

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Alexander Sæthern

EU-rettens krav om uavhengig reguleringsmyndighet for energi

En studie av europeiseringen av norsk
kraftmarkedsregulering

555

EU-rettens krav om uavhengig reguleringsmyndighet for energi

En studie av europeiseringen av norsk
kraftmarkedsregulering

Alexander Sæthern



MarIus No. 555
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2022

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

Å skrive en stor masteroppgave over ett år er et krevende prosjekt. Særlig gjelder det på et felt som energiretten, som er i rivende utvikling. Energiforsyningsens samfunnskritiske betydning, omstillingen til fornybar energi, tidvis høye strømpriser og geopolitiske spørsmål skaper stadig nye og kontroversielle problemstillinger. Samtidig er det nettopp dette som gjør feltet så spennende, og at det kan anbefales til alle som synes juss er gøy, spesielt om man som meg er mer interessert i jussens betydning for samfunnsutviklingen enn juss for sin egen del.

Målsettingen ved denne avhandlingen var å beskrive og analysere et utviklingstrekk i EU-energiretten som har stor betydning for hvordan Norge etter innføringen av tredje energimarkedspakke vil måtte organisere forvaltningen av kraftmarkedet, nemlig kravet om en uavhengig nasjonal reguleringsmyndighet. Mens ACER-saken har fått stor oppmerksomhet, er det reguleringsmyndighetene, i Norge Reguleringsmyndigheten for energi (RME) som er navet i EUs kraftmarkedsregulering. Likevel har disse svært viktige organene hittil fått relativt liten oppmerksomhet i den akademiske litteraturen. Etter min mening er det et klart behov for videre studier, både fra jurister, samfunnsvitere og samfunnsøkonomer på denne typen organer. Jeg står til disposisjon for å diskutere problemstillinger med alle som vurderer å plukke opp hansken.

Fremstillingen er trykket omtrent slik den ble innlevert til sensorene Ingrid Barlund og Hilde K. Ellingsen 10. desember 2021, med noen mindre endringer og korrigeringer av feil.

Jeg står i takk til et stort antall mennesker som har støttet meg gjennom skriveprosessen. Professor Henrik Bjørnebye var opprinnelig min veileder. Etter at han i mai 2021 sluttet for å tiltre som partner i advokatfirmaet BAHN, fikk jeg muligheten til å fullføre oppgaven ved Universitetet i Bergen med professor Halvard Haukeland Fredriksen som veileder. Gjesteforsker og tidligere ekspedisjonssjef i Olje- og energidepartementets energi- og vannressursavdeling, Per Håkon Høisveen,

leste gjennom et tidligere utkast og ga nyttige tilbakemeldinger fra sin lange erfaring som praktiker i forvaltningen. Som vitenskapelig assistent ved Nordisk institutt for sjørett har resten av miljøet ved instituttet vært en stor støtte, på tross av at skriveåret ble amputert av COVID-19. Takk til instituttleder Ola Mestad, kontorsjef Bente Lindberg Kraabøl og vitass-tante Camilla Arnøy. Jeg er også takk skyldig til andre kolleger ved sjøretten og øvrige dyktige fagpersoner jeg har diskutert diverse problemstillinger med: Oskar Vegheim, Fredrik Svartberg Tonholt, Louise Grønneberg-Fensbekk, Daniel Hagen, Gullik-André Fjordbo, Nina Egeland, Mira Christine Marcussen, Torkell Sætervadet, Eirik Wold Sund, Andreas Runde, Julius Rumpf, Karin Bruzelius, Hans Jacob Bull, Catherine Banet, Endre Stavang, Finn Arnesen, Stian Øby Johansen, Siri Kildal Venemyr, Tarjei Bekkedal, Astrid Skjønborg Brunt, Birgitte Jourdan-Andersen og Thomas Horn. En stor takk går også til min familie og mine venner, som har støttet meg i tykt og tynt gjennom skrivingen.

Jeg har fått gleden av å jobbe videre med energirett i det unike fagmiljøet i Olje- og energidepartementets seksjon for energi- og vassdragsrett. Mine synspunkter i denne avhandlingen er utelukkende mine egne, og gir ikke uttrykk for min arbeidsgivers oppfatninger om de rettslige spørsmålene jeg behandler.

Oslo, 15. januar 2022

Alexander Sæthern

Innhold

FORORD.....	3
1 INNLEDNING.....	8
1.1 Temaet, problemstillingen og bakgrunnen	8
1.2 Metodiske spørsmål.....	11
2 UAVHENGIGHETSKRAVETS RETTSLIGE, POLITISKE OG TEORETISKE GRUNNLAG	14
2.1 Uavhengighetskravets rettslige grunnlag og oppbygging.....	14
2.2 Reguleringsmyndighetens oppgaver: Nasjonalt organ for regulering av et integrert kraftmarked.....	19
2.3 Uavhengighetskravets politiske bakgrunn	25
2.3.1 Innledning	25
2.3.2 Skillet mellom «jus» og «politikk».....	25
2.4 Uavhengighetskravets historiske utvikling	27
2.4.1 Begynnelsen.....	27
2.4.2 EU-kommisjonen innser at markedsåpning krever fullt uavhengig tilsyn.....	29
2.5 Uavhengighetskrav som EU-rettslig fenomen	30
2.6 Et sektorovergripende uavhengighetsbegrep?.....	34
2.7 Uavhengige forvaltningsorganer i norsk rett – og møtet med EU-retten.....	37
2.8 Uavhengighetskravets teoretiske forankring: Principal-agent- teorien.....	40
3 PRIMÆRRETTLIGE RAMMER FOR UAVHENGIGHETSKRAVET	43
3.1 Innledning	43
3.2 EU-pilaren.....	44
3.2.1 TEUF artikkel 114	44
3.2.2 Proporsjonalitet og subsidiaritet	46
3.2.3 <i>Meroni</i> -doktrinen og demokratiprinsippet.....	48
3.3 Overføres de EU-rettslige konstitusjonelle trekkene til EØS- pilaren?	52
3.4 Oppsummering.....	54
4 DIREKTIVETS KRAV TIL ORGANISATORISK UAVHENGIGHET ..	56
4.1 Innledning	56

4.2	Direktivets rettslige utgangspunkter	56
4.2.1	«Juridisk adskilt fra ...»	57
4.2.2	«Under utførelsen af ... reguleringsopgaver»	59
4.2.3	Oppsummering av direktivets krav.....	60
4.3	Den norske løsningen.....	60
4.3.1	Innledning	60
4.3.2	Lovfestingen av uavhengighetskravet i norsk rett	61
4.3.3	Kraftforvaltningen frem til etableringen av RME	62
4.3.4	Gjennomføringen av tredje energimarkedspakke	65
4.3.5	Hvem mente lovgiver at skulle være reguleringsmyndighet i Norge?.....	66
4.3.6	RMEs organisasjon	68
4.3.7	Løsningen i enkelte andre land	70
4.3.8	Konklusjon	73
4.4	Hvilke tiltak må gjøres for å organisere RME i samsvar med direktivets krav?	74
4.5	Direktivet tillater en rent formell administrativ underordning under et departement	79
4.6	Er RMEs kompetanse begrenset til «omsetning» av kraft?	80
4.7	Åpner norsk rett for at RME kan delegeres annen kompetanse enn den er tillagt ved lov?.....	81
4.8	Direktivets krav om finansiell uavhengighet.....	85
4.9	Uavhengighet i relasjon til Statnett/Statkraft.....	87
5	DIREKTIVETS KRAV TIL FUNKSJONELL UAVHENGIGHET	89
5.1	Innledning	89
5.2	Grensen mellom tillatte generelle føringer og ulovlige instruksjoner...91	
5.2.1	Innledning	91
5.2.2	Grensen mellom instruksjoner og retningslinjer	92
5.2.3	Instruksforbudets konsekvenser for domstolskontrollen med RMEs vedtak.....	97
5.2.4	Kan reguleringsmyndigheten instrueres om prioriteringen av saker?	99
5.2.5	Alle elementer i de pliktige regulatoroppgavene må utøves av reguleringsmyndigheten	100
5.2.6	Oppsummering.....	103
5.3	Oppgavefordelingen mellom RME og andre organer.....	104
5.3.1	Kan RME utøve andre oppgaver enn regulatoroppgaver?.....	104
5.3.2	Instruksjonsadgangen ved utøvelse av andre oppgaver enn regulatoroppgaver	108

5.4	Forholdet mellom RME og politiske myndigheter ved prøving av vedtak fra ACER for EFTA-domstolen	110
5.5	Informasjonsutveksling mellom RME og andre organer.....	113
5.6	RMEs bistand fra andre organer	115
5.6.1	Adgangen til å få bistand fra andre forvaltningsorganer	115
5.6.2	Kan RME og Energiklagenemnda la seg bistå av Regjeringsadvokaten?	117
5.7	RMEs fysiske og profilmessige organisering.....	120
5.8	Utnevnelsesprosedyre og særlig stillingsvern for reguleringsmyndighetens ledelse	122
5.8.1	Innledning	122
5.8.2	Hvem er omfattet av bestemmelsen?.....	124
5.8.3	Direktivets krav til oppnevningssprosedyren	124
5.8.4	Direktivets krav om særlig stillingsvern.....	128
6	AVSLUTTENDE REFLEKSJONER	132
7	LITTERATURLISTE	138
7.1	Regelverk	138
7.1.1	Norske lover.....	138
7.1.2	Norske forskrifter	139
7.1.3	Traktater.....	140
7.1.4	EU-rettsakter.....	141
7.1.5	EØS-komiteéns beslutninger	146
7.1.6	Utenlandske lover	147
7.2	Forarbeider og andre offentlige dokumenter	148
7.2.1	Norske forarbeider og dokumenter	148
7.2.2	Europeiske forarbeider og dokumenter	156
7.2.3	Utenlandske forarbeider og dokumenter	159
7.3	Rettspraksis.....	160
7.3.1	Norske rettsavgjørelser	160
7.3.2	Europeiske rettsavgjørelser	161
7.3.3	Utenlandske rettsavgjørelser	166
7.4	Litteratur	167
7.4.1	Bøker og fagartikler	167
7.4.2	Avisartikler og debattinnlegg.....	183
7.5	Øvrige kilder.....	186
8	VEDLEGG 1	189

1 Innledning

1.1 Temaet, problemstillingen og bakgrunnen

EUs tredje energimarkedspakke ble innlemmet i EØS-avtalen i 2018, og i norsk rett i 2019. En sentral del av pakken er det tredje elektrisitetsdirektivet, som inkluderer et krav om å opprette av en uavhengig nasjonal reguleringsmyndighet.¹

Kravene direktivet stiller til organiseringen av reguleringsmyndigheten, er omfattende og dels tekniske. Overordnet kan kravene deles inn i tre typer: *organisatoriske og funksjonelle krav*, og *kompetansekrav*. Disse gruppene av krav vil bli nærmere behandlet i kapittel 2.

Gjennomføringen av direktivets krav ble i Norge gjort ved at Reguleringsmyndigheten for energi (RME), som tidligere var en avdeling i Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE), ble utskilt som en enhet med særskilt uavhengig status, unntatt instruksjonsmyndighet ved utøvelsen av tillagt myndighet.² Videre ble Energiklagenemnda opprettet som uavhengig klageinstans for behandling av klager på RMEs vedtak. Tidligere ble slike klager behandlet av Olje- og energidepartementet (OED).³ Det ble fra lovgivers side lagt til grunn at denne ordningen oppfylte direktivets uavhengighetskrav.⁴

ESA har i brev til OED i oktober 2020 reist spørsmål ved om Norges gjennomføringsmåte oppfylder direktivets krav.⁵ Det er ikke innledet en formell traktatsbruddprosedyre, men en slik henvendelse er i praksis

¹ Direktiv 2009/72/EF (elmarkedsdirektivet) artikkel 35. I EU gjelder nå uavhengighetskravet i *fjerde* energimarkedspakke (Ren energi-pakken), se direktiv 2019/944 artikkel 57. Se innledningen av kapittel 2.1 for en nærmere redegjørelse for forholdet mellom regelsestene.

² Jf. energiloven § 2-3.

³ Prop. 5 L (2017–2018), s. 6.

⁴ Se kapittel 4.3, særlig 4.3.2 til og med 4.3.4.

⁵ ESA 2020.

første skritt i en traktatsbruddsak, dersom ESA ikke er fornøyde med svarene fra norske myndigheter.⁶

I denne avhandlingen vil jeg fastlegge innholdet i EU-energirettens krav til organiseringen og tildelingen av kompetanse til nasjonale energiregulatoriske myndigheter, og vurdere om den norske gjennomføringen av kravene er i samsvar med EU-retten.

Kravet om at det skal opprettes en uavhengig regulatorisk myndighet som skal ha ansvaret for visse funksjoner, har sin bakgrunn i overordnede politiske målsetninger i EU om effektivisering (også kalt liberalisering) og integrering av det europeiske kraftmarkedet. Tanken er en idé om et skille mellom den tekniske og rettslige reguleringen av kraftmarkedet og håndhevingen av dette regelverket på den ene siden, og politiske styringsfunksjoner på den andre. Reguleringsmyndighetens oppgave er det førstnevnte.⁷

ACER-forordningen forutsetter at den nasjonale reguleringsmyndigheten skal være ansvarlig for den nasjonale gjennomføringen av vedtakene til EU-byrået Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER).⁸ Norges tilslutning til ACER utgjorde den største kontroversen ved gjennomføringen av tredje energimarkedsdirektiv i EØS-avtalen. Fra norsk side er nasjonal kontroll over energipolitiske virkemidler ofte vært fremhevet som viktig,⁹ og opprettelsen av ACER og RME har blitt hevdet å være en trussel for norske politiske interesser.¹⁰ Dette gjør at spørsmålet om EU-rettens krav til energiforvaltningen, og om norsk rett tilfredsstillende, har stor politisk betydning.¹¹ Som følge av uavhengighetskravet har reguleringsmyndighetene blitt omtalt som «in practice detached from the traditional national public administration and made part of EU-wide

⁶ ODA artikkel 31. Se Fredriksen/Mathisen 2018, s. 233–235.

⁷ Forholdet mellom «jus» og «teknikk» på den ene siden og «politikk» på den andre vil være av gjennomgående betydning i oppgaven. Se særlig kapittel 2.3.2.

⁸ Forordning 713/2009 artikkel 7.

⁹ Se Dokument 8:172 S (2020–2021), s. 1.

¹⁰ Se for eksempel Byrkjeflot 2020.

¹¹ ACERs kompetanse og forholdet mellom ACER og RME vil kun behandles på overflatenivå for sammenhengens skyld, se kapittel 2.2. Disse spørsmålene er inngående behandlet av Hanna Askhaven i hennes avhandling (Askhaven 2019).

regulatory cooperation»,¹² og RME som «ACERs underbruk i Norge».¹³ Spørsmålet om hvor langt uavhengighetskravet faktisk går, og hvilke endringer det pålegger Norge, påvirker derfor spørsmålet om hvilken betydning tredje energimarkedspakke har for Norge.¹⁴

Selv om den offentlige debatten i Norge har fokusert på ACER, er byråets kompetansegrunnlag begrenset,¹⁵ og vedtakskompetansen gjelder kun der nasjonale reguleringsmyndigheter ikke blir enige seg imellom.¹⁶ ACERs kompetanse er *subsidiær*, mens de nasjonale reguleringsmyndighetene er de *primære* håndheverne av det regulatoriske EU-rammeverket.¹⁷ En mulig årsak til denne kompetansefordelingen er EUs såkalte *Meroni*-doktrine, som stiller krav om klart definerte og begrensede kompetanser for EU-byråene.¹⁸ Dette systemet gjør at de nasjonale reguleringsmyndighetene er et interessant, om ikke understudert forskningsobjekt.

Dersom man anser kravet om opprettelsen av RME som en myndighetsoverføring, vil rekkevidden av uavhengighetskravet og hvilke kontrollmuligheter som er i behold etter min mening også kunne ha betydning for spørsmålet om tilslutningen til tredje energimarkedspakke innebærer en «lite inngripende myndighetsoverføring» og dermed kan vedtas med alminnelig stortingsflertall.¹⁹ Dette er vurderingstemaet i den såkalte ACER-saken.²⁰

For enkelthets skyld vil jeg kun vise til bestemmelsene i elektrisitetsdirektivet,²¹ selv om likelydende uavhengighetskrav følger av gassdi-

¹² Bjørnebye 2019, s. 228.

¹³ Harper 2019.

¹⁴ Se om dette, Lovavdelingen 2018, avsnitt 2.5.

¹⁵ Se kapittel 2.2 og Askhaven 2019, s. 161–163.

¹⁶ Forordning 713/2009 artikkel 8.

¹⁷ Delvaux 2013, s. 58 og Askhaven 2019, s. 16.

¹⁸ Sak 9/56 *Meroni* og C-98/80 *Romano*. Om hvordan *Meroni*-doktrinen virker inn på kravet om uavhengig reguleringsmyndighet, se kapittel 3.2.3.

¹⁹ Jf. Grunnloven § 26 analogisk, og ikke $\frac{3}{4}$ flertall etter Grunnloven § 115.

²⁰ Høyesterett tillot saken fremmet for domstolene i plenumskjennelsen HR-2021-417-P. Spørsmålet drøftes ikke nærmere her, men se enkelte avsluttende kommentarer i kapittel 6. Saken gikk for Oslo tingrett i november 2021, der saksøkeren tapte.

²¹ Direktiv 2009/72/EF.

rektivet.²² Drøftelsene er derfor også relevante for reguleringen av gassmarkedet.²³

Jeg kommer i den løpende teksten til å bruke «reguleringsmyndighet», «nasjonal reguleringsmyndighet» og «regulator» om hverandre, med den samme betydningen.

Videre i kapittel 1 vil jeg gå nærmere inn på noen metodiske spørsmål. I kapittel 2 vil jeg redegjøre for det rettslige grunnlaget og bakgrunnen for uavhengighetskravet. I kapittel 3 vil jeg gjøre rede for uavhengighetskravets forhold til overordnede EU- og EØS-rettslige normer. I kapittel 4 og 5 vil jeg nærmere gå inn på henholdsvis organisatoriske og funksjonelle krav til organenes uavhengighet. Behandlingen av kravet til kompetanse vil være begrenset til å belyse sammenhengen med uavhengighetskravet.²⁴ Bakgrunnen for denne avgrensningen er omfanget av oppgaver som direktivet krever at skal legges til reguleringsmyndigheten. En behandling av samtlige av disse ville vært umulig innenfor begrensningene avhandlingens ordgrense legger.

1.2 Metodiske spørsmål

Det sentrale rettskildematerialet for avhandlingens tema er EU-rettslig sekundærrett, og norsk rett som gjennomfører slike regler. Det betyr at det er EU-rettslig metode som vil være styrende for avhandlingens rettsdogmatiske drøftelser.²⁵ Av særlig relevans for tolkningen av uavhengighetskravet er at en formålsbasert (teleologisk) tolkningsstil er sentralt i EU-retten,²⁶ i tillegg til kontekstuelle betraktninger der hver bestemmelse må forstås som en del av reglens og direktivenes hele.²⁷ Bortsett fra dette redegjør jeg ikke nærmere for innholdet i EU- og EØS-rettslig metode

²² Direktiv 2009/73/EF artikkel 39–41.

²³ I norsk rett er gassdirektivets uavhengighetskrav gjennomført i naturgassloven § 4, som har en helt lik ordlyd som energiloven § 2-3. Se Prop. 6 L (2017–2018).

²⁴ Se særlig kapittel 5.2.5.

²⁵ EU-primærrettens rammer er styrende for tolkningen av uavhengighetskravet. Jeg går nærmere inn på disse i kapittel 3.

²⁶ Poiaras Maduro 2007, s. 5 og Arnesen/Stenvik 2015, s. 29 og 35–37.

²⁷ Arnesen 1995, s. 31 flg.

ut over enkelte forhold av særlig betydning for denne avhandlingen, da mitt generelle metodesyn vil fremgå gjennom den rettsdogmatiske fremstillingen.²⁸

Den gjennomgående bruken av termen «EU-retten» er bevisst, men skiller seg kanskje noe fra det som tradisjonelt er vanlig i norsk juridisk litteratur. Etter mitt syn er karakteriseringen av de *materielle* forpliktelsene som «EU-rettslige» fremfor «EØS-rettslige» mest presis. Reglene har sitt opphav i EU-retten, og skal for alle praktiske formål praktiseres likt, jf. homogenitetsmålsetningen i EØS artikkel 6. EØS-avtalen er et institusjonelt rammeverk for *gjennomføringen* av forpliktelsene og EFTA-statenes tilknytning til EU, med visse særtrekk. Betegnelsen «EØS-rett/lige» vil forbeholdes eventuelle slike spørsmål.²⁹

Jeg vil flere steder i avhandlingen benytte meg av EU-kommisjonens tolkningsnotat til uavhengighetskravet som kilde til tolkningen av de aktuelle reglene.³⁰ Tolkningsnotatet er ingen autoritativ rettskilde, og i norsk rettskildeteori sammenlignbart med etterarbeider og juridisk teori. EU-domstolen siterer i liten grad fra tolkningsnotater i sine dommer. Når jeg likevel trekker det inn, er det fordi det er det grunn til å anta at tolkningsnotatet, særlig i spørsmål uten rettspraksis fra EU-domstolen, vil være styrende for kommisjonens og ESAs vurderinger.³¹

Som jeg skal vise i kapittel 2.5, inneholder EU-retten krav om uavhengige forvaltningsorganer også på andre områder enn energisektoren. I avhandlingen kommer jeg til å vise til rettspraksis om uavhengighetskravene i disse sektorene for å belyse innholdet i uavhengighetskravet i energisektoren. Den nærmere begrunnelsen for dette vil jeg drøfte mer i detalj i kapittel 2.6.

Noen steder vil jeg trekke inn utenlandsk rettspraksis om uavhengighetskravet. Etter min oppfatning er slik rettspraksis – selv om den ikke har noen autoritativ vekt som EØS-rettskilde – relevant for vurderingen av den norske gjennomføringen av uavhengighetskravet. EU- og EØS-

²⁸ For en tilsvarende tilnærming i doktorgradsavhandling, se Øyen 2010, s. 31 og Fredriksen 2013, s. 21.

²⁹ I samme retning Fredriksen/Mathisen 2019, særlig s. 387–390.

³⁰ Kommisjonen 2010.

³¹ Fredriksen/Mathisen 2019, s. 410.

retten er et rettsfellesskap der reglene er helt like,³² og hele poenget er at rettsanvendelsen skal være lik. Det gjør rettspraksis fra andre nasjonale rettsordener godt egnet til å illustrere praktiske problemstillinger. Dessuten kan domspremissene ha en viss argumentasjonsverdi, litt som en underrettsdom i norsk rettskildelære.³³

Ingen rettsspørsmål kan forstås fullt ut – iallfall ikke i all sin dybde – uten å ha med seg hensynene og formålene reglene hviler på. Uavhengighetskravet som analyseres i denne oppgaven er en regel som i stor grad bygger på politiske og samfunnsøkonomiske overveielser, som folk med annen fagbakgrunn enn jus har vært med på å utforme.³⁴ Ved tolkningen og anvendelsen av slike bestemmelser må rettsanvenderen derfor være åpen for å ta i betraktning kunnskap fra disse fagfeltene. Derfor vil jeg i denne avhandlingen på enkelte punkter vise til litteratur fra blant annet statsvitere, samfunnsøkonomer og psykologer, da dette av grunnene jeg drøfter over vil bidra til en mer helhetlig og presis forståelse av uavhengighetskravet.

Deler av avhandlingen – særlig kapittel 2.3 til og med 2.8 – kan fremstå noe mindre rettsdogmatisk enn det som er tradisjonen. Etter mitt syn er det nødvendig å forstå det historiske, politiske og teoretiske fundamentet for uavhengighetskravet for å kunne gi en mest mulig presis tolkning og anvendelse av kravet i de mer tradisjonelt rettsdogmatiske kapitlene 3–5. Dette underbygges av at det er regler som stiller *institusjonelle krav* og ikke utelukkende *materielle* bestemmelser vi har med å gjøre, samt en klar, nyere utvikling i EU-retten som ikke ennå fullt ut har blitt belyst fra en norskrettslig synsvinkel. Tilnærmingen kan også bedre grunnlaget for en opplyst rettspolitisk debatt om kontroversielle temaer, nemlig Norges forhold til EU både generelt og på energiområdet spesielt.³⁵

³² Med unntak av eventuelle tilpasninger. De eneste tilpasningene av begrenset relevans for oppgaven er at ACERs vedtakskompetanse i tredje energimarkedspakke er lagt til ESA, se EØS-komiteens beslutning 93/2017 og kapittel 2.2.

³³ Høgberg A.P. 2019, s. 272.

³⁴ Se kapittel 2.3.2, 2.5 og 2.8.

³⁵ Se kapittel 6.

2 Uavhengighetskravets rettslige, politiske og teoretiske grunnlag

2.1 Uavhengighetskravets rettslige grunnlag og oppbygging

Kravet om å opprette en uavhengig reguleringsmyndighet for energisektoren følger av artikkel 35 i tredje elektrisitetsdirektiv.³⁶ Bestemmelsen sier i nr. 1 at medlemsstatene skal ha «en enkelt national regulerende myndighed på nationalt plan». Alle regulatoroppgavene skal med andre ord ligge til det samme organet. Grunnkravet om uavhengighet følger av bestemmelsens nr. 4. Den gir medlemsstatene en plikt til å «garantere ... den regulerende myndigheds uafhængighed og sikre ... at den optræder upartisk og gennemskueligt i udøvelsen af dens beføjelser».

I EU gjelder nå uavhengighetskravet i *fjerde* energimarkedspakke (Ren energi-pakken).³⁷ Denne er ennå ikke innlemmet i EØS-avtalen, men er ansett EØS-relevant, og var på høring i 2020.³⁸ Fordi denne avhandlingen tar utgangspunkt i gjeldende norsk rett, tar jeg utgangspunkt i reglene i tredje energimarkedspakke. Fjerde pakke endrer uansett lite på uavhengighetskravet fra tredje pakke. Unntaket er en uttrykkelig tydeliggjøring av at reguleringsmyndighetens ledelse skal oppnevnes i henhold til gjennomsiktede og objektive kriterier,³⁹ og at habilitets- og taushetskravene til ledelsen også gjelder etter at den har fratrudd.⁴⁰

EU-domstolen har i en rekke saker utpenslet vilkårene for at en domstol eller annet tvisteløsningsorgan skal kunne anses uavhengig. Dette består av to aspekter. For det *første* kreves det at organet er «helt uafhængigt og uden at være underlagt noget hierarkisk forhold eller stå i afhængighedsforhold til nogen og uden at modtage ordrer eller instrukser

³⁶ Direktiv 2009/72/EF.

³⁷ Se direktiv 2019/944 artikkel 57.

³⁸ www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-vedtatt-eu-regelverk-for-elektrisitets-markedet-ren-energi-pakken/id2705565/

³⁹ Direktivets artikkel 57 bokstav e. Se kapittel 5.8.2 i denne avhandlingen.

⁴⁰ Samme bestemmelse bokstav f.

fra nogen».⁴¹ Dette er det *formelle* aspektet av uavhengighet. *For det andre* skal organet ha «den samme afstand til tvistens parter og deres respektive interesser for så vidt angår tvistens genstand» og «objektivitet og en fullstendig mangel på interesse i sagens utfald ud over den strikte anvendelse af retsregler».⁴² Dette er den *materielle* uavhengigheten – et krav til uavhengighet i avgjørelsesprosessen.

EU-domstolen har, som jeg skal komme tilbake til, i sin rettspraksis lagt til grunn at denne allmenne uavhengighetsdefinisjonen langt på vei skal legges til grunn også ved forståelsen av kravet til uavhengige *forvaltningsorganer* i sekundærretten.⁴³

Selv om bestemmelsen også krever *objektivitet*, *upartiskhet* og *gjennomsiktighet*, vil disse kravene kun i begrenset grad problematiseres her. Å studere reguleringsmyndighetens faktiske upartiskhet og gjennomsiktighet ville krevd en samfunnsvitenskapelig analyse. *Rettslig* oppfyller antakelig forvaltningslovens habilitetsregler og partsinnsynsregler, samt offentlighetslovens innsynsregler direktivets krav.⁴⁴ Dels vil imidlertid betraktninger om upartiskhet og gjennomsiktighet inngå i uavhengighetsvurderingen på ulike punkter – det er ikke helt vanntette skott.

Kravet om «gennemskuelig[hed]» finnes kun i denne bestemmelsen i den danske oversettelsen, mens direktivet andre steder krever at for eksempel vilkårene for konsesjon til utbygging skal være «gennemsigtige og ikke-diskriminerende».⁴⁵ I den engelske versjonen brukes begrepet «transparent»/«transparency» i begge relasjoner. Gjennomsiktighet kan i en snever forstand handle om befolkningens adgang til innsyn i organets arbeid, eller i en videre forstand at organet også skal treffe sine beslutninger etter noenlunde klare regler. I resten av direktivet ser begrepet ut til å være brukt i den vide forståelsen. Den institusjonelle karakteren av artikkel 35 – som kanskje kan forklare den danske ordlyden – tilsier at kravet omfatter begge former for gjennomsiktighet.

⁴¹ C-64/16 avsnitt 44 (om domstolenes uavhengighet).

⁴² C-503/15, avsnitt 38 (om domstolenes uavhengighet).

⁴³ Se kapittel 2.6, særlig fotnote 184.

⁴⁴ Tilsvarende, for Sveriges del, se Prop 2010/11:70, s. 64.

⁴⁵ Artikkel 7 nr. 1.

I tillegg til å være et materielt krav, omtales uavhengighet som et «formål» eller «purpose». Medlemsstatene skal «med dette formål», altså myndighetens uavhengighet, sikre at den «er juridisk adskilt fra og funksjonelt uafhængig af enhver anden offentlig eller privat enhed».⁴⁶

Kravene retter seg mot «medlemsstatene». Denne ordlyden tilsier at ansvaret for å sørge for tilstrekkelig uavhengighet ikke bare gjelder reguleringsmyndigheten selv, men for alle nasjonale myndigheter. Det betyr at heller ikke regjeringen eller Stortinget som lovgiver kan vedta regler som reduserer reguleringsmyndighetens uavhengighet, og at domstolene også må respektere uavhengighetsprinsippet i sine avgjørelser.⁴⁷

Mens kravet om *uavhengighet* for reguleringsmyndigheten er en selvstendig regel, og den grunnleggende regelen, er resten av bestemmelsen en *detaljering* av hvilke tiltak statene skal gjennomføre for å sikre uavhengigheten. Av disse er «juridisk» og «funksjonell» uavhengighet særlig sentrale. Kravet om juridisk uavhengighet av andre offentlige og private aktører, eller «atskil[lelse]», som er termen direktivet bruker, skal forstås som et krav om *organisatorisk* uavhengighet.⁴⁸

Kravet om *funksjonell* uavhengighet kan også kalles et krav til *operasjonell* uavhengighet.⁴⁹ Poenget her er at reguleringsmyndigheten rent faktisk skal være uavhengig i sin daglige myndighetsutøvelse, og ikke bare rent formelt og organisatorisk.

Selv om bestemmelsen etter sin ordlyd består av flere ulike krav, vil det, som *Smith* har pekt på, ikke alltid være lett å skille mellom organisatorisk og funksjonell uavhengighet.⁵⁰ Det er også en klar sammenheng mellom de to aspektene: Funksjonell uavhengighet kan være avhengig av en organisatorisk uavhengighet, og omvendt.⁵¹ Dette tilsier at bestem-

⁴⁶ Nr. 4 bokstav a.

⁴⁷ Dette har betydning for både domstolskontrollen og lovgivers adgang til å påvirke reguleringsmyndighetens kompetanse ved lov, se henholdsvis kapittel 5.2.3 og 5.2.5.

⁴⁸ Se kapittel 4. Direktivet foreligger ikke i en norsk autentisk språkversjon, og derfor tar jeg utgangspunkt i den danske. Enkelte formuleringer, som «'juridisk' uavhengighet», er imidlertid lite hensiktsmessige å direkte anvende på norsk, og vil omskrives utenom den direkte tolkningen av direktivets ordlyd.

⁴⁹ Se kapittel 5.

⁵⁰ *Smith* 2002, s. 509. I samme retning *Sześciło* 2021, s. 204.

⁵¹ *Smith* 2002, s. 510.

melsen må leses som en helhet, og i lys av sitt formål.⁵² Dette betyr *for det første* at fordi «uavhengighet» er det grunnleggende kravet, vil det rettslige innholdet av begrepet «uavhengighet» være av stor betydning, også ved tolkningen av de mer detaljerte kravene, nettopp fordi disse kravene etter direktivets ordlyd har uavhengighet som «formål». Prinsippet om teleologisk tolkning får her enda større vekt enn i resten av EU-retten. *For det andre* tilsier den nære sammenhengen at kravet til organisatorisk uavhengighet tolkes i lys av kravet om funksjonell uavhengighet, og vise versa, slik at det til en viss grad vil være en overlapp.

I tillegg til kravene om organisatorisk og funksjonell uavhengighet, stiller direktivets artikkel 35 i nr. 4 bokstav b og nr. 5 enkelte enda mer detaljerte krav til tiltak for å beskytte den funksjonelle uavhengigheten.

Statene skal *for det første* sørge for at regulatorens personale og ledelse «handler uafhængigt af enhver markedsinteresse» og ikke «søger eller modtager direkte instrukser fra nogen regering eller anden offentlig eller privat enhed under udførelsen af reguleringsopgaverne».⁵³ Uavhengighetskravet krever dermed uavhengighet i to relasjoner; både til markedsaktørene og til andre offentlige enheter. Uavhengigheten er ikke et krav til reguleringsmyndigheten alene, men kan bare bedømmes i relasjon til andre aktører og myndigheter. Vi kan, som *Wissmann*, kalle dette et *relativt* uavhengighetskrav.⁵⁴ Direktivet tillater imidlertid et «tæt samarbejde» med andre offentlige myndigheter, og «overordnede politiske retningslinjer» fra regjeringen, så lenge dette ikke griper inn i reguleringsmyndighetens utøvelse av regulatoroppgavene etter artikkel 37.

For det andre skal regulatoren ha separate budsjettbevillinger og autonomi over disposisjonen over disse, og den skal ha tilstrekkelig finansielle og menneskelige ressurser til å ivareta pålagte oppgaver.⁵⁵ I tillegg skal regulatorens styre eller toppledelse være ansatt på åremål, og ha et særlig stillingsvern.⁵⁶

⁵² En tilsvarende tilnærming til tolkning av elmarkedsdirektivet, riktignok av en annen bestemmelse, er lagt til grunn i C-771/18, avsnitt 42.

⁵³ Nr. 4 bokstav b. Se kapittel 5.2.

⁵⁴ *Wissmann* 2006, s. 20.

⁵⁵ Nr. 5 bokstav a. Se kapittel 4.8.

⁵⁶ Nr. 5 bokstav b. Se kapittel 5.8

Til en viss grad kan det fremstå som at de mer detaljerte underkravene konsumerer det overordnede uavhengighetskravet. Dette er imidlertid ikke tilfelle. EU-domstolen tar i sin praksis utgangspunkt i det overordnede uavhengighetsbegrepet.⁵⁷ Dette har også rettslig relevante nyanser: Etter sin ordlyd gjelder de mer detaljerte kravene «under utførelsen af de reguleringsoppgaver, som dette direktiv og dertil knyttede forskrifter pålegger den».⁵⁸ Kravet om uavhengighet gjelder imidlertid *uavhengig* av hvilke oppgaver regulator utfører, og den skal opptre «upartisk og gennemsiktig i udøvelsen af dens beføjelser». Denne forskjellen i ordlyd tilsier at regulator kan utføre andre oppgaver enn de som direktivet krever at den skal utføre, og at forbudet mot å gi instruksjoner da som utgangspunkt ikke gjelder. Dessuten tilsier sammenhengen at det overordnede uavhengighetskravet imidlertid fortsatt gjelder – selv om terskelen på grunn av at de detaljerte kravene *ikke* gjelder nok er høyere for å konstatere et brudd. Det betyr at også medlemsstatenes regulering av og opptreden overfor regulator *utenfor* utøvelsen av regulatoroppgavene, kan utgjøre et brudd på det overordnede uavhengighetskravet.⁵⁹

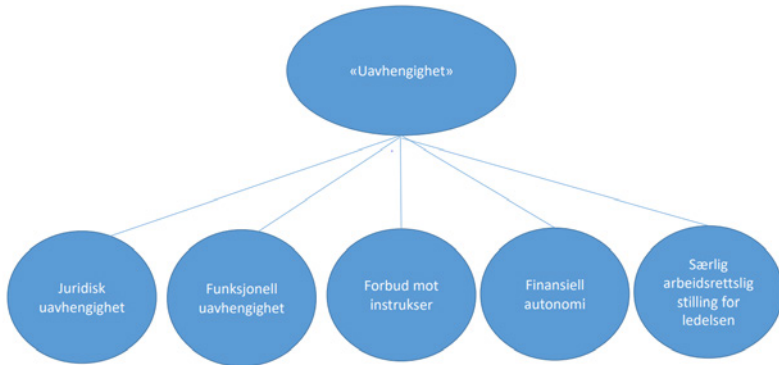
Strukturen i uavhengighetskravet kan oppsummeres slik:

⁵⁷ C-378/19, avsnitt 31–32.

⁵⁸ Artikkel 35 nr. 4.

⁵⁹ Jeg kommer tilbake til disse spørsmålene i kapittel 5.3.

Figur 1: Uavhengighetskravets struktur, med det overordnede uavhengighetskravet og de mer spesifikke forgreningene



2.2 Reguleringsmyndighetens oppgaver: Nasjonalt organ for regulering av et integrert kraftmarked

I artikkel 37 er det opplistet en lang rekke oppgaver som regulatoren *skal* utføre, og i artikkel 36 målene for regulatorarbeidet. Dette er *kompetansekravene*. Oppstillingen er svært detaljert, og fremstår langt på vei som en «oppskrift» på hvordan energimarkedet skal reguleres.

Reguleringsmyndighetens pliktige oppgaver etter direktivet kan i kortform beskrives som regulering av *kraftmarkedet* og aktørene der, med spesielt søkelys på regulering av det *Hammer* beskriver som nettets koordinerende funksjoner.⁶⁰ Nettets koordinerende funksjoner knytter seg til kraftnettet som rammen for kraftmarkedet og naturlig monopol, der reguleringen av den fysiske kraftflyten, adgangen til og betalingen (tariffingen) for bruk av kraftnettet står sentralt.⁶¹

De konkrete oppgavene regulatoren skal ha, skal utøves i samsvar med de relativt detaljerte målsetningene i artikkel 36. De mest iøynefallende av disse målene, er at regulatoren skal fremme det indre markedet for

⁶⁰ Hammer 1999, s. 31–32 og 45.

⁶¹ Hammer 1999, s. 31–32.

energi,⁶² og ha mål om å bygge ned restriksjoner og kapasitetsbegrensninger på utveksling av kraft.⁶³ Sett i sammenheng, skal regulatoren gjennom sine oppgaver utøvd etter disse formålene arbeide for et kraftmarked som er *fullstendig* og *reelt* integrert på tvers av landegrenser, i tråd med EUs tre pilarer for kraftpolitikken.⁶⁴

Her skal jeg gi en ikke-uttømmende oversikt over hvordan RMEs oppgaver etter direktivet er gjennomført i norsk rett. Derfor vil fremstillingen på dette punktet være relativt oppsummerende.⁶⁵

Innledningsvis kan det nevnes at direktivet ikke krever at avgjørelser om utbygging av produksjon, nettanlegg og utenlandskabler⁶⁶ skal avgjøres av den uavhengige reguleringsmyndigheten. Avgjørelser om konsesjoner, derunder hva som skal bygges, hvor, og med hvilken kapasitet, avgjøres fremdeles av NVE og departementet.⁶⁷ Dette skyldes at EU-retten som utgangspunkt ikke legger begrensninger på nasjonale myndigheters forvaltning av naturressursene, og i hvilken grad det skal åpnes for utbygging av produksjon og nettanlegg.⁶⁸

Direktivet stiller imidlertid enkelte begrensede *prosessuelle* krav til prosedyren for etablering av ny produksjonskapasitet, derunder at den skal følge objektive, gjennomsiktige og ikke-diskriminerende kriterier.⁶⁹

⁶² Bokstav a

⁶³ Bokstav c.

⁶⁴ Buschle/Jourdan-Andersen 2015, s. 774. Om de tre pilarene, se kapittel 2.3 i avhandlingen.

⁶⁵ Jeg kommer tilbake til hovedstrukturen i gjennomføringen i norsk rett av direktivets krav til hvilke oppgaver RME skal utføre i kapittel 4.3 og del 5.2.5.

⁶⁶ Se petitavsnitt ved fotnote 106–108.

⁶⁷ Se energiloven § 3-1 om anleggskonsesjon, § 3-2 om områdekonsesjon, og § 4-2 om utenlandsforbindelser.

⁶⁸ Dette følger i EU av TEUF artikkel 194 nr. 2, og kommer også tydelig frem i kapittel III om ny produksjonskapasitet i direktiv 2009/72/EF, som ikke legger noen plikter på medlemsstatene til å etablere ny produksjonskapasitet, og kun sier at det er «medlemsstaterne» som er ansvarlige for konsesjonsprosedyren. Artikkel 8 nr. 5 er illustrerende, når den sier at den ansvarlige myndigheten «kan være en regulerende myndighet som omhandlet i artikkel 35, stk. 1».

⁶⁹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 7 og 8.

Etter energiloven fører RME kontroll med overholdelsen av bestemmelser «der den er gitt myndighet etter loven».⁷⁰ I NEM-forskriften,⁷¹ systemansvarsforskriften⁷² og kontrollforskriften⁷³ er RME gitt en generell kontroll- og påleggsmyndighet.⁷⁴ Dette henger sammen med at mens energiloven også regulerer oppgaver som ligger utenfor RMEs arbeidsområde, regulerer disse forskriftene utelukkende energimarkedet, som er RMEs domene. Ved overtredelse av bestemmelser i forskriftene, og i loven der RME har kompetanse, kan RME trekke tilbake konsesjoner eller tillatelser,⁷⁵ og ilegge tvangsmulkt⁷⁶ eller overtredelsesgebyr.⁷⁷

I *utbyggingsfasen* har RME en sentral funksjon ved å sørge for tilknytning til nettet for aktører som har fått anleggs- eller nettkonsesjon. RME skal påse at aktører i transmisjons- og distribusjonsnettet oppfyller sin plikt til å knytte til ny produksjon⁷⁸ og nye uttakskunder,⁷⁹ og avgjøre tvister om kostnadsfordelingen mellom kunden og nettselskapet (anleggsbidrag⁸⁰ og klassifisering som produksjonsrelatert nett).⁸¹ RME skal også fastsette vilkår for tilgang til utenlandsforbindelser.⁸²

Ved *omsetning av energi* har RME ansvar for å gi konsesjon til omsetning av elektrisk kraft,⁸³ til drift av markedsplass for kraftomsetning

⁷⁰ Energiloven § 10-1 første avsnitt tredje setning. Jeg foretrekker de enklere begrepene «avsnitt» og «setning» fremfor «ledd» og «punktum», se Graver 2017.

⁷¹ § 8-1.

⁷² § 25.

⁷³ § 18-1.

⁷⁴ Jf. også de omfattende overvåkningsforpliktelsene i direktiv 2009/72/EF artikkel 37 nr. 1, og kravet om påleggs- og undersøkelsesmyndighet i bestemmelsens nr. 4 og nr. 14. Se ESA 2020, s. 3, der ESA etterspør om RME har tilstrekkelig vedtaksmyndighet.

⁷⁵ § 10-2.

⁷⁶ § 10-3

⁷⁷ Energiloven § 10-7 andre avsnitt, kontrollforskriften § 18-1a, systemansvarsforskriften § 26a, NEM § 8-3.

⁷⁸ Energiloven § 3-4a, jf. direktiv 2009/72/EF artikkel 32 nr. 2.

⁷⁹ Energiloven § 3-4, jf. direktiv 2009/72/EF artikkel 32 nr. 2.

⁸⁰ Kontrollforskriften § 16-1, jf. direktiv 2009/72/EF artikkel 37 nr. 6 bokstav a.

⁸¹ Kontrollforskriften § 17-1, jf. direktiv 2009/72/EF artikkel 37 nr. 6 bokstav a.

⁸² Energiloven § 4-2 fjerde avsnitt, NEM § 4-11, jf. direktiv 2009/72/EF artikkel 37 nr. 6 bokstav c.

⁸³ Energiloven § 4-1

(NordPool),⁸⁴ og sertifisering av transmisjonsnettsoperatør (Statnett).⁸⁵ En sentral del av RMEs regulering av kraftomsetningen, er ved fastsettelsen av nettselskapenes inntektsrammer.⁸⁶ Det er RME som fastsetter nettselskapenes årlige inntektsrammer.⁸⁷

RME har også en sentral *tilsynsrolle* i den tekniske driften av kraftsystemet og kraftflyten.⁸⁸ Det primære ansvaret for den daglige driften av kraftsystemet ligger hos Statnett som systemoperatør.⁸⁹ Systemansvarsforskriften legger betydelige rapporteringsplikter på den systemansvarlige overfor RME.⁹⁰ Hensikten bak disse pliktene er at RME skal kunne ivareta sin tilsynsfunksjon etter NEM §§ 6-2 og 8-1 og systemansvarsforskriften § 25, noe som også er en del av reguleringsmyndighetens oppgaver etter direktivet.⁹¹ RME har også rolle som overvåker av det finansielle kraftmarkedet, der markedsplassen (NordPool) har tilsvarende rapporteringsplikter.⁹² Videre fører RME kontroll med omsetningskonsesjonærene, som må rapportere inn inntekter og kostnader, slik at det kan bekreftes at disse brukes i samsvar med de fastsatte inntektsrammene.⁹³

RMEs rolle i *samarbeidet* mellom europeiske reguleringsmyndigheter er kanskje den som har fått størst politisk oppmerksomhet. Ved gjennomføringen av tredje energimarkedspakke ble RME tilsluttet EUs energibyrå ACER («Agency for the Cooperation of Energy Regulators»), men uten stemmerett.⁹⁴ RMEs plikt til å samarbeide med andre lands reguleringsmyndigheter og ACER følger av energiloven § 2-3 siste avsnitt, som sier at samarbeidet skal skje «i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser». De nærmere EØS-rettslige forpliktelsene følger av detal-

⁸⁴ Energiloven § 4-5

⁸⁵ Energiloven § 4-10, NEM § 7-1, jf. direktiv 2009/72/EF artikkel 10 nr. 4, jf. forordning (EF) nr. 714/2009 artikkel 3.

⁸⁶ For en nærmere fremstilling av inntektsrammereglene, se Bibow 2001.

⁸⁷ Kontrollforskriften § 7-2, jf. direktiv 2009/72/EF artikkel 37 nr. 1 bokstav a.

⁸⁸ Den overgripende hjemmelen for RMEs kontrollfunksjon følger av energiloven § 10-1.

⁸⁹ Mostuen 2018, s. 26 flg.

⁹⁰ Systemansvarsforskriften § 24.

⁹¹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 37 nr. 5.

⁹² NEM § 5-7.

⁹³ Kontrollforskriften § 2-1.

⁹⁴ Acer Rules of Procedure, artikkel 2.1.

jerte regler i forordningene 713/2009 og 714/2009. Disse er inkorporert i norsk rett ved forskrift.⁹⁵ I tillegg følger en generell samarbeidsplikt av artikkel 38 i elmarkedsdirektivet. Grunnprinsippene er at samarbeidet mellom regulatorer skal sikre integrasjonen i et fellesmarked for energi, og bygge ned hindre for grenseoverskridende kraftflyt.⁹⁶ For å sikre dette, er det gitt regler som skal stimulere til nedbygging av forskjeller mellom landene ved at flaskehalsinntekter som hovedregel skal brukes til å øke overføringskapasiteten,⁹⁷ og at reguleringsmyndighetene i berørte land kan bli enige om å gi mellomlandsforbindelser unntak fra sentrale konkurransefremmende bestemmelser. Reguleringsmyndighetene kan også bli enige om unntak fra regelen om bruk av flaskehalsinntekter.⁹⁸

Reguleringsmyndighetenes samarbeidsplikt har en side mot ACERs vedtakskompetanse. I tredje energimarkedspakke har ACER myndighet til å treffe vedtak overfor reguleringsmyndigheten i tekniske spørsmål,⁹⁹ dersom reguleringsmyndighetene ikke kommer til enighet om bruk av mellomlandsforbindelser,¹⁰⁰ og til å dispensere fra EU-rettslige regler om mellomlandsforbindelser.¹⁰¹ ACER har først og fremst en støttefunksjon til nasjonale reguleringsmyndigheter, og trer inn først om nasjonale reguleringsmyndigheter ikke kan komme til enighet.¹⁰² Systemet har blitt omtalt som en «regulatory triangle».¹⁰³ I EØS er den formelle vedtaksprosedyren at det er ESA som treffer vedtaket med virkning for RME i Norge, ikke ACER direkte.¹⁰⁴

⁹⁵ Henholdsvis forskrift 24. oktober 2019 nr. 1434, og forskrift 20. desember 2006 nr. 1536.

⁹⁶ Forordning 713/2009, særlig fortalens punkt 1 og 5 og direktiv 2009/72/EF artikkel 38 nr. 2 bokstav a.

⁹⁷ Forordning 714/2009 artikkel 16 nr. 5.

⁹⁸ Samme sted (*loc.cit.*).

⁹⁹ Forordning 713/2009, artikkel 7

¹⁰⁰ Forordning 713/2009, artikkel 8.

¹⁰¹ Forordning 713/2009, artikkel 9, jf. forordning 714/2009, artikkel 17 nr. 5.

¹⁰² Delvaux 2013, s. 58.

¹⁰³ Lavrijsen/Bordei 2012, s. 2, Larouche/Larouche 2006, s. 125–145.

¹⁰⁴ EØS-avtalen vedlegg IV, nr. 47, jf. EØS-komiteens beslutning 93/2017. Om mekanismen og konsekvensene den har for kontroll med ACERs avgjørelser, se Rama 2020.

ACERs myndighet til å treffe vedtak er utvidet i fjerde energimarkedspakke (ren energi-pakken) sammenlignet med tredje energimarkedspakke. Her har ACER fått utvidet kompetanse til å fastsette metoder og vilkår, blant annet for bruk av flaskehalsinntekter.¹⁰⁵

Ørebech synes å forutsette at RME kan treffe vedtak om at all kraft i ytterste konsekvens kan eksporteres i utenlandskabler.¹⁰⁶ Jeg er enig med *Bjørnebye* i at RMEs kompetanse klart ikke omfatter å ta avgjørelser om det skal bygges en ny utenlandskabel.¹⁰⁷ Det er heller ikke treffende at RME er et «underbruk av ACER» eller utøver myndighet «på vegne av ACER».¹⁰⁸ Selv om RME forholder seg til EU-retten, har ACER ingen styringsadgang overfor RME og dens myndighetsutøvelse, utenom de begrensede tilfellene nevnt over.

Oppsummeringsvis kan reguleringsmyndighetens oppgaver sammenfattes som håndhevelse av det rettslige rammeverket for tilrettelegging av kraftmarkedet – en *etterlevelseskontroll*.

Reguleringsmyndigheten bestemmer ikke over hvem som har markedsadgang i form av bygging av produksjon og nett, ut over å sørge for at markedsaktørene handler i henhold til markedsprinsippene. Det er først når det er gitt konsesjon og en aktør har trådt inn på markedet at RMEs rolle kommer i forgrunnen. Kontrollen med markedet blir sekundær til utbyggingen av nett og produksjon, som er NVE og departementets ansvar. Det gjør at gjennomføringen av sentrale deler av kraftpolitikken på overordnet nivå fremdeles styres politisk.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Forordning 2019/942 artikkel 4 nr. 4, jf. forordning 2019/943 artikkel 19 nr. 4.

¹⁰⁶ *Ørebech* 2018, s. 179.

¹⁰⁷ *Bjørnebye* 2019, s. 230, i og ved fotnote 65. Konsesjon til utenlandsforbindelser gis av departementet, jf. energiloven § 4-2.

¹⁰⁸ *Steinholt* 2021.

¹⁰⁹ Skillet mellom utføring/gjennomføring og etterlevelse er inspirert av det nederlandske innenriksdepartementets rapport *Minder last, meer effect – Zes principes van goed toezicht* (2005) (Mindre belastning, mer effekt – seks prinsipper for godt tilsyn), der det skilles mellom *nalevingstoezicht* (etterlevelsestilsyn) og *uitvoeringstoezicht* (utførelsestilsyn), se s. 14. Se også *Winter* 2013, s. 158.

2.3 Uavhengighetskravets politiske bakgrunn

2.3.1 Innledning

I dette underkapittelet skal jeg trekke perspektivet ett nivå opp, og belyse den politiske bakgrunnen for innføringen av et uavhengighetskrav. I de neste underkapitlene skal jeg si noe om den historiske utviklingen av uavhengighetskravet, og litt om uavhengige forvaltningsorganer i EU-retten og nasjonal rett, før jeg til slutt presenterer en teoretisk modell som uavhengighetskravet bygger på. De poengene jeg skal trekke frem i resten av kapittel 2, vil være nyttige ved den konkrete tolkningen og vurderingen av direktivets uavhengighetskrav.

2.3.2 Skillet mellom «jus» og «politikk»

Kravet om at medlemsstatene skal opprette en uavhengig reguleringsmyndighet for energi henger tett sammen med den gradvise liberaliseringen av energisektoren.¹¹⁰ EUs energipolitikk, som er grunnlaget for dagens fellesskapsenergirett, er basert på fem «dimensjoner»: forsyningssikkerhet, integrert kraftmarked, energieffektivisering, utslippskutt og forskning og innovasjon.¹¹¹ Det endelige målet er etableringen av en energiunion, med stor grad av kraftflyt over landegrensene, og minimale prisforskjeller for sluttbrukerne.¹¹²

Offentlig eierskap og monopol gjennom vertikal integrasjon av produksjon, omsetning og nettdrift i kraftforsyningen har en lang historie i mange europeiske land. Dette kan omtales som *plansystemet*.¹¹³ Den historiske organiseringen av kraftsektoren Norge er et eksempel på det.¹¹⁴ Som en del av fremveksten av markedsstaten skiftet også rollen

¹¹⁰ Kommisjonen 2019, s. 116.

¹¹¹ COM (2015) 080. Denne nye strategien må ses som en videreutvikling av de tidligere tre målsetningene for EUs energipolitikk: Liberalisert marked, bærekraft og forsyningssikkerhet. Se Delvaux 2013, s. 29 flg.

¹¹² COM (2015) 080 og Buschle/Jourdan-Andersen 2015, s. 774.

¹¹³ Hammer 1999, s. 62 og Wasenden 2007, s. 65–67.

¹¹⁴ Se kapittel 4.3.3.

til offentlige myndigheter karakter: Fra å ha vært *markedsaktør* skulle offentlige myndigheter ha en rolle som tilrettelegger og overvåker – en *regulator*.¹¹⁵ Staten skulle «styre», men ikke «ro»,¹¹⁶ og forvaltning skulle skilles fra forretning.¹¹⁷

Betydningen av energipolitikken, særlig en stabil og sikker kraftforsyning til lave priser, henger tett sammen med den generelle velstandsutviklingen.¹¹⁸ Norge har et av verdens høyeste strømforbruk per innbygger.¹¹⁹ Forsyningssikkerheten og strømprisene har derfor stor betydning for næringslivet, særlig såkalt kraftkrevende industri, og for enkeltmenneskenes velferd. Når tilgangen til energi blir dårlig, eller prisene høye, som under oljekrisen i 1973, eller høsten og vinteren 2021 i Norge, møtes ofte politikerne med krav om handling, noe som øker interessen for politiske inngrep.¹²⁰ I nyere tid har også omstilling til fornybar energi på grunn av klimaendringene blitt svært viktig for mange land, derunder flere europeiske land som fremdeles har en stor andel fossile energikilder.¹²¹ Det er derfor innlysende at nasjonale myndigheter har insentiver til å prioritere nasjonale interesser i kraftforsyningen på bekostning av målsetningen om et integrert europeisk energimarked.

At det kan være behov for en uavhengig reguleringsmyndighet som sørger for forutsigbar og upolitisk gjennomføring og håndheving av spillereglene for hvordan kraftmarkedet fungerer, er derfor forståelig. Kravet om en uavhengig reguleringsmyndighet skal sørge for at den tekniske regulatoriske virksomheten isoleres fra den daglige politiske virksomheten, og får økt troverdighet.¹²² Likevel ligger det en spenning mellom politiske

¹¹⁵ De Somer 2017, s. 30–31.

¹¹⁶ Osborne/Gaebler 1992, s. 25 flg.

¹¹⁷ Reitan 2014, s. 47.

¹¹⁸ St.meld. nr. 29 (1998–99), s. 15.

¹¹⁹ <https://www.ssb.no/energi-og-industri/artikler-og-publikasjoner/pa-verdenstoppen-i-bruk-av-strom>.

¹²⁰ McGowan 1989, s. 548 og Moestue 2021. Se også SVs nestleder Kirsti Bergstø i Dagsnytt 18 på NRK1 20. oktober 2021, der hun snakker om å ta «mer politisk kontroll over krafta». (08.25 av sendingen).

¹²¹ Statene er pålagt EU-rettslige forpliktelser til å redusere sine klimautslipp, se forordning 2018/1999, samt til å øke andelen fornybar energi, se fornybardirektivet (2018/2001).

¹²² Craig 2018, s. 152.

myndigheters rolle som tilrettelegger for kraftproduksjon og nettutbygging og fastsetter av overordnede mål for kraftpolitikken, og regulatorens rolle som «vaktbikkje» for å sikre at EU-kraftmarkedsrettens mål nås. Hva som naturlig er akseptabelt å unnta fra politisk kontroll, og hva som ikke er det, er ikke alltid klart. Et eksempel er den tyske regulatorens avslag på godkjenning som systemoperatør til det russiske selskapet bak gassrørledningen Nord Stream 2 i november 2021. Avgjørelsen var formelt begrunnet med en juridisk spissfindighet, nemlig at selskapet hadde sete i Sveits. Rørledningen er imidlertid politisk høykontroversiell. Mens den kan tilføre Europa mye russisk gass som reduserer strømprisene, er blant annet Ukraina, som roset avgjørelsen om avslag, bekymret for at et bortfall av Russlands behov for å skipe gass gjennom Ukraina vil gjøre det enklere for russerne å legge press i konflikten mellom landene.¹²³ Her får det som tilsynelatende er juridiske og tekniske regulatoravgjørelser stor geopolitisk betydning.

Å opprettholde klare skiller mellom jus og regelhåndhevelse på den ene siden og politikk og skjønnsutøvelse på den andre, er derfor vanskelig på energiområdet. Det er ikke gitt at skillelinjene er absolutte. Vide fullmakter og begrenset rettslig kontroll med reguleringsmyndighetens avgjørelser kan true legitimiteten av slike organer, mens en begrensnings av kompetansen kan hindre oppnåelsen av energipolitiske mål. Utfordringen er å sørge for et rettslig og institusjonelt rammeverk som sikrer balansen mellom disse hensynene.¹²⁴

2.4 Uavhengighetskravets historiske utvikling

2.4.1 Begynnelsen

Utviklingen av et europeisk fellesmarked for energi startet med vedtakelsen av Single European Act i 1986. Selv om denne traktaten ikke nevner energi uttrykkelig, uttrykker kommisjonsdokumentene til traktaten at opprettelsen av fellesmarkedet også skulle omfatte et integrert system for

¹²³ Solomon/Sheppard 2021.

¹²⁴ Se kapittel 3.

fri flyt av kraft over landegrensene.¹²⁵ Den konkrete planleggingen kom i gang i 1988. Dette kan ha hengt sammen med den samtidige utviklingen i Thatchers Storbritannia, der man på 80-tallet hadde påbegynt liberaliseringen av energimarkedet.¹²⁶

Utviklingen av kraftmarkedet i EU speiles langt på vei av en tilsvarende deregulering i Norge tilbake til vedtakelsen av energiloven av 1990, selv om reguleringsmyndighetens politiske uavhengighet ikke var tema i Norge før ved gjennomføringen av tredje energimarkedspakke.¹²⁷

Egne rettsakter i EU med nærmere regler for energimarkedet kom først i 1996 (første elektrisitetsdirektiv¹²⁸) og 1998 (første gassmarkedsdirektiv¹²⁹). Disse direktivene inneholdt kun forpliktelser til å utarbeide «passende og effektive mekanismer med henblik på regulering, kontroll og gennemsiktighet».¹³⁰ Dette kunne ikke forstås som krav om å utpeke en egen reguleringsmyndighet.¹³¹

Det første kravet om opprettelse av en reguleringsmyndighet med særskilte oppgaver kom i andre elektrisitetsdirektiv¹³² i den andre energimarkedspakken, som ble vedtatt på EU-nivå i 2003, og tatt inn i EØS-avtalen i 2005.¹³³ Her var det kun krav om at reguleringsmyndigheten skulle være uavhengig av aktører og interesser i kraftbransjen.¹³⁴ Direktivets krav var også et krav om «et eller flere kompetente organer» som reguleringsmyndighet. Regulatorfunksjonene kunne spres på flere hender, noe som også var tilfelle i Norge, der NVE og OED delte på regulatoroppavene.

¹²⁵ COM (88) 238, s. 2.

¹²⁶ Newbery 2005, s. 43–44.

¹²⁷ Om utviklingen av regulatorfunksjonen i Norge og drøftelsen av denne opp mot direktivets krav, se kapittel 4.3.

¹²⁸ Direktiv 96/92/EF.

¹²⁹ Direktiv 98/30/EF.

¹³⁰ Begge direktivers artikkel 22.

¹³¹ Kommisjonen 2019, s. 116.

¹³² Direktiv 2003/54/EF.

¹³³ EØS-komiteéns beslutning nr. 146/2005.

¹³⁴ Direktiv 2003/54/EF, art. 23 nr. 1. Se Cabau 2010, s. 217.

2.4.2 EU-kommisjonen innser at markedsåpning krever fullt uavhengig tilsyn

EU-kommisjonen mente imidlertid å kunne påvise at en vel så stor utfordring som uavhengighet fra markedsaktørene var at de nasjonale myndighetene i stor grad var integrerte i statsforvaltningen, og opererte ut fra politiske føringer i stedet for markeds- og konkurranseinteresser. Kommisjonen uttalte i forarbeidene til tredje pakke i januar 2007 at «the effectiveness of regulators is frequently constrained through a lack of independence from government and sufficient powers and discretion»¹³⁵ og «[t]here is evidence that both TSOs and regulators tend to be over-oriented to short-term national concerns rather than pro-actively trying to develop integrated markets».¹³⁶

I sitt notat viste kommisjonen til at myndighetene i flere land utøvde sterk politisk kontroll med sine reguleringsmyndigheter, mens andre land hadde reguleringsmyndigheter som traff vedtak i større grad ut fra målsetningen om et integrert indre marked.¹³⁷ Reguleringsmyndighetene hadde for eksempel i flere tilfeller ikke tilstrekkelig grad av egen styring med fastsettelsen av tariffen, noe som var til hinder for konkurransen og utviklingen av markedet.¹³⁸

Dette ledet frem til at direktivet i tredje pakke fikk det strengere uavhengighetskravet. Det er altså først med vedtakelsen av det tredje elektrisitetsdirektivet og gjennomføringen av det i norsk rett at den norske reguleringsmyndigheten har blitt møtt med krav om organisatorisk og funksjonell uavhengighet av andre offentlige myndigheter.¹³⁹ Med dette mer vidtgående uavhengighetskravet ble også *organiseringen* av forvaltningshierarkiet regulert på EU-nivå, ikke bare *funksjonsfordelingen*.¹⁴⁰

¹³⁵ COM (2006) 841, avsnitt 2.2.1.

¹³⁶ Samme verk (*op.cit.*), avsnitt 1.4.

¹³⁷ Samme verk, s. 12–13.

¹³⁸ Samme sted. Problemene består i stor grad fremdeles, jf. Kommisjonen 2019, s. 167. Se også ERRA 2015, s. 62, som i en studie av 26 reguleringsmyndigheter i og utenfor EU slår fast at 25 av de har for stor grad av politisk innblanding til å kunne garantere full uavhengighet.

¹³⁹ De Somer 2017, s. 43.

¹⁴⁰ Nesdam 2007, s. 99.

2.5 Uavhengighetskrav som EU-rettslig fenomen

Hovedregelen i EU- og EØS-retten har tradisjonelt vært at det er de ordinære nasjonale forvaltningsorganene som har ansvar for gjennomføringen av EU-retten, og at organiseringen av den nasjonale forvaltningen er overlatt til statene.¹⁴¹ I Lisboa-traktaten følger dette av artikkel 4 nr. 2, som pålegger EU å respektere medlemsstatenes nasjonale rettsorden og forvaltningsrettslige autonomi. Bestemmelsen har ikke noe motstykke i EØS-avtalen. Homogenitetsmålsetningen, og det faktum at primær- og sekundærrettens utforming langt på vei er lik i EU og EØS, tilsier at det samme må gjelde i EØS-området.¹⁴² Kravet om en uavhengig reguleringsmyndighet representerer et unntak fra dette utgangspunktet.

I tråd med at forvaltningsorganiseringen som utgangspunkt er medlemsstatenes oppgave, overlater uavhengighetskravet en ikke ubetydelig skjønnsfrihet til medlemsstatene ved gjennomføringen.¹⁴³ Det overordnede begrepet om «uavhengighet» er det sentrale, og det er et relativt vagt begrep. Reglene er gitt i direktivs form, der TEUF sier at det ligger «til de nasjonale myndigheter at bestemme form og midler for gjennomføringen».¹⁴⁴ Skjønnets ved gjennomføringen har imidlertid grenser; EU-domstolen har uttalt at medlemsstatene er forpliktet til å «træffe alle foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktivet full virkning i overensstemmelse med dets formål».¹⁴⁵

Nasjonale myndigheter har en plikt etter EU- og EØS-retten til å lojalt og effektivt gjennomføre EU-rettslig regelverk. I EØS-avtalen følger lojalitetsplikten av EØS artikkel 3, og kan deles i tre: En *tiltaksplikt* (første avsnitt), en *avståelsesplikt* fra tiltak som hindrer EØS-avtalens målsetninger (andre avsnitt) og en *samarbeidsplikt* (tredje avsnitt).¹⁴⁶ Pliktene gjelder ikke bare gjennomføringen av uavhengighetskravet, men betyr

¹⁴¹ Forente saker 51–54/71, se Fenger 1996, s. 144–145 og Fenger 2004, s. 205.

¹⁴² Se Sejersted m.fl. 2011, s. 74 og Eriksen/Fredriksen 2019, s. 47.

¹⁴³ Nærmere om de metodiske følgene dette har for tolkningen av uavhengighetskravet, se i kapittel 3.2.2.

¹⁴⁴ TEUF artikkel 288. Se også EØS artikkel 7 bokstav b.

¹⁴⁵ C-378/19, avsnitt 37. Se også Sejersted m.fl. 2011, s. 196.

¹⁴⁶ Franklin 2018, s. 186–189.

også at statene er forpliktet til å følge de materielle kraftmarkedsreglene uavhengig av forvaltningsorganiseringen. Bryter man kraftmarkedsreglene, kan det håndheves av kommisjonen eller ESA. Det gjør at man kan spørre seg om særskilte uavhengige nasjonale håndhevelsesorganer egentlig er nødvendige.

EU har imidlertid ment at det generelle kravet om lojal gjennomføring av de materielle reglene er utilstrekkelig for å skape trygghet for markedsaktørene og nå effektiv markedsintegrasjon på grunn av de sterke politiske interessene statene har på energiområdet,¹⁴⁷ og at det derfor kreves en uavhengig reguleringsmyndighet.

Energisektoren er imidlertid ikke den eneste sektoren med et EU-rettslig krav om uavhengige tilsynsmyndigheter. Uavhengige institusjoner er et sentralt EU-rettslig virkemiddel for å unngå sammenblanding av nasjonale interesser med fellesskapsinteresser, og slike krav stilles i tiltakende grad.¹⁴⁸ Jeg skal nå gi en kort oversikt over andre områder der EU har stilt slike krav. Oversikten er av relevans for avhandlingen både for å vise at kravet i energisektoren må sees som ledd i en større EU-rettslig utvikling, og fordi uavhengighetskrav på andre sektorer og tilknyttet rettspraksis kan være relevante ved tolkningen av energisektorens krav.¹⁴⁹ Målet er ikke å gi noen fullstendig oversikt over alle områder med krav om uavhengige forvaltningsorganer.¹⁵⁰

Alexiadis og Pereira Neto peker på at utviklingen av uavhengige nasjonale regulatoriske organer i EU har vært ledet av den britiske modellen som ble utviklet rundt 1990.¹⁵¹ Utviklingen i retning av krav om uavhengige forvaltningsorganer minner i stor grad om en utvikling i retning av den amerikanske forvaltningsorganiseringen.¹⁵² I amerikansk rett er det lang tradisjon, tilbake til vedtakelsen av Interstate Commerce

¹⁴⁷ Se kapittel 2.3.2, 2.5 og 2.8.

¹⁴⁸ Alexiadis/Pereira Neto 2019a, s. 51.

¹⁴⁹ Se særlig kapittel 2.6.

¹⁵⁰ «Funktionelt uafhængig» gir for eksempel treff i 21 rettsakter i Lovdata (17. november 2021).

¹⁵¹ Samme sted.

¹⁵² Ludwigs 2011, s. 41 flg.

Act i 1887, for at underordnede forvaltningsorganer (såkalte «agencies») er fullt ut uavhengige av overordnede politiske myndigheter.¹⁵³

Siden 1990-tallet har EU på stadig flere felter stilt stadig strengere krav til nasjonale forvaltningsorganers uavhengighet. Dette kan omtales som en *europæisering av forvaltningsorganiseringen*,¹⁵⁴ men kanskje også – om man tar i betraktning den fremtredende jurisdiksjonen der uavhengige forvaltningsorganer har lang tradisjon – en *amerikanisering*.¹⁵⁵ Utgangspunktet om medlemsstatenes forvaltningsrettslige autonomi blir med andre ord mer og mer som en sveitserost, med en mengde «hull».¹⁵⁶

Den første sektoren der EU innførte krav om en separat, uavhengig nasjonal reguleringsmyndighet, var *personvernfeltet*, i personverndirektivet av 1995.¹⁵⁷ Begrunnelsen for innføringen av et uavhengighetskrav på dette området, var ikke beskyttelsen av det frie, integrerte markedet, men anerkjennelsen av at staten i mange tilfeller har en interesse i å vite mest mulig om befolkningen for en rekke formål. Disse interessene kommer raskt i konflikt med den grunnleggende retten til respekt for personopplysninger, som fremhevet i punktene 1-4 i fortalen til GDPR.¹⁵⁸ Kravet om uavhengige personvernmyndigheter følger også direkte av primærretten i EU, noe som ikke er tilfelle i andre sektorer.¹⁵⁹

Cirka på samme tid som innføringen av begrensede uavhengighetskrav i andre energimarkedspakke, var telekommunikasjonssektoren først ute med å stille et markedskontrollbegrunnet krav om en reguleringsmyndighet som var organisatorisk og funksjonelt uavhengig av nasjonale

¹⁵³ Miller 1986, s. 41–42.

¹⁵⁴ De Somer 2012.

¹⁵⁵ Ludwigs 2011 peker på likhetene mellom EU-rettens krav og amerikanske «independent agencies».

¹⁵⁶ Egeberg/Trondal 2014, s. 48. Annerledes, men antakelig påvirket av at utviklingen på dette tidspunktet ikke hadde kommet like langt, Fenger 2004, s. 205.

¹⁵⁷ Direktiv 95/46/EF, artikkel 28 nr. 1. Se Alexiadis/Pereira Neto 2019a, s. 65.

¹⁵⁸ Forordning 2016/679.

¹⁵⁹ TEUF artikkel 16 nr. 3 og Charteret artikkel 8 nr. 3. Kravet kom inn i primærretten med virkning fra 1. januar 1999, jf. TEF artikkel 286.

myndigheter, i rammedirektivet av 2002,¹⁶⁰ og senere i bredbåndsdirektivet av 2014.¹⁶¹ Dette kravet har ledet til traktatsbruddsprosedyrer fra EU-kommisjonen mot en lang rekke medlemsstater.¹⁶² Kravet om en uavhengig nasjonal reguleringsmyndighet ble videreført i ekomdirektivet av 2018,¹⁶³ som per november 2021 ennå ikke er gjennomført i EØS-avtalen, men er ansett EØS-relevant.¹⁶⁴

En tredje sektor som må nevnes er *jernbanesektoren*. Tredje jernbanepakke med direktiv 2012/34/EU etablerer et integrert europeisk jernbaneområde, der jernbanevirksomheten er liberalisert og skilt ut fra politisk kontroll. Direktivet inneholder en bestemmelse som er tilnærmet helt lik den vi kjenner fra energi- og telekommunikasjonssektoren.¹⁶⁵

Direktivet er ennå ikke gjennomført i EØS-avtalen, og heller ikke fjerde jernbanepakke.¹⁶⁶ Dette skyldes politisk og juridisk strid¹⁶⁷ om at jernbanebyrået ERA¹⁶⁸ er gitt myndighet til å treffe visse vedtak med direkte virkning i Norge.¹⁶⁹ Høyesterett avgå i mars 2021 en betenkning som åpner for at Grl. § 26 kan benyttes.¹⁷⁰ Kravet

¹⁶⁰ Direktiv 2002/21/EF artikkel 3, gjennomført i norsk rett ved at teleloven § 8-1 femte avsnitt andre setning ble videreført i ekomloven § 10-2, som sier at Post- og teletilsynet (nå Nkom) ikke kan «instrueres, verken generelt eller vedrørende den enkelte sak», men kun begrenset til enkelte paragrafer. Uavhengighetskravet er ikke nærmere drøftet i forarbeidene (Ot.prp. nr. 58 (2002–2003)), slik at det ser ut til å ha vært lagt til grunn at norsk rett oppfylte EU-rettens krav på dette punktet. Innføringen i teleloven av den uavhengige stillingen ble begrunnet med «bl.a. Norges forpliktelser etter EØS-avtalen», se Ot.prp. nr. 31 (1997–1998), s. 7. Dette er noe overraskende, ettersom det ikke er vist til noen nærmere bestemmelser i EØS-avtalen, og det neppe foreligger krav til opprettelsen av uavhengige *forvaltningsorganer* utover det sekundærretten oppstiller. Oppgavens avgrensning gir ikke grunnlag for en nærmere drøftelse av om Nkom er organisert i henhold til EU-rettens krav.

¹⁶¹ Direktiv 2014/61/EU artikkel 10.

¹⁶² Alexiadis/Pereira Neto 2019a, s. 60 og s. 70–71.

¹⁶³ Direktiv 2018/1972, artikkel 8.

¹⁶⁴ EØS-notat 30. oktober 2019.

¹⁶⁵ Artikkel 55.

¹⁶⁶ Forordningene 2016/796, 797, 798 og 2338, og direktiv 2016/2370.

¹⁶⁷ *Rettslig* er spørsmålet om Stortinget må benytte prosedyren i Grunnloven § 115, med krav om ¾ flertall. Spørsmålet er imidlertid sterkt preget av dagens politiske landskap, der et kvalifisert mindretall på Stortinget er skeptiske til EUs innflytelse i Norge.

¹⁶⁸ European Union Agency for Railways.

¹⁶⁹ Forordning 2016/796, artikkelene 14 og 20–22.

¹⁷⁰ HR-2021-655-P.

om uavhengig tilsynsmyndighet er imidlertid gjennomført ved siden av andre av direktivets regler, jf. jernbaneloven § 11 b andre avsnitt.¹⁷¹

En siste type av organer som må nevnes, er de sektorovergripende nasjonale konkurransemyndighetene, der de samme hensynene som for energisektoren og de andre sektorene som er nevnt over gjør seg gjeldende. Likevel inneholder ikke den gjeldende konkurranseforordningen¹⁷² i EØS noen uttrykkelig uavhengighetsplikt, ut over at artikkel 35 fastsetter at medlemsstatene «udpeger den (de) konkurransemyndighet(er), der skal have kompetence til at anvende traktatens artikkel 81 og 82¹⁷³ på en sådan måte, at bestemmelserne i denne forordning efterkommes effektivt». Dette førte til en bekymring hos kommisjonen for at uavhengigheten ikke var godt nok sikret.¹⁷⁴ ECN+-direktivet¹⁷⁵ har derfor en uttrykkelig bestemmelse¹⁷⁶ med et lignende innhold som elektrisitetsdirektivets, likevel uten krav om organisatorisk uavhengighet.¹⁷⁷

Direktivet er for tiden til behandling for gjennomføring i EØS-avtalen,¹⁷⁸ men Konkurransetilsynet er allerede i dagens lov gjort uavhengig.¹⁷⁹ Departementet uttaler imidlertid i EØS-notatet at det vil være behov for «endringer i konkurranseloven og EØS-konkurranseloven», uten at dette spesifiseres nærmere.¹⁸⁰

2.6 Et sektorovergripende uavhengighetsbegrep?

Et sentralt metodisk spørsmål er om uavhengige forvaltningsorganer som et EU-rettslig krav på stadig flere sektorer gjør at uavhengighetskravene

¹⁷¹ Prop. 8 L (2016–2017), s. 5.

¹⁷² Forordning 1/2003.

¹⁷³ Nå artikkel 101 og 102 i TEUF. Artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen.

¹⁷⁴ Alexiadis/Pereira Neto 2019a, s. 56.

¹⁷⁵ Direktiv 2019/1.

¹⁷⁶ Artikkel 4.

¹⁷⁷ Sześciło 2021, s. 199.

¹⁷⁸ EØS-notat 9. juni 2020.

¹⁷⁹ Konkurranseloven § 8 andre avsnitt.

¹⁸⁰ EØS-notat 9. juni 2020.

på flere ulike sektorer må gis likt rettslig innhold. Dette har for det første betydning ved tolkningen av uavhengighetskravene, derunder om man kan legge vekt på rettspraksis om kravene på én sektor ved spørsmål om innholdet i kravet på en annen sektor. For det andre kan den praktiske gjennomføringsprosessen i nasjonal rett da også forenkles ved at man bruker reguleringsmyndighetene på andre sektorer som modell.

Om man sammenligner de ulike sektorene, er personvernsektoren den sektoren med det strengeste uavhengighetskravet ut fra *ordlyden* i bestemmelsene som krever uavhengighet. GDPR artikkel 52 sier at reguleringsmyndigheten (Datatilsynet i Norge) skal operere i «full uafhængighed». Noe krav om «full» – fullstendig – uavhengighet finnes ikke i elektrisitetsdirektivet. Dette har gjort at *Ottow* har beskrevet personvernsektoren som underlagt et «high level of protection of independence», mens energi- og telekomsektoren er underlagt et «medium level».¹⁸¹ Nyere rettspraksis fra EU-domstolen viser imidlertid at domstolen legger en vidtgående forståelse av uavhengighetsbegrepet til grunn også i energi- og telekomsektorene.¹⁸² EU-domstolen har også vist til dommer som omhandler krav på personvernfeltet, uten å legge til grunn at det er forskjell i rekkevidden til uavhengighetskravet i ulike sektorer.¹⁸³ I rettspraksis og litteratur er det også ofte vist til dommer om domstolenes uavhengighet også på forvaltningsorganenes område.¹⁸⁴

Dette gjør at man kan stille spørsmål ved om uavhengighetsbegrepet er sektorovergrepene, med samme rekkevidde på alle sektorene med uttrykkelig krav om uavhengighet. Etter mitt syn er svaret på det langt på vei bekræftende. EU-domstolens metodiske fremgangsmåte viser en tendens der praksis om uavhengighetskravet i én sektor tillegges vekt også på andre sektorer. For eksempel henviser dommer på energiområdet til dommer på telekomområdet.¹⁸⁵ Det er også her bestemmelsene er likest i

¹⁸¹ Ottow 2013, s. 155.

¹⁸² Særlig C-718/18.

¹⁸³ Se C-718/18, avsnitt 125–127, med henvisninger til C-518/07.

¹⁸⁴ C-378/19, avsnitt 32, C-530/16, avsnitt 67, Winter 2013, s. 159 og Rizzuto 2021, s. 68 og 71–72.

¹⁸⁵ For eksempel C-378/19 som viser til C-424/15.

utforming og rekkevidde etter ordlyden.¹⁸⁶ Mer interessant er det at EU-domstolen i C-378/19 tar utgangspunkt i et krav om uavhengigheten til «offentlige organer» generelt, og viser til en dom om kravet til *domstolenes* uavhengighet.¹⁸⁷ Dette kan tyde på en utvikling i retning av et generelt, sektorovergripende uavhengighetsbegrep i EU-retten. Dette er også noe *Rizzuto* tar til orde for i juridisk teori – nemlig at det nå finnes et enhetlig, autonomt uavhengighetsbegrep i EU-retten med generell anvendelse.¹⁸⁸

Etter mitt syn kan imidlertid en slik generalisering også ha negative sider. Hver bestemmelse må fremdeles tolkes for seg, og det kan være nyanseforskjeller i hvor vidtgående uavhengighet som kreves, selv om EU-domstolen til en viss grad ser krav i ulike sektorer i sammenheng. Sektorene der det stilles uavhengighetskrav er som vi ser over svært forskjellige, og uavhengighetskravet kan hvile på forskjellige hensyn. For eksempel på personvernfeltet er uavhengighetskravet etter ordlyden i GDPR strengere, og har sterkere rettslig forankring direkte i EU-traktaten.

Utviklingen i rettspraksis går likevel i retning av et mer enhetlig begrep, slik at gradforskjeller ikke er til hinder for at man tar utgangspunkt i den samme generelle uavhengighetsformuleringen, men med øye for nyanseforskjellene i rettsaktene. Særlig gjelder dette i sektorer der uavhengighetskravet har en lignende begrunnelse, som elektrisitet og telekom. En slik tilnærming skaper også sammenheng og enklere strukturer i rettsanvendelsen.¹⁸⁹ Samtidig bygger uavhengighetskravene langt på vei på de samme hensynene.¹⁹⁰ Det gjør at det antakelig skal mindre til for å gi en avgjørelse på ett felt rettskildemessig vekt også på et annet, selv om bestemmelsenes utforming skulle ha visse ulikheter.¹⁹¹ Vi kan snakke om en analogisk anvendelse av uavhengighetsbegrepet

¹⁸⁶ Ottow 2013, s. 155.

¹⁸⁷ C-530/16.

¹⁸⁸ Rizzuto 2021, s. 75.

¹⁸⁹ Jf. det metodiske prinsippet om en systemorientert tolkning, se kapittel 1.2.

¹⁹⁰ Som redegjort for i kapittel 2.3.2, 2.4 og 2.5.

¹⁹¹ Se Cabau 2021, s. 238 i note 260, som viser til at rettspraksis om andre uavhengighetskrav er av relevans ved tolkningen av det energirettslige uavhengighetskravet.

med visse trekk av et domstolsskapt rettsprinsipp. Slik *Langenbacher* har fremhevet, er dette ikke fremmed i EU-retten.¹⁹²

2.7 Uavhengige forvaltningsorganer i norsk rett – og møtet med EU-retten

Jeg skal her gi en kort redegjørelse for uavhengige forvaltningsorganer i nasjonal norsk rett. Formålet med dette kapittelet er for det første å få frem at EU-retten uavhengighetskrav må være i samsvar med eventuelle grenser i Grunnloven for opprettelsen av slike organer.¹⁹³ For det andre vil måten nasjonal rett regulerer forholdet mellom forvaltningsorganer kunne ha betydning for spørsmålet om EU-retten uavhengighetskrav er oppfylt.¹⁹⁴ For det tredje er det nyttig å holde organer som er uavhengige på grunnlag av EU-rettslige krav og de som er uavhengige etter en ren internrettslig vurdering opp mot hverandre. De har rettslig relevante karakterforskjeller, men også visse likheter som kan gi større grunn til å akseptere slike EU-rettslige organer i et rettspolitisk perspektiv.

Det er i norsk forvaltningsrett lang historie – også uavhengig av EØS-rettens krav – for å opprette såkalte uavhengige forvaltningsorganer. Selv om Grunnloven § 3 sier at den utøvende makt er hos Kongen, har bestemmelsen blitt forstått slik at den ikke begrenser Stortingets mulighet til å ved lov bestemme at et forvaltningsorgan skal være uavhengig av den øvrige forvaltningen.¹⁹⁵

Det rettslige grunnlaget for denne tolkningen må sies å finnes i Stortingets faste praksis, som må tillegges stor vekt på statsforfatningsrettens område. Høyesterett viser i plenumsbetenkningen i HR-2021-655-P til «alminnelig juridisk metodelære», og at det «[h]er er ... vanlig å legge vekt på etablert praksis».¹⁹⁶ Denne helt generelle uttalelsen tar neppe helt opp i seg at myndighetspraksis, i dette tilfellet Stortingets, har en helt særlig stilling på statsforfatningsrettens område, særlig i

¹⁹² Langenbacher 1998, særlig s. 514 flg.

¹⁹³ EØS-loven § 2 har ikke forrang foran Grunnloven, jf. Sejersted m.fl. 2011, s. 269–270.

¹⁹⁴ Se særlig sammenligningen med Sverige i kapittel 4.3.7.

¹⁹⁵ NOU 2019: 5, s. 510, Stavang 1999, s. 221 og Smith 2002, s. 512.

¹⁹⁶ Betenkningens avsnitt 3.10.

spørsmål om statsorganenes kompetanse.¹⁹⁷ For det andre er selvsagt ikke Stortingets praksis avgjørende alene ved tolkningen av Grunnloven, heller ikke på dette området, men må tillegges vekt sammen med blant annet grunnlovsbestemmelsenes ordlyd og lovens system.¹⁹⁸ Ved tolkningen av Grunnloven § 3 tilsier imidlertid ingen andre rettskilder at det ikke er hjemmel til å opprette uavhengige forvaltningsorganer.

Det er derfor neppe grunn til å stille spørsmål ved om opprettelsen av RME og andre uavhengige forvaltningsorganer har tilstrekkelig hjemmel i norsk rett. Fra norsk retts synsvinkel er RME et ordinært uavhengig forvaltningsorgan.

Mens man har hatt direktorater til å ta seg av de mer faglige, ikke-politiske oppgavene som underlagt departementene helt tilbake til 1814,¹⁹⁹ ble det første prinsipielle initiativet til uavhengige forvaltningsorganer først tatt kort tid etter avslutningen av annen verdenskrig, etter inspirasjon fra forvaltningsorganiseringen i Sverige.²⁰⁰ Til å begynne med var begrunnelsen først og fremst å avlaste departementenes stadig større arbeidsmengde.²⁰¹

Etter hvert som forvaltningsapparatet vokste, har stadig flere organer fått en mer eller mindre uavhengig status. *Grønlie* peker på at begrensning i instruksjonsadgangen er «et sentralt utviklingstrekk i forvaltningspolitikken».²⁰² Difi registrerte i 2012 at for ca. 90–100 (av 200) forvaltningsorganer var den politiske ledelsens inngrepsmuligheter på en eller annen måte begrenset, mens 24 hadde formell uavhengighet.²⁰³ For de fleste forvaltningsorganene var begrunnelsen å *tilrettelegge* for at politiske myndigheter skulle konsentrere seg mer om politikk.²⁰⁴ For andre organer, som påtalemyndigheten,²⁰⁵ Utlendingsnemnda²⁰⁶ og

¹⁹⁷ Sejersted 2002, s. 65–66 og Høgberg B.M. 2016, s. 82.

¹⁹⁸ Eriksen/Holmøyvik 2021, avsnittet «Høgsterettspraksis = rett».

¹⁹⁹ Direktoratetsboka 1993, s. 22.

²⁰⁰ Grønlie 2009a, s. 164, som også viser til at den norske løsningen kan kalles «delt», i motsetning til den frittstående svenske og mer avhengige danske. Se også kapittel 4.3.7.

²⁰¹ St. prp. nr. 121 for 1955, s. 5 og Grønlie 2009a, s. 174.

²⁰² Difi-rapport 2012:7, s. 11 og Grønlie 2009b, s. 329.

²⁰³ Difi-rapport 2012:7, s. 2.

²⁰⁴ Samme verk, s. 11.

²⁰⁵ Påtalemyndighetens uavhengighet ble formalisert i straffeprosessloven § 55 i 2019.

²⁰⁶ Utlendingsloven § 76 andre avsnitt og § 77.

domstolene,²⁰⁷ var begrunnelsen imidlertid den stikk motsatte: Det var ønskelig å *verne* enkeltindividene mot politisk begrunnede avgjørelser. Felles for begge typene var at de faglige og/eller juridiske vurderingene skulle være avgjørende alene.²⁰⁸

Mange forvaltningsorganer har kun en begrenset uavhengighet. De kan sies å være *delvis* uavhengige. Det kan argumenteres for at dette er den tradisjonelle norske modellen: Mens den svenske baserer seg på helt uavhengige forvaltningsorganer som ikke svarer til departementet overheadet, er direktorater og andre organer etter tradisjonell dansk ordning en integrert del av departementsapparatet.²⁰⁹ I Norge har imidlertid en blanding av at enkelte kontrollfunksjoner er i behold, sammen med en viss grad av uavhengighet, tradisjonelt vært normen.²¹⁰ Mange organer kan for eksempel være uavhengige ved skjønnsutøvelsen i konkrete saker, mens departementet har adgang til å gi instruksjoner av mer generell karakter, eller om saksbehandlingen, og omgjøre vedtaket.²¹¹ Den reelle uavhengigheten til mange norske forvaltningsorganer fremstår derfor som relativt uavklart.²¹²

Kraftsektoren har i Norge tradisjonelt vært underlagt sterk politisk styring, og vært ansett av stor betydning både privat- og bedriftsøkonomisk og geopolitisk,²¹³ uten å treffe avgjørelser som griper særlig inn i enkeltindividenes rettssikkerhet. Det er derfor forståelig at uavhengighet for energimyndighetene i Norge ikke er noe man har diskutert på eget initiativ. Markedsintegrasjon er i sammenligning med de grunnene som tradisjonelt har begrunnet en uavhengig stilling for forvaltningsorganer i Norge, en ganske fremmed begrunnelse for uavhengighet.²¹⁴ Dette gjelder særlig når en del av begrunnelsen er en anerkjennelse av at nasjonalpolitiske hensyn kan spille inn ved markedsreguleringen, og at uavhengig-

²⁰⁷ Grunnloven § 95.

²⁰⁸ Difi-rapport 2012:7, s. 11.

²⁰⁹ Grønlie 2009a, s. 174.

²¹⁰ Samme sted.

²¹¹ Eckhoff/Smith 2018, s. 157.

²¹² Difi-rapport 2012:7, s. 43–44.

²¹³ Hammer 1999, s. 91–92.

²¹⁴ Se kapittel 2.3.2, 2.4 og 2.5.

hetskravet er ment som virkemiddel for å *unngå* nettopp for sterk politisk styring. I Forvaltningslovutvalgets utredning uttales det at det «generelt bør utvises tilbakeholdenhet med å opprette uavhengige organer».²¹⁵ Dette fører norsk tankegang unektelig inn i et spenningsforhold med EU-retten, der utviklingen går i en føderalisert retning med nasjonale forvaltningsmyndigheter som en nærmest desentralisert EU-forvaltning, uavhengig av det ordinære nasjonale forvaltningshierarkiet.²¹⁶

En annen i EU-rettslig kontekst, er at den «norske» modellen for organisering av forvaltningen tradisjonelt har basert seg på en blanding der forvaltningsorganene er uavhengige for noen formål, men også underlagt politisk styring for visse funksjoner. Utfordringen oppstår når man antar at den norske modellen uten videre oppfylder EU-rettens krav. Den norske forvaltningsorganiseringen har i liten grad vært preget av overordnede krav eller prinsipiell tenkning om «hvor» uavhengige organene skal være, annet enn hva som har vært ansett hensiktsmessig. Slik sett innebærer de EU-rettslige kravene en form for rettslige krav som er relativt fremmede fra en norskrettslig synsvinkel. Dette både krever særlig nøyaktighet ved gjennomføringen av dem, og gir en risiko for feilimplementering, fordi det ikke er gitt at de EU-rettslige kravene samsvarer med det tradisjonelle norske synet på forvaltningsorganers uavhengighet.

2.8 Uavhengighetskravets teoretiske forankring: Principal-agent-teorien

Uavhengighetskravet er som nevnt over ment å være et middel for å sikre at regulatoroppgavene utøves uten innflytelse fra politiske myndigheter. For å kunne begrunne et uavhengighetskrav,²¹⁷ og kunne forstå fullt ut *hvordan* forholdet mellom overordnede og underordnede organer funge-

²¹⁵ NOU 2019: 5, s. 520.

²¹⁶ Lanceiro 2018, s. 81–82.

²¹⁷ Se Hancher/Larouche 2011, s. 774, som trekker frem behovet for en teoretisk begrunnelse for uavhengighetskravet.

rer der politiske myndigheter kan tenkes å ville utøve sin innflytelse, er det nyttig å se hen til det som i litteraturen kalles *principal-agent-teorien*.

Teorien har sin bakgrunn i samfunnsøkonomien og statsvitenskapen, der den har blitt brukt for å forklare forholdet mellom en overordnet aktør og en underordnet som handler på den overordnedes vegne.²¹⁸ I korte trekk går teorien ut på at der det eksisterer et underordningsforhold, vil forholdet mellom det overordnede og underordnede organet preges av at det underordnede organet vil få en informasjonsfordel som den overordnede vil ønske å ta del i.²¹⁹ Samtidig kan utskillelsen av det underordnede organet lede til en bekymring for at den underordnede ikke vil følge samme mål og praksis som det overordnede ønsker.²²⁰ Dette kalles det såkalte «principal-agent problem», der den overordnede, typisk gjennom bevisst eller ubevisst bruk av positive og negative insentiver, prøver å få den underordnede til å handle i henhold til den overordnedes ønsker. I nyere tid har teorien – særlig i USA – også blitt anvendt i juridisk forskning for å studere det rettslige forholdet innad i forvaltningshierarkiet.²²¹

Fremveksten av uavhengige forvaltningsorganer må forstås på bakgrunn av ønsket om å *motvirke* at den overordnede søker å utøve slik innflytelse over den underordnede. De sektorene der EU har innført uavhengighetskrav,²²² må sees i lys av at dette er sektorer der statene tradisjonelt har hatt sterke nasjonale interesser i sektorreguleringen som kan komme i konflikt med markedsinteressene som EU-lovgivningen er ment å ivareta.²²³ Poenget er da at reguleringsmyndigheten skal opptre uavhengig av politisk påvirkning, og treffe sine avgjørelser med bruk av faglig-juridisk ekspertise, og ikke på bakgrunn av politikernes instruks.²²⁴ *De Somer* oppsummerer treffende at reguleringsmyndigheten skal være en «agent of EU law», og ikke av nasjonale politiske myndigheter.²²⁵

²¹⁸ Maggetti/Papadopoulos 2018, s. 172–173.

²¹⁹ Stephenson 2006, s. 1043.

²²⁰ Samme sted.

²²¹ Walker 2015, særlig s. 1000–1001.

²²² Se kapittel 2.5.

²²³ Se kapittel 2.3.2.

²²⁴ Kommisjonen 2010 s. 6, Gilardi 2008, s. 28–30 og De Somer 2017, s. 7 og s. 99–100.

²²⁵ De Somer 2018.

På denne måten er uavhengighetskravet også ment å bidra til en *motstandsdyktighet*: Et organ som «danser etter myndighetenes pipe» vil kunne skifte overordnet strategi og praksis i tråd med skifter i politiske flertall og regjeringsmakt. En frykt for at regulatorens opptreden og praksis kan skifte avhengig av de politiske føringene, fører med seg ustabilitet og lite forutberegnelighet. Aktørene må kunne ha tillit til at regulatorenes avgjørelser er fattet på et upartisk og forsvarlig markedsmessig grunnlag.²²⁶ Slik tillit vil i seg selv være et bidrag til forutberegnelighet for både eksisterende markedsaktører og mulige nye investorer.

En annen og viktig dimensjon, som etter mitt syn bidrar til å gjøre kravet om organisatorisk og funksjonell uavhengighet til mer enn en formalitet, er den psykologiske.²²⁷ Direktivet stiller krav om at reguleringsmyndigheten «handler uafhængigt» og «ikke søger eller modtager instrukser» fra myndigheter og markedsaktører. Dette er i stor grad krav til overveiellesprosessen ved reguleringsmyndigheten og den enkelte tjenestekvinnen eller –mannen. Jo mer vedkommende i sin arbeidshverdag er funksjonelt adskilt, i alt fra hvem som ansetter vedkommende, betaler lønnen, til hvem vedkommende deler kontorlokaler med, desto mindre er risikoen for en følelse av binding som ubevisst kan påvirke beslutningsprosessene i retning av å ivareta politiske mål fremfor markedsintegrasjonsmål. Reguleringsmyndigheten må sikres reell, funksjonell uavhengighet og vern mot mer indirekte påvirkning. I tråd med dette har EU-domstolen uttalt at kun en *risiko* for påvirkning er nok til at reguleringsmyndigheten ikke er tilstrekkelig uavhengig.²²⁸

²²⁶ Kommisjonen 2019, s. 24 og 31.

²²⁷ Redmount 1959, s. 472.

²²⁸ C-288/12, avsnitt 53. Se kapittel 5.1 og 5.2.2.

3 Primærrettslige rammer for uavhengighetskravet

3.1 Innledning

Temaet i dette kapittelet er rammene EU-primærretten setter for uavhengighetskravet.

Som en del av sekundærretten må uavhengighetskravet holde seg innenfor primærrettens grenser. Utgangspunktet i EU-retten er at EU ikke kan gå ut over kompetansen den er tildelt i traktatene når den vedtar rettsakter.²²⁹ Dette kalles prinsippet om *kompetansetildeling*.²³⁰ Om regulatorene skal ha nødvendig legitimitet, må det finnes visse rammer for hvilken kompetanse de kan tildeles, og behovet må kunne begrunnes.

En måte å se på kompetansens grenser, er at dersom uavhengighetskravet går for langt sammenlignet med hva primærretten krever, så vil uavhengighetskravet være ugyldig ut fra en *lex superior*-tankegang. En annen tilnæringsmåte er at man tolker uavhengighetskravet i lys av primærrettens grenser: Rammene primærretten setter, gjør at man ikke kan strekke uavhengighetskravet for langt. En slik mer harmoniserende tolkningstilnærming kjenner vi igjen fra tradisjonell norsk metodelære,²³¹ men den er også en del av EU-rettslig metodelære.²³²

²²⁹ TEU art. 5 nr. 2.

²³⁰ Craig/De Búrca 2020, s. 103.

²³¹ Høgberg B.M. 2019, s. 475 flg.

²³² Gútiérrez-Fons/Lenaerts 2010, s. 1629–1630 og Fredriksen/Mathisen 2019, s. 396–397.

3.2 EU-pilaren

3.2.1 TEUF artikkel 114

Tredje energimarkedspakke ble vedtatt i 2009 under henvisning til TEF artikkel 95.²³³ Denne bestemmelsen tilsvarer artikkel 114 i någjeldende TEUF.

Den aktuelle delen av TEUF artikkel 114 nr. 1 lyder:

«Europa-Parlamentet og Rådet, der træffer afgørelse efter den almindelige lovgivningsprocedure og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg, vedtager de foranstaltninger med henblik på indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion».

Bestemmelsen er vidt formulert, og gir tilsynelatende EU en langt på vei ubegrenset kompetanse til å gi rettsakter for å sørge for harmonisering av medlemsstatenes lovgivning med sikte på å gjennomføre det indre markedet.²³⁴

I eldre rettspraksis fra EU-domstolen ble bestemmelsen i enkelte dommer benyttet som en materiell skranke for å underkjenne rettsakter som etter domstolens syn ikke var nødvendige for å bygge ned grensekryssende handelshindringer.²³⁵ Nyere rettspraksis fra domstolen gir imidlertid EU svært vide rammer for å vedta harmoniserende sekundærlovgivning. I C-380/03 (*Tobakksreklamesak II*) uttaler EU-domstolen i tråd med dette at:

«når der foreligger hindringer for samhandelen, eller det er sannsynlig, at sådanne hindringer vil oppstå fremover, fordi medlemsstatene har truffet eller er ved å treffe forskjellige foranstaltninger med hensyn til en vare eller en varekategori, således at der sikres forskjellige beskyttelsesnivåer, og således at de pågældende varer

²³³ Fortalen til direktiv 2009/72/EF.

²³⁴ Craig/De Búrca 2020, s. 123.

²³⁵ C-376/98, særlig avsnitt 99 flg.

af denne grund forhindres i at bevæge sig frit i Fællesskabet, indeholder artikel 95 EF en bemyndigelse for fællesskabslovgiver til at gribe ind og vedtage de nødvendige foranstaltninger».²³⁶

I fortalen til direktiv 2009/72/EF påpekes det at erfaringene før vedtakelsen av direktivet viser at «reguleringens effektivitet ofte hæmmes af, at reguleringsmyndighederne ikke er tilstrækkelig uafhængige af regeringen og ikke har tilstrækkelige beføjelser og handlemuligheder».²³⁷ Disse erfaringene stammer antakelig fra nasjonale undersøkelser som ble foretatt i samarbeid med kommisjonen i tiden frem til vedtakelsen av tredje energimarkedspakke, som er vist til i kommisjonens notat i forkant av arbeidet med tredje pakke.²³⁸

Med de vide rammene EU-domstolen har oppstilt i sin praksis, kan det neppe være tvil om at det foreligger slike potensielle hindringer på den grenseoverskridende kraftflyten at uavhengighetskravet ligger innenfor rammene av TEUF artikkel 114.²³⁹ Bestemmelsen gir imidlertid en påminnelse om behovet for å tolke uavhengighetskravet i tråd med formålet om nedbygging av handelshindre, og at uavhengighet i seg selv ikke er formålet.²⁴⁰ Der det er snakk om forhold som er av mindre betydning for fungeringen av det deregulerte kraftmarkedet, for eksempel at reguleringsmyndigheten må følge økonomireglementer som regjeringen fastsetter,²⁴¹ vil det være naturlig å gi statene videre rammer for å regulere reguleringsmyndighetens arbeid i nasjonal lovgivning eller praksis.

Selv om uavhengighetskravet neppe er uhjemlet, kan det nevnes at EU-kommisjonen med fordel likevel kan se på uavhengighetskravet med et kritisk blikk. *Craig og De Búrca* peker på at såkalt «impact assessment» er nyttig for å finne ut av om behovet for inngående harmoniseringsrettsakter

²³⁶ C-380/03, avsnitt 41. I samme retning, se C-377/98, C-491/01, C-210/03, C-380/03, C-301/06, C-518/07, C-58/08, C-574/14 og C-549/15.

²³⁷ Fortalens punkt 33.

²³⁸ COM (2006) 841. Se nærmere i kapittel 2.3.2.

²³⁹ I samme retning EU-domstolen i C-518/07, avsnitt 48-51. Se Bjørnebye 2010, s. 178, som reiser spørsmålet.

²⁴⁰ Formålsrettet tolkning kan dermed muligens stå enda sterkere her enn generelt i EU-retten, se kapittel 1.2.

²⁴¹ Se kapittel 4.8.

faktisk er til stede.²⁴² Det er verdt å studere nærmere om innføringen av kravet og økt uavhengighet for reguleringsmyndighetene faktisk *har* ledet til en styrking av det europeiske kraftmarkedet – eller kun er en byråkratisering som potensielt kan skape problemer for legitimiteten til kraftmarkedet. Det har nå gått elleve år siden tredje energimarkedspakke trådte i kraft i EU, slik at tiden er moden for en slik evaluering. Som nevnt innledningsvis,²⁴³ er det etter mitt syn behov for samfunnsvitenskapelige studier av den faktiske forekomsten av politisk kontroll – ikke bare samfunnsøkonomiske, juridiske og politiske betraktninger. I kommisjonens impact assessment til fjerde pakke ble kravet om uavhengig reguleringsmyndighet knapt nevnt,²⁴⁴ noe det etter mitt syn helt klart burde vært.

3.2.2 Proporsjonalitet og subsidiaritet

I EU-retten gjelder det et generelt prinsipp om proporsjonalitet, som sekundærretten må holde seg innenfor. Dette kan utledes av TEU artikkel 5 nr. 4, som sier at EUs kompetanseutøvelse ikke kan gå «videre end nødvendig for at nå målene i traktaterne». Det nærmere innholdet i proporsjonalitetsbegrepet er imidlertid ikke fastlagt i EU-traktatene, heller ikke i protokollen om anvendelsen av prinsippet.²⁴⁵ Innholdet i prinsippet må derfor utledes av EU-domstolens praksis.²⁴⁶

Proporsjonalitetsprinsippet har sitt utspring i tysk rett, og inneholder tre bestanddeler: tiltaket må være (i) egnet til å nå formålet det er ment å forfølge, (ii) nødvendig for å nå formålet, og (iii) forholdsmessig i snever forstand (*stricto sensu*).²⁴⁷

²⁴² Craig/De Búrca 2020, s. 123–124.

²⁴³ Se kapittel 1.2.

²⁴⁴ SWD (2016) 0410.

²⁴⁵ Protokoll nr. 2 til TEU.

²⁴⁶ Craig 2018, s. 643.

²⁴⁷ Samme sted. Det er i EU-rettslig litteratur debatt om proporsjonalitetskravet i EU-retten kun består av de to første vilkårene, eller om det også gjelder et krav om forholdsmessighet i snever forstand, se Craig 2018, s. 643–644. En fullstendig redegjørelse faller utenfor rammene for denne avhandlingen.

Ved siden av grunnprinsippet om proporsjonalitet, gjelder det også et prinsipp om *subsidaritet*. Med subsidiaritet menes at EU bare kan gi regler der målene ikke kan nås like godt ved nasjonal regelgivning. Dette følger av TEU artikkel 5 nr. 3, som sier at EUs kompetanse er begrenset til «hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan oppfylles af medlemsstaterne på centralt, regionalt eller lokalt plan, men på grund af den påtænkte handlingens omfang eller virkninger bedre kan nås på EU-plan». Proporsjonalitet og subsidiaritet henger nært sammen, og behandles derfor samlet her. Langt på vei er de to sider av samme sak: Subsidaritetsprinsippet er et krav om at EU skal avstå fra å gi visse regler, mens proporsjonalitetsprinsippet er et krav om at *vedtatte* regler ikke skal gå lengre enn nødvendig.²⁴⁸

Terskelen for å kjenne en rettsakt ugyldig under henvisning til proporsjonalitets- eller subsidiaritetsprinsippet er etter EU-domstolens praksis høy.²⁴⁹ Imidlertid kan det tenkes at prinsippene må tas i betraktning ved den konkrete tolkningen av uavhengighetskravet.²⁵⁰ EU-domstolens praksis om uavhengighetskravet viser i flere saker at domstolen bruker formuleringer som at direktivene «i prinsippet ikke er til hinder» for enkelte løsninger innenfor uavhengighetskravets ramme.²⁵¹ Dette kan forstås som en metodisk tilnærming der proporsjonalitets- og subsidiaritetssynspunkter ligger bak: EU-domstolen viker tilbake fra å inngående regulere hvordan statene i detalj velger å gjennomføre mindre vesentlige deler av uavhengighetskravet. Ettersom uavhengighetskravet i seg selv er inngripende, og en sterk detaljregulering ville vært et stort innhugg i nasjonal suverenitet, bidrar denne tilnærmingen til en balanse mellom harmonisering og skjønnsfrihet. De situasjonene der domstolen gjør en mer inngående prøving, er punkter med en mer direkte betydning for utøvelsen

²⁴⁸ Tridimas 2006, s. 176.

²⁴⁹ Den aktuelle rettspraksisen er langt på vei den samme som den som er nevnt over i fotnote 236.

²⁵⁰ Som generelt eksempel kan det vises til C-114/01, avsnitt 56–57.

²⁵¹ C-424/15, avsnitt 36. I C-378/19 tar domstolen en lignende tilnærming: Den snakker om «rammerne af de beføjelser» som direktivet overlater til medlemsstatene, men at det overordnede uavhengighetskravet må respekteres, se avsnitt 26–27.

av reguleringsmyndighetens tiltenkte oppgaver.²⁵² Dette vises særlig i sakene om fastsettelsen av tariffier,²⁵³ der prøvingsintensiteten er langt større enn i spørsmålene av mer formell eller prosessuell karakter, som hvem som skal ha kompetansen til å utnevne reguleringsmyndighetens leder,²⁵⁴ eller om reguleringsmyndigheten kan være «innbakt» i konkurransemyndigheten.²⁵⁵

Et mulig argument til støtte for at proporsjonalitets- og subsidiaritetssynspunkter har vekt i et spørsmål som dette, som handler om EU-rettslige krav til forvaltningsorganiseringen, er autonomihensynet: Det som har vært omtalt som utgangspunktet i EU-retten om at den konkrete organiseringen av forvaltningsmyndighetene er en nasjonal oppgave.²⁵⁶ Det er etter mitt syn uklart i hvilken grad dette fremdeles kan opprettholdes, og i hvilken grad det har betydning ved proporsjonalitetsvurderingen. Utviklingen i EU har gått i retning av stadig større deling av forvaltningsmyndigheten, og det synes som det er en etablert oppfatning om at hensynet til medlemsstatenes autonomi må vike når det kan komme i veien for realiseringen av det indre markedet, i favør av en større sentralisering av administrasjonen i EU.²⁵⁷ Det er på det rene at EU i vid utstrekning har kompetanse til å gi denne type regler. Da må utgangspunktet tas i EU-lovgivers vilje og formål, og det kan det neppe etableres som noen regel ut over de grensene proporsjonalitets- og subsidiaritetsprinsippene setter at uavhengighetskravet skal tolkes snevrest mulig av hensyn til nasjonal autonomi.

3.2.3 *Meroni*-doktrinen og demokratiprinsippet

Et annet spørsmål er om det vidtgående kravet til uavhengige reguleringsmyndigheter, slik det er forstått som et forbud mot enhver innblanding i utøvelsen av direktivets regulatoroppgaver både på lovgivnings- og myndighetsnivå, er i strid med det såkalte *Meroni*-prinsippet.

²⁵² Særlig oppgavene i direktivets artikkel 37.

²⁵³ C-718/18 og C-767/19.

²⁵⁴ C-378/19. Se kapittel 5.8.2.

²⁵⁵ C-424/15. Se kapittel 4.3.7.

²⁵⁶ Eriksen/Fredriksen 2019, s. 46–47.

²⁵⁷ Ottow 2013, s. 139, Craig 2018, s. 57 og NOU 2019: 5, s. 791.

Meroni-doktrinen er den grunnleggende begrensningen i adgangen til å delegere myndighet til såkalte EU-byråer utenfor kommisjonsnivået. I *Meroni*-saken fra 1958 uttalte domstolen at adgangen til delegasjon var begrenset til «clearly defined executive powers» der avgjørelsene kunne prøves basert på objektive kriterier, mens mer skjønnsmessig myndighetsutøvelse ikke var tillatt.²⁵⁸ Rettssetningen er tradisjonelt ansett for å ha blitt fulgt opp i *Romano*-saken fra 1980.²⁵⁹ I den akademiske litteraturen ble det imidlertid argumentert stadig sterkere for at *Meroni* og *Romano* legger færre begrensninger på EU-lovgiver enn tidligere antatt, spesielt i kjølvannet av at EU etter vedtakelsen av Lisboa-traktaten i 2007 beveget seg i retning av en rettsorden med konstitusjonelle trekk.²⁶⁰ I tråd med dette fant EU-domstolen i storkammer at å overlate kompetanse av skjønnsmessig karakter til ESMA (European Securities Markets Agency) til å regulere shortsalg av finansielle instrumenter var innenfor EU-rettens grenser.²⁶¹ Domstolen la vekt på at kompetansen var begrenset til å kun gjelde på nærmere bestemte vilkår, selv om disse var skjønnsmessige.²⁶² EU-domstolen la også vekt på at ESMA, i motsetning til institusjonene i *Meroni*-saken, var EU-organer opprettet i kraft av EU-rettens konstitusjonelle bestemmelser, og underlagt det alminnelige EU-rettslige systemet for prøving av beslutningene til organet.²⁶³ Selv om opprettelsen av ESMA ble ansett gyldig, er domspremissene tydelige på at det fremdeles gjelder grenser, i form av avgrenset kompetansetildeling som er underlagt domstolskontroll på grunnlag av klare og objektive kriterier.²⁶⁴

Denne rettspraksisen gjelder såkalte byråer på EU-nivå, og ikke spørsmålet om *Meroni*-doktrinen også begrenser adgangen til å kreve at nasjonale reguleringsmyndigheter skal være uavhengige. Dette spørsmålet ser ikke ut til å ha vært behandlet i EU-domstolens praksis før sak C-718/18 mot Tyskland. Saken gjaldt spørsmålet om Tysklands lovregulering i

²⁵⁸ Sak 9-56, på s. 152.

²⁵⁹ Sak 98-80. Se Van Cleynenbreugel 2014, s. 80.

²⁶⁰ Gabbi 2014, s. 261.

²⁶¹ C-270/12.

²⁶² C-270/12, avsnitt 45. Se forordning 236/12, artikkel 28.

²⁶³ C-270/12, avsnitt 53.

²⁶⁴ C-270/12, særlig avsnitt 53.

Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), der departementet var gitt myndighet til å gi forskrift om hvordan nettleien skulle beregnes, mens den konkrete fastsettelsen ble gjort av reguleringsmyndigheten (Bundesnetzagentur), var i strid med direktivets uavhengighetskrav. Domstolen kom til at det var tilfelle, i kraft av en tolkning av kravene om kompetansetildeling i artikkel 37, lest i lys av det overordnede uavhengighetskravet.²⁶⁵ Tyskland hadde imidlertid anført at en så streng forståelse av uavhengighetskravet, som i praksis påbød overføring av lovgivningskompetansen fra lovgiver og regjering til en uavhengig reguleringsmyndighet, ville være i strid med «demokratiprinsippet» og *Meroni*-prinsippet.²⁶⁶ Argumentet går langt på vei ut på det samme: EU-lovgiver hadde ikke gitt tilstrekkelig presise angivelser av kompetansene og deres grenser, og da måtte det være en sak for det nasjonale demokratiet å angi grensene. Noe annet ville ifølge Tyskland vært i strid med *Meroni*-doktrinen forbud mot skjønsmessig kompetanseangivelse uten tilstrekkelig grunnlag for rettslig prøving.

EU-domstolen avviste imidlertid argumentet, særlig under henvisning til ESMA-saken og de vide rammene den satte for kompetansetildeling.²⁶⁷ Den synes likevel ikke å utelukke at *Meroni*-doktrinen også gjelder ved tildeling av kompetanse til nasjonale reguleringsmyndigheter.²⁶⁸

Etter mitt syn er det gode grunner til å gi *Meroni*-doktrinen anvendelse også ved kompetansetildeling til uavhengige nasjonale myndigheter. Det kan stilles spørsmål ved om domstolen i sin avgjørelse tar for lett på de betenkelige sidene ved slik kompetansetildeling. Begrunnelsen for å akseptere uavhengighetskravet er kort, og baserer seg på en forutsetning om at reguleringsmyndighetene treffer avgjørelser etter en «teknisk-spesialisert vurdering af virkeligheden», og at kompetanseutøvelsen er «underlagt prinsipper og regler, der er fastsat i en sådan detaljert retlig ramme på EU-plan, som begrenser deres skøn og forhindrer dem i at træffe politiske valg».²⁶⁹

²⁶⁵ Se nærmere om det materielle aspektet av problemstillingen i kapittel 5.2.5.

²⁶⁶ C-718/18, avsnitt 124 flg.

²⁶⁷ C-718/18, avsnitt 131.

²⁶⁸ Samme sted.

²⁶⁹ C-718/18, avsnitt 132.

Forutsetningen om at reguleringsmyndighetens arbeid er rent faglig og upolitisk, baserer seg på en dikotomi mellom «fag» og «politikk» som neppe er holdbar.²⁷⁰ Det holder å vise til Tysklands argument i saken om at regulering av hvordan nettleien skulle fastsettes var et sentralt virkemiddel for å sørge for en kostnadseffektiv avvikling av kjernekraft.²⁷¹ Nettleien har også vært et tema i Norge, særlig i distriktpolitiske spørsmål der utjevning av nettleie i hele Norge er et sentralt tema.²⁷² Nylig har RMEs varsling av «betydelig» økning av nettleien i 2022 også vakt oppsikt.²⁷³

Selv om EU-domstolen synes å forutsette noe annet, er de spørsmålene der dommen krever total avståelse fra enhver form for lov- eller forskriftsregulering unektelig av politisk og ikke kun faglig karakter. På mange punkter har reguleringsmyndigheten stort skjønn, med relativt standardiserte og selvfølgelige krav om for eksempel «gjennomsiktighet» som eneste begrensning.²⁷⁴ Slike vilkår er lite egnet for en reell og effektiv kontroll med kompetanseutøvelsens grenser, selv om direktivet sier at reguleringsmyndigheten skal begrunne sine avgjørelser med henblikk på domstolskontroll.²⁷⁵

Dersom dommen følges opp i senere praksis, vil det foreligge en mulighet for EU til å omgå *Meroni* ved å fritt kunne kreve uavhengighet kombinert med svært vide fullmakter til nasjonale myndigheter, uten annen EU-tilknytning enn organisering i et samarbeid som har begrensede kompetanser (ACER), nettopp i kraft av *Meroni*-doktrinen.²⁷⁶ Disse institusjonelle legitimitetsbekymringene kommer på toppen av at dommen kan hindre velbegrunnede ønsker om å forfølge særlige mål i nasjonal energipolitikk innenfor rammen av de materielle bestemmelsene i EU-energiretten. Dette kan svekke legitimiteten av regelverket ytter-

²⁷⁰ Se kapittel 2.3.2 over.

²⁷¹ C-718/18, avsnitt 91.

²⁷² Se RME Høringsdokument 1/2019, og nylig den nye regjeringen i VG 20. oktober 2021 (Fjellanger/Røsvik 2021).

²⁷³ Bugge 2021.

²⁷⁴ For eksempel tariffastsettelsen i artikkel 37 nr. 1 bokstav a.

²⁷⁵ Direktiv 2009/72/EF artikkel 37 nr. 16. Se også drøftelsen av prøvingsintensiteten med RMEs avgjørelser i norsk rett i petitavsnitt på s. 81.

²⁷⁶ Askhaven 2019, s. 40.

ligere. I likhet med en rekke tyske kommentatorer, er jeg derfor kritisk til domsresultatet.²⁷⁷ Dommen må likevel tillegges vekt ved tolkningen av uavhengighetskravet, og det må konstateres at *Meroni*-prinsippet legger færre begrensninger enn den tidlige forståelsen av EU-domstolens rettspraksis skulle gi grunn til å tro.

I tillegg kommer det faktum at store deler av dommens begrunnelse vanskelig er overførbar til en EØS-kontekst. Se neste underkapittel, og kapittel 6 for en drøftelse av disse konsekvensene.

3.3 Overføres de EU-rettslige konstitusjonelle trekkene til EØS-pilaren?

I dette kapittelet er spørsmålet om, og i så fall hvordan, de EU-rettslige utgangspunktene jeg har redegjort for over spiller inn ved anvendelsen av uavhengighetskravet i EØS-avtalen.

De EU-rettslige rammene som er drøftet i dette kapittelet, kan kalles *konstitusjonelle* rammer for uavhengighetskravet.²⁷⁸ EU-retten er et normhierarki der EU-organene utøver kompetanse tildelt av medlemsstatene.²⁷⁹ EØS-retten er imidlertid en folkerettslig avtale. Ved vedtakelsen av EØS-avtalen var det en forutsetning at det konstitusjonelle systemet i EU, og da særlig lovgivningskompetansen, ikke skulle overføres til EU.²⁸⁰ De materielle reglene som gjennomføres i EØS-avtalen, er imidlertid like. I EU begrenses og tolkes disse i lys av de EU-rettslige skrankene for lovgivers kompetanse.

Spørsmålet som reiser seg, og som ikke har vært drøftet i EØS-litteraturen, er hvordan de EU-rettslige skrankene av konstitusjonell karakter spiller inn i EØS. Om EFTA-domstolen, og norske domstoler når de anvender EU-rettens uavhengighetskrav, skal kunne legge vekt på *Meroni*-synspunkter, kreves det en særlig EØS-rettslig begrunnelse.

²⁷⁷ Se flere tyske energirettseksperters uttalelser i Ströder 2021, der dommen omtales som «epokal» og en trussel mot Tysklands arbeid med energiomstilling (*Energiewende*).

²⁷⁸ Fredriksen/Mathisen 2018, s. 28.

²⁷⁹ Schütze 2016, s. 259.

²⁸⁰ St.prp. nr. 101 (1991–1992), s. 316. Se Bull 2002, s. 77–78 og Fredriksen 2010, s. 265–267.

En ren språklig lesning av EØS-avtalen gir ikke grunnlag for en hjemmelskontroll med rettsakter som er inntatt i EØS-avtalen. TEUF artikkel 114 har for eksempel ingen tilsvarende bestemmelse i EØS-avtalen. I norske EØS-notater er det prinsipielle spørsmålet om hjemmelsgrunnlaget for gjennomføring av rettsakter i EØS-avtalen kun etter hva jeg kan se vurdert én gang: Ved gjennomføringen av PSI-direktivet om viderebruk av informasjon i offentlig sektor. Her uttaler det daværende Fornyingsdepartementet at

«det generelle utgangspunkt er at EUs hjemmelsgrunnlag ikke er avgjørende for vurderingen av hva som faller innenfor EØS-avtalens saklige virkeområde: Det er EØS-avtalen som angir det folkerettslige grunnlaget for EØS-komiteens plikt til å vurdere nye rettsakter for innlemmelse, ikke EUs traktater.»²⁸¹

I EØS-avtalen følger hjemmelsgrunnlaget for gjennomføring av rettsakter av artikkel 102 nr. 1. Bestemmelsens ordlyd gir ingen indikasjoner på at EØS-komiteen skal drive legalitetskontroll av rettsaktene det er aktuelt å gjennomføre. Tvert imot synes bestemmelsen å forutsette at rettsakter som er aktuelle for gjennomføring har et tilstrekkelig EU-rettslig hjemmelsgrunnlag og skal gjennomføres uten videre, og den angir ikke nærmere grenser for kompetansen til EØS-komiteen, så lenge man er innenfor det saklige virkeområdet til EØS-avtalen.²⁸²

En tilnærming som det imidlertid *er* rom for å følge i EØS, og som iallfall i resultatet kan kompensere for karakterforskjellene i systemene, er at EFTA-domstolen tolker de *materielle* reglene i lys av de EU-rettslige grunnreglene og grunnprinsippene. Som nevnt over,²⁸³ er det langt på vei en smakssak om man anser primærrettens krav som absolutte skranker, eller tolkningsfaktorer ved fastleggelsen av sekundærrettens – i dette tilfellet uavhengighetskravets – rammer. I EØS-retten vil det imidlertid kun være tolkningsveien som er aktuell. Den påvirkningen av uavhengig-

²⁸¹ EØS-notat 11. desember 2013.

²⁸² EFTA-domstolen har imidlertid ansett seg kompetent til å prøve komitéens beslutninger opp mot *EØS-avtalens* skranker, jf. E-6/01, avsnitt 33.

²⁸³ Se kapittel 3.1.

hetskravet som blant annet subsidiaritetsprinsippet og *Meroni*-doktrinen fører til, må anses som en del av innholdet i den materielle rettsregelen. Det er den EU-rettslige regelen som er gjennomført i EØS-avtalen, og når den tolkes i lys av EU-primærretten, må det samme skje i EØS. Her kommer homogenitetsprinsippet inn med full styrke. På planet for den materielle regelen er det snakk om «identiske» regler,²⁸⁴ og da må tolkningen også være lik.²⁸⁵

Det blir derfor i praksis neppe noen forskjell i resultat i EØS og EU, selv om EU-primærrettens skranker kommer inn tolkningsveien og ikke direkte. Rent formelt består imidlertid muligheten for at et EU-direktiv er ugyldig etter EU-retten, mens det må opprettholdes i EØS.²⁸⁶ Dette er et paradoks, spesielt når EØS-avtalen er forutsatt å være et mindre omfattende samarbeid enn EU. Man vil forutsette EU-rettslig hjemmel ved gjennomføringen i EØS-avtalen, og bestemmelsene gjennomføres for å skape et materielt rettsfellesskap med EU. Om rettsakten kjennes ugyldig i EU, faller også forutsetningen for anvendelsen i EØS. I praksis må det forventes at dette fører til en endring i EØS-avtalen,²⁸⁷ men dette er en *politisk* mekanisme, ikke en rettslig. Problemstillingen blir neppe mindre aktuell etter hvert som stadig flere rettsakter vedtas i EU og gjennomføres i EØS-avtalen, samtidig som EØS-avtalen ligger fast, mens EU-traktatene utvikler seg («widening gap»)²⁸⁸

3.4 Oppsummering

I dette kapittelet har jeg drøftet hvilke rammer primærretten setter for uavhengighetskravets innhold. Selv om uavhengighetskravet neppe kommer i konflikt med noen av primærrettens bestemmelser, påvirker den skrevne og uskrevne primærretten hvordan uavhengighetskravet skal tolkes.

²⁸⁴ EØS artikkel 6.

²⁸⁵ Wennerås 2018, s. 211–212.

²⁸⁶ Bull 2002, s. 84.

²⁸⁷ Samme verk, s. 85.

²⁸⁸ Fredriksen 2012, s. 868.

For det første gjør TEUF artikkel 114 at uavhengighetskravet må tolkes i tråd med markedsintegrasjonsformålet.²⁸⁹ Det betyr at uavhengighetskravet legger sterkere begrensning på adgangen til styring av reguleringsmyndigheten i spørsmål som har større og mer direkte betydning for fungeringen av det deregulerte kraftmarkedet enn for eksempel rent administrative forhold.

For det andre legger også EU-retten proporsjonalitets- og subsidaritetsprinsipper lignende begrensninger.²⁹⁰ Det sentrale i denne sammenheng er at EU- og EFTA-domstolen vil anlegge en mindre inngående prøvingsintensitet, og overlate detaljene i gjennomføringen av uavhengighetskravet til medlemsstatene, så lenge reguleringsmyndighetens juridiske uavhengighet og den funksjonelle uavhengigheten ved utøvelsen av kjerneoppgavene respekteres.

For det tredje må også de begrensningene *Meroni*-doktrinen legger på EU-byråene, derunder ACER, gjelde når man fastlegger kompetansen til de nasjonale reguleringsmyndighetene.²⁹¹ Det betyr at reguleringsmyndighetens myndighet skal være klart definert, og ikke kan være for skjønsmessig. Det er imidlertid uklart hvor strenge, for ikke å si reelle, disse begrensningene er. EU-domstolen går i den nylige dommen mot Tyskland langt i å avvise at *Meroni* har betydning for grensene for reguleringsmyndighetens kompetanse, etter min mening for langt.²⁹²

Til slutt har jeg i kapittel 3.3. påvist at EU-primærrettens rammer ikke får direkte anvendelse i EFTA-pilaren, men at det i praksis neppe blir noen forskjell, fordi de materielle bestemmelsene må tolkes på samme måte som i EU, selv om dette kan anses som en prinsipielt uheldig løsning. Når primærretten påvirker tolkningen av det materielle EU-rettslige uavhengighetskravet, gjør det at den indirekte får en tilsvarende betydning i EØS.

²⁸⁹ Kapittel 3.2.1.

²⁹⁰ Kapittel 3.2.2.

²⁹¹ Kapittel 3.2.3.

²⁹² C-718/18.

4 Direktivets krav til organisatorisk uavhengighet

4.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg ta stilling til innholdet i direktivets krav til *organisatorisk* uavhengighet,²⁹³ mens kravet til *funksjonell* atskillelse skal behandles i kapittel 5 nedenfor. Med «juridisk» atskillelse sikter jeg ikke bare til den juridiske statusen av forvaltningsorganet, men også de *organisatoriske* forholdene. Bakgrunnen for dette er, som jeg vil redegjøre for under, at rent formelle betraktninger om rettssubjektivitet etter modell av den privatrettslige sammenslutningsretten ikke er egnet til å beskrive organisering av forvaltningsvirksomheten.

4.2 Direktivets rettslige utgangspunkter

Direktivet stiller krav til medlemsstatene om å utpeke «en enkelt national regulerende myndighed», som «under udførelsen af de reguleringsopgaver, som dette direktiv og dertil knyttede forskrifter pålægger den ... er juridisk adskilt fra ... enhver anden offentlig og privat enhed».²⁹⁴ Kravet om å utpeke en enkelt reguleringsmyndighet er ikke til hinder for en nærmere oppdeling eller inndeling av reguleringsmyndigheten, så lenge hver enkelt del av den oppfyller uavhengighetskravet i direktivet.²⁹⁵

Formuleringen i bestemmelsen reiser to spørsmål. *For det første* oppstår spørsmålet om hva som menes med «juridisk adskilt fra ... enhver anden offentlig og privat enhed». *For det andre* er det et spørsmål om hvilken betydning det har at uavhengighetskravet etter ordlyden kun gjelder «under udførelsen af ... reguleringsopgaver».

²⁹³ I den danske versjonen av direktivet kalt «juridisk [adskillelse]».

²⁹⁴ Direktiv 2009/72/EF artikkel 35 nr. 1 og 4 bokstav a.

²⁹⁵ Cabau 2021, s. 270.

4.2.1 «Juridisk adskilt fra ...»

Ordlyden «juridisk adskilt fra ... enhver anden offentlig og privat enhed» tilsier at det kreves at reguleringsmyndigheten skilles ut som et eget rettssubjekt. EU-domstolen presiserer dette i den engelske domsteksten i C-424/15 som et krav om «separate legal identity».²⁹⁶ Det samme uttaler kommisjonen i sitt tolkningsnotat, der det fremkommer at enheten skal være en «separate and distinct legal entity»²⁹⁷ Det gjelder imidlertid ikke noe krav om at reguleringsmyndigheten ikke kan være en del av en uavhengig myndighet som også utøver andre oppgaver, for eksempel et konkurransetilsyn.²⁹⁸ Dette kan forklares av subsidiaritets- og proporsjonalitetsprinsippet: Så lenge man har sikret at reguleringsoppgavene utøves av en myndighet som er organisatorisk uavhengig, er den nærmere organiseringen et statlig anliggende.²⁹⁹

I motsetning til i den alminnelige selskaps- og sammenslutningsretten, er staten etter norsk tradisjon ansett som ett og samme rettssubjekt, på tvers av enhetene. Dette gjelder også underliggende forvaltningsorganer, derunder de tradisjonelt «uavhengige» forvaltningsorganene.³⁰⁰ Legger man den norske forståelsen til grunn, må man enten opprette en ny form for rettssubjekt i norsk rettsorden – eller så må det aksepteres at organet ikke *formelt* er et eget rettssubjekt.

Ordlyden i direktivets artikkel 35 nr. 4 sier at kravet «juridisk atskilt» skal sikres «med dette formål».³⁰¹ «Formålet» i denne betydningen viser til det overordnede uavhengighetskravet, som skal sikre faglig og teknisk regulering av det integrerte kraftmarkedet, uten risiko for politisk innblanding.³⁰² Kravet om formålstolkning og subsidiaritetsprinsippet tilsier at den rent formelle klassifiseringen av hva som er et eget rettssubjekt i

²⁹⁶ C-424/15, avsnitt 32. Den danske språkversjonen bruker det vagere «retligt adskilt».

²⁹⁷ Kommisjonen 2010, s. 6.

²⁹⁸ C-424/16, avsnitt 36.

²⁹⁹ Se kapittel 3.2.2.

³⁰⁰ NOU 1995: 21, s. 72.

³⁰¹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 35 nr. 4.

³⁰² Se kapittel 2.1 og 2.6.

nasjonal rett ikke er avgjørende.³⁰³ Slike formelle betraktninger om hva som er ett og samme rettssubjekt etter nasjonal rett er i liten grad egnet til å sikre reell uavhengighet og allmennhetens tillit, og vil dessuten variere fra land til land. I et spørsmål om detaljer som dette som i stor grad avhenger av hver enkelt medlemsstats utforming og organisering av grunnleggende forfatningsmessig karakter, som ikke er harmonisert på EU-nivå, vil statene ha større valgfrihet ved den formelle organiseringen.

Kravet om «juridisk» uavhengighet blir derfor et tydelig autonomt EU-rettslig begrep. Formålsinnretningen på tolkningen tilsier at de *organisatoriske* forholdene og hvordan organet opptrer utad vil ha betydelig vekt. Rettspraksis fra EU-domstolen gir i denne sammenheng støtte for at et sentralt moment er om reguleringsmyndigheten er organisert slik at den er en selvstendig organisasjon, der direktøren for reguleringsmyndigheten er den øverste beslutningstakeren, uten noe hierarkisk underordningsforhold der andre har faktisk eller formell adgang til å innvirke på noen del av regulators virksomhet.³⁰⁴ Det følger av domstolens praksis at reguleringsmyndigheten kan drive med andre oppgaver og regulere andre sektorer enn bare energi,³⁰⁵ men den kan ikke under noen omstendighet være del av en kommandolinje som involverer politisk styring. Kommisjonenens tolkningsnotat er etter mitt syn treffende når det står:

«Notwithstanding national administrative rules, it is the sole responsibility of the NRA to determine how it operates and is managed, including staffing-related matters. These provisions thus seem to rule out any hierarchical link between the NRA and any other body or institution».³⁰⁶

³⁰³ Se kapittel 3.2.2.

³⁰⁴ C-614/10, avsnitt 43.

³⁰⁵ C-424/15, avsnitt 38.

³⁰⁶ Kommisjonen 2010, s. 6.

4.2.2 «Under utførelsen af ... reguleringsoppgaver»

Ordlyden «under utførelsen af de reguleringsoppgaver, som dette direktiv og dertil knyttede forskrifter pålegger den» er til dels både uklar og forvirrende i relasjon til kravet om organisatorisk uavhengighet. Formuleringen kan i utgangspunktet tilsi at direktivets uavhengighetskrav også er oppgavebestemt, slik den norske gjennomføringen legger til grunn.³⁰⁷ Bestemmelsen lest i sin helhet går imidlertid lenger; det gjelder et krav om organisatorisk og funksjonell uavhengighet. Som nevnt over er kravet om organisatorisk uavhengighet et krav om at reguleringsmyndigheten skal være en selvstendig organisatorisk eller juridisk enhet eller rettssubjekt. Det gir da liten mening å si at kravet om organisatorisk uavhengighet kun gjelder for bestemte formål. Rettssubjektivitet betyr at organet som utgangspunkt er en egen «juridisk person» eller selvstendig organisatorisk enhet. Dette er noe varig, og ikke avgrenset hverken etter tid eller hvilke oppgaver organet utfører.

Hvis det ligger noen begrensning i ordlyden «under utførelsen af ... reguleringsoppgaver» må det i så fall relatere seg til den *funksjonelle* uavhengigheten. Her gir det større mening å snakke om en mer *oppgavebestemt* uavhengighet, der adgangen til å ta instruksjer og samarbeide med andre organer er bredere utenfor utøvelsen av regulatoroppgaver.³⁰⁸ Det gir også større mening: Utførelsen av regulatoroppgaver kan skilles fra andre funksjoner og handlinger, mens rettssubjektiviteten eller organisasjonen ikke kan deles opp på samme måte. Den eneste logiske løsningen er at reguleringsmyndigheten må skilles ut som et eget *permanent organ*, og at en løsning der reguleringsmyndigheten er én del av et politisk styrt forvaltningsorgan som er uavhengig ved utøvelsen av regulatoroppgaver, ikke er tilstrekkelig.³⁰⁹

³⁰⁷ Se kapittel 4.3.4.

³⁰⁸ Se kapittel 5.3 og 5.6.

³⁰⁹ Det kan argumenteres for at dette er ordningen i Norge i dag, se under. Enda klarere er dette på *Island*, se kapittel 4.3.7.

4.2.3 Oppsummering av direktivets krav

Oppsummert krever direktivet utpekelsen av én reguleringsmyndighet, som skal være en organisatorisk uavhengig enhet med en egen øverste leder, som ikke er underlagt politisk styring hverken reelt eller formelt. Den nærmere organiseringen etter dette må, i tråd med hva EU-domstolen har lagt til grunn, i stor grad være overlatt til statenes skjønn, så lenge disse utgangspunktene respekteres.³¹⁰ Det betyr i praksis at det som utgangspunkt ikke er noe til hinder for at regulator er en del av en annen myndighet, så lenge denne som klar hovedregel har status som uavhengig og unntatt politiske organers instruksjonsmyndighet.³¹¹ En grense må da antakelig trekkes mellom konkurransemyndigheter og øvrige uavhengige regulatorer, og organer som er ordinære politisk styrte forvaltningsorganer.

4.3 Den norske løsningen

4.3.1 Innledning

Spørsmålet i dette underkapittelet er om RME oppfyller kravene om organisatorisk uavhengighet etter direktivet slik jeg har redegjort for over. Bakteppet for drøftelsen er at ESA i sitt brev til Norge 16. oktober 2020 etterspør hvordan uavhengigheten og adskillelsen mellom RME og NVE blir sikret.³¹² Som ledd i denne analysen vil jeg gå gjennom den historiske organiseringen av kraftforvaltningen i Norge, frem til etableringen av RME og gjennomføringen av tredje energimarkedspakke i norsk rett. Dette er nødvendig for å forstå bakgrunnen for hva slags organ RME er, og hvilken rettslig status enheten faktisk har i dag.

³¹⁰ Sześciło 2021, s. 213.

³¹¹ C-424/15.

³¹² ESA 2020, s. 1–2.

4.3.2 Lovfestingen av uavhengighetskravet i norsk rett

Gjennomføringen av uavhengighetskravet i energiloven skjedde ved at lovens § 2-3 ble endret til å lyde slik:

«Departementet utpeker en reguleringsmyndighet og klagenemnd etter denne loven og gir forskrift om organisering, oppgaver og myndighet.

Reguleringsmyndigheten og klagenemnda er uavhengige og kan ikke instrueres om utøvelsen av tillagt myndighet. Enkeltvedtak fattet av reguleringsmyndigheten kan bare påklages til klagenemnda.

Reguleringsmyndigheten og klagenemnda kan ikke instrueres i disponeringen av tildelte budsjettmidler.

Reguleringsmyndigheten skal samarbeide med andre lands reguleringsmyndigheter og internasjonale institusjoner i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser»

Gjennomføringen i loven synes å ha skjedd ved en rent formell knesetting av RME som «uavhengig», og angivelse av tre deler av uavhengigheten i energiloven § 2-2:

Unntak fra instruksjonsmyndighet (andre avsnitt, første setning), utskiftning av departementet med Energiklagenemnda som klageinstans (andre avsnitt, andre setning), og fri disposisjon over budsjettmidler (tredje avsnitt). Ut over dette sier loven ingenting om hvordan RME organisatorisk og funksjonelt er uavhengig av NVE og andre politiske myndigheter.

I forarbeidene legger departementet likevel til grunn at endringene i energiloven skulle «sikre[r] gjennomføring» av direktivets krav til reguleringsmyndigheten fullt ut.³¹³ Forskriftshjemmelen i første avsnitt kan sies å være nøkkelen i denne forbindelse. Nærmere regler om organiseringen av RME ble imidlertid først nedtegnet i NEM-forskriften, som trådte i kraft 1. november 2019.³¹⁴

³¹³ Prop. 5 L (2017–2018), s. 18.

³¹⁴ NEM-forskriften kapittel 2, særlig § 2-1.

4.3.3 Kraftforvaltningen frem til etableringen av RME

I Norge har reguleringen av kraftforsyningen tradisjonelt vært gjenstand for sterk politisk kontroll, fra lenge før etableringen av NVE i 1921.³¹⁵ Statskraftverkene og NVE var en integrert virksomhet; det var ikke noe skille mellom regulator, utbygger og operatør.³¹⁶ Deregulering og markedsreform i kraftsektoren skjedde først ved vedtakelsen av energiloven i 1990.³¹⁷ Selv om andre land var tidligere ute, har Norge blitt beskrevet som et «foregangsland» i dereguleringen.³¹⁸

Fra å opptre som eier i et planøkonomisk system, endret statens rolle seg til å være en regulator og tilrettelegger.³¹⁹ Den politiske kontrollen med regulatorfunksjonen ble imidlertid videreført. Finanskommisjonen foreslo en begrenset omorganisering av NVE, og uttalte at «NVE [skulle] fortsatt være et ordinært forvaltningsorgan underlagt Olje- og energidepartementet».³²⁰

NVE fortsatte med andre ord å være underlagt sterk departemental styring. Etter hvert ble betydelig myndighet etter energiloven delegert fra departementet til NVE.³²¹ Departementet tok imidlertid et klart forbehold:

«Det er en forutsetning for delegasjonen at saker av prinsipiell karakter eller med betydelige motstridende samfunnsinteresser avgjøres av Olje- og energidepartementet».³²²

Hammer peker imidlertid på at departementet i tiden som fulgte spilte en «relativt tilbaketrukket rolle» i spørsmål om markedsregulering, der det først og fremst ga utenlandskonsesjoner og avgjorde klager på

³¹⁵ Austvik/Claes 2011, s. 10 og Reitan 2014, s. 46. For en nærmere historie, se Hammer 1994, s. 6–23 og Claes/Vik 2011, s. 99–102.

³¹⁶ Reitan 2014, s. 46.

³¹⁷ Hammer 1999, s. 394 og Ot.prp. nr. 43 (1989–90).

³¹⁸ Reitan 2014, s. 46.

³¹⁹ Hammer 1999, s. 184.

³²⁰ Innst. S. nr. 244 (1989–90), s. 40.

³²¹ Hammer 1999, s. 399–400.

³²² Kgl. res. 18. januar 1991 nr. 24.

tariffering.³²³ Departementet utøvde sin politiske styring av regulatorfunksjonen gjennom generelle regler om tariffering og nettvirksomhet, og som klageinstans.

Som nevnt i kapittel 2.4, ble de første kravene til reguleringsmyndighetens uavhengighet i EU-retten innført i andre energimarkedspakke. I proposisjonen fra 2006 som gjennomfører energimarkedspakken i norsk rett er imidlertid ikke kravet om uavhengighet av bransjeaktører nevnt.³²⁴ Dette må bety at problemstillingen enten har blitt oversett, eller at man anså NVE for å oppfylle kravet. Det hadde imidlertid i tiden før vært diskutert om tilsynsmyndighetene i konkurranseutsatte sektorer skulle i større grad være uavhengige, både av departementene og markedsaktørene, i en stortingsmelding om temaet i 2003.³²⁵ I stortingsmeldingen uttales det at det var «viktig ... å øke deres uavhengighet»,³²⁶ og det drøftes inngående hvilke virkemidler som kan tas i bruk for å sikre en reell uavhengighet.³²⁷ Reguleringsmyndighetens uavhengighet *kunne* antakelig vært drøftet ved gjennomføringen av andre energimarkedspakke, men dette må ses i sammenheng med at den norske organiseringen på dette tidspunktet antakelig oppfylte de begrensede uavhengighetskravene i direktivet.³²⁸

Spørsmålet om reguleringsmyndighetens uavhengighet ser ut til å ha fått liten oppmerksomhet, selv etter vedtakelsen av de strengere uavhengighetskravene i tredje energimarkedspakke på EU-nivå i 2009. Rett etter vedtakelsen av tredje energimarkedspakke skrev *Sødal og Mellingen* i sin avhandling at det «åpenbart» måtte «gjøres omfattende endringer i den norske organiseringen».³²⁹ *Claes og Vik* skrev på sin side at det var «vanskelig nå å si hvordan dette vil slå ut», men at «formuleringene i pakken om dette [kunne] potensielt føre til noen mindre endringer i

³²³ Hammer 1999, s. 401.

³²⁴ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006).

³²⁵ St.meld. nr. 17 (2002–2003), særlig s. 33–38.

³²⁶ Samme verk, s. 10.

³²⁷ Samme verk, s. 33–38.

³²⁸ Høringsnotat 2013, s. 20 og Koefoed 2005, s. 58. Antakelig motsatt Sødal/Mellingen 2009, s. 183.

³²⁹ Sødal/Mellingen 2009, s. 188.

NVEs organisasjon». ³³⁰ Uklarhetene og de ulike oppfatningene tilsier at spørsmålet hadde fortjent større oppmerksomhet.

NVE gikk tidlig i gang med å forberede implementeringen av energimarkedspakken i EØS-avtalen, og som en forberedelse ble det som senere skulle bli til RME, Elmarkedstilsynet, opprettet som en egen fagavdeling i direktoratet i 2013.

Opprettelsen av Elmarkedstilsynet skjedde ved en intern omorganisering. ³³¹ Spørsmålet om enhetens uavhengighet ser ikke ut til å ha vært tatt opp på dette stadiet, selv om formålet med opprettelsen var å forberede gjennomføringen av tredje energimarkedspakke. En evaluering fra Menon Economics fra 2016 beskriver at «[f]or å sikre tilstrekkelig uavhengighet er de organisatoriske grensene mellom Elmarkedstilsynet og NVE skarpere enn mellom andre avdelinger». ³³² Likevel beskrives det også et «uklart grensesnitt mellom Elmarkedstilsynet og Energiavdelingen på noen områder», ³³³ og Elmarkedstilsynets «samarbeid» med, «bistand» fra og «arbeidsfordelingen» mellom andre avdelinger, særlig Energiavdelingen, nevnes flere steder i rapporten. ³³⁴ Den konkrete gjennomføringen av det EU-rettslige uavhengighetskravet ser med andre ord ikke ut til å ha vært et tema i NVE på dette tidspunktet. Det må imidlertid nevnes at Norge på dette tidspunktet ikke var forpliktet til å ha en regulator som var uavhengig av politiske myndigheter, da tredje energimarkedspakke ennå ikke var gjennomført.

³³⁰ Claes/Vik 2011, s. 112.

³³¹ NVE årsmelding 2013, s. 41.

³³² Menon Economics 2016, s. 53.

³³³ Samme verk, s. 26.

³³⁴ Samme verk, s. 26, 31, 52, 54, 61 og 63. Særlig interessant er tabellen på s. 54, som viser at Elmarkedstilsynets ansatte i gjennomsnitt ikke er avvisende til samarbeid med andre avdelinger, selv om de i mindre grad enn ansatte i andre avdelinger sier dette er ønskelig.

4.3.4 Gjennomføringen av tredje energimarkedspakke

I mai 2017 fattet EØS-komiteen beslutning om å innlemme tredje energimarkedspakke i EØS-avtalen.³³⁵ Energimarkedspakken var gjenstand for betydelig politisk debatt, særlig på grunn av tilslutningen til ACER.³³⁶ På tross av de uklare konsekvensene for organiseringen av NVE som ble påpekt i litteraturen rundt 2010, fikk spørsmålet om uavhengig reguleringsmyndighet liten oppmerksomhet.

Forklaringen ligger antakelig i de større implikasjonene tilslutningen til ACER ble hevdet å ha for Norges forhold til EU. Det ble argumentert for at tilslutningen til Acer ville innebære en betydelig suverenitetsavståelse,³³⁷ noe som den generelle oppfatningen synes å være at ikke stemmer.³³⁸ RMEs uavhengighet og at ESA gis kompetanse til å treffe vedtak med virkning for RME, ble i mindre grad nevnt. Unntaket er i en uttalelse fra Lovavdelingen i mars 2018, som uttaler at ESAs kompetanse, sammen med RMEs uavhengighet, innebærer «et ytterligere element av myndighetsoverføring», men at dette har «begrenset selvstendig betydning for den konstitusjonelle vurderingen» av om det foreligger en tillatt myndighetsoverføring, og om riktig prosedyre er fulgt.³³⁹

Stortinget ga sitt samtykke til gjennomføring av tredje energimarkedspakke ved vedtak etter Grunnloven § 26 den 22. mars 2018.³⁴⁰ Samme dag, som del av samme sak, ble det gjennomført endringer i energiloven for å tilpasse norsk rett til energimarkedspakkens krav.³⁴¹

³³⁵ EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017. Rettsaktene er inntatt i EØS-avtalens vedlegg IV nr. 47 bokstav d.

³³⁶ Gullberg 2019.

³³⁷ Ørebech 2018, s. 190.

³³⁸ Askhaven 2019, s. 162 og Bjørnebye 2020, s. 20.

³³⁹ Lovavdelingen 2018, avsnitt 2.5.

³⁴⁰ Prop. 4 S (2017–2018) og Innst. 178 S (2017–2018).

³⁴¹ Prop. 5 L (2017–2018) og Innst. 175 L (2017–2018).

4.3.5 Hvem mente lovgiver at skulle være reguleringsmyndighet i Norge?

Gjennomføringen av tredje energimarkedspakke skaper på flere punkter uklarhet i om lovgiver mente å opprette RME som et selvstendig organ – eller om NVE fremdeles skulle være reguleringsmyndighet.

Da energimarkedspakken ble gjennomført 22. mars 2018, hadde RME allerede blitt etablert, med virkning fra 1. januar 2018. I OEDs budsjettproposisjon fremgår det at RME skulle være en «videreutvikling av Elmarkedstilsynet i NVE». ³⁴² På NVEs nettsider ble imidlertid nyheten presentert slik (min kursivering):

«Elmarkedstilsynet i NVE har *skiftet navn* til Reguleringsmyndigheten for Energi (RME) med virkning fra 1. januar 2018 ihht. Prop. 1S (2017–2018) ...»³⁴³

I den senere proposisjonen der uavhengighetskravet gjennomføres i energiloven, viser departementet til denne omorganiseringen av NVE, og opprettelsen av Elmarkedstilsynet. Her «foreslår [departementet] at [Elmarkedstilsynet] videreføres som en egen enhet i NVE, som betegnes som 'Reguleringsmyndigheten for energi' (RME)». ³⁴⁴

Det fremstår derfor som om etableringen av RME ikke var annet enn at Elmarkedstilsynet skiftet navn. Det er få tegn til andre endringer i organisasjonen enn navneskiftet 1. januar 2018. Det betyr at RME fremdeles på dette tidspunktet synes å ha vært en vanlig avdeling i NVE, slik Elmarkedstilsynet hadde vært. ³⁴⁵

En ting som er påfallende, er departementets begrepsbruk i proposisjonen. Departementet legger flere steder til grunn at NVE fremdeles vil være reguleringsmyndighet for energi. Formuleringer som «reguleringsmyn-

³⁴² Prop. 1 S (2017–2018) (Olje- og energidepartementet), s. 56.

³⁴³ <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/nyheter-reguleringsmyndigheten-for-energi-rme/elmarkedstilsynet-blir-reguleringsmyndigheten-for-energi/>.

³⁴⁴ Prop. 5 L (2017–2018), s. 18.

³⁴⁵ Se kapittel 4.3.3.

digheten bevares innenfor NVE»³⁴⁶, «NVE som reguleringsmyndighet»,³⁴⁷ «når NVE opptrer som uavhengig reguleringsmyndighet»³⁴⁸ og «når NVE fatter vedtak som uavhengig reguleringsmyndighet»³⁴⁹ er egnet til å forvirre. Slike formuleringer gir inntrykk av at man mente at NVE fremdeles skulle være reguleringsmyndigheten.

En annen formulering som reiser spørsmål, er at «[d]en foreslåtte modellen gjør ikke NVE funksjonelt uavhengig fra departementet ved utførelse av oppgaver som ikke er regulatoroppgaver». ³⁵⁰ Dette gir inntrykk av at departementets tanke var at NVE skulle være uavhengig når den handler *som regulator* – ikke at NVE skulle være «juridisk atskilt» fra OED; slik direktivet krever. ³⁵¹

Proposisjonen viser i liten grad til ordlyden i de konkrete og detaljerte bestemmelsene om gjennomføringen av uavhengighetskravet i direktivet. Den manglende forankringen i direktivteksten preger etter mitt syn drøftelsen av innholdet i kravet til uavhengighet, og kan forklare den «oppgavebestemte» tilnærmingen til uavhengighetskravet, og at organisatoriske og funksjonelle kriterier i mindre grad er trukket inn enn hva direktivet legger opp til. ³⁵²

Uklarheten i om reguleringsmyndigheten fortsatt ligger hos NVE, eller om det er opprettet en egen selvstendig reguleringsmyndighet, illustreres klart av oppsummeringen av lovvedtaket på Stortingets nettsider:

«NVE skal fortsatt være reguleringsmyndighet, men det skal organiseres en uavhengig nasjonal reguleringsmyndighet, 'Reguleringsmyndigheten for energi' (RME).»³⁵³

³⁴⁶ Prop. 5 L (2017–2018), s. 16.

³⁴⁷ Samme verk, s. 18.

³⁴⁸ Samme sted.

³⁴⁹ Samme sted.

³⁵⁰ Samme sted.

³⁵¹ Se kapittel 4.2.2.

³⁵² Se kapittel 4.2.

³⁵³ <https://www.stortinget.no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=70037>.

Selv om dette ikke er noen autoritativ tekst, er det dette noe av det første den som søker informasjon om hva som faktisk ble vedtatt vil finne. Sitatet fremstår som en selvmotsigelse, og viser de problemene som oppstår når det søkes etter en mellomløsning som oppfyller direktivets minimumskrav, samtidig som RME skal inngå i NVE.

Oppsummeringsvis fremstår endringene som ble gjort i energiloven for å gjennomføre uavhengighetskravet som gjort ut fra et ønske om en ren minimumsharmonisering og et kompromiss mellom oppfyllelse av et kontroversielt uavhengighetskrav og en viss politisk kontroll. Formuleringene i forarbeidene, sett i sammenheng med forhistorien, tyder på at departementets forutsetning var at NVE fortsatt skulle være reguleringsmyndighet, men at enheten RME, som en ren videreføring av Elmarkedstilsynet, skulle være uavhengig av resten av NVE og unntatt instruksjonsmyndighet ved utførelsen av *regulatoroppgaver* etter direktivet. Enhetens organisering og hvordan den funksjonelt skulle være uavhengig av NVE og OED, ser ut til i liten grad å ha vært gjenstand for oppmerksomhet. Til departementets forsvar må det nevnes at direktivet på dette punktet til en viss grad er vanskelig tilgjengelig og uklart, spesielt når det ses i sammenheng med adgangen til å gi reguleringsmyndigheten andre oppgaver enn regulatoroppgaver.³⁵⁴ Rettskildene tilsier imidlertid relativt klart at det stilles krav om en organisatorisk utskillelse som et *selvstendig forvaltningsorgan*.³⁵⁵

4.3.6 RMEs organisasjon

RME er i dag organisert som en enhet innad i NVE. Den er en del av NVEs organisasjon, men forutsettes å opptre uavhengig ved utøvelsen av regulatoroppgavene. Gjennomgangen over viser at det i begrenset grad skjedde en organisatorisk utskillelse av RME, bortsett fra opprettelsen av en egen enhet internt i organisasjonen, som så ble tillagt kompetanse i energiloven med forskrifter og gitt en uavhengig status i loven. I NVEs organisasjonskart er RME angitt som en enhet sideordnet med NVEs

³⁵⁴ Se kapittel 5.3.

³⁵⁵ Se kapittel 4.2.1.

øvrige avdelinger, med vassdrags- og energidirektøren med lederansvaret.³⁵⁶ I RMEs rutinebeskrivelse uttales det at det er «Vassdrags- og energidirektøren (VED) som er ansvarlig for RMEs virksomhet».³⁵⁷ Den mest nærliggende oppfatningen av NVEs organisasjon *utad*, med forbehold for eventuelle interne regler og instruksjer, er at det formelle øverste ansvaret for RMEs virksomhet og beslutninger ligger hos vassdrags- og energidirektøren, på samme måte som de andre avdelingenes avgjørelser. RMEs direktør er i dagens modell ansatt i NVE og underordnet vassdrags- og energidirektøren.³⁵⁸ I en rekke pressemeldinger og medieoppslag fra den siste tiden opptrer vassdrags- og energidirektør Kjetil Lund som talsperson for RME *utad*.³⁵⁹

Direktivet krever som nevnt at reguleringsmyndigheten skal være en separat organisatorisk enhet som er selvstyrende både formelt og praktisk. Departementet viste i proposisjonen til høringsnotatet, der det ble lagt til grunn at «NVE som et statlig direktorat må anses som en selvstendig juridisk enhet i direktivets forstand».³⁶⁰ Dette har imidlertid ingen forankring i direktivets ordlyd eller andre rettskilder.

Problemet er for det første at reguleringsmyndigheten etter energilovens ordlyd ikke er plassert hos NVE, men hos *RME*, som er forutsatt å være den uavhengige aktøren. Uavhengighetskravet bør her også forstås i lys av kravet om utpekelse av «en enkelt national regulerende myndighet». Det betyr at den enheten som utpekes til å utøve regulatoroppgaver, må være identisk med den enheten som skal være organisatorisk uavhengig. Det er neppe grunnlag for å si at reguleringsmyndigheten skal ligge hos

³⁵⁶ Se NVE Organisasjonskart.

³⁵⁷ <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/om-rme/var-virksomhet/rutiner-for-saksbehandling-og-samhandling/>.

³⁵⁸ Stillingen som direktør i RME etter Ove Flataker ble utlyst i september 2021. I stillingsannonsen omtales NVE som «arbeidsgiver», og det står at «[d]irektøren for RME inngår i NVEs ledergruppe» (<https://e24.no/ledige-stillinger/s/47blaV/samfunnskritisk-og-strategisk-lederrolle>).

³⁵⁹ Se Hovland 2020, Hovland 2021 og <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/nytt-fra-rme/nyheter-reguleringsmyndigheten-for-energi/atte-tiltak-skal-rydde-opp-hos-stromselskapene/> og <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/nytt-fra-rme/nyheter-reguleringsmyndigheten-for-energi/foreslar-a-gi-statnett-sterkere-insentiver-til-effektiv-drift/>.

³⁶⁰ Prop. 5 L (2017–2018), s. 15 og 19.

en underavdeling av den organisatorisk uavhengige enheten, da dette i praksis ville gjort at *to* organer blir å anse som reguleringsmyndighet.

Uklarheten ved gjennomføringen gjør at man for det andre kan stille spørsmål ved om NVE oppfyller kravet om organisatorisk uavhengighet. I og for seg er NVE en selvstendig organisatorisk enhet, slik departementet legger til grunn.³⁶¹ Utfordringen med dette er at NVE i seg selv er et «ordinært forvaltningsorgan underlagt Olje- og energidepartementet».³⁶² Kravet om organisatorisk uavhengighet må tolkes i lys av det overordnede uavhengighetskravet og det funksjonelle uavhengighetskravet, derunder kravet om unntak fra instruksjonsadgang.³⁶³ Bindingen mellom NVE og OED og muligheten for instruksjoner og annen politisk påvirkning gjør det derfor vanskelig å anse NVE som tilstrekkelig organisatorisk uavhengig.

4.3.7 Løsningen i enkelte andre land

I *Sverige* hadde man frem til 2008 en løsning som lå tett på den vi i dag har i Norge, med en regulator (Energimarknadsinspeksjonen) integrert i myndigheten med ansvar for gjennomføring av kraftpolitikken (Statens energimyndighet). Det interessante i denne sammenheng er at Energimyndigheten, i tråd med svensk forfatning, var uavhengig og ikke instruerbar i enkeltsaker, på linje med andre ikke-departementale organer.³⁶⁴ Den funksjonelle uavhengigheten til svenske forvaltningsorganer er derfor som utgangspunkt sikret gjennom at den følger av forfatningen. I en rapport fra Statskontoret (ekspertmyndigheten for forvaltningspolitikk) fra 2003 ble det imidlertid pekt på at Energimyndighetens rolle som utøver av energipolitikken, derunder omstilling av kraftsektoren og fordelaktig behandling av visse kraftslag, skapte en «inneboende rollkonflikt».³⁶⁵ På denne bakgrunn foreslo man en deling

³⁶¹ Høringsnotat 2013, s. 22.

³⁶² Innst. S. nr. 244 (1989–90), s. 40.

³⁶³ Se kapittel 1.2, 2.1 og 4.2.

³⁶⁴ Regeringsformen 12 kap. 2 §.

³⁶⁵ Statskontoret 2003: 27, s. 90.

av Energimyndigheten i to: En energipolitisk del, og en tilsynsdel.³⁶⁶ Oppdelingen ble imidlertid ikke fullt ut gjennomført, men organisert i en modell med Energimarknadsinspeksjonen som en delvis uavhengig del av Energistyrelsen, ganske likt dagens norske organisering.³⁶⁷

I en ny Statskontoret-rapport fra 2007 ble det imidlertid beskrevet hvordan Energimarknadsinspeksjonen i denne modellen var «be-
häftad med oklara ansvarsförhållande samt problematiska roll- och
målkonflikter».³⁶⁸ Som et eksempel ble det trukket frem at «generaldirektören har det yttersta ansvaret för hela myndighetens verksamhet, men
att han i stora delar saknar inflytande över det arbete som bedrivs inom
Energimarknadsinspeksjonen. Detta samtidigt som generaldirektören
även är ansvarig för Energimarknadsinspeksjonens del av årsredovis-
ningen och budgetunderlag».³⁶⁹ De uklare skilleinjene fikk hard medfart:
«Trots att Energimarknadsinspeksjonen har en viss självständighet
kan tillsynens trovärdighet enligt regeringen påverkas negativt av att
Energimyndigheten förknippas med rollen som främjare och stödjare
av vissa energislag och energiteknik. Utifrån ett förvaltningspolitiskt
perspektiv kan man dessutom ifrågasätta lämpligheten i att ha tillsyns-
och främjandefrågor inom samma myndighet. Argument finns för tydlig
renodling av dessa funktioner».³⁷⁰

Statskontoret uttalte også at det dessuten var «tveksamt om den
nuvarande konstruktionen oppfyller de krav som ställs i EU:s el- og
gasmarknadsdirektiv, där det föreskrivs att nationella tillsynsmyndigheter
för el- og gasmarknaderna skall vara oberoende».³⁷¹ Synspunktet er
ikke nærmere begrunnet i rapporten, og kan synes overraskende sett
hen til at det på dette tidspunktet kun gjaldt krav om uavhengighet av
bransjeaktører, ikke av politiske myndigheter. Dette ble som kjent først
innført i tredje energimarkedspakke, som ikke ble vedtatt før i 2009.³⁷²

³⁶⁶ Samme verk, s. 12 flg.

³⁶⁷ Statskontoret 2007: 10, s. 11.

³⁶⁸ Samme sted.

³⁶⁹ Samme sted.

³⁷⁰ Samme sted.

³⁷¹ Samme sted.

³⁷² Se kapittel 2.4.

Resultatet ble at Energimarknadsinspektionen ble opprettet som en ny forvaltningsmyndighet, helt løsrevet fra den øvrige forvaltningen og med en egen direktør fra 1. januar 2008. Det svenske «caset» med tilhørende rapporter er interessant også i en norsk kontekst. Dette gjelder både fordi den løsningen som ligner på dagens norske ble ansett som lite hensiktsmessig, men også fordi utskillelsen synes å ha vært motivert av EU-rettslige uavhengighetskrav. Sveriges valg underbygger at en ren *funksjonell* eller *oppgavebestemt* uavhengighet, som i dette tilfellet fulgte av konstitusjonen, ikke er tilstrekkelig til å oppfylle direktivets krav. Det kreves i tillegg en *organisatorisk* atskillelse med et selvstendig organisasjonshierarki. Erfaringene fra Sverige tilsier at organiseringen i Norge ikke er i samsvar med direktivet, på grunn av den nære tilknytningen mellom regulatoren RME, og NVE som et organ underlagt Olje- og energidepartementet. For det andre bør svenskenes erfaringer være av nytte for evalueringen av den norske modellen *uavhengig* av de rettslige kravene, og i så måte et ytterligere argument for en omorganisering.

Ser man på Europa og ACER-medlemsbyråene som helhet, er det kun Norge og Island etter den svenske omorganiseringen som har beholdt reguleringsmyndigheten som en delvis uavhengig enhet integrert i en ordinær energimyndighet.³⁷³ På Island er reguleringsmyndigheten heller ikke skilt ut som en egen enhet i energimyndigheten. Det ordinære energiforvaltningsorganet Orkustofnun er forutsatt å opptre uavhengig ved utøvelsen av regulatoroppgavene.³⁷⁴ I forarbeidene fremkommer det at den islandske løsningen var ment å kopiere den norske, selv om man ikke opprettet en egen enhet som var ment å utføre regulatoroppgaver.³⁷⁵

Noe som er interessant, er at Norge og Island utmerker seg som to land der gjennomføringen av tredje energimarkedspakke var svært kontroversiell.³⁷⁶ Dette forsterker hypotesen om at motstanden mot å unnta reguleringsmyndigheten fra det ordinære forvaltningshierarkiet henger

³⁷³ Se vedlegg 1.

³⁷⁴ Gr. 1, Lög um Orkustofnun.

³⁷⁵ Þingskjal 1242 – 782. mál, s. 4 og Árnadóttir 2018, s. 6.

³⁷⁶ En undersøkelse i 2018 viste at 80% av spurte islendinger var motstandere av tredje energimarkedspakke, se Vermes 2018.

sammen med den betydelige motstanden mot tredje energimarkedspakke som sådan.

4.3.8 Konklusjon

Utskillelsen av RME som egen enhet som gis en rettslig status som særlig uavhengig, men fortsatt er en del av NVEs organisasjon underlagt vassdrags- og energidirektøren, er ikke tilstrekkelig til å oppfylle kravet om uavhengighet. Organiseringen gjør det både uklart om det er utpekt «en enkelt» reguleringsmyndighet slik direktivet krever, og om regulatoren er «juridisk adskilt» fra andre offentlige myndigheter. Situasjonen har klare likhetstrekk med eksempelet *Cabau* trekker frem på en ikke tillatt organisering, nemlig at reguleringsmyndigheten organiseres som en egen avdeling i et departement.³⁷⁷ Etter mitt syn oppfyller NVE/RME dermed i dagens organisering ikke direktivets krav om uavhengighet.³⁷⁸

Denne konklusjonen gir opphav til nye spørsmål på siden av temaet for denne avhandlingen. Et av disse er hvilken betydning for gyldigheten av RMEs vedtak det vil ha at de er fattet av et organ som ikke oppfyller EØS-rettens krav til organisering. Et praktisk viktig spørsmål er om feilen «smitter over» på gyldigheten av vedtaket selv om RMEs vedtak materielt er korrekt, og om den EU-rettslige plikten til å reparere konsekvensene av et brudd på EU-retten kan oppfylles ved at vedtaket lovliggjøres gjennom Energiklagenemndas klagebehandling og/eller en domstolsprøving.³⁷⁹

Man kan også tenke seg at private parter lider tap på grunn av vedtak fattet av en ikke tilstrekkelig uavhengig RME, for eksempel på grunn av ulovlige instruksjoner eller annen innblanding. Da kan det offentligrettslige erstatningsansvaret på grunnlag av brudd på EU-retten være aktuelt. Dette forutsetter imidlertid at vilkårene for slikt ansvar er til stede.³⁸⁰

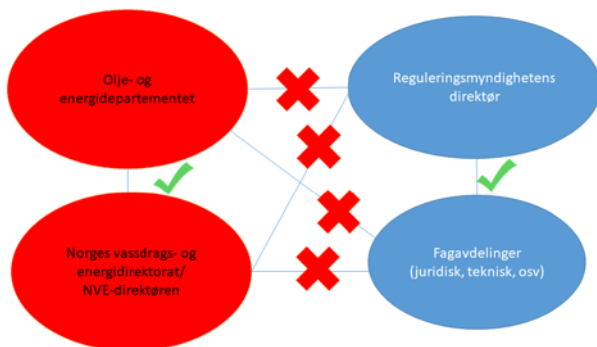
³⁷⁷ Cabau 2021, s. 276.

³⁷⁸ Tilsvarende Eriksen/Fredriksen 2019, s. 184.

³⁷⁹ Se blant annet C-201/02, avsnitt 64, C-261/18, avsnitt 75 og C-24/19, avsnitt 83.

³⁸⁰ Se nærmere E-9/97 og Fredriksen 2013.

Figur 2: Illustrasjon av hvilke styringsrelasjoner som er tillatte og hvilke som ikke er det: RMEs direktør må være øverste «herre i eget hus», og de formelle og organisatoriske båndene mellom RME, OED og NVE må brytes.



4.4 Hvilke tiltak må gjøres for å organisere RME i samsvar med direktivets krav?

Når det gjelder hvilke tiltak som må og bør gjøres, er det flere alternativer som kan gjøre regulatorfunksjonen uavhengig både organisatorisk og av kommandolinjene fra politiske myndigheter.³⁸¹ For det første kan NVE gjøres uavhengig av de politiske kommandolinjene, og uttrykkelig ha reguleringsmyndigheten. Dette vil det kunne være adgang til, selv om NVE også utøver andre oppgaver enn regulatoroppgaver. Med dagens organisering av NVE ville dette imidlertid betydd at også de andre funksjonene i NVE, derunder konsesjonsmyndigheten og de generelle samfunnsikkerhetsfunksjonene måtte unntas fra politisk kontroll. Det ville vært en overdrevet og lite hensiktsmessig løsning.

Et annet alternativ er å legge RME inn under et annet organ som er en egen organisasjonsmessig enhet – og samtidig uavhengig. Da kunne man eksempelvis lagt regulatoroppgavene til dagens Konkurransetilsyn, som allerede er underlagt uavhengighetskrav etter konkurranselov-

³⁸¹ Se vedlegg 1 for en oversikt over løsningene som er valgt i hjemstatene til ACERs øvrige medlemsbyråer.

givningen.³⁸² En tilsvarende modell er valgt i blant andre Nederland og Spania.³⁸³ På mange måter har regulatoroppgavene en del til felles med Konkurransetilsynets oppgaver. Kraftmarkedsretten kan ses på som en form for spesiell konkurranserett, der regulatorens oppgave er å hindre nettselskapenes konkurransevridende opptreden og misbruk av dominerende stilling.³⁸⁴ EU-kommisjonen har til en viss, kanskje økende, grad anvendt de generelle konkurransereglene i TEUF artikkel 101 og 102³⁸⁵ i energisektoren.³⁸⁶ Disse sakene preges av relativt tekniske forhold, for eksempel *TenneT*-saken der den tyske TSOen TenneT etter EU-kommisjonens syn begrenset kraftflyten i en mellomlandskabel mellom Danmark og Tyskland i strid med TEUF artikkel 102.³⁸⁷ I slike saker kunne konkurransetilsynet tjent på energikompetansen til RME. Konkurranseloven åpner heller ikke for at RME eller andre myndigheter enn Konkurransetilsynet og enkelte andre organer kan håndheve loven.³⁸⁸ Et annet argument i denne retningen er at sekretariatet for Energiklagenemnda er samorganisert med Konkurransklagenemnda, som behandler klager på Konkurransetilsynets vedtak. Det foregår med andre ord allerede en samordning på feltet.

På den andre siden har regulatorens rolle visse forskjeller fra konkurransemyndighetens. Konkurransemyndigheten opererer i stor grad gjennom *atferdskontroll*, der kontroll av fusjoner,³⁸⁹ konkurransebegrensende samarbeid³⁹⁰ og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling³⁹¹ er sentralt, samt *etterfølgende* sanksjonering i form av pålegg, nektelser av fusjoner og overtredelsesgebyr. Selv om energiregulatoren også har

³⁸² Se kapittel 2.5.

³⁸³ Nederlandske ACM og spanske CNMC.

³⁸⁴ Nesdam 2007, s. 486.

³⁸⁵ Sml. EØS artikkel 53 og 54.

³⁸⁶ Se eksempler i Whish/Bailey 2021, s. 1021–1022.

³⁸⁷ AT.40461.

³⁸⁸ Konkurranseloven § 8 første avsnitt.

³⁸⁹ Konkurranseloven §§ 16-21.

³⁹⁰ Konkurranseloven §§ 10 og 14.

³⁹¹ Konkurranseloven § 11.

overtredelsesgebyr som virkemiddel,³⁹² driver den i større grad med sektorspesifikk *atferdsregulering*, det vil si tilrettelegging og forhåndskontroll.³⁹³ Samtidig konsumerer de stadig mer omfattende energirettlige reglene de generelle konkurranserettslige. I *TenneT*-saken følger for eksempel plikten til å maksimere overføringskapasiteten av forordning 714/2009,³⁹⁴ som RME kan håndheve. Ytterligere forsterkninger av RMEs kompetanse følger av de såkalte metodeforordningene, der RME er gitt kompetanse til å godkjenne metoder og vilkår for bruk av grensekryssende overføringsinfrastruktur.³⁹⁵ Synergieffektene mellom RME og konkurransetilsynet kan langt på vei ivaretas gjennom samarbeid. Slikt samarbeid er tillatt etter direktivet,³⁹⁶ og NVE og Konkurransetilsynet har i lang tid hatt en samarbeidsavtale.³⁹⁷

Nesdam mener å kunne påvise en forutsetning fra EUs side om at regulator skal være uavhengig også av konkurransemyndighetene.³⁹⁸ Selv om det kan være gode grunner til å skille sektorreguleringsmyndighetene fra konkurransemyndighetene, jf. ovenfor, er det neppe noen *rettslig hindring* for en «superregulator», så lenge uavhengighetskravene respekteres, noe EU-domstolen slo fast i C-424/15.³⁹⁹ Et slikt krav måtte i så fall fulgt uttrykkelig av direktivteksten. En analogi til telekomdirektivet støtter dette; i kommisjonens forslag var et forbud mot overlappende regulatorer inntatt,⁴⁰⁰ men dette ble ikke fulgt opp i det endelige direktivet.⁴⁰¹

³⁹² Se kapittel 2.2.r

³⁹³ COM (2001) 125, s. 38 og *Nesdam* 2007, s. 101. Se RMEs årsrapport for 2020, særlig s. 18, der det fremgår at man ikke ga overtredelsesgebyr i 2020.

³⁹⁴ Artikkel 16 nr. 3.

³⁹⁵ Forordningene 2015/1222, 2016/1719, 2017/1485 og 2017/2195. Disse er foreslått gjennomført ved endringer i energiloven, jf. Prop. 199 LS (2020–2021).

³⁹⁶ Se kapittel 5.3 og 5.6, og Kommisjonen 2019, s. 47.

³⁹⁷ Hope 2000, s. 16 og Prop. 5 L (2017–2018), s. 26. Se også NEM § 2-4.

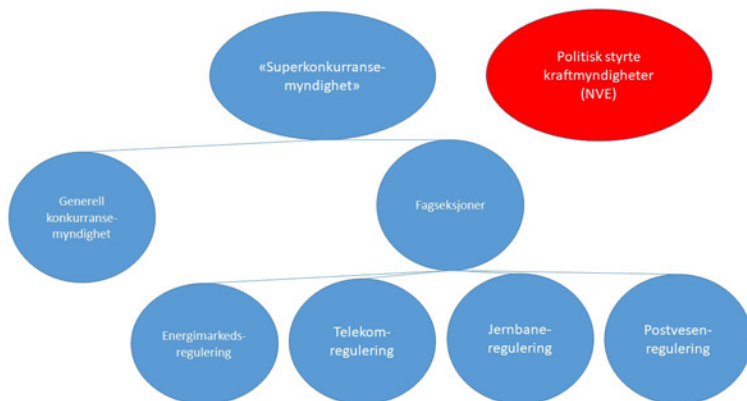
³⁹⁸ *Nesdam* 2007, s. 102.

³⁹⁹ Avsnitt 36.

⁴⁰⁰ COM (2000) 393, artikkel 3 nr. 4.

⁴⁰¹ Direktiv 2002/21/EF.

Figur 3: Den nederlandske/spanske modellen, der reguleringen av de monopolbaserte sektorene er innbakt i konkurransemyndigheten. Mellomvarianter kan tenkes, for eksempel norske Nkom som regulator for både telekom og post.



Et annet alternativ, som antakelig ville krevd langt større utredning, er å opprette en sektorovergrepene reguleringsmyndighet for alle nettbundne sektorer som er naturlige monopoler, derunder telekom, post og jernbane. Dette er den tyske løsningen.⁴⁰² Fordelen med en slik «superregulator» er at reguleringen av de ulike sektorene i stor grad har fellestrekk kan gjøre en felles organisering både lønnsom og hensiktsmessig.⁴⁰³ Sektorenes faktiske og rettslige fellestrekk har vært trukket frem av Falch,⁴⁰⁴ og den generelle konkurransemyndigheten skiller seg såpass fra den mer tekniske sektorreguleringen, slik at stordriftsfordelene ved samordning neppe vil oppnås fullt ut i et slikt tilfelle.⁴⁰⁵

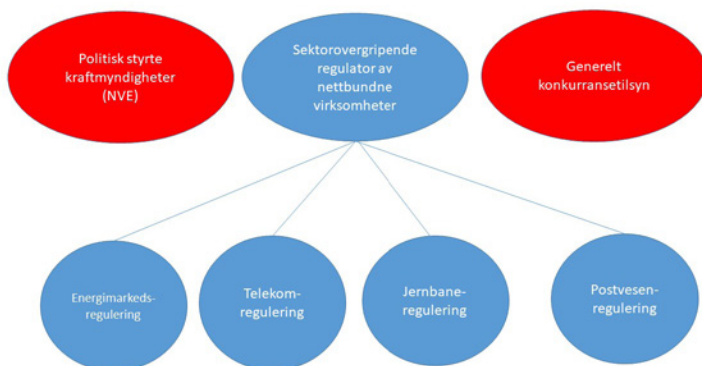
⁴⁰² Bundesnetzagentur.

⁴⁰³ Falch 2004, s. 13–14 og Beltran/Chambouleyron 2020.

⁴⁰⁴ Falch 2004, særlig s. 219–221.

⁴⁰⁵ Beltrán/Chambouleyron 2019.

Figur 4: Den tyske «Bundesnetzagentur»-modellen, der man oppretter en sektorovergripende reguleringsmyndighet for de nettbundne sektorene, men opprettholder et generelt konkurransetilsyn.



Den siste – og kanskje enkleste løsningen – er å løsrive RME fra NVEs organisasjon fullt og helt.⁴⁰⁶ Dette kan kalles den nordiske modellen. En modell med full separasjon av hver enkelt sektormyndighet kan også ha fordeler.⁴⁰⁷ Det betyr at RME får status som et helt selvstendig forvaltningsorgan, der RMEs direktør er den øverste lederen reelt og formelt, uten det underordningsforholdet til vassdrags- og energidirektøren som finnes i dag. RME ville da blitt en myndighet på linje med Nkom, Statens jernbanetilsyn og Datatilsynet, etter modell av det man har gjort i Sverige⁴⁰⁸ og Danmark.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Se figur 2 på side 59.

⁴⁰⁷ Alexiadis/Pereira Neto 2019b.

⁴⁰⁸ Energimarknadsinspektionen.

⁴⁰⁹ Forsyningstilsynet.

Figur 5: «Standardløsningen» med sektorregulatorer, politisk styrte myndigheter og den generelle konkurransemyndigheten som selvstendige og atskilte aktører.



4.5 Direktivet tillater en rent formell administrativ underordning under et departement

ESA etterspør i sitt brev hvordan den administrative underordningen av RME under Olje- og energidepartementet (OED) virker, og hvordan det virker inn på uavhengigheten.⁴¹⁰ Legger man en streng forståelse av direktivets ordlyd til grunn, kan man si at enhver form for plassering i det ordinære forvaltningshierarkiet gjør at et organ ikke er «juridisk adskilt» fra politiske myndigheter. Tar man i betraktning at uavhengighetskravet skal sikre reell, praktisk uavhengighet og fravær av muligheter for påvirkning, kan det imidlertid neppe strekkes så langt at enhver formell tilknytning er utelukket. I Norge er alle forvaltningsorganer, også de uavhengige, formelt underlagt et departement. Dette gjøres fordi de uavhengige forvaltningsorganene er finansiert gjennom statsbudsjettet, og statsbudsjettet er inndelt departementsvis. Så lenge det er snakk om en utelukkende formell tilknytning, skaper den ikke noe avhengighets-

⁴¹⁰ ESA 2020, s. 2.

forhold og neppe noen opplevd følelse av tilknytning som kan begrunne at en slik ordning er i strid med uavhengighetskravet.⁴¹¹

4.6 Er RMEs kompetanse begrenset til «omsetning» av kraft?

Etter NEM-forskriften § 2-1 første avsnitt er RME «reguleringsmyndighet for *omsetning* av elektrisk energi og naturgass». ESA har i sitt brev stilt spørsmål ved om ordlyden i denne bestemmelsen gjør at RMEs kompetanse er begrenset til *bare* å omfatte «sale» av kraft, og ikke andre deler av kraftforvaltningen.⁴¹²

Ordlyden ESA legger til grunn i oversettelsen – «sale» – og det norske «omsetning» kan naturlig forstås som å referere seg til salg av kraft til sluttbruker. Hva RME reelt har kompetanse til, avgjøres imidlertid ikke av denne bestemmelsen. Bestemmelsen viser til energiloven § 2-3 og naturgassloven § 4, som ikke begrenser RMEs kompetanse til å gjelde omsetning av kraft og gass.

RMEs konkrete kompetanse følger av kompetansebestemmelsene. Av disse følger det at RME for eksempel har adgang til å avgjøre tvister om nettilgang,⁴¹³ og skal føre tilsyn med systemansvarlig⁴¹⁴ og leveringskvaliteten i kraftsystemet.⁴¹⁵ I den grad NEM § 2-1 første avsnitt har betydning, er det som angivelse av reguleringsmyndighetens arbeidsoppgaver i den grad de ikke følger av energiloven eller forskriftene. I så måte kan man si at den begrensede ordlyden er uheldig. I praksis er dette neppe et stort problem, ettersom RMEs kompetanse etter forskriftene er gitt både i detaljerte bestemmelser, og relativt vide tilsynsfullmakter. Ordlydens formulering kan også sies å ha en naturlig forklaring: Oppgavene reguleringsmyndigheten skal ha etter direktivet, kan i stor grad oppsummeres som å relatere seg til omsetning av kraft på en eller annen måte. Dette kan

⁴¹¹ Sml. kapittel 4.2.

⁴¹² ESA 2020, s. 4.

⁴¹³ Energiloven §§ 3-4 og 3-4a.

⁴¹⁴ Systemansvarsforskriften § 25.

⁴¹⁵ Leveringskvalitetsforskriften § 5-1.

kontrasteres med å regulere *utbygging av produksjon* av kraft, et område som fremdeles er underlagt politisk kontroll.⁴¹⁶

Konklusjonen er at RMEs kompetanse etter norsk rett ikke er begrenset til omsetning av kraft, på tross av den noe uheldige ordlyden i NEM-forskriften § 2-1 første avsnitt.

4.7 Åpner norsk rett for at RME kan delegeres annen kompetanse enn den er tillagt ved lov?

Forvaltningen av kraftsektoren i Norge har, sammen med andre sektorer, i lang tid vært preget av en stor grad av delegasjon av oppgaver fra departementsnivå til underordnede organer. Et søk på Lovdata 15. november 2021 ga 11 treff på vedtak om delegasjon av myndighet til NVE siden 1991. Delegasjonen er også omfangsrik: ifølge det siste delegasjonsvedtaket er NVE tildelegert «all myndighet» etter energiloven, riktignok med flere unntak.⁴¹⁷

Innføringen av tredje energimarkedspakke førte som nevnt over til at en rekke oppgaver måtte legges til reguleringsmyndighetens kompetanse.⁴¹⁸ Dette førte til at RME ved lov ble tillagt kompetanse som loven tidligere var taus om hvem som skulle utføre, slik at den var omfattet av delegasjonsvedtaket, og i praksis ble utøvd av NVE.⁴¹⁹

Ved den praktiske organiseringen av forvaltningen kan det imidlertid fremdeles tenkes å oppstå situasjoner der departementet eller NVE mener at det er hensiktsmessig at RME utøver myndighet i stedet for dem. Et eksempel som *Dyrby* trekker frem, er at RME kan tenkes å følge opp vedtak fra ACER (via ESA) ved forskrift rettet mot en ubestemt krets av markedsaktører, i stedet for ved enkeltvedtak rettet bare mot systemoperatøren Statnett.⁴²⁰ Spørsmålet er om det etter *norsk* rett er adgang til

⁴¹⁶ Se kapittel 2.2.

⁴¹⁷ FOR-2019-10-31-1455.

⁴¹⁸ Se kapittel 2.2. og 5.2.5.

⁴¹⁹ For eksempel § 4-1 (omsetningskonsesjon).

⁴²⁰ *Dyrby* 2021, s. 84.

en slik delegering av forskriftskompetanse, eller om RME bare kan gis kompetanse ved lov.

Utgangspunktet i norsk forvaltningsrett er at regjering og departement står fritt til å delegerer sin kompetanse videre til *underordnede* organer.⁴²¹ Den vanlige oppfatningen er at et organ som har fått tildelt kompetanse ved delegasjon, også kan delegerer denne kompetansen videre.⁴²² Høyesterett har slått fast at også et underordnet organ kan, i motsetning til det som tidligere ble hevdet,⁴²³ delegerer til andre organer på samme nivå, såkalt sideordnet (sub)delegasjon.⁴²⁴

Den alminnelige oppfatningen i nyere juridisk teori er imidlertid at delegering til uavhengige organer – organer som ikke er underlagt instruksjonsmyndighet – ikke kan skje.⁴²⁵ Begrunnelsen for dette er at det overordnede organets instruksjonsadgang langt på vei begrunner at delegeringen kan aksepteres, fordi den overordnede da kan sørge for at kompetansen utøves i tråd med forutsetningene, eller omgjøre vedtaket eller ta tilbake kompetansen om den utøves i strid med forutsetningene for delegeringen.⁴²⁶ Røsvoll formulerer treffende vurderingstemaet ved om delegering kan aksepteres som et spørsmål om hvilken grad av *styringsadgang* den overordnede har, og at det alltid må skje en vurdering av om delegering er forsvarlig.⁴²⁷ I tråd med denne oppfatningen går Forvaltningslovutvalget inn for at delegering til uavhengige organer og andre organer som ikke kan instrueres kun skal kunne skje ved lov.⁴²⁸

Utgangspunktet etter energiloven § 2-3 er at RME er «uavhengig og kan ikke instrueres om utøvelsen av tillagt myndighet». Den uavhengige statusen og fraværet av instruksjonsmyndighet skulle tilsi at det ikke er adgang til å delegerer myndighet til reguleringsmyndigheten, i tråd med de utgangspunktene jeg har lagt til grunn.

⁴²¹ NOU 2019: 5, s. 208.

⁴²² Backer 1986, s. 56 og Graver 2019, s. 198.

⁴²³ Rt. 1930 s. 241 og Eckhoff 1966, s. 347–350.

⁴²⁴ Rt. 1986 s. 46, Rt. 1993 s. 808 og Backer 1986, s. 58–60.

⁴²⁵ Backer 1986, s. 59 flg. og Røsvoll 2020, s. 241. Motsatt Smith 1976, s. 386–387.

⁴²⁶ NOU 2019: 5 s. 208.

⁴²⁷ Røsvoll 2020, s. 263 flg.

⁴²⁸ NOU 2019: 5, s. 221.

Imidlertid oppstår spørsmålet om denne uavhengigheten og fraværet av instruksjonsmyndighet etter norsk rett også gjelder *utenfor* utøvelsen av de pliktige regulatoroppgavene etter direktivets artikkel 37 – og hvis ikke, om dette gjør at adgangen til å delegerer myndighet til RME likevel er mer omfattende. Spørsmålet er praktisk viktig, ettersom det nettopp vil være andre oppgaver enn regulatoroppgaver det vil være aktuelt å tildele RME ved delegering.

Problemstillingen må forstås på bakgrunn av at direktivet – så lenge det overordnede uavhengighetskravet respekteres – ikke legger begrensninger på adgangen til å tildele regulator andre oppgaver enn de pliktige regulatoroppgavene,⁴²⁹ og at EU-retten her åpner for en viss instruksjonsadgang.⁴³⁰ Dette aktualiserer spørsmålet om RMEs uavhengige status unndratt instruksjonsmyndighet etter norsk rett er *absolutt*, eller om det her foreligger en slik instruksjonsadgang.

Ordlyden i energiloven § 2-3 andre avsnitt er tvetydig. Når det sies at reguleringsmyndigheten «er» uavhengig, kan dette tilsi at det er snakk om en *permanent* status. At instruksjonsmyndigheten er avskåret ved «utøvelsen av tillagt myndighet» er imidlertid mer tvetydig. Formuleringen «tillagt myndighet» kan både forstås som regulatoroppgavene direktivet viser til – og som uavhengighetskravet skal gjennomføres på bakgrunn av – eller som *all* myndighet, inkludert eventuelle oppgaver som *ikke* er regulatoroppgaver, også den som er tillagt ved delegasjon. I forarbeidene uttaler departementet at instruksjonsmyndigheten er avskåret «i enkeltsaker», noe som skulle tilsi at unntaket fra instruksjonsmyndighet gjelder uavhengig av hvilke oppgaver som utføres.⁴³¹

Departementet uttaler imidlertid videre i forarbeidene at bestemmelsen er «ment å sikre direktivets krav om at reguleringsmyndigheten fatter selvstendige beslutninger uavhengig av politiske myndigheter».⁴³² Dette tilsier at man ikke mente å avskjære instruksjonsmyndigheten i hverken mindre eller større grad enn direktivet tillater, og at energiloven

⁴²⁹ Se kapittel 5.3.1.

⁴³⁰ Se kapittel 5.3.2.

⁴³¹ Prop. 5 L (2017–2018), s. 66.

⁴³² Samme sted.

her må tolkes i tråd med grensene som direktivet setter for instruksjonsmyndigheten. Det betyr at muligheten til å instruere RME er i behold i den grad direktivet åpner for det.⁴³³

Selv om energiloven gir hjemmel for instruksjonsmyndighet ved delegering av kompetanse, betyr dette imidlertid ikke at delegeringen uten videre kan aksepteres. For det *første* vil RMEs status som et som hovedregel uavhengig organ gjøre det problematisk å si at den styringsrelasjonen som man må kreve for å akseptere delegering er til stede. *Røsvoll* peker på at den rettslige styringsadgangen «bør ikke ... være det eneste relevante».⁴³⁴ Dersom det overordnede organet ikke kan bestemme over prioriteringen av saker, pålegge rapportering, med mer, tilsier det at delegeringen ikke er forsvarlig.⁴³⁵ Dette vil nettopp være funksjoner som er problematiske at departementet eller NVE utøver overfor RME. Situasjonen som oppstår, aktualiserer det *andre* problemet med slik delegering, nemlig at en delegering av myndighet kan uthule RMEs uavhengighet – og potensielt komme i strid med det overordnede uavhengighetskravet etter EU-retten.⁴³⁶

Selv om det – på samme måte som for RMEs bistand til eller bruk av bistand fra andre organer⁴³⁷ – kan være slik at hver enkelt kompetanse-tildeling ikke kommer i strid med det overordnede uavhengighetskravet, må det være slik at EU-rettens uavhengighetskrav tas i betraktning ved vurderingen etter norsk rett av om delegeringen er forsvarlig og derfor kan aksepteres. At RME som hovedregel *skal* være uavhengig, kan også skape en tilbakeholdenhet med å utøve instruksjonsmyndigheten selv utenfor regulatoroppgavene, noe som ytterligere tilsier at delegering ikke er forsvarlig.

⁴³³ Se kapittel 5.2 og 5.2.3.

⁴³⁴ Røsvoll 2020, s. 263.

⁴³⁵ Samme sted.

⁴³⁶ Røsvoll 2020, s. 262, Dyrby 2021, s. 86 og NOU 2019: 5, s. 213–214.

⁴³⁷ Se kapittel 5.6.

Konklusjonen er derfor at delegering av annen myndighet til RME enn den er tillagt ved lov neppe kan tillates etter norsk forvaltningsrettslig delegasjonslære.⁴³⁸

4.8 Direktivets krav om finansiell uavhengighet

I henhold til elektrisitetsdirektivet artikkel 35 nr. 5 bokstav a skal reguleringsmyndigheten ha «separate årlige budgetbevillinger med autonomi i forbindelse med gjennomførelsen af det tildelte budget og tilstrækkelige menneskelige og finansielle ressourcer til at varetage dens opgaver». Jeg går ikke nærmere inn på kravet om tilstrekkelige menneskelige og finansielle ressurser, da dette forutsetter en større innsikt i om arbeidsmengden for RME er håndterbar med dagens dimensjonering.

Det følger av energiloven § 2-3 tredje avsnitt at reguleringsmyndigheten «ikke [kan] instrueres i disponeringen av tildelte budsjettmidler». RME har sin egen post i statsbudsjettet.⁴³⁹ Denne er separat fra NVEs øvrige virksomhet, og RME disponerer over sitt budsjett selv. NVE eller RME kan ikke omdisponere midlene til andre formål.⁴⁴⁰ Det betyr at direktivets uttrykkelige krav er oppfylt.

Imidlertid må også det offentlige finansieringsvirksomhet respektere det overordnede uavhengighetskravet. Et relevant spørsmål å stille er hvor direktivets grenser går på dette punktet.

Ifølge punkt 34 i fortalen til direktivet må «nationale lovgivers godkendelse af reguleringsmyndighedens budget» aksepteres innenfor uavhengighetskravets ramme. Det er når lovgiver eller andre myndigheter i større grad blander seg inn i budsjettfastsettelsen og -disponeringen at grensespørsmål i større grad oppstår. EU-domstolen trakk opp grensene for hvor stor grad av kontroll myndighetene kan føre med reguleringsmyndighetens budsjetter i forhåndsavgjørelsen i C-240/15. Spørsmålet var om en italiensk lovregel som omfattet telekomregulatoren

⁴³⁸ Det som da i norsk rett vil være et spørsmål om tildeling av andre oppgaver til RME ved lov behandles i kapittel 5.2.5.

⁴³⁹ Se supplerende tildelingsbrev til RME fra OED.

⁴⁴⁰ Prop. 5 L (2017–2018), s. 21.

AGCOM, som påla regulator å begrense sine utgifter, var i strid med uavhengighetskravet.

Domstolen uttalte at det ikke var «noget i disse bestemmelser, der angiver, at overholdelsen af disse krav i princippet udelukker, at en national tilsynsmyndighed er omfattet af bestemmelser om offentlige finanser og i særdeleshed af bestemmelser om begrænsning og rationalisering af de offentlige myndigheders udgifter som de i hovedsagen omhandlede».⁴⁴¹ Med «disse bestemmelser» siktes det til det overordnede uavhengighetskravet og til kravet om tilstrekkelig bemanning og finansiering. EU-domstolen viste til at det avgjørende spørsmålet kun var om regulator var tilstrekkelig finansiert og bemannet, noe som det var opp til den nasjonale domstolen å ta stilling til.⁴⁴²

Dommen klargjør at det er adgang til å underlegge reguleringsmyndigheten normale regler for budsjett- og økonomistyring som gjelder for andre deler av forvaltningen, så lenge dette ikke går ut over deres kapasitet til å skjytte sine regulatoroppgaver etter artikkel 37. I Norge må dette bety at RME for eksempel fremdeles kan underlegges reglement for økonomistyring i staten. Slike regler er, så lenge reguleringsmyndigheten klarer å utøve sin funksjon, av relativt liten betydning for oppnåelsen av de formålene uavhengighetskravet skal hensynta, og en begrensning ville vært så inngripende at det ikke ville vært i samsvar med subsidiaritets- og proporsjonalitetshensynene.⁴⁴³ Som *Sześciło* peker på, er reguleringsmyndighetene fremdeles en del av forvaltningshierarkiet, og de politiske myndighetene har adgang til å utøve skjønn over fastsettelsen av årlige budsjetter.⁴⁴⁴ Ser man med norske øyne på direktivets krav, skaper vår ordning neppe problemer i relasjon til uavhengighetskravet i kraft av de klare reglene om RMEs frie budsjettdisposisjonsrett uten instruksjonsadgang.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ C-240/15 avsnitt 36.

⁴⁴² C-240/15 avsnitt 40.

⁴⁴³ Se kapittel 3.2.

⁴⁴⁴ *Sześciło* 2021, s. 211–212. I samme retning Kommisjonen 2010, s. 9.

⁴⁴⁵ Energiloven § 2-3 tredje avsnitt.

4.9 Uavhengighet i relasjon til Statnett/Statkraft

Det som kan kalles det «opprinnelige» uavhengighetskravet i andre pakke var et krav om at regulator skulle være «totalt uafhængige af interesser i elektricitetsindustrien», men ikke nødvendigvis av politiske myndigheter.⁴⁴⁶ Dette kravet består fremdeles i dag, men med en noe annen formulering: Regulatoren skal være «juridisk adskilt fra og funktionelt uafhængig af enhver anden ... privat enhed». Formuleringer i kommisjonens tolkningsnotat tilsier at det ikke var tilsiktet noen realitetsendring på dette punkt.⁴⁴⁷ Formålet med kravet er å unngå såkalt «regulatory capture».⁴⁴⁸ Dette betyr, i snever forstand, at en aktør som et organ er ment å regulere, urettmessig får innflytelse på myndighetens avgjørelse.⁴⁴⁹

Den norske staten fungerer som en aktør i kraftmarkedet som eeneier av statsforetaket Statkraft SF. Statkraft er et kraftprodusentkonsern som opererer i konkurranse med private. Et annet statsforetak, Statnett SF, har monopolrollen som systemansvarlig (TSO). Mens Statnett er underlagt OED, er Statkraft underlagt Nærings- og fiskeridepartementet.⁴⁵⁰ Det gjør at det oppstår spørsmål om RME er tilstrekkelig uavhengig av Statnett og Statkraft.

EU-domstolen har uttalt at om staten bevarer eierskap eller kontroll over markedsaktører i en sektor underlagt uavhengighetskrav til regulatoren, må staten sikre «reel strukturell adskillelse mellom myndighedernes tilsynsfunktion og aktiviteter, der er knyttet til eierskap eller kontrol».⁴⁵¹

Hva som nærmere ligger i dette, og hvordan det slår ut for forholdet mellom RME og Statnett og Statkraft, er uklart. I juridisk teori har det blitt lagt til grunn at regulator ikke kan utøve eierkontroll over selskaper i elektrisitetssektoren.⁴⁵² Antakelig betyr Statkrafts innordning under

⁴⁴⁶ Direktiv 2003/54/EF, artikkel 23.

⁴⁴⁷ Kommisjonen 2010, s. 5–6.

⁴⁴⁸ Verra 2001, s. 179.

⁴⁴⁹ Dal Bó 2006, s. 203.

⁴⁵⁰ NOU 2004: 7, s. 60 og statens eierrapport 2020, s. 11.

⁴⁵¹ C-82/07, avsnitt 14.

⁴⁵² Bjørnebye m.fl. 2007, s. 31.

Næringsdepartementet, mens NVE/RME er underordnet OED, at RMEs uavhengighet i relasjon til Statkraft neppe er problematisk.⁴⁵³

Mer uklar er relasjonen til Statnett, som ligger under samme departement som NVE og RME. Selv om eierstyringen ikke utøves av NVE/RME selv, har EU-domstolen uttalt at forskjellige direktorater i samme administrasjon ikke er uavhengige i relasjon til hverandre.⁴⁵⁴ Dersom man i større grad skiller RME fra NVE og dermed også departementets organisasjon slik direktivet krever, løses antakelig denne problemstillingen langt på vei av seg selv, selv om RME fortsatt vil være administrativt underlagt OED.⁴⁵⁵ I dagens organisering er et sentralt moment at statsforetaksloven § 38 første avsnitt begrenser departementets myndighetsutøvelse over foretaket til foretaksmøtet. I forarbeidene er det forutsatt at mer uformell myndighetsutøvelse utenfor foretaksmøtet er i strid med lovens forutsetning.⁴⁵⁶ Selv om departementet gjennom foretaksmøtet sitter med en ikke ubetydelig innflytelse over Statnett, blir relasjonen til NVE og RME et skritt fjernere – selv om begge er underlagt samme departement. Kombinert med at statsforetaksloven begrenser styringsmulighetene, blir en del av de bekymringene *Nesdam og Sødal/Mellingen* trekker frem i relasjon til *departementets* forhold til Statnett ivaretatt ved at NVE/RME fungerer som reguleringsmyndighet.⁴⁵⁷ Når reguleringsmyndigheten ikke skal kunne styres politisk i sin myndighetsutøvelse, er det større grunn til å akseptere en formell innordning av en markedsaktør under samme departement.

Konklusjonen er derfor at RME er tilstrekkelig uavhengig av Statnett og iallfall av Statkraft, særlig om de tiltakene jeg drøfter i kapittel 4.4. for å skille RME i større grad fra NVE gjennomføres.

⁴⁵³ I samme retning EU-kommisjonens avgjørelse overfor Latvias telekommunikasjonsmyndighet, IP/11/412.

⁴⁵⁴ C-69/91, avsnitt 16.

⁴⁵⁵ Se kapittel 4.5.

⁴⁵⁶ NOU 1991: 8, s. 12.

⁴⁵⁷ *Nesdam* 2007, s. 110 og *Sødal/Mellingen* 2009, s. 180–183.

5 Direktivets krav til funksjonell uavhengighet

5.1 Innledning

Kravet om at reguleringsmyndigheten skal være funksjonelt uavhengig av enhver annen offentlig eller privat enhet følger av direktivets artikkel 35 nr. 4 bokstav a.

Som nevnt i kapittel 2.1, inneholder kravet om funksjonell uavhengighet en rekke mer detaljerte krav, derunder at personalet handler uavhengig av utenforstående interesser og ikke skal ta instruks fra politiske myndigheter, og at ledelsen skal ha et særlig arbeidsrettslig vern. Denne detaljerte operasjonaliseringen av kravet om funksjonell uavhengighet – sammen med at det overordnede uavhengighetskravet har et ganske fastlagt rettslig innhold,⁴⁵⁸ kan tilsa at det ikke er så stort behov for å ta stilling til hva som ligger i begrepet «funksjonelt» uavhengig. Ordlyden tilsier at det er det *operasjonelle* aspektet som er det sentrale – som en kontrast til det *formelle* og *organisatoriske*.⁴⁵⁹ Reguleringsmyndigheten må opptre uavhengig i «gavnet», ikke bare i «navnet». Langt på vei vil dette sammenfalle med innholdet i det overordnede uavhengighetsbegrepet. I en avgjørelse der spørsmålet for EU-domstolen var om den ungarske personvernmyndigheten oppfylte uavhengighetskravet, uttalte domstolen imidlertid at den funksjonelle uavhengigheten «består i, at medlemmerne heraf ikke er bundet af nogen instruks i forbindelse med udøvelsen af deres funktioner».⁴⁶⁰

Denne uttalelsen kan tyde på at instruksforbudet står i en særstilling ved spørsmålet om funksjonell uavhengighet.⁴⁶¹ Selv om avgjørelsen er fra personvernområdet, er det etter mitt syn grunn til å fremheve

⁴⁵⁸ Jf. kapittel 2.1.

⁴⁵⁹ Jf. kapittel 4 om organisatorisk uavhengighet.

⁴⁶⁰ I samme retning, men for *påtalemyndighetens* uavhengighet, Forente saker C-508/18 og C-82/19, avsnitt 22, 31 og 74.

⁴⁶¹ Tilsvarende, i norsk rett, NOU 2019: 5, s. 517.

instruksforbudet også på vårt felt: At reguleringsmyndigheten handler uavhengig av instruks fra politiske myndigheter, kan kalles selve kjernedefinisjonen på et uavhengig forvaltningsorgan. Dette er også en helt sentral del av det overordnede uavhengighetsbegrepet, også i relasjon til definisjonen av domstolenes uavhengighet.⁴⁶²

Overordnede organers påvirkningsmuligheter står også sentralt i principal-agent-rammeverket som uavhengighetskravet er ment å bryte ut av.⁴⁶³ I tillegg til de mer direkte instruksene, kan påvirkning av reguleringsmyndigheten skje på mer indirekte måter. EU-domstolen har uttalt at «[d]en uafhængighed, som kræves ..., har til formål at udelukke ikke alene direkte indflydelse i form af instrukser, men også ... enhver form for indirekte indflydelse, der vil kunne påvirke tilsynsmyndighedens afgørelser».⁴⁶⁴ Dette er i tråd med alminnelig EU-rettslig metode, der formålsrettet tolkning står sentralt.⁴⁶⁵

I sin kjerne synes kravet om funksjonell uavhengighet derfor å bestå av forbudet for overordnede organer til å gi, og for regulator til å motta, instruksjoner, og et forbud mot andre former for indirekte utøvelse av innflytelse over reguleringsmyndigheten. De øvrige, mer detaljerte kravene fremstår som mer spesifikke regler som utgjør *ytterligere garantier* for at reguleringsmyndigheten ikke bare ikke tar instruks, men er fri for insentiver til å handle i politiske myndigheters interesse. Hvor grensen går mellom de ulovlige instruksjonene og generelle føringene, er derfor et sentralt vurderingstema å ta stilling til (5.2).

Videre i kapittelet skal jeg redegjøre for hvordan direktivet, slik det har blitt tolket av EU-domstolen, innebærer at reguleringsmyndigheten selv må utøve alle deler av de pliktige regulatoroppgavene i artikkel 37 (5.2.4). I kapittel 5.3. til 5.6 skal jeg drøfte ulike spørsmål som knytter seg til RMEs forhold til andre offentlige organer. Til slutt skal jeg drøfte to sentrale, men mer detaljerte spørsmål, nemlig om hvilken grad av

⁴⁶² Se kapittel 2.1 og 2.6.

⁴⁶³ Se kapittel 2.8.

⁴⁶⁴ C-614/10, avsnitt 43. Dommen omhandler personvernfeltet, men illustrerer et generelt poeng.

⁴⁶⁵ Se kapittel 1.2.

likhet og samordning av reguleringsmyndighetens profil og lokalisering (logo, kontorlokaler) som tillates (5.7), og hvilken grad av arbeidsrettslig stillingsvern direktivet krever at ledelsen skal ha (5.8).

5.2 Grensen mellom tillatte generelle føringer og ulovlige instruksjoner

5.2.1 Innledning

Direktivet artikkel 35 nr. 4 bokstav b ii) slår fast at medlemsstatene har en plikt til å sørge for at reguleringsmyndighetens ansatte

«ikke søker eller modtager direkte instruksjoner fra nogen regering eller anden offentlig eller privat enhed under udførelsen af reguleringsopgaverne. Dette krav berører ikke et tæt samarbejde, når det er hensigtsmæssigt, med andre relevante nationale myndigheder eller overordnede politiske retningslinjer fra regeringen, som ikke vedrører de reguleringsopgaver og -beføjelser, der er omhandlet i artikkel 37.»

I norsk rett er instruksjonsforbudet gjennomført i energiloven § 2-3 andre avsnitt første setning. Det betyr at det også direkte etter norsk rett gjelder et uttrykkelig instruksjonsforbud, slik at RME ikke vil være forpliktet til å følge instruksjoner. Prinsippet om EØS-konform tolkning gjør imidlertid at det ikke er grunn til å gjøre en selvstendig analyse av hva som regnes som instruksjoner etter norsk rett. Bestemmelsen er ment for å gjennomføre EU-rett, og da er det de grensene EU-retten trekker for instruksjonsadgangen som må legges til grunn.

Jeg skal i dette kapitlet si noe om hva som menes med instruksjoner i bestemmelsens forstand. Spørsmålet om grensene for regulatorens samarbeid med andre myndigheter skal jeg drøfte nærmere i kapittel 5.3–5.6.

5.2.2 Grensen mellom instruksjer og retningslinjer

Direktivbestemmelsen trekker et sentralt skille mellom «direkte instruksjer», som ikke er tillatt, og «overordnede politiske retningslinjer», som direktivet tillater. Ordlydens forbehold om at de politiske retningslinjene ikke skal «vedrøre de reguleringsoppgaver og -beføyelser, der er omhandlet i artikkel 37», tilsier imidlertid at det er utelukket selv med overordnede retningslinjer om utøvelsen av regulatoroppgavene. Dette gjør at det oppstår spørsmål om hvorvidt politiske myndigheter i det hele tatt kan gi slike generelle instruksjer om regulators utøvelse av reguleringsoppgavene – for eksempel ved å gi uttrykk for ønsker om hvordan reguleringsmyndigheten skal utøve sine regulatoroppgaver.⁴⁶⁶

Bestemmelsens ordlyd taler med stor tyngde mot dette. Adgangen til å gi generelle politiske føringer er også nærliggende å klassifisere som en unntaksregel som gir åpning for en viss, begrenset innblanding i regulators kompetanseutøvelse. Det er sikker EU-rettslig metode at en slik unntaksregel skal tolkes snevrest mulig.⁴⁶⁷

Denne snevre forståelsen av unntaket er også lagt til grunn i EU-domstolens dom i C-378/19,⁴⁶⁸ og i C-718/18.⁴⁶⁹ Sistnevnte dom gir en indikasjon på at adgangen til overordnede retningslinjer knytter seg til energipolitiske mål på det aller øverste nivået. I sitt forslag til avgjørelse, som EU-domstolen langt på vei fulgte, uttalte generaladvokat Pitruzzella at «enhver forhåndsstrukturering (Vorstrukturierung) af [reguleringsmyndighetens] funktion fra den nationale lovgivers side ikke må berøre udøvelsen af de centrale beføjelser, som direktiverne tildeler dem».⁴⁷⁰ Denne forståelsen understøttes av kommisjonens tolkningsnotat,

⁴⁶⁶ Sześciło 2021, s. 207.

⁴⁶⁷ Fredriksen/Mathisen 2019, s. 412 og forente saker C-203 og 698/15, avsnitt 88–89.

⁴⁶⁸ Avsnitt 52.

⁴⁶⁹ Avsnitt 116.

⁴⁷⁰ Avsnitt 122 i generaladvokatuttalelsen. Premissene i en generaladvokatuttalelse har neppe samme rettskildevekt som dommen, selv om resultatet samsvarer med uttalelsen. I dette tilfellet er det snakk om en grundig generaladvokatuttalelse som fremstår velbegrunnet, der dommen fremstår som en ren omskrivning av uttalelsen. Da må generaladvokatuttalelsen kunne tillegges en viss vekt. Se Fredriksen/Mathisen 2019, s. 416–417.

der det vises til at medlemsstatene kan definere «the policy framework within which the NRA must operate», og deretter til en rekke eksempler om forsyningssikkerhet, fornybarandeler og energieffektivitetsmål.⁴⁷¹

Grensen mellom en konkret instruks og overordnede retningslinjer i direktivet fremstår som relativt abstrakt, og kan i en del tilfeller skape avgrensingsproblemer. En mulig utfordring oppstår der departementet gir det som objektivt sett fremstår som en nøytral retningslinje – som at reguleringsmyndigheten i sin saksbehandling nå skal legge stor vekt på forbrukerhensyn, men som gis i tilknytning til en stor og kontroversiell sak som RME har til behandling. En annen mulig situasjon er at nasjonale myndigheter ønsker at reguleringsmyndigheten skal legge mer vekt på miljøhensyn eller distriktspolitiske hensyn når den utøver regulatoroppgavene. Spørsmålet som skal drøftes, er om denne typen normeringer er ulovlige instruks, eller tillatte retningslinjer.

Det som klart er forbudt etter direktivet, er konkrete instruks fra politiske myndigheter i enkeltsaker om utøvelsen av regulatoroppgaver etter direktivet. Dette følger direkte av ordlyden i artikkel 35 nr. 4 bokstav b nr. ii. I tillegg til direkte *instruks*, har EU-domstolen også uttalt at utenforstående heller ikke kan utøve «indflydelse på individuelle beslutninger» som reguleringsmyndigheten fatter.⁴⁷² Dette følger ikke direkte av direktivteksten, men kan utledes når instruksforbudet leses i sammenheng med det overordnede uavhengighetskravet. Kommisjonen legger også en vid forståelse av instruksbegrepet til grunn i sitt tolkningsnotat: «An instruction in this context is any action calling for compliance and/or trying to improperly influence an NRA decision and thus includes the use of pressure of any kind on NRA's staff or on the persons responsible for its management».⁴⁷³ Selv om det ikke gis direkte instruks, vil et organ som handler etter utenforstående myndigheters innflytelse, eller der slike myndigheter *forsøker* å utøve slik innflytelse, vanskelig kunne kalles «uavhengig». *Rizzuto* har i tråd med dette lagt til

⁴⁷¹ Kommisjonen 2010, s. 7.

⁴⁷² C-557/10. Dommen gjelder uavhengighetskravet i jernbanedirektiv 91/440/EØF.

⁴⁷³ Kommisjonen 2010, s. 7.

grunn at uavhengighetskravet også oppstiller et forbud mot mer *uformelle måter* å omgå uavhengighetskravet på enn direkte instruksjer.⁴⁷⁴

Hvor de nærmere grensene går for den ulovlige innblandingen, er det neppe mulig å svare klart på, ut over at grensedragningen i stor grad må skje ved en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. I et tilfelle der departementet eller regjeringens opptreden skjer i tilknytning til en konkret sak, vil betraktninger om uformelle og reelle instruksjer lettere kunne gjøre at man kan anse uavhengighetskravet som krenket.

Et sentralt kriterium vil være en vurdering av styringsdirektivenes *karakter*. En viss veiledning kan kanskje finnes i generaladvokat Pitruzzellas utkast til avgjørelse i sak C-718/18, der han uttaler at «specifikke indikationer eller regler, som inneholder utførlige indikationer, sikkert [er] uforenelige med direktiverne».⁴⁷⁵ Generaladvokatens utkast ble langt på vei lagt til grunn i begrunnelse og resultat av domstolen, og unntaket for generelle politiske retningslinjer kunne ikke begrunne utførlige regler gitt av den tyske regjeringen om hvordan tariffene skulle fastsettes.⁴⁷⁶

Ut fra dette kan det utledes at *graden av detaljering* står sentralt ved vurderingen av om man har med en tillatt retningslinje eller en ulovlig instruksjon å gjøre. Dette er relativt rett fram; detaljerte regler eller mål vil i praksis kunne gjøre at reguleringsmyndigheten legger ulovlige føringer på utøvelsen av regulatoroppgavene. Dette er særlig praktisk i spørsmål om tariffastsettelsen.⁴⁷⁷

En forfatter som har gitt en redegjørelse for innholdet i begrepet «retningslinje» som er anerkjent i norsk rettsteori, er *Nils Kristian Sundby*. En «retningslinje» er i Sundbys terminologi en rettsnorm på linje med en regel, men den «determinerer ikke avgjørelsen, den nøyer seg med å være en viss pekepinn for avgjørelsens innhold».⁴⁷⁸ Man kan også si at retningslinjer «angir (eller forutsetter) hva som er relevante ... faktorer i

⁴⁷⁴ Rizzuto 2021, s. 71.

⁴⁷⁵ Generaladvokat Pitruzzellas forslag til avgjørelse i sak C-718/18, avsnitt 122. Om vekten av denne uttalelsen, se fotnote 470.

⁴⁷⁶ C-718/18, avsnitt 110.

⁴⁷⁷ For eksempel i C-718/18 og C-767/19.

⁴⁷⁸ Sundby 1974, s. 198 og Eckhoff/Sundby 1976, s. 130. Noe annerledes i Eckhoff/Sundby 1991, s. 111–112.

en avveining». ⁴⁷⁹ Dette illustrerer en side ved grensdragningen som etter min mening er vel så sentral som graden av detaljering; nemlig at det som kjennetegner retningslinjer er at de ikke styrer *hva* som skal bestemmes, men gir noen føringer på hva reguleringsmyndigheten kan, bør eller skal legge vekt på. ⁴⁸⁰ Selv om Sundbys analyse er rettsfilosofisk og forankret i det norske rettssystemet, ikke EU-retten, er det snakk om en generell analyse som kan gis anvendelse uavhengig av rettssystemer. Grunnlaget er generell normteori som er systemuavhengig, ikke rettskildelæren som er rettsystemavhengig. ⁴⁸¹ Antakelig vil også en *målrettet* retningslinje mot regulatoroppgavene eller enkeltoppgaver etter denne definisjonen være utenfor det tillatte, men for eksempel en nøytral formålsangivelse i energiloven av politiske målsetninger av generell vekt rettet mot *samtlige myndigheter* vil kunne være tillatt.

Skillet mellom bestemmelse av innhold på den ene siden og helt generelle angivelser på overordnet nivå om hva som er relevant ved *avgjørelsesprosessen* når man skal gruppere handlingene fra politiske myndigheter i de tillatte og forbudte, er særlig fruktbar i relasjon til et uavhengighetskrav som her. Selv om det kan være en tett overlapp med detaljeringsnivået, kan også lite detaljerte bestemmelser være formulert som absolutte normer som legger direkte føringer på innholdet i reguleringsmyndighetens avgjørelse. Et eksempel her er en avgjørelse fra den nederlandske forvaltningsdomstolen for handel og industri (Cbb). Departementet hadde her fastsatt kapitalkostnaden for gassnettet ved forskrift, og selv om fastsettelsen av tariffene var reguleringsmyndighetens oppgave, anså domstolen dette som en ulovlig instruksjon, fordi kapitalkostnaden ved nettet var en svært sentral del av tariffastsettelsen. ⁴⁸² Saken har klare likhetstrekk med C-718/18 mot Tyskland. Det essensielle i relasjon til grensdragningen mellom lovlige instruksjoner og tillatte retningslinjer er at det synes ikke å ha vært detaljrikdommen ved reguleringen som

⁴⁷⁹ Eckhoff/Sundby 1991, s. 109.

⁴⁸⁰ Skillet mellom hva reguleringsmyndigheten «kan» og «bør» vektlegge og hva den «skal» vektlegge er sentralt ved tolkningen og domstolskontrollen, se kapittel 5.2.3.

⁴⁸¹ Eckhoff/Sundby 1991, s. 44.

⁴⁸² ECLI:NL:CBB:2010:BM9470.

var problemet, men at departementet hadde gitt en absolutt regel som innskrenket reguleringsmyndighetens skjønnsfrihet.⁴⁸³

Politiske myndigheter kan derfor ikke gi føringer som virker bestemmende på *innholdet* i reguleringsmyndighetenes avgjørelser. Instruksforbudet har da også en side mot kravet om at regulatoroppgavene fullt ut skal utføres av regulator alene.⁴⁸⁴ Direktivet krever at skjønnsfriheten til reguleringsmyndigheten skal begrenses av EU-retten, ikke av nasjonal rett. Dette gir god sammenheng med at direktivet tillater et «tæt samarbejde» med andre myndigheter, så lenge det ikke er snakk om utøvelse av regulatoroppgaver.⁴⁸⁵ Slikt samarbeid vil typisk ta sikte på bistand med informasjonsinnhenting og utveksling av kompetanse gjennom innspill og forespørsler. Helt generelle føringer eller retningslinjer fra overordnede myndigheter som ikke er ment som instruksjoner om et bestemt avgjørelsesinnhold, har mer til felles med uformelle samarbeidsformer der det rettslige hierarkiet og instruksjonsmyndigheten i praksis blir irrelevant, og disse må være tillatte, selv om det er fastsatt i lovs form. Direktivet er et *elmarkedsdirektiv*, og ikke ment å legge andre begrensninger på energi- og naturressurspolitikken enn de som er nødvendige for et fungerende kraftmarked.⁴⁸⁶

Et eksempel på bruk av «retningslinjer» i energisektoren er departementets «Retningslinjer for revisjon av konsesjonsvilkår for vassdragsreguleringer» etter vassdragsreguleringsloven § 8. Vassdragsreguleringsretten er ikke omfattet av tredje energimarkedspakke eller RMEs kompetanse, men dette dokumentet er egnet som illustrerende eksempel. På tross av navnet inneholder dokumentet «retningslinjer» av en karakter som neppe ville vært tillatt etter direktivet. Dokumentet er for det første på overordnet nivå antakelig for spesifikt. Angivelse av retningslinjer for de

⁴⁸³ En mer åpen holdning til spørsmålet ble lagt til grunn av tysk høyesterett i sin dom i samme sakskompleks (EnVR 58/18), der den anerkjenner at generelle forskriftsreguleringer kan begrense reguleringsmyndighetens skjønn, men at de tyske reglene kun regulerte enkelte aspekter («einzelne Gesichtspunkte») av regulatorens inntektsrammefastsettelse, og fremdeles overlot skjønnsfrihet til reguleringsmyndigheten (avsnitt 81). Domstolen holdt det åpent om løsningen stred mot direktivets uavhengighetskrav, i påvente av EU-domstolens avgjørelse.

⁴⁸⁴ Se kapittel 5.2.5.

⁴⁸⁵ Direktiv 2009/72/EF artikkel 35 nr. 4 bokstav b nr. ii).

⁴⁸⁶ Se kapittel 2.2.

enkelte reguleringsoppgavene vil antakelig være for detaljert til å oppfylle direktivets krav. Et eksempel på retningslinjer som er mer problematiske på grunn av sitt saklige innhold, er kapittel 8 om prioritering av revisjonssaker. I kapittel 9 redegjøres det imidlertid relativt nøytralt for hvilke hensyn (miljø, klima, økonomiske forhold, og så videre) som bør inngå i avveiningen ved revisjon. Denne typen av retningslinjer ville kunne vært akseptable på overordnet nivå som målsetninger for kraftpolitikken og reguleringsmyndighetens virksomhet.

5.2.3 Instruksforbudets konsekvenser for domstolskontrollen med RMEs vedtak

Selv om noe er formulert som en generell retningslinje, kan det hende at det kan *tolkes* slik at det legger sterkere føringer på vedtaksprosessen enn ordlyden tilsier. Dette kommer særlig på spissen om det ved domstolskontrollen med reguleringsmyndighetens vedtak, anføres at reguleringsmyndigheten har lagt for lite vekt på en formålsbestemmelse eller andre politiske føringer. Når plikten til å respektere uavhengighetskravet ligger til «medlemsstatene», omfatter dette alle offentlige myndigheter, derunder domstolene. Spørsmålet blir derfor om direktivet setter begrensninger for om en formålsbestemmelse eller andre retningslinjer (for eksempel i forarbeider eller andre dokumenter) kan tolkes som et *pliktig hensyn* for reguleringsmyndigheten etter nasjonal rett, slik at vedtak kan bli ugyldig om det ikke er vektlagt korrekt.⁴⁸⁷

Et krav om å vektlegge et bestemt hensyn i sitt arbeid – som for eksempel forsyningssikkerhet eller distriktshensyn – skiller seg på vesentlige punkter fra instruks om å avgjøre saker med et bestemt resultat, som er det instruksforbudet som nevnt først og fremst retter seg mot. Reguleringsmyndigheten beholder skjønnsfriheten til å fatte politisk uavhengige avgjørelser som direktivreguleringen legger opp til. Subsidiaritetsprinsippet tilsier også at nasjonale myndigheter og domstoler selv skal kunne avgjøre rettsvirkningene av at reguleringsmyndigheten ikke har forholdt seg korrekt til en frihet som direktivet uttrykkelig har gitt statene.⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ Om «pliktlige hensyn» i norsk forvaltningsrett, se Moen 2019, s. 309–312.

⁴⁸⁸ Se kapittel 3.2.2.

Samtidig kan klare, rettslig bindende forventninger om retningen på reguleringsmyndighetens arbeid lett sies å gripe så hardt inn i avgjørelsen av konkrete saker som regulator etter direktivet skal ha ansvaret for,⁴⁸⁹ at man kan si at de «vedrører de reguleringsoppgaver og -beføyelser, der er omhandlet i artikkel 37». Her er det som kjent ikke tillatt å gi retningslinjer, på tross av at de er utformet som generelle mål for regulatorens arbeid. Antakelig ville EU- eller EFTA-domstolen i en eventuell forhåndsavgjørelse etter en balansering av subsidiaritetsprinsippet og uavhengighetskravets bærende hensyn konkludert med at det ikke er noe i veien for formålsangivelser, så lenge nasjonale myndigheter og domstoler ikke pålegger reguleringsmyndigheten å vektlegge dem i konkrete avgjørelser som hører inn under regulatoroppgavene. Her vil forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2 gjøre at domstolen vil vike tilbake fra å vektlegge lovgivers formålsangivelse slik den kunne tenkes å gjøre etter ren norsk forvaltningsrett, fordi uavhengighetskravet i energiloven § 2-3 som gjennomfører direktivets uavhengighetskrav går foran.

Denne situasjonen er et klart eksempel på at uavhengighetskravet ikke bare retter seg mot den utøvende og lovgivende myndighet, men også virker inn på domstolskontrollen med RMEs vedtak. Det er de EU-rettslige reglene som setter rammene for domstolskontrollen, ikke nasjonale politiske myndigheters føringer og prinsipper for energipolitikken. Griper domstolen for hardt inn i reguleringsmyndighetens skjønn og slår fast at bindende retningslinjer ikke er fulgt ved regulatoroppgavene, gjør domstolen en nøytral retningslinje i praksis om til en ulovlig instruks om hvor stor vekt man plikter å tillegge et hensyn. Dette ville det krenket uavhengighetskravet.⁴⁹⁰

Noe annet som kan få betydning for domstolskontrollen med RMEs avgjørelser, er den *norske* forvaltningsrettslige læren om at domstolene utviser tilbakeholdenhet ved gyldighetsprøvingen av vedtakene til organer med særlig fagkompetanse.⁴⁹¹ RME og Energiklagenemndas vedtak kan slik sett tenkes å være kandidater for en

⁴⁸⁹ Jf. artikkel 37.

⁴⁹⁰ Se også drøftelsen av prøvingsintensiteten med RMEs avgjørelser i petitavsnitt på s. 39.

⁴⁹¹ Vangnes 2014, s. 131. Se også kapittel 3.2.3 om forutsetningene om domstolskontroll som EU-domstolen la til grunn i C-718/18.

begrenset prøvingsintensitet. Flere forfattere har imidlertid påpekt at EU-retten regler innebærer en mer inngående prøving med forvaltningsskjønnet.⁴⁹² Dette gjelder likevel kun at domstolen skal prøve fullt ut om vedtaket samsvarer med *direktivets krav* – derunder om det er fattet etter ulovlig instruks eller annen påvirkning. EU-retten vil derfor kreve at domstolsprøvingen med om direktivet er *krenket* er mer inngående enn der man hevder at vedtaket *går for langt sammenlignet med hva direktivet krever*. I den sistnevnte relasjonen stiller ikke EU-retten krav, slik at prøvingsintensiteten her vil være et spørsmål om hva som følger av nasjonal rett.⁴⁹³ Når direktivet og norsk rett overlater skjønnsfrihet til regulator, ender man raskt opp med tilbakeholden prøving med RME og Energiklagenemndas avgjørelser.

5.2.4 Kan reguleringsmyndigheten instrueres om prioriteringen av saker?

Et annet spørsmål er om instruksforbudet også medfører et forbud mot å instruere regulator til å prioritere enkeltsaker, eller enkelte typer saker. Ordlyden «under utførelsen af reguleringsopgaverne» tilsier isolert sett at instruksforbudet kun gjelder det materielle innholdet i avgjørelsene reguleringsmyndigheten fatter. Energiloven og NEM-forskriftens uavhengighetsbestemmelser sier ingenting om adgangen til denne typen instruks. En instruks om at enkelte saker skal prioriteres foran andre kan imidlertid langt på vei utgjøre et like stort inngrep i regulatorens uavhengighet som en instruks i de konkrete sakene, og ha like store, om ikke enda større påvirkning på reguleringen av energisektoren, og ha potensielt markedsvidende effekter.

Reguleringsmyndigheten kunne for eksempel fått instruks om å prioritere de ukontroversielle sakene, mens sakene som er av stor betydning for forsyningssikkerhet og kraftmarkedets fungering kunne nedprioriteres, for eksempel fordi saken er politisk kontroversiell fordi den medfører en kostnadsøkning for forbrukerne. En åpning for at myndighetene kan instruere reguleringsmyndigheten om prioriteringen av saker vil lett uthule det grunnleggende formålet med uavhengighetskravet, nemlig et stabilt, faglig ledet regulatorisk miljø som har mål om å realisere den

⁴⁹² For eksempel Graver 2002, s. 93 og Fengel 2004, s. 814–816.

⁴⁹³ Fengel 2004, s. 813.

felles energipolitikken. Konklusjonen må derfor være at det antakelig ikke er rom for instruksjer om prioriteringen av saker.

5.2.5 Alle elementer i de pliktige regulatoroppgavene må utøves av reguleringsmyndigheten

Direktivets artikkel 37 lister opp de oppgavene som medlemsstatene plikter å la være reguleringsmyndighetens ansvar. En særlig sentral plikt er plikten til å bestemme eller godkjenne tariffen for bruk av kraftnettet (nettleie), eller metoder for nettselskapenes nettleiefastsettelse.⁴⁹⁴ Ettersom utøvelsen av denne og en rekke andre av pliktene overfor nettselskaper og forbrukere krever hjemmel i lov i kraft av lovprinsippet (legalitetsprinsippet) i nasjonal forvaltningsrett, oppstår det spørsmål om hvilke rammer som gjelder for lovgivers adgang til å regulere reguleringsmyndighetens kompetanseutøvelse i loven.

Mens drøftelsen over dreier seg om *instruksjoner*, som direktivet uttrykkelig forbyr, handler dette spørsmålet om hvorvidt lovgiver er forpliktet til å gi reguleringsmyndigheten en «blankofullmakt» til å utøve pliktene som den selv vil etter eget skjønn, eller om den ved lov eller forskrift kan regulere enkelte elementer i kompetansebestemmelsen. Formelt sett er det da det overordnede uavhengighetskravet, lest i lys av direktivets plikt til å legge oppgaver til reguleringsmyndighetens enekompetanse, som kommer til anvendelse. I utgangspunktet kunne man tenke seg at lovgiver beholder en adgang til en viss lovregulering, så lenge reguleringsmyndigheten utøver det faglige skjønn og treffer vedtakene uten påvirkning. Subsidiaritets-, proporsjonalitets- og demokratiprinsippene⁴⁹⁵ kunne i utgangspunktet tilsi en slik tolkning. Det sentrale formålet med uavhengighetskravet er å sikre tilliten til reguleringsmyndighetens myndighetsutøvelse og fravær av politisk innblanding i *enkelt saker*. Generelle rammeverk vedtatt av lovgiver eller etter fullmakt fra lovgiver, for eksempel i forskrift, har liten påvirkning på forutberegneligheten for markedsaktørene, og styrker samtidig hensynet

⁴⁹⁴ Artikkel 37 nr. 1.

⁴⁹⁵ Kapittel 3.2.2. og 3.2.3.

til subsidaritet og demokrati. Direktivets fortale sier også uttrykkelig at «parlamentstilsyn» av regulator er tillatt.⁴⁹⁶ Departementet synes i forarbeidene ved gjennomføringen av uavhengighetskravet å ha lagt til grunn at slik forskriftsregulering vil anses som «generelle politiske føringer» som direktivet tillater.⁴⁹⁷

Praksis fra EU-domstolen viser imidlertid at der det er snakk om det rettslige rammeverket for utøvelsen av de pliktige regulatoropp-gavene, legger domstolen en svært streng tilnærming til grunn, og krever at lovgiver avstår fra å legge føringer på eller overlate noen del av kompetansen reguleringsmyndigheten selv skal utøve til andre enn reguleringsmyndigheten selv. Det innebærer at der departementet for eksempel fastsetter elementer som inngår i beregningen av nettselska-penes inntekter i forskrift, vil dette være i strid med direktivets krav til kompetansetildeling.⁴⁹⁸

Dette kommer frem i dommen i sak C-718/18. Selv om EU-domstolen har uttalt at parlamentene kan føre *kontroll* med reguleringsmyndigheten,⁴⁹⁹ kan de ikke, slik EU-domstolen uttaler, «tildele ... forbundsregeringen en række beføjelser, som udelukkende er forbeholdt de nationale regulerende myndigheder, [og tildele] forbundsregeringen beføjelsen til at bemyndige den nationale regulerende myndighed til at udøve disse beføjelser».⁵⁰⁰ Det var dette som var problemet ved reguleringen i den tyske EnWG⁵⁰¹ § 24, da det var regjeringen som ved forskrift bestemte omfanget av reguleringsmyndighetens kompetanse.

Det samme synspunktet fremgår av EU-domstolens dom i C-767/19 mot Belgia. Her hadde konkurransemyndighetene blitt tillagt kompetansen til å treffe tiltak for å fremme konkurransen i energimarkedet, og vilkårene for blant annet tilknytning til nettet var fastsatt ved en teknisk forskrift vedtatt av Kongen. EU-domstolen mente dette var i

⁴⁹⁶ Fortalens punkt 34.

⁴⁹⁷ Prop. 5 L (2017–2018), s. 66.

⁴⁹⁸ Direktiv 2009/72/EF artikkel 37 nr. 1.

⁴⁹⁹ C-518/07, avsnitt 42, 43 og 46 og C-718/18, avsnitt 126.

⁵⁰⁰ C-718/18, avsnitt 115.

⁵⁰¹ Energiewirtschaftsgesetz.

strid med direktivet. At reguleringsmyndigheten kunne levere rapporter, innstillinger og anmeldelser til konkurransetilsynet, var ikke tilstrekkelig, og det at det var Kongens oppgave å fastlegge den tekniske forskriften, innebar at de belgiske reglene etter domstolens mening at «kongens indgreb [fratager] ved fastlæggelsen af flere af de betingelser, som i henhold til direktiv 2009/72 og 2009/73 bør fastsættes og godkendes af kommissionen for energi- og gasregulering selv, denne myndighed de reguleringskompetencer, som bør tilkomme den».⁵⁰²

EU-domstolens praksis viser med andre ord at det ikke er tilstrekkelig at reguleringsmyndigheten reelt utøver kompetansen i enkeltsaker, eller at reguleringsmyndigheten har fått tillagt kompetanse gjennom en hjemmelskjede kontrollert av regjeringen. Hverken regjering eller parlament kan gjennom lov eller forskrift si noe om hvordan regulatoren skal utøve sine oppgaver, selv ikke gjennom generelle bestemmelser.

Det er derfor verdt å stille spørsmål ved om den nærmest tilsvarende norske reguleringen i energiloven § 4-11, som gir «departementet» hjemmel til å gi «forskrift om at Reguleringsmyndigheten for energi kan gi forskrift» om fastsettelse av inntektsrammer for nettselskaper er i samsvar med direktivets vidtgående krav, i lys av EU-domstolens rettspraksis. Dersom man legger dommene jeg har drøftet over til grunn, kan jeg vanskelig se at dette er tilfelle uten at forskriftskompetansen legges direkte til RME. Dette må i kraft av disse dommene gjelde selv om konstruksjonen i praksis er en ren formalitet, der departementet velger å avstå fra å blande seg inn i RMEs kompetanseutøvelse.

Et annet spørsmål som i lys av EU-domstolens dom mot Tyskland er verdt å drøfte, er om man i Norge har gått for langt i å regulere metodene for beregning av nettselskapenes inntektsrammer i forskrift. Kontrollforskriftens kapitler 7–12 inneholder relativt detaljerte regler om hvordan RME skal beregne inntektsrammer. Å ta stilling til om dette er i samsvar med direktivet forutsetter en drøftelse som ville gått ut over rammene for denne avhandlingen. Reglene er også av så teknisk og økonomisk karakter at en vurdering av hvor mye skjønn som er igjen til RME bør

⁵⁰² C-767/19, avsnitt 109.

være tverrfaglig, og se på RMEs faktiske praksis ved inntektsrammefastsettelsen, noe jeg ikke har forutsetninger for å gjennomføre.

5.2.6 Oppsummering

EU-domstolens praksis og drøftelsen i dette kapittelet viser at grensene for hvor langt man kan gå i å begrense regulators skjønnsrom ved lov, forskrift, instruks eller annen uformell påvirkning er snevre. En grense kan antakelig trekkes mellom rene overordnede ønsker om hvordan reguleringsmyndigheten skal arbeide, som må være tillatt, og forpliktende krav og normeringer som sier noe om hva reguleringsmyndigheten skal vektlegge eller gjøre, som ikke er tillatt. Spesielt strengt er dette innenfor de fastsatte regulatoroppgavene, og under enhver omstendighet kan instruksene ikke rette seg mot enkeltsaker. Det praktiske resultatet er at det antakelig bare er fastsettelsen av prinsipper og mål for energiforvaltningen som *helhet*, derunder reguleringsmyndigheten, som er tillatt.

Eventuelle retningslinjer må derfor være overordnede i formen og ha karakter av «top-level» energistrategiske og politiske mål. Det er vanskelig å se for seg at slike retningslinjer, med de eksemplene kommisjonen gir i tolkningsnotatet, kan være målrettet mot reguleringsmyndighetens arbeid. På den andre siden gjør dette det relativt enkelt å gå klar av uavhengighetskravets grenser, ved for eksempel å si at målsetningene skal gjelde en «helhetlig energi- og ressurspolitikk» eller for «alle myndigheter i energiforvaltningen», ikke bare regulatorvirksomheten. Et vedtak om at reguleringsmyndigheten for eksempel skal legge vekt på å verne sluttbrukerne mot høye kostnader når den fastsetter tariffen, ville på den andre siden utgjort et ulovlig inngrep i utøvelsen av regulatoroppgaver, på tross av en generell formulering.

Åpningen for generelle, overordnede føringer, samtidig som at normeringer av reguleringsmyndighetens håndtering av reguleringsoppgavene ikke er tillatt, gjør at lovgiver og andre regel- og instruksgivende myndigheter balanserer på en knivsegg når man beveger seg inn på oppgavene

som regulator etter direktivet har ansvaret for.⁵⁰³ Rommet for hva man kan regulere er begrenset.

5.3 Oppgavefordelingen mellom RME og andre organer

5.3.1 Kan RME utøve andre oppgaver enn regulatoroppgaver?

Opprettelsen av RME ledet til at en rekke bestemmelser der NVE tidligere hadde forskriftskompetanse, ble trukket tilbake til departementet.⁵⁰⁴ RMEs nye rolle som uavhengig regulator har blitt beskrevet som en rolle som primært går ut på å tolke og håndheve regler vedtatt av andre, enn å være en regelprodusent selv.⁵⁰⁵ Ser man på de pliktige regulatoroppgavene som direktivet nevner, har disse i stor grad preg av å være tilsyns- og kontrollfunksjoner.⁵⁰⁶ Det gjør at man kan si at det fremstår som direktivets forutsetning at reguleringsmyndigheten i mindre grad skal drive regelgivning på overordnet nivå, utenom forskrifter om inntektsrammer og nøytral opptreden av netteier, der RME har beholdt sin forskriftskompetanse.⁵⁰⁷

I Norge benyttes RME imidlertid i en del sammenhenger av departementet til utrednings- og regelverksutformingsarbeid. Eksempler på dette er at RME på oppdrag fra departementet har utredet innføring av tariff for tilknytning til overføringsnettet,⁵⁰⁸ bedre utnyttelse av nettet gjennom aggregering,⁵⁰⁹ og gjennomført høring og fremmet forslag til

⁵⁰³ I samme retning Cabau 2021, s. 275.

⁵⁰⁴ Høringsnotat NEM s. 8.

⁵⁰⁵ Prop. 5 L (2017–2018), s. 20, Innst. 175 L (2017–18), s. 5 og Støle/Naas-Bibow 2021.

⁵⁰⁶ Direktiv 2009/72/EF artikkel 37 nr. 1 bokstav a.

⁵⁰⁷ Energiloven § 4-11.

⁵⁰⁸ Meld. St. 36 (2020–21), s. 63 og 65.

⁵⁰⁹ Meld. St. 36 (2020–21), s. 68.

departementet om forskriftsendringer om blant annet selskapsmessig og funksjonelt skille i nettselskaper,⁵¹⁰ og nettleiestruktur.⁵¹¹

At RME skulle brukes som samarbeidspartner i departementets regelutviklingsarbeid, var en bevisst forutsetning fra norske myndigheter. I innstillingen fra energi- og miljøkomitéen til gjennomføringen av tredje energimarkedspakke i energiloven het det at

«Flertallet sier seg enig i at reguleringsmyndigheten (RME) må kunne foreslå regelverksendringer samt å bistå i utarbeidelsen av disse. Det er imidlertid viktig at selve forskriftskompetansen fortsatt må ligge i departementet. For å ivareta hensynet om politisk kontroll over rammevilkårene og samtidig respekten for RMEs uavhengighet vil dette i noen tilfeller bety at departementet eller NVE må besitte selvstendig kompetanse på enkelte av de områdene som ivaretas av RME. Selv om tett samspill i det daglige vil være ønskelig og sannsynlig, kan ikke politiske myndigheter gjøre seg avhengige av et uavhengig organ i håndhevelsen av sentrale sider ved norsk energipolitikk»⁵¹²

Komiteén peker her på at et *for* nært samarbeid mellom RME og departementet kan utfordre RMEs uavhengighet. Spørsmålet er om direktivets regler setter grenser for at RME kan samarbeide om regelverksendringer med departementet, og i så fall hvor denne grensen går.

Direktivet legger etter sin ordlyd ikke direkte begrensninger på RMEs adgang til å utføre andre oppgaver enn regulatoroppgaver, der politiske organer samtidig vil kunne ha instruksjonsmyndighet.⁵¹³ Dette er fulgt opp i EU-domstolens og kommisjonens praksis.⁵¹⁴ Samtidig sier direktivet uttrykkelig at et «tæt samarbejde, når det er hensigtsmæssigt, med andre relevante nationale myndigheder» er tillatt.

⁵¹⁰ RME rapport nr. 1/2020.

⁵¹¹ RME rapport nr. 6/2020. Det er et spørsmål for seg om den type regler denne forskriftsendringen gjelder uansett etter direktivet ligger til regulatorens enekompetanse, se kapittel 3.2.3 og 5.2.5.

⁵¹² Innst. 175 L (2017–18), s. 6. Se også Prop. 5 L (2017–2018), s. 20, der det uttales at «[r]eguleringsmyndigheten bør kunne bistå departementet med fagkompetanse».

⁵¹³ Cabau 2021, s. 273.

⁵¹⁴ Kommisjonen 2019, s. 45 og C-424/15, avsnitt 38.

Systemet i reglene som utgjør bestanddelene av uavhengighetskravet kan også sies å bygge på en forutsetning om at regulator kan utøve andre oppgaver enn reguleringsoppgaver.⁵¹⁵ Adgangen til å gi overordnede retningslinjer som ikke gjelder regulatoroppgaver ville ikke gitt mening dersom regulator *bare* kunne utøvd regulatoroppgaver. Oppfyllelsen av regulatoroppgavene er heller ikke avhengig av at reguleringsmyndigheten begrenser seg til å *kun* utøve de pliktige regulatoroppgavene. Dette er langt på vei et spørsmål om reguleringsmyndighetens kapasitet og organisering av arbeidet, og i direktivbestemmelsene inneholder et uttrykkelig krav om tilstrekkelig finansiering og bemanning til å ivareta regulatoroppgavene.⁵¹⁶

Hva som ligger utenfor regulatoroppgavene, vil først og fremst avgjøres av opplistingen i artikkel 37. Direktivet nevner imidlertid at de særlig strenge uavhengighetskravene også gjelder ved utøvelsen av reguleringsoppgaver som «dertil [til direktivet, min anm.] knyttede forskrifter pålegger den» (engelsk: «related legislation»). Kommisjonen nevner i sitt tolkningsnotat at dette skal forstås som pliktene etter gassdirektivet,⁵¹⁷ men viser også til reguleringsoppgaver som ikke omfattes av artikkel 37, som plikten til å godkjenne nettselskaper (TSOer).⁵¹⁸ Eksempler på regler som faller utenfor «related legislation» er ifølge *Cabau* forordningen om markedsatferd (REMIT),⁵¹⁹ energieffektiviseringsdirektivet⁵²⁰ og forordningen om transeuropeisk energiinfrastruktur.⁵²¹ Disse rettsaktene er ikke gjennomført i EØS-avtalen, men iallfall REMIT-forordningen er vurdert som EØS-relevant.⁵²² Dermed kan RME i fremtiden komme til å tildeles flere oppgaver, der adgangen til å gi den instruksjoner kan være mer omfattende.

⁵¹⁵ I samme retning, men basert på andre elmarkedsdirektiv, Nesdam 2007, s. 100.

⁵¹⁶ Direktiv 2009/72/EF artikkel 35 nr. 5 bokstav a).

⁵¹⁷ Direktiv 2009/73/EF, artikkel 41.

⁵¹⁸ Direktiv 2009/72/EF, artikkel 10.

⁵¹⁹ Forordning (EU) 1227/2011

⁵²⁰ Direktiv 2012/27/EU

⁵²¹ Forordning (EU) 347/2013.

⁵²² EØS-notat 28. mai 2019.

Selv om det ut fra dette er vide rammer for RMEs adgang til å samarbeide med andre myndigheter, derunder departementet om regelverksutforming, setter det overordnede uavhengighetskravet på vanlig måte også begrensninger for adgangen til å gi RME andre oppgaver enn regulatoroppgavene. Selv om statene i tråd med EU-domstolens praksis vil ha en vid skjønnsfrihet på dette punktet,⁵²³ vil det kunne tenkes en situasjon der regulator jevnlig og i stort omfang utøver ordinære forvaltningsoppgaver i form av utrednings- og regelverksarbeid som er ment å munne ut i vedtak på departementsnivå, eller utøver myndighet etter øvrig EU-rettslig regelverk under sterk politisk kontroll. I en slik situasjon vil det kunne oppstå et så stort interessefelleskap mellom regulator og de myndighetene som instruerer at tilliten til reguleringsmyndighetens uavhengighet kan trekkes i tvil, i tillegg til at grensene lett kan bli flytende. Det er dette komitéen ser ut til å ha vært klar over i sitatet over. Om regelverket i praksis er laget av RME, men formelt vedtas av departementet, kommer RME lett i en posisjon som departementets «underbruk», der departementet benytter seg av RMEs som «sin egen» fagkompetanse, fremfor å ha kompetansen internt. Da havner man lett i en insentiveringssituasjon der RMEs tjenestepersoner kan føle at de er gitt oppdrag av departementet for å *handle i departementets interesser*, som er nettopp det man ønsker å motvirke gjennom uavhengighetskravet.⁵²⁴

På den andre siden vil RME typisk ha en rolle som «faglig sekretariat» for OED, der OED gjennomarbeider forslaget og sender det på full høring. Det reduserer RMEs preg av å utføre oppgaven «for» OED. RME har imidlertid fremdeles en sentral rolle i utarbeidelsen av regelverk som til slutt skal vedtas av OED, slik at det antakelig får mindre vekt om bistanden er rent faglig eller ansvaret for produktet ligger hos OED. Selv om et slikt samarbeid ikke gjelder utøvelsen av regulatoroppgaver, er dette eksempelet et bilde på hvordan relasjonene mellom RME og overordnede politiske organer *utenfor* utøvelsen av regulatoroppgavene kan smitte over på uavhengigheten ved utøvelsen av regulatoroppgavene – eller i det minste allmennhetens tillit til uavhengigheten.

⁵²³ C-389/08, avsnitt 25 flg.

⁵²⁴ Se kapittel 2.3.2 og 2.5.

Disse punktene tilsier, på samme måte som andre inngrep fra lovgiver og andre myndigheter overfor regulator i form av føringer, at man er tilbakeholden med å i for stor grad gi regulator andre oppgaver enn de man etter direktivet har plikt å legge til regulator. Hvor grensen går, må avgjøres konkret i hver enkelt sak. Antakelig er det slik at hver samarbeidshandling for seg neppe går ut over grensene for det tillatte, men at spørsmålet blir mer tvilsomt dersom *summen* av samarbeid er av rettslig relevans. Som i spørsmålet om myndighetsoverføring etter Grunnloven § 115, har det sistnevnte perspektivet lett for å forsvinne. Slik vår rettsorden og prosessrett er, vil rettsanvendelsen fokusere på spørsmålet om hjemmelen til *hver enkelt handling* fremfor flere forhold sett i sammenheng. Det har blitt reist kritikk i litteraturen mot at summen av stortingsvedtak som overfører myndighet ikke har blitt ansett rettslig relevant etter § 115,⁵²⁵ og spørsmålet om hvilken grad av oppgaver som kan overlates til reguleringsmyndigheten er etter mitt syn et annet illustrerende eksempel på hvordan en enkeltvis tilnærming lett fører til uheldige resultater.

5.3.2 Instruksjonsadgangen ved utøvelse av andre oppgaver enn regulatoroppgaver

Over har jeg konkludert med at det etter omstendighetene vil være adgang til å gi RME andre oppgaver enn regulatoroppgaver. Her vil jeg kort drøfte adgangen til å instruere RME når den utøver slikt «ekstraarbeid».

Ifølge ordlyden i artikkel 35 nr. 4 bokstav b ii) er instruksjonsforbudet begrenset til utøvelsen av regulatoroppgaver. Det betyr at andre myndigheter som utgangspunkt står fritt til å instruere reguleringsmyndigheten utenfor regulatoroppgavene, noe som også underbygges av at direktivet uttrykkelig åpner for et «tæt» samarbeid utenfor området for disse oppgavene.⁵²⁶

⁵²⁵ Holmøyvik 2011, s. 468 og Ørebech 2018, s. 190.

⁵²⁶ I samme retning den østerrikske øverste forvaltningsdomstolen i Ro 2016/04/0013, avsnitt 28.

Dette betyr imidlertid ikke at det er uproblematisk å gi instruksjoner til reguleringsmyndigheten om andre forhold enn regulatoroppgavene.⁵²⁷ Kravet om å garantere reguleringsmyndighetens «uafhængighed» gjør at en utstrakt kontakt og bruk av instruksjoner i forholdet mellom regulator og andre myndigheter kan skape en situasjon der myndighetene har en slik innflytelse over regulator at det oppstår en fare for et *de facto* underordningsforhold som ikke kan aksepteres etter direktivet.⁵²⁸ Jo tettere kontakten blir, og jo mer omfattende og hyppige instruksjonene er, desto enklere kan myndighetenes opptreden tenkes å komme i konflikt med uavhengighetskravet, selv om terskelen nok er en del høyere utenfor kjernen av regulatoroppgavene. Hvor grensene det overordnede uavhengighetskravet setter, er det vanskelig å si noe generelt om, slik at det må gjøres en konkret vurdering fra sak til sak.

Regulatoroppgavene etter direktivet er mange, og etter sin ordlyd vidtgående.⁵²⁹ Rommet for å gi instruksjoner er med andre ord allerede av denne grunn lite. I tillegg kan det ikke utelukkes at begrepet «reguleringsoppgaver» både i artikkel 35 og de konkrete regulatoroppgavene i artikkel 37 må gis en vid tolkning, i tråd med direktivets formål.⁵³⁰

Samlet sett kan det sies at det overordnede uavhengighetskravet legger begrensninger på adgangen til å instruere og på annen måte styre reguleringsmyndigheten også utenfor regulatoroppgavene, selv om handlingsrommet neppe er *like* begrenset her.⁵³¹

⁵²⁷ I samme retning, se kapittel 4.7.

⁵²⁸ C-614/10 avsnitt 43.

⁵²⁹ Jf. artikkel 37

⁵³⁰ Wahlhäuser 2019, s. 1092.

⁵³¹ *Østerrike* er et eksempel på et land som har tatt konsekvensen av de uklare linjene, og like greit slått fast at regulatoren E-control er uavhengig og uinstruerbar med unntak av spesifikke forpliktelser utover regulatoroppgavene, jf. E-Controlgesetz § 5 andre og fjerde avsnitt.

5.4 Forholdet mellom RME og politiske myndigheter ved prøving av vedtak fra ACER for EFTA-domstolen

Der ACER via ESA treffer vedtak med virkning for RME, har nasjonale myndigheter adgang til å angripe vedtaket for EFTA-domstolen på grunnlag av ODA artikkel 36.⁵³² Dette reiser spørsmål om forholdet mellom politiske myndigheter, i praksis OED og resten av regjeringen, og RME der det blir aktuelt å anlegge slik sak.

Et sentralt spørsmål er om uavhengighetskravet påvirker hvilke myndigheter som har adgang til å anlegge sak på grunnlag av ODA artikkel 36. Et praktisk tilfelle er at RME ønsker å angripe et vedtak fra ESA. Kan RME gjøre det? Bestemmelsens første avsnitt sier at en «EFTA-stat» kan reise sak om et ESA-vedtak. Det er ikke tvilsomt at dette gir regjeringen adgang til å anlegge annullasjonssøksmål for EFTA-domstolen.

Om et uavhengig forvaltningsorgan som RME er omfattet, er imidlertid uklart.⁵³³ Et regelsett som kan gi veiledning, er folkerettens alminnelige regler om hvem som representerer en stat utad. Utgangspunktet er at dette er noe statene selv bestemmer.⁵³⁴ I vårt tilfelle er det imidlertid både upraktisk og uønsket at staten griper inn eller slutter seg til et saksanlegg fra RME, siden det ville kunne uthule reguleringsmyndighetens uavhengighet. I Wien-konvensjonen om traktatretten (VCLT), som langt på vei anses som folkerettslig sedvanerett,⁵³⁵ og som EU-domstolen ved flere anledninger har henvist til,⁵³⁶ anses statsoverhodet, statsministeren og utenriksministeren som kompetente i kraft av sin stilling til å inngå

⁵³² Jf. også artikkel 6 første ledd i den nye protokoll 8 til ODA-avtalen. Et annullasjonssøksmål for *EU-domstolen* kan også tenkes fra norske myndigheter, jf. TEUF artikkel 263 fjerde avsnitt. Av politiske grunner skal det likevel sannsynligvis mye til for at denne adgangen brukes fremfor adgangen til saksanlegg for EFTA-domstolen. Se Eriksen/Fredriksen 2019, s. 168.

⁵³³ Se Christiansen 2018, s. 1042 og tilsvarende for TEUF artikkel 263, Kotzur 2015, s. 879. Ingen av forfatterne problematiserer spørsmålet.

⁵³⁴ Fleischer 2005, s. 79 og Ruud/Ulfstein 2018, s. 172.

⁵³⁵ C-162/96, avsnitt 24 og Ruud/Ulfstein 2018, s. 86.

⁵³⁶ C-162/96, avsnitt 24, C-344/04, avsnitt 40, T-338/08, avsnitt 72, T-396/09, avsnitt 61 og C-224/16, avsnitt 62.

traktater.⁵³⁷ Bestemmelsen gjelder traktatinngåelse, og ikke hvem som skal anses for å representere en stat i prosessuelle spørsmål under en traktat. Den gir likevel en klar indikasjon om at en underliggende, frittstående etat som RME neppe kan anses for å representere staten Norge på selvstendig grunnlag overfor EFTA-domstolen.

I ODA artikkel 36 andre avsnitt er likevel «[e]nhver fysisk eller juridisk person» gitt en utvidet søksmålskompetanse, så lenge søksmålet gjelder en avgjørelse som er «rettet» mot vedkommende. ACERs vedtak mot RME er åpenbart «rettet» mot RME. Mer usikkert er det om RME er en «fysisk eller juridisk person». RME er et forvaltningsorgan, og selv om bestemmelsen bruker ordet «enhver», er det noe anstrengt å snakke om et forvaltningsorgan som en «juridisk person». Den samme formuleringen er også brukt i artikkel 6 i den nye protokoll 8 om EU-byråvedtak i EFTA-pilaren. Bestemmelsen er imidlertid vidt formulert, noe som taler for at man har ment å gi en bred adgang til domstolsprøving, og ikke utelukke organer som RME. Mye kan derfor tilsi at RME er omfattet av begrepet «juridisk person» og har søksmålskompetanse. Spørsmålet er likevel ikke helt avklart.

En annen situasjon er at regjeringen ønsker å angripe et vedtak fra ESA som RME *ikke* ønsker å angripe. Da oppstår det spørsmål om hvordan uavhengigheten i en slik situasjon mellom RME og resten av statsforvaltningen skal opprettholdes.

Det som iallfall må være utelukket, er at regjeringen eller OED instruerer RME til å ta ut søksmål for EU-domstolen, og på denne måten opptrer som regjeringens representant. Gjennomføringen av ACERs vedtak er en del av reguleringsmyndighetens pliktige oppgaver.⁵³⁸ Her gjelder det nærmest et totalforbud mot instruksjer eller innblanding i utøvelsen av denne kompetansen og plikten.⁵³⁹ Det betyr at et eventuelt saksanlegg fra regjeringen må gjøres av regjeringen selv, uten å gå veien om RME.

⁵³⁷ VCLT artikkel 7 nr. 2 bokstav a.

⁵³⁸ Direktiv 2009/72/EF artikkel 37 nr. 1 bokstav d.

⁵³⁹ Se kapittel 5.2.

Det som det imidlertid må være rom for, er at departementet innhenter RMEs mening om et søksmål og diskuterer spørsmålet med representanter fra reguleringsmyndigheten. Et annulasjonssøksmål fra regjeringen alene faller utenfor regulatoroppgavene, og da gir direktivet rom for et «tæt samarbejde». ⁵⁴⁰ Utøves det direkte eller indirekte press eller forespørsler til RME om å bidra i et saksanlegg, for eksempel ved å utarbeide forslag til stevning, kommer man imidlertid raskt inn i utrygt farvann når det gjelder å opprettholde tilstrekkelig uavhengighet.

I praksis vil antakelig Regjeringsadvokaten ha en sentral rolle i et slikt saksanlegg mot et ESA-vedtak, iallfall ved saksanlegg fra departementet. Det er imidlertid neppe, særlig på grunn av prinsippet om advokatens uavhengighet, noe til hinder for at Regjeringsadvokaten bistår RME i en slik sak. ⁵⁴¹ Dette må imidlertid forutsette at det opprettholdes en «chinese wall» mot departementet og resten av regjeringen i saken. Bistår Regjeringsadvokaten RME – eller departementet – kan embetet neppe i samme sak representere den andre.

Til slutt kan det også tenkes at *både* RME og OED ønsker å angripe ESAs vedtak. I et slikt tilfelle vil forening av sakene være praktisk. ⁵⁴² Der RME velger å anlegge sak først, har staten mulighet til å tre inn som intervenient i saken. ⁵⁴³ Det gjør det i en slik situasjon ikke nødvendig med et eget saksanlegg fra statens side. Om det er *staten* som først anlegger sak, må imidlertid RME anlegge sin egen sak for å få partsstilling for EFTA-domstolen. Intervensjonsadgangen for andre enn statene gjelder ikke i saker «mellom EFTA-stater og EFTAs overvåkningsorgan». ⁵⁴⁴ En intervensjon til støtte for RME, eller forent behandling av så å si likelydende stevninger, kommer neppe i seg selv i strid med uavhengighetskravet. En utstrakt kontakt og samarbeid mellom regjering og RME i saksforberedelsen kan imidlertid kunne tenkes å være problematisk. ⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ Direktiv 2009/72/EF artikkel 35 nr. 4 bokstav b ii).

⁵⁴¹ Se kapittel 5.6.2.

⁵⁴² Rettergangsordning for EFTA-domstolen, artikkel 46 nr. 1.

⁵⁴³ ODA protokoll 5 artikkel 36 første avsnitt.

⁵⁴⁴ ODA protokoll 5 artikkel 36 andre avsnitt.

⁵⁴⁵ Etter lignende synspunkter som de som drøftes i kapittel 5.3. og 5.6.

5.5 Informasjonsutveksling mellom RME og andre organer

Det neste spørsmålet jeg skal drøfte, er om og i hvilken grad direktivet legger begrensninger på adgangen til utveksling av informasjon og rapportering fra reguleringsmyndigheten til andre organer, og da særlig overordnede politiske myndigheter.

Problemstillingen er særlig relevant fordi ESA i sitt brev⁵⁴⁶ problematiserer at RME i norsk lov og forskrift er pålagt vidtgående rapporteringsplikter til OED, som kan kreve redegjørelse for «ethvert forhold innenfor sitt eget ansvarsområde»,⁵⁴⁷ samt til resten av NVE.⁵⁴⁸

Direktivet pålegger medlemsstatene å gi reguleringsmyndigheten plikt til å gi årlige rapporter til «de relevante myndigheter i medlemsstatene», i tillegg til ACER og kommisjonen, om sin virksomhet og oppfyllelsen av sine plikter etter direktivet.⁵⁴⁹ Fortalen til direktivet sier at uavhengighetskravet ikke er til hinder for «parlamentstilsyn».⁵⁵⁰ Bortsett fra dette sier direktivet ikke noe om adgangen til å gi slike rapporteringspålegg. Det betyr at en slik adgang må vurderes opp mot det overordnede uavhengighetskravet.

Ser man hen til hensynene som begrunner uavhengighetskravet, vil omfattende rapporterings- og informasjonsdelingskrav lett kunne tenkes å skape en uønsket *agency*-situasjon.⁵⁵¹ En slik virkemiddelbruk vil kunne skape et overvåkingsforhold der politiske myndigheter i praksis kan utøve sterk indirekte påvirkning på reguleringsmyndighetens arbeid.⁵⁵² Selv om det kan tenkes at direktivet ikke stenger for en adgang til å kreve informasjon i visse situasjoner, må det antakelig gjøres en mer helhetlig vurdering av overordnede myndigheters atferd overfor reguleringsmyndigheten. Om kravene om rapportering ledsages av en mer løpende dialog og eva-

⁵⁴⁶ ESA 2020, s. 4.

⁵⁴⁷ NEM § 2-3 andre avsnitt.

⁵⁴⁸ Systemansvarsforskriften § 25 tredje avsnitt.

⁵⁴⁹ Direktiv 2009/72/EF, artikkel 37 nr. 1 bokstav e).

⁵⁵⁰ Fortalens punkt 34.

⁵⁵¹ Se kapittel 2.8.

⁵⁵² Krawiec 2005, s. 598. Se kapittel 5.2.2, ved fotnote 474.

luering av RMEs arbeid eller innspill til utøvelsen av regulatoroppgavene, vil man enklere kunne konkludere med at det foreligger en så tydelig påvirkningsfare at opptredenene krenker uavhengighetskravet.

En tilsvarende bestemmelse som den norske fantes i den østerrikske E-Controlgesetz (loven om reguleringsmyndigheten E-Control).⁵⁵³ I en sak for den øverste forvaltningsdomstolen ble det anført at denne bestemmelsen i seg selv var i strid med uavhengighetskravet. Domstolen viste til at reguleringsmyndigheten etter østerriksk rett også utførte andre oppgaver enn regulatoroppgaver etter direktivet, der instruksjonsforbudet ikke gjaldt.⁵⁵⁴ Hjemmelen til å kreve informasjon og rapportering var derfor ikke i strid med direktivet. Senere ble den aktuelle bestemmelsen i østerriksk rett endret til å gjøre unntak fra rapporteringsadgangen der dette kommer i strid med uavhengighetskravet, i tråd med uttalelsene i dommen.

Dommens skille mellom regulatoroppgaver og ikke-regulatoroppgaver fremstår som velbegrunnet, selv om det er grunn til å utvise en viss varsomhet også utenfor regulatoroppgavene for å ikke skape en situasjon som kan smitte over og skape en avhengighetsrelasjon også ved utøvelsen av regulatoroppgavene.⁵⁵⁵

En annen faktor som kan være egnet som vurderingskriterium, er om det er snakk om *løpende* informasjonsutveksling og rapportering knyttet til enkeltsaker, eller kun en etterfølgende rapportering om reguleringsmyndighetens arbeid, særlig i form av generaliserte og/eller jevnlig rapporter. Den sistnevnte formen for rapporter er i mindre grad egnet til å gi innvirkninger på uavhengigheten i det daglige arbeidet enn om reguleringsmyndigheten, spesielt i pågående saker, blir forpliktet til å gi opplysninger til overordnede myndigheter. Særlig problematisk er det om informasjonskravene knytter seg til selve kompetanseutøvelsen og vurderingene reguleringsmyndigheten gjør. Om myndighetene på denne måten stiller spørsmål ved eller forsøker å overvåke reguleringsmyn-

⁵⁵³ E-Controlgesetz § 5 nr. 3.

⁵⁵⁴ Ro 2016/04/0013, avsnitt 27.

⁵⁵⁵ Se kapittel 2.8.

dighetens løpende arbeid, havner man lett inn i en situasjon som kan klassifiseres som ulovlig indirekte påvirkning.

5.6 RMEs bistand fra andre organer

5.6.1 Adgangen til å få bistand fra andre forvaltningsorganer

I kapittel 5.3 over har jeg drøftet adgangen for RME til å *selv* bistå andre myndigheters arbeid. I sitt arbeid kan det også hende at myndigheten anser det tjenlig å innhente bistand *fra* andre myndigheter. Særlig praktisk er det at RME samarbeider med andre avdelinger i NVE. For dette samarbeidet har RME utviklet skriftlige rutiner.⁵⁵⁶

Spørsmålet her er hvilke begrensninger direktivet setter på slikt samarbeid. Utgangspunktet etter direktivet er det samme for mottak av bistand som det å gi bistand; direktivet sier uttrykkelig at et «tæt samarbejde» med andre myndigheter er tillatt.⁵⁵⁷ Dette gjelder etter ordlyden uavhengig av hvilken myndighet det er snakk om å samarbeide med.

En begrensning som er særlig sentral ved RMEs mottak av bistand, er at adgangen til samarbeid ikke kan vedrøre reguleringsoppgavene etter artikkel 37. Dette må leses i lys av forbudet mot instruks eller annen myndighetspåvirkning. Denne koblingen tilsier at RME må utøve sin kompetanse alene; andre myndigheter kan ikke bestemme noe eller foreta seg noe som er et ledd i utøvelsen av regulatoroppgavene, for eksempel ved at departementet ved forskrift fastsetter metodene for beregning av nettselskapenes inntektsrammer.⁵⁵⁸ Den *beslutningsmessige* uavhengigheten må respekteres.⁵⁵⁹

Noe annet enn å få bistand til å *utøve* regulatoroppgavene, er at andre organer bistår med informasjon eller ekspertise som RME kan ha nytte

⁵⁵⁶ <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/om-rme/var-virksomhet/rutiner-for-saksbehandling-og-samhandling/>.

⁵⁵⁷ Direktiv 2009/72/EF, artikkel 35. nr. 4 bokstav b ii).

⁵⁵⁸ Se kapittel 5.2.5. om tvilen om den norske modellen tilfredsstillende uavhengighetskravet, med henvisninger til rettspraksis.

⁵⁵⁹ C-378/19, avsnitt 65.

av, også ved utøvelsen av regulatoroppgavene. Så lenge RME selv utøver et skjønn over hvilke hensyn og hvilken informasjon man skal legge vekt på, ville det ikke ivaretatt hensynene til samfunnsøkonomisk, miljømessig og forsynings sikker drift av kraftsystemet⁵⁶⁰ om RME i det daglige ikke kunne samarbeide med andre organer som sitter på ekspertise om RMEs kjerneoppgaver. Dette kan, i tillegg til konkrete forespørsler om informasjon, analyser, data og så videre, også være høringer eller konferanser der man mottar innspill fra andre offentlige myndigheter. Slikt samarbeid kan være av stor nytte for reguleringsmyndigheten, og føre til en bedre og mer legitim utøvelse av regulatoroppgavene.⁵⁶¹

Imidlertid kan det tenkes også her at kontakten mellom RME og andre organer blir så sterk at det kan komme i konflikt med det overordnede uavhengighetskravet. Etter mitt syn må det likevel en del mer til for at RMEs bistand *fra* andre organer kommer i strid med kravet, enn ved RMEs bistand *til* andre. Bakgrunnen for det, er at RME ved å gi bistand til andre organer beveger seg vekk fra regulatorfunksjonen den skal ha, til å i større grad bli et ordinært forvaltningsorgan. Ved bistand *fra* andre organer holder RME seg på «hjemmebane» og utøver de oppgavene de skal utøve, i tillegg til å være i maktposisjonen. Mens RME da selv bestemmer hva de vil legge vekt på av innspill, vil man ved å gi bistand til andre organer lett komme i den uønskede «agent»-situasjon der man påvirkes av å ville tilfredsstillende den man bistår, noe som kan smitte over på utøvelsen av regulatoroppgavene og iallfall gi et inntrykk av at man ikke er tilstrekkelig uavhengig.

Som kommisjonen trekker frem i sitt tolkningsnotat, bør det finnes klare retningslinjer for reguleringsmyndighetens samarbeid med andre myndigheter.⁵⁶² Slike retningslinjer er også utarbeidet av RME i Norge.⁵⁶³ Selv om et fravær av slike retningslinjer i seg selv neppe kommer i strid med uavhengighetskravet, vil det at samarbeidet er basert på klart definerte retningslinjer gjøre at man enklere kan opprettholde uavhen-

⁵⁶⁰ Se kapittel 2.3.2.

⁵⁶¹ I samme retning, C-378/19, avsnitt 65.

⁵⁶² Kommisjonen 2010, s. 8.

⁵⁶³ Se fotnote 556.

gigheten enn ved et med «ad hoc»-basert samarbeid. Dette gjelder i og for seg både der RME gir og der RME mottar bistand. Styring etter klart definerte regler er et grep som er godt egnet til å sikre tilstrekkelig uavhengighet.⁵⁶⁴

5.6.2 Kan RME og Energiklagenemnda la seg bistå av Regjeringsadvokaten?

Et særlig spørsmål knyttet til RMEs adgang til å la seg bistå av andre myndigheter, oppstår der et vedtak fra RME eller energiklagenemnda bringes inn for domstolene. Det vil fremdeles være slik at rette saksøkte er «staten ved RME» – på samme måte som «staten ved Konkurransetilsynet»⁵⁶⁵ eller «staten ved Personvernemnda».⁵⁶⁶ I dette tilfellet vil den vanlige ordningen være at RME lar seg bistå av Regjeringsadvokaten. Fordi Regjeringsadvokaten formelt er et statlig organ, administrativt underlagt Statsministerens kontor,⁵⁶⁷ oppstår spørsmålet om slik bistand er i strid med uavhengighetskravet.

Selv om Regjeringsadvokatens bistand normalt vil knytte seg til at RME eller Energiklagenemndas vedtak i kraft av sine regulatoroppgaver angripes, altså der uavhengighetskravet gjelder, er det antakelig å strekke uavhengighetskravet for langt dersom adgangen til å la seg bistå av Regjeringsadvokaten er avskåret.

For det første vil Regjeringsadvokatens bistand skje der et vedtak allerede er fattet av det uavhengige RME. Prosessoppdraget er ikke myndighetsutøvelse. Det betyr at de hensynene til mulig påvirkning av forvaltningsmyndigheten som begrunner begrensninger i adgangen til utveksling av bistand mellom RME og andre organer, ikke slår til i samme utstrekning.⁵⁶⁸ Så lenge Regjeringsadvokaten eller andre statlige organer ikke har vært involvert i forbindelse med utarbeidelsen av vedtaket, er

⁵⁶⁴ Forente saker C-83/19 m.fl., avsnitt 198.

⁵⁶⁵ For eksempel Rt. 2012 s. 1556.

⁵⁶⁶ LB-2020-18230.

⁵⁶⁷ Instruks for Regjeringsadvokaten.

⁵⁶⁸ På samme måte som ved *etterfølgende* informasjonsutveksling, se kapittel 5.5.

man utenfor situasjonen for «utførelsen af ... reguleringsopgaver», som er der de mest vidtgående uavhengighetskravene gjelder.

For det andre gjelder det et prinsipp om at advokaten er uavhengig og ikke skal identifiseres med sin klient, som EU-retten også anerkjenner.⁵⁶⁹ Ved prøving av vedtak fra RME eller Energiklagenemnda vil RME og nemnda av nødvendighet trenge juridisk bistand fra en advokat til å representere seg i retten. Dersom det at Regjeringsadvokaten bistår RME skulle vært ansett som problematisk sett opp mot uavhengighetskravet, ville det samtidig betydd en identifikasjon mellom klient og advokat som ikke er heldig.

En del av begrunnelsen for uavhengighetskravet er som kjent å sikre allmennhetens tillit til at regulator opptrer uavhengig av offentlige myndigheter. Ved et advokatoppdrag bygger man på en *forutsetning* om advokatens uavhengighet av klientens virksomhet. Selv om Regjeringsadvokatembetet står i en annen stilling enn andre advokater ved at det kun representerer staten og er formelt underlagt Statsministerens kontor, må denne forutsetningen også gjelde for embetet.⁵⁷⁰ Dette har også Høyesterett lagt til grunn i Rt. 2009 s. 459. Dommer Coward var alltid inhabil i saker Regjeringsadvokatembetet førte, på grunn av hennes samboerskap med tidligere regjeringsadvokat Sven Ole Fagernæs.⁵⁷¹ Spørsmålet var om hun var inhabil i spørsmål om den norske juryordningen var i strid med menneskerettighetene, fordi Regjeringsadvokaten i tilfelle saken ble brakt inn for EMD eller FNs menneskerettighetskomité

⁵⁶⁹ Direktiv 98/5/EF (advokatdirektivet), fortalens punkt 15, Statuttene for EU-domstolen artikkel 19, forente saker C-515/17 og C-561/17 avsnitt 62, og grunnprinsipp a) i den europeiske advokatforeningens (CCBE) «Charter of Core Principles». Disse stedene benyttes begrepet «uavhengighet», noen regel som i den norsk RGA punkt 1.2 nr. 3 ser ikke ut til å finnes direkte i EU-kildene. Etter mitt syn kan det samme imidlertid innfortolkes: I kommentarene til CCBEs charter (s. 9) vises det til advokatens egne plikter, men også til samfunnets, derunder til å «guarantee» advokatens uavhengighet, og at «in unfree societies lawyers are prevented from taking their clients' cases, and may suffer imprisonment or death for attempting to do so». I dette ligger det at advokaten har krav på å bli ansett for å ikke ha interessefelleskap med klienten i den underliggende saken.

⁵⁷⁰ I samme retning Advokatforeningens leder Jon Wessel-Aas, se Kolsrud 2020.

⁵⁷¹ Rt. 1996 s. 520. Søket «Coward» + «Regjeringsadvokaten» i Lovdata gir ingen treff på saker der dommer Coward dømte og Regjeringsadvokaten førte saken.

ville føre saken for Norge, og slik kunne sies å ha en interesse i saken som begrunnet inhabilitet. Høyesterett kom til at dommer Coward var habil, og førstvoterende uttalte:

«Jeg tilføyer at selv om staten skulle ha en bestemt interesse i utfallet av en sak, følger det ikke automatisk at regjeringsadvokaten har en sammenfallende interesse så lenge regjeringsadvokaten ikke har fått noe oppdrag i saken».⁵⁷²

Regjeringsadvokatens bistand til RME betyr derfor ikke en tilslutning til at RMEs myndighetsutøvelse er uttrykk for statens syn eller politikk. Dette underbygges av at Regjeringsadvokaten har plikt til å påta («skal») seg de oppdragene som myndighetene gir den.⁵⁷³ Det kan innvendes at iallfall en del av allmennheten vil identifisere Regjeringsadvokaten med det synet den fremmer på vegne av klienten mer enn andre advokater, men dette er en oppfatning som rettsordenen ikke kan legge særlig vekt på, av de grunnene jeg har nevnt.

En annen mulig innvending er at kildene over er nasjonale, mens uavhengighetsbegrepet er EU-rettslig og autonomt. Prinsippet om advokatenes uavhengighet i EU-retten må imidlertid tilsi at de argumentene som er fremhevet over, også er relevante ved anvendelsen av uavhengighetsbegrepet i EU-retten.

Konklusjonen er at Regjeringsadvokatens bistand til RME og Energi-klagenemnda i tvistesaker ikke strider mot uavhengighetskravet.

Det som er sagt over, kan imidlertid ikke tolkes som at det er fritt frem for *departementet* eller andre myndigheter til å involvere seg ved en rettslig prøving av RMEs vedtak. Kontakten mellom RME/Energiklagenemnda og Regjeringsadvokaten må i så fall være mellom disse organene alene, og Regjeringsadvokaten kan i en slik situasjon neppe bistå andre enn RME/Energiklagenemnda i samme sak.⁵⁷⁴ Det gjelder også dersom departementet skulle være uenig i RMEs vedtak. En slik

⁵⁷² Avsnitt 13.

⁵⁷³ Instruks for regjeringsadvokaten § 2 første avsnitt. Bestemmelsen nevner kun «anmodning fra regjeringen eller et departement», men i praksis opererer Regjeringsadvokaten også som advokat for underliggende og uavhengige statlige forvaltningsorganer.

⁵⁷⁴ I samme retning, se kapittel 5.4.

innblanding vil kunne skape en følelse av at departementet vil gripe inn om RME ikke forholder seg til departementets ønsker, som kan utgjøre en sterk indirekte påvirkning på RMEs senere avgjørelser.⁵⁷⁵

5.7 RMEs fysiske og profilmessige organisering

RME har pr. januar 2022 kontorer i en egen gang i NVE-bygget på Majorstua i Oslo,⁵⁷⁶ deler logo med NVE («NVE-RME»), og de ansatte har e-postadresser som slutter med @nve.no.⁵⁷⁷

Figur 6: Logoen til NVE-RME (januar 2022).



Dette reiser spørsmål ved om en så sterk grad av fysisk samlokalisering og profilmessig likhet er forenlig med direktivets krav om uavhengighet. Direktivteksten stiller ikke direkte krav om reguleringsmyndighetens profilering og lokalisering. Problemstillingen knytter seg først og fremst til det overordnede uavhengighetskravet, da den har lite med den funksjonelle uavhengigheten ved kompetanseutøvelsen å gjøre.

Et punkt direktivet imidlertid direkte omtaler, er krav om at *nett-selskaper* (DSOer) av en viss størrelse må «i sin kommunikasjon og merkevarestrategi ikke skape usikkerhet med hensyn til den separate identiteten av forsyningsdelen av det vertikalt integrerte foretaket».⁵⁷⁸ I Norge har man gitt relativt vidtgående regler som dels går lengre enn

⁵⁷⁵ Se kapittel 2.8 og 5.2.

⁵⁷⁶ Flataker 2021.

⁵⁷⁷ Se for eksempel <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/om-rme/om-oss/pres-serom/>.

⁵⁷⁸ Direktiv 2009/72/EF art. 26 nr. 3 andre setning.

direktivets krav, som blant annet krever at nettselskap i sin «markedsføring og kommunikasjon [skal] skille seg klart» fra kraftprodusenter, med krav om «foretaksnavn, andre forretningskjennetegn og varemerke» som skiller seg fra produksjonsselskapet.⁵⁷⁹ Reglene er gitt for å styrke konkurransen og unngå forveksling og utnyttelse av nettselskapets anseelse.⁵⁸⁰ Disse reglene hviler derfor på andre hensyn enn uavhengighetskravet til reguleringsmyndigheten, som skal sikre at myndigheten handler uten politisk innflytelse, i tillegg til at et slikt krav har direkte forankring i direktivteksten. Da er det ikke gitt at det kan stilles samme krav til organiseringen av reguleringsmyndigheten. Det må i så fall begrunnes i at en profilmessig likhet og fysisk samlokalisering kan true reguleringsmyndighetens uavhengighet.

Kommisjonen uttaler i sitt tolkningsnotat at «[t]he Commission's services are of the opinion that e.g. sharing personnel and sharing offices between the NRA and any other (public or private) body is, in principle, not in line with [the directive]».⁵⁸¹ Uttalelsen er ikke nærmere begrunnet. Det oppstår også klare grensedragnings spørsmål – kan man ha kontorer i samme store bygg, som i dag, eller i tilstøtende bygg?

Selv om rettskildegrunnlaget er spinkelt, og det er vanskelig å ta et klart standpunkt, er det klare betenkeligheter ved den norske fysiske samlokaliseringen og profilmessige likheten i et uavhengighetsperspektiv. Dette må sees i lys av at de endringene Norge gjennomførte ved opprettelsen av RME, ikke var særskilt omfattende.⁵⁸² Når man kombinerer dette med at man beholder kontorlokaler i samme bygg, og har samme logo og samme e-postadresse som før, kan man argumentere for at arbeidssituasjonen for RMEs ansatte i liten grad er annerledes fra da man var fullt og helt i departementets og NVEs kommandolinje, selv om omorganiseringen direktivet krever skal skape garantier for at man handler i kraftmarkedets interesse, og ikke i nasjonale politiske interesser.

⁵⁷⁹ NEM § 4-18 første avsnitt.

⁵⁸⁰ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 10–11, RME rapport nr. 1/2020, s. 53 og Egeland 2021, s. 57.

⁵⁸¹ Kommisjonen 2010, s. 6. Se også Johnston/Block 2012, s. 128.

⁵⁸² Se kapittel 4.3.

Et aspekt som bør vektlegges i denne forbindelse, er det psykologiske. Når de ansatte i det daglige arbeider i et miljø der de er tett på NVE, og opptrer utad på en måte som gir inntrykk av en sterk grad av fellesskap med NVE, kan det potensielt gjøre beslutningstagningen mindre uavhengig.⁵⁸³ I alle fall er de manglende endringene egnet til å skape usikkerhet for omverdenen om disse forholdene. En markedsaktør som mottar en e-post med et vedtak fra en ansatt med e-postadresse @nve.no og logoen «NVE-RME», vil vanskelig kunne ha full tillit til at det dreier seg om et vedtak som er fattet av RME alene, som en myndighet uavhengig av NVE.

Også her er Island det eneste landet som deler denne organiseringsformen med Norge.⁵⁸⁴ I Sverige valgte man for eksempel ved utskillelsen av Energimarknadsinspektionen fra Energimyndigheten å gi reguleringsmyndigheten egen logo og egne kontorer 200 meter unna, i den lille byen Eskilstuna.

For å oppsummere, er det gode grunner som i et uavhengighetsperspektiv taler for å gjennomføre et tydeligere skille av NVE og RME, med blant annet en egen logo, lokaler et annet sted enn i NVE-bygget, og egne e-postadresser til de ansatte, sammen med de øvrige organisatoriske endringene som kreves. Dette er antakelig også nødvendig for å oppfylle direktivets uavhengighetskrav.

5.8 Utnevnesprosedyre og særlig stillingsvern for reguleringsmyndighetens ledelse

5.8.1 Innledning

Direktivet stiller i artikkel 35 nr. 5 bokstav b krav om at «medlemmerne af den regulerende myndigheds bestyrelse eller, hvor der ikke findes en bestyrelse, af den regulerende myndigheds topledelse, udnævnes for en fast periode på fem til syv år, der kan forlænges én gang». Dette er et krav om at reguleringsmyndighetens ledelse skal utnevnes på åremål, og ha

⁵⁸³ Se om principal-agent hensyn i kapittel 2.8.

⁵⁸⁴ Se 4.3.6 og vedlegg 1.

et særskilt arbeidsrettslig vern. Bestemmelsen har som formål at ledelsen av reguleringsmyndigheten skal kunne utøve sitt arbeid uten frykt for å sitte på politiske myndigheters «nåde», og dermed skape et indirekte avhengighetsforhold.⁵⁸⁵ Ledelsens stillingsvern har særlig vært trukket frem som en sentral uavhengighetsgaranti i amerikansk litteratur.⁵⁸⁶

I Norge ansettes *vassdrags- og energidirektøren* for åremålsperioder på 6 år, som kan fornyes én gang. Derfor la man i forarbeidene til grunn at norsk rett på dette punktet var i samsvar med direktivets krav.⁵⁸⁷ RMEs direktør er imidlertid en vanlig ansatt i NVE, ikke på åremål.⁵⁸⁸ Dette bygger antakelig på at man har ansett dagens organisering av NVE/RME for å oppfylle direktivets krav.⁵⁸⁹ Jeg har imidlertid over konkludert med at dette neppe er riktig, og at den eneste praktiske løsningen er å fullstendig løsrive RME fra NVEs organisasjon.⁵⁹⁰ Det er da direktøren for RME som må være ansatt på åremål.

Statsansatteloven § 10 første avsnitt sier at åremål kan benyttes «når det følger av lov eller stortingsvedtak». Andre avsnitt sier imidlertid at «[d]et enkelte departementet kan bestemme at øverste leder i en virksomhet skal ansettes på åremål». I kraft av *lex specialis*-prinsippet har departementet her adgang til å uten nærmere lov eller stortingsvedtak ansette øverste leder på åremål. Direktøren av RME må sies å være omfattet av personkretsen «øverste leder i en virksomhet».

Jeg skal her drøfte tre spørsmål: Først åremåls- og stillingsvernkravets personelle rekkevidde, det vil si spørsmålet om *hvem* direktivet krever at skal være omfattet. Deretter skal jeg drøfte om direktivet stiller krav til hvordan oppnevningen skal skje, og hvem som skal oppnevne ledelsen for

⁵⁸⁵ Cabau 2021, s. 280–281.

⁵⁸⁶ Marshall/Edles 2015, s. 160.

⁵⁸⁷ Prop. 5 L (2017–2018), s. 15, jf. Høringsnotat 2013, s. 23–24.

⁵⁸⁸ Dette fremkommer av utlysningen av stillingen som RME-direktør i august 2021, samt personlig samtale med nå avgått RME-direktør Ove Flataker i april 2021. Se i fotnote 358.

⁵⁸⁹ I Norges «table of correspondence» til ESAs brev vises det både til at RME er «the designated regulatory authority» (s. 3), og at «the Director» er ansatt på åremål (s. 5). «[T]he Director» kan ikke forstås som annet enn vassdrags- og energidirektøren. Se også kapittel 4.3.5.

⁵⁹⁰ Kapittel 4.4.

reguleringsmyndigheten. Til slutt skal jeg drøfte innholdet i det særlige stillingsvernet ledelsen etter direktivet har.

5.8.2 Hvem er omfattet av bestemmelsen?

Direktivets artikkel 35 nr. 5 bokstav b gir nasjonale myndigheter mulighet til å velge mellom to organiseringsmåter: Enten gjennom et styre som skal oppnevnes på åremål, eller en «topledelse» som skal være det. Styrealternativet er ikke aktuelt i Norge, og spørsmålet er derfor hva som menes med «topledelsen».

Ordlyden i bestemmelsen tilsier at det er den *øverste* ledelsen i kommandolinjen som må være utnevnt på åremål. Kommisjonen viser i sitt tolkningsnotat til at bestemmelsen omfatter «persons within the NRA having the power to take binding decisions». At bestemmelsen viser til «topledelsen» og ikke «toplederen», indikerer at man kan tenke seg et system med en delt øverste ledelse, der det ikke er en enkeltperson som har det øverste ansvaret for virksomheten. Da må alle på dette nivået være utnevnt på åremål. I den norske ordningen med én direktør for RME som står alene øverst i kommandolinjen, som har en stab og ansatte under seg, er det dermed kun vedkommende som må være utnevnt på åremål, og er underlagt de særlige stillingsvernsreglene i bestemmelsen. Når øvrige ansatte er underlagt vedkommendes ledelse og arbeidsrettslige styringsrett, er det kun for direktøren hensynene bak bestemmelsen slår til på en måte som kan begrunne reglens anvendelse.

5.8.3 Direktivets krav til oppnevnesprosedyren

Det neste spørsmålet er hvilke krav direktivet stiller til prosedyren som må følges ved oppnevningen av ledelsen i reguleringsmyndigheten.

Ordlyden i direktivet stiller ingen uttrykkelige krav til hvordan utnevningen av ledelsen for reguleringsmyndigheten skal foregå, annet enn at medlemsstatene skal sikre «en passende rotationsordning for bestyrelsen eller topledelsen».⁵⁹¹ Det overordnede uavhengighetskravet

⁵⁹¹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 35 nr. 5.

gjelder imidlertid, og det er opplagt at en sterk politisering av utnevnel- sen av reguleringsmyndighetens ledelse er egnet til å svekke tilliten til myndighetens uavhengighet.⁵⁹²

I Norge har prosedyren vært at vassdrags- og energidirektøren oppnevnes på åremål av regjeringen gjennom Kongen i statsråd.⁵⁹³ Jeg har over konkludert med at det er *RMEs* direktør som må oppnevnes på åremål – men spørsmålet om måten å oppnevne direktøren på kan opprettholdes, består fortsatt. Spørsmålet er lite drøftet i norsk juridisk litteratur, annet enn at Lovavdelingen i sin tolkningsuttalelse i myn- dighetsoverføringsspørsmålet legger til grunn at utnevning i statsråd fremdeles er tillatt.⁵⁹⁴

I avgjørelsen C-530/16 behandlet EU-domstolen spørsmålet om uav- hengighetskravet var oppfylt ved at det polske samferdselsdepartementet oppnevnte ledelsen av jernbaneulykkeskommisjonen, som i henhold til et EU-direktiv skulle være uavhengig.⁵⁹⁵ Avgjørelsen har overføringsverdi til RME i Norge, fordi EU-domstolen anså det som en kompliserende faktor at samferdselsdepartementet hadde bestemmende kontroll over et infrastrukturselskap og et jernbaneselskap.⁵⁹⁶ Direktøren for NVE utnevnes i statsråd, etter innstilling fra OED.⁵⁹⁷ OED har som kjent en viss kontroll over Statnett – et helt sentralt reguleringsobjekt for RME.⁵⁹⁸ Domstolen uttalte at det likevel ikke var noe til hinder for den polske utnevnesprosedyren, så lenge ansettelsesmyndigheten «er forpliktet til at træffe beslutninger på grundlag af objektive kriterier, som er klare, afgrænsede og kan efterprøves».⁵⁹⁹

Under henvisning til denne avgjørelsen, la EU-domstolen i saken om den slovakiske energiregulatoren (C-378/19) den nøyaktig samme

⁵⁹² En naturlig parallell er til dommerutnevnelser, der EU-domstolen har uttalt at det må «findes regler for udnævnelse af dommere», se C-824/18, avsnitt 121, jf. 117.

⁵⁹³ Offisielt fra statsråd 19. oktober 2018.

⁵⁹⁴ Lovavdelingen 2018, avsnitt 3.7.

⁵⁹⁵ Direktiv 2004/49/EF artikkel 21 nr. 1.

⁵⁹⁶ C-530/16, avsnitt 86.

⁵⁹⁷ Etter reglene om embetsmenn, jf. statsansatteloven § 1 andre avsnitt.

⁵⁹⁸ Se kapittel 4.9.

⁵⁹⁹ Samme sted.

rettssetningen til grunn ved vurderingen på energiområdet.⁶⁰⁰ Domstolen uttaler også at det, så lenge disse prosessuelle garantiene er overholdt, ikke er noe til hinder for at regjeringen oppnevnte reguleringsmyndighetens ledelse.⁶⁰¹

Det må derfor anses som sikker rett at regjeringen kan oppnevne reguleringsmyndighetens ledelse, men at prosedyren må være styrt etter objektive kriterier. Det nærmere innholdet i disse reglene sier EU-domstolens praksis lite om, og dette vil antakelig i stor grad være opp til nasjonale myndigheters skjønn.⁶⁰² I den nevnte avgjørelsen viste domstolen til at Slovakia ved lov hadde fastsatt formelle krav til utdanning og yrkeserfaring til reguleringsmyndighetens leder, og nedfelt hvilke personlige egenskaper vedkommende skulle ha.⁶⁰³

Jeg har ikke klart å finne lov- eller forskriftsfestede krav til NVEs eller RMEs direktør. Statsansatteloven inneholder imidlertid relativt detaljerte krav til prosedyren for utnevning av embetsmenn og andre statsansatte.⁶⁰⁴ Selve ansettelsen er likevel ikke regulert av annet enn det alminnelige kvalifikasjonsprinsippet ved ansettelse i staten.⁶⁰⁵ Prinsippet sier at ansettelsen skal baseres på de kriteriene som nevnes i statsansatteloven § 3 andre avsnitt, det som i forarbeidene omtales som «objektive og dokumenterbare forhold som utdanning og erfaring, samt subjektive forhold som gjelder personlige egenskaper hos søkeren».⁶⁰⁶ Dette gir iallfall en viss regelstyring av utnevningssprosessen.

Mens for eksempel Slovakia – og Norge for dommere⁶⁰⁷ har mer detaljerte kvalifikasjonskrav, er dette fraværende ved utnevningen av direktøren for NVE/RME. Kombinert med at ansettelsen gjøres av Kongen i statsråd direkte, ikke av et uavhengig innstillingsråd som for dommere,⁶⁰⁸ skaper

⁶⁰⁰ C-378/19, avsnitt 35.

⁶⁰¹ C-378/19, avsnitt 39. Tilsvarende C-718/18, avsnitt 127.

⁶⁰² I samme retning, C-378/19, avsnitt 45.

⁶⁰³ Zákon č. 250/2012, § 7 nr. 7, jf. § 5 nr. 5.

⁶⁰⁴ Statsansatteloven §§ 3-14

⁶⁰⁵ Statsansatteloven § 3.

⁶⁰⁶ Prop. 94 L (2016–2017), s. 78.

⁶⁰⁷ Domstoloven § 55.

⁶⁰⁸ Domstoloven § 55 a.

dette en risiko for politisering og tvil om uavhengigheten. Ut fra EU-domstolens praksis, og at statsansatteloven i det minste gir noen føringer, er imidlertid den norske prosedyren neppe i strid med direktivets krav.

I praksis har politisering av slike oppnevnelser i liten grad vært et tema i Norge sammenlignet med enkelte andre land,⁶⁰⁹ og i likhet med *Tverberg* kan man si at «noen må nødvendigvis ha til oppgave å utnevne»⁶¹⁰ en ledelse for reguleringsmyndigheten. Uansett prosedyre kan man vanskelig garantere at lederen ikke vil føle en lojalitet til den eller de som har utnevnt vedkommende. Til tross for dette, har vi ingen garanti i det lange løp for at den upolitiske holdningen til slike roller vil bestå, og det kan derfor være hensiktsmessig med en ordning som sikrer minst mulig grad av politisering av slike oppnevnelser. Likhetene reguleringsmyndigheten har med en dømmende, uavhengig virksomhet,⁶¹¹ gjør oppnevningen en av få mulige måter å utøve kontroll på, som det ikke er utenkelig at enkelte politikere vil søke å utnytte. I den såkalte vinterpakken (fjerde energimarkedspakke) er det innført mer detaljerte regler for utnevnesprosedyren.⁶¹² Uavhengig av om det blir aktuelt å gjennomføre denne i EØS-avtalen eller ikke, kan det være hensiktsmessig å regulere prosedyren for utnevning av RMEs direktør i større detalj i loven.

På bakgrunn av det ovennevnte, særlig rettspraksis fra EU-domstolen som tillater at regjeringen oppnevner, er etter mitt syn neppe tvilsomt at også prosedyren for oppnevning av *Energiklagenemnda* i utgangspunktet er i samsvar med direktivet. Klagenemndas medlemmer er oppnevnt i statsråd etter innstilling fra OED.⁶¹³ Vervene ble utlyst offentlig av departementet, og det ble redegjort for kvalifikasjonskrav og hva som ville vektlegges.⁶¹⁴ For nemndas leder er det også fastsatt i forskrift at hun eller han må ha «juridisk embetseksamen, mastergrad i rettsvitenskap, eller

⁶⁰⁹ Thatcher 2005, s. 356–357.

⁶¹⁰ Tverberg 2014.

⁶¹¹ Smith 1993, s. 218.

⁶¹² Direktiv 2019/944, artikkel 57 nr. 5.

⁶¹³ <https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/aktuelt-regjeringen-solberg/oed/nyheter/2019/energiklagenemnda-er-oppnevnt/id2680488/>.

⁶¹⁴ <https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/aktuelt-regjeringen-solberg/oed/nyheter/2019/olje--og-energidepartementet-soker-etter-leder-og-medlemmer-til-energiklagenemnda/id2669013/>.

mastergrad eller tilsvarende i økonomi».⁶¹⁵ For de øvrige medlemmene er det ingen slike krav. Prosedyrene i Norge oppfyller antakelig transparenskravene EU-domstolen har stilt, selv om de generelle kravene også her kunne vært tydeligere lov- eller forskriftsfestet, og ikke bare fremgått av utlysningsteksten.

5.8.4 Direktivets krav om særlig stillingsvern

Direktivet sier at «[m]edlemmerne af bestyrelsen, eller ... topledelsen, kan kun afsættes i deres embedsperiode, hvis de ikke længere opfylder de betingelser, der er fastsat i denne artikel, eller er fundet skyldige i tjenesteforseelse i henhold til national ret».⁶¹⁶ Med «betingelser, der er fastsat i denne artikel» vises det åremålsbegrensningene.

Direktivet setter dermed snevre rammer for adgangen til å avsette ledelsen for reguleringsmyndigheten. Begrunnelsen er åpenbar: En trussel om å bli avsatt er et av de sterkeste insentivene en arbeidsgiver eller overordnet kan bruke for å få reguleringsmyndigheten til å treffe ønskede avgjørelser, og unngå uønskede avgjørelser. Særlig i amerikansk tradisjon har et særlig stillingsvern blitt ansett som en av de aller mest grunnleggende uavhengighetsgarantiene.⁶¹⁷ Også i Norge har politisk innblanding ved oppsigelse av ledere av organer som skal være uavhengige vært kritisert, som ved oppsigelsen av direktøren for Statistisk Sentralbyrå etter at finansminister Siv Jensen ikke lenger hadde tillit til henne.⁶¹⁸

Spørsmålet her er hvilken terskel for å avsette reguleringsmyndighetens ledelse som direktivet krever, og hvordan dette samsvarer med gjeldende norsk rett.

Etter direktivteksten er adgangen til oppsigelse eller avskjed begrenset til en «tjenesteforseelse» (i den engelske språkversjonen: «misconduct») i henhold til nasjonal rett. Ordlyden indikerer at det må være snakk om et pliktbrudd fra arbeidstakerens side, men ikke noe nærmere om hva slags karakter eller alvorlighet pliktbruddet må ha. Henvisningen til nasjonal

⁶¹⁵ Forskrift om energiklagenemnda § 2 andre avsnitt.

⁶¹⁶ Direktiv 2009/72/EF, artikkel 35 nr. 5 andre avsnitt.

⁶¹⁷ Vermeule 2013, s. 1165.

⁶¹⁸ Steinfeld 2017.

rett tilsier at statene i utgangspunktet har en relativt vid skjønnsmargin til å vurdere hva som er gyldig avskjeds- eller oppsigelsegrunn.

I kommisjonens tolkningsnotat uttales det imidlertid at «the possibility to remove a member of the board during his or her term will apply in special cases only, such as fraud, bribery and breaches of the independence or impartiality of the NRA».⁶¹⁹ Dette er en vesentlig snevrere grense enn det som følger av ordlyden. Ordlyden må imidlertid forstås i lys av det overordnede uavhengighetskravet og formålet, og disse tilsier at medlemsstatene ikke kan stå fritt til å hjemle avskjed eller oppsigelse for alt som i en bred arbeidsrettslig kontekst kan kalles pliktbrudd. Dette gjør at vilkåret for oppsigelse eller avskjed får et særegent EU-rettslig innhold.

Det de oppsigelses- og avskjedsgrunnene som kommisjonen nevner har til felles, er at de omfatter handlinger som svekker tilliten til reguleringsmyndighetens arbeid for å gjennomføre de generelle EU-kraftpolitiske målsettingene om reell valgfrihet for forbrukerne, grensekryssende krafthandel, likebehandling, forsyningsikkerhet og bærekraft,⁶²⁰ og de mer spesifikke målkravene for regulatorarbeidet.⁶²¹ En formålsbasert tolkning av avsettelsesbestemmelsen tilsier at om opptreden er i strid med disse formålene og kravene er sentralt ved vurderingen av om fjerningen av ledelsen er tillatt etter direktivet. De handlingene kommisjonen nevner, er relativt åpenbare avskjedsgrunner. Samtidig fremstår de kun som eksempler («such as»), slik at også andre avskjedsgrunner kan være aktuelle. Det er antakelig særlig her at direktivformålene kan være av betydning.

Slik kommisjonen uttaler seg, og systemet i uavhengighetsreglene er bygget opp, vil det imidlertid være vanskelig å tenke seg særlig mange andre grunnlag for oppsigelse eller avskjed enn grove pliktbrudd eller manglende ivaretagelse av reguleringsmyndighetens uavhengighet. Et mulig typetilfelle kan være der reguleringsmyndighetens ledelse – på tross av reell og formell uavhengighet – ikke følger EU-energirettens

⁶¹⁹ Kommisjonen 2010, s. 11. Selv om det siterte ordrett gjelder for *styremedlemmer*, uttaler kommisjonen i neste avsnitt at det samme gjelder ansatt ledelse.

⁶²⁰ Direktiv 2009/72/EF, fortalens punkt 1.

⁶²¹ Direktiv 2009/72/EF, artikkel 36.

materielle regler, noe som kan være aktuelt ved skiftende politisk styre. Dersom reguleringsmyndigheten for eksempel nekter å følge opp ACERs vedtak om metoder og vilkår for bruk av mellomlandsforbindelser,⁶²² må det være adgang til å avsette reguleringsmyndighetens direktør. At terskelen må være lavere i et slikt tilfelle følger av en tolkning i lys av formålet og den alminnelige lojalitetsplikten.⁶²³ Holdningen i EU-retten har tradisjonelt vært at brudd på sekundærretten ikke i seg selv samtidig utgjør brudd på lojalitetsplikten, men at forpliktelser i sekundærretten kan anses som mer spesifikke utslag av den generelle lojalitetsplikten.⁶²⁴ Uavhengighetskravene er stort sett formulert som innsatsforpliktelser for medlemsstatene, ved bruk av ordene «garanterer»,⁶²⁵ «sikrer»⁶²⁶ og «sørger for».⁶²⁷ I denne handleplikten må det også ligge en plikt til å i ytterste fall avsette en ledelse som vanskeliggjør oppfyllelsen av direktivforpliktelsene.

Et typisk eksempel på et tilfelle som sannsynligvis ikke er tillatt som oppsigelses- eller avskjedsgrunn, er om reguleringsmyndigheten etter statens mening ikke forholder seg til de overordnede retningslinjene som politiske myndigheter kan gi.⁶²⁸ Det følger av direktivet at retningslinjene ikke kan omhandle utøvelsen av regulatoroppgavene, og at de ikke kan være bestemmende på avgjørelsene til reguleringsmyndigheten.⁶²⁹ Dette gjør at det er vanskeligere å si at manglende oppfyllelse av energipolitiske retningslinjer utgjør pliktbrudd. En uenighet om oppfyllelsen av energipolitiske retningslinjer er langt på vei et politisk og skjønnsmessig spørsmål som ligger et stykke unna hva som er naturlig å karakterisere som en «tjenesteforseelse». Å gi adgang til oppsigelse eller avskjed i slike

⁶²² Forordning 713/2009, artikkel 8.

⁶²³ EØS artikkel 3.

⁶²⁴ Klamert 2014, s. 234–235, C-48/89 og C-374/89.

⁶²⁵ Direktiv 2009/72/EF, artikkel 35 nr. 4.

⁶²⁶ Artikkel 35 nr. 4 og 5

⁶²⁷ Artikkel 37 nr. 4 og 17.

⁶²⁸ Artikkel 35 nr. 4 bokstav a nr. ii).

⁶²⁹ Se kapittel 5.2, særlig kapittel 5.2.3 om at domstolene ikke skal vurdere om RME har tatt lagt for lite vekt på de hensynene lovgiver eller overordnede myndigheter ønsker at den skal vektlegge i sitt arbeid.

situasjoner ville nettopp åpnet for en politisering av reguleringsmyndighetens arbeid som bestemmelsen er ment å motvirke.

Norsk rett inneholder ingen særskilte stillingsvernregler for reguleringsmyndighetens leder, og spørsmålet er ikke drøftet i forarbeidene til gjennomføringen av uavhengighetskravet.⁶³⁰ Isolert sett er det heller ikke behov for dette, da statsansattelovens regler om oppsigelse og avskjed begrenser adgangen til å avsette, og gir hjemmel for det i nødvendige tilfeller.⁶³¹ Selv om det særskilte oppsigelsesvernet ikke er gjennomført i norsk rett, må lederen av RME kunne påberope seg det i tilfelle av en eventuell oppsigelsessak. Ordlyden i oppsigelses- og avskjedsreglene i statsansatteloven må tolkes i lys av direktivet i kraft av presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform tolkning,⁶³² og dermed innskrenke adgangen til slike avgjørelser i tråd med direktivets snevre rammer. Som en tydeliggjøring kunne man imidlertid tatt inn klare særkriterier også i norsk rett om det særlige stillingsvernet RMEs leder skal ha.⁶³³

I den norske GDPR-kommentaren uttales det at kravet i Grunnloven § 22 andre avsnitt om at embetsmenn kun kan avsettes ved dom oppfyller tilsvarende krav i GDPR som i elektrisitetsdirektivet.⁶³⁴ Dette kan etter mitt syn ikke være riktig. Grunnloven § 22 andre avsnitt er en prosessuell regel, og gir ikke materielle vilkår for avskjed eller oppsigelse.⁶³⁵ De materielle vilkårene følger av direktivet og statsansatteloven, og direktivet krever ikke at den omfattede personkretsen skal avsettes på en bestemt måte.

⁶³⁰ Forskrift om energiklagenemnda § 2 andre avsnitt sier imidlertid at *nemndas* medlemmer bare «kan fratras vervet dersom de ikke er i stand til å utføre det på en forsvarlig måte, eller dersom de ved gjentatte tilfeller, og på tross av en skriftlig advarsel, ikke utfører vervet på en forsvarlig måte». Nemndsmedlemmene utfører ikke sine verv som statsansatte, og statsansatteloven gjelder derfor ikke for dem, jf. lovens § 1 første avsnitt.

⁶³¹ Statsansatteloven §§ 20 og 26.

⁶³² Rt. 2000 s. 1811, på s. 1828 flg.

⁶³³ Jf. også anbefalingene i Kommisjonen 2019, s. 131.

⁶³⁴ Skullerud mfl. 2019, s. 407.

⁶³⁵ Jakhelln 2021, s. 321.

6 Avsluttende refleksjoner

Denne avhandlingen har vist at kravet om uavhengig reguleringsmyndighet for energi av EU-domstolen har blitt gitt en vid tolkning i EU-domstolens praksis, og har mange nyanser med et relativt stort antall bestanddeler og krav til organiseringen og etatsstyringen av reguleringsmyndigheten. Norge har ved gjennomføringen av direktivet ikke sett ut til å ha tatt tilstrekkelig høyde for alle disse nyansene ved uavhengighetskravet, med det resultat at gjennomføringen etter mitt skjønn ikke har skjedd i samsvar med direktivets krav. De «omfattende endring[ene] i den norske organiseringen» som *Sodal og Mellingen* rett etter vedtakelsen av direktiv 2009/72/EF skrev at måtte gjøres, har i liten grad skjedd.⁶³⁶ Den norske gjennomføringen har særlig svakheter ved at RME ikke er tilstrekkelig organisatorisk uavhengig av NVE, men også at OED gjennom energiloven § 4-11 fungerer som portvakt for RMEs kompetanse til å gi forskrift om metoder for beregning av inntektsrammer. I lys av EU-domstolens nye dom i C-718/18 mot Tyskland, kan dette ikke opprettholdes: Kompetansen må legges til reguleringsmyndigheten alene.⁶³⁷

En spørsmål som ligger på et annet plan enn om *direktivets* krav er oppfylt, er om selve uavhengighetskravet går for langt *vis à vis* EU-rettslige hjemmelsbestemmelser og grunnprinsipper.⁶³⁸ Etter mitt syn står de vide og skjønnsmessige kompetansene direktivet pålegger medlemsstatene å gi til reguleringsmyndigheten i et problematisk forhold til hensynet til demokratiet og at kompetanser som skal være unntatt politisk styring, må være klart definerte, slik det kommer til uttrykk i *Meroni*-doktrinen.⁶³⁹ EU-domstolens drøftelse i C-718/18 går svært langt, slik jeg ser det for langt, i å avskrive reguleringsmyndighetens kompetanse som en avgrenset regelhåndhevingsfunksjon. Særlig problematisk er dette i en EØS-kontekst, der man ikke har det rent konstitusjonelle rammeverket

⁶³⁶ Sodal/Mellingen 2009, s. 188.

⁶³⁷ Se kapittel 5.2.5.

⁶³⁸ Se kapittel 3.2.

⁶³⁹ Se kapittel 3.2.3.

som i EU for domstolskontroll med rettsakter. I tillegg er denne type vidtgående uavhengighetskrav et utviklingstrekk av relativt nyere dato i EU-retten. Da EØS-avtalen ble vedtatt i 1992, kunne man neppe sett for seg en utvikling i denne retningen.⁶⁴⁰ EØS har ikke hengt med i utviklingen av EUs konstitusjonelle utforming blant annet i Lisboa-traktaten. Her kommer den problematiske situasjonen med «widening gap» mellom EU og EØS for fullt til syne.⁶⁴¹ Problemet i vår sammenheng er såkalt «creeping competence», der EU-byråer og nasjonale forvaltningsorganer som skal tjene EU-rettens interesser får stadig utvidet myndighet på grunnlag av den underliggende EU-retten. Det er når disse reglene, som hviler på et EU-rettslig omdiskutert kompetansegrunnlag, uten nærmere drøftelse innføres i EØS-avtalen, at legitimitetsutfordringen oppstår. Slik blir også EFTA-statene en del av det *Egeberg og Trondal* kaller «creeping supra-nationalization» (overnasjonalitet).⁶⁴² Dette er ekstra betenkelig når EØS-avtalen i utgangspunktet var ment som en avtale med mindre grad av overnasjonalitet enn EU.⁶⁴³

Skillet mellom «jus» og «teknikk» på den ene siden som reguleringsmyndighetens oppgave, atskilt fra «politikk» på den andre siden, er vanskelig, om ikke umulig å opprettholde. Det er en kjensgjerning at politiske føringer spiller inn på forvaltningsoppgaver, selv der myndighetens rolle er tiltenkt å være faglig og uavhengig. Man kan si at *alt* til syvende og sist handler om politikk, på linje med *Shapiro*, som uttaler at «insisting that ‘information’ and ‘technical decisions’ somehow lie in a cradle of scientific harmony above and beyond the clash of interests and the exercises of discretion in the face of uncertainty that we call politics».⁶⁴⁴ Dette forsterkes enda mer av den tiden vi er inne i, med svingninger i strømprisene og behov for global energiomstilling. I mange sammenhenger er det derfor naturlig at politikerne er skeptiske til å gi fra seg

⁶⁴⁰ For en oppsummering av rettsstilstanden på midten av 90-tallet, se Fenger 1995, s. 144–145.

⁶⁴¹ Egeberg/Trondal 2017, s. 681.

⁶⁴² Samme sted.

⁶⁴³ NOU 2012: 2, s. 820.

⁶⁴⁴ Shapiro 1997, s. 289.

kontroll med reguleringen av energimarkedet.⁶⁴⁵ Her kommer hensynet til forsyningsikkerhet og utvikling av fornybar energi i en viss konflikt med optimaliseringen av kraftmarkedet etter markedsprinsippene.⁶⁴⁶

Å sørge for at regulatoroppgavene utøves på en måte som er fullt uavhengig av utøvelsen av myndighetenes politisk pregede tilretteleggerrolle, kan med andre ord fremstå som en utopi. Hvor mye reguleringsmyndighetene kan få gjort for å integrere kraftmarkedet, er også begrenset. Den sentrale forutsetningen for utbygging av grensekryssende kraftinfrastruktur er imidlertid nasjonale vedtak om slik utbygging, og her har reguleringsmyndigheten ingen innflytelse.⁶⁴⁷ Dette begrenser unektelig betydningen for *kraftflyten* av at reguleringsmyndigheten er uavhengig. Samtidig kan det ikke underslås at der statene *åpner* for slik utbygging, kan en styrket uavhengighet skape et mer attraktivt og trygt landskap for investorer, noe som er egnet til å styrke og økonomisere kraftflyten.

Til tross for at kravet om en uavhengig reguleringsmyndighet har visse problematiske sider, kan man si at det er en forutsetning for et velfungerende deregulert energimarked, likt et sektorovergripende konkurransekontroll. Det sentrale er ikke at reguleringsmyndigheten skal være *mest mulig* uavhengig, eller uavhengig for enhver pris; uavhengighetskravet styres av målet om å sørge for *god nok* ivaretagelse av det indre markedet, og er mer et middel enn et mål i seg selv.⁶⁴⁸ Om kraftsystemet skal styres etter markedsprinsipper eller ikke, er et politisk spørsmål, der behovet for en mindre grad av offentlig styring kan være et argument som kan vris den ene eller andre veien. Man kommer ikke unna at nasjonale regulatoriske myndigheter er grunnsteinen i rammeverket for den daglige håndhevelsen av den europeiske kraftmarkedsretten, og det er derfor viktig å treffe tiltak som er egnet til å sette dem i stand til å utøve denne rollen best mulig. At disse organene er uavhengige av politiske myndigheter, har blitt beskrevet som «the factor most frequently identified

⁶⁴⁵ Lavrijsen 2018, s. 3.

⁶⁴⁶ Direktiv 2009/72/EF, fortalens punkt 1.

⁶⁴⁷ Se kapittel 2.2.

⁶⁴⁸ Sześciło 2021, s. 214.

as likely to lead to a better promotion of competition law objectives». ⁶⁴⁹ Kommisjonens studie fra 2019 kan også tyde på at uavhengighetskravet har hatt ønskede virkninger: «[A]nother conclusion from the field research is that, over time, the legal framework in the Member States seems to be developing in the desired direction, giving more safeguards for independence from both political and market actors». ⁶⁵⁰

Velger man først et liberalisert kraftmarked, kan man finne argumenter for at det er mulig å forene målsetningen om politisk uavhengig, markedsbasert regulering av kraftmarkedet med prinsippene om demokrati og legitimitet. ⁶⁵¹ Det at fjerning av all politisk kontroll i praksis er umulig, kan også, slik *Lavrijssen* trekker frem, brukes som argument for å akseptere slike organer. ⁶⁵²

En uavhengig regulatorisk myndighet kan nemlig i mange tilfeller *forbedre* og effektivisere rettsanvendelsesprosessen, ved at det treffes beslutninger på et faglig og økonomisk grunnlag, med mindre grad av ineffektiverende og faglig ubegrunnet politisk påvirkning – og dermed maksimere de effektene lovgiver har ønsket ved praktiseringen av reglene. ⁶⁵³ *Tortola* argumenterer i denne forbindelse for at uavhengige reguleringsmyndigheter er «teknokratier» som har en mellomposisjon mellom full politisering og helt upolitisk virksomhet – den er *avpolitisert*. ⁶⁵⁴ Dette kan være særlig fordelaktig i et markedsperspektiv, der legitimiteten av reguleringsmyndighetens myndighetsutøvelse i stor grad avhenger av tillit til at myndigheten handler i markedets interesse, og ikke ut fra de skiftende interessene til politiske aktører, ⁶⁵⁵ noe som også kan tiltrekke investeringer og fremme utbyggingen av fornybar energi.

Lavrijssen fremhever dessuten at offentlig deltakelse gjennom høringer, klagerett og søksmålsadgang kan forsterke demokratihensynet. ⁶⁵⁶

⁶⁴⁹ Alexiadis/Pereira Neto 2019a, s. 49 og OECD 2016, s. 6.

⁶⁵⁰ Kommisjonen 2019, s. 67.

⁶⁵¹ *Lavrijssen* 2018, s. 13–15.

⁶⁵² Samme verk, s. 14.

⁶⁵³ Samme sted.

⁶⁵⁴ *Tortola* 2020, s. 63.

⁶⁵⁵ *Gilardi* 2005, s. 140.

⁶⁵⁶ *Lavrijssen* 2018, s. 14.

Ved fastsettelse av *forskrifter*, som er den vedtakstypen som normalt vil ha bred samfunnsinteresse, gjelder det en begrenset høringsplikt.⁶⁵⁷ For enkeltvedtak gjelder kravet om partskontradiksjon før vedtak fattes,⁶⁵⁸ og en klageadgang til Energiklagenemnda. Denne er imidlertid begrenset til parter og andre med rettslig klageinteresse.⁶⁵⁹ Organisasjoner med tilstrekkelig fast struktur som er en «naturlig representant» for berørte interesser vil ha rettslig klageinteresse, jf. Rt. 2003 s. 833.⁶⁶⁰ Av samme dom følger det at de også normalt vil oppfylle kravene til partsevne og tilknytning for å anlegge søksmål.⁶⁶¹ Det vil ikke bare være adgang til å gå til søksmål om enkeltvedtak; også forskrifter kan angripes, jf. HR-2021-417-P, avsnitt 153-154. Det er derfor grunn til å si at norsk rett gir et relativt godt fungerende rammeverk for private parters rettigheter overfor RME. Tilsvarende søksmålsrettigheter for offentlige organer, derunder departementet, finnes neppe. Uavhengighetskravet gjør at RMEs vedtak ikke har betydning for eller tilknytning til – og skal ikke ha betydning – for det offentliges rettsstilling på en slik måte at det kan begrunne en rettslig interesse, og det skal det heller ikke ha.⁶⁶²

Skal man ta med seg noe på overordnet nivå, er det at det vidtgående kravet om en særlig uavhengig stilling for reguleringsmyndigheten for energi, og for så vidt på andre sektorer,⁶⁶³ aktualiserer prinsipielle debatter både på EU-nivå og på EØS-nivå om forholdet mellom EU-retten og nasjonale forvaltningshierarkier. Disse spørsmålene ble bare i liten grad løftet ved gjennomføringen av tredje energimarkedspakke, og ble kun

⁶⁵⁷ Forvaltningsloven § 37 andre avsnitt.

⁶⁵⁸ Forvaltningsloven § 16 første avsnitt.

⁶⁵⁹ Forvaltningsloven § 28 første avsnitt, jf. forskrift om Energiklagenemnda § 1 fjerde avsnitt.

⁶⁶⁰ Selv om dommen gjaldt spørsmålet om tvistelovens søksmålsvilkår var oppfylt, er det lagt til grunn i litteraturen at vurderingen er dekkende også for spørsmålet om rettslig klageinteresse etter forvaltningsloven, se Graver 2019, s. 492–493.

⁶⁶¹ Tvisteloven §§ 1-3 og 1-4.

⁶⁶² Jf. tvisteloven § 1-3 andre avsnitt og Skoghøy 2017, s. 426. Tvisteloven § 1-4 andre avsnitt gir en viss utvidet søksmålsadgang til «[o]ffentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser». Forarbeidene nevner imidlertid mer avgrensede myndigheter som Forbrukerrådet og ombudene som aktører som bestemmelsen typisk vil omfatte, se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), s. 367. I prosessuell forstand regnes staten og departementene som ett og samme rettssubjekt, og kan derfor ikke anses som en myndighet «med oppgave å fremme særskilte interesser». Se Skoghøy 2017, s. 266. Statnett SF vil imidlertid ha rettslig interesse og klagerett etter tvisteloven § 1-3 ved vedtak som retter seg mot statsforetaket, eller har betydning for deres rolle som systemoperatør.

⁶⁶³ Se kapittel 2.5.

behandlet på overflaten i Forvaltningslovutvalgets utredning.⁶⁶⁴ Går utviklingen i retning av at stadig flere nasjonale forvaltningsmyndigheter skal være uavhengige, ender man raskt opp med stadig sterkere føderale trekk i Europa, og begrensninger i makten til nasjonale regjeringer og parlamenter. For EU-statene, som har en plass i EU-rådet og Parlamentet, kan man si at dette er deres eget valg. For Norges del, som passivt blir folkerettslig bundet til å gjennomføre de samme endringene og i praksis bli en del av et føderalt Europa, vil det bli vanskelig å komme unna spørsmålet om EØS-avtalen kan bestå med et Brussel som med stadig sterkere overnasjonale trekk griper inn i norsk forvaltning.⁶⁶⁵ En mulig vei å gå, som andre land har valgt, er at nasjonale domstoler setter foten ned for økt makt til EU og EU-organer.⁶⁶⁶ Norske domstoler har muligheten til dette i ACER-søksmålet, der første runde gikk for Oslo tingrett fra 1. til 5. november 2021.⁶⁶⁷ At norske domstoler vil gjøre som blant annet sine danske og tyske kolleger har gjort før den, er imidlertid lite sannsynlig. Høyesterett sluttet seg til prinsippet om «lite inngripende myndighetsoverføring» i plenumsbetenkningen i jernbanesaken, og ACER-saken innebærer neppe noen stor nok myndighetsoverføring til å falle utenfor denne læren.⁶⁶⁸ En annen sak er *symbolverdien* av saken som et opprør mot en uønsket utvikling, men kampen må nok føres politisk. Da bør også utviklingen av uavhengige *nasjonale* reguleringsmyndigheter vurderes med et prinsipielt blick.

⁶⁶⁴ NOU 2019: 5, s. 516, men i noe mer detalj i en egen utredning fra Christoffer Eriksen og Halvard Fredriksen som var vedlegg til utvalgets utredning. Både den «separate» tilnærmingen her og de mangelfulle analysene ved vedtakelsen av energiloven reflekterer i stor grad NAV-utvalgets funn om behovet for større integrering av EØS-retten i lovarbeidet, jf. NOU 2020: 9, s. 119.

⁶⁶⁵ NOU 2012: 2 s. 820 flg.

⁶⁶⁶ For eksempel dansk høyesterett i *Ajos* (UFR. 2017.824 H) og den tyske konstitusjonsdomstolen i *Maastricht* (BVerfGE 89, 155).

⁶⁶⁷ 18-167528TVI-TOSL/06. Tingrettsbehandlingen endte med tap for saksøkeren Nei til EU.

⁶⁶⁸ HR-2021-655-P. I samme retning, Bekkedal 2021.

7 Litteraturliste

7.1 Regelverk

7.1.1 Norske lover

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
- 1917 Lov 14. desember 1917 nr. 17 om regulering og kraftutbygging i vassdrag (vassdragsreguleringsloven).
- 1967 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- 1981 Lov 22. mai 1981 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).
- 1990 Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven).
- 1991 Lov 30. august 1991 nr. 71 om statsforetak (statsforetaksloven).
- 1993 Lov 11. juni 1993 nr. 100 om anlegg og drift av jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (jernbaneloven).
- 1995 Lov 23. juni 1995 nr. 39 om telekommunikasjon (teleloven).
- 2002 Lov 28. juni 2002 nr. 61 om felles regler for det indre marked for naturgass (naturgassloven).
- 2003 Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven).
- 2004 Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

- 2004 Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
- 2006 Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova).
- 2008 Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

7.1.2 Norske forskrifter

- 1962 Instruks for Regjeringsadvokaten. Fastsatt ved kgl.res. 9. mai 1962.
- 1999 Forskrift 11. mars 1999 nr. 302 om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffer (forskrift om kontroll av nettvirksomheten) [kontrollforskriften].
- 2002 Forskrift 7. mai 2002 nr. 448 om systemansvaret i kraftsystemet [systemansvarsforskriften].
- 2004 Forskrift 30. november 2004 nr. 1557 om leveringskvalitet i kraftsystemet [leveringskvalitetsforskriften].
- 2006 Forskrift 20. desember 2006 nr. 1563 om vilkår for tilgang til nett for utveksling av elektrisk kraft over landegrensene.
- 2019 Forskrift 24. oktober 2019 nr. 1413 om nettregulering og energimarkedet [NEM].
- 2019 Forskrift 24. oktober 2019 nr. 1420 om Energiklagenemnda.

- 2019 Forskrift 24. oktober 2019 nr. 1434 om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen vedlegg IV nr. 47 [forordning (EF) nr. 713/2009 om opprettelse av et byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter].
- 2019 Forskrift 31. oktober 2019 nr. 1455 om delegering av myndighet etter energiloven til Norges vassdrags- og energidirektorat.

7.1.3 Traktater

- 1957 *Traktat om Det europeiske økonomiske fellesskap*. Roma, 25. mars 1957 [TEF/Roma-traktaten].
- 1969 *Vienna Convention on the Law of Treaties*. Wien, 23. mai 1969 [VCLT].
- 1986 *Single European Act*. Luxembourg/Haag, 17. februar og 26. februar 1986.
- 1992 *Traktat om Den europeiske union*. Maastricht, 7. februar 1992 [Maastricht-traktaten].
- 1992 *Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde*. Oporto, 2. mai 1992 [EØS-avtalen].
- 1992 *Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol [ODA]*.
- 2000 *Den Europæiske Unions charter om grunnleggende rettigheter*. 2. oktober 2000 [Charteret].
- 2007 *Traktat om Den europeiske union*. Lisboa, 13. desember 2007 [TEU/Lisboa-traktaten].
- 2007 *Traktat om Den europeiske unions virkemåte*. Lisboa, 13. desember 2007 [TEUF].

7.1.4 EU-rettsakter

Direktiver

- Direktiv 91/440/EØF Rådskonferansen 91/440/EØF av 29. juli 1991 om utvikling av Fellesskapets jernbaner.
- Direktiv 95/46/EF Europaparlamentets- og rådskonferansen 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger
- Direktiv 96/92/EF Europaparlamentets- og rådskonferansen 96/92/EF av 19. desember 1996 om felles regler for det indre marked for elektrisitet [eldirektiv I].
- Direktiv 98/5/EF Europaparlamentets- og rådskonferansen 98/5/EF av 16. februar 1998 om lettelse av adgangen til å utøve advokatyrket på permanent grunnlag i en annen medlemsstat enn staten der den faglige kvalifikasjonen er ervervet [advokatdirektivet].
- Direktiv 98/30/EF Europaparlamentets- og rådskonferansen 98/30/EF av 22. juni 1998 om felles regler for det indre marked for naturgass.
- Direktiv 2002/21/EF Europaparlamentets- og rådskonferansen 2002/21/EF av 7. mars 2002 om felles rammebestemmelser for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester [rammedirektivet].
- Direktiv 2003/54/EF Europaparlamentets- og rådskonferansen 2003/54/EF av 26. juni 2003 om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft og om oppheving av direktiv 96/92/EF [eldirektiv II].

- Direktiv 2004/49/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/49/EF av 29. april 2004 om sikkerhet på Fellesskapets jernbaner og om endring av rådsdirektiv 95/18/EF om lisenser til jernbaneforetak og direktiv 2001/14/EF om fordeling av jernbaneinfrastrukturkapasitet, innkreving av avgifter for bruk av jernbaneinfrastruktur og sikkerhets-sertifisering [jernbanesikkerhetsdirektivet].
- Direktiv 2009/72/EF Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2009/72/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft og om oppheving av direktiv 2003/54/EF [eldirektiv III].
- Direktiv 2009/73/EF Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2009/73/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for naturgass og om oppheving av direktiv 2003/55/EF.
- Direktiv 2012/27/EU Europaparlaments- og rådsdirektiv 2012/27/EU av 25. oktober 2012 om energieffektivitet [energieffektiviseringsdirektivet].
- Direktiv 2014/61/EU Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/61 av 15. mai 2014 om tiltak for å redusere kostnadene ved etablering av høyhastighets elektronisk kommunikasjonsnettverk.
- Direktiv (EU) 2016/2370 Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/2370 av 14. desember 2016 om endring av direktiv 2012/34/EU hva gjelder åpning av markedet for nasjonal jernbanepassasjertransport og forvaltning av jernbaneinfrastrukturen.

Direktiv (EU) 2018/1972	Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2018/1972 av 11. desember 2018 om fastsettelse av et europeisk regelverk for elektronisk kommunikasjon.
Direktiv (EU) 2018/2001	Europaparlamentets- og rådsdirektiv (EU) 2018/2001 av 11. desember 2018 om fremme av anvendelsen av energi fra fornybare energikilder.
Direktiv (EU) 2019/1	Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/1 av 11. desember 2018 om styrking av de nasjonale konkurransemyndigheters forutsetninger for å håndheve konkurranse- reglene effektivt og sikring av et velfungerende indre marked.
Direktiv (EU) 2019/944	Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity and amending Directive 2012/27/EU (recast) [eldirektiv IV].
Forordninger	
Forordning 1/2003 EF	Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i traktatens artikkel 81 og 82.
Forordning 713/2009 EF	Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009 av 13. juli 2009 om opprettelse av et byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter.
Forordning 714/2009 EF	Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 714/2009/EF av 13. juli 2009 om betingelser for adgang til nettverket for grensekryssende elektrisitet.

Forordning 1227/2011 EU	Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 1227/2011 av 25. oktober 2011 om integritet og gjennomsiktighet i energimarkedene [REMIT-forordningen].
Forordning (EU) 236/2012	Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 236/2012 av 14. mars 2012 om shortsalg og visse sider ved kredittbytteavtaler.
Forordning (EU) 347/2013	Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 347/2013 av 17. april 2013 om retningslinjer for den transeuropeiske energiinfrastruktur.
Forordning (EU) 2015/1222	Kommisjonsforordning (EU) 2015/1222 av 24. juli 2015 om fastsettelse av retningslinjer for kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering.
Forordning (EU) 2016/679	Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR].
Forordning (EU) 2016/796	Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/796 av 11. mai 2016 om Den europeiske unions jernbanebyrå og om oppheving av forordning (EF) nr. 881/2004.
Forordning (EU) 2016/797	Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/797 av 11. mai 2016 om samtrafikkvevnen i Den europeiske unions jernbanesystem (omarbeiding).

- Forordning (EU) 2016/798 Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/798 av 11. mai 2016 om jernbanesikkerhet (omarbeiding).
- Forordning (EU) 2016/896 Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/796 av 11. mai 2016 om Det europeiske jernbanebyrået og om oppheving av forordning (EF) nr. 881/2004.
- Forordning (EU) 2016/1719 Kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 av 26. xseptember 2016 om etablering av en retningslinje for langsiktig kapasitetstildeling.
- Forordning (EU) 2016/2338 Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/2338 av 14. desember 2016 om endring av forordning (EF) nr. 1370/2007 med hensyn til åpning av markedet for innenlands persontransport med jernbane.
- Forordning (EU) 2017/1485 Kommisjonsforordning (EU) 2017/1485 av 2. august 2017 om etablering av en retningslinje for systemdrift.
- Forordning (EU) 2017/2195 Kommisjonsforordning (EU) 2017/2195 av 23. november 2017 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av elektrisk kraft.

Forordning (EU) 2018/1999	Europaparlaments- og rådsforordning (EU) av 11. desember 2018 om forvaltning av energiunionen og klimainnsatsen, om endring av Europaparlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 663/2009 og (EF) nr. 715/2009, Europaparlamentets og Rådets direktiv 94/22/EF, 98/70/EF, 2009/31/EF, 2009/73/EF, 2010/31/EU, 2012/27/EU og 2013/30/EU, Rådets direktiv 2009/119/EF og (EU) 2015/652 og om opphevelse av Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 525/2013.
Forordning (EU) 2019/942	Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2019/942 av 5. juni 2019 om opprettelse av et byrå for samarbeid mellom energireguleringsmyndigheter.
Forordning (EU) 2019/943	Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2019/943 av 5. juni 2019 om det indre marked for energi.

7.1.5 EØS-komiteéns beslutninger

EØS-komiteéns beslutning 146/2005	EØS-komiteens beslutning nr. 146/2005 av 2. desember 2005 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi).
EØS-komiteéns beslutning 93/2017	EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi).

7.1.6 Utenlandske lover

Island

Lög um Orkustofnun Lög um Orkustofnun 2003 nr. 87 26. Mars.
Orkustofnun

Slovakia

Zákon č. 250/2012 Zákon č. 250/2012 z 31. júla 2012 o regulácii v
sieťových odvetviach.

Sverige

Regeringsformen Kungörelse (1974: 152) om beslutad ny
regeringsform.

Tyskland

EnWG Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005
(BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel
84 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S.
3436) geändert worden ist.

USA

Interstate Commerce Act Interstate Commerce Act of 1887, Pub. L.
Commerce Act 49-104, 24 Stat. 379.

Østerrike

E-ControlG Bundesgesetz über die Regulierungsbehörde in
der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft
(Energie-Control-Gesetz – E-ControlG).

7.2 Forarbeider og andre offentlige dokumenter

7.2.1 Norske forarbeider og dokumenter

Offentlige utredninger

- NOU 1991: 8 *Lov om statsforetak.*
- NOU 1995: 21 *Organisering av forbrukerapparatet*
- NOU 2004: 7 *Statens forretningsmessige eierskap — Organisering og forvaltning av eierskapet.*
- NOU 2012: 2 *Utenfor og innenfor — Norges avtaler med EU.*
- NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov — Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven).*
- NOU 2020: 9 *Blindsonen — Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholds krav ved reiser i EØS-området.*

7.2.1.1 Proposisjoner

- St.prp. nr. 121 for 1955 *Om tiltak for å lette den administrative arbeidsbyrden for statsrådene.*
- Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) *Om lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (energiloven).*
- St.prp. nr. 101 (1991–1992) *Avtale om samtykke til ratifikasjon av a) en avtale mellom Efta-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol, og b) en avtale om Efta-statenes faste komite, begge undertegnet i Oporto 2. mai 1992*
- Ot.prp. nr. 31 (1997–1998) *Om lov om endringer i lov 23 juni 1995 nr 39 om telekommunikasjon.*

- Ot.prp. nr. 58 (2002–2003) *Om lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven).*
- Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).*
- Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) *Om lov om endringer i lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven).*
- Prop. 8 L (2016–2017) *Endringer i jernbaneloven og jernbaneundersøkelsesloven (gjennomføring av direktiv 2012/34/EU mv.).*
- Prop. 94 L (2016–2017) *Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven).*
- Prop. 1 S (2017–2018) (Olje- og energi- departementet) *Statsbudsjett for budsjettåret 2018 under Olje- og energidepartementet : Utgiftskapitler: 1800–1840, 2440 og 2490 Inntektskapitler: 4800–4825, 5440, 5490, 5582, 5680 og 5685.*
- 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 energimarkedspakke).*
- Prop. 6 L (2017–2019) *Endringer i naturgassloven (tredje energimarkedspakke).*

Prop. 199 LS (2020–2021). *Endringer i energiloven (fire forordninger om kraftmarkedet) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutninger nr. 204/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av kommisjonsforordning (EU) 2015/1222 om fastsettelse av retningslinjer for kapasitetstildeling og flaskehalshåndtering, nr. 205/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av kommisjonsforordning (EU) 2016/1719 om fastsettelse av retningslinjer for langsiktig kapasitetsfastsettelse, nr. 206/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av kommisjonsforordning (EU) 2017/1485 om fastsettelse av retningslinjer for drift av transmisjonsnett for elektrisk kraft, og nr. 207/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av kommisjonsforordning (EU) 2017/2195 om fastsettelse av retningslinjer for balansering av kraftsystemet.*

Innstillinger

Innst. S. nr. 244 (1989–90) *Innstilling fra finanskomiteen om gjennomføring av det finanspolitiske opplegget for 1990.*

Innst. 175 L (2017–18) *Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om Endringer i energiloven (tredje energimarkedspakke).*

Innst. 178 S (2017–2018) *Innstilling til Stortinget fra energi- og miljøkomiteen om 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.*

Representantforslag

Dokument 8:172 S (2020–2021) *Representantforslag om at Norge må trekke seg ut av EUs energibyrå (ACER).*

Kongelige resolusjoner

Kgl. res. 18. *Kongelig resolusjon av 18. januar 1991 nr. 24 om januar 1991 delegering av myndighet til Olje- og energi- departementet etter energiloven.*
nr. 24

Stortingsmeldinger

St.meld. nr. 29 *Om energipolitikken – Tilråding fra Olje- og (1998–99) energidepartementet av 19. mars 1999, godkjent i statsråd samme dag.*

St.meld. nr. 17 *Om statlige tilsyn – Tilråding fra Arbeids- og (2002–2003) administrasjonsdepartementet av 24. januar 2003, godkjent i statsråd samme dag (Regjeringen Bondevik II).*

Meld. St. 36 *Energi til arbeid – langsiktig verdiskaping fra norske (2020–21) energiressurser.*

Høringsnotater

Høringsnotat NEM *Høringsnotat, forslag til ny forskrift om nettre- gulering og energimarkedet, samt endringer i energilovforskriften, forskrift om kraftomsetning og netjtjenester, forskrift om kontroll av nettvirksomhet, forskrift om systemansvaret i kraftsystemet, forskrift om leveringskvalitet i kraftsystemet, forskrift om rapporteringsplikt for kraftleveringsavtaler, forskrift om energiutredninger og forskrift om planlegging og gjennomføring av rekvisisjon av kraft og tvangsmes- sige leveringsinnskrenkninger ved kraftrasjonering. Olje- og energidepartementet, <https://www.regje- ringen.no/contentassets/6ea2b5407c3142a7ac8c221dee7247a2/horingsnotat-1-1975313.pdf>, besøkt 17. november 2021.*

Høringsnotat 2013 *Høringsnotat, forslag til endringer i energiloven (gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/72/EF (tredje elmarkedsdirektiv), Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 714/2009 (om grensekryssende krafthandel) og Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009 (om opprettelsen av et byrå for samarbeid mellom energiregulatorene).* Tilgjengelig her: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/oed/pdf_filer_2/hc3b8ringer/hoeringsnotat_tredje_energimarkedspakke.pdf, besøkt 6. november 2021.

EØS-notater

EØS-notat
11. desember 2013 EØS-notat: Endringsdirektiv PSI. Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, 11. desember 2013. <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2013/sep/endringsdirektiv-psi/id2433362/>, besøkt 17. november 2021.

EØS-notat 28. mai
2019 EØS-notat: Energieffektiviseringsdirektivet. Olje- og energidepartementet, 28. mai 2019. <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2011/sep/energieffektiviseringsdirektivet/id2433307/>, besøkt 17. november 2021.

EØS-notat
30. oktober 2019 EØS-notat: Ekomdirektivet. Kommunal- og moderniseringsdepartementet, sist behandlet i spesialutvalg 30. oktober 2019. <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/nov/ekomkodeksen/id2555877/>, besøkt 17. november 2021.

EØS-notat 9. juni 2020 EØS-notat: Direktiv om nasjonale konkurransemyndigheters prosessuelle håndhevingskompetanse, uavhengighet og ressurser. Nærings- og fiskeridepartementet, 2. juni 2020. <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2017/juni/direktivforslag-om-nasjonale-konkurransemyndigheters-prosessuelle-handhevingskompetanse-uavhengighet-og-ressurser/id2563819/>, besøkt 17. november 2021.

Lovavdelings tolkningsuttalelser

Lovavdelingen 2018 § 26 – *Tredje energimarkedspakke – grunnlovsvurdering*. Referanse: 16/2442 EO ATV/IH. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/tredje-energimarkedspakke---grunnlovsvurdering/id2594207/>, besøkt 27. oktober 2021.

RMEs rapporter

RME rapport nr. 1/2020 *Oppsummering av høringsinnspill og forslag til endring i forskrift om nettregulering og energimarkedet (NEM)*. Nr. 1/2020. Reguleringsmyndigheten for energi (RME), Oslo: Februar 2020. https://publikasjoner.nve.no/rme_rapport/2020/rme_rapport2020_01.pdf, besøkt 6. november 2021.

RME rapport nr. 6/2020 *Oppsummering av høring og anbefaling til endringer i nettleiestructuren*. Nr. 6/2020. Reguleringsmyndigheten for energi (RME), Oslo: August 2020. https://publikasjoner.nve.no/rme_rapport/2020/rme_rapport2020_06.pdf, besøkt 6. november 2021.

NVEs høringsdokumenter

NVE hørings-
dokument nr.
8/2019

Høringsdokument : Forslag til endringer i energilovforskriften. Nr. 8/2019. Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE), Oslo: Juni 2019. https://publikasjoner.nve.no/hoeringsdokument/2019/hoeringsdokument2019_08.pdf, besøkt 6. november 2021.

Andre NVE- og RME-dokumenter

NVE
Organisasjons-
kart

Kart over NVE. https://www.nve.no/media/11308/org-kart-mseksjoner_uledere_0101-3103_2020_b.pdf, besøkt 27. oktober 2021.

NVE årsmelding
2013

Årsmelding 2013. http://publikasjoner.nve.no/rapport/2014/rapport2014_30.pdf, besøkt 27. oktober 2021.

RME årsmelding
2020

Årsrapport 2020. <https://www.nve.no/media/11964/versjon-per-29-april-a-rsrapport-2020-for-rme.pdf>, besøkt 15. november 2021.

Andre dokumenter fra sentralforvaltningen

Direktoratsboka
1993

En orientering om arbeidet i direktoratene og om direktoratenes forhold til Regjering, Storting og andre forvaltningsorganer. Administrasjonsdepartementet, Oslo: Februar 1993.

Difi-rapport
2012: 7

Uavhengig eller bare uavklart? Organisering av statlig myndighetsutøvelse. Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi, nå: Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, DFØ). Oslo: Mai 2012. <https://dfo.no/rapporter-og-statistikk/rapporter/uavhengig-eller-bare-uavklart-organisering-av-statlig-myndighetsutovelse>, besøkt 17. november 2021.

- Offisielt fra statsråd 19. oktober 2018 *Offisielt fra statsråd 19. oktober 2018.* <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/offisielt-fra-statsrad-19-oktober-2018/id2616340/>, besøkt 6. november 2021.
- Reglement for økonomistyring i staten *Reglement for økonomistyring i staten. Bestemmelser om økonomistyring i staten.* Finansdepartementet, Oslo: 12. desember 2003, sist endret 31. august 2021. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fin/vedlegg/okstyring/reglement_for_ekonomistyring_i_staten.pdf, besøkt 6. november 2021.
- Retningslinjer for revisjon av konsesjonsvilkår for vassdragsreguleringer *Retningslinjer for revisjon av konsesjonsvilkår for vassdragsreguleringer.* Olje- og energidepartementet, Oslo: 25. mai 2012. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/oed/2012-0606_retningslinjer_for_revisjon_25mai_siste.pdf, besøkt 27. oktober 2021.
- Statens eierrapport 2020 *Statens eierrapport – Statens direkte eierskap i selskaper.* Nærings- og fiskeridepartementet, Oslo: 8. juni 2021. https://www.regjeringen.no/contentassets/ca3c0a55b6b041ff8be7d04cf6b0a3cd/statens_eierrapport_2020_nettslag_v2.pdf, besøkt 17. november 2021.
- Supplerende tildelingsbrev til RME fra OED *Supplerende tildelingsbrev til Norges vassdrags- og energidirektorat for 2021 – Reguleringsmyndigheten for energi for 2021.* <https://www.regjeringen.no/contentassets/c329995a4ad64648bc574543c5f682f4/supplerende-1.pdf>, besøkt 27. oktober 2021.

7.2.2 Europeiske forarbeider og dokumenter

EU-kommisjonens forarbeider

- COM (88) 238 *The internal energy market. Commission working document.* EU-kommisjonen, Brüssel: 2. mai 1988.
- COM (2000) 393 *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services.* EU-kommisjonen, Brüssel: 19. desember 2000.
- COM (2001) 125 *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament completing the internal energy market. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 96/92/EC and 98/30/EC concerning common rules for the internal market in electricity and natural gas. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity.* EU-kommisjonen, Brüssel, 13. mars 2001.
- COM (2006) 841 *Prospects for the internal gas and electricity market. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament.* EU-kommisjonen, Brüssel: 10. januar 2006.
- COM (2015) 080 *A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy.* EU-kommisjonen, Brüssel: 25. februar 2015.

SWD (2016) 0410 *Commission Staff Working Document Impact Assessment : Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity (recast) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the electricity market (recast) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators (recast) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on risk preparedness in the electricity sector.* EU-kommisjonen, Brüssel: 30. oktober 2016.

EU-kommisjonens tolkningsnotater

Kommisjonen 2010 *Commission Staff Working Paper : Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas : The regulatory authorities.* EU-kommisjonen, Brüssel: 22. januar 2010.

EU-kommisjonens utredninger

Kommisjonen 2019 *Assessing the independence and effectiveness of national regulatory authorities in the field of energy.* EU-kommisjonen, Spark, Trinomics og University of Groningen: 14. juni 2019.

EU-kommisjonens avgjørelser

IP/11/412 *Digital Agenda: Latvia ensures independence of national telecoms regulators; Commission closes infringement case.* EU-kommisjonen, Brüssel: 6. april 2011. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_11_412, besøkt 17. november 2021.

AT.40461 *CASE AT.40461 – DE/DK Interconnector : Antitrust procedure. Council Regulation (EC) 1/2003.* EU-kommisjonen, Brüssel: 7. desember 2018. https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40461/40461_461_3.pdf, besøkt 17. november 2021.

Dokumenter fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA)

ESA 2020 *Request for Information concerning Directives 2009/72 and 2009/73's provisions related to national regulatory authorities for Norway.* EFTAs overvåkningsorgan, Brüssel: 16. oktober 2020. https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/Request%20for%20Information%20concerning%20Directives%202009_72%20and%202009_73%27s%20provisions%20related%20to%20national%20regulatory%20author.pdf, besøkt 17. november 2021.

«Table of correspondence»
til ESA *Table of correspondence of Directive 2009/72 provisions related to national regulatory authorities for Norway.* EFTAs overvåkningsorgan, Brüssel: 13. mai 2020. Utleveres på forespørsel.

EU-domstolens regelverk

Statuttene for EU-domstolen (Statute of the Court of Justice of the European Union).

EFTA-domstolens regelverk

Rettergangsordning for EFTA-domstolen (Rules of procedure).

Dokumenter fra Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER)

Acer Rules of Procedure.

7.2.3 Utenlandske forarbeider og dokumenter

Svenske forarbeider

Prop 2010/11: 70 *Regeringens proposition 2010/11:70 : Tredje inremarknadspaketet för el och naturgas.*

Statskontoret *Effektivare tillsyn över energimarknaderna.*
2003: 27 Statskontoret, Stockholm: 23. november 2003.

Statskontoret *Energimarknadsinspektionen – organisation och samverkan.* Statskontoret, Stockholm:
2007: 10 24. september 2007.

Islandske forarbeider

Pingskjal 1242 – 149. löggjafarþing 2018–2019. Pingskjal 1242 – 782.
782. mál *mál. Stjórnarfrumvarp.*

Nederlandske regjeringsdokumenter

Minder last, meer effect – Zes principes van goed toezicht. Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2005. <https://www.inspectie-jenv.nl/binaries/inspectie-venj/documenten/protocollen/2013/01/10/de-zes-principes-van-goed-toezicht/De+zes+principes+van+goed+toezicht.pdf>, besøkt 27. oktober 2021.

Tyske regulatoravgjørelser

BK7-21-056 *Antrag der Nord Stream 2 AG auf Zertifizierung gemäß §§ 4a, b, 10 ff EnWG*. Bundesnetzagentur, 16. November 2021. https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK7-GZ/2021/BK7-21-0056/BK7-21-0056_Antrag.html, besøkt 28. november 2021.

7.3 Rettspraksis

7.3.1 Norske rettsavgjørelser

Høyesteretts dommer og kjennelser

Rt. 1930 s. 241.

Rt. 1986 s. 46.

Rt. 1993 s. 808.

Rt. 1996 s. 520.

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2003 s. 833.

Rt. 2009 s. 459.

Rt. 2012 s. 1556.

HR-2021-417-P.

Høyesteretts betenkninger

HR-2021-655-P.

Lagmannsrettens dommer og kjennelser

LB-2020-18230.

Tingrettens dommer og kjennelser

18-167528TVI-TOSL/06.

7.3.2 Europeiske rettsavgjørelser

EU-domstolen (før 2009: EF-domstolen)

Sak 9-56	<i>Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community</i> [Meroni].	ECLI:EU:C:1958:7
Forente saker 51-54/71	<i>International Fruit Company NV and others v Produktschap voor groenten en fruit.</i>	ECLI:EU:C:1971:128
Sak 98-80	<i>Giuseppe Romano v Institut national d'assurance maladie-invalidité</i> [Romano].	ECLI:EU:C:1981:104
C-48/89	<i>Commission of the European Communities v Italian Republic.</i>	ECLI:EU:C:1990:255
C-374/89	<i>Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium.</i>	ECLI:EU:C:1991:60
C-69/91	<i>Criminal proceedings against Francine Gillon, née Decoster.</i>	ECLI:EU:C:1992:240
C-162/96	<i>A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz.</i>	ECLI:EU:C:1998:293
C-376/98	<i>Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union</i> [Tobakksreklamesak I].	ECLI:EU:C:2000:544
C-377/98	<i>Kingdom of the Netherlands v European Parliament and Council of the European Union.</i>	ECLI:EU:C:2001:523

C-114/01	<i>Proceedings against AvestaPolarit Chrome Oy, formerly Outokumpu Chrome Oy.</i>	ECLI:EU:C:2003:448
C-491/01	<i>The Queen v Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd.</i>	ECLI:EU:C:2002:741
C-201/02	<i>The Queen, on the application of Delena Wells v Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions.</i>	ECLI:EU:C:2004:12
C-210/03	<i>The Queen, on the application of: Swedish Match AB and Swedish Match UK Ltd v Secretary of State for Health.</i>	ECLI:EU:C:2004:802
C-380/03	<i>Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union.</i>	ECLI:EU:C:2006:772
C-344/04	<i>The Queen, on the application of International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v Department for Transport.</i>	ECLI:EU:C:2006:10
C-301/06	<i>Ireland v European Parliament and Council of the European Union.</i>	ECLI:EU:C:2009:68
C-82/07	<i>Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones v Administración del Estado.</i>	ECLI:EU:C:2008:143

C-518/07	<i>European Commission v Federal Republic of Germany.</i>	ECLI:EU:C:2010:125
C-58/08	<i>The Queen, on the application of Vodafone Ltd and Others v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform.</i>	ECLI:EU:C:2010:321
C-389/08	<i>Base NV and Others v Ministerraad.</i>	ECLI:EU:C:2010:584
C-557/10	<i>European Commission v Portuguese Republic.</i>	ECLI:EU:C:2012:662
C-614/10	<i>European Commission v Republic of Austria.</i>	ECLI:EU:C:2012:3801
C-288/12	<i>European Commission v Hungary.</i>	ECLI:EU:C:2014:237
C-270/12	<i>United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v European Parliament and Council of the European Union [ESMA].</i>	ECLI:EU:C:2014:18
C-547/14	<i>Philip Morris Brands SARL and Others v Secretary of State for Health.</i>	ECLI:EU:C:2016:325
C-203/15 og C-698/15 (forente saker)	<i>Tele2 Sverige AB v Post- och telestyrelsen and Secretary of State for the Home Department v Tom Watson and Others.</i>	ECLI:EU:C:2016:970
C-240/15	<i>Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni v Istituto Nazionale di Statistica – ISTAT and Others.</i>	ECLI:EU:C:2016:608

C-424/15	<i>Xabier Ormaetxea Garai and Bernardo Lorenzo Almendros v Administración del Estado.</i>	ECLI:EU:C:2016:780
C-503/15	<i>Ramón Margarit Panicello v Pilar Hernández Martínez.</i>	ECLI:EU:C:2017:126
C-549/15	<i>E.ON Biofor Sverige AB v Statens energimyndighet.</i>	ECLI:EU:C:2017:490
C-64/16	<i>Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas.</i>	ECLI:EU:C:2018:117
C-224/16	<i>Asotsiatsia na balgarskite predpriyatia za mezhdunarodni prevozi i patishtata (Aebtri) v Nachalnik na Mitnitsa Burgas.</i>	ECLI:EU:C:2017:880
C-530/16	<i>European Commission v Republic of Poland.</i>	ECLI:EU:C:2018:430
C-515/17 P og C-561/17 P (forente sager)	<i>Uniwersytet Wroclawski and Republic of Poland v Research Executive Agency.</i>	ECLI:EU:C:2020:73
C-261/18	<i>European Commission v Ireland.</i>	ECLI:EU:C:2019:955
C-508/18 og C-82/19 (forente sager)	<i>Minister for Justice and Equality v OG and PI.</i>	ECLI:EU:C:2019:456
C-718/18	<i>European Commission v Federal Republic of Germany.</i>	ECLI:EU:C:2021:662
C-771/18	<i>European Commission v Hungary.</i>	ECLI:EU:C:2020:584
C-824/18	<i>A.B. and Others v Krajowa Rada Sądownictwa and Others.</i>	ECLI:EU:C:2021:153

- C-24/19 *A and Others v Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen.* ECLI:EU:C:2020:503
- C-83/19,
C-127/19,
C-195/19,
C-291/19,
C-355/19 og
C-397/19
(forente saker) *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» and Others v Inspekția Judiciară and Others.* ECLI:EU:C:2021:393
- C-378/19 *Proceedings brought by Prezident Slovenskej republiky.* ECLI:EU:C:2020:462
- C-767/19 *European Commission v Kingdom of Belgium.* ECLI:EU:C:2020:984

Generaladvokatens forslag til avgjørelser

- C-718/18 *Opinion of Advocate General Pitruzzella delivered on 14 January 2021. European Commission v Federal Republic of Germany.* ECLI:EU:C:2021:20

Underretten

- T-338/08 *Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe v European Commission.* ECLI:EU:T:2012:300
- T-396/09 *Vereniging Milieudefensie and Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht v European Commission.* ECLI:EU:T:2012:301

EFTA-domstolen

E-9/97 *Erla María Sveinbjörnsdóttir v The Government of Iceland.*

E-6/01 *CIBA Speciality Chemicals Water Treatment Ltd and Others v the Norwegian State*

7.3.3 Utenlandske rettsavgjørelser

Danmarks Højesteret

UfR 2017.824H (Ajos)

Den nederlandske forvaltningsdomstolen for handel og industri (CBb)

ECLI:NL:CBB: AWB 09/162, 09/163, 09/164, 09/168, 09/169 en
2010:BM9470 09/170 en 09/417 29 juni 2010. 18400 Gaswet.

Den østerrikske øverste forvaltningsdomstolen (Verwaltungsgerichtshof)

Ro 2016/04/0013 Dom avsagt 23. november 2016 (Unabhängigkeit der E-Control).

Tysklands forfatningsdomstol (Bundesverfassungsgericht)

BVerfGE 89, 155 (Maastricht).

Tysklands høyesterett (Bundesgerichtshof)

EnVR 58/18

7.4 Litteratur

7.4.1 Bøker og fagartikler

- Alexiadis/Pereira Neto 2019a Alexiadis, Peter og Caio Mário da Silva Pereira Neto. *Competing architectures for regulatory and competition law governance*. Florence School of Regulation, 14. juni 2019. <https://fsr.eui.eu/publications/?handle=1814/63285>, besøkt 26. oktober 2021.
- Alexiadis/Pereira Neto 2019b Alexiadis, Peter og Caio Mário da Silva Pereira Neto. «Merging of ex ante and ex post functions in a ‘super-regulator’: Pros and Cons». Florence School of Regulation, 29. juli 2019. <https://fsr.eui.eu/merging-of-ex-ante-and-ex-post-functions-in-a-super-regulator-pros-and-cons/>, besøkt 26. oktober 2021.
- Árnadóttir 2018 Árnadóttir, Ragna. «Áhrif innleiðingar þriðja orkupakka ESB í íslenskan rétt» («Virkningen av implementeringen av EUs tredje energipakke i islandsk rétt»). *Úlfjótur*, 14. juli 2018.
- Arnesen 1995 Arnesen, Finn. *Introduksjon til rettskildelæren i EF*. 3. utgave, Oslo: Senter for EF-rett, 1995.
- Arnesen/Stenvik 2015 Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode : Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Askhaven 2019 Askhaven, Hanna Bjørhus. «Energimarkedsbyrått ACER». *MarIus* nr. 521, 2019.
- Austvik/Claes 2011 Austvik, Ole Gunnar & Claes, Dag Harald. «EØS-avtalen og norsk energipolitikk». I *Europautredningen*, rapport nr. 8. Oslo, 2011.

- Backer 1986 Backer, Inge Lorange. «En utvikling i delegasjonslæren?». I *Samfunn, rett og rettferdighet – festskrift til Torstein Eckhoff på 70-årsdagen*, Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (red.), Oslo: Tano, 1986, s. 55–67.
- Bibow 2001 Bibow, Jens F. [Naas-Bibow]. *Inntektsregulering av kraftnettselskaper*. Oslo: Cappelen, 2001.
- Bjørnebye m.fl. 2007 Bjørnebye, Henrik, Finn Arnesen, Ivar Alvik og Ola Mestad. «EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven», utredning til Olje- og energidepartementet, 9. juli 2007.
- Bjørnebye 2010 Bjørnebye, Henrik. *Investing in EU Energy Security. Exploring the regulatory approach to tomorrow's electricity production*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- Bjørnebye 2019 Bjørnebye, Henrik. «The impact of the third energy market package on national resource management», *MarIus* nr. 482, 2019.
- Bjørnebye 2020 Bjørnebye, Henrik. «Hva betyr EUs ren energi-pakke for Norge?» Norsk Klimastiftelse rapport nr. 03/2020. <https://klimastiftelsen.no/publikasjoner/hva-betyr-eus-renenergi-pakke-for-norge/>, besøkt 26. oktober 2021.
- Bull 2002 Bull, Henrik. *Det indre marked for tjenester og kapital*, Oslo: Universitetsforlaget, 2002.
- Buschle/Jourdan-Andersen 2015 Buschle, Dirk og Birgitte Jourdan-Andersen. «Energy Law». I *The Handbook of EEA Law*. Carl Baudenbacher (red.) Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2015, s. 773–805.

- Cabau 2010 Cabau, Emmanuel. «National Regulatory Authorities». I *EU Energy Law: The Internal Energy Market*. Christopher Jones (red.), 3. utgave, Deventer: Claeys & Casteels, 2010, s. 217–256.
- Cabau 2021 Cabau, Emmanuel. «National Regulatory Authorities». I *EU Energy Law: The Internal Energy Market*. Christopher Jones (red.), 5. utgave, Deventer: Claeys & Casteels, 2021, s. 265–320.
- Christiansen 2018 Christiansen, Per. «Article 36 – Action for annulment». I *Agreement on the European Economic Area – A commentary*, Finn Arnesen m.fl. (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2018, s. 1041–1046.
- Claes/Vik 2011 Claes, Dag Harald og Amund Vik. «Kraftsektoren: fra samfunnsgode til handelsvare». I *Forretning eller fordeling? Reform av offentlig nettverks-tjenester*, Dag Harald Claes og Per Kristen Mydske (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2011, s. 98–121.
- Craig 2018 Craig, Paul. *EU Administrative Law*. 3. utgave, Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Craig/De Búrca 2020 Craig, Paul og Gráinne De Búrca. *EU Law : Text, Cases and Materials*. 7. utgave, Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Dal Bó 2006 Dal Bó, Ernesto. «Regulatory Capture: A Review». *Oxford Review of Economic Policy*, volume 22, number 2, sommer 2006, s. 203–225.
- Delvaux 2013 Delvaux, Bram. *EU law and the development of a sustainable, competitive and secure energy policy – opportunities and shortcomings*, Antwerpen: Intersentia, 2013.

- De Somer 2012 De Somer, Stéphanie. «The Europeanisation of the Law on National Independent Regulatory Authorities from a Vertical and Horizontal Perspective», *Review of European Administrative Law*, volume 5, number 2, 2012, s. 93–130.
- De Somer 2017 De Somer, Stéphanie. *Autonomous Public Bodies and the Law: A European Perspective*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017.
- De Somer 2018 De Somer, Stéphanie. «The powers of national regulatory authorities as agents of EU law». *ERA Forum*, volume 18, 2018, s. 581–595.
- Dyrby 2021 Dyrby, Sophia Alexis. *Den rettslige statusen til vedtak om metoder og vilkår («TCM»)*. Masteroppgave i rettsvitenskap, Universitetet i Oslo, 2021. <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/88573/204.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, besøkt 26. oktober 2021.
- Eckhoff 1966 Eckhoff, Torstein. «Delegasjon av avgjørelsesmyndighet i forvaltningen». I *Rettferdighet og rettsikkerhet*, Torstein Eckhoff, Oslo: Johan Grundt Tanum forlag, 1966, s. 313–356.
- Eckhoff/Sundby 1976 Eckhoff, Torstein og Nils Kristian Sundby: *Rettssystemer*. 1. utgave, Oslo: Tanum-Norli, 1976.
- Eckhoff/Sundby 1991 Eckhoff, Torstein og Nils Kristian Sundby: *Rettssystemer*. 2. utgave, Oslo: Tano, 1991.
- Eckhoff/Smith 2018 Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 11. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.

- Egeberg/Trondal 2014 Egeberg, Morten og Jarle Trondal. «Mot en felles europeisk forvaltning?». *Stat & Styring* 24, nr. 2, 2014, s. 48–50.
- Egeberg/Trondal 2017 Egeberg, Morten og Jarle Trondal. «Researching European Union Agencies: What Have We Learnt (and Where Do We Go from Here)?». *Journal of Common Market Studies*, Volume 55, Issue 4, 2017, s. 675–690.
- Egeland 2021 Egeland, Nina. *Regulering av integrerte foretak i kraftsektoren. Selskapsmessig og funksjonelt skille mellom nettvirksomhet og annen virksomhet etter energiloven §§ 4-6 og 4-7*. Masteroppgave i rettsvitenskap, Universitetet i Oslo, 2021. <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/88402/205.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, besøkt 26. oktober 2021.
- Eriksen/
Fredriksen 2019 Eriksen, Christoffer Conrad og Halvard Haukeland Fredriksen. *Norges Europeiske forvaltningsrett : EØS-avtalens krav til norske forvaltningsorganers organisering og saksbehandling*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Eriksen/
Holmøyvik 2021 Eriksen, Christoffer Conrad og Eirik Holmøyvik. «Ugrei utgreiing frå Høgsterett. Kommentar til Høgsteretts betenkning til Stortinget (HR-2021-655-P)». *Juridika.no*, 5. april 2021. <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-h%C3%B8yesteretts-betenkning-om-eus-jernbanepakke>, besøkt 26. oktober 2021.
- Falch 2004 Falch, Ingvald. *Rett til nett – Konkurransen i nettbundne sektorer*. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.

- Fenger 1995 Fenger, Niels. «Fællesskabsretlige begrænsninger for de nationale forvaltningers styringsmuligheder». I Fredrik Sejersted (red.), *Nordisk forvaltningsrett i møte med EF-retten*. Oslo: Universitetsforlaget, 1995, s. 141.
- Fenger 2004 Fenger, Niels. *Forvaltning og fællesskab: Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.
- Fleischer 2005 Fleischer, Carl August. *Folkerett*. 8. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2005.
- Franklin 2018 Franklin, Christian. «Article 3 – Principle of loyalty». I *Agreement on the European Economic Area – A commentary*, Finn Arnesen m.fl. (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2018, s. 180–196.
- Fredriksen 2010 Fredriksen, Halvard Haukeland. «Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? – noen betraktninger om størrelsen 'gjeldende EØS-rett'». *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010, s. 247–287.
- Fredriksen 2012 Fredriksen, Halvard Haukeland. «Bridging the Widening Gap between the EU Treaties and the Agreement on the European Economic Area». *European Law Journal* 2012, s. 868–886.
- Fredriksen 2013 Fredriksen, Halvard Haukeland. *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*. Bergen: Fagbokforlaget, 2013.
- Fredriksen/
Mathisen 2018 Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 3. utgave, Bergen: Fagbokforlaget, 2018.

- Fredriksen/
Mathisen 2019 Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. «EU-rett som norsk rettskilde». I *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 386–419.
- Gabbi 2014 Gabbi, Simone. «The Principle of Institutional (Un)balance after Lisbon». *European Journal of Risk Regulation* 2014, s. 259–266.
- Gilardi 2005 Gilardi, Fabrizio. «The Formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 Countries and 7 Sectors». *Swiss Political Science Review* 2005, s. 139–167.
- Gilardi 2008 Gilardi, Fabrizio. *Delegation in the Regulatory State. Independent Regulatory Agencies in Western Europe*. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.
- Graver 2002 Graver, Hans Petter. *Forvaltningsrett i markedsstaten : Studier i europeisering av forvaltningsretten*. Bergen: Fagbokforlaget, 2002.
- Graver 2017 Graver, Jenny. «En språkviters møte med offentlighetsloven». *Lov og rett* 2017, s. 63–66.
- Graver 2019 Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 5. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Grønlie 2009a Grønlie, Tore. *Sentraladministrasjonens historie etter 1945. Bind 1, Ekspansjonsbyråkratiets tid, 1945–1980*. Bergen: Fagbokforlaget, 2009.

- Grønlie 2009b Grønlie, Tore. *Sentraladministrasjonens historie etter 1945. Bind 2, Den nye staten? Tiden etter 1980*. Bergen: Fagbokforlaget, 2009.
- Gullberg 2019 Gullberg, Anne Therese. «ACER-debatten – Fortellingen om da debatten om EUs energiunion kom til Norge». Tankesmien Agenda, 2019. <https://tankesmienagenda.no/uploads/documents/post/Notat-om-Acer-Anne-Therese-Gullberg.pdf>, besøkt 26. oktober 2021.
- Hammer 1994 Hammer, Ulf. «Omorganisering av kraftmarkedet». *MarLus* nr. 204, 1994.
- Hammer 1999 Hammer, Ulf. *Tilrettelegging av kraftmarkedet*. Oslo: Cappelen akademiske forlag, 1999.
- Hancher/Larouche 2010 Hancher, Leigh og Pierre Larouche: «The Coming of Age of EU Regulation of Network Industries and Services of General Economic Interest». *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper No. 014/2010*.
- Holmøyvik 2011 Holmøyvik, Eirik. «Grunnlova § 93 og læra om 'lite inngripende' myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis». *Lov og Rett* 2011, s. 447–471.
- Hope 2000 Hope, Einar. *Studier i markedsbasert kraftomsetning og regulering*. Bergen: Fagbokforlaget, 2000.
- Høgberg A.P. 2019 Høgberg, Alf Petter. «Domstolspraksis som rettskildefaktor». I *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 259–292.

- Høgberg B.M. 2016 Høgberg, Benedikte Moltumyr. *Statsrett: kort forklart*. 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- Høgberg B.M. 2019 Høgberg, Benedikte Moltumyr. «Harmonisering og motstrid». I *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 475–501.
- Jakhelln 2021 Jakhelln, Henning. «§ 21». I *Grunnloven, historisk kommentarutgave 1814-2020*. Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2021, s. 294–311.
- Johnston/Block 2012 Johnston, Angus og Guy Block. *EU Energy Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Klamert 2014 Klamert, Marcus. *The Principle of Loyalty in EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Koefoed 2005 Koefoed, Karl. *Regulators uavhengighet i elektrisitetssektoren*. Masteroppgave i rettsvitenskap, Universitetet i Oslo, 2005. <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/20519/pdf?sequence=1&isAllowed=y>, besøkt 26. oktober 2021.
- Kotzur 2015 Kotzur, Markus. «Article 263 – Action for annulment». I *European Union Treaties*, Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan og Markus Kotzur (red.), München: C.H. Beck og Hart, 2015.
- Krawiec 2005 Krawiec, Kimberly D. «Organization Misconduct: Beyond the Principal-Agent Model». *Florida State University Law Review* 2005, s. 571–615.

- Lanceiro 2018 Lanceiro, Rui Tavares. «The implementation of EU law by national administrations: Executive federalism and the principle of sincere cooperation». *Perspectives on Federalism*, Vol. 10, issue 1, 2018, s. 71–102.
- Langenbucher 1998 Langenbucher, Katja. «Argument by Analogy in European Law». *The Cambridge Law Journal* Vol. 57, No. 3, 1998, s. 481–521.
- Larouche/
Larouche 2006 Larouche, Pierre og Maartje Larouche [de Visser]. «The Triangular Relationship between the Commission, NRAs and National Courts Revisited». *Communications & Strategies*, No. 64, 2006, s. 125–145.
- Lavrijssen/Bordei 2012 Lavrijssen, Saskia og Irina Bordei: «ACER: Demystifying the European Energy Supervisor from a Consumer Perspective». *Oil, Gas and Energy Law*, Vol. 10, issue 5, 2012, s. 1–26.
- Lavrijssen 2018 Lavrijssen, Saskia. «Independence, Regulatory Competences and the Accountability of National Regulatory Bodies in the EU». *TILEC Discussion Paper No. 2018–038*.
- Gútierrez-Fons/
Lenaerts 2010 Gútierrez-Fons, José A. og Koen Lenaerts, «The constitutional allocation of powers and general principles of EU law». *Common Market Law Review* Volume 47, Issue 6, 2010, s. 1629–1669.
- Ludwigs 2011 Ludwigs, Markus. «Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency? Europarechtliche Anstöße und verfassungsrechtliche Grenzen». *Die Verwaltung*, Vol. 44, issue 1, 2011, s. 41–74.

- Maggetti/
Papadopoulos
2018
- Maggetti, Martino and Yannis Papadopoulos. «The Principal-Agent Framework and Independent Regulatory Agencies». *Political Studies Review*, Volume 16, Number 3, 2018, s. 172–183.
- Marshall/Edles
2015
- Breger, Marshall J. og Gary J. Edles. *Independent Agencies in the United States: Law, Structure, and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- McGowan 1989
- McGowan, Francis. «The single energy market and energy policy: conflicting agendas?». *Energy Policy*, Vol. 17, No. 6, 1989, s. 547–553.
- Mellingen/Sødal
2009
- Sødal [Marstad], Ellen Karina og Karen Mellingen. «Elektroner på utenlandsreise : Det norske konsesjonsregimet for utveksling av elektrisitet – særlig i lys av EØS-avtalen». *Marlus* nr. 386, 2009.
- Miller 1986
- Miller, Geoffrey P. «Independent Agencies». *The Supreme Court Review*. 1986, s. 41–97.
- Moen 2019
- Moen, Olav Haugen. *Forvaltningsskjønn og domstolskontroll*. Oslo: Gyldendal, 2019.
- Mostuen 2018
- Mostuen, Gro Grytli. *Statnett og nettselskapene*. Masteroppgave i rettsvitenskap, Universitetet i Oslo, 2018. <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/64300/5/223.pdf>, besøkt 26. oktober 2021.
- Nesdam 2007
- Nesdam, Anne Karin. *Det indre transportmarkedet: En analyse av virkemiddelbruken i den felleskapsrettslige energimarkedslovgivningen*. Avhandling for graden dr. juris, Universitetet i Oslo, 2007.

- Newbery 2005 Newbery, David. «Electricity liberalisation in Britain: The quest for a satisfactory wholesale market design». *The Energy Journal* Vol. 26, Special Issue: European Electricity Liberalisation, 2005, s. 43–70.
- Osborne/Gaebler 1992 Osborne, David og Ted Gaebler. *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*. New York: Addison-Westley, 1992.
- Ottow 2013 Ottow, Annetje. «The different levels of protection of national supervisors' independence in the European landscape». I *On Judicial and Quasi-judicial Independence*. Suzanne Comtois og Kars de Graaf (red.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013, s. 139–155.
- Poiares Maduro 2007 Poiares Maduro, Miguel. «Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism». *European Journal of Legal Studies*, Volume 1, Number 2, 2007.
- Rabben 2021 Rabben, Jon. Lovkommentarer til energiloven. Karnov/Lovdata Pro, 2021.
- Rama 2020 Rama, Isa. *Protection of Rights in the EEA : Avenues for ex post Control of Agency Decisions in the EFTA Pillar*. Masteroppgave i rettsvitenskap, Universitetet i Oslo, 2020. <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/79583/218.pdf?sequence=5>, besøkt 26. oktober 2021.
- Redmount 1959 Redmount, Robert S. «Psychological Views in Jurisprudential Theories». *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 107, 1959, s. 472–513.

- Reitan 2014 Reitan, Marit. «Miljø og kraft – en gjensnitt». I *Politikk i grenseland – festskrift til Øyvind Østerud*. Dag Harald Claes, Knut Heidar og Cathrine Holst (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2014, s. 41–58.
- Rizzuto 2021 Rizzuto, Franco [Francesco]. «The Independence of National Regulatory Authorities: Is There now an Autonomous EU Law concept of Independence of General Application? Case Comment: Judgment of the Court 11 June 2020 in Case C-378/19 The President of the Slovak Republic». *European Competition and Regulatory Law Review*, Volume 5, Issue 1, 2021, s. 64–75.
- Ruud/Ulfstein 2018 Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 5. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Røsvoll 2020 Røsvoll, Tarjei Ellingsen. «Delegering i forvaltningsretten – et spørsmål om styring?». *Jussens Venner*, vol. 55, nr. 4, 2020, s. 234–264.
- Schütze 2016 Schütze, Robert. *European Constitutional Law*. 2. utgave, Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Sejersted 2002 Sejersted, Fredrik. *Kontroll og konstitusjon. Statsrettslige studier i Stortingets kontrollvirksomhet*. Oslo: Cappelen Damm, 2002.
- Sejersted m.fl. 2011 Sejersted, Fredrik m.fl., *EØS-rett*. 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2011.

- Shapiro 1997 Shapiro, Martin. «The problems of independent agencies in the United States and the European Union». *Journal of European Public Policy*, Volume 4, Issue 2, 1997, s. 276–291.
- Skoghøy 2017 Skoghøy, Jens Edvin A. *Twisteløsning*. 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Skullerud m.fl. 2019 Skullerud, Åste Marie Bergsens mfl. *Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR) – Kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Smith 1976 Smith, Eivind. «Delegasjon av forvaltningsmyndighet til private og uavhengige organer». *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1976, s. 360–390.
- Smith 1993 Smith, Eivind. «Forvaltningsdomstoler i Norge?». *Lov og Rett*, 1993, s. 217–218.
- Smith 2002 Smith, Eivind. «Den konstitusjonelle adgang til å legge vedtaksmyndighet til ‘uavhengige’ organer». I Eivind Smith, *Stat og rett : artikler i utvalg 1980–2001*. Oslo: Universitetsforlaget, 2002, s. 509–524.
- Stavang 1999 Stavang, Per. *Storting og regjering. Om instruksar frå Stortinget til regjeringa*. Bergen: Alma Mater Forlag AS/ Fagbokforlaget, 1999.
- Stephenson 2006 Stephenson, Matthew C. «Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice between Agencies and Courts». *Harvard Law Review*, Volume 119, Number 4, 2006, s. 1035–1070.
- Sundby 1974 Sundby, Nils Kristian. *Om normer*. Oslo: Universitetsforlaget, 1974.

- Støle/Naas-Bibow 2021 Støle, Frode og Jens Naas-Bibow. «Mens vi venter på Høyesterett i ACER-saken». Enkommafem.no, 8. januar 2021. <https://enkommafem.no/en/posts/mens-vi-venter-paa-hoeyesterett-i-acer-saken>, besøkt 27. oktober 2021.
- Sześciło 2021 Sześciło, Dawid. «Challenging Administrative Sovereignty: Dimensions of Independence of National Regulatory Authorities Under the EU Law». *European Public Law*, Volume 27, Issue 1, 2021, s. 191–216.
- Thatcher 2005 Thatcher, Mark. «The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe». *Governance*, Volume 18, Number 3, 2005, s. 347–373.
- Tortola 2020 Tortola, Pier Domenico. «Technocracy and Depoliticization». I *The technocratic challenge to democracy*, Eri Bertsou og Daniele Caramani (red.), Abingdon: Routledge, 2020, s. 61–74.
- Tridimas 2006 Tridimas, Takis [Panagiotis]. *The General Principles of EU Law*. 2. utgave, Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Tverberg 2014 Tverberg, Arnulf. «Domstoler, maktfordeling og uavhengighet». Lovdata, 26. september 2014. https://lovdata.no/artikkel/domstoler_maktfordeling_og_uavhengighet/1468, besøkt 27. oktober 2021.
- Van Cleynenbreugel 2014 Van Cleynenbreugel, Pieter. «Meroni Circumvented? Article 114 TFEU and EU Regulatory Agencies». *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 21, Issue 1, 2014, s. 64–88.

- Vangsnes 2014 Vangsnes, Jørgen. «Om den såkalte tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen». *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 2, 2014, s. 131–205.
- Vermeule 2013 Vermeule, Adrian. «Conventions of Agency Independence». *Columbia Law Review*, Volume 113, Number 5, 2013, s. 1163–1238.
- Verra 2001 Verra, Anastasia K. «The Question of the National Regulatory Authorities' (NRAs) Independence in the Telecommunications Sector». *European Business Law Review*, 2001, s. 175–185.
- Wahlhäuser 2019 Wahlhäuser, Jens. «§ 61 Veröffentlichung allgemeiner Weisungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie». I *Energiewirtschaftsgesetz*, 2. utgave, Martin Kment (red.), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019, s. 1089–1092.
- Walker 2015 Walker, Christopher J. «Inside Agency Statutory Interpretation». *Stanford Law Review*, Volume 67, Issue 5, 2015, s. 999–1079.
- Wasenden 2007 Wasenden, Odd-Harald B. *Energimarkedsrett : Om informasjonsplikt og markedsatferd i det finansielle kraftmarkedet*. Oslo: Cappelen akademisk forlag, 2007.
- Wennerås 2018 Wennerås, Pål. «Article 6. Homogeneity». I *Agreement on the European Economic Area – A commentary*, Finn Arnesen m.fl. (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2018, s. 209–248.

- Whish/Bailey 2021 Whish, Richard og David Bailey. *Competition Law*. 11. utgave, Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Winter 2013 Winter, H.B. «Regulatory Enforcement in the Netherlands: Struggling with Independence». I *On Judicial and Quasi-judicial Independence*, Suzanne Comtois og Kars de Graaf (red.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013, s. 157–166.
- Wissmann 2006 Wissmann, Martin. «EU-Regulierungsrahmen». I *Telekommunikationsrecht – Praxishandbuch*, Martin Wissmann (red.), Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2006, s. 13–29.
- Ørebech 2018 Ørebech, Peter. «Grunnloven § 1 og EU – med særlig vekt på implementeringen av vedtak truffet av EU-kommisjonen og EUs energibyrå ACER : Er det grunn til å lytte til professor Johs. Andenæs?». *Lov og Rett* 2018, s. 170–190.
- Øyen 2010 Øyen, Ørnulf. *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*. Bergen: Fagbokforlaget, 2010.

7.4.2 Avisartikler og debattinnlegg

- Bekkedal 2021 Tarjei Bekkedal. «Derfor bør Høyesterett la Nei til EU få fremme sin sak». DN.no, 13. januar 2021. <https://www.dn.no/innlegg/energi/acer/jus/innlegg-derfor-bor-hoyesterett-la-nei-til-eu-fa-fremme-sin-sak/2-1-943757>, besøkt 27. oktober 2021.

- Beltrán/
Chambouleyron
2020 Leonardo Beltran og Andrés Chambouleyron. «Pros and Cons of a Super Regulator – The case of the Spanish Regulator». Ipsnews.net, 20. juli 2020. <http://www.ipsnews.net/2020/07/pros-cons-super-regulator-case-spanish-regulator/>, besøkt 27. oktober 2021.
- Bugge 2021 Stella Bugge. «NVE: Neste år kommer nettleien til å øke 'betydelig'». E24.no, 10. november 2021. <https://e24.no/norsk-oekonomi/i/ALx0AM/nve-neste-aar-kommer-nettleien-til-aa-oeke-betydelig>, besøkt 17. november 2021.
- Byrkjeflot 2020 Arne Byrkjeflot. «Trussel mot norsk industri». Neitileu.no, 16. november 2020. <https://neitileu.no/aktuelt/trussel-mot-norsk-industri>, besøkt 15. november 2021.
- Fjellanger/Røsvik
2021 Runa Fjellanger og Eirik Røsvik. «Strømprisene: Lover billigere nettleie». vg.no, 20. oktober 2021. <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/qWmaA0/stroemprisene-lover-billigere-nettleie>, besøkt 8. november 2021.
- Harper 2019 Morten Harper. «Mye mer ACER». Neitileu.no, 13. juli 2019. <https://neitileu.no/aktuelt/mye-mer-acer>, besøkt 27. oktober 2021.
- Hovland 2020 Kjetil Malkenes Hovland. «NVE pålegger ti selskaper å avvikle strømvavtaler: – Bryter med regelverket». E24.no, 1. november 2020. <https://e24.no/olje-og-energi/i/M33aLM/nve-paalegger-ti-selskaper-aa-avvikle-stroemvavtaler-bryter-med-regelverket>, besøkt 27. oktober 2021.

- Hovland 2021 Kjetil Malkenes Hovland. «Foreslår innstramminger i strømbransjen». E24.no, 24. juni 2021. <https://e24.no/olje-og-energi/i/OQLyxA/foreslaar-innstramminger-i-stroembransjen>, besøkt 27. oktober 2021.
- Kolsrud 2020 Kjetil Kolsrud. «– Regjeringsadvokaten står ikke i noen særstilling». Rett24.no, 19. november 2020. <https://rett24.no/articles/-regjeringsadvokaten-star-ikke-i-noen-saerstilling>, besøkt 27. oktober 2021.
- Moestue 2021 Herman Moestue. «Ekspertter tror EØS kan hindre struping av krafteksport». Montelnews.com, 21. september 2021. <https://www.montelnews.com/no/news/1257284/ekspertter-tror-e%C3%B8s-kan-hindre-struping-av-krafteksport>, besøkt 27. oktober 2021.
- Ruhkamp 2021 Christoph Ruhkamp. «Superbehörde Netzagentur». Boersen-zeitung.de, 2. september 2021. <https://www.boersen-zeitung.de/meinung-analyse/superbehoerde-netzagentur-17768e2c-0b55-11ec-871d-f696389bcf24>, besøkt 27. oktober 2021.
- Solomon/
Sheppard 2021 Erika Solomon og David Sheppard. «Germany suspends certification of Nord Stream 2 pipeline». Ft.com, 16. november 2021. <https://www.ft.com/content/a5141b69-0655-48b2-a53a-76d841b02702>, besøkt 28. november 2021.
- Steinfeld 2017 Dag Steinfeld. «Krenkelsen av SSBs uavhengighet og Meyers stillingsvern». Aftenposten.no, 27. november 2017. <https://www.aftenposten.no/meninger/kronikk/i/nggLb5/krenkelsen-av-ssbs-uavhengighet-og-meyers-stillingsvern-dag-steinfe>, besøkt 27. oktober 2021.

- Steinholt 2021 Jan R. Steinholt. «Redusert nettleie? Det var før, det.». Neitileu.no. 18. november 2021. <https://neitileu.no/aktuelt/reduisert-nettleie-det-var-for-det>, besøkt 19. november 2021.
- Ströder 2021 Martin Ströder. «Experten sprechen von 'epochalem Urteil'». Juve.de, 2. september 2021. <https://www.juve.de/verfahren/eugh-zur-bundesnetzagentur-experten-sprechen-von-epochalem-urteil/>, besøkt 27. oktober 2021.
- Vermes 2018 Thomas Vermes. «Islandsk bombe under EUs energibyrå ACER». Abcnyheter.no, 18. mars 2018. <https://www.abcnyheter.no/nyheter/politikk/2018/03/18/195380869/islandsk-bombe-under-eus-energibyra-acer>, besøkt 27. oktober 2021.

7.5 Øvrige kilder

Advokatetiske regler

Charter of Core Principles fra CCBE (den europeiske advokatforeningen). https://www.ccbe.eu/NTCdocument/EN_CCBE_CoCpdf1_1382973057.pdf, besøkt 6. november 2021.

Regler for god advokatskikk (RGA). <https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/god-advokatskikk/kommentarutgaven/>, besøkt 6. november 2021.

Nettsteder

<https://e24.no/ledige-stillinger/s/47blaV/samfunnskritisk-og-strategisk-lederrolle>, besøkt 27. oktober 2021.

<https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/nyheter-reguleringsmyndigheten-for-energi-rme/elmarkedstilsynet-blir-reguleringsmyndigheten-for-energi/>, besøkt 27. oktober 2021.

<https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/om-rme/om-oss/presserom/>, besøkt 27. oktober 2021.

<https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/om-rme/var-virksomhet/rutiner-for-saksbehandling-og-samhandling/>, besøkt 27. oktober 2021.

<https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/nytt-fra-rme/nyheter-reguleringsmyndigheten-for-energi/atte-tiltak-skal-rydde-opp-hos-stromselskapene/>, besøkt 27. oktober 2021.

<https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/nytt-fra-rme/nyheter-reguleringsmyndigheten-for-energi/foreslar-a-gi-statnett-sterkere-insentiver-til-effektiv-drift/>, besøkt 27. oktober 2021.

www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-vedtatt-eu-regelverk-for-elektrisitetsmarkedet-ren-energi-pakken/id2705565/, besøkt 6. november 2021.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/aktuelt-regjeringen-solberg/oed/nyheter/2019/energiklagenemnda-er-oppnevnt/id2680488/>, besøkt 2. november 2021.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/aktuelt-regjeringen-solberg/oed/nyheter/2019/olje--og-energidepartementet-soker-etter-leder-og-medlemmer-til-energiklagenemnda/id2669013/>, besøkt 2. november 2021.

<https://www.ssb.no/energi-og-industri/artikler-og-publikasjoner/pa-verdenstoppen-i-bruk-av-strom/>, besøkt 27. oktober 2021.

<https://www.stortinget.no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=70037>, besøkt 27. oktober 2021.

Personlig samtale

Flataker 2021 Ove Flataker (daværende direktør i RME), 16. april 2021 (via Microsoft Teams).

Private utredninger

ERRA 2015 Energy Regulators Regional Association: *ERRA Survey: Independence of the national regulatory authorities*. Juni 2015. https://erranet.org/wp-content/uploads/2016/03/ERRA-Survey-Regulatory-Independence_OPEN_final.pdf, besøkt 27. oktober 2021.

Menon Economics 2016 Menon Economics: *Rapport – Evaluering av NVE*. Menon-publikasjon 23/2016. 24. april 2016. <https://evalueringsportalen.no/evaluering/evaluering-av-nve/evaluering-av-nve-sluttrapport-24--april-2016.pdf/@@inline>, besøkt 27. oktober 2021.

OECD 2016 OECD: *Independence of competition authorities – from designs to practices*. DAF/COMP/GF(2016)5. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)5/en/pdf), besøkt 27. oktober 2021.

TV-programmer

Dagsnytt 18, NRK1, 20. oktober 2021.

8 Vedlegg 1

Oversikt over de nasjonale reguleringsmyndighetene som er medlemmer i ACER.

Land	Organ	Egen organisatorisk enhet	Egne kontorlokaler	Egen nett- konkurranse- side	Del av sektorovergripende myndigheten	Del av sektorovergripende regulator
Østerrike	Energie Control Austria (E-Control)	x	x	x		
Belgia	Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG)	x	x	x		
Bulgaria	Energy and Water Regulatory Commission	x	x	x		x
Kroatia	Hrvatska energetska regulatorna agencija (HERA)	x	x	x		
Kypros	Cyprus Energy Regulatory Authority (CERA)	x	x	x		
Tsjekkia	Energy Regulatory Office (ERO)	x	x	x		
Danmark	Forsyningstilsynet	x	x	x		
Estland	Konkurensiamet	x	x	x	x	
Finland	Energivirasto	x	x	x		
Frankrike	Commission de Régulation de l'Énergie (CRE)	x	x	x		
Tyskland	Bundesnetzagentur	x	x	x		x
Hellas	Regulatory Authority for Energy (RAE)	x	x	x		
Ungarn	Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal (MEKH)	x	x	x		x
Island	Orkustofnun					
Irland	Commission for Regulation of Utilities (CRU)	x	x	x		x
Italia	Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA)	x	x	x		x
Latvia	Public Utilities Commission (PUC)	x	x	x		x
Litauen	National Energy Regulatory Council (NERC)	x	x	x		
Luxembourg	Institut Luxembourgeois de Régulation (ILR)	x	x	x		x
Malta	Regulator for Energy & Water Services (REWS)	x	x	x		x
Nederland	Autoriteit Consument & Markt (ACM)	x	x	x	x	
Norge	Norges vassdrags- og energidirektorat/Reguleringsmyndigheten					
Polen	Urząd Regulacji Energetyki (URE)	x	x	x		
Portugal	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)	x	x	x		
Romania	Antoritatea Națională de Reglementare în domeniul Energiei (ANRE)	x	x	x		
Slovakia	Úrad pre reguláciu sieťových odvetví (URSO)	x	x	x		x
Slovenia	Agencija za energijo	x	x	x		
Spania	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)	x	x	x	x	
Sverige	Energimarknadsinspektionen (EI)	x	x	x		

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

