**EUs energibyrå (ACER), utenlandskabler og beslutningene**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**I.**

Forskjellen mellom den 3dje Energipakke (Pakke III) og de bestemmelser som den skal erstatte (1992-ordningen) kommer enklest frem ved å sammenligne EU-kompetansen og styringsretten etter Pakke III og EØS-avtalen Vedlegg IV pr. 2.mai 1992 slik den var i den opprinnelig avtale: Dvs. vi må undersøke vedtaksprosessen iht: Council Directive 90/547/EEC av 29 oktober 1990:

«Direktivets bestemmelser skal for denne avtales formål gjelde med følgende tilpasning:

1. I artikkel 3 nr. 4,

…

1. hvert av de berørte foretak kan, med hensyn til handel mellom Felleskapet og en EFTA-stat, anmode om at vilkårene for transitt gjøres til gjenstand for en **forliksprosedyre** som skal fastsettes av EØS-komiteen (uth.her)»



**Figur 1: Organiseringen av beslutninger om samkjøringsledninger, høyspentnett og grenseoverskridende kabler, et 2 pilar system**

Ordningen her fremgår greit av figur 1. Våren 2017 fremmet EU forslag for Det Blandede EØS-utvalg bestående av EFTA og EU-representanter om at den tredje energipakke skulle være EØS-relevant og at denne – med de tilpasninger som EØS-avtalen krevde – ble inkorporert i EØS-avtalen Vedlegg IV (Energi):



**«Udvidelsen** af gældende EU-ret til at omfatte EØS-EFTA-staterne ved indarbejdelse heraf i EØS-aftalen gennemføres i overensstemmelse med EØS-aftalens mål og principper om at oprette et dynamisk og ensartet europæiske samarbejdsområde på grundlag af **fælles regler** og lige konkurrencevilkår.

Disse bestræbelser omfatter **alle** politikker inden for området fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital såvel som ledsagepolitikker og horisontale politikker i EØS-aftalen» (uth.her).

Her fremgår det at ved inkorporering av Energipakke III i EØS-avtalen vil energi være ansett som en vare som fullt ut er omfattet av de 4 friheter og tilgrensende EU-politiske målsettinger – herunder også alle horisontale politikker i EØS. Dette krav er nedfelt i **EØS artikkel 7**: «Rettsakter som er omhandlet i eller inntatt i vedlegg til denne avtale eller i EØS-komiteens vedtak, **skal være bindende** for avtalepartene og skal være eller gjøres til del av deres interne rettsorden»:

Dette omfatter følgelig alle bestemmelser som hemmer den frie flyten av energi slik vi ser det i f.eks. følgende bestemmelser:

* **EØS Artikkel 11.** «Kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene».
* **EØS Artikkel 12.** «Kvantitative eksportrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene»
* **EØS Artikkel 13.** «Bestemmelsene i artikkel 11 og 12 skal ikke være til hinder for forbud eller restriksjoner på import, eksport eller transitt som er begrunnet ut fra hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett. Slike forbud eller restriksjoner må dog ikke kunne brukes til vilkårlig forskjellsbehandling eller være en skjult hindring på handelen mellom avtalepartene».
* **EØS artikkel 40:** *«Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det mellom avtalepartene ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen. Vedlegg XII inneholder de bestemmelser som er nødvendige for å gjennomføre denne artikkel.»*
* **EØS artikkel 4.** «*Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir».*
* **EØS artikkel 124.** «*Avtalepartene skal gi statsborgere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene den samme behandling som sine egne statsborgere med hensyn til adgangen til å plassere kapital i selskaper som definert i artikkel 34, med forbehold for anvendelsen av de øvrige bestemmelser i denne avtale»*.
* **EØS artikkel 125.** «*Denne avtale skal ikke på noen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten.*
  + **Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer:**EU-court«appear to render devoid of all practical effect Article 345 EC». (Opinion 6. February2003. Sak C-463/00og C-98/01, ECR [2003] I-4581 section37).
  + **JUDGMENT OF THE EFTA COURT, 26 June 2007, Case E-2/06:** «That article [295] does not have the effect of exempting the Member States' systems of property ownership from the fundamental rules of the Treaty»
  + **JUDGMENT OF THE EFTA COURT, 26 June 2007, Case E-2/06.** “It follows from the case law of the ECJ on Article 295 EC that Article 125 EEA is to be interpreted to the effect that, although the system of property ownership is a matter for each EEA State to decide, the said provision **does not have the effect of exempting measures establishing such a system from the fundamental rules of the EEA Agreement**, including the rules on free movement of capital and freedom of establishment … In light of the above, the Defendant's submission that the contested rules do not fall within the scope of the EEA Agreement must be rejected” (section 62-63).
  + «The Court holds that Article 125 EEA is to be interpreted to the effect that an EEA State's right to decide whether hydropower resources and related installations are in private or public ownership is, as such, **not affected by the EEA Agreement.** The corollary of this is that Norway may legitimately pursue the objective of establishing a system of public ownership over these properties, provided that the objective is pursued in a non-discriminatory and proportionate manner» (section 72).

Hva som er disse reglers innhold er usikkert fordi det baserer seg på EFTA-domstolens anvendelse av domstolskapt rett i EU – under EU-domstolen. Denne definisjonsmakt ligger langt utenfor EØS-landenes innflytelse. Hva som til syvende og sist blir resultatet av Energiunionen er det kun EU som kjenner. Island, Norge og Liechtensten er med på lasset, okke som. Som Generaladvokat Colomer sa det: EØS artikkel 125 er i realiteten utradert fordi denne ikke avgrenser EØS-avtalen mot eiendomsrettslige forhold nasjonalt. Det eneste som gjenstår av artikkelen er retten for et medlemsland å nasjonalisere alle energiressurser. Det er kun på denne måten at Island kan komme seg utenfor EØS-avtalens mange prinsipper for fremme av markedsliberalismen.

**II.**

Ser vi på de politiske vedtaksprosesser ser vi at EØS-EU forholdet som fram til Energipakke III var basert på frivillig tilslutning ble som følge av 2009 forordningene rettslige bindende. Hovedprinsippene kan oppsummeres slik:

1. Ordningen som siden 2003 var av frivillig art (*Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet.*) gikk gjennom etableringen av ACER over i en fase med bindende vedtak iht. EUs alminnelige regler om kvalifisert flertall:

*«Det er imidlertid et udbredt ønske i sektoren, og i øvrigt foreslået af ERGEG [Gruppen af Europæiske Tilsynsmyndigheder for Elektricitet og Gas] selv, at det frivillige samarbejde mellem de nationale regulerende myndigheder nu bør foregå inden for en fællesskabsstruktur med klare beføjelser og* ***myndighed til at vedtage individuelle reguleringsbeslutninger*** *i en række specifikke tilfælde»* (EU-forordning (EF) 713/2009 fortalen pkt. 3).

1. Målet med reguleringene er å oppfylle *«målsætningerne for den europæiske energipolitik»*. For å oppnå disse mål påpekes det at EU må sørge for å «fjerne hindringerne for handel på tværs af grænserne med elektricitet og naturgas». **ACER skal videre sørge «for at utfylde hullerne i lovgivningen på fælleskabsplan»** (*EU-forordning (EF) 713/2009, fortalen pkt. 5*). EU har bestemt at «Agenturet bør sikre, at de reguleringsopgaver, der varetages af de nationale regulerende myndigheder … koordineres effektivt og om **nødvendigt fuldføres på fællesskabsplan**» (fortalen pkt. 6).
2. Med «fælleskabsplan» siktes det ***ikke*** til at medlemsstatene «arbejde[r] tæt sammen» (fortalen pkt. 5) i et **mellomfolkelig** rom,men til EU-organene **internt**, dvs. ACER, men også andre EU-organer, herunder ENTSO-E:

*«****Kommissionen og agenturet*** *arbejder tæt sammen i forbindelse med gennemførelsen af denne forordning og i passende omfang hører det europæiske net af transmissionssystemoperatører for elektricitet og for gas»* (fortalen pkt. 20).

1. Agenturets struktur bør tilpasses de særlige behov, der gør sig gældende for regulering på energiområdet. Der skal navnlig tages fuldt hensyn til de nationale regulerende myndigheders specifikke rolle, og til at deres uafhængighed sikres (fortalen pkt. 20).
2. Agenturet bør sikre, at de reguleringsopgaver, der varetages af de nationale regulerende myndigheder i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/72/EF af13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/73/EF af 23. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for naturgas - ), koordineres effektivt og om nødvendigt fuldføres på fællesskabsplan. I denne forbindelse er det nødvendigt at garantere agenturets uafhængighed i forhold til elektricitets- og gasproducenter, transmissions- og distributionssystemoperatører, uanset om de er offentlige eller private, og forbrugerne og sikre dets virksomheds overensstemmelse med fællesskabsretten, dets tekniske og reguleringsmæssige kapacitet og dets åbenhed, modtagelighed for demokratisk kontrol og effektivitet (fortalen pkt. 6).
3. Forordning (EU) No 347/2013 av 17 April 2013 om retningslinjer for trans-Europeisk energinett som opphever No 1364/2006/EC og endrer Regulations (EC) No 713/2009, (EC) No 714/2009 and (EC) No 715/2009.

•Chapter III article3.«Decision-making powers in the Groups shall be **restricted to Member States and the Commission**, who shall, for those purposes, be referred to as the decision-making body of the Groups.[Beslutningsdygtigheden indenfor grupperne**er begrænsettil medlemsstaterneog Kommissionen**, der med henblikherpå betegnes som gruppernesbeslutningstagende instans].

De norske juss-professorene Eirik Holmøyvik og Hallvard Haukeland Fredriksen trekker den slutning at

«Med dette overtar ESA regjeringens kontroll av den delen av norsk energiforvaltning som tilfaller RME … Og om RME nøler, kan trolig **private aktører fremtvinge** effektueringen ved å anføre for norske domstoler at norsk lov pålegger RME å iverksette ESAs vedtak.» <http://rett24.no/articles/grunnlovsstridig-tilknytning-til-eus-energibyra>.

*Situasjonen er da den at all beslutningskompetanse som gjelder grensekryssende energi tilhører ACER og EUs energibyråkrati (med Kommisjonen på toppen).* Den nye beslutningsmodell ser etter Energipakke III slik ut:



**Figur 2: Tredje energipakkes innføring av én – 1- pilar beslutningsmodell i strid med grunnloven**

Den kun formelle selvstendighet og en reell uselvstendighet som det her legges opp til er i strid med Grunnloven § 1:

Professor Johs. Andenæs skriver (*Statsforfatningen i Norge* (Tano, 1997) s. 265); suverenitetsavgivelse er lovlig men det forutsetter at det er skjer i et «samarbeid mellom *likestilte* stater i felles interesse» og de kontraherende parter må sammen etablere *et felles* internasjonalt *organ* i *full* gjensidighet.Ifølge Andenæs er det grunnlovsstridig myndighetsoverføring «selv om den formelle suverenitet var respektert». Ved medlemskap i ACER har ESA og RME blitt *et organ for* EU og *ikke* for Norge, som gjennom sin praksis følger en 1-pilar-løsning i strid med Grl. § 1. Regjeringen har således satt Norge i en situasjon som professor Andenæs omtaler som «lydrikeforhold» (s. 266), i strid med Grunnloven.

Tilslutningen til EUs energiunion (herunder ACER) bygger på det system at norske politiske myndigheter ikke kan gripe inn mot RME/ESAs uønskede kopivedtak fordi norsk lov pålegger Det nye norske reguleringsorgan (RME) å iverksette EUs vedtak. RME er finansiert av Stortinget og med ledelse utpekt av Olje- og energidepartementet, **uten** at det er et **organ for** den norske stat, men et **organ for EU**. Denne uavhengighet av norske statlige eller private interesser er nedfelt i 2009/207-direktivet: «RME skal være **fuldt uafhængig af** alle andre offentlige og private interesser». Dette system av kopivedtak er – i tråd med professor Andenæs’ syn i strid med grunnloven § 1 (uth.her)

Peter Th Ørebech

Professor i rettsvitenskap

Reykjavik 20-23 oktober 2018