som følger av *Meronidoktrinen*.

10.6 Vedtak om fordeling av investeringskostnader

10.6.1 Myndighetshjemmel

Med formål om å øke investeringene i nærmere identifiserte PCI-prosjekter,⁵⁵² etablerer infrastrukturforordningen artikkel 12 et rammeverk for fordeling av slike prosjekters kostnader.

PCI-prosjektene promotører skal fremsette en investeringsforespørsel om fordeling av kostnader over landegrensene («cross-border cost allocation») for de relevante nasjonale reguleringsmyndighetene, som deretter skal fatte vedtak om fordeling (CBCA-vedtak).

Det følger av infrastrukturforordningen artikkel 12 (6) første ledd at de nasjonale reguleringsmyndighetene skal informere ACER dersom de ikke har kommet til enighet innen seks måneder. Artikkel 12 (6) andre ledd angir videre at:

«In this case or upon a joint request from the national regulatory authorities concerned, the decision on the investment request including cross-border cost allocation referred to in paragraph 3 as well as the way the cost of the investments are reflected in the tariffs shall be taken by the Agency within three months of the date of referral to the Agency.» (mine understrekinger)

⁵⁵² PCI-prosjekter er Projects of Common Interest, se nærmere ovenfor under punkt 6.4.1

ACER er gjennom denne bestemmelsen gitt en subsidiær vedtaksmyndighet til å fatte CBCA-vedtak. I likhet med de ovenfor nevnte myndighetshjemplene må vedtaksmyndigheten overføres fra de nasjonale reguleringsmyndighetene ved passivitet eller forespørsel.

ACER har foreløpig fattet to CBCA-vedtak:

- Vedtak nr. 1/2014 omhandlet en investeringsforespørsel for en mellomlandsforbindelse for gass mellom Polen og Litauen
- Vedtak nr. 2/2015 omhandlet en investeringsforespørsel for en mellomlandsforbindelse for elektrisitet mellom Polen og Litauen

10.6.2 Materielle regler

Det følger av infrastrukturforordningen artikkel 12 (1) at investeringskostnadene «shall be borne by the relevant TSO or the project promoters of the transmission infrastructure of the Member States to which the project provides a net positive impact». Ved at kostnadene bæres av virksomheter i de medlemsstater prosjektet gir en positiv nettoinnvirkning, vil kostnadene kunne pulveriseres og dekkes gjennom nettleien.⁵⁵³

Prosjektpromotørene skal fremsette investeringsforespørselen «as soon as a project has reached sufficient maturity». ACER har som nevnt under punkt 7.2 gitt to anbefalinger om hvordan de nasjonale reguleringsmyndighetene bør behandle investeringsforespørsler, og har blant annet lagt til grunn ulike kriterier for når et prosjekt har nådd slik modenhet.⁵⁵⁴ Det må blant annet foreligge oversikt over kostnader og nytte, og nærme seg oppstart. ACER har selv vist til sine anbefalinger i de to foreløpige vedtakene byrået har fattet.⁵⁵⁵

For å kunne vurdere i hvilke medlemsstater PCI-prosjektet gir en positiv nettoinnvirkning, skal investeringsforespørselen om kostnadsfordeling inneholde følgende:

⁵⁵³ Dette er eksplisitt nevnt i artikkel 12 (1).

⁵⁵⁴ Anbefaling nr. 7/2013 og 5/2015

⁵⁵⁵ Vedtak nr. 1/2014 avsn. 66 og vedtak nr. 2/2015 avsn. 26

- En prosjektspesifikk kost-nytte analyse (cost-benefit analysis, forkortet CBA)
- En forretningsplan
- Dersom prosjektpromotørene er enige, et forslag til CBCA

Kost-nytte analysen må være i overensstemmelse med særlige CBA-retningslinjer som er utviklet og vedtatt i medhold av infrastrukturforordningen artikkel 11. Etter denne bestemmelsen skal ENTSOene utarbeide utkast til retningslinjer for CBA, som etter uttalelse fra ACER skal vedtas av Kommisjonen.⁵⁵⁶ Disse foreligger nå i to andreutgaver; ENTSO-E CBA-Guideline (2018) og ENTSO-G CBA-Guideline (2018).

Gjennom et krav om å utarbeide en kost-nytte analyse for PCI-prosjekter, bidrar dette til at man går vekk fra den tradisjonelle ideen om at hver medlemsstat er ansvarlig for kostnader knyttet til infrastruktur på sitt territorium, men i stedet tar hensyn til hvilke land som får en positiv innvirkning.⁵⁵⁷

Fresa argumenterer for en økning i ACERs kompetanse ved CBCA-vedtak. Han påpeker at CBA-retningslinjene ikke er bindende for de nasjonale reguleringsmyndighetene, og at de derfor ofte fravikes. Han viser til at «allowing ACER to act with decision-making autonomy would guarantee that all CBCAs will be performed with the same level of expertise and resources as well as limiting the ability of [national regulatory authorities] to exploit possible bargaining power balances».⁵⁵⁸

For å oppsummere ACERs vedtaksmyndighet etter infrastrukturforordningen artikkel 12 (6) lar den ACER fatte CBCA-vedtak dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet. CBCA-vedtak bidrar til å fordele investeringskostnadene mellom TSOene i de landene som nyter godt av det aktuelle PCI-prosjektet.

⁵⁵⁶ ACER yter gjennom slike uttalelser *indirekte* veiledning av nasjonale reguleringsmyndigheter, som nevnt i punkt 7.1

⁵⁵⁷ Meeus og He (2014) s. 2

⁵⁵⁸ Fresa (2015) s. 15

10.7 Oppsummering av ACERs individuelle vedtaksmyndighet

I dette kapittelet har jeg gjort rede for ACERs individuelle vedtaksmyndighet. ACER opptrer her i sin rolle som *subsidiær reguleringsmyndighet*, og er gitt myndighet til å forplikte private parter med rettslig bindende virkning dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet.

ACER er hovedsakelig gitt vedtaksmyndighet i forbindelse med fysisk kobling av de nasjonale markedene, noe som følger av de tre myndighetshjemler i opprettellesforordningen. Byrået er i tillegg gitt en særlig kompetanse til å fatte vedtak om fordeling av investeringskostnader for PCI-prosjekter, som oppstilt gjennom infrastrukturforordningen.

Det fremgår av analysen at to av de fire myndighetshjemplene er uten selvstendig betydning. Dette gjelder for det første opprettellesforordningen artikkel 7 (1), som gir ACER myndighet til å fatte vedtak om tekniske spørsmål der dette fremgår av de øvrige rettsaktene i tredje energimarkedspakke. Ettersom disse rettsaktene ikke oppstiller slike myndighetshjemler, er bestemmelsen «hul».

Heller ikke opprettellesforordningen artikkel 9 (1) er en selvstendig myndighetshjemmel. Denne henviser i stedet til særlige myndighetshjemler som fremgår av elektrisitetsforordningen og gassmarkedsdirektivet, som utgjør de *egentlige* myndighetshjemplene. Opprettellesforordningen artikkel 9 (1) er likevel ikke «hul», ettersom den jo gir anvisning på en eksisterende vedtaksmyndighet.

Når det gjelder de to resterende myndighetshjemplene, er det opprettellesforordningen artikkel 8 (1) som er av størst betydning. Av ACERs foreløpige 17 individuelle vedtak er 14 av disse fattet med hjemmel i denne bestemmelsen. Denne myndighetshjemmelen har blitt utvidet gjennom vedtakelsen av *bindende retningslinjer*, slik at ACER har fått en viktig oppgave i forbindelse med implementeringen av disse. ACERs vedtaksmyndighet etter opprettellesforordningen artikkel 8 (1) er betydelig, og styrker ACERs rolle som subsidiær reguleringsmyndighet.

11 Rettslig kontroll av ACERs myndighetsutøvelse

11.1 Innledning

I kapitlene 7 til 10 har jeg redegjort for noen av ACERs sentrale virkemidler. Jeg har analysert virkemidlenes rettslige grunnlag og rekkevidden av deres innhold. De foregående kapitlene viser samlet at ACER er gitt betydelig myndighet innenfor de rettslige begrensningene. Dette illustreres både ved det store antall virkemidler, og deres betydning i det indre energimarkedet.

Med dette som bakteppe er det interessant å vurdere nærmere hvorvidt ACERs virkemidler er gjenstand for rettslig kontroll. Jeg har allerede i kapittel 4 gjort rede for de generelle utgangspunktene for rettslig kontroll av EU-byråers myndighetsutøvelse. Som det fremgår av kapittel 4 er den rettslige kontrollen av EU-byråers myndighetsutøvelse begrenset på bakgrunn av to praktiske utfordringer:

- EU-byråene vedtar hovedsakelig «soft law»-virkemidler som i utgangspunktet ikke har rettslig bindende virkning
- EU-byråene foretar tekniske og faglige vurderinger som det er vanskelig å overprøve

I dette kapittelet vil jeg gjøre rede for hvordan disse to begrensningene slår inn i forbindelse med overprøving av ACERs virkemidler.

I punkt 11.2 vil jeg vurdere hvorvidt ACERs «soft law»-virkemidler som gjennomgått i kapitlene 7 til 9 etter sitt innhold kan sies å ha rettslig bindende virkning, og derfor omfattes av det snevre unntaket som åpner opp for rettslig kontroll. Jeg vil derfor se nærmere på ACERs veiledninger, ACERs overordnede retningslinjer og ACERs uttalelser om nasjonale vedtak.

I punkt 11.3 vil jeg behandle rekkevidden av ACERs klageorgans og EU-domstolens overprøving av ACERs virkemidler med rettslig bindende

virkning. I tillegg til å gjøre rede for hvorvidt de prøver virkemidlenes materielle innhold, vil jeg gjøre rede for de øvrige vilkårene for prøvingsadgang.

11.2 Mulighet for kontroll av ACERs «soft law»-virkemidler

Som nevnt i kapittel 4 er det oppstilt krav om at et virkemiddel må ha *rettslig bindende virkning* for å kunne kontrolleres rettslig, både av EU-domstolen⁵⁵⁹ og av byråers klageorgan.⁵⁶⁰ ACERs klageorgan er etter opprettelsesforordningen artikkel 19 (1) kun gitt myndighet til å prøve byråets individuelle vedtak, men har selv lagt til grunn at det avgjørende er om et virkemiddel har rettslig bindende virkning.⁵⁶¹

De av ACERs virkemidler som er gjennomgått i kapitlene 7 til 9 har etter sin form ikke rettslig bindende virkning. Dersom de etter sitt innhold viser seg å ikke være «soft law»-virkemidler, men i stedet rettslig bindende virkemidler, vil de likevel kunne prøves. Ved denne vurderingen skal det tas utgangspunkt i blant annet virkemiddelets ordlyd, formål og kontekst, samt hvilken myndighet ACER er gitt.⁵⁶²

11.2.1 ACERs veiledninger

ACERs veiledninger gis i form av anbefalinger, retningslinjer («guidance») og uttalelser.⁵⁶³ Rent formelt er dette tre ulike typer virkemidler. Deres funksjon er imidlertid den samme, nemlig at de skal bistå medlemsstatene med å implementere EU-lovgivningen på en koordinert måte, og ta sikte på å harmonisere de nasjonale reguleringsmyndighetenes praksis.

I forbindelse med «soft law»-virkemidler som tar sikte på å harmonisere medlemsstatenes praksis, har EU-domstolen utpenslet vurde-

⁵⁵⁹ TEUV art. 263 (1)

⁵⁶⁰ TEUV art. 263 (5)

⁵⁶¹ Klageorganets vedtak A-001-2015 *E-Control* avsn. 21

⁵⁶² Sak C-16/16 P *Online Gambling* avsn. 32 og 37

⁵⁶³ Se kapittel 7

ringstemaet for *rettslig bindende virkning* nærmere. Ved vurdering av om et harmoniserende virkemiddel har slik virkning, må det analyseres hvorvidt virkemiddelet «is confined to fleshing out» de forpliktelser som følger av EU-lovgivningen, eller om «it lays down new obligations as compared with that provision». ⁵⁶⁴

Spørsmålet om ACERs veiledninger kan prøves rettslig vil derfor avhenge av om de etter sitt innhold utfyller allerede eksisterende forpliktelser, eller om de pålegger nye forpliktelser.

Som gjort rede for i kapittel 7 er det ingen av ACERs tre veiledninger som pålegger nye forpliktelser. De har etter sitt innhold bare en veiledende funksjon, og skal bistå de nasjonale reguleringsmyndighetene med å sikre overholdelsen av EU-lovgivning. Den eneste av veiledningene som etter ordlyden kan virke forpliktende er REMIT-veiledningen. Den kan imidlertid ikke sies å oppstille nye forpliktelser, men er begrenset til å «flesh out» REMIT-forordningens bestemmelser.

ACERs veiledninger vil derfor ikke kunne sies å ha rettslig bindende virkning. ⁵⁶⁵ Dette innebærer at de ikke kan prøves av ACERs klageorgan eller EU-domstolen. Når det gjelder ACERs veiledninger er dette imidlertid ikke et stort problem, ettersom de nasjonale reguleringsmyndighetene heller ikke i praksis er forpliktet til å følge dem.

11.2.2 ACERs overordnede retningslinjer

ACERs overordnede retningslinjer («framework guidelines») legger grunnlag for utarbeidelsen av nettkodene, som er utfyllende regelverk vedtatt av Kommissjonen. ⁵⁶⁶ I motsetning til ACERs *veiledninger* er byråets overordnede retningslinjer ikke vedtatt med sikte på å harmonisere medlemsstatenes praksis. I stedet inngår disse som et forberedende steg til vedtakelsen av EU-lovgivning.

⁵⁶⁴ Sak C-325/91 *French Republic v Commission* avsn. 14

⁵⁶⁵ Se også Godin (2018) s. 205 og Stefan og Petri (2018) s. 540 og 547

⁵⁶⁶ Se kapittel 8

Mulighet for selvstendig prøving

Som nevnt under punkt 4.2 ble det i *IBM*⁵⁶⁷ lagt til grunn at forberedende virkemidler i utgangspunktet ikke kunne prøves av EU-domstolen, ettersom slike virkemidler i seg selv ikke vil ha rettslig bindende virkning. EU-domstolen bekreftet i *Olivieri*⁵⁶⁸ at EU-byråers faglige, forberedende styringsdokumenter som et utgangspunkt ikke kan overprøves selvstendig av EU-domstolen. Saken omhandlet en vitenskapelig uttalelse fra medisinsbyrået EMA,⁵⁶⁹ som Kommisjonen hadde lagt til grunn i forbindelse med markedsautorisasjon av et virkestoff for legemidler. Fordi det var Kommisjonen som fattet det endelige vedtaket, måtte uttalelsen anses som «a preparatory measure which does not definitively lay down the Commission's position and is therefore not a challengeable act».⁵⁷⁰

Det ble likevel oppstilt et snevert unntak for forberedende virkemidler som kan sies å ha rettslig virkning i *Pfizer*,⁵⁷¹ som også omhandlet en uttalelse fra EMA. Det ble der påpekt at forberedende virkemidler som i seg selv utgjør «the culmination of a special procedure distinct from that intended to permit the institution to take a decision on the substance of the case»⁵⁷² kunne prøves selvstendig. (mine understrekinger)

Spørsmålet er derfor om ACERs overordnede retningslinjer kan sies å utgjøre et endelig virkemiddel innenfor en særlig prosedyre, og derfor i seg selv ha rettslig bindende virkning.

I denne forbindelse er det av interesse å vurdere hvorvidt ENTSOene anser seg bundet av de overordnede retningslinjene, og om utvekslingen av dokumenter mellom ENTSOene og ACER kan sies å utgjøre en særlig prosedyre. I ACERs overordnede retningslinjer for nettkoden om *Electricity Balancing*⁵⁷³ fremheves det at ENTSO-Es utkast til nettkode «must

⁵⁶⁷ Sak C-60/81 *IBM* avsn. 10

⁵⁶⁸ Sak T-326/99 *Olivieri v Commission and EMEA (Olivieri)*

⁵⁶⁹ European Medicines Agency (EMA), tidligere European Agency for the Evaluation of Medicinal Products (EMEA), opprettet ved forordning (EC) Nr. 726/2004 (EMAs opprettelsesforordning)

⁵⁷⁰ Sak T-326/99 *Olivieri* avsn. 53

⁵⁷¹ Sak T-123/03 *Pfizer Ltd v Commission (Pfizer)*, se Vlachou (2012) s. 56

⁵⁷² Sak T-123/03 *Pfizer* avsn. 23

⁵⁷³ FG-2012-E-009

be in line with these Framework Guidelines», i tillegg til at byrået vil «evaluate the Network Code on Electricity Balancing pursuant to Article 6 (7) and (9) of the Electricity Regulation with regard to compliance with these Framework». ⁵⁷⁴ ENTSOenes oppfatning om de overordnede retningslinjer som bindende har av Stefan og Petri blitt brukt som argument for at de overordnede retningslinjene kan prøves selvstendig. ⁵⁷⁵

Vlachou påpeker imidlertid at de overordnede retningslinjene er «part of a whole process, giving ground to a ‘chain’ of acts such as the draft network code, the reasoned opinion of the ACER on it, and, finally, the network code itself which is adopted by comitology». ⁵⁷⁶ Det er heller ikke slik at Kommissjonen «rubber stamper» ACERs overordnede retningslinjer og vedtar disse som en nettkode, noe som i større grad er tilfellet for de vitenskapelige uttalelsene til EMA. ⁵⁷⁷

Fordi unntaket oppstilt i *Pfizer* er svært snevert, og ACERs overordnede retningslinjer kun vil etablere et utgangspunkt for utarbeidelsen av nettkoder, er jeg enig med Vlachou i at ACERs overordnede retningslinjer vanskelig kan prøves selvstendig. Dette er også lagt til grunn av Lavrijssen og Kohlbacher. ⁵⁷⁸

Mulighet for indirekte prøving

Selv om ACERs overordnede retningslinjer nok ikke kan prøves selvstendig, vil det være mulig å prøve retningslinjene ved en eventuell overprøving av de vedtatte *nettkodene*.

Til tross for at EU-domstolen i *Olivieri* ikke tillot selvstendig overprøving av EMAs vitenskapelige undersøkelse, ble det likevel fremhevet at EMAs vitenskapelige uttalelse måtte undersøkes i forbindelse med overprøving av Kommisjonens vedtak. ⁵⁷⁹ EU-domstolen fulgte her opp

⁵⁷⁴ FG-2012-E-009 s. 5

⁵⁷⁵ Stefan og Petri (2018) s. 538

⁵⁷⁶ Vlachou (2012) s. 56

⁵⁷⁷ Busuoi (2010) s. 168

⁵⁷⁸ Lavrijssen og Kohlbacher (2018) s. 64

⁵⁷⁹ Sak T-326/99 *Olivieri* avsn. 55

sin vurdering foretatt i *Artegodan*,⁵⁸⁰ som også omhandlet en av EMAs vitenskapelige uttalelser. I forbindelse med overprøving av Kommisjonens vedtak, ble det i *Artegodan* uttalt at EMAs vitenskapelige uttalelse var «extremely important» for vedtakets innhold, slik at EU-domstolen måtte prøve dens «formal legality».⁵⁸¹

Selv om EU-domstolen var begrenset til å foreta en prøving av blant annet «the internal consistency of the opinion and the statement of reasons contained therein»,⁵⁸² ble det altså anerkjent en rett til indirekte domstolsprøving av EU-byråers forberedende virkemidler. I dette ligger det en realitet – i *Artegodan* kom EU-domstolen nemlig frem til at den vitenskapelige uttalelsen ikke bygde på nye funn, men kun en endring i forskningsmetode.⁵⁸³ Dette var ikke nok til å kunne føre til en tilbakeføring av markedsautorisasjon, slik at Kommisjonens vedtak ble opphevet.⁵⁸⁴

EU-byråers forberedende virkemidler kan altså prøves indirekte ved overprøving av det endelige virkemiddelet. Dette vil gjelde tilsvarende for ACERs overordnede retningslinjer ved en eventuell overprøving av nettkoden som sådan, noe som også er lagt til grunn i litteraturen.⁵⁸⁵

11.2.3 ACERs uttalelser om nasjonale vedtak

ACERs uttalelser om nasjonale vedtak er et *kontrollerende* virkemiddel, som skal sørge for en etterhåndskontroll av nasjonale reguleringsmyndigheters vedtak på nasjonalt plan.⁵⁸⁶ Som nevnt under punkt 9.5 har ACERs uttalelser stor praktisk betydning, ettersom ACER skal informere Kommisjonen dersom uttalelsen ikke blir fulgt.

⁵⁸⁰ Forente saker T-74/00, T-76-00 m.fl *Artegodan GmbH and Others v Commission (Artegodan)*

⁵⁸¹ Forente saker T-74/00, T-76-00 m.fl *Artegodan* avsn. 197 og 199

⁵⁸² Forente saker T-74/00, T-76-00 m.fl *Artegodan* avsn. 200

⁵⁸³ Forente saker T-74/00, T-76-00 m.fl *Artegodan* avsn. 211

⁵⁸⁴ Forente saker T-74/00, T-76-00 m.fl *Artegodan* avsn. 220

⁵⁸⁵ Se Lavrijssen og Kohlbacher (2018) s. 65 og Vlachou (2012) s. 56

⁵⁸⁶ Se kapittel 9

På denne bakgrunn kunne det vært nærliggende å tolke virkemiddelet dithen at det oppstilte rettslig bindende virkning. I motsetning til ACERs veiledninger og overordnede retningslinjer har uttalelsene om nasjonale vedtak direkte betydning for de nasjonale reguleringsmyndighetene, som får en oppfordring om å foreta en endring.

Dette var også årsaken til at ACERs uttalelse nr. 9/2015 ble klaget inn for ACERs klageorgan. Bakgrunnen for uttalelsen var de østerrikske, slovenske, slovakiske og ungarske reguleringsmyndighetenes godkjenning av en metode for beregning av kapasitet for strømmnettverket i CEE-regionen (Central East Europe). Denne metoden unnlot å innføre en prosedyre for allokering av kapasitet på grensen mellom Østerrike og Tyskland, noe som førte til overbelastning av mellomlandsforbindelsene ved de øvrige grensene i regionen. Fordi den tysk-østerrikske mellomlandsforbindelsen var «usually and structurally congested», oppstilte elektrisitetsforordningen et krav om en prosedyre for allokering.⁵⁸⁷ ACER inviterte derfor de nasjonale reguleringsmyndighetene til å innføre dette.⁵⁸⁸

Både den østerrikske reguleringsmyndigheten Energie-Control Austria (E-Control) og den østerrikske TSOen Austrian Power Grid (APG) klaget uttalelsen inn for ACERs klageorgan. E-Control hevdet at uttalelsen i realiteten var et vedtak rettet mot dem, med direkte effekt og bindende virkning, og at den derfor kunne påklages til organet.⁵⁸⁹ E-Control anla i tillegg sak for EU-domstolen om midlertidig utsettelse av gjennomføringen av en rettsakt i medhold av Underrettens prosessreglement⁵⁹⁰ artikkel 156.

Etter at ACERs klageorgan avviste de to klagene, anket E-Control vedtaket om avvisning inn for EU-domstolen. Til sammen har ACERs uttalelse nr. 9 /2015 blitt vurdert fire ganger:

⁵⁸⁷ Uttalelse nr. 9/2015 avsn. 86

⁵⁸⁸ Uttalelse nr. 9/2015 slutningens punkt 5

⁵⁸⁹ A-001-2015 *E-Control 1* avsn. 10

⁵⁹⁰ OJ L 105

Overprøvingsorgan	Saksnummer	Vurdering
ACERs klageorgan	A-001-2015 ⁵⁹¹	E-Controls klage
	A-002-2015 ⁵⁹²	APGs klage
EU-domstolen	T-671/15 ⁵⁹³	E-Controls søksmål etter Underrettens prosessreglement artikkel 156
	T-63/16 ⁵⁹⁴	E-Controls anke over klageorganets avvisning

Både ACERs klageorgan og EU-domstolen la til grunn at ACERs uttalelse nr. 9/2015 ikke hadde rettslig bindende virkning. Selv om de fire vurderingene er formulert ulikt, bygger de i all hovedsak på de samme argumentene.

Klageorganet viste blant annet til at uttalelsen ikke innebar «specific duties» eller påla mottakerne å implementere dens bestemmelser, ettersom den bare *inviterte* de nasjonale reguleringsmyndighetene til å tilpasse seg uttalelsen.⁵⁹⁵ Ved å avgi uttalelsen benyttet ACER seg derfor ikke av sin vedtaksmyndighet, men opptrådte i stedet i sin «advisory role» overfor den forespørrende reguleringsmyndigheten, i tråd med opprettelsesforordningens fortale avsnitt 11.⁵⁹⁶

Klageorganet presiserte videre at ACER kun skal *informere* Kommisjonen dersom de nasjonale reguleringsmyndighetene ikke tilpasser seg uttalelsen.⁵⁹⁷ Det er opp til Kommisjonen å vurdere hvorvidt det skal innledes traktatbruddsprosedyre etter TEUV artikkel 258. Uttalelsen måtte derfor anses som «a preparatory step in the context of a (possible) future infringement procedure»,⁵⁹⁸ slik at denne bare kunne vurderes som ledd i overprøving av det endelige tiltaket.

⁵⁹¹ A-001-2015 *E-Control 1*

⁵⁹² A-002-2015 *APG*

⁵⁹³ Sak T-671/15 *E-Control v ACER*

⁵⁹⁴ Sak T-63/16 *E-Control v ACER*

⁵⁹⁵ A-001-2015 *E-Control 1* avsn. 28

⁵⁹⁶ A-001-2015 *E-Control 1* avsn. 29. «Advisory role» tilsvarer her det jeg har kalt for ACERs *kontrollerende* rolle

⁵⁹⁷ A-001-2015 *E-Control 1* avsn. 31

⁵⁹⁸ A-001-2015 *E-Control 1* avsn. 33

EU-domstolen anerkjente imidlertid at uttalelsen inneholdt «final legal assessment», ettersom den slo fast at det forelå flaskehalser på den tysk-østerrikske grensen.⁵⁹⁹ Uttalelsen kunne derfor ikke anses som en «preparatory act or intermediate measure».⁶⁰⁰ Til tross for dette kunne uttalelsen ikke anses å ha rettslig bindende virkning, ettersom den etter sitt innhold var en uttalelse i opprettelsesforordningens artikkel 7 (4) sin forstand.

11.2.4 Oppsummering

For å kunne være gjenstand for rettslig kontroll må ACERs virkemidler ha rettslig bindende virkning. Etter en analyse av ACERs «soft law»-virkemidler i form av veiledninger, overordnede retningslinjer og uttalelser om nasjonale vedtak, er det klart at ingen av disse etter sitt innhold kan sies å oppfylle dette vilkåret. Disse virkemidlene kan derfor hverken overprøves av ACERs klageorgan eller av EU-domstolen

Når det gjelder ACERs veiledninger er den praktiske betydningen av dette minimal. Veiledningene er generelle anbefalinger som tar sikte på å harmonisere praksis, men det er til syvende og sist opp til den enkelte nasjonale reguleringsmyndighet hvorvidt de velger å følge veiledningen.

ACERs overordnede retningslinjer har stor betydning for utarbeidelsen av nettkoder, ettersom ENTSOenes utkast må være i overensstemmelse med dem. Kommisjonen «rubber stamper» likevel ikke disse retningslinjene og vedtar dem som nettkoder. Muligheten til å prøve de overordnede retningslinjene indirekte bøter også til en viss grad på mangelen på selvstendig rettslig kontroll.

Mangelen på rettslig kontroll er mest utfordrende for ACERs uttalelser om nasjonale vedtak. Disse har jo stor betydning, og gir i praksis de nasjonale reguleringsmyndighetene en plikt til å endre sine vedtak i tråd med uttalelsen. ACERs uttalelser om nasjonale vedtak er derfor et godt eksempel på hvor betydelig myndighet ACER er gitt gjennom vedtakelsen av ulike «soft-law»-virkemidler.

⁵⁹⁹ Sak T-671/15 *E-Control v ACER* avsn. 63

⁶⁰⁰ Sak T-671/15 *E-Control v ACER* avsn. 63

11.3 Rettslig kontroll av individuelle vedtak

Ettersom ingen av ACERs «soft law»-virkemidler kan prøves selvstendig for ACERs klageorgan eller EU-domstolen, er det kun byråets vedtak som kan prøves. Jeg vil i dette underkapittelet gjøre rede for rekkevidden av den rettslige kontrollen av ACERs individuelle vedtak, både administrativt og ved EU-domstolen.

11.3.1 Administrativ overprøving

ACERs individuelle vedtak er i første omgang gjenstand for administrativ overprøving. Klageorganets myndighet følger av opprettellesforordningen artikkel 19, og bestemmelsens første ledd angir følgende:

«Any natural or legal person, including national regulatory authorities, may appeal against a decision referred to in Articles 7, 8 or 9 which is addressed to that person, or against a decision which, although in the form of a decision addressed to another person, is of direct and individual concern to that person»

Etter bestemmelsens ordlyd er det kun de vedtak som er fattet etter opprettellesforordningens myndighetshjemler som kan påklages til klageorganet. Det følger imidlertid av infrastrukturforordningen artikkel 12 (6) at bestemmelsen gjelder tilsvarende for ACERs vedtak etter infrastrukturforordningen.⁶⁰¹

ACERs klageorgan har foreløpig fattet tre vedtak om overprøving av individuelle vedtak:

- *E-Control 2* om overprøving av vedtak nr. 6/2016, fattet med hjemmel i CACM-retningslinjen artikkel 9 og opprettellesforordningen artikkel 8 (1)⁶⁰²

⁶⁰¹ Infrastrukturforordningen art. 12 (6)

⁶⁰² A-001-2017 *E-Control 2*

- *AQUIND* om overprøving av vedtak nr. 5/2018, fattet med hjemmel i opprettellesforordningen artikkel 9 (1)⁶⁰³
- *Prisma* om overprøving av vedtak nr. 11/2018, fattet med hjemmel i CAM-nettkoden artikkel 37 (3) jf. opprettellesforordningen artikkel 8 (1)⁶⁰⁴

Vilkår for klageadgang

Opprettellesforordningen artikkel 19 (1) gir klageadgang for «any natural or legal person» som har fått et vedtak rettet mot seg. Dette vil som nevnt under punkt 10.1 som regel være medlemsstatenes TSOer og andre markedsaktører.

Vedtaket kan i tillegg påklages av andre personer, forutsatt at de er direkte og individuelt berørt. Slik klageadgang samsvarer med EU-domstolens «standing for non-privileged applicants»,⁶⁰⁵ som gir alle personer prøvingsadgang for de virkemidler som er «of direct and individual concern to them».⁶⁰⁶

For at et vedtak skal ha *direkte betydning* for en slik klager er det gjennom rettspraksis oppstilt to vilkår: vedtaket må påvirke den rettslige situasjonen til klageren, i tillegg til at den vedtaket retter seg mot er forpliktet til å gjennomføre vedtaket uten å utvise skjønn.⁶⁰⁷

Med *individuell betydning* er det oppstilt et vilkår om at det bare er klageren, og ikke enhver annen tredjeperson, som kan være berørt av vedtaket.⁶⁰⁸ Dersom vedtakets betydning for klageren kan differensieres fra alle andre personer, vil klageren være individuelt berørt.

Det er hovedsakelig de nasjonale reguleringsmyndighetene som kan gis klageadgang etter den utvidede klageretten, og dermed kan klage over vedtak rettet mot TSOer eller andre markedsaktører. Dette henger sammen med at det er de nasjonale reguleringsmyndighetene som skal

⁶⁰³ A-001-2018 *AQUIND*

⁶⁰⁴ A-002-2018 *Prisma*

⁶⁰⁵ Se Craig og de Búrca (2015) s. 515

⁶⁰⁶ TEUV art. 263 (4)

⁶⁰⁷ Forente saker C-41/70, C-42/70 m.fl., *NV International Fruit Company v. Commission*, avsn. 23- 29

⁶⁰⁸ Sak C-25/62 *Plaumann & Co v Commission* s. 107

sørge for at vedtaket håndheves.⁶⁰⁹ De er derfor både direkte og individuelt berørt, noe som også er slått fast av klageorganet selv.⁶¹⁰

Dersom ACER er gitt myndighet til å velge leverandør i en anbudskonkurranse, vil også de øvrige deltakerne i konkurransen være direkte og individuelt berørt. Dette ble slått fast av ACERs klageorgan i *Prisma*, der ACERs opprinnelige vedtak hadde valgt ut en leverandør for en «single booking platform» på bekostning av øvrige leverandører.⁶¹¹ De øvrige leverandørene kunne derfor påklage vedtaket til klageorganet.⁶¹²

Motsatt er ikke morselskapet til en TSO som har fått et vedtak rettet mot seg *direkte* berørt av vedtaket, ettersom medlemsstatenes TSOer etter elmarkedsdirektivet og gassmarkedsdirektivet skal være uavhengige.⁶¹³ De vil derfor ikke gis klageadgang.⁶¹⁴

Vilkåret om at klageren må være individuelt berørt avskjærer klageadgang for privatpersoner som ønsker et vedtak omgjort, for eksempel fordi de hevder at ACERs vedtak fører til dyrere strømpriser eller dårligere forsyningsikkerhet. Disse vil ikke være individuelt berørt, ettersom konsekvensene av ACERs vedtak vil være de samme for alle privatpersoner.

Prosessuelle krav

Klagen må være fremsatt innen to måneder etter at mottakeren av vedtaket ble informert om vedtaket, eller, dersom slik notifikasjon mangler, etter at vedtaket ble publisert.⁶¹⁵ Klageorganet har deretter to måneder på seg til å fatte sitt vedtak.⁶¹⁶ En klage skal i utgangspunktet ikke ha «suspensory effect», men dette kan gis i enkelte tilfeller.⁶¹⁷ Klageorganet skal sørge for at partene får uttalt seg om eventuelle nye dokumenter, i

⁶⁰⁹ Elmarkedsdirektivet art. 37 (1) d og gassmarkedsdirektivet art. 41 (1) d

⁶¹⁰ Se A-001-2017 *E-Control 2* avsn. 43–44

⁶¹¹ Se det opprinnelige vedtaket nr. 11/2018 punkt 7, særlig avsn. 68

⁶¹² Se A-002-2018 *Prisma* avsn. 36

⁶¹³ Se elmarkedsdirektivet art. 9 og gassmarkedsdirektivet art. 9

⁶¹⁴ Se tilsvarende i A-001-2017 *E-Control 2* avsn. 50

⁶¹⁵ Opprettelsesforordningen art. 19 (2)

⁶¹⁶ Opprettelsesforordningen art. 19 (2)

⁶¹⁷ Opprettelsesforordningen art. 19 (3)

tillegg til at partene har rett til å gi muntlige presentasjoner.⁶¹⁸ Klageorganets vedtak skal bli publisert.⁶¹⁹

Klageorganets vurdering

Det følger av opprettelsesforordningen artikkel 19 (4) at dersom «the appeal is admissible, the Board of Appeal shall examine whether it is well-founded». Klageorganet er derfor etter ordlyden begrenset til å vurdere klagerens «statement of grounds»,⁶²⁰ og skal ikke på eget initiativ vurdere sider av vedtaket som ikke er påberopt.

Klageorganet er gitt myndighet til å «exercise any power which lies within the competence of the Agency, or it may remit the case to the competent body of the Agency».⁶²¹ Dersom klageorganet finner at ACERs opprinnelige vedtak bør opprettholdes, kan det stadfeste dette. Finner klageorganet at det opprinnelige vedtaket bør oppheves, kan det velge mellom å fatte et nytt innholdsmessig vedtak eller å sende det tilbake til ACERs direktør. Velger klageorganet å sende saken tilbake er direktøren bundet av klageorganets *ratio decidendi* ved sin nye behandling av saken.⁶²²

Det at ACERs klageorgan er gitt myndighet til å fatte nytt innholdsmessig vedtak kan i tråd med *Honeywell*⁶²³ vitne om at byrået er gitt adgang til å prøve de faglige og skjønsmessige vurderingene som ligger til grunn for ACERs opprinnelige vedtak.⁶²⁴ ACERs klageorgan består av seks medlemmer med særlig kompetanse innenfor energimarkedet, noe som underbygger dette. Det kan derfor argumenteres for at klageorganet burde foreta en fullstendig kontroll av både de formelle og materielle sidene ved det opprinnelige vedtaket.

ACERs klageorgan har imidlertid selv uttalt at det ikke kan foreta en særlig inngående kontroll av ACERs vedtak. Klageorganet viste i

⁶¹⁸ Opprettelsesforordningen art. 19 (4)

⁶¹⁹ Opprettelsesforordningen art. 19 (7)

⁶²⁰ Opprettelsesforordningen art. 19 (2)

⁶²¹ Opprettelsesforordningen art. 19 (5)

⁶²² Opprettelsesforordningen art. 19 (5). Se også Chamon (2016) s. 343

⁶²³ ECHAs klageorgan A-005-2011 *Honeywell*

⁶²⁴ I tråd med A-005-2011 *Honeywell*, se omtale under punkt 4.3

E-Control 2 til EU-domstolens begrensede domstolsprøving av faglige vurderinger, og uttalte at «when complex economic and technical issues are involved, the appraisal of the facts is subject to more limited judicial review».⁶²⁵

Klageorganet påpekte videre at den korte tidsfristen for å vurdere det omtvistede vedtakets komplekse vurdering tilsa at klageorganet «should not carry out its own analysis of the correct methodology to define congestion but control only whether the Defendant made a manifest error of assessment».⁶²⁶ Klageorganet la derfor til grunn at ACER «should be granted a certain margin of appreciation of methodological nature to precise the concrete requirements to be met to asses that there is a situation of structural congestion».⁶²⁷

Klageorganets oppfatning om at det er begrenset til å overprøve de formelle sidene av ACERs opprinnelige vedtak, som for eksempel tilside-settelse av prosessuelle krav eller myndighetsmisbruk, ble lagt til grunn også i *AQUIND* og *Prisma*, som henviser til drøftelsen i *E-Control 2*.⁶²⁸

ACERs klageorgan har foreløpig ikke fattet vedtak med nytt innhold. I *E-Control 2* og *Aquind* oppretthold klageorganet ACERs vedtak. I *Prisma* annullerte klageorganet ACERs vedtak og sendte det tilbake til ACERs direktør.

11.3.2 Domstolskontroll

ACER individuelle vedtak kan prøves av EU-domstolen i tråd med opprettelsesforordningen artikkel 20 (1):

«An action may be brought before the Court of First Instance or the Court of Justice, in accordance with Article 230 of the Treaty,⁶²⁹ contesting a decision taken by the Board of Appeal or, in cases where no right lies before the Board of Appeal, by the Agency»

⁶²⁵ ACERs klageorgan A-001-2017 *E-Control 2* avsn. 107

⁶²⁶ A-001-2017 *E-Control 2* avsn. 108

⁶²⁷ A-001-2017 *E-Control 2* avsn. 108

⁶²⁸ Se A-001-2018 *AQUIND* avsn. 52 og A-002-2018 *Prisma* avsn. 63

⁶²⁹ Denne bestemmelsen tilsvare TEUV art. 263

ACERs vedtak kan derfor ikke prøves direkte av EU-domstolen, men må i første omgang overprøves administrativt av klageorganet. Ved overprøving av EU-domstolen er det videre klageorganets vedtak som er gjenstand for kontroll, og ikke det opprinnelige vedtaket. Dette er likevel bare en formalitet, ettersom det opprinnelige vedtaket også må vurderes ved prøving av klageorganets vedtak. Begrensningen må forstås på bakgrunn av formålet med opprettelsen av klageorganer, som «aims to put the brunt of the proceedings at the first stages of the review for reasons of procedural efficiency».⁶³⁰

Dersom det ikke foreligger klageadgang kan et vedtak bringes direkte inn for EU-domstolen. Som gjort rede for ovenfor i kapittel 4 bygger vilkårene for klageadgang på vilkårene for domstolsprøving etter TEUV artikkel 263, slik at adgangen til domstolsprøving ikke er videre. Bestemmelsen fanger imidlertid opp den situasjon at ACER har *unnlatt* å fatte vedtak i medhold av sine myndighetshjemler, og åpner opp for domstolsprøving av det eventuelle traktatbruddet om å unnlate å fatte vedtak i medhold av TEUV artikkel 265.⁶³¹

EU-domstolen har foreløpig ikke avsagt noen dom over individuelle vedtak fattet av ACER eller ACERs klageorgan.⁶³² Klageorganets vedtak i *E-Control 2* har blitt brakt inn for EU-domstolen av den østerrikske TSOen E-Control og den østerrikske reguleringsmyndigheten APG.⁶³³ Det er foreløpig ikke noe informasjon tilgjengelig om saksgangen i disse to sakene, men det må antas at de skal behandles snart.

De to stevningene anfører at ACERs klageorgan «erred in law» ved vurderingen av både det opprinnelige vedtakets materielle innhold og hvorvidt prosessuelle krav var overholdt. Det blir også fremhevet at proporsjonalitetsprinsippet er tilsidesatt.⁶³⁴

Med hensyn til min drøftelse av EU-domstolens begrensede prøvingsintensitet av faglige vurderinger under punkt 4.2.2, er det nærliggende å

⁶³⁰ Chamon (2016) s. 344

⁶³¹ TEUV art. 265 bestemmer tilsvarende at «this article shall apply, under the same conditions, to bodies, offices and agencies of the Union which fails to act»

⁶³² Per 31. mai 2019

⁶³³ Se stevningene til sakene T-332/17 *E-Control* og T-333/17 *APG*

⁶³⁴ Se nærmere de to stevningenes anførsler.

anta at EU-domstolen kommer til å legge en begrenset domstolsprøving til grunn. Dette innebærer at EU-domstolen vil prøve de formelle sidene ved vedtaket, men ikke overprøve ACERs materielle vurderinger. Det gjenstår likevel å se hva det endelige resultatet blir.

12 Avslutning og noen refleksjoner

I denne oppgaven har jeg gjort rede for ACERs rolle og myndighet i det indre energimarkedet – hvordan dette byrået er «begrenset, men betydelig». Fra et norsk perspektiv kan ACER og andre EU byråer fremstå som overnasjonale organer. Mitt perspektiv har vært det EU-rettslige.

Gjennom analysen har jeg vist hvordan ACER opererer «mellom» EU og medlemsstatene ved forvaltning av EU-lovgivningen for det indre energimarkedet. Det er hovedsakelig medlemsstatenes nasjonale energireguleringsmyndigheter som skal sørge for at slik lovgivning blir implementert. EU-lovgivningens formål, som er å etablere et effektivt indre marked for energi, forutsetter imidlertid at de nasjonale reguleringsmyndighetene samarbeider om å implementere de ulike rettsaktene. Fordi et frivillig samarbeid viste seg å ikke være tilstrekkelig, ble det ansett som nødvendig å styrke EUs forvaltningsmyndighet.

I stedet for å la Kommisjonen opptre som en overnasjonal energireguleringsmyndighet, opprettet EU ACER, som består av representanter fra de nasjonale energireguleringsmyndighetene. Selv om byrået i visse tilfeller opptrer som en *subsidiær reguleringsmyndighet*, og sørger for direkte implementering i medlemsstatene, er det hovedsakelig gitt en *rådgivende* og *kontrollerende* rolle. Vurdert i perspektivet overnasjonalitet-suverenitet utgjør ACER derfor et «mykt» virkemiddel for å sikre ensartet og effektiv gjennomføring av EU-retten. I selve byråets natur ligger det derfor en viktig begrensning.

Jeg har også analysert ACERs institusjonelle plassering i EUs rettsorden. ACER har i likhet med øvrige EU-byråer ingen alminnelig handlefrihet, og kan derfor bare utøve myndighet tildelt gjennom bestemmelser i sekundærlovgivningen. Analysen i kapittel 3 viste at det allerede i utgangspunktet gjelder strenge begrensninger for hvilken myndighet som kan delegeres til EU-byråer. Disse begrensningene kommer ikke direkte til uttrykk i sekundærlovgivningen, men former den. Skal man forstå ACERs oppgaver og myndighet må man derfor kjenne de overordnede institusjonelle og konstitusjonelle EU-rettslige prinsipper som omgir

byrået. Kort oppsummert er essensen i dette at ACER bare kan utøve *klart definert forvaltningsmyndighet*, som ikke innebærer en vid skjønnsmargin. Dette er begrunnet i prinsippet om institusjonell balanse mellom EUs institusjoner, og skal sørge for at byråenes myndighetsutøvelse kan kontrolleres av den institusjonen som opprinnelig er gitt myndigheten gjennom traktatene.

Innenfor rammen av begrensningene er ACERs rolle å koordinere medlemsstatenes nasjonale reguleringsmyndigheter gjennom bruk av ulike virkemidler av teknisk og administrativ karakter. Når ACER opptrer *innenfor rammen* av sin begrensede institusjonelle funksjon har byrået et bredt spekter av virkemidler til rådighet. Disse gjør byrået betydelig på sitt felt. Jeg foretok en omfattende analyse av disse virkemidlene i kapitlene 7 til 11 foran. Her vil jeg nøye meg med å løfte frem to observasjoner.

For det første: Selv om ACER ikke kan gis vid skjønnsmyndighet, vil byråets virkemidler som regel basere seg på faglige vurderinger. Disse vurderingene, som er av teknisk og faglig art, vil i liten eller ingen grad kunne overprøves rettslig, ettersom eventuelle prøvingsorganer ikke vil være kompetente for dette formål. Dette gjør ACERs virkemidler praktisk viktige, og gir byrået betydelig makt.

For det andre: Selv om byråets vedtaksmyndighet er et kraftfullt virkemiddel fra et formelt perspektiv, er det særlig spekteret av ikke-bindende virkemidler – «soft law» – som gjør det berettiget å karakterisere ACER som et av EUs mest betydelige byråer. Flere av byråets «soft law»-virkemidler er gitt stor praktisk betydning, og kan oppfattes som rettslig forpliktende. I denne forbindelse er det en svakhet ved byråmodellen at hverken ACERs klageorgan eller EU-domstolen prøver de formelle sidene ved disse virkemidlene.

Jeg har nærmet meg ACER fra et EU-rettslig perspektiv. Formålet med å gi en oversikt over ACER og dets myndighet springer likevel ut fra det faktum at Norge snart skal delta i byrået. Trekker vi trådene tilbake til dette utgangspunktet, vil jeg avslutte med tre refleksjoner som kan ha betydning i den norske debatten.

Den første refleksjonen er at utformingen av ACER som en *mellomløsning* mellom overnasjonalt og nasjonalt nivå ikke enkelt lar seg overføre

til EØS-avtalen. For Norges del vil ACER i stedet utgjøre et overnasjonalt organ, ettersom den norske representanten, RME, ikke er gitt stemmerett i byråets styringsorgan.

Den andre refleksjonen er at en vurdering av om myndighetsoverføring til byråer som ACER er mer enn «lite inngripende» ikke bare kan bygge på en gjennomgang av virkemidlene i sekundærlovgivningen. Mer viktig i denne sammenheng er de konstitusjonelle rammene jeg analyserte i oppgavens del 1, kapitlene 2 til 4, som *begrenser* ACERs og øvrige EU-byråers myndighet.

Den tredje refleksjonen er at dersom man skal vurdere virkemidlene ACER er gitt – slik jeg gjorde i oppgavens del 2, kapitlene 6 til 11 – utgjør ACERs individuelle vedtaksmyndighet bare ett av flere viktige virkemidler. Fordi ACER hovedsakelig vedtar ulike «soft law»-virkemidler, er det gjennom disse virkemidlene vi kan kalle ACER for et *betydelig* byrå.

13 Kildeliste

Traktater

- EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, i kraft 1.1.1994. Sitert fra Lovdata.
- TEU Traktat om den Europeiske Union. Konsolidert versjon 2016, (EUT 2016/C 202/02). Sitert fra Eur-lex-databasen.
- TEUV Traktat om den Europeiske Unions virkemåte. Konsolidert versjon 2016, (EUT 2016/C 202/02). Sitert fra Eur-lex-databasen.
- Lisboa-traktaten Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 (OJ C 306). Siter fra Eur-lex-databasen.

Rettsakter fra EU-institusjonene

Direktiver og forordninger

Direktivene og forordningene er sitert fra Eur-lex-databasen.

- Forordning (EEC) nr. 337/75 Regulation (EEC) No 337/75 of the Council of 10 February 1975 establishing a European Centre for the Development of Vocational Training (Cedefop)
- Forordning (EEC) nr. 1365/75 Regulation (EEC) No 1365/75 of the Council of 26 May 1975 on the creation of a European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofund)

- Forordning (EF) nr. 2100/94 Council Regulation (EC) No 2100/94 of 27 July 1994 on Community plant variety rights
- Forordning (EF) nr. 2965/94 Council Regulation (EC) No 2965/94 of 28 November 1994 setting up a Translation Centre for bodies of the European Union
- Direktiv 96/92/EF 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 [første elmarkedsdirektiv]
- Direktiv 98/30/EF Directive 98/30/EF of the European Parliament and of The Council of 22 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas [første gassmarkedsdirektiv]
- Forordning (EF) nr. 178/2002 Regulation (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety
- Forordning (EF) nr. 1592/2002 Regulation 1592/2002 of the European Parliament and The Council on establishing common rules in the field of civil aviation and creating a European Aviation Safety Authority (EASA)
- Forordning (EF) nr. 58/2003 Council Regulation (EC) No 58/2003 of 19 December 2002 laying down the statute for executive agencies to be entrusted with certain tasks in the management of Community programmes

Direktiv 2003/54/ EF	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 [andre elmarkedsdirektiv]
Forordning (EF) nr. 1228/2003	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 [første elektrisitetsforordning]
Direktiv 2003/55/ EF	Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC [andre gassmarkedsdirektiv]
Forordning (EF) nr. 726/2004	Regulation (EC) No 726/2004 of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 laying down Community procedures for the authorisation and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Medicines Agency [EMA-opprettelsesforordningen]
Forordning (EF) nr. 1775/2005	Regulation (EC) No 1775/2005 of the European Parliament and of the Council of 28 September 2005 on conditions for access to the natural gas transmission networks [første gassforordning]

- Forordning (EF) nr. 1907/2006 Regulation (EC) No 1907/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency (...) [ECHA's opprettelsesforordning]
- Forordning (EF) nr. 401/2009 Regulation (EC) No 401/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the European Environment Agency and the European Environment Information and Observation Network
- Forordning (EF) nr. 713/2009 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 [Opprettelsesforordningen]
- Direktiv 2009/72/EF 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 (...) [Elmarkedsdirektivet]
- Direktiv 2009/73/EF Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas (...) [Gassmarkedsdirektivet]
- Forordning (EF) nr. 714/2009 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 (...) [Elektrisitetensforordningen]

Forordning (EF) nr. 715/2009	Regulation (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the natural gas transmission networks (...) [Gassforordningen]
Forordning (EU) nr. 774/2010	Commission Regulation (EU) No 774/2010 of 2 September 2010 on laying down guidelines relating to inter-transmission system operator compensation and a common regulatory approach to transmission charging
Forordning (EU) nr. 1095/2010	Regulation (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority) (...) [ESMAs opprettelsesforordning]
Forordning (EU) nr. 1227/2011	Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency [REMIT-forordningen]
Forordning (EU) nr. 236/2012	Regulation (EU) No 236/2012 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2012 on short selling and certain aspects of credit default swaps [Shortsalgforordningen]
Forordning (EU) nr. 347/2013	Regulation (EU) No 347/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on guidelines for trans-European energy infrastructure (...) [Infrastrukturforordningen]
Forordning (EU) 312/2014	Commission Regulation (EU) No 312/2014 of 26 March 2014 establishing a Network Code on Gas Balancing of Transmission Networks

- Forordning (EU) nr. 1348/2014 Commission Implementing Regulation No 1348/2014 of 17 December 2014 on data reporting implementing Article 8(2) and Article 8(6) of Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council on wholesale energy market integrity and transparency [REMIT IA]
- Forordning (EU) 2015/703 Commission Regulation (EU) 2015/703 of 30 April 2015 establishing a network code on interoperability and data exchange rules
- Forordning (EU) 2015/1222 Commission Regulation (EU) 2015/1222 of 24 July 2015 establishing a guideline on capacity allocation and congestion management [CACM-retningslinjen]
- Forordning (EU) 2015/2219 Regulation (EU) 2015/2219 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on the European Union Agency for Law Enforcement Training (CEPOL)
- Forordning (EU) 2016/631 Commission Regulation (EU) 2016/631 of 14 April 2016 establishing a network code on requirements for grid connection of generators [RfG-nettkoden]
- Forordning (EU) 2016/1388 Commission Regulation (EU) 2016/1388 of 17 August 2016 establishing a Network Code on Demand Connection [DCC-nettkoden]
- Forordning (EU) 2016/1447 Commission Regulation (EU) 2016/1447 of 26 August 2016 establishing a network code on requirements for grid connection of high voltage direct current systems and direct current-connected power park modules [HVDC-nettkoden]

Forordning (EU) nr. 2016/1624	Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 on the European Border and Coast Guard
Forordning (EU) 2016/1719	Commission Regulation (EU) 2016/1719 of 26 September 2016 establishing a guideline on forward capacity allocation [FCA-retningslinjen]
Forordning (EU) 2017/460	Commission Regulation (EU) 2017/460 of 16 March 2017 establishing a network code on harmonised transmission tariff structures for gas [TAR-nettkoden]
Forordning (EU) 2017/459	Commission Regulation (EU) 2017/459 of 16 March 2017 establishing a network code on capacity allocation mechanisms in gas transmission systems (...) [CAM-nettkoden]
Forordning (EU). 2017/1485	Commission Regulation (EU) 2017/1485 of 2 August 2017 establishing a guideline on electricity transmission system operation [SO-retningslinjen]
Forordning (EU) 2017/1938	Regulation (EU) 2017/1938 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2017 concerning measures to safeguard the security of gas supply (...) [SoS-forordningen]
Forordning (EU) 2017/2195	Commission Regulation (EU) 2017/2195 of 23 November 2017 establishing a guideline on electricity balancing [EB-retningslinjen]

- Forordning (EU) 2018/540 Commission Delegated Regulation (EU) 2018/540 of 23 November 2017 amending Regulation (EU) No 347/2013 of the European Parliament and of the Council as regards the Union list of projects of common interest [PCI-listen]
- Forordning (EU) 2017/2196 Commission Regulation (EU) 2017/2196 of 24 November 2017 establishing a network code on electricity emergency and restoration [ER-nettkoden]
- Forordning (EU) 2018/1726 Regulation (EU) 2018/1726 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on the European Union Agency for the Operational Management of Large-Scale IT Systems in the Area of Freedom, Security and Justice (eu-LISA), and amending Regulation (EC) No 1987/2006 and Council Decision 2007/533/JHA and repealing Regulation (EU) No 1077/2011
- Forordning (EU) 2019/128 Regulation (EU) 2019/128 of the European Parliament and of the Council of 16 January 2019 establishing a European Centre for the Development of Vocational Training (Cedefop) and repealing Council Regulation (EEC) No 337/75
- Forordning (EU) 2019/127 Regulation (EU) 2019/127 of the European Parliament and of the Council of 16 January 2019 establishing the European Foundation for the improvement of living and working conditions (Eurofound), and repealing Council Regulation (EEC) No 1365/75

Beslutninger

Rådsbeslutning 1999/468/EC	Council Decision of 28 June 1999 laying down the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission
Kommisjons- beslutning 2003/796/EC	Commission Decision of 11 November 2003 on establishing the European Regulators Group for Electricity and Gas [ERGEG-beslutningen]
Kommisjons- beslutning 2009/336/EC	Commission Decision of 20 April 2009 setting up the Education, Audiovisual and Culture Executive Agency for the management of Community action in the fields of education, audiovisual and culture in application of Council Regulation (EC) No 58/2003 [EACEA-beslutning]
Kommisjons- beslutning 2012/490/EU	Commission Decision of 24 August 2012 on amending Annex I to Regulation (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the natural gas transmission networks [CMP-retningslinjen]

Norske lover, forarbeider, vedtak

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
2018	Lov 29. mai 2018 nr. 50 om endringer i energiloven (tredje energimarkedspakke)
Prop. 4 S (2017–2018)	Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken

Prop. 5 L (2017–2018)	Endringer i energiloven (tredje energimarkeds- pakke)
Prop. 6 L (2017–2018)	Endringer i naturgassloven (tredje energimarkeds- pakke)
JDLOV-2016- 2442-3	Tredje energimarkedspakke – grunnlovsvurdering
Stortingsvedtak 569 (2017–2018)	Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om inn- lemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som inngår i den tredje energimarkedspakken Prop. 4 S (2017–2018), Innst. 178 S (2017–2018)
Meld. St. 24 (2018–2019)	Finansmarkedsmeldingen 2019

Beslutning fra EØS-komiteen

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

Dokumenter fra EU-institusjonene

COM (2002) 718 final	Communication from the Commission, The operating framework for the European Regulatory Agencies
2004/551/ CFSP	Joint Action 2004/551/CFSP of 12 July 2004 on the establishment of the European Defence Agency
COM (2005) 59 final	Draft Interinstitutional Agreement on the operating framework for the European regulatory agencies

COM (2006) 841 final	Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Prospects for the internal gas and electricity market
COM (2007) 530 final	Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Regulation (EC) establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators
SEC (2009) 642 final	Commission Staff Working Paper, Commission staff working document on Article 22 of Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas and Article 7 of Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity
C (2014) 242 final	Commission Evaluation of 22.1.2014 of the activities of the Agency for the Cooperation of Energy Regulations (ACER) under Article 34 of Regulation (EC) 713/2009
COM (2014) 634 final	Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of Regions, Progress towards completing the Internal Energy Market, 1
COM (2015) 80 final	Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee, The Committee of Regions and The European Investment Bank, A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy,

OJ L 105	Rules of procedure of the General Court, Official Journal of the European Union L 105/1, 23 April 2015
COM (2016) 860 final	Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee, The Committee of Regions and The European Investment Bank, Clean Energy For All Europeans
COM (2016) 863 final	Proposal for a regulation of the European Parliament and of The Council establishing a European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators (recast)
2016/0379 (COD)	Interinstitutional File: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the internal market for electricity (recast) – Analysis of the final compromise text with a view to agreement

Rettspraksis fra EU-domstolen

Avgjørelser fra Domstolen og Underretten

C-9/56	<i>Meroni</i>	Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community	ECLI:EU:C:1958:7
C-25/62	<i>Plaumann & Co. v Commission</i>	Plaumann & Co. v Commission of the European Economic Community	ECLI:EU:C:1963:17

C-22/70	<i>ERTA</i>	Commission of the European Communities v Council of the European Communities	ECLI:EU:C:1971:32
Joined Cases C-41/70 C-42/70 C-43/70 C-44/70	<i>NV International Fruit Company</i>	NV International Fruit Company and others v Commission of the European Communities	ECLI:EU:C:1971:53
C-60/81	<i>IBM</i>	International Business Machines Corporation v Commission of the European Communities	ECLI:EU:C:1981:264
C-98/80	<i>Romano</i>	Giuseppe Romano v Institut National D'Assurance Maladie-Invalidité	ECLI:EU:C:1981:104
C-191/82	<i>Fediol</i>	EEC Seed Crushers' and Oil Processors' Federation (FEDIOL) v Commission of the European Communities	ECLI:EU:C:1983:259
C-322/88	<i>Grimaldi</i>	Salvatore Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles	ECLI:EU:C:1989:646
C-325/91	<i>French Republic v Commission</i>	French Republic v Commission of the European Communities	ECLI:EU:C:1993:245

T-163/98	<i>Procter & Gamble</i>	Procter & Gamble v OHMI	ECLI:EU:T:1999:145
Joined Cases T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00, T-141/00	<i>Artegodan</i>	Artegodan GmbH and Others v Commission of the European Communities	ECLI:EU:T:2002:283
T-326/99	<i>Olivieri</i>	Nancy Fern Olivieri v Commission and EMEA	ECLI:EU:T:2003:351
T-123/03	<i>Pfizer</i>	Pfizer Ltd v Commission of the European Communities	ECLI:EU:T:2004:167
T-411/06	<i>Sogelma</i>	Sogelma – Società generale lavori manutenzioni appalti Srl v European Agency for Reconstruction (AER)	ECLI:EU:T:2008:419
T-187/06	<i>Schräder</i>	Ralf Schräder v Community Plant Variety Office (CPVO)	ECLI:EU:T:2008:511
C-38/09 P	<i>Schräder 2</i>	Ralf Schräder v Community Plant Variety Office (CPVO)	ECLI:EU:C:2010:196

T-96/10	<i>Rütgers</i>	Rütgers Germany and Others v ECHA	ECLI:EU:T:2013:109
C-270/12	<i>ESMA</i>	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v European Parliament and Council of the European Union	ECLI:EU:C:2014:18
C-290/13 P	<i>Rütgers 2</i>	Rütgers Germany and Others v ECHA	ECLI:EU:C:2014:2174
T-671/15	<i>E-Control v ACER</i>	Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) v Agency for the Cooperation of Energy Regulators	ECLI:EU:T:2016:626
T-63/16	<i>E-Control v ACER</i>	Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) v Agency for the Cooperation of Energy Regulators	ECLI:EU:T:2017:456
T-333/17	<i>APG</i>	Austrian Power Grid and Voralberger Übertragungsnetz v ACER (action brought on 29th of May 2017)	

- T-332/17 *E-Control v ACER* E-Control v ACER (action brought on 29th of May 2017)
- C-16/16 P *Online Gambling* Kingdom of Belgium v European Commission ECLI:EU:C:2018:79

Generaladvokatuttalelser

- C-270/12 *ESMA* United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v European Parliament and Council of the European Union. Advocate General Jääskinen ECLI:EU:C:2013:562
- C-16/16 P *Online Gambling* Kingdom of Belgium v European Commission. Advocate General Bobek ECLI:EU:C:2017:959

Dokumenter fra ACER

Vedtak

ACERs vedtak er tilgjengelige via: https://acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Pages/Individual-decision.aspx

- Vedtak nr. 1/2014 Decision on the investment request including cross-border cost-allocation for the gas interconnection Poland-Lithuania *Project of Common Interest no 8.5*

- Vedtak nr. 2/2015 Decision on the investment request including cross-border cost-allocation for the Lithuanian part of the interconnection between Alytus (LT) and the Lithuania/Poland border
Project of Common Interest no 4.5.1
- Vedtak nr. 6/2016 Decision on the electricity transmission system operators' proposal for the determination of capacity calculation regions
- Vedtak nr. 3/2017 Decision on the electricity transmission system operators' proposal for harmonised allocation rules for long-term transmission rights
- Vedtak nr. 4/2017 Decision on the Nominated Electricity Market Operators' proposal for harmonised maximum and minimum clearing prices for single day-ahead coupling
- Vedtak nr. 5/2017 Decision on the Nominated Electricity Market Operators' proposal for harmonised maximum and minimum clearing prices for single intraday coupling
- Vedtak nr. 6/2017 Decision on the proposal of the electricity transmission system operators of the South-East Europe capacity calculation region to the harmonised allocation rules for long-term transmission rights
- Vedtak nr. 7/2017 Decision on the congestion income distribution methodology
- Vedtak nr. 10/2017 Decision on the Request of the Regulatory Authorities of Greece and Italy to extend the period for reaching an agreement on the Amended Proposal for Complementary Regional Intraday Auctions in the Capacity Calculation Region Greece-Italy

- Vedtak nr. 1/2018 Decision on the Request of the Regulatory Authorities of Austria, France, Italy and Slovenia to extend the period for reaching an agreement on the Amended Proposal for Complementary Regional Intraday Auctions in the Capacity Calculation Region Italy North
- Vedtak nr. 2/2018 Decision on the Request of All Regulatory Authorities to extend the period for reaching an agreement on the Proposal for the Single Methodology for Pricing Intraday Cross-zonal Capacity
- Vedtak nr. 3/2018 Decision on the Request of the Regulatory Authorities of Denmark, Germany, Poland and Sweden to extend the period for reaching an agreement on the Proposal for the Common Coordinated Capacity Calculation Methodology in the Capacity Calculation Region Hansa
- Vedtak nr. 4/2018 Decision on All Transmission System Operators' Proposal for Intraday Cross-zonal Gate Closure Times
- Vedtak nr. 5/2018 Decision on the exemption request for the Aquind Interconnector
- Vedtak nr. 8/2018 Decision on the Nominated Electricity Market Operators' proposal for the price coupling algorithm and for the continuous trading matching algorithm, also incorporating TSO and NEMO proposals for a common set of requirements
- Vedtak nr. 9/2018 Decision on the request of the Regulatory Authorities of Estonia, Finland, Latvia, Lithuania, Poland and Sweden to extend the period for reaching an agreement on the amended proposal for the methodology for calculating cross-zonal capacity in the capacity calculation region Baltic

- Vedtak nr. 10/2018 Decision on the Core Capacity Calculation Region Transmission System Operators' proposal for fallback procedures
- Vedtak nr. 11/2018 Decision establishing the capacity booking platform to be used at "Mallnow" interconnection point and "GCP" virtual interconnection point
- Vedtak nr. 1/2019 Decision establishing a single methodology for pricing intraday cross-zonal capacity
- Vedtak nr. 2/2019 Decision on the Core CCR TSOs' proposals for the regional design of the day-ahead and intraday common capacity calculation methodologies
- Vedtak nr. 3/2019 Decision on the Request of All Regulatory Authorities to extend the period for reaching an agreement on the amended proposal for a common methodology for calculating scheduled exchanges resulting from single intraday coupling
- Vedtak nr. 4/2019 Decision on the Electricity Transmission System Operators' Proposal for Amendments of the Determination of Capacity Calculation Regions
- Vedtak nr. 5/2019 Decision on the Incremental Capacity Project Proposal for the Mosonmagyaróvár Interconnection Point

Vedtak fra ACERs klageorgan

Klageorganets vedtak er tilgjengelige via: https://acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Appeal/Pages/Decisions.aspx

A-001-2015 *E-Control 1*
A-002-2015 *APG*

A-001-2017	<i>E-Control 2</i>
A-001-2018	<i>AQUIND</i>
A-002-2018	<i>PRISMA</i>

Uttalelser, anbefalinger, og øvrige dokumenter

Alle byråets dokumenter er tilgjengelige via <https://acer.europa.eu/en/Pages/default.aspx> under fanen «documents».

A10-BoR-01-03	The Rules of Procedure of the Board of Regulators of the Agency
FG-2011-E-002	Framework Guidelines on Capacity Allocation and Congestion Management for Electricity
REMIT Guidance (2011)	Guidance on the application of the definitions set out in Article 2 of Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency, 1. Utgave
FG-2012-E-009	Framework Guidelines on Electricity Balancing
Anbefaling nr. 4/2013	ACER Recommendation on the network code for requirements for grid connection applicable to all generators
Anbefaling nr. 7/2013	ACER Recommendation regarding the cross-border cost allocation requests submitted in the framework of the first union list of Electricity and Gas Projects of Common Interest.
38th ACER Board of Regulators meetings (2014)	38 th ACER Board of Regulators meetings Wednesday, 11 June 2014, 11.30–16.00, Minutes final

Anbefaling nr. 3/2014	ACER Recommendation on Incentives for Projects of Common Interest and on a Common Methodology for Risk Evaluation
Uttalelse nr. 3/2015	Opinion on the Compliance of the Decision of the National Commission for Energy Control and prices of the Republic of Lithuania with the Guidelines referred to in the Directive 2009/73/EC, Regulation (EC) No 715/2009 or with other relevant provisions of this Directive or Regulation
Uttalelse nr. 9/2015	Opinion on the compliance of National Regulatory Authorities' decisions approving methods of allocation of cross-border transmission capacity in the Central – East Europe Region with Regulation (EC) 714/2009 and the Guidelines on the management and allocation of available transfer capacity of interconnections between national systems contained in annex 1 thereto
Anbefaling nr. 5/2015	Recommendation on good practices for the treatment of the investment requests, including cross border cost allocation requests, for electricity and gas Projects of Common Interest
Anbefaling nr. 2/2016	ACER Recommendation on the common capacity calculation and redispatching and countertrading cost sharing methodologies
Uttalelse nr. 10/2017	Opinion on the application of article 30 (2) of Commission Regulation (EU) 2016/1719

Uttalelse nr. 20/2017	Opinion on the application of the application of point 2.2.4 of Annex 1 to Regulation (EC) no 715/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the natural gas transmission networks
Uttalelse nr. 3/2018	Opinion on the application of article 5 and 141 (2) of Commission Regulation (EU) 2017/1485 of 2 August 2017 establishing a guideline on electricity transmission system operation
Programming Document (2019–2021)	Agency for the Cooperation of Energy Regulators Programming Document (2019–2021), Revised December 2018
Annual Activity Report (2017)	Consolidated Annual Activity Report (CAAR)
REMIT Guidance (2019)	Guidance on the application of Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency, 4. Utgave, senest oppdatert 22. mars 2019

Dokumenter fra øvrige EU-organer

Vedtak fra ECHAs klageorgan

Tilgjengelige på <https://echa.europa.eu/about-us/who-we-are/board-of-appeal/decisions>

A-005-2011	<i>Honeywell</i>	ECHAs klageorgan
A-001-2012	<i>Dow Benelux</i>	ECHAs klageorgan

Dokumenter fra ENTSOene

ENTSO- E CBA- [https://docstore.entsoe.eu/Documents/TYNDP%20Guideline \(2018\) documents/Cost%20Benefit%20Analysis/2018-10-11-tyndp-cba-20.pdf](https://docstore.entsoe.eu/Documents/TYNDP%20Guideline%20(2018)%20documents/Cost%20Benefit%20Analysis/2018-10-11-tyndp-cba-20.pdf) [sist sjekket 30. mai 2019]

ENTSO-G CBA- https://www.entsog.eu/sites/default/files/2019-03/1.%20ADAPTED_2nd%20CBA%20Methodology_Main%20document_EC%20APPROVED.pdf [sist sjekket 30. mai 2019]

Litteratur

- Azoulai (2014) Azoulai, Loïc m. fl. The Question of Competence in the European Union, Oxford University Press, 2014
- Beaud (2014) Beaud, Olivier i Azoulai, Loïc m. fl., The Question of Competence in the European Union, Oxford University Press, 2014, s. 19–38
- Bekkedal (2019) Bekkedal, Tarjei Third state participation in EU agencies: Exploring the EEA Precedent, *Common Market Law Review* (2019) Vol 56 (2) s. 381–416
- Bernaerts (2014) Bernaerts, Inge m.fl. The Energy Infrastructure of the European Union, Claeys & Casteels, 2014, (EU Energy Law, edited by Vinois, Jean-Arnold, Volume VIII)

- Bjørnebye
(2019) Bjørnebye,
Henrik The Impact of the third energy
market package on national resource
management, Juridisk betenkning:
Tredje Energimarkedspakke, rapport
skrevet for Energi Norge, januar 2019
[[https://www.energinorge.no/
contentassets/
bcee1a1d4bd842aaa7bf1b74f0441a07/
legal-analysis-third-energy-market-
package-080119.pdf](https://www.energinorge.no/contentassets/bcee1a1d4bd842aaa7bf1b74f0441a07/legal-analysis-third-energy-market-package-080119.pdf)] [sist sjekket
30. mai 2019]
- Busuovic
(2010) Busuovic, Elena
Madelina m.fl. The Accountability of European
Agencies: Legal Provisions and
Ongoing Practices, Utrecht
University Repository, 2010
- Busuovic
(2013) Busuovic, E.
Madelina European Agencies: Law and
Practices of Accountability, Oxford
University Press, 2013
- Busuovic og
Groenleer
(2014) Busuovic, E.
Madelina og
Groenleer
Martijn The Theory and Practice of EU
Agency Autonomy and Accounta-
bility: Early Day Expectations,
Today's Realities and Future Perspec-
tives, i Everson, Michelle m.fl.,
European Agencies in between
Institutions and Member States,
Wolters Kluwer, 2014 s. 175–200
- Cabau
(2010) Cabau,
Emmanuel m.fl. The Internal Energy Market – The
Third Liberalisation Package, 3. utg.,
Claeys & Casteels, 2010, (EU Energy
Law, edited by Jones, Christopher,
Volume 1)

- | | | |
|--------------------------|---------------------------------|---|
| Chamon (2016) | Chamon, Merijn | EU Agencies, Oxford University Press, 2016 |
| Chiti (2013) | Chiti, Edoardo | European Agencies' Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment, <i>European Law Journal</i> , Vol 19, No. 1 (2013), s. 93–110 |
| Chiti (2018) | Chiti, Edoardo | Decentralized Implementation: European Agencies, i Schütze, Robert og Tridimas, Takis, <i>The European Union Legal Order</i> , Oxford University Press, 2018, (Oxford Principles of European Union Law, Volume 1), s. 748–776 |
| Craig (2018) | Craig, Paul | EU Administrative Law, 3. utg., Oxford University Press, 2018 |
| Craig (2018b) | Craig, Paul | Delegated and Implementing Acts, i Schütze, Robert og Tridimas, Takis, <i>The European Union Legal Order</i> , Oxford University Press, 2018, (Oxford Principles of European Union Law, Volume 1) s. 716–746 |
| Craig og de Búrca (2015) | Craig, Paul og Gráinne de Búrca | EU Law: Text, Cases and Materials, 6. utg., Oxford University Press, 2015 |
| Curtin (2009) | Curtin, Deirdre | Executive Power of the European Union, Oxford University Press, 2009 |
| Doherty (2016) | Doherty, Anthony m.fl. | The Internal Energy Market, 4 utg., Claeys & Casteels, 2016 (EU Energy Law, edited by Jones, Christopher, Volume 1) |

- Erbach (2019a) Erbach, Gregor New Rules for the Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER), *Briefing: EU Legislation in Progress*, 3. utg., 14. mars 2019, [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599300/EPRS_BRI\(2017\)599300_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599300/EPRS_BRI(2017)599300_EN.pdf)] [sist sjekket 29. mai 2019]
- Erbach (2019b) Erbach, Gregor Internal market for electricity, *Briefing: EU Legislation in Progress*, 3. utg., 14. mars 2019, [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595925/EPRS_BRI\(2017\)595925_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595925/EPRS_BRI(2017)595925_EN.pdf)] [sist sjekket 29. mai 2019]
- Erbach (2019c) Erbach, Gregor Common rules for the internal electricity market, *Briefing: EU Legislation in Progress*, 3. utg., 14. mars 2019, [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595924/EPRS_BRI\(2017\)595924_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595924/EPRS_BRI(2017)595924_EN.pdf)] [sist sjekket 29. mai 2019]
- Ermacora (2010) Ermacora, Florian The Agency for the Cooperation of Energy Regulators, i Cabau, Emmanuel m.fl., *The Internal Energy Market*, 3. utg., Claeys & Casteels, 2010, s. 257–326
- Everson (2014) Everson, Michelle m.fl. *European Agencies in between Institutions and Member States*, Wolters Kluwer, 2014

- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund EØS-rett, 3. utg, Fagbokforlaget, 2018
- Fresa (2015) Fresa, Siddharth Multilevel EU Governance in Energy Infrastructure Development: A New Role for ACER?, Working Paper prepared in relation to the conference “The 2020 Strategy Experience: Lessons for Regional Cooperation, EU Governance and Investment”, Berlin, 17. juni 2015, s. 1–20 [https://www.diw.de/documents/dokumentenarchiv/17/diw_01.c.508434.de/fresa.pdf] [sist sjekket 30. mai 2019]
- Godin (2018) Godin, Jean-Théodore m.fl. Implementing REMIT: What a Legal Analysis Tells about the Regulatory Role of ACER, *European Journal of Risk Regulation*, Vol 9 (2018), s. 192–207
- Gräper og Webster (2016) Gräper, Floris og Webster, William The Establishment of Common Network Rules, i Doherty, Anthony m.fl., *The Internal Energy Market*, 4. utg., Claeys & Casteels, 2016, s. 603–654
- Graver (2015) Graver, Hans Petter Alminnelig forvaltningsrett, 4. utg., Universitetsforlaget, 2015

- Graver (2018) Graver, Hans Petter Betenkning avgitt til Nei til EU, Grunnlovens § 115 og ACER-saken, 2018, [<https://neitileu.no/aktuelt/grunnlovens-115-og-acer-saken>] [sist sjekket 30. mai 2019]
- Griller og Orator (2010) Griller, Stefan og Orator, Andreas Everything under control? The “way forward” for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine, *European Law Review* (2010) s. 3–35
- Hancher og Hauteclouque (2010) Hancher, Leigh og Hauteclouque, Adrien de Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice, *Competition and Regulation in Network Industries*, Volume 11 (2010), No 3, s. 307–334
- Hartley (2014) Hartley, TC The Foundations of European Union Law, 8. utg., Oxford University Press, 2014
- Hertzberg (2017a) Hertzberg, Ingrid EUs finansbyråer. Kompetanse og kontroll, Masteroppgave, 2017, upublisert
- Horstmann (2011) Horstmann, Nadia Agency for the Cooperation of Energy Regulators, i Roggenkamp og Hammer, *European Energy Law Report VIII*, 2011, kapittel 3, s. 43–58
- Innjord (2013) Innjord, Frode A. Forvaltningsretten, Knophs oversikt over Norges rett, Lilleholt m.fl., 14. utg., Universitetsforlaget, 2014, s. 572–592

- Jacqué (2004) Jacqué, Jean-Paul The Principle of Institutional Balance, *Common Market Law Review*, Vol 41, (2004) s. 383–291
- Jensen (2014) Jensen, Jenny Walderhaug Energiinfrastruktur i europeisk interesse: En rettslig analyse av infrastrukturforordningens krav til effektiv konsesjonsbehandling for særskilt utvalgte energiinfrastrukturprosjekter, Masteroppgave, 2014, upublisert
- Jones (2016) Jones, Christopher Introduction, i Doherty, Anthony m. fl., *The Internal Energy Market*, 4. utg., 2016, s. 1–14
- Kühnert (2017) Kühnert, Heinrich m.fl. A Tale of Delegation and Power: ACER and the Dichotomy of the Non-Delegation Doctrine and the Creation of a Genuine Internal Market in Electricity, *European Competition and Regulatory Law Review*, Vol 1, (2017) s. 47–55
- Kuijper (2018) Kuijper, Peter Jan m.fl. The Law of the European Union, 5 utg., Wolters Kluwer, 2018, (tidligere Kapteyn & VerLoren van Themaat)
- Lavrijssen og Bordei (2012) Lavrijssen, s. A. C. M. og Bordei, Irina ACER: Demystifying the European Energy Supervisor from a Consumer Perspective, *Oil, Gas and Energy Law Intelligence*, Vol. 10 – issue 5, (2012) s. 1–26

- Lavrijssen og Hancher (2009) Lavrijssen, Saskia og Hancher, Leigh Networks on Track: From European regulatory Networks to European Regulatory «Network Agencies», *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 36 – issue 1, (2009) s. 23–55
- Lavrijssen og Kohlbacher (2018) Lavrijssen, Saskia og Kohlbacher, Thomas EU Electricity Network Codes: Good Governance in a Network of Networks, TILEC Discussion Paper, No. 2018 – 001, January 2018, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3098081##] [sist sjekket 30. mai 2019]
- Lenaerts og Gutiérrez-Fons (2018) Lenaerts, Koen og Gutiérrez-Fons, José A. A Constitutional Perspective, i Schütze, Robert og Tridimas, Takis, *The European Union Legal Order*, Oxford University Press, 2018, (Oxford Principles of European Union Law, Volume 1), s. 103–141
- Lilleholt (2013) Lilleholt, Kåre m.fl Knophs oversikt over Norges Rett, 14. utg., Universitetsforlaget, 2013
- Majone (1997) Majone, Giandomenico The new European agencies: regulation by information, *Journal of European Public Policy*, 4:2 June 1997, s. 262–275
- Meeus og He (2014) Meeus, Leonardo og He, Xian Guidance for Project Promoters and Regulators for the Cross-Border Cost Allocation of Projects of Common Interest, *Florence School of Regulation – Policy Briefs*, Issue 2/2014, s. 1–6 [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/29679/PB_2014.02_dig.pdf?sequence=1] [sist sjekket 30. mai 2019]

- Meeus og Keyaerts (2014) Meeus, Leonardo og Keyaerts, Nico The Role of the EU and ACER to ensure an adequate regulatory framework for projects of common interest, *Florence School of Regulation – Policy Briefs*, Issue 5/2014, s. 1–6 [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/32851/PB_2014.05_dig.pdf?sequence=1] [sist sjekket 30. mai 2019]
- Mendes (2018) Mendes, Joana The EU Administration, i Kuijper, Peter Jan m.fl., *The Law of the European Union*, 5. utg., Wolters Kluwer, 2018, s. 267–312
- Papsch (2016) Papsch, Jan Derogations and Exemptions, i Doherty, Anthony m.fl., *The Internal Energy Market*, 4. utg., Claeys & Casteels, 2016, s. 527–602
- Pototschnig (2014) Pototschnig, Alberto The role of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER) in the development of common rules for the internal energy markets and the European energy networks, i Bernaerts, Inge m.fl., *The Energy Infrastructure of the European Union*, Claeys & Casteels, 2014, s. 133–152
- Roggenkamp (2018) Roggenkamp, Martha M. m.fl. *Energy Law in Europe*, 3. utg., Oxford University Press, 2016
- Roggenkamp og Hammer (2011) Roggenkamp, Martha M. og Hammer, Ulf *European Energy Law Report VIII*, Intersentia, 2011

- | | | |
|----------------------------------|---|---|
| Rosvold
(2017) | Rosvold,
Knut A. | Store Norske Leksikon: <i>HVDC – High Voltage Direct Current</i> , 2017
[https://snl.no/HVDC_-_High-Voltage_Direct_Current] [sist sjekket 31. mai 2019] |
| Schittekatte
(2019) | Schittekatte,
Tim m.fl. | The EU Electricity Network Codes (2019 ed.), Florence School of Regulation: Energy, Technical Report, February 2019
[http://fsr.eui.eu/publications/the-eu-electricity-network-codes-2019-ed/]
[sist sjekket 30. mai 2019] |
| Schütze
(2012) | Schütze,
Robert | European Constitutional Law, Cambridge University Press, 2012 |
| Schütze og
Tridimas
(2018) | Schütze,
Robert og
Tridimas,
Takis | The European Union Legal Order, Oxford University Press, 2018, (Oxford Principles of European Union Law, Volume 1) |
| Schwarze
(2006) | Schwarze,
Jürgen | European Administrative Law, Sweet and Maxwell, 2006 |
| Senden
(2004) | Senden,
Linda | Soft Law in European Community Law, Hart Publishing, 2004 |
| Simoncini
(2018) | Simoncini,
Marta | Administrative Regulation Beyond the Non-Delegation Doctrine, Hart Publishing, 2018 |
| Stefan og
Petri (2018) | Stefan, Oana
og Petri,
Marina | Too Weak to Be Controlled: Judicial Review of ACER Soft Law, <i>Yearbook of European Law</i> , Vol 37, (2018), s. 525–550 |

- Tanase (2018) Tanase, Lavinia-Petronela Network Codes & Guidelines. A legal perspective, Topic of the Month, Florence School of Regulation, blogpost publisert 10. juli 2018. [<http://fsr.eui.eu/network-codes-versus-guidelines/>][sist sjekket 25. mai 2019]
- Tremmel (2016) Tremmel, Ernst The Agency for the Cooperation of Energy Regulators, i Doherty, Anthony m.fl., *The Internal Energy Market*, 4. utg., Claeys & Casteels, 2016, s. 277- 380
- Tvarnø og Nielsen (2014) Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth *Retskilder & Retsteorier*, 4. utg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014
- Vaughan (2015) Vaughan, Steven *Differentiation and Dysfunction: An Exploration of Post-Legislative Guidance Practices in 14 EU Agencies*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 17 (2015), s. 66–91
- Vedder (2016) Vedder, Hans m.fl. *EU Energy Law*, i Roggenkamp, Martha M. m.fl., *Energy Law in Europe*, 3 utg., Oxford University Press, 2016, s. 187 -367
- Vlachou (2012) Vlachou, Chara *The Adoption of Network Codes in the Field of Energy: Availability of Judicial Review in a Multi-Stage Procedure*, *European Energy Journal*, Vol. 2 – issue 3, 2012, s. 47–62

- Vlachou (2018) Vlachou, Charikleia New Governance and Regulation in the Energy Sector: What does the Future Hold for EU Network Codes?, *European Journal of Risk Regulation*, 9 (2018), s. 268–282
- Vos (2014) Vos, Ellen European Agencies and the Composite EU Executive, i Everson, Michelle m.fl., *European Agencies in between Institutions and Member States*, Wolters Kluwer, 2014, s. 11–48
- Wasenden (2007) Wasenden, Odd-Harald B. *Energimarkedsrett*, Cappelen Akademiske Forlag, 2007
- Zinzani (2012) Zinzani, Marco *Market Integration through “Network Governance”: The Role of European Agencies and Networks of Regulators*, Intersentia Cambridge, 2012
- Ørebech (2018) Ørebech, Peter Grunnloven § 1 og EU – med særlig vekt på implementeringen av vedtak truffet av EU-kommisjonen og EUs energibyrå ACER, *Lov og Rett*, 03/2018 Vol. 57, s. 170–190

Nettsider og power point-presentasjoner

- Energifakta Norge: *Kraftmarkedet* Senest oppdatert 8. April 2019 [<https://energifaktanorge.no/norsk-energiforsyning/kraftmarkedet/>] [sist sjekket 31. mai 2019]
- CEER: *About* https://www.ceer.eu/eeer_about [sist sjekket 31. mai 2019]

- NVE: *Tilknytning til Europa – kjøp og salg av kraft* <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten-for-energi-rme-marked-og-monopol/engros-markedet/tilknytning-til-europa-kjop-og-salg-av-kraft/> [sist sjekket 31. mai 2019]
- NVE: *Nettkoder* Senest oppdatert 28. juni 2016 [<https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten-for-energi-rme-marked-og-monopol/europeisk-regelverksutvikling/nettkoder/>] [sist sjekket 31. mai 2019]
- European Commission: *Projects of Common Interest* [<https://ec.europa.eu/energy/en/topics/infrastructure/projects-common-interest/overview>] [sist sjekket 31. mai 2019]
- Regjeringen.no: *EU-byråer Norge deltar i* <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/eos1/byra-program-samarbeid/eu-byraer/id685101/> [sist sjekket 31. mai 2019]
- Efta.no: *EU Agencies* [<https://www.efta.int/eea/eu-agencies>] [sist sjekket 31. mai 2019]
- Pototschnig: *ACER's functions and responsibilities in the European Union* Power point fremlagt under «The Nordic electricity market in the EU's Energy Union», 15. mai 2018 [https://www.energinorge.no/contentassets/c4bf15481e574cf6965db07750c52860/pototschnig-180515_final.pdf] [sist sjekket 31. mai 2019]
- EU: *Agencies and other EU bodies* [https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies_en] [sist sjekket 31. mai 2019]

- ACER: *Framework Guidelines* Fremgår ikke når den senest er oppdatert. [https://acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Framework_Guidelines/Pages/default.aspx] [sist sjekket 31. mai 2019]
- Neitileu.no: *Nei til EU saksøker Erna Solberg* Publisert 7. november 2018 [<https://neitileu.no/aktuelt/nei-til-eu-saksoker-erna-solberg>] [sist sjekket 31. mai 2019]
- European Commission: *Joint understanding on the application of the third energy package towards Iceland* Press release 22. mars 2019 [https://ec.europa.eu/info/news/joint-understanding-application-third-energy-package-towards-iceland-2019-mar-22_en] [sist sjekket 31. mai 2019]
- European Commission: *Clean Energy for All Europeans package completed: good for consumers, good for growth and jobs, and good for the planet* Press release 22. mai 2019 [https://ec.europa.eu/info/news/clean-energy-all-europeans-package-completed-good-consumers-good-growth-and-jobs-and-good-planet-2019-may-22_en] [sist sjekket 31. mai 2019]
- Vg.no: *Ellevilt på Island: Acer-krangel har lammet Alltinget i syv døgn* Publisert 29. mai 2019 [<https://www.vg.no/nyheter/utenriks/i/70BbPB/ellevilt-paa-island-acer-krangel-har-lammet-alltinget-i-syv-doen>] [sist sjekket 31. mai 2019]

14 Vedlegg

– Oversikt over ACERs individuelle vedtak

Tabellen inntatt på side 201 gir en oversikt over individuelle vedtak publisert på ACERs nettside per 31. mai 2019.⁶³⁵

ACER inkluderer på nettsiden vedtak om forlengelse av frist for de nasjonale reguleringsmyndighetene å komme til enighet, som egentlig ikke er individuelle vedtak, men i stedet statsadresserte vedtak. Jeg har derfor tatt med disse i oversikten, men markert dem i grått.

Hjemmel for de individuelle vedtakene:

Kompetans hjemmel	Materiell hjemmel	Antall vedtak
Opprettellesforordningen artikkel 7 (1)		0
Opprettellesforordningen artikkel 8 (1)	FCA-retningslinjen (elektrisitet)	2
	CACM-retningslinjen (elektrisitet)	10
	CAM-nettkoden (gass)	2
Opprettellesforordningen artikkel 9 (1)	Elektrisitetsforordningen	1
	Gassforordningen	0
Infrastrukturforordningen artikkel 12 (6)		2
		Totalt 17 vedtak

Vedtak rettet mot medlemsstatene om forlengelse av frist:

Hjemmel for utsettelse	Antall vedtak
CACM-retningslinjen	6

ACER har til sammen fattet 23 vedtak:

⁶³⁵ https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Pages/Individual-decision.aspx

14 Vedlegg – Oversikt over ACERs individuelle vedtak
Hanna Bjørhus Askhaven

Nr.	2014	2015	2016	2017	2018	2019
1	CBCA-vedtak				Vedtak om forlenget tidsfrist	Vedtak om TCM – CACM
2		CBCA-vedtak			Vedtak om forlenget tidsfrist	Vedtak om TCM – CACM
3				Vedtak om TCM – FCA	Vedtak om forlenget tidsfrist	Vedtak om forlenget tidsfrist
4				Vedtak om TCM – CACM	Vedtak om TCM – CACM	Vedtak om TCM – CACM
5				Vedtak om TCM – CACM	Vedtak om dispensasjon – AQUIND	Vedtak – incremental capacity
6			Vedtak om TCM – CACM	Vedtak om TCM – FCA		
7				Vedtak om TCM – CACM		
8					Vedtak om TCM – CACM	
9					Vedtak om forlenget tidsfrist	
10				Vedtak om forlenget tidsfrist	Vedtak om TCM – CACM	
11					Vedtak – Booking platform	

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

