

Prosumenter

- *nasjonale virkemidler i prosumenteres favør
og disfavør*

Kandidatnummer: 110

Antall ord: 31887



JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

31. mai 2017

” It ain’t about what’s right.
It’s about money.”
D’Angelo Barksdale¹

¹ The Wire, The Detail

INNHALDSFORTEGNELSE

1	Innledning	6
1.1	<i>Tema, siktemål og rettslig plassering</i>	6
1.2	<i>Aktualitet</i>	7
1.3	<i>Presisering av avhandlingens rekkevidde og struktur</i>	8
1.4	<i>Rettskildesituasjonen</i>	10
1.5	<i>Metode</i>	11
2	Faktiske og rettslige forutsetninger	14
2.1	<i>Innledning</i>	14
2.2	<i>Egeninteresse</i>	14
2.3	<i>Markeds- og aktørkaraktistika</i>	15
2.4	<i>Lovgivnings- & reguleringsteknikk</i>	20
2.5	<i>Lovenes formål</i>	21
2.6	<i>Grunnleggende om plusskundebegrepet</i>	23
3	Transportmarkedsregulering	25
3.1	<i>Innledning</i>	25
3.2	<i>Markedsadgangen</i>	25
3.3	<i>Prisregulering (Tariffer)</i>	31
3.3.1	<i>Innledning</i>	31
3.3.2	<i>Kompensasjon knyttet til nettap</i>	32
3.3.3	<i>Nettets faste kostnader</i>	38
3.4	<i>Systematisering og mine betraktninger</i>	39
4	Direkte varemarkedsregulering	43
4.1	<i>Innledning</i>	43
4.2	<i>Virkemidler for å oppnå kontrahering om kjøp av overskuddskraft</i>	44
4.3	<i>Lovlige kjøpere av overskuddskraften</i>	46
4.4	<i>Prisfastsettelse</i>	52
4.5	<i>Systematisering og mine betraktninger</i>	56
5	Økonomiske støtteordninger	59
5.1	<i>Innledning</i>	59

5.2	<i>Rettighetssubjektet</i>	60
5.3	<i>Fastsettelse av støttens størrelse</i>	66
5.4	<i>Ansvar for, og størrelsen på, saksbehandlingskostnader</i>	69
5.5	<i>Pliktsubjektet</i>	71
5.5.1	<i>Innledning</i>	71
5.5.2	<i>Plusskunder og svenske prosumenterers elsertifikatplikt</i>	71
5.5.3	<i>Beregningsrelevante energibærere</i>	72
5.5.4	<i>Betalingsplikten i feed-in-systemene</i>	79
5.6	<i>Systematisering og mine betraktninger</i>	81
6	Avsluttende betraktninger	85
6.1	<i>Innledning</i>	85
6.2	<i>Om forholdet mellom reguleringsteknikk og reglenes godhet</i>	85
6.3	<i>Systematisering og hensiktsmessighetsvurdering</i>	86
6.4	<i>Svaret på avhandlingens overordnede spørsmål</i>	88
	Kildeliste	91

1 INNLEDNING

1.1 TEMA, SIKTEMÅL OG RETTSLIG PLASSERING

Den teknologiske utviklingen medfører at kraftproduksjon i dag er tilgjengelig for flere enn tidligere. Forbrukeren kan produsere strøm fra solceller, eller en liten vindmølle. Selv om forbrukeren har kraftproduksjon, skilles hun fra andre produsenter i at hun *primært* er konsument.² Sammensmeltningen av forbruker- og produsentrollen, kalles gjerne “prosumer” på engelsk.³ På norsk kan man bruke ordet “prosumert”.

Prosumenter vil ofte produsere fornybar kraft med lav eller ingen påvirkning på det lokale økologiske mangfoldet, og med lave eller ingen klimautslipp.⁴ Avhandlingens fokus er på prosumenter som produserer solkraft. Prosumertens kraftproduksjon kan bli så stor at den overstiger prosumertens forbruk. Da mates kraften inn på nettet. Prosumenter kan altså bidra til å styrke bærekraften i både kraftproduksjonen, og kraftforbruket. Andre land, som Danmark, Tyskland og Sverige, bruker virkemidler som er gunstige for prosumenter, og som dermed må antas å gi forbrukere insentiv til slik produksjon.

Avhandlingens overordnede spørsmål er hvilke rettigheter og plikter prosumenter har i norsk kraftmarkedsrett. Mer presist, er spørsmålet om kraftmarkedsretten er tilrettelagt for at forbrukere skal bli prosumenter. Fokus er altså på norsk rett. Spørsmålet er likevel hvordan den norske virkemiddelbruken er sammenliknet disse andre statenes virkemiddelbruk. Jeg kommer tilbake til det nærmere innholdet i problemstillingene i kap. 1.3. Siktemålet er å fastlegge innholdet i norsk kraftmarkedsrettslig virkemiddelbruk i relasjon til prosumerten som typetilfelle. Med virkemidler mener jeg reguleringer eller mangelen på sådanne som staten bruker for å oppnå et mål. Dernest, sette denne inn i en komparativ kontekst. Jeg vil også systematisere jurisdiksjonenes virkemidler. Med det mener jeg at jeg vil kategorisere og katalogisere virkemiddelbruken for å finne fellestrekk og ulikheter mellom jurisdiksjonene. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i kap. 1.3 og 1.5.

Avhandlingen er disponert ut ifra sontringen transportmarkedsregulering, varemarkedsregulering, og økonomiske støtteordninger. Med transportmarked mener jeg markedet for krafttransport. Transportmarkedet er altså et tjenestemarked. Med varemarked mener jeg markedet for salg av kraft som vare, mens jeg med økonomiske støtteordninger sikter til virkemidler for å fremme prosumsjon gjennom rene økonomiske

² Se f.eks. definisjonen av “active customer” i art. 2 pkt. 6 i Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast).

³ Se f.eks. Roggenkamp et al. (2012), s. 419.

⁴ Deruytter og Geldhof (2014), s. 168.

insentiver. Disposisjonen i hvert kapitel skyldes den komparative metoden jeg bruker. Jeg kommer nærmere tilbake til bakgrunnen for systematikken i kap. 1.5. I neste kapittel gjør jeg nærmere rede for temaets aktualitet.

1.2 AKTUALITET

I dette kapitlet behandler jeg avhandlingens faktiske og rettslige aktualitet.

I Norge har prosumsjon fått relativt stor oppmerksomhet det siste året. I Stortingets energi- og miljøkomité uttalte flertallet at komitéen mener det bør “legges til rette for energiproduksjon, forbruksstyring og energireduksjon hos sluttbrukerne”. Dessuten uttalte komitéen at “regler og vilkår for lokal kraftproduksjon og leveranse på nett (plusskundereglene) er viktige for hvordan og i hvilken grad lokal kraftproduksjon vil bre seg”.⁵ Uttalelsene viser at en nærmere analyse av norsk kraftmarkedsrett i relasjon til prosumenter er viktig.

I Stortingsmeldingen om energisektoren, uttalte Regjeringen at utviklingen av lokale produksjonsteknologier og batterier, smarte styringssystemer og mer effektiv bruk av energi til sammen vil “påvirke fremtidens energisystem på en måte det er vanskelig å anslå i dag.”⁶ Siden innholdet i kraftmarkedsretten har betydning for hvorvidt lokal kraftproduksjon finner sted, er det etter mitt syn både *faktisk* og *rettslig* aktuelt å behandle prosumenteres rettsstilling i kraftmarkedsretten i et komparativt perspektiv. Det komparative elementet kan jo illustrere hensiktsmessige løsninger, eller kaste nytt lys over norske løsninger som ikke nødvendigvis passer med prosumenteren som typetilfelle. Jeg kommer nærmere tilbake til bakgrunnen for utvalget av land i kap. 1.5.

Også EU har vist større interesse for prosumenter den siste tiden. Dette fremgår av den såkalte Vinterpakken som bla. inneholder forslag til nytt Fornybardirektiv og Elektrisitetsdirektiv.⁷ Begge forslagene inneholder regler om prosumenter.⁸ I fortalen til nytt Elektrisitetsdirektiv uttales at egenproduksjon er “hampered by a lack of common rules for ‘prosumers’”.⁹ Dette gjør det komparative perspektivet interessant, fordi det kan tenkes å være store nasjonale forskjeller mellom jurisdiksjonene. Jeg kommer nærmere tilbake til hvordan jeg bruker forslagene i neste kapittel.

⁵ Innst. 401 S (2015-2016), s. 22

⁶ Meld. St. 25 (2015-2016) Kraft til endring, s. 144

⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), og Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity (recast)

⁸ Se forslaget til nytt Fornybardirektiv art. 21 og forslaget til nytt Elektrisitetsdirektiv art. 15.

⁹ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity (recast) s. 5

I denne avhandlingen bruker jeg ofte begrepene aktørstyring og statsstyring. Med statsstyring mener jeg at staten aktivt regulerer markedet, mens jeg med aktørstyring mener at aktørene står mer eller mindre fritt til å velge selv. Tidvis bruker jeg ordet markedsintervensjon om statsstyring, og markedsstyring om aktørstyring. Spørsmålet om hvor grensen mellom aktør- og statsstyring skal gå, kommer på spissen i relasjon til prosumenter, jf. kap. 2.3. Dette fordi prosumenter ikke kan utnytte stordriftsfordeler i et konkurranseutsatt marked, samtidig som markedet har vært det primære virkemiddelet i norsk og andre staters kraftmarkedsrett siden 90-tallet. At produksjonen er meget liten kan altså være en konkurranseulempe for prosumenten. Stortinget har, som vist, uttalt at prosumsjon er ønskelig, og at virkemiddelbruken er viktig for å oppnå dette. Samtidig er det i dag ikke noen “agreed upon best policy roadmap to assist policy makers with prosumer transition”.¹⁰ Kunnskap om virkemidlene er en forutsetning for diskusjon og videreutvikling av retten. Gjeldende rett må altså fastlegges. En gjennomgang av nasjonal rett sitt innhold, og en sammenlikning med virkemidlene som brukes i andre land Norge sammenlikner seg med, er en viktig forutsetning for en slik diskusjon. Å gjøre rede for og systematisere prosumenteres rettsstilling i et nasjonalt og komparativt perspektiv, er mitt bidrag til denne diskusjonen.

1.3 PRESISERING AV AVHANDLINGENS REKKEVIDDE OG STRUKTUR

I dette kapitlet presiseres avhandlingens tema, og avhandlingens struktur forklares.

Det er selvsagt at andre regler enn de kraftmarkedsrettslige har betydning for forbrukeres insentiv til å investere i kraftproduksjon. Som sagt handler denne avhandlingen om prosumenteres rettsstilling i kraftmarkedsretten. Avhandlingen omfatter derfor ikke andre regler som er viktige for utbyggingstakten til fornybar kraft, som skatte- og avgiftsregler. Av hensyn til avhandlingens omfang avgrenser jeg også mot investeringsstøtte.

Begrepet kraftmarkedsrett er ikke gitt et bestemt innhold i lovgivning eller teori. Jeg forstår begrepet slik at det favner statens tilretteleggelse for handel med kraft, eller griper inn i markedet for å fremme et energipolitisk siktemål. I denne avhandlingen brukes derfor begrepet slik at det omfatter transportmarkedsregulering, varemarkedsregulering, og økonomiske støtteordninger.¹¹

I noen av jurisdiksjonene jeg behandler er det nær sammenheng mellom disse reguleringene, mens det i andre ikke er det. Samtidig må det antas at statene møter de

¹⁰ Flaute et al. (2017), s. 147.

¹¹ Elavgiften kan sies å falle innenfor denne definisjonen. Jeg avgrenser mot denne.

samme problemene, jf. kap. 1.5. Avhandlingens emne er altså begrunnet i at noen stater f.eks. løser det noen stater ville ansett for å være et spørsmål om varemarkedsregulering gjennom økonomiske støtteordninger. Det er altså for å ikke overse et virkemiddel at jeg behandler de tre reguleringene.

Sverige og Norge bruker elsertifikater som økonomisk støtteordning, mens tysk og dansk kraftmarkedsrett er såkalte feed-in-systemer. Innholdet i disse forklares der det er relevant. Dette er, som jeg kommer tilbake til i kap. 5.1, de dominerende økonomiske støtteordningene i Europa i dag. Bakgrunnen for at jeg behandler to feed-in-systemer og to elsertifikatsystemer ligger i avhandlingens siktemål om å systematisere virkemiddelbruken. Å behandle to jurisdiksjoner i hvert system kan være egnet til å identifisere eventuelle nasjonale variasjoner, og slik gjøre systematiseringen klarere.

EU-retten har betydning på to måter. For det første, vurderer jeg om norsk rett er i tråd med foreliggende direktiver hvor disse gjør seg gjeldende. Jeg avgrenser mot å vurdere om de andre jurisdiksjonenes rett er i tråd med EU-retten. Jeg avgrenser også mot å behandle statsstøtteregele, som kan ha stor betydning for utformingen av støtteordningene. Å behandle disse ville sprengte avhandlingens ramme. Forslagene i Vinterpakken brukes primært for å illustrere hvordan virkemiddelbruken for å fremme prosumsjon kan utvikle seg. Av hensyn til avhandlingens omfang, og at det bare er forslag, vil jeg være kort i relasjon til om norsk rett samsvarer med forslagene.

Avhandlingen konsentrerer seg videre mot mikrokraftproduksjon, og da først og fremst mot husholdningsprosumenter. Husholdningsprosumenter vil typisk ha et anlegg med installert effekt på under 20 kW.¹² I hvert hovedkapittel vil jeg først gjennomgå reglene kapitlet omhandler. Primært systematiseres virkemiddelbruken i avslutningskapitlet i hvert hovedkapittel. I kapittel 6 katalogiserer og kategoriserer jeg virkemiddelbruken samlet. Da er siktemålet å undersøke om det er likhetstrekk mellom statenes virkemiddelbruk på et mer overordnet nivå. I det kapitlet kommer jeg også med min vurdering av hvilken virkemiddelbruk som samlet fremstår som mest hensiktsmessig. Dette vil jeg tidvis også gjøre underveis, og da primært i avslutningskapitlene. Jeg går nå videre til rettskildesituasjonen.

¹² Sommerfeldt, Muyingo, og Klintberg (2016), s. 33.

1.4 RETTSKILDESITUASJONEN

Energiloven er det primære rettsgrunnlaget i relasjon til transport- og varemarkedet.¹³ Enl. er en rammelov.¹⁴ Dette medfører at store deler av reguleringen har funnet sted i forskrifter.¹⁵ Derfor blir energilovens forskrifter sentrale rettskilder for disse tema. Som følge av kraftsektorens særegenheter, jf. kap. 2.3, vil også grunnleggende energirettlige hensyn være viktige rettskilder. I relasjon enl. med forskrifter foreligger også noe litteratur. For norsk transport- og varemarkedsrett sitt vedkommende er rettskildesituasjonen samlet sett mager.¹⁶ I relasjon til økonomiske støtteordninger i Norge, er det lov om elsertifikater med forskrift som utgjør det primære rettsgrunnlaget.¹⁷ Loven suppleres av noe teori, og kan av grunner jeg kommer tilbake til, tidvis også tolkes i lys av svensk elsertifikatlovgivning. Det er lite rettspraksis knyttet til både enl. og elsertl., og svensk elsertifikatlovgivning.

I dansk og tysk rett foreligger relativt utfyllende lovregler om temaene jeg behandler. Det foreligger lovregler om alle temaene som behandles. Den sentrale tyske loven er Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG).¹⁸ Loven ble sist endret 22. desember 2016 med virkning fra 1. januar 2017, jf. lovens innledningsdel. Endringen medførte grunnleggende endringer i tysk regulering av støtteordninger for fornybar energi. EEG gikk fra feed-in-system til et mer markedsorientert tenderingssystem.¹⁹ Men, feed-in-systemet ble beholdt for produsenter. Betydningen av dette kommer jeg spesielt inn på i kap. 4.2.

I dansk rett er lov om fremme af vedvarende energi (VE-loven) og lov om elforsyningen (elforsyningsloven) de sentrale rettskildene.²⁰ I Sverige er det ellagen, og elcertifikatlagen, som er de primære rettskildene.²¹

EU har som nevnt betydelig innvirkning på jurisdiksjonenes virkemiddelbruk. Sentrale i denne sammenheng er Fornybardirektivet og Elektrisitetsdirektiv III.²² Implementeringsfristen i EU for førstnevnte var i 2010, jf. Fornybardirektivets art. 27, mens sistnevnte var i mars 2011, jf. direktivets art. 49. Bare Fornybardirektivet er

¹³ Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven/enl.).

¹⁴ Naas-Bibow et al. (2011), s. 14.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Mengden energirettlig litteratur – både internasjonalt og nasjonalt – er relativt liten sammenliknet med andre rettsområder. Dette fremheves også av Heffron og Talus (2016), s. 2.

¹⁷ Lov om elsertifikater (elsertifikatloven/elsertl.).

¹⁸ Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) (BGB nr. 1 s. 1066: 2014).

¹⁹ Tenderingssystem er mer markedsorientert fordi den billigste får tilslaget og støtten.

²⁰ Lovbekendtgørelse nr. 1329 af 25. november 2013 (elforsyningsloven) og Lovbekendtgørelse nr. 1141 af 29. august 2016 (VE-loven).

²¹ SFS 1997:857 Ellag (1997:857), og Lag (2011:1200) om elcertifikat.

²² Direktiv 2009/72/EC og Direktiv 2009/28/EC.

innlemmet i EØS-avtalen, jf. EØS-avtalens fjerde vedlegg om energi. Elektrisitetsdirektiv III er derimot enda ikke innlemmet, men prosessen er i gang. Jeg legger til grunn at direktivet blir innlemmet. Hvor direktivet er relevant bruker jeg derfor Elektrisitetsdirektiv III (heretter Elektrisitetsdirektivet).

1.5 METODE

I relasjon til norsk rett anvender jeg alminnelig anerkjente tolkningsprinsipper. Dette er tolkningslæren som følger av Høyesterettspraksis, hvor ordlyden er utgangspunktet, og må harmoniseres mot andre relevante rettskilder.²³

Ved tolkning av EU-regler anvender jeg den særlige metode utviklet av EU-domstolen.²⁴ Denne er primært kontekstuell og teleologisk.²⁵ EU-domstolen er videre bevisst på “the special features of energy markets”.²⁶ De særlige hensyn som gjør seg gjeldende i kraft- og transportmarkedsreguleringen må følgelig være av betydning. Juridisk teori har mindre betydning i EU-retten. Teorien får likevel indirekte betydning fordi forfatterne viser og vurderer formålene.²⁷ Dessuten må det tas tilstrekkelig hensyn til at EU-rettsaktene er autentiske på over 20 språk. Fellesskapslovgivers intensjon kan følgelig bedre fastlegges gjennom å undersøke flere språkversjoner. Løsningens legitimitet tilsier følgelig at språkversjonene konsolideres.²⁸ Dermed bør ordlyden ikke leses utelukkende på ett språk, men i sammenheng med de andre språkversjonene.²⁹

Metoden for fastleggelsen av de andre jurisdiksjonenes rett påvirkes selvsagt av at jeg har juridisk bakgrunn fra Norge. Jeg har derfor ikke de samme forutsetninger for å fastlegge innholdet i andre jurisdiksjoners rett. Det ligger i dette at jeg ikke kan behandle hvordan alle særspørsmål som oppstår i de andre landene løses. Redegjørelsen av andre jurisdiksjoners rett vil altså være mer overordnet enn redegjørelsen for norsk rett. Jeg holder meg stort sett til ordlyden, og supplerer med teori og forarbeider. Tidvis har jeg støtt på svært vanskelige tolkningsspørsmål i relasjon til andre staters rett. Hvor jeg ikke har klart å fastlegge løsningen fra de tradisjonelle kildene har jeg kontaktet statens regulatoriske organ. Hvor slike opplysninger har vært av betydning opplyses det om dette.

Begrunnelsen for komparasjonen påvirker selvsagt tilnærmingen og metoden. Formålet med komparasjonen er som sagt å sette norsk rett i kontekst, og å katalogisere og

²³ Andenæs (2009), s. 6.

²⁴ Fredriksen og Mathisen (2014), del VII kap. 2 og 3.

²⁵ Bjørnebye (2009), s. 9 og C-439/06 (citiworks AG), avsnitt 37

²⁶ Drijber (2014), s. 28. Se for så vidt også Bjørnebye (2009), 9 med videre henvisning.

²⁷ Bjørnebye (2009), s. 9f.

²⁸ Se T-210/07 (RSA Security Ireland mot Kommisjonen) som gjengitt i Fredriksen og Mathisen (2014), s. 220.

²⁹ Fredriksen og Mathisen (2014), s. 220.

kategorisere virkemiddelbruken. Da blir eventuelt norsk særpreg klarere, noe som gir bedre grunnlag for hensiktsmessighetsvurderinger. Systemet i Tyskland er så forskjellig fra det norske at det illustrerer godt det normative handlingsrommet stater har innenfor kraftmarkedsretten. Siden det danske systemet også er et feed-in-system, gjelder dette også for dansk rett. Komparasjon med Danmark har likevel selvstendig betydning. For det første virkemiddelbruken i tysk og dansk rett på viktige områder er forskjellige. Virkemiddelbruken i Danmark er til tider om ikke lik, i alle fall *likere* den norske enn tysk rett. For det andre, sammenlikner jeg med Danmark fordi Norge og Danmark har en likere rettskultur.³⁰ Av disse grunner kan det tenkes at det vil være lettere å implementere danske løsninger i norsk rett dersom løsningen er hensiktsmessig.

Norge og Sverige har en felles økonomisk støtteordning, og har, som jeg vil vise i avhandlingen, innrettet kraftmarkedsretten på tilnærmet like måte. Norsk og svensk rett er altså mye likere enn retten i Tyskland og Danmark. Samtidig vil avhandlingen vise forskjeller mellom norsk og svensk rett på viktige områder. Mens implementering av løsningene i tysk og dansk rett i større eller mindre grad vil kreve *systemendringer* i norsk rett, vil eventuell resepsjon av svenske løsninger kunne skje innenfor det etablerte systemet. Komparasjon med Sverige gjøres derfor for å vise det normative handlingsrommet innenfor vår kraftmarkedsrettslige tradisjon og reguleringsmåte. Samlet sett kan man si at fastleggelsen av innholdet i norsk rett i relasjon til prosumenter i et komparativt perspektiv, gjør at avhandlingen retter seg mot de som “har brug for opplysninger til deres overveielser om reformer.”³¹

I arbeidet med avhandlingen har jeg forsøkt å identifisere felles problemer (i vid forstand) i relasjon til prosumenter. Den første utfordringen i arbeidet har altså vært å *identifisere problemet*. Dernest har jeg arbeidet mot å identifisere hvilket virkemiddel statene bruker for å løse problemet. Innfallsvinkelen min særpreges av at det er “det samfundsmæssige problem og ikke retsregelen, der bestemmer emnet.”³² Grunnen til at jeg tar utgangspunkt i problemet er at “(...) the legal system of every society faces essentially the same problems, and solves these problems by quite different means, though very often with the same results.”³³ Avhandlingen handler altså om problemer som er felles mellom jurisdiksjonene, og hvordan disse løses.

Denne tilnærmingen gir godt grunnlag for analyse og systematisering av virkemiddelbruken mot prosumenten som typetilfelle. Den er også godt egnet til å illustrere

³⁰ Om begrepet rettskultur, se Sunde (2017), s. 15.

³¹ Lando (2009), s. 199.

³² Ibid., s. 183.

³³ Zweitgert og Kötz (1998), s. 34.

forskjellene mellom jurisdiksjonene på en god måte. Denne problemorienterte metoden får, etter mitt syn, bedre frem de finere nyansene i virkemiddelbruken enn Länderbericht. Länderbericht fokuserer på å fremstille et rettssystem for seg.³⁴ Dermed kan Länderbericht være bedre egnet til å gi en overordnet forståelse av jurisdiksjonens regulering.³⁵ Hvor forskjellene i regulering er store, bruker jeg en Länderbericht-liknende metoden for å gi en innledende oversikt. Jeg går nå videre til faktiske og rettslige forutsetninger for avhandlingen.

³⁴ Lando (2009), s. 188.

³⁵ Ibid., s. 188f.

2 FAKTISKE OG RETTSLIGE FORUTSETNINGER

2.1 INNLEDNING

I dette kapitlet vil jeg gi en oversikt over sentrale faktiske og juridiske elementer som er viktige grunnlag for avhandlingens hoveddel. Jeg vil først forklare hva egeninteresse er. Derneft behandles kraftsystemet og grunnleggende markeds- og aktørkarakteristika som kan utgjøre utfordringer for forbrukeres egeninteresse i kraftproduksjon. Til slutt gjennomgås statenes reguleringsteknikk og lovenes formål, før jeg til slutt introduserer hva en plusskunde er.

2.2 EGENINTERESSE

Som vist er også økt prosumsjon et uttalt politisk mål. Dette reiser spørsmålet om hva som er nødvendig for å få forbrukeren til å handle i tråd med dette politiske målet.

Etter rettsøkonomisk teori er egeninteresse sentralt for menneskers handlingsvalg.³⁶ Mennesker antas å “tilpasse seg rettsreglene på en rasjonell måte” som følge av at det er i tråd med individets egeninteresse.³⁷ Rettsregler kan ha betydning for i hvilken grad individets preferanser tilfredsstilles, og dermed hvilke handlinger som velges.³⁸ Dermed gjør kunnskap om menneskets egeninteresse det lettere for lovgiver å oppnå sine mål. Lovgiver kan utforme rettsreglene slik at de skaper insentiv til å handle i tråd med lovgivers ønske. Slik oppnår lovgiver sitt mål, uten tvang. Målet oppnås tvert i mot fordi individet selv *ønsker* å handle slik.

I rettsøkonomien tas det til orde for at mennesker handler i tråd med sin egeninteresse.³⁹ Med det menes altså at mennesket handler i tråd med individuelle økonomiske og ikke-økonomiske preferanser. Rettsøkonomisk teori forutsetter ofte at mennesker også handler rasjonelt i tråd med sin egeninteresse.⁴⁰ Den økonomiske egeninteressen kan medføre at individet ikke investerer i egen fornybar kraftproduksjon, selv om dette er i tråd med hennes ikke-økonomiske preferanser. Hun erkjenner gjerne at investeringen vil bidra til at klimaforandringene motvirkes, men hennes økonomiske egeninteresse og rasjonalitet, stopper henne fra å investere dersom investeringen ikke er lønnsom.

At rasjonalitet er styrende, kan man selvsagt være uenig i. Noen vil gjerne investere i egen kraftproduksjon fordi de vil gjøre det de kan for å motvirke klimaforandringene

³⁶ Eide og Stavang (2008), s. 87.

³⁷ Ibid., s. 28.

³⁸ Ibid., s. 31.

³⁹ Ibid., s. 87.

⁴⁰ Ibid., s. 86f.

uavhengig av de økonomiske konsekvenser dette har for deres privatøkonomi. Det må vel kunne legges til grunn at disse ikke utgjør flertallet. Jeg tar ikke stilling til om mennesker styres av rasjonalitet eller ei. Jeg legger derimot til grunn at dersom det *er* privatøkonomisk rasjonelt å investere i egen kraftproduksjon, vil selv de som ikke bryr seg om klimatiltak investere i egen fornybar kraftproduksjon. Da tjener de jo penger eller unngår utgifter. Siden alle statene jeg behandler har rettsregler som i større eller mindre grad fremmer forbrukerens økonomiske egeninteresse i prosumsjon, antar jeg at statenes lovgiver legger samme forutsetning til grunn.

Særpreget ved forbrukeren som investor kan påvirke disse sin økonomiske egeninteresse i kraftproduksjon i negativ forstand. Forbrukere antas i teorien å ha lavere toleranse for investeringsrisiko – tapsmuligheter – enn profesjonelle investorer.⁴¹ Det må derfor kunne antas at regler som reduserer investeringsrisikoen, fremmer forbrukerens økonomiske egeninteresse i prosumsjon. At en regel reduserer tapsrisikoen, omtales heretter som at reglene styrker investeringstryggheten.

En regulering som bare gir investeringstrygghet vil nok ikke være spesielt attraktiv for andre enn de som er spesielt interessert i å motvirke klimaforandringene. De aller fleste vil nok også trenge en kraftmarkedsregulering som gir gevinstmuligheter. Dette kaller jeg gevinstutsikter. Dersom forbrukeren kan investere i et produksjonsanlegg og ikke bare vite at hun ikke taper penger, men at hun også tjener penger eller har mulighet for det, vil nok de fleste utnytte fornybare ressurser på eiendommen. Da er jo en slik investering rasjonell, fordi den er relativt trygg, og gir mulighet for å tjene penger eller unngå kostnader.

Økonomisk egeninteresse i prosumsjon er derfor, etter mitt syn, avhengig av både investeringstrygghet, og gevinstutsikter. Avhandlingen er derimot ikke en rettsøkonomisk analyse. Behovet for økonomisk egeninteresse er derfor en forutsetning for avhandlingen, men vil også gi grunnlag for hensiktsmessighetsvurderinger i avhandlingens hoveddel. Jeg supplerer selvfølgelig hensiktsmessighetsvurderingene med mer tradisjonelle hensyn. I det neste kapitlet skal jeg redegjøre for markeds- og aktørkaraktistika, og hvordan disse kan påvirke egeninteressen.

2.3 MARKEDS- OG AKTØRKARAKTERISTIKA

Forrige kapittel omhandlet egeninteressen. I dette kapitlet skal jeg gjøre rede for markeds- og aktørkaraktistika og hvordan disse kan utfordre forbrukerens egeninteresse i kraftproduksjon.

⁴¹ Fouquet og Prall (2005), s. 324.

Den første viktige markedskarakteristikken er at kraft er nettbundet.⁴² Kraften eksisterer i nettet, og det må alltid være momentan balanse mellom innmating og uttak (momentan balanse).⁴³ At kraft er nettbundet innebærer at kraften må transporteres på et nett for å nå konsumenten. Kraftnett er etter økonomisk teori regnet som naturlige monopol.⁴⁴ Dette innebærer at det er ansett som økonomisk ufornuftig å bygge konkurrerende nett.⁴⁵ At det ikke bygges konkurrerende nett medfører at netteier har transportmonopol i sitt område. Det er derfor fravær av konkurranse om å levere nettjenester.⁴⁶ Siden kraft er nettbundet, innebærer monolet at netteier også kontrollerer varemarkedet.⁴⁷ Kraftens nettbundethet gir altså netteier insentiv til misbruk av markeds-makt. Misbruksinsentivet gir et stort reguleringsbehov. Det er behov for statsstyring. Kraftens nettbundethet og muligheten for misbruk av markeds-makten, er bakgrunnen for transportmarkedsreguleringen. Transportmarkedsreguleringen skal altså tilrettelegge for markedet.⁴⁸

Kraftmarkedsretten skal altså tilrettelegge for markedet. Siden tidlig 90-tallet har tanken vært at markedsåpning og konkurranse best oppnår de grunnleggende målene til kraftmarkedsretten.⁴⁹ Disse er bla. samfunnsøkonomisk effektivitet, prisutjevning, bærekraftig kraftproduksjon og leveringssikkerhet.⁵⁰ Som jeg vil vise i kap 2.5, er disse målene stort sett de samme i Tyskland, Danmark og Sverige. Også EU-retten har tilsvarende mål.⁵¹ Med prisutjevning menes at sluttbrukerne betaler mest mulig lik pris.⁵² Med leveringssikkerhet mener jeg “the uninterrupted availability of electricity (...)”.⁵³ Altså, at tilgjengelig kraft dekker etterspørselen til enhver tid. I relasjon til bærekraftig kraftproduksjon finner jeg støtte i Brundtlandkommisjonens definisjon av ’sustainable development’. Det sentrale i denne definisjonen er utvikling som møter dagens behov, uten å kompromittere fremtidige generasjoners mulighet for å møte deres egne.⁵⁴ I begrepet ligger derfor både miljøhensynet, og hensynet til motvirkning av negative

⁴² Nesdam (2007), s. 51.

⁴³ Bjerke (2013), s. 14f.

⁴⁴ Ot.prp.nr.43 (1989-1990), s. 15

⁴⁵ Gräper, Schoser, og Papsch (2016), avsn. 3.1.

⁴⁶ Bjerke (2013), s. 15.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Hammer (1999), s. 60.

⁴⁹ Ot.prp.nr.43 (1989-1990), s. 43

⁵⁰ Horn (2015), s. 116f.

⁵¹ Bjørnebye (2009), 31 og Jones (2010), avsn. 1.15 med videre henvisninger. Petersen og Thomas (2011), avsn. 58. Treaty on the Functioning of the European Union, (TFEU) art. 194.

⁵² Ot.prp.nr.43 (1989-1990), s. 4

⁵³ Bjørnebye (2009), s. 45. Som Bjørnebye viser kan det nærmere innholdet i leveringssikkerhet diskuteres. Som Bjørnebye anser jeg derimot definisjonen ovenfor som uproblematisk.

⁵⁴ World Commission on Environment and Development (Brundtland-kommisjonen) (1990), 43. Jeg henviser til Bjørnebye (2009), s. 47 med videre henvisninger for mer om dette.

klimakonsekvenser av menneskets handlinger. Med bærekraftig kraftproduksjon mener jeg altså kraftproduksjon som ivaretar eller ikke står i motsetning til minst ett av disse hensynene. Det er altså et sentralt mål for statene at det sikres nok investeringer i kraftproduksjon, og at det investeres i riktig produksjonskapasitet.⁵⁵

Blant annet hensynet til bærekraft har gjort at man i dag ser større grad av statsstyring av varemarkedet enn det man har sett tidligere.⁵⁶ Man kan si at grunntanken om markedsåpning og konkurranse som kraftmarkedets *panacea* er på vikende front. Dette betyr ikke at markedet avskaffes. Tvert i mot må utfordringene løses *innenfor* markedet.⁵⁷ Dermed må insentivordningene utformes slik at de på en eller annen måte griper inn i markedet. Slike inngrepet i markedet kan ses som en viss retur, om enn i en annen form og grad og basert på andre hensyn, til hvordan gjeldende rett var pre-liberaliseringen av kraftmarkedet.⁵⁸ Markedet reguleres på indirekte og direkte måter. Virkemidlene kan være økonomiske støtteordninger, eller direkte regulering av varemarkedet gjennom f.eks. kjøpsforpliktelser. Jeg kaller dette markedsintervensjon eller markedsregulering.⁵⁹ Men, hva er det med markedet som gjør at stater i dag ser større behov for å indirekte eller direkte regulere konkurransen for å oppnå kraftmarkedsrettens mål?

I Norge har kraftproduksjon først og fremst vært forestått av såkalt sentralisert produksjon.⁶⁰ Sentralisert produksjon vil si store, industrielle aktører. Konkurranserefokuset gjør dette naturlig, siden utnyttelse av markedets potensial kan være enklere for større produsenter (stordriftsfordeler).⁶¹ Større enheter har også vært et mål ved reguleringen.⁶² Fokuset på større enheter kan tilsi at kraftmarkedsretten ikke er like godt tilrettelagt for mikroprodusenter, herunder produsenter.

Elektrisitetsmarkedet domineres også av etablerte aktører. Markedsdominansen gjør at konkurransesituasjonen for nye aktører kan være vanskelig.⁶³ Motvirkning av markedsdominans er, som nevnt, bakgrunnen for mye av transportmarkedsreguleringen, som er tema i kap. 3. Disse etablerte aktørene har noen ganger både produksjon og nett, og kan dermed enkelt utkonkurrere ikke-etablerte aktører.⁶⁴ I teorien er det uttalt at “[s]elv om det formelle monopolet er avskaffet som ledd i markedsliberaliseringen, består denne

⁵⁵ I relasjon til fellesskapsretten, Bjørnebye (2009), s. 5.

⁵⁶ Talus (2013), s. 284.

⁵⁷ I relasjon til fellesskapsretten Bjørnebye (2009), s. 5.

⁵⁸ Talus (2013), s. 285f.

⁵⁹ Begrepet ‘markedsintervensjon’ henter jeg fra Bjørnebye (2009), s. 368.

⁶⁰ Ot.prp.nr.43 (1989-1990), s. 9

⁶¹ Forskjellige måter dominerende markedsaktører utnytter stordriftsfordeler på behandles av Nesdam, kap. 8.2.

⁶² Ot.prp.nr.43 (1989-1990), s. 4

⁶³ Nesdam, s. 51ff.

⁶⁴ Ibid., s. 51f med videre henvisning.

monopolstrukturen.”⁶⁵ Dermed kan disse aktørkarakteristika gjøre markedsinntreden vanskelig for nye aktører. Dette gjelder spesielt mindre aktører.⁶⁶

Prosumenter vil i tillegg produsere volatil kraft og uregulerbar kraft. At kraften er volatil betyr at kraftproduksjonen er *ustabil*.⁶⁷ At den er uregulerbar betyr at kraftproduksjonen ikke kan reguleres opp og ned i tråd med behovet. Prosumenteren er altså prisgitt at de riktige naturforholdene foreligger for å kunne levere kraft. Produksjonen vil i tillegg være meget liten. Når disse markeds- og aktørkarakteristikker kombineres med at prosumenter er ikke-profesjonelle og dermed mindre risikovillige, kan disse forhold svekke den økonomiske egeninteressen i egen kraftproduksjon. Dette fordi disse karakteristika tilsier at prosumenter vanskelig kan levere kraft i samme mengde som tradisjonelle kraftprodusenter, eller fordi omsetningen vil kunne skje på de etablerte aktørenes premisser. Man kan si at prosumenteres konkurransekraft er svekket kraftens natur og volatilitet, og av de etablerte aktørenes markedsrett.

Utfordringen for prosumenterens mulighet for å konkurrere, og dermed egeninteresse, kan svekkes ytterligere av at prosumsjon utfordrer de etablerte aktørenes forretningsmodeller.⁶⁸ Prosumenteren kjøper mindre kraft, og hun selger kraft. Salget av overskuddskraft skjer heller ikke nødvendigvis til de etablerte aktørene. Slik kan prosumsjon medføre at også andre sluttbrukere kjøper mindre kraft fra de etablerte aktørene. Den lokale produksjonen gjør også at hun bruker nettet mindre, slik at inntektsgrunnlaget til nettselskapene fordeles på færre.⁶⁹ Blir prosumsjon svært utbredt, er svekkelsen av pulveriseringsgrunnlaget til nettselskaper vanskelig kostnadseffektivt på lang sikt. Dette fordi kostnadene til de andre nettkundene blir for høye. Distribuert kraftproduksjon, som prosumsjon er, har til og med medført at noen har tatt til orde for at nettet ikke lengre er et naturlig monopol.⁷⁰ Forfatterne nevner ikke hvorfor, men det er nærliggende å tro at det skyldes at prosumenter etablerer egne nett, og leverer kraft til hverandre (renewable energy communities).

Disse forhold tilsier at de etablerte aktørene har to valg.⁷¹ De kan enten omstille seg, og legge til rette for markedsintegrasjon av prosumenter. Eller, de kan bekjempe omstillingen for å bevare sin markedsposisjon.⁷² I Norge er det vanskelig å påvise en klar

⁶⁵ Ibid., s. 51f.

⁶⁶ Ibid., s. 51f med videre henvisning.

⁶⁷ Rønne (2012), s. 142.

⁶⁸ Tomain og Cudahy (2016), s. 434.

⁶⁹ Dette er, som jeg kommer tilbake til i kap. 3.4, fremhevet av Europaparlamentet som et tiltakende problem med prosumsjon. Se Europaparlamentet (2016), s. 8.

⁷⁰ Tomain og Cudahy (2016), s. 434.

⁷¹ Ibid., s. 435.

⁷² Ibid.

tendens.⁷³ Dersom omstillingen bekjempes kan det være vanskelig å forhandle frem balanserte avtaler om salg av overskuddskraft. Dersom kontraktsfriheten er grunnlaget for prosumentens handel, vil disse forhold kunne utfordre hennes investeringstrygghet og gevinstutsikter.

Skjevheten i styrkeforholdet blir enda mer påtrengende når kraft, som følge av fysikkens lover, alltid tar minste motstands vei.⁷⁴ Dette kaller jeg kraftens natur. Med mindre prosumenten har lagringskapasitet, innebærer kraftens natur og at kraft er nettbundet, at kraftproduksjon som overstiger prosumentens forbruk (overskuddskraft) mates inn på nettet. Prosumenten kan altså vanskelig holde tilbake egen ytelse. Dermed tilfaller innmatet kraft i utgangspunktet uansett nettselskapet, som i tillegg kan tenkes å være prosumentens lovlige kontraktsmotpart i kraftsalget, jf. kap. 4.3. På denne bakgrunn er det ikke gitt at konkurranse som virkemiddel er tjenlig for prosumenterens egeninteresse.

Egeninteressen i forbrukerens kraftproduksjon utfordres også av et tredje og svært viktig grunn. Dette er at prosumenten ikke bare konkurrerer mot kraftleverandørenes priser i relasjon til *andre* forbrukere på markedet. Prosumenter konkurrerer på sett og vis også om seg selv som kunde. Dersom egenforbruk av prosumentens kraft er mye dyrere enn den hun kan kjøpe av kraftleverandøren, utkonkurreres prosumenten også på hjemmebane. Dette gjelder for solkraft, som på grunn av installasjonskostnadene koster vesentlig mer enn vannkraft per kWh.⁷⁵ Dermed må hun velge mellom dyr egenprodusert kraft, og billig kraft fra leverandøren. På denne bakgrunn kan det tenkes at økonomiske støtteordninger vil være gunstige for prosumenterens investeringstrygghet og gevinstutsikter. At prosumenten er en liten og ikke-profesjonell markedsaktør, og de utfordringer som jeg har gjennomgått som knytter seg spesielt til prosumenter, kaller jeg prosumenterkarakteristika.

Som avhandlingen vil vise, bruker statene flere virkemidler som motvirker disse virkningene av markeds- og aktørkarakteristika. På bakgrunn av det som er sagt her, kan man oppsummere hva utformingen av virkemiddelbruken overfor prosumenter egentlig handler om. Det er tale om et spenningsfelt mellom to politiske mål. På den ene siden står ønsket om økt bærekraftig kraftproduksjon, og kunnskap om menneskers handlingsvalg. På den andre siden står et annet politisk ønske, nemlig målet om et liberalisert kraftmarked. Disse *kan* utfordre hverandre, og kan derfor sies å stå i et spenningsfelt. Slik sett kommer spørsmålet om aktørstyring mot statsstyring på spissen i relasjon til prosumenter som typetilfelle.

⁷³ Hafslund nektet f.eks. å utlevere informasjon til plusskunder om deres innmating av kraft. Se NVE (2016C).

⁷⁴ Bjørnebye (2009), s. 19.

⁷⁵ Sidelnikova et al. (2015), s. 51 og 95.

Så langt om rettsøkonomiske og faktiske forutsetninger for avhandlingen. Jeg går nå videre til lovgivningsteknikk, før jeg behandler lovenes formål. Grunnen til at lovgivningsteknikken presenteres først, er fordi jurisdiksjonenes tilnærming er viktig for å forstå forskjellene i formålsbestemmelsene.

2.4 LOVGIVNINGS- & REGULERINGSTEKNIKK

Med lovgivningsteknikk mener jeg hvordan statene overordnet tilnærmer seg problemkomplekset fornybar kraft, herunder prosumenter.

Danmark og Tyskland bruker såkalte feed-in-systemer, mens Norge og Sverige bruker elsertifikater som økonomisk støtteordning. Etter mitt skjønn er det riktig å si at det går et det et skille i relasjon til lovgivningsteknikken mellom dansk og tysk rett på den ene siden, og norsk og svensk på den andre. Reguleringen i elsertifikatstatene som behandles her særpreges av at transport- og direkte varemarkedsregulering er regulert i en *generell* energilov, mens økonomiske støtteordninger skjer i en særskilt lov om økonomiske støtteordninger til fornybar energi.

Feed-in-systemenes lovgivningsteknikk særpreges derimot av at lovgiver i hovedsak har samlet transportmarkedsregulering, direkte varemarkedsregulering og økonomiske støtteordninger i én og samme lov. Samtidig har feed-in-statene gjerne en generell energilov. I Danmark er dette nevnte elforsyningsloven, mens det er i Tyskland er *Energiewirtschaftsgesetz* og den såkalte *Strommarktgesetz*.⁷⁶ Feed-in-lovene blir derfor i hovedsak *lex specialis* for de kraftmarkedsrettslige spørsmål som måtte oppstå i relasjon til fornybar kraft, også innenfor transportmarkedsreguleringen og varemarkedet. Dette er spesielt klart i Tyskland, men gjelder også dansk rett.

Det må antas at denne lovgivningsteknikken gir lovgiver og rettsanvenderen et større handlingsrom til å vektlegge særlige hensyn knyttet til fornybar kraft. Lovgivningsteknikken taler også for at man i feed-in-systemene vil se en mer ensrettet lovgivning, mens virkemiddelbruken i elsertifikatsystemene vil være mer fragmentarisk. Sistnevnte fordi virkemiddelbruken må balanseres mot tradisjonelle energirettslige hensyn i større grad enn man må i feed-in-reguleringene. Gjennom å skille ut fornybar kraftspørsmål i en egen lov, har jo lovgiver i feed-in-landene i større grad enn i elsertifikatsystemene, fridd seg selv og rettsanvenderen, fra de tradisjonelle energirettslige hensynene. Det kan derfor antas at lovgivningsteknikken gir grunnlag for en mer helhetlig

⁷⁶ *Energiewirtschaftsgesetz* (EnWG), BGBl. 1970 S. 3621 og *Gesetz zur Weiterentwicklung des Strommarktes* (*Strommarktgesetz*), BGBl. I 2016 S. 1786. Disse spiller ingen rolle i avhandlingen.

og bedre lovregulering i favør av prosumenter. Jeg vil besvare hypotesen i kap. 6.2. Jeg går nå over til lovenes formålsbestemmelser.

2.5 LOVENES FORMÅL

I tråd med lovgivningsteknikken jeg har gjort rede for ovenfor, behandler jeg først enl. sitt formål, før jeg behandler formålet til elsertl., og de andre jurisdiksjonene. Det følger av enl. § 1-2 at

Loven skal sikre at produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte, herunder skal det tas hensyn til allmenne og private interesser som blir berørt.

Formålet er svært vidt og vagt, og vanskelig å konkretisere. Uttalelsene er generelle.⁷⁷ Det samfunnsmessig rasjonelle er lovens hovedformål, men må avveies mot allmenne og private interesser.⁷⁸ Det er vanskelig å fastlegge entydig hva som ligger i “samfunnsmessig rasjonell”, men fokuset er klart nok på samfunnsøkonomisk effektivitet.⁷⁹

Forarbeidene konkretiserer formålet noe. Forarbeidene angir at riktig ressursbruk i produksjon og fordeling av kraft er et hovedformål med loven.⁸⁰ Også hensynet til effektivisering av kraftmarkedet fremheves sterkt.⁸¹ Disse er retningsgivende for tolkningen av enl. med forskrifter.⁸² Det er vanskelig å fastlegge innholdet i formålet konkret utover dette. Hovedformålet synes likevel å være at det ikke skal “sløses med samfunnets knappe ressurser” i form av overinvestering i kraftproduksjon, eller lite fleksibelt kraftforbruk.⁸³ De primære virkemidlene for å oppnå lovens formål er monopolkontroll og deregulering, og konkurranse.⁸⁴ Formålet oppsummeres som “å legge til rette for en samfunnsmessig rasjonell utnyttelse av kraftressursene, legge til rette for en sikker kraftforsyning og utjevne prisene til forbrukerne.”⁸⁵ Det er derfor relativt klart at fornybar kraftproduksjon ikke er gitt en særlig plass i formålsbestemmelsen. Dette er i tråd med reguleringsteknikken, jf. kap 2.4. Det er likevel klart at miljø- og klimahensyn er relevante hensyn også etter enl., jf. f.eks. at innføringen av enl. § 3-4 var begrunnet i

⁷⁷ Naas-Bibow et al. (2011), s. 22.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid., s. 23.

⁸⁰ Innst. O. nr. 67. (1989-90), s. 6

⁸¹ Ibid., 83 og Naas-Bibow et al. (2011), s. 22.

⁸² Naas-Bibow et al. (2011), 22 med videre henvisninger.

⁸³ Hammer (2002A), s. 658.

⁸⁴ Ot.prp.nr.43 (1989-1990), 15, NOU 2004:4 s. 29

⁸⁵ NOU 2004:4 s. 29

behovet for økt produksjon fra fornybare kraftressurser.⁸⁶ Formålet fremstår derfor som at enl. skal tilrettelegge for disse ovennevnte hensyn med markedsåpning og konkurranse som virkemidler.

Elsertl. § 1 fastslår at lovens formål er å fremme økt “produksjon” av fornybar energi. Dette til forskjell fra for eksempel økt *bruk* av fornybare kraft. Fra formålsbestemmelsen kan det derfor tenkes at elsertl. ikke gir særlig økonomisk insentiv til selve forbruket, bare produksjonen, noe som kan ha avgjørende betydning for norske prosumenter, jf. kap. 5.2. Formålet til loven er å fremme produksjon av fornybar energi gjennom å styrke gevinstsiktene ved slik produksjon gjennom økonomisk støtte. Elsertl. gjør altså, som jeg allerede har nevnt, utelukkende bruk av indirekte varemarkedsregulering.

Sveriges energilov, ellagen, har ingen formålsbestemmelse. Formålet er, så vidt jeg kan se, heller ikke omtalt i forarbeidene. Lovreglene og den reguleringsteknikken i relasjon til fornybar kraft, sier derimot ganske mye om lovens formål. Som sagt særpreges også svensk rett av en generell energilov, og en lov om økonomiske støtteordninger. Ellagen er bygget over samme lest som enl., og inneholder stort sett de samme regelsett. Virkemidlene er markedsåpning gjennom monopolkontroll og konkurranse. Ellagen skal, som enl., altså etablere et kraftmarked, ikke styre det. Det fremstår dersom som at samfunnsmessig rasjonell og effektiv utnyttelse av ressursene også er ellagens primære formål. Støtten til fornybar energi kommer først og fremst gjennom den svenske elsertifikatloven. Den svenske elsertifikatlovens formål er etter ordlyden likt det norske. Jeg går derfor ikke nærmere inn på dette, men henviser til det jeg har sagt om elsertl. sitt formål. Jeg går nå over til den danske og den tyske lovens formål. VE-lovens § 1, angir lovens formål som

at fremme produktion af energi ved anvendelse af vedvarende energikilder i overensstemmelse med klima- og miljømæssige samt samfunnsøkonomiske hensyn med henblik på at nedbringe afhængigheden af fossile brændstoffer, sikre forsynings-sikkerheten og reducere udledningen af CO₂, og andre drivhusgasser.

“[S]amfunnsøkonomiske hensyn” nevnes altså også i den danske loven. Men, det er mye klarere at samfunnsøkonomiske hensyn skal avveies mot klima- og miljømessige hensyn. Hovedformålet, å redusere avhengigheten av fornybare energikilder, viser etter mitt skjønn at miljø- og klimahensyn er mer tungtveiende enn samfunnsøkonomiske hensyn hvor disse taler i mot et miljø- eller klimavennlig tiltak. Denne klare fremhevingen av klima- og miljøhensyn er svært viktig å se i sammenheng med reguleringsteknikken i forrige kapitel.

⁸⁶ Naas-Bibow et al. (2011), 79.

Siden VE-loven også regulerer rettigheter og plikter i transportmarkedet og gjør bruk av varemarkedsregulering, tilsier lovens formålsbestemmelse sin vekting av klima- og miljøhensynet at disse hensynene kan gå foran tradisjonelle energirettslige hensyn også innenfor disse reguleringene. Også forsyningssikkerhet (energisikkerhet) er gitt en fremtredende plass. VE-loven ser altså ut til å prioritere økt fornybar kraftproduksjon sterkt fremfor pris. Dette inntrykket vil nok bli enda sterkere gjennom avhandlingens hoveddel.

Disse betraktninger gjør seg også gjeldende for EEG, og viser seg i lovens formålsbestemmelse i § 1. Formålsbestemmelsen inneholder derimot ikke noen eksplisitt avgrensning mot det samfunnsøkonomisk rasjonelle. I stedet er lovens formål formulert som bekjempelse av klimaforandringer, beskyttelse av miljøet, og at energiproduksjon skjer på en bærekraftig måte. Dermed er klima- og miljøhensyn gitt en enda sterkere stilling i EEG sin formålsbestemmelse enn i VE-lovens.

Likhetene mellom Danmark og Tyskland, og mellom Sverige og Norge i dette og foregående kapitel kan tilsi at prosumeters rettigheter og plikter vil være relativt likt regulert i Tyskland og Danmark, og likedan i Sverige og Norge. Altså, at virkemiddelbruken i statene kan systemiseres etter sondringen feed-in-systemer/elsertifikatsystemer. Dette besvares i hovedkapitlenes avsluttende kapittel, og i kap. 6.2 og 6.3.

2.6 GRUNNLEGGENDE OM PLUSSKUNDEBEGREPET

Før jeg går inn på avhandlingens hoveddel, vil jeg kort definere begrepet plusskunde. Formålet med å definere begrepet innledningsvis er å gi leseren grunnleggende innsikt og forståelse for hva en plusskunde er. Dette er viktig fordi jeg bruker plusskunde-begrepet gjennom hele avhandlingen.

Frem til 1. januar 2017 fantes det ingen legaldefinisjon av en kraftproduserende sluttbruker. Ved endringene av kontrollforskriftens § 1-3, av 1. januar 2017, er derimot “plusskunde” definert som

“Sluttbruker med forbruk og produksjon bak tilknytningspunkt, hvor innmatet effekt i tilknytningspunktet ikke på noe tidspunkt overstiger 100 kW. En plusskunde kan ikke ha konsesjonspliktig anlegg bak eget tilknytningspunkt eller omsetning bak tilknytningspunktet som krever omsetningskonsesjon.”⁸⁷

Definisjonen viser at plusskunden er en forbruker av kraft, som i tillegg er kraftprodusent. Plusskunden trenger derimot ikke produsere fornybar kraft. Dette er i tråd med at enl. er en

⁸⁷ Forskrift om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffer (kontrollforskriften/kf.).

generell energilov. Produksjon av fornybar kraft vil nok likevel være enklest, og dermed forekomme oftest i praksis.⁸⁸ At det er tale om svært små produsenter følger av innmatingsbegrensningen. Kravene til omsetningskonsesjon kommer jeg tilbake til i kap. 4.3, fordi dette kan ha betydning for plusskundens lovlige kontraktspartner.

At plusskundefinisjonen avgrenser mot omsetningskonsesjonsplikt innebærer selvfølgelig ikke at plusskunden må omsette kraft. Tvert imot vil det som følge av tariff- og avgiftslovgivningen være mest rasjonelt å forbruke kraften selv.⁸⁹

Plusskunden er følgelig en sluttbruker av kraft med ikke-konsesjonspliktig kraftproduksjon. Kraftproduksjonen forbrukes i hovedsak av plusskunden selv, med mulighet for innmating av overskuddskraft. I det følgende forutsetter jeg at plusskunde-vilkårene er oppfylt, og omtaler norske solkraftprosumenter som plusskunder. Skillet plusskunde/prosument har derimot bare materiell betydning i relasjon til én regel i transportmarksreguleringen og til begrensningene i plusskundefinisjonen, hvor kravet om ikke-konsesjonspliktig anlegg og omsetning er de viktigste. Avhandlingen som sådan er derfor like relevant for prosumenter utenfor plusskundeordningen. Jeg går nå videre til avhandlingens første hovedtema, plusskundens rettigheter og plikter under transportmarksreguleringen.

⁸⁸ Flere jurisdiksjoner tillater ikke-fornybare kilder i sine ordninger, jf. Deruytter og Geldhof (2014), s. 168.

⁸⁹ Forbruk av egenprodusert fornybar kraft er i praksis fritatt fra elavgift, noe jeg må komme inn på i relasjon til plusskunders elsertifikatplikt, jf. kap. 5.5.3.

3 TRANSPORTMARKEDSREGULERING

3.1 INNLEDNING

Tema i dette kapitlet er utvalgte rettigheter og plikter plusskunden har i transportmarkedet. Jeg behandler først rettighetene og pliktene, før jeg systematiserer og kommer med mine egne betraktninger om virkemiddelbruken i kap. 3.4.

Målet med transportmarkedsreguleringen er å åpne varemarkedet for ikke-etablerte aktører.⁹⁰ Transportmarkedsreguleringen er essensiell for å åpne varemarkedet, nettopp fordi kraftmarkedet er nettbundet.⁹¹

Det er spesielt tre aspekter av transportmarkedsreguleringen med stor betydning for plusskunders kraftomsetning. Den første er selve markedsadgangen og rettigheter og plikter forbundet med denne, og den andre er prisene for nettbruk. Disse henger nøye sammen, men jeg behandler dem hver for seg.

Det tredje, er informasjonsrettigheter. Det er nettselskapet som sitter på dataene om plusskundens innmating og forbruk, jf. avregningsforskriftens § 3-3 (1).⁹² For at plusskunden skal kunne få riktig betalt fra kjøperen av plusskundens overskuddskraft, og for å betale nettleie i tråd med nettbruken, er det avgjørende å få utlevert informasjon om innmatet kraft. At energilovforskriften § 4-4d om “markedsadgang” gir rett til utlevering av informasjon, er avgjort ved vedtak av NVE, og følges ikke her.⁹³

Selv ved gunstig transportmarkedsregulering kan etablerte aktører bruke markedsdominansen til å utkonkurrere nye aktører. Disse kan kalles strategiske barrierer for markedsinntreden.⁹⁴ I tillegg kommer de prosumentkarakteristika som er gjort rede for i kap. 2.3. Man kan derfor si at varemarkedsdominansen til etablerte aktører gjør at transportmarkedsreguleringen er en forutsetning, ikke en garanti, for markedsintegrasjon av nye produsenter. Siden plusskunden er tilknyttet distribusjonsnett, er det rettigheter og plikter overfor distribusjonsnettopperatøren (DSO) som er interessant.

3.2 MARKEDSADGANGEN

Dette kapitlet omhandler prosumentenes rett til å bruke selve nettet. For innfasing av fornybar kraft produsert av plusskunder, er selvsagt selve adgangsreguleringen svært

⁹⁰ Vedder et al. (2016), avsn. 4.256 og Naas-Bibow et al. (2011), s. 94. Sistnevnte skriver at “[m]arkedsreformen forutsatte regulatoriske grep for å sikre at kjøpere og selgere av kraft kunne møtes på markedsplassen i kraftnettet.”

⁹¹ C-439/06 (citiworks AG), avsnitt 40 og 44.

⁹² Forskrift om måling, avregning, fakturering av nettjenester og elektrisk energi, nettselskapets nøytralitet mv (avregningsforskriften).

⁹³ Forskrift om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energilovforskriften/enlf.), og NVE (2016C).

⁹⁴ Se Nesdam, s. 52.

viktig. For fullstendighetens skyld vil jeg først gjennomgå retten til tilknytning til nettet, før jeg behandler selve innholdet i retten til å bruke nettet og rettigheter og plikter forbundet med den. Jeg tar utgangspunkt i norsk rett, før jeg går over til de andre jurisdiksjonene.

Det følger av energiloven § 3-4 at alle som innehar konsesjon for nettanlegg har “plikt til å tilknytte nye anlegg for produksjon” til nettet, så lenge dette er “samfunnsmessig rasjonelt”. Plikten går så langt at nettselskapet om nødvendig må investere i nytt nettanlegg for å oppfylle plikten.

Plusskunder er forbrukerkunder, i tillegg til produsenter. Dermed vil plusskunder som hovedregel allerede være tilkoplede nettet som følge av enl. § 3-3 som pålegger nettselskapet en leveringsplikt til forbrukere. Så vidt meg bekjent krever ikke kraftinnmating noen tekniske oppgraderinger av nettilknytningen i form av ny linje eller liknende. Skulle det være behov for det, har altså nettselskapet investeringsplikt etter enl. § 3-4 (1) så lenge det er “samfunnsmessig rasjonelt”, jf. § 3-4 (2). Jeg går ikke inn på grensene for tilknytningsplikten. Gjeldende rett i relasjon til tilknytningsretten er tilsvarende den norske i Tyskland, Danmark og Sverige, jf. EEG § 8, elforsyningsloven § 20, og ellagen 3. kap § 6 (1). Jeg går derfor ikke nærmere inn på dette.

Jeg går nå over til selve bruken av nettet. Det finnes ingen regel som eksplisitt uttrykker en rett til å levere kraft til nettet. Det er altså noe problematisk å ta stilling til hva som bør være rettsgrunnlaget for slik innmatingsrett. Det er to mulige alternativer. Den ene er enl. § 3-4 om tilknytningsplikt. Den andre er energilovforskriften § 4-4 bokstav d som gir rett til “markedsadgang” overfor netteier.⁹⁵ Spørsmålet er hvilke av disse som bør være rettsgrunnlag for en eventuell innmatingsrett.

Enl. § 3-4 (1) pålegger altså nettselskap en plikt til å “tilknytte” nytt forbruk og produksjon. Ordlyden tilsier en fysisk tilknytning, ikke faktisk bruk. Å forstå “tilknytte” slik at den gir rett til innmating vil være en utvidende tolkning som utvider netteiers forpliktelser under bestemmelsen. Legalitetsprinsippet tilsier derfor at denne hjemmelen ikke anvendes, selv om formålet med enl. § 3-4 selvsagt er at de tilknyttede får bruke nettet.

Ordlyden av “markedsadgang” er videre. Ordlyden tilsier at enhver skal ha tilgang til den strukturen hvor varen (kraften) utveksles. Bestemmelsen må ses i lys av kraftens nettbundethet. Nettbundetheten medfører at kraften ikke kan transporteres ved andre midler enn gjennom nettet. Av disse grunner bør spørsmålet om plusskunders innmatingsrett avgjøres etter enlf. § 4-4 bokstav d.

⁹⁵ Forskrift om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energilovforskriften/enlf.).

Av hensyn til det jeg har sagt om forholdet mellom kraftens nettbundethet og ordlyden av “markedsadgang” tilsier bestemmelsen klart at plusskunden har rett til innmating. Bestemmelsen må ses i lys av tilknytningsplikten, jf. enl. § 3-4. Bestemmelsen inneholder som sagt en investeringsplikt.⁹⁶ Dersom innmating medfører behov for nettførsterkninger innebærer investeringsplikten at nettselskapet må investere i nytt anlegg eller i allerede eksisterende nett.⁹⁷ At “markedsadgang” gir innmatingsrett følger også av at det norske systemet er et såkalt common carrier-system, som i tillegg til å vise seg i investeringsplikten i enl. § 3-4, også viser seg bla. i punktтарiffsystemet.⁹⁸ Det er derfor klart at retten til “markedsadgang” i enlf. § 4-4 bokstav d gir plusskunden innmatingsrett. Jeg vil først si noe om hva common carrier-systemet innebærer generelt, før jeg går inn på eventuelle begrensninger eller utvidelser av innmatingsretten for plusskunder.

Common carrier-systemet innebærer at produsenter i utgangspunktet kan mate inn kraft til enhver tid. Produsenter har altså allmenn overføringsrett.⁹⁹ I enl. § 4-1 (2) nr. 3 er nettselskaper pålagt å være “nøytral”. Nøytralitetsplikten innebærer at netteier ikke kan la visse aktører reservere kapasitet. At aktører ikke kan reservere kapasitet innebærer altså at nettet er åpent for alle. Nettselskapers investeringsplikt etter enl. § 3-4 (1) innebærer altså at nettselskapet må utbedre eventuelle kapasitetsbegrensninger i nettet dersom disse begrenser innmatingsmuligheten. Plusskunder har derfor rett til innmating av kraft når kraften blir tilgjengelig. Det interessante er rekkevidden av plusskundens innmatingsrett i begrenses eller utvides av andre regler. Jeg går først inn på mulige begrensninger.

En grense for innmatingsretten vil kunne følge av nettilknytningskontrakten mellom nettselskapet og plusskunden. Nettselskapet skal som sagt være “nøytral” og kan dermed heller ikke begrense innmatingsretten på en ikke-nøytral måte. Nettselskapet kan derimot betinge seg reduksjon av produksjon, f.eks. ved instruksjer fra systemansvarlig i medhold av enl. § 6-1. Siden solkraft og vindkraft kan være svært volatil, kan den i store mengder true nettets stabilitet.¹⁰⁰ Det kan derfor hende at slike instruksjer vil forekomme for å sikre nettets stabilitet. Siden Statnett først og fremst bruker markedsmessige prinsipper for å regulere markedet, og siden det er lite sannsynlig at Statnett har oversikt over balansen i distribusjonsnettene, går jeg ikke nærmere inn på at plusskunder kan bli gjenstand for direkte instruksjer etter enl. § 6-1, jf. Systemansvarforskriften § 4c.¹⁰¹

⁹⁶ Bjerke (2013), s. 25.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Falch (2004), s. 29. Hammer (1999), s. 320.

⁹⁹ Falch (2004), s. 29.

¹⁰⁰ Flaute et al. (2017), s. 147.

¹⁰¹ Forskrift om systemansvaret i kraftsystemet (Systemansvarforskriften).

Jeg går nå videre til eventuelle utvidelser av innmatingsretten. Spørsmålet er om innmatingsretten for plusskunder er større enn for andre produsenter.

Etter systemansvarsforskriften § 8 har “konsesjonærer” plikt til å anmelde, planlegge og “regulere” produksjon. Regelen gir uttrykk for balanseansvaret. Balanseansvaret skal sikre momentan balanse mellom produksjon og forbruk, og regelen er en viktig begrensning i utgangspunktet om allmenn overføringsrett. Balanseansvaret har også en viktig økonomisk komponent da pliktsubjekter som er i ubalanse må betale for dette. Siden plusskunden ikke kan ha konsesjon gjelder ikke begrensningen for plusskunder. Motsetningsvis innebærer dette at plusskunden ikke må anmelde, planlegge og følge anmeldt produksjon, og derfor heller ikke er økonomisk ansvarlig for ubalanse. Plusskunden er altså ikke balanseansvarlig. Dette medfører at all overskuddsproduksjon innenfor systemets grenser, jf. ovenfor, kan mates inn. Jeg kommer nærmere tilbake til betydningen av unntaket fra balanseansvaret i slutten av dette kapitlet, men nevner allerede nå at unntak fra balanseansvaret er en særlig fordel for produsenter som produserer volatil kraft siden denne vil være ustabil. Ustabil kraftproduksjon gir større sannsynlighet for ubalanse, og økonomisk ansvar. Samlet sett har plusskunden videre adgang til kraftinnmating, og færre plikter forbundet med den, enn de fleste andre kraftprodusenter. Plusskunders rettigheter og plikter til innmating er klart nok i tråd med Fornybardirektivets art. 16 (2) som gir rett på garantert innmating.

Jeg går nå over til innmatingsrettighetene i de øvrige jurisdiksjonene. Jeg tar utgangspunkt i svensk rett. Ellagen kap. § 6 (1) regulerer som sagt tilknytningsplikten. Jeg har fått opplyst fra Energimyndigheten i Sverige at denne tolkes slik at den gir innmatingsrett.¹⁰² Også i svensk rett har man et common carrier-system, jf. f.eks. tilknytningsplikten ovenfor og at svensk rett har et punktтарiffsystem, jf. ellagen kap. 4 § 2. I utgangspunktet er altså markedsadgangen lik i Norge og Sverige, slik at også svenske produsenter i utgangspunktet har vid innmatingsrett. Spørsmålet er igjen om innmatingsretten er videre for produsenter enn for andre produsenter. Sentralt i så måte er om produsenter må planlegge, anmelde og regulere produksjonen. Den svenske systemansvarsforskriften § 4 foreskriver at bare balanseansvarlige er pålagt disse pliktene.¹⁰³ Balanseansvaret er regulert i ellagen 8. kap. § 4 (1) Etter bestemmelsen er “elleverantör” balanseansvarlig. Ellagen inneholder ikke en definisjon av “elleverantör”. Produsenter omfattes av ordlyden dersom de leverer til sluttbrukere. Jeg har fått opplyst av Energimyndigheten at produsentens kraftleverandør vil være balanseansvarlig for

¹⁰² E-post-korrespondanse med Energimyndigheten (2017).

¹⁰³ Förordning (1994:1806) om systemansvaret för el.

prosumenten i alle tilfeller.¹⁰⁴ Dermed har svenske prosumenter en videre rett til innmating enn andre produsenter og unngår det faktiske arbeidet og de økonomiske konsekvensene forbundet med balanseansvaret. Prosumenter i Sverige kan altså mate inn kraften når den blir tilgjengelig.

Innmatingsreglene er derimot annerledes i tysk og dansk rett. Etter EEG § 11 er fornybar kraft “vorrangig”, som betyr at kraften er gitt forrang eller prioritet. I Danmark har man utformet regelen litt annerledes. I elforsyningsloven § 27c (5) er “decentral” kraftproduksjon fra fornybare energikilder, gitt “prioritert” netttadgang. Desentral kraftproduksjon er det motsatte av sentralisert kraftproduksjon.¹⁰⁵ Det er noe vanskelig å fastlegge klart hva begrepet innebærer, både i dansk rett og i litteraturen.¹⁰⁶ Vilkåret må i alle fall omfatte mindre ikke-industrielle produksjonsanlegg. Etter juridisk teori er bestemmelsen likevel en kodifisering av praksis knyttet til fornybare kraftproduksjon som sådan.¹⁰⁷ Regelen gjelder uansett alle prosumenter.

I begge landene har altså prosumenter prioritet. I det følgende tar jeg utgangspunkt i dansk rett for å forklare hva prioritet er. Prioritet innebærer en fortrinnsrett til å levere kraft til nettet.¹⁰⁸ Med prioritert innmating får produsenten matet inn kraft når kraften blir tilgjengelig.¹⁰⁹ Dette er som nevnt like ovenfor en stor fordel for prosumenter.

Prioritetsregelen har også betydning for *stans* av fornybar kraft sin innmating. Prioriteten innebærer at systemansvarlig bare kan redusere eller avbryte innmatingen dersom “reduktion af elproduktion fra andre anlæg ikke er tilstrekkelig til at opretholde den tekniske kvalitet og balance” i kraftnettet, jf. Elforsyningsloven § 27c (5).¹¹⁰ Regelen medfører at produsenten må avbryte produksjon/nedregulere innmating fra ikke-fornybar kraftproduksjon først i tilfeller hvor samlet kraftproduksjon i systemet overstiger forbruket (momentan ubalanse).¹¹¹ Det er som nevnt lite sannsynlig at systemansvarlig har oversikt over balansen i alle distribusjonsnettene. Prioriteten, og vanskelighetene med oversikt, tilsier at prosumenter nok sjeldent/aldri blir nedregulert.

Også danske prosumenter slipper å planlegge, anmelde og følge produksjon, jf. elforsyningsloven § 27c (2). Regelen unntar nemlig produsenter omfattet av VE-loven §

¹⁰⁴ E-post-korrespondanse med Energimyndigheten.

¹⁰⁵ Gram Mortensen (2004), s. 221.

¹⁰⁶ Se f.eks. den generelle drøftelsen i Deruytter og Geldhof (2014), s. 167.

¹⁰⁷ Bengtsson og Gilland note 189.

¹⁰⁸ Se f.eks. Gram Mortensen (2004), s. 211.

¹⁰⁹ Se for så vidt gjeldende Fornybardirektiv sin fortale avsnitt 60.

¹¹⁰ Se for så vidt Gram Mortensen (2004), s. 211.

¹¹¹ Det er prioritetsregelen, sammenholdt med at kull- og atomkraft er svært tidkrevende/dyrt å nedregulere og mangelen på tilstrekkelig med interconnectors, som medfører at man i Danmark og Tyskland til tider har negative kraftpriser. Disse negative kraftprisene innebærer at forbrukere får betalt for å forbruke kraft.

52 (1) fra balanseringspliktene. Bestemmelsen gir systemoperatøren en kjøpsforpliktelse for innmatet kraftproduksjon fra anlegg som er omfattet av bestemmelsen. Kjøpsforpliktelsen behandles nærmere i kap. 4.2. VE-loven § 52 (1) gjelder blant annet produksjon som er omfattet av lovens § 47 om rett til pristillegg for solcelleproduksjon, blant annet for husholdningsprosumenter.

Følgelig er husholdningsprosumenter unntatt balanseringspliktene. Pliktene påligger systemoperatøren. Det er også systemoperatøren som må betale for eventuell ubalanse mellom systemoperatørens planlegging og prosumentens innmating. Dette følger av VE-loven § 52 (1) siste setning hvor det heter at systemansvarlig skal “afholde de i 27c, stk. 8, 2.pkt., i lov om elforsyning nævnte omkostninger vedrørende ubalanser for elproduksjonen” for produsenter omfattet av 52 (1). Som vist er altså prosumenter omfattet av § 52 (1), jf. § 47. Danske prosumenter er følgelig unntatt både det faktiske arbeidet og de økonomiske konsekvensene av ubalanse.

I tysk rett trenger ikke kraftprodusenter med anlegg under 100 kW regulere ned kraftproduksjonen i det hele tatt ved “Netzüberlastung”, jf. EEG § 9 (1) nr. 1 og 2. Som sagt er et husholdningssolcelleanlegg maksimalt 20 kW.¹¹² Dermed er husholdningsprosumenter unntatt kravene om nedregulering ved overbelastning. Heller ikke Tyskland trenger prosumenter å planlegge, anmelde og regulere produksjon, og er følgelig ikke balanseansvarlig.¹¹³ Samlet sett har altså prosumenter og andre fornybarprodusenter i statene som behandles her, svært vid innmatingsrett.

I forslaget til nytt Fornybardirektiv er retten til prioritert eller garantert innmating i art. 16 (2) fjernet. Forslaget inneholder ikke et forbud mot slike regler. Men, fjerningen vil kunne medføre at statene avviker slike gunstige adgangsregler. Dette vil i så fall kunne være svært uheldig for fornybar kraftproduksjon da denne er billigere og raskere å nedregulere. Endringen er også uheldig med tanke på fornybarprodusenter som allerede har investert da produsentene må antas å ha kalkulert med prioritet/garantien i sine økonomiske beregninger. I Norge har art. 16 (2) likevel meget beskjeden betydning, siden norsk rett som vist har åpen tilgang, og det aller meste av norsk kraftproduksjon er fornybar.¹¹⁴

Gjennomgangen viser at reglene om markedsadgang er svært fordelaktige for prosumenter i alle jurisdiksjonene da prosumenter har garantert eller prioritert innmatingsrett, og er unntatt balanseansvaret. Unntaket fra balanseansvaret er svært viktige for prosumenter. Dette for det første fordi prosumenter produserer volatil kraft. Dermed er det vanskelig å

¹¹² Sommerfeldt, Muyingo, og Klintberg (2016), s. 33.

¹¹³ Klessmann, Nabe, og Burges (2008), s. 3657.

¹¹⁴ Hammer (2012), s. 211.

planlegge mengden produksjon, og følge denne. Dette gjelder i alle fall for prosumenter siden disse er ikke-profesjonelle og dermed ikke har samme tilgang til meteorologiske analysedata osv. som profesjonelle bruker for å forutse fra vind- og solkraftproduksjonen. Et eventuelt balanseansvar for prosumenter som ikke-profesjonelle ville nok medført at de enten avsto fra å produsere, eller ville kjøpt balansetjeneste fra profesjonelle. Slike avtaler koster selvsagt penger. Profesjonelle som håndterer balanseansvar for produsenter av volatil kraft vil typisk poole flere produsenter, og slik beskytte produsentene mot balanseansvarets økonomiske konsekvenser (“hedge”).¹¹⁵ Ubalanse kan også bli kostbar dersom prosumenten ikke har inngått slik avtale med profesjonelle. Unntaket fra balanseansvaret gjør at prosumenter unngår alle slike kostnader. Reguleringen gir derfor unngåtte utgifter for prosumenter, noe som selvsagt er heldig for investeringsinsentivet. Som nevnt er derimot også adgangsprisen svært viktig for om transportmarkedsreguleringen gir reell markedsadgang. Tariffene er tema i neste kapittel, og hva gjelder tariffene er det relativt store nasjonale variasjoner.

3.3 PRISREGULERING (TARIFFER)

3.3.1 Innledning

I dette kapitlet skal jeg behandle tariffene. Jeg gjør først rede for hva tariffen er, og hvordan de fastsettes. Deretter behandler jeg særlige spørsmål knyttet til prosumenter og tariffreguleringen.

Tariffer er de forskjellige komponentene i nettleien. Nettleie er betaling for nettjenester, og dermed for markedsadgangen.¹¹⁶ Som sagt er tariffregulering en forutsetning for reell markedsadgang. Tariffene er et kjerneelement i monopolreguleringen, og avgjørende for produsenter og andres markedsadgang.¹¹⁷ Det “er følgelig ikke vanntette skott mellom monopolregulering og markedstilretteleggelse.”¹¹⁸ Tvert imot er det nær sammenheng mellom reell konkurranse i varemarkedet og tariffreguleringen, fordi tariffene utgjør prisen for varemarkedstilgang.¹¹⁹

Nettselskapers inntjeningsmulighet fra nettjenester gjennom nettleie fastsettes av NVE gjennom en årlig fastsatt inntektsramme, jf. kf § 13-1 bokstav g. Inntektsrammen innebærer for det første, at dersom nettselskapets inntekter fra nettjenester er høyere enn inntektsrammen fastsetter, får selskapet gjeld til nettbrukerne. Gjelden kompenseres

¹¹⁵ Klessmann, Nabe, og Burges (2008), s. 3657.

¹¹⁶ Cabau og Ennsner (2016), 6.67 og Naas-Bibow et al. (2011), s. 23.

¹¹⁷ Wasenden (2007), s. 78.

¹¹⁸ Naas-Bibow et al. (2011), s. 23.

¹¹⁹ Se eksemplet i Gräper, Schoser, og Papsch (2016), avsn. 3.39.

gjennom lavere nettleie påfølgende år.¹²⁰ Den andre konsekvensen knytter seg forbruk av egenprodusert kraft. Måling av nettbruk finner nemlig sted i kundens tilknytningspunkt, jf. kf. §§ 13-1 (1) og bokstav a, og 13-2 bokstav a. Dermed knyttes de bruksavhengige tariffene til plusskundens uttak og innmating av kraft. Ved egenforbruk kan prosumenten altså unngå visse deler av nettleien. Kraften transporteres jo ikke over nettet til prosumenten. Unngått nettleie er en vesentlig økonomisk fordel. Prosumentens sparte nettleieutgifter gjennom egenforbruk, må de øvrige nettbrukerne betale. Tilsvarende gjelder dersom plusskunden unntas fra en tariff som sådan. Nettleiereglene utgjør altså et nullsumsystem. Nullsumsystemet gir altså plusskunder fordeler dersom de utnytter systemet på en riktig måte, mens nettselskapet står like sterkt uansett. Den endelige regningen faller på nettkundene. Inntektsrammen fordeles på tariffledd, som samlet utgjør grunnlaget for nettleien. Den norske nettleien består vanligvis av ett bruksavhengig energiledd og et bruksuavhengig fastledd som kalles andre tariffledd. Andre tariffledd relaterer seg til nettets faste kostnader.

Tariffene i alle jurisdiksjonene jeg behandler er publisert på forhånd, jf. Elektrisitetsdirektivet art. 32 (1). På forhånd regulerte tariffer er en vesentlig fordel for nettkunder som ikke eier nett, da det reduserer faren for misbruk av markedsrett.¹²¹

3.3.2 Kompensasjon knyttet til nettap

Jeg går nå inn på plusskunder og prosumenters rettigheter relatert til kompensasjon knyttet til nettap. I Norge kalles tariffen som regulerer kompensasjon for nettap energileddet. Før jeg går inn på de juridiske vurderingene energileddet reiser i relasjon til plusskunder, vil jeg først gi en kort forklaring av hva energileddet er.

Energileddet er bruksavhengig. Derfor er energileddets størrelse *relativ* til kundens bruk av nettet, jf. kf. § 13-3. Energileddet skal etter forskriftens § 16-1 “avspeile de marginale tapskostnader i nettet ved innmating i tilknytningspunktet.”

“[M]arginale tapskostnader” er kostnader knyttet til nettap, jf. kf. § 1-3. Tapet skyldes krafttransporten, for eksempel varmetap i kraftlinjene. Energileddet skal reflektere nettapet.¹²² Energileddets bruksavhengighet innebærer at tapskostnadene kompenseres av nettbrukerne relativt til den faktiske bruken og brukens betydning for nettapet. Tapets størrelse avhenger av flere faktorer, blant annet belastningen på nettet, tidsmessige og geografiske forhold.¹²³ Poenget er at tariffen “er innrettet slik at den løpende skal gi

¹²⁰ Rt. 2005 s. 65 (KILE-dommen), avsnitt 35.

¹²¹ Gräper, Schoser, og Papsch (2016), avsn. 3.39.

¹²² Hammer (1994), s. 68.

¹²³ Ibid.

økonomiske signaler til kundene om de marginale kostnadene (...).¹²⁴ Slik gir energileddet påskudd til effektiv ressursutnyttelse, jf. enl. § 1-2 og kap. 2.5.

Siden nettapet er relativt, vil også plusskundens betydning for nettapet være relativ. Dette innebærer at visse plusskunder vil *redusere* marginaltappet i nettet gjennom sin innmating, mens andre øker det. Dette på samme måte som at visse forbrukere reduserer marginaltappet gjennom forbruk, mens andre øker det. Reduksjon av marginaltappet som følge av innmating er først og fremst aktuelt i områder hvor det er lite produksjon. Da må kraften sendes langt for å nå sluttbrukeren, og nettapet øker. Plusskunder langt unna produksjon og nær forbruket, vil derfor kunne ha positiv betydning for nettapet ved innmating av overskuddskraft.

Dersom innmatingen har positiv betydning for nettapet, oppstår spørsmålet om nettselskapet plikter å kompensere plusskunden for hennes positive betydning for nettapet. Spørsmålet er, mer presist, om det at energileddet skal “avspeile de marginale tapskostnader i nettet” ved innmating, kan forstås slik at plusskunden også skal kompenseres for å *redusere* marginaltapsleddet, jf. kf. § 16-1.

Ordlyden av “avspeile de marginale tapskostnader i nettet” kan forstås på flere måter. For det første gjennom et fokus på *tap*. Man kan forstå “tapskostnader” slik at regelen krever et tap. Ordlyden retter seg jo direkte mot kostnader forbundet med tap, ikke *sparte* kostnader forbundet med *tapsreduksjon*. Forstås bestemmelsen slik, gir kf. § 16-1 ingen kompensasjonsrett i tilfeller hvor innmating har positiv betydning for nettapet.

Den andre måten å forstå ordlyden på er at det med “avspeile de marginale tapskostnader” menes at energileddet skal speile – samsvare med – den økonomiske følgen produsentens nettbruk påfører nettselskapet. Spørsmålet er hvilken av disse forståelsene som har best dekning i de øvrige rettskilder.

Som ovennevnte sitatet fra Hammer viser, vil brukerens påvirkning på nettet være relativ til flere forhold. Dette kan medføre at innmating i noen strøk medfører en reduksjon av marginaltapsleddet, mens det i andre medfører en økning. At energileddet er relativt taler derfor for å forstå “avspeile de marginale tapskostnader” slik at det er brukens betydning for nettapet som er relevant, ikke hvorvidt det er tale om et tap.

Et bruksavhengig energiledd hvor positiv (og negativ) betydning på marginaltapsleddet kompenseres, vil gi nettkundene insentiv rasjonell kraftbruk. Dersom nettapet reflekteres fullt ut i energileddet, vil plusskunden ha økonomisk insentiv til å lagre kraft hvor innmating øker nettapet, og ikke lagre overskuddskraft hvor innmating senker nettapet. Dermed reduseres også belastningen på nettet, og følgelig behovet for

¹²⁴ Ibid.

investeringer i ny nettkapasitet. Å forstå ordlyden slik, gir derfor en “samfunnsmessig rasjonell” løsning, jf. enl. § 1-2. Kompensasjon for positiv betydning på nettet, gir altså insentiv til effektiv og rasjonell ressursutnyttelse. Disse hensynene er enl. sitt hovedformål, og må gis avgjørende vekt, jf. kap. 2.5. At energileddet skal “avspeile de marginale tapkostnader” skal derfor forstås slik at plusskunden skal kompenseres den positive betydningen plusskundens innmating har på nettet. Motsatt skal plusskunden selvsagt også betale dersom innmatingen øker nettet.

Det følger av kf. § 16-1 at energileddregelen gjelder “ved innmating i tilknytningspunktet.” At måling skal skje i tilknytningspunktet følger også av kf. § 13-1 bokstav a. Denne bestemmelsen oppstiller prinsipper for utforming av punktтарiffene. I bestemmelsen det heter at “tariffene skal refereres tilknytningspunktene.” Ordlyden tilsier at utregningen av tariffenes størrelse for den enkelte skal skje i lys av mengden kraft som passerer den enkeltes tilknytningspunkt. Regelen er helt klar.

NVE har derimot godtatt at nettselskapene *ikke* utmåler energileddet referert i hvert enkelt tilknytningspunkt. NVE aksepterer tariffing av energileddet basert på gjennomsnittlig marginaltap i *det aktuelle nettområdet*.¹²⁵ Praksisen gjelder bare tariffing av marginaltapet ved innmating. Det er vanskelig å fastlegge helt klare rammer for hva NVE aksepterer. Men, det riktigste virker å være at det er *gjennomsnittlig* nettap ved innmating bak et utvekslingspunkt mot overordnet nett, som er grunnlaget for utregningen av energileddet den enkelte produsenten betaler. Energileddet tilsvarer altså *ikke* den enkelte produsentens påvirkning på nettet. Dette er klart nok ikke i samsvar med kf. §§ 16-1 og 13-1 bokstav a.

Betydningen av dette kan eksemplifiseres på følgende måte: A og B er begge bak samme utvekslingspunkt mot overordnet nett. A mater inn mye kraft, men i et område hvor innmatingen øker marginaltapsleddet. B, som også er innenfor samme område, mater derimot inn slik at hun senker marginaltapsleddet. Hvis As bruk koster nettselskapet 1000 kroner, mens Bs bruk sparer nettselskapet for 1000 kroner, skal altså begge, etter NVEs praksis, betale *null* kroner for innmatingen. Dette i stedet for at B fikk 1000 kroner lavere nettleie, og A fikk 1000 kroner høyere nettleie. Praksisen innebærer altså at de positive eller negative virkninger produsenten har på marginaltapet, ikke får samme utslag i hennes nettleie.

Hvor stor betydning praksisen har for den enkelte plusskundes insentiv til effektiv drift, beror på hvor mange produsenter det er i det aktuelle området. Er det én plusskunde, vil selvfølgelig utregningen av energileddet samsvare med plusskundens innmating. Hun

¹²⁵ NVE (2015C), sist besøkt 28. mai 2017.

vil derfor få et negativt energiledd i tilfeller hvor hun reduserer marginaltapet. Problemet oppstår altså først når det er flere produsenter, hvor innmatingen ikke har samme *effekt på marginaltapet*, eller hvor størrelsen på innmatingen varierer veldig, jf. at det er gjennomsnittet som er avgjørende. Det neste spørsmålet er om NVE må endre praksis fordi tariffingspraksisen er i strid med Fornybardirektivets tariffregler. Etter Fornybardirektivets art. 16 (8) skal statene sikre at “tariffs charged (...) for the transmission and distribution of electricity from plants using renewable sources reflect realisable cost benefits resulting from the plant’s connection to the network.” Spørsmålet er om den norske tariffingspraksisen som NVE aksepterer er i tråd med denne bestemmelsen.

Det er helt klart fra ordlyden “cost benefits” at ikke bare kostnader, men også fordeler skal reflekteres i nettleien. Dette følger også av teorien.¹²⁶ Dette er i tråd med de grunnleggende energirettslige hensyn jeg har gjort rede for ovenfor som klart nok også er relevante i EU-retten, jf. kap. 1.5. Det er derfor klart at kostnadsfordeler skal kompenseres. Det neste spørsmålet er hvilke kostnadsfordeler som skal kompenseres.

Ordlyden av “connection” tilsier i utgangspunktet at det er kostnadsfordeler som følge av *tilknytningen*, ikke *bruken* som skal kompenseres. Det er likevel klart at bestemmelsen knytter kostnadsfordelene til nettbruken. Det er jo ved nettbruk kostnadsfordeler oppstår, jf. ovenfor. Dette følger også av bestemmelsens siste setning hvor det fremheves at “[s]uch cost benefits could arise from the direct use of the low-voltage grid.” Det er altså nettbruken bestemmelsen knytter kostnadsfordelene til. Det er derfor klart at det er positiv betydning for kostnader til nettap som skal kompenseres.

Etter NVEs praksis reflekteres altså kostnadsnyttene i at *alle* produsentene i det aktuelle området får en lavere eller høyere tariff. Spørsmålet er om det at tariffene som betales skal “reflect cost benefits” innebærer at kostnadsfordelene med den enkelte produsentens innmating skal reflekteres fullt ut og utelukkende i den enkelte produsentens tariff, eller om det er tilstrekkelig med en generell refleksjon i tariffnivået for alle produsentene i området. Er førstnevnte som er gjeldende rett, er NVEs praksis ikke i samsvar med EU-retten.

Det er klart nok at ordlyden “reflect cost benefits” innebærer at kostnadsfordeler som følge av nettbruken skal få konsekvenser for tariffene produsenten betaler. Men ordlyden sier ingenting om hvordan kostnadsfordelene skal reflekteres: Ordlyden sier altså ikke noe om at kostnadsfordeler skal reflekteres utelukkende og fullt i den produsenten som reduserer nettapet sin nettleie, eller ei. Men ordlyden må ses i lys av at det er kostnadsfordeler “resulting from the plant’s connection to the network”. At tariffenes

¹²⁶ Herscuth (2010), avsn. 6.68.

størrelse knyttes til kostnadsfordeler forbundet med det enkelte anlegg, taler for at kostnadsfordelene må reflekteres utelukkende og fullt ut i den produsenten som reduserer kostnadene til nettap sin nettleie. I den svenske versjonen er derimot ordet “motsvarar” brukt. Denne ordlyden er etter mitt skjønn noe klarere, da den i større grad enn “reflect” knytter kostnadsfordelene tilbake til entallsformen i “anläggningens anslutning til nätet”. Den svenske ordlyden tilsier derfor etter mitt skjønn at det kreves at kostnadsfordeler reflekteres utelukkende og fullt ut i den enkelte produsentens nettleie, slik at det ikke er tilstrekkelig med en allmenn reduksjon. Samme inntrykk, om enn ikke like sterkt som den svenske, gir den danske versjonen som krever at tariffene “afspejler” de kostnadsfordeler som kan følge av “anlæggets tilslutning til nettet.” Likevel er det ikke helt klart fra direktivets ordlyd hvordan kostnadsfordelene skal kompenseres. Spørsmålet er ikke behandlet i teorien, og jeg må i medhold av EU-rettslig tolkningslære, vurdere spørsmålet ut i fra grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende, jf. kap. 1.5.

Direktivets formål er å fremme fornybar kraft, jf. direktivets art. 1. Dette målet oppnås best dersom fordeler med økt nettbruk kommer produsenten til nytte direkte, ikke alle produsenter i tariffområdet som sådan. Dette fordi kostnadsfordelene med nettbruken viser seg direkte i den enkelte produsentens nettleie, og slik får positiv økonomisk betydning for produsenten. Fornybardirektivets formål taler derfor klart for at produsentens positive betydning på nettapet skal reflekteres utelukkende og fullt ut i produsentens egen nettleie.

En slik forståelse er i tråd med mer tradisjonelle energirettlige hensyn, nemlig de bruksavhengige tariffledenes handlingsnormerende funksjon. Det fremstår som klart at slike betraktninger også ligger bak utformingen av art. 16 (8). Den handlingsnormerende effekten svekkes dersom fordeler og ulemper fordeles på alle produsenter i et område. Jeg viser til eksemplet mitt like ovenfor om den norske praksisens betydning for tariffingen.

Som følge av disse hensyn, må det at tariffene skal “reflect cost benefits” forstås slik at produsentens positive betydning for nettapet skal reflekteres utelukkende og fullt ut i produsentens nettleie. Tariffingen av fornybar kraftproduksjon kan derfor ikke være områdebasert. De beste grunner taler derfor for at NVEs praksis i relasjon til tariffing av innmating av produksjon ikke er i tråd med Fornybardirektivets art. 16 (8). Forskriftsregelen er i tråd med direktivregelen, og bør følges.

Jeg går nå over til tysk, dansk og svensk lovgivning. Det følger av den tyske forskriften StromNEV § 18 (1) at operatører av “dezentralen Erzeugungsanlagen”, altså desentraliserte produksjonsanlegg, skal godtgjøres unngåtte tariffer.¹²⁷ Dette følger av

¹²⁷ Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV).

bestemmelsens annet punktum hvor det heter at kompensasjonen operatøren av den desentrale produksjonen skal korrespondere til nettapet som blir unngått. Regelen er altså lik den norske.

Hva som menes med desentraliserte produksjonsanlegg er ikke definert i StromNEV. Som sagt i relasjon til den danske prioritetsregelen i kap. 3.2, er dette begrepet ikke entydig. “[D]ezentralen” må være det motsatte av *sentraliserte* produksjonsanlegg. Dette taler for at det med “dezentralen Erzeugungsanlagen” i alle fall er ment mindre, ikke-industrielle produksjonsanlegg. Husholdningsproduksjon, og annen produksjon hos personer som er primært forbrukere ikke primært produsenter, er derfor et kjerneeksempel på “dezentralen Erzeugungsanlagen”.

Et viktig poeng er at StromNEV § 18 (1) pkt. 1 begrenser retten til å kompenseres for unngåtte kostnader til desentralisert produksjon som *ikke* mottar innmatingstariffer, jf. kap. 5.1. Prosumenten må følgelig velge mellom å kompenseres for nettap, eller motta innmatingstariffer. Valget bør hun selvfølgelig foreta ut ifra hva som gir størst økonomisk utbytte. Jeg antar at dette skyldes at Tyskland har et såkalt feed-in-tariff-system (innmatingstariff) hvor hele kompensasjonen styres av lovgiver. Antakeligvis har lovgiver i Tyskland tatt hensyn til unngåtte nettap ved reguleringen av innmatingstariffens størrelse.¹²⁸

Etter VE-lovens § 52 2. stk skal visse fornybare kraftprodusenter, herunder prosumenter av solkraftprodusenter ikke “pålegges (...) omkostninger ved indføring av elektrisitet i elforsyningsnettet” dersom disse ikke påhviler vedkommende etter “de hidtil gjældende bestemmelser om aftagepligt.”

Aftageplikten (kjøpsforpliktelsen) følger av VE-loven § 52 (1).¹²⁹ Kjøpsplikten innebærer at visse markedsaktører må kjøpe overskuddskraften, jf. kap. 4.2 og 4.3. Denne gjelder som sagt for husholdningssolkraft. Så vidt jeg kan se inneholder ikke reglene om aftageplikt for solkraftprosumenter noen tariffingsplikt, jf. VE-lovens § 52, jf. § 47, og Elforsyningsloven § 59, jf. § 58b. Dermed er prosumenter som sådan unntatt det vi i Norge kaller energileddet.

Ellagen kap. 4 § 10 (3) omhandler tariffier. I bestemmelsen heter det at en produsent som høyst kan mate inn 43,5 kilowatt “ska inte betala någon avgift för innmatningen.” Unntaket fra tariffingsplikten gjelder likevel bare såfremt kraftforbrukeren under ett kalenderår har tatt “ut mer el från elsystemet än han har matat in på systemet.”

¹²⁸ Siden jeg avgrensner mot å behandle om de andre statenes reguleringer er i tråd med EU-retten vurderer jeg ikke om denne reguleringen er i tråd med Fornybardirektivets art. 16 (8).

¹²⁹ Basse (2011), s. 227f.

Reguleringen bekreftes i forarbeidene.¹³⁰ Begrensningen til at uttak må overskride forbruk og innmatingsbegrensningen gjør at denne bestemmelsen i praksis retter seg mot prosumenter.

Prosumenter er altså gitt en betydelig tariffordel også i Sverige. Jeg bemerker at ellagen, som vist i kap. 2.4, er en *generell* energilov. Dermed er ikke regelen eksplisitt knyttet til fornybar kraft, som den danske. Likevel er det relativt klart at regelen får størst realitet for fornybar kraft, da det er utvilsomt at prosumsjon først og fremst skjer med fornybare energikilder.¹³¹ På tross av lovens (og bestemmelsens) generelle utformingen, ser jeg derfor likevel denne tariffreguleringen som et virkemiddel for å fremme fornybar prosumsjon.

Dermed er det slik at svensk og dansk rett går lengst. Norsk rett er i en mellomposisjon, mens tysk rett kan ses på som strengest, alt avhengig av om innmatingstariffen er utformet slik at den tar hensyn til nettap eller ei. Jeg har ikke informasjon om dette, og går derfor ikke nærmere inn på tysk lovgivers begrunnelse for regelutformingen. Den danske og svenske reguleringen går lengre enn kravet i Fornybardirektivets art. 16 (8), og lengre enn norsk rett. Tariffunntakene går lenger fordi prosumentene etter svensk og dansk rett ikke bare unngår bruksavhengige tariffer dersom de ikke bruker nettet (egenforbruk). De slipper også kostnadene hvor innmatingen fører til nettap.¹³² Jeg går ikke nærmere inn på dette. Jeg kommer tilbake til min vurdering av reguleringenes hensiktsmessighet i kap. 3.4.

3.3.3 Nettets faste kostnader

Netteier har ikke bare utgifter til nettap. Netteier har også faste kostnader. Tariffleddet som brukes for å dekke inn faste kostnader, kalles i Norge for andre tariffledd. Andre tariffledd skal dekke kostnader som ikke dekkes inn av bruksavhengige tariffer.¹³³ Som energileddet, faktureres både produsenter og sluttbrukere andre tariffledd, jf. kontrollforskriften §§ 14-2 og 16-2. Prosumenter som er plusskunder “skal ikke tarifføres andre tariffleddet for innmating”, jf. kf. § 16-2 (3). Plusskundene må fortsatt betale andre tariffledd for uttak, jf. kontrollforskriftens § 14-2.

¹³⁰ Prop 2009/10:51, s. 39

¹³¹ Ved vedtakelsen av den teknologinøytrale plusskundeordningen antok NVE det samme. Se kap. 2.6 og NVE (2016F), s. 12.

¹³² EU-domstolen har tidligere funnet at liknende systemer var disproportjonale begrensninger av art. 28 og 30 EC. Se C-492/14 (Essent Belgium NV). Avgjørelsens rekkevidde er så vidt jeg vet noe usikker.

¹³³ Naas-Bibow et al. (2011), s. 142.

Andre tariffledd både for innmating og uttak, begrunnes i at alle brukerne av nettet skal bidra til å dekke nettets faste kostnader, slik som kostnader til fakturering, tilsyn, mv.¹³⁴ Plusskunder er både produsent og sluttbruker. At plusskunder slipper andre tariffledd for innmating er derfor fornuftig: Hadde ikke plusskunder vært unntatt ved innmating, ville plusskunden strengt tatt betalt deler av nettets faste kostnader to ganger. Dette fremstår også som NVEs begrunnelse for unntaket.¹³⁵ Videre er det også fornuftig at det er andre tariffledd til produksjon plusskunden unntas. Dette fordi ikke alle plusskunder har kraftinnmating, mens de aller fleste plusskunder har kraftuttak. Fritaket gir plusskunden en beskjeden årlig besparelse. Besparelsen er avhengig av anleggets størrelse, jf. kf. § 16-2 (2), men er ifølge NVE rundt 180 kroner for en husholdningsprosumert.¹³⁶ En antitetisk tolkning av ellagen kap 4. § 10 (3) medfører at svenske prosumenter bare betaler nettets faste kostnader. Jeg er ikke kjent med om prosumenter i Danmark og Tyskland betaler disse kostnadene.

3.4 SYSTEMATISERING OG MINE BETRAKTNINGER

I dette kapitlet systematiserer jeg virkemiddelbruken i jurisdiksjonene jeg behandler. Jeg systematiserer først virkemiddelbruken i relasjon til adgangsreguleringen, før jeg systematiserer tariffreguleringene. Avslutningsvis vurderes hensiktsmessigheten av tariffreguleringene.

Prosumertene i alle landene er sikret innmating av kraften, og har mer vidtgående rettigheter forbundet med innmatingen enn andre produsenter. Garantert/prioritert markedsadgang gir selvsagt større mulighet for fortjeneste, siden overskuddskraft ikke går til spille. Dermed styrkes gevinstutsiktene. Reguleringen gir også investeringstrygghet fordi omsetningsmuligheten er garantert. Innmatingsreguleringen er derfor et viktig virkemiddel, selv om virkemiddelet ikke er spesifikt utformet med tanke på prosumenter. Forskjellen mellom jurisdiksjonene ligger altså ikke i markedsadgangen, men hvordan denne sikres. At det ikke er særlige forskjeller i prosumerters innmatingsrett i disse jurisdiksjonene er ikke særlig overraskende som følge av EU-harmoniseringen på området. Variasjonen ligger altså i valget av virkemiddel for å oppnå markedsintegrasjon.

En regel om prioritet innebærer ikke nødvendigvis streng regulering av varemarkedet f.eks. i form av en kjøpsforpliktelse.¹³⁷ Men, disse virkemidlene kombineres gjerne.¹³⁸ Innenfor denne avhandlingens ramme er det bare stater som gir prosumenter en

¹³⁴ NOU 2012:9 s. 162

¹³⁵ NVE (2016F), s. 13.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Se fortalen til gjeldende Fornybardirektiv avsnitt 60.

¹³⁸ Horn (2015), s. 159.

kjøpsobligasjon (feed-in-system) som har prioritert markedsadgang. Statene som ikke gir prosumenter en slik kjøpsobligasjon har åpen adgang til nettet. Det er derfor mulig å systematisere virkemidlet for å sikre markedsadgang etter hvorvidt staten bruker kjøpsobligasjoner eller konkurranse som virkemiddel i varemarkedet.

I relasjon til balanseansvaret er altså alle statene like, noe som må antas å skyldes at statene mener unntak fra det faktiske og økonomiske balanseansvaret er viktig for innfasingen av fornybar kraftproduksjon. Det er derfor ikke nyttig å katalogisere reguleringen av balanseansvaret etter sontringen elsertifikatsystem/feed-in-system. En viktig forskjell er derimot at unntaket fra balanseansvaret i Norge er knyttet til hvorvidt det foreligger konsesjon, mens det i Danmark og Tyskland er knyttet til den økonomiske støtteordningen eller til fornybar kraft. Slik sett viser reguleringen av balanseansvaret forskjeller i reguleringsteknikk mellom statene, jf. kap. 2.4. Siden de aller fleste (fornybar) kraftprodusenter i Norge vil være konsesjonærer, jf. kap. 4.3, er nok unntaket fra balanseansvaret i norsk rett strengere enn i Danmark og Tyskland. I alle landene står i alle fall prosumenter i en særstilling sammenliknet med mange andre kraftprodusenter. Disse vil jo være balanseansvarlig med de faktiske og økonomiske forpliktelser dette medfører. De virkelig interessante forskjellene mellom jurisdiksjonene ligger derimot i tariffreguleringene. Det er disse jeg systematiserer i det følgende.

I denne sammenlikningen ser jeg bort fra NVEs praksis i relasjon til tariffing av kostnader til nettap. Sammenliknet med dansk og svensk rett, er tysk og norsk rett for så vidt like i det at de knytter kompensasjonen til nettapet. Dette innebærer at begge reguleringene bygger på hensynet til *rasjonell ressursutnyttelse*. Disse landene kan derfor systematiseres for seg.

Tysk og norsk rett står i klar motsetning til dansk og svensk rett, hvor prosumenten ikke betaler bruksavhengige tariffer for innmatingen i det hele tatt. Siden den danske regelen er plassert i VE-loven anser jeg det som klart at regelen i Danmark skyldes hensynet til økt fornybar kraftproduksjon. Den svenske regelen er som sagt plassert i den generelle ellagen, og favner følgelig videre enn bare fornybar-kraftprodusenter. Regelen kan derfor sies å ha en noe annen rettspolitisk begrunnelse enn den danske. Siden man kan anta at de fleste prosumenter vil være fornybare, anser jeg som sagt også den svenske regelen som et utslag av hensynet til økt fornybar kraftproduksjon, om enn i noe 'kamouflert' form. Dette kan man for så vidt også si om det norske unntaket fra nettets faste kostnader. Som sagt er derimot unntaket begrunnet i at plusskunder ville betalt nettets faste kostnader to ganger dersom de ikke var unntatt. Slik sett er unntaket begrunnet i rimelighet, ikke i hensynet til økt fornybar kraftproduksjon.

Gjennomgangen viser at det tilsynelatende ikke er nyttig å katalogisere tariffreguleringene i statene etter sonderingen feed-in-system/elsertifikatsystem. Det er jo dansk (feed-in) og svensk (elsertifikat) som går lengst. En mer gunstig katalogisering er hvorvidt tariffreglene bygger på hensynet rasjonell ressursutnyttelse, eller hensynet til økt fornybar kraftproduksjon. Man kan si at tariffreglene i svensk og dansk rett brukes som en økonomisk støtteordning til produsenter, mens norsk og tysk rett altså 'bare' bygger på hensynet til rasjonell ressursutnyttelse. Det ser derfor ut til at det sentrale skillet mellom jurisdiksjonene er hvorvidt hensynet til økonomisk støtte til fornybar kraftproduksjon har fått betydning også innenfor tariffreguleringene. At produsenter unntas betalingsplikt for nettap viser etter mitt skjønn hvor langt disse statene går for å gi insentiv til produksjon. Det er jo klart at en slik regulering vil kunne koste de øvrige nettbrukerne store summer dersom produksjon blir utbredt. Dette kommer jeg tilbake til like nedenfor.

Et annet viktig skille mellom systemene er at det bare er Tyskland som avgrenser retten til kompensasjon for unngåtte nettap mot den økonomiske støtteordningen. Dette kan som sagt tenkes å skyldes at lovgiver har tatt hensyn til kompensasjon for nettap ved fastsettelsen av støttens størrelse, jf. kap. 5.3. Uavhengig av begrunnelse, er det altså i Tyskland en nærhet mellom det økonomiske støttesystemet og tariffreguleringen som ikke finnes i noen av de andre jurisdiksjonene jeg behandler. Dette er altså en viktig forskjell både innad i feed-in-systemene og mot elsertifikatstatenes reguleringer. Slik sett er det tale om to ytterpunkter, hvor dansk og svensk rett bruker tariffreguleringen som et økonomisk insentiv, mens tysk rett altså avgrenser tariffrettigheten mot retten til økonomisk støtte. Dette er selvsagt avhengig av at unngåtte nettap innbakes i den økonomiske støtten tyske produsenter får, eller ei. Et siste spørsmål er om den kostnadsrefleksive regelen i norsk og tysk rett, eller det totale unntaket i dansk og svensk rett, er mest hensiktsmessig. Dette behandles i det følgende.

Tariffreguleringen for kostnader til nettap gir ikke svenske og danske produsenter insentiv til å lagre overskuddskraften. Dette gjelder selv i områder hvor innmating *øker* nettapet.¹³⁹ I Danmark vil de tvert i mot også få *pristillegg* for slik innmating, mens de i Sverige vil få elsertifikater for innmatingen, jf. kap. 5.3. Slik sett er det tale om 'dobbel' økte kostnader for sluttbrukerne, fordi disse også betaler for de økonomiske støtteordningene, jf. kap. 5.5. EU-parlamentet har fremhevet de økte kostnadene for de øvrige nettkundene som følge av produksjon som et tiltakende problem. Dette fordi

¹³⁹ En annen ting er at lagring kan være gunstig med tanke på unngått margin til kraftleverandøren og elavgift ved kraftkjøp. Av hensyn til avhandlingens ramme og tema, går jeg ikke nærmere inn på dette.

prosumsjon vanskeliggjør nettinvesteringer, og øker de øvrige kundenes kostnader.¹⁴⁰ Problemet er knyttet til forbruk av egenprodusert kraft, ikke unntak fra kostnadene ved nettap som sådan. Slik sett er en regel som gjør at prosumenter *i tillegg* til å unngå tariffen ved forbruk av egenprodusert kraft også unngår kostnader til nettap ved innmating, svært problematisk. Dette styrkes ytterligere dersom unntaket fra å betale for nettap som følge av innmating vanskeliggjør nettutbygginger. Nettutbygginger er helt avgjørende for økt fornybar kraftproduksjon da fornybar kraftproduksjon selvsagt er avhengig av nett for å kunne selge kraft. Slik sett kan den svenske og danske regelen være problematisk både i relasjon til rasjonell ressursutnyttelse og i relasjon til utbygginger av fornybar kraftproduksjon. På denne bakgrunn er det vanskelig å anse den svenske og danske reguleringen som hensiktsmessig. Den norske reguleringen viser også at det er mulig å skape et fornuftig insentiv til rasjonell ressursutnyttelse uten å skape grunnlag for slike uheldige virkninger som dansk og svensk rett kan ha.

Når fornybar kraft er modent i Sverige og Danmark, vil nok likevel kostnadene med ordningen medføre at reglene endres slik at de samsvarer med norsk og tysk rett. Det må også være klart at regelen effektivt kommuniserer et insentiv til økt prosumsjon. I Norge må plusskunden foreta en relativt komplisert vurdering av energirettslige spørsmål for å fastlegge sin rettsstilling i relasjon til nettap. Siden prosumenter er ikke-profesjonelle, taler klar regelkommunikasjon for at den svenske og danske ordningen er et hensiktsmessig virkemiddel for å oppnå mer prosumsjon. Siden de fleste prosumenter forbruker det meste av produsert kraft selv, er antakeligvis også kostnadene for de andre nettkundene knyttet til reguleringen, relativt små. Slik sett er det forbruk av egenprodusert kraft som er problemet, ikke unntaket fra kostnader til nettap ved innmating. Siden regelen nok endres når prosumsjon er modent og at klar regelkommunikasjon er gunstig mot ikke-profesjonelle, bør den svenske og danske ordningen ses som hensiktsmessig. Jeg går nå over til den direkte varemarkedsreguleringen.

¹⁴⁰ Europaparlamentet (2016), s. 8.

4 DIREKTE VAREMARKEDSREGULERING

4.1 INNLEDNING

Jeg har nå vist at det er store forskjeller mellom jurisdiksjonene og mellom systemene i transportmarkedsreguleringen. Dette kapitlet behandler virkemiddelbruken i varemarkedet. Jeg systematiserer igjen virkemiddelbruken i avslutningskapitlet. Før jeg behandler de ulike virkemidlene, vil jeg først introdusere min innfallsvinkel til behandlingen av virkemiddelbruken i varemarkedet.

Jeg har delt varemarkedsintervensjon inn i to. Den ene er regulering av selve varemarkedet. Med det mener jeg at statene i større eller mindre grad, eller ikke i det hele tatt, griper inn i hvordan kraften skal selges. Det er altså et spørsmål om regulering av avtalefriheten i relasjon til kontraktsmotparter og pris. Dette kaller jeg direkte varemarkedsregulering. Den andre typen varemarkedsintervensjon jeg behandler, er økonomiske støtteordninger. Støtteordninger er tema i kap. 5.

Man kan reise innvendinger mot denne kategoriseringen, f.eks. fordi man kan si at økonomiske støtteordninger er en direkte varemarkedsregulering. Kostnaden bæres jo av markedet. Økonomiske støtteordninger er selvsagt varemarkedsregulering. Direkte varemarkedsregulering knytter seg derimot til hvordan kraften selges. Noen jurisdiksjoner gir altså fordeler som letter gjennomføringen av, eller sikrer kraftsalget. Man kan derfor overordnet se reglene i kap. 4 som *regulatoriske* insentivordninger og som et supplement til transportmarkedsreguleringen. Økonomiske støtteordninger skal gi fornybar kraft økonomisk gevinst utover det markedet er villig til å gi for selve kraften, og er derfor *økonomiske* insentivordninger. Det er altså bakgrunnen for regelen, eller reglenes karakter, som begrunner om jeg plasserer den i kap. 4 eller 5.

Sondringen aktørstyring og statsstyring fungerer godt også for varemarkedet. Overordnet kan man dele kraftmarkedene inn i varemarkeder som er primært aktørstyrt, eller primært statsstyrt. Det er altså tale om mer eller mindre markedsintervensjon, og mer eller mindre kontraheringsfrihet. Man kan for eksempel tenke seg at staten aktivt regulerer overdragelse og pris. Slike tiltak eliminerer aktørstyringen gjennom å eliminere kontraheringsfriheten. En annen innfallsvinkel er utelukkende å regulere lovlige kontraktsmotparter. Dette er svakere markedsintervensjon, fordi aktørene fortsatt kan velge *hvilken* av de lovlige aktørene man vil handle med.

Utgangspunktet er, som sagt i kap. 2.3, markedet. Det sentrale i dette kapitlet er om og eventuelt hvordan, jurisdiksjonene regulerer markedsaktørenes kontraheringsfrihet. Denne reguleringen kan deles inn i to undertema, nemlig regulering av *hvem* som kan kjøpe

kraften, og regulering av hvordan prisen skal bestemmes. Jeg vil først si noe om hvilke virkemidler statene bruker for å oppnå at prosumentens overskuddskraft selges.

4.2 VIRKEMIDLER FOR Å OPPNÅ KONTRAHERING OM KJØP AV OVERSKUDDSKRAFT

I Norge er det i utgangspunktet ikke tillatt for andre enn staten å omsette kraft med mindre man har omsetningskonsesjon, jf. enl. § 4-1. Utgangspunktet er altså statlig styring av kraftomsetning, gjennom omsetningskonsesjonskravet. Som nevnt kan ikke plusskunder ha omsetningskonsesjon, jf. kap. 2.6. Dersom unntakene fra omsetningskonsesjonskravet kommer til anvendelse for plusskunder, oppstår spørsmålet om hva som er virkemiddelet for å oppnå at noen *kjøper* overskuddskraften til plusskunden.

Norsk rett inneholder ingen hjemmel som pålegger aktører i kraftmarkedet å kjøpe plusskundens overskuddskraft. Det er avtalefriheten som styrer kraftsalget.¹⁴¹ Salget av overskuddskraft er altså aktørstyrt. En antitetisk tolkning av ellagen viser at dette også er regelen i Sverige. Virkemiddelet for å oppnå salg av kraften er altså åpen markedsadgang, og *konkurranse*. Man kan si at markedet regulerer vilkårene selv.

Avtalefriheten medfører at prosumenten i utgangspunktet kan selge til naboen(e), kraftleverandøren sin (eller til en annen kraftleverandør), og til nettselskapet. Valgfriheten er åpenbart en positiv side av manglende aktørstyring fordi prosumenten har flere å tilby kraften til (høyere etterspørsel), og dermed kan forvente høyere pris. Kraftens nettbundethet og natur tilsier at avtalefrihetens bør være størst mulig i et markedsorientert system. Gjennom avtalefriheten kan nyetablerte aktører motvirke at etablerte aktører benytter sin markedsposisjon til å hindre markedsintegrasjon av nye aktører, jf. kap. 2.3. De nye aktørene kan jo velge å selge kraften til *andre* enn de etablerte aktørene som gjerne ikke er interessert i at økt prosumsjon finner sted, jf. kap. 2.3. Det sentrale spørsmålet er hvor begrenset avtalefriheten er. Grensene behandles i kap. 4.3.

Feed-in-systemer, som det danske og tyske, særpreges av mer eller mindre inngående regulering av omsetningen.¹⁴² Systemene er altså motsatt av det norske og svenske, da feed-in-systemene i utgangspunktet fjerner avtalefriheten til visse markedsaktører, jf. EEG § 11 og VE-loven § 52 som jeg kommer tilbake til i neste kapitel. Virkemidlet er altså statsstyring av visse markedsaktører. Bakgrunnen for reguleringsteknikken er markeds manglende evne til å verdsette fornybar kraft.¹⁴³ Synet i teorien må ses i lys av endringen av EEG 1. januar 2017. Da innførte Tyskland et

¹⁴¹ Arnesen et al. (2016), avsn. 11.252.

¹⁴² Menges (2013), s. 1.

¹⁴³ Ibid.

tenderingsystem i EEG. I et tenderingsystem byr produsenter på tilgjengelig produksjonskapasitet, og den billigste får tilslaget, jf. EEG § 22 (1). Innføringen taler for at markedet verdsetter kraften riktigere enn tidligere. Tenderingsystemet er altså mer markedsbasert. Dette skulle tilsi at kjøpsforpliktelsen ble opphevet, noe den også ble. Kjøpsforpliktelsen ble derimot beholdt for prosumenter, noe jeg kommer tilbake til i neste kapitel.

Et viktig spørsmål i relasjon til graden av inngrep i markedet, er om prosumentenes kjøpsobligasjon også innebærer en *salgsforpliktelse* for prosumenten. Spørsmålet er altså om EEG og VE-lovens kjøpsplikt for visse markedsaktører, innebærer at prosumenten må selge til disse slik at også prosumentens avtalefrihet er begrenset.

EEG § 11 inneholder ingen salgspunkt for de som er gitt en kjøpsobligasjon. Den tyske Stromsteuergesetz (Strømskattloven) § 9 (3) bokstav a og b, gir naboer som selger kraft til hverandre, unntak fra el-avgiftspunkt.¹⁴⁴ Bestemmelsen forutsetter altså at tyske prosumenter ikke har en slik salgspunkt. Ei heller VE-loven inneholder noen hjemmel om salgspunkt. I dansk juridisk litteratur er det uttalt at kjøpsplikten gir produsenter “krav på at kunne afsætte deres elektrisitet” til visse markedsaktører (min kursivering).¹⁴⁵ Litteraturen sier ingenting om at kjøpsplikten innebærer en salgspunkt. Tvert i mot tilsier sitatet at prosumenten har et valg. Eiendomsretten krever selvsagt også hjemmel for å kunne begrenses. Kildene innebærer at heller ikke VE-loven § 52 (1) oppstiller en salgspunkt for danske prosumenter.

Resultatet er derfor at prosumenter i Danmark og Tyskland både kan gjøre gjeldende en kjøpsforpliktelse, og kan selge kraften til andre dersom det er mer økonomisk gunstig for dem. Prosumenten kan altså enten utnytte lovens fordeler, eller avtalefrihetens fordeler. Dette kan kalles en *frivillig* aktørstyring eller statsstyring. Dermed har prosumenten i begge land både trygghet i at hun får solgt, og mulighet for å utnytte avtalefriheten for større gevinst. Virkemidlene er derfor markeds kontroll gjennom kjøpsplikten og valgfri konkurranse. Sagt på en annen måte, er virkemidlene både statsstyring og valgfri aktørstyring. Virkemiddelbruken er derfor mer omfattende i feed-in-systemer enn i elsertifikatsystemer, noe jeg kommer tilbake til i kap. 4.5.

¹⁴⁴ Stromsteuergesetz (StromStG).

¹⁴⁵ Basse (2011), s. 227.

4.3 LOVLIGE KJØPERE AV OVERSKUDDSKRAFTEN

I det følgende skal jeg gå nærmere inn på motpartsreguleringen ved prosumenterers kraftsalg. Spørsmålet er altså hvem prosumenten kan selge til.

I tråd med utgangspunktet om kontraktsfrihet i forrige kapittel, inneholder verken enl. eller forskriftene noen eksplisitte begrensninger i plusskunders kontraktsfrihet så lenge det foreligger omsetningskonsesjon. Som nevnt i kap. 2.6 er det avgjørende for plusskunden å ikke inneha omsetningskonsesjon. Det er derfor avgjørende at plusskunden omsetter kraft på en måte som er akseptert av reglene om *unntak* fra omsetningskonsesjonsplikten. I enlf. § 4-2 (4) er det oppstilt en rekke slike unntak.

Det kan sondres mellom to typetilfeller av plusskundens omsetning av overskuddskraft. Det ene er hvor plusskunden selger på netteiers nett enten til nettselskapet som sluttbruker eller til kraftleverandører. Det andre tilfellet er hvor plusskunden strekker en ledning til naboen sin, og slik etablerer et ikke-konsesjonspliktig nett, jf. enlf. § 3-1 (1). Dette kan for eksempel være tilfelle mellom naboer, eller i borettslag. Hvorvidt plusskundens omsetning er konsesjonspliktig ved salg til nettselskap og kraftleverandører tas stilling til først. Det er unntaket i enlf. § 4-2 (4) bokstav d om at omsetningskonsesjon er “åpenbart unødvendig” som er relevant unntak. Spørsmålet er altså om det er “åpenbart unødvendig” med omsetningskonsesjon i tilfeller hvor plusskunden selger kraft til kraftleverandøren sin, eller nettselskapet.

Ordlyden er svært skjønnsmessig, og streng. Det må være utvilsomt at behov for konsesjon ikke foreligger. Ordlyden gir med andre ord en svært høy terskel for at omsetning skal være unntatt omsetningskonsesjonsplikt. Ordlyden må også ses i sammenheng med at omsetningskonsesjon etter enlf. § 4-2 (3) kan tildeles på forenklede vilkår. Dermed vil omsetning hvor alminnelig omsetningskonsesjon kan hindre samfunnsmessig rasjonell kraftomsetning ivaretas gjennom lempeligere vilkår. På denne bakgrunn bør altså ordlyden forstås strengt.

Det er flere hensyn bak omsetningskonsesjonskravet. Et sentralt hensyn er å sikre kontroll med monopoler.¹⁴⁶ Dette hensynet gjør seg helst gjeldende for nettvirksomhet da det først og fremst er disse som har monopol.¹⁴⁷ Ved kraftomsetning utelukkende på distribusjonsnettet vil det ikke foreligge en monopolsituasjon for plusskunden. Siden hensynet til monopolkontroll er et sentralt hensyn bak omsetningskonsesjonsordningen bør

¹⁴⁶ Ot.prp.nr.43 (1989-1990), s. 50 og 91

¹⁴⁷ Ved viderefremidling av kraft over ikke-konsesjonspliktig nett gjør dette hensynet seg også gjeldende.

fravær av monopol tale for at omsetningen i alle fall kan anses som “åpenbart unødvendig” dersom også andre sentrale hensyn tilsier det.

Et slikt hensyn er hensynet til kontroll med konkurransen i kraftmarkedet.¹⁴⁸ Det er klart at omsetningskonsesjonskravet ikke bare retter seg mot netteiere, men gjelder for “alle former” for leveranser av elektrisk kraft, jf. enlf. § 4-2 (1).¹⁴⁹ Siden plusskunden i dette typetilfellet ikke har nett, vil det avgjørende være om hensynet til kontroll med konkurransen tilsier at det stilles krav om omsetningskonsesjon, eller om omsetningen er av en slik karakter at omsetningskonsesjon må anses for å være “åpenbart unødvendig”.

I relasjon til plusskunder har NVE uttalt at “[s]å lenge plusskunden selger overskuddskraften direkte til sin kraftleverandør, stilles det ikke krav til omsetningskonsesjon.”¹⁵⁰ Dette skulle tilsi at hensynet til kontroll med konkurransen bare er oppfylt ved salg til kraftleverandøren. Før jeg går inn på om dette er en riktig forståelse av “åpenbart unødvendig” vil jeg si noe om forvaltningsuttalelser sin relevans og vekt for rettsspørsmål.

Det er lagt til grunn i juridisk teori at domstolene ofte gir forvaltningspraksis “en viss vekt”.¹⁵¹ Vekten svekkes av at det ikke foreligger ensartet og fast praksis.¹⁵² Det avgjørende i slike tilfeller er hvordan “rettskildebildet for øvrig ser ut”.¹⁵³ Det viktige er altså forvaltningspraksis sin argumentasjonsverdi.¹⁵⁴ Dette må i alle fall gjelde når det er tale om én forvaltningsuttalelse, ikke forvaltningsvedtak. NVE gir heller ikke argumenterer for sitt syn. Slik sett er det vanskelig å ta stilling til NVEs argumentasjon. Sett sammen med at det ikke er tale om en ensartet og fast praksis, tilsier dette at uttalelsen ikke kan ha særlig vekt.

Det er videre vanskelig å se hvordan salg til nettselskap (under forutsetning om at nettselskapet kjøper kraft i kraft av å være sluttbruker) stiller seg annerledes i relasjon til hensynet til kontroll med konkurransen, enn salg til kraftleverandører. Tvert i mot er både nettselskap og kraftleverandører svært profesjonelle aktører, og klart nok den sterke parten i avtalen om kjøp av plusskundens overskuddskraft. Det er derfor usannsynlig at plusskunden kan betinge seg urimelige prisvilkår for overskuddskraften. Hensynet til kontroll med konkurransen gjør seg derfor ikke særlig gjeldende. Dette må også ses i lys av at plusskundens omsetning vil være *svært* beskjedne. For det første, fordi plusskunden

¹⁴⁸ Ot.prp.nr.43 (1989-1990), s. 51

¹⁴⁹ Naas-Bibow et al. (2011), s. 99.

¹⁵⁰ NVE (2014), s. 7.

¹⁵¹ Eckhoff (2001), s. 233.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid., s. 234.

¹⁵⁴ Nygaard (2004), s. 212.

forbruker det meste av produsert kraft selv. For det andre, kan plusskunden bare mate inn 100 kW kraft til enhver tid, jf. kap. 2.6. Disse momentene samlet sett gjør det klart at hensynet til kontroll med konkurransen ikke gjør seg gjeldende. Som følge av disse hensyn må det være “åpenbart unødvendig” med omsetningskonsesjon når plusskunden selger til nettselskap som sluttbruker, eller til kraftleverandøren sin.

De samme betraktninger gjør seg for øvrig gjeldende hvor plusskunden selger til én kraftleverandør, og kjøper fra en annen. NVE har derimot opplyst om at Elhub ikke håndterer mer enn én kraftleverandør tilknyttet hvert tilknytningspunkt.¹⁵⁵ Salg til én kraftleverandør og kjøp fra en annen er derfor ikke er mulig. Naboer kan derimot finne det hensiktsmessig å etablere direkte nabostrøm. Direkte nabostrøm kan være hensiktsmessig fordi partene går sammen om å investere i produksjonsanlegg og slik reduserer investeringskostnaden, og i tillegg reduserer utgiftene til kraftkjøp og nettbruk.

Som sagt medfører direkte nabostrøm at det må etableres ikke-konsesjonspliktig nett mellom plusskunden og naboen. Da får naboen levert kraft enten direkte fra plusskunden, eller fra plusskundens kraftleverandør gjennom plusskundens tilknytningspunkt. Spørsmålet er om det er “åpenbart unødvendig” med omsetningskonsesjon i slike tilfeller.

Jeg henviser til det jeg har sagt ovenfor om ordlyden og kontekst. I dette tilfellet foreligger en monopolsituasjon fordi naboen ikke selv har adgang til markedet. Spørsmålet er derfor hvilke krav som stilles for at hensynet til monopolkontroll er så godt i varetatt at det er “åpenbart unødvendig” med omsetningskonsesjon.

En sentral rettskilde er vedtaket Eidsfos Verk.¹⁵⁶ Vedtaket omhandlet riktignok unntaket for “gårds- og grendeverk”, men begrunnelsen er i teorien ansett for å passe bedre under “åpenbart unødvendig”.¹⁵⁷ Jeg er enig med teorien i at begrunnelsen, som jeg kommer tilbake til, passer bedre under dette vilkåret. Jeg henviser til det jeg har sagt om forvaltningspraksis sin betydning som rettskilde.

Vedtaket omhandlet en kraftprodusent som solgte kraft til én sluttbruker, og leverte kraft til sine egne hus og anlegg. I vedtaket fremheves to momenter som særlig viktige. Det første sentrale momentet var at det lokale nettselskapet sto for avregning og oppgjør mellom partene. Vedtaket tilsier at monopolkontrollhensynet er oppfylt så lenge en uavhengig part står for avregning og oppgjør mellom partene i omsetningsavtalen. Dette har også gode grunner for seg, da det vil være svært vanskelig for en plusskunde å utnytte

¹⁵⁵ Epostkorrespondanse med NVE.

¹⁵⁶ NVE (2003)

¹⁵⁷ Naas-Bibow et al. (2011), s. 102.

monopolstilling når nettselskapet står for avregning og oppgjør. Da er jo hensynet til monopolkontroll ivaretatt av en nøytral part, jf. enlf. § 4-4 bokstav d. Det andre sentrale momentet er at antallet mottakere var svært lite, og at den lille mottakergruppen gjør at “behovet for kontroll ikke er tilstede”. Dette er også tilfelle for plusskunder hvor produksjonen, og dermed omsetningen, er vesentlig mindre enn i Eidsfos Verk.

Det fremstår videre som svært lite sannsynlig at plusskunden vil ha anledning til å sette dårlige/urimelige vilkår for kraften og nettbruken. For det første, fordi partene nok vil etablere direkte nabostrøm for å dele en eller annen margin. Dette kan som nevnt være unngått nettleie til nettselskapet, og utgifter til kraftkjøp. For det andre, at naboen som klar hovedregel vil ha rett til å kjøpe kraft på det åpne markedet gjennom å etablere direkte kopling til distribusjonsnettet, jf. enl. § 3-4. Med andre ord: Er naboen misfornøyd kan hun kjøpe kraft på det åpne markedet. Hensynet til kontroll med konkurransen fremstår derfor som ivaretatt. Disse grunner gjør at det i utgangspunktet må være “åpenbart unødvendig” med omsetningskonsesjon i slike tilfeller så lenge nettselskapet står for avregning og oppgjør.

Siden plusskundens produksjon er meget beskjeden, vil det oppstå tilfeller hvor plusskunden må kjøpe kraft fra sin egen kraftleverandør for å dekke naboenes forbruk. Det er altså tale om et videreformidlingstilfelle. Videreformidling er unntatt omsetningskonsesjon hvor videreformidleren enten leier ut eller administrerer bygg eller bolig, jf. enlf. § 4-2 (4) bokstav b. Spørsmålet er om innslaget av videreformidling gjør at det likevel ikke er “åpenbart unødvendig” med omsetningskonsesjon ved direkte nabostrøm. Dette er altså egentlig et spørsmål om forholdet mellom “åpenbart unødvendig” og videreformidlingsunntaket.

Unntaket for videreformidling kan leses som at unntak for omsetningskonsesjon *bare* er unntatt omsetningskonsesjon i tilfeller av utleie/administrasjon. Videreformidlingsbestemmelsen kan også leses som at tilfellene bestemmelsen omtaler *i alle fall* er unntatt konsesjonsplikt. Ordlyden av “åpenbart unødvendig” stenger ikke for at tilfeller av videreformidling kan være unntatt konsesjon også etter denne bestemmelsen. Oppfatningen i juridisk teori ser ut til å være at “åpenbart unødvendig” også kan brukes i tilfeller av videreformidling som ikke er utleie/administrasjon. Teorien nevner hyttefelt hvor utbygger eier nettet og videreformidler kraft til den enkelte hytte.¹⁵⁸ I slike tilfeller er det tale om ren videreformidling. Ordlyden, og forståelsen i juridisk teori tilsier klart at innslag av videreformidling ikke i seg selv medfører at omsetningskonsesjon er nødvendig. Dette følger for så vidt også av Eidsfos Verk hvor produsenten videreformidlet kraft ved

¹⁵⁸ Ibid., s. 103.

underskuddsproduksjon. På bakgrunn av disse rettskilder er ikke kravet for unntak fra omsetningskonsesjon strengere i tilfeller hvor plusskunden ikke produserer nok kraft til å dekke naboens forbruk. Det avgjørende må i lys av hensynet til monopolkontroll, jf. Eidsfos Verk, være at nettselskapet står for avregning og oppgjør.

Det er følgelig “åpenbart unødvendig” med omsetningskonsesjon ved direkte nabostrøm så lenge avregning og oppgjør er plassert hos plusskundens nettselskap. Siden plusskunders produksjon er begrenset går jeg ikke inn på hvor mange naboer plusskunden kan selge kraft til.

Samlet sett kan altså plusskunden selge til kraftleverandøren, nettselskap og naboen innenfor de grenser som er oppstilt ovenfor. Regelen innebærer at også borettslag som plusskunde kan levere kraft til boenhetene i borettslaget. Dette kan være relevant hvis utbygger planlegger at borettslaget skal ha egen produksjon, og strekker kabler fra anlegget til hver boenhet under oppføringen av bygget. Da er det etablert ikke-konsesjonspliktig nett, jf. enlf. § 3-1 (1). Monopolkontroll-hensynet gjør seg derfor gjeldende også for borettslagtilfellet slik at kravene ovenfor i alle fall må oppstilles for at konsesjon skal være “åpenbart unødvendig”. I borettslag har eierne av boenheter stemmerett i generalforsamlingen, jf. borettslagsloven § 7-2, jf. § 7-1.¹⁵⁹ Eierne av boenheter kan altså sikre at kraftprisen er konkurransedyktig. Det må også være rimelig å anta at prisen settes svært lavt. Prisreduksjon er jo en av de viktigste årsakene til at man vil etablere slik produksjon og levering. Hensynet til kontroll med konkurransen og monopolkontroll fremstår som svært godt i varetatt i disse tilfellene slik at omsetningskonsesjon er “åpenbart unødvendig”.

Forslaget til nytt fornybardirektiv art. 21 omhandler såkalte renewable self-consumers. Etter bestemmelsens annet ledd skal statene “ensure” at “self-consumers living in the same multi-apartment block (...) are allowed to jointly engage in self-consumption as if they were an individual self-consumer”. Etter forslaget art. 2 bokstavene aa, er det eksplisitt uttalt at borettslag omfattes. Norsk rett er vanskelig i tråd med dette da kf. § 13-1 bokstav h bestemmer at hver “boenhet” skal måles for seg. Det er altså ikke tillatt med *fellesmåling* i boligselskap. Dette innebærer at beboerne i borettslaget ikke anses som “an individual self-consumer”, men som sluttbrukere som får levert kraft fra borettslaget. Siden Stortinget har bedt NVE tilrettelegge for fellesmåling i borettslag behandles ikke spørsmålet nærmere.¹⁶⁰ Jeg nevner også at forslaget til nytt elektrisitetsdirektiv art. 15 (1) bokstav a gir såkalte “active customers”, som plusskunder klart nok er, jf. direktivets art. 2

¹⁵⁹ Lov om burettslag (burettslagslova).

¹⁶⁰ Innst. 207 L (2015-2016), s. 5

punkt 6, rett til å selge kraft i “all organised markets” uten å være underlagt “disproportionately burdensome procedures (...)”. Som vist har altså plusskunder tilgang til sluttbrukermarkedet, og mulighet til å selge til kraftleverandøren, selv uten omsetningskonsesjon. Dette er klart nok i tråd med direktivforslaget. Direktivforslaget om tilgang til “all organised markets” innebærer at “active consumers” også må kunne selge på spotmarkedet. Dersom plusskunden vil selge på spotmarkedet må hun ha omsetningskonsesjon, jf. enl. § 4-2, jf. § 4-1.¹⁶¹ Plusskunden må derfor velge mellom å omsette på spotmarkedet, eller å være del av plusskundeordningen, jf. kap. 2.6. Jeg går nå videre til de andre jurisdiksjonenes reguleringer.

Svensk lov inneholder ingen eksplisitt begrensning av hvem prosumenter kan selge overskuddskraften sin til i de alminnelige tilfeller. Ellagen inneholder ikke krav til omsetningskonsesjon for kraftomsettere. I kontakt med Energimyndigheten, har jeg fått opplyst at det heller ikke praktiseres noen slike begrensninger.¹⁶² Svenske prosumenter kan altså selge til kraftleverandører og nettselskap som sluttbruker. Av hensyn til avhandlingens ramme går jeg ikke inn på om direkte nabostrøm er tillatt i Sverige eller i de andre landene.

Som sagt er visse markedsaktører pålagt å kjøpe prosumentens overskuddskraft i Danmark og Tyskland. I Danmark viser statsstyringen seg gjennom VE-lovens § 52. Etter bestemmelsen skal systemoperatøren “selge [prosumentens] elproduksjon” på Nordpool Spot og “udbetale salgssummen til anlægsejeren”. Bestemmelsen gjelder bla. husholdningssolkraft, jf. bestemmelsens henvisning til lovens § 47. Dette kalles som nevnt for aftageplikt, kjøpsplikt, jf. kap. 3.3.2.

Implisitt har altså systemoperatøren en kjøpsforpliktelse og en videresalgforpliktelse for prosumentens overskuddskraft. Dette må ses i lys av at det er systemoperatøren som er balanseansvarlig for prosumentene, og må forutse prosumentenes produksjon, forbruk og innmating, jf. kap. 3.2. Prosumenters overskuddskraft blir altså solgt i *bulk* på Nordpool, ikke enkeltvis fra den enkelte prosument til kraftleverandøren/nettselskap. Som sagt i kap. 4.2 kan prosumenter i Danmark også selge til andre markedsaktører dersom de ønsker det.

Etter EEG § 11 er “Netzbetreiber”, nettselskap, pålagt en kjøpsforpliktelse – en “kaufmännische Abnahme” – på nærmere bestemte vilkår. Etter EEG § 11 gjelder plikten dersom produsenten har rett til innmatingstariff, jf. EEG § 19 sammenholdt med § 21. Som

¹⁶¹ Hammer (2007) s. 29.

¹⁶² E-post-korrespondanse med Energimyndigheten.

jeg skal vise i kap. 4.4 gjelder retten til innmatingstariff for prosumenter. Dermed kan altså prosumenten gjøre gjeldende en kjøpsforpliktelse overfor nettselskapet.

Nettselskapets plikt til å kjøpe kraften må ses i sammenheng med at fornybar kraft har prioritert adgang etter tysk og dansk transportmarkedsregulering. Siden nettselskapet er kjøpsforpliktet, har nettselskapet i utgangspunktet insentiv til å hindre innmatingen for å unngå disse kostnadene. Når overskuddskraften har prioritet blir dette ikke mulig. Insentivet fremstår uansett som lite da det er sluttbrukerne som er tilslutt betaler for kraften, jf. kap. 5.5.4. Nettselskapet er derfor mer en videreformidler enn kjøper av kraften.

4.4 PRISFASTSETTELSE

I dette kapitlet behandler jeg statenes virkemidler for prisfastsettelse. Med virkemidler for prisfastsettelse mener jeg hvordan statene regulerer partenes handlingsvalg for å bli enige om kompensasjon for innmatet kraft. Sagt med andre ord, hvilke virkemidler prosumenten har til disposisjon for å oppnå en mest mulig gunstig pris.

Prisfastsettelse er sentralt av to grunner. For det første, fordi prisvolatilitet eller usikkerhet selvfølgelig påvirker både investeringstryggheten og gevinstutsiktene. Dette påvirker selvsagt også hvordan en prosumert vil bruke overskuddskraften. Er prisen lav vil nok flere velge å lagre kraften dersom det er mulig. Er prisen høy, vil nok flere velge å ikke investere i lagringskapasitet, og heller mate inn overskuddskraft. Før jeg går videre vil jeg si noe om de forskjellige virkemidlene for prisfastsettelse.

I de statene jeg behandler sine reguleringer er det flere virkemidler i relasjon til pris. Disse er konkurranse, prisregulering (FiP), og feed-in-tariffer (FiT). Konkurranse som virkemiddel innebærer at prisen skal forme seg fritt i markedet. Det er altså ikke noen intervensjon fra lovgiver i relasjon til prisfastsettelsen. De øvrige virkemidlene kan ses som større eller mindre grad av markedsintervensjon i favør prosumerten.

I relasjon til prisfastsettelsen er det en viktig forskjell mellom feed-in-tariff-systemer (FiT) og feed-in-premium-systemet (FiP). I et FiT-system er den totale kompensasjonen på forhånd fastsatt av lovgiver.¹⁶³ Prisfastsettelsesreglene i FiT-system har dermed både en markedsregulerende funksjon, og funksjon som økonomisk støtteordning. Man kan si at konkurranse som virkemiddel er helt eliminert. I et FiP-system er den totale kompensasjonen påvirket av markedet.¹⁶⁴ Likevel har altså systemoperatøren en plikt til å kjøpe kraften. Samlet sett er det altså tale om virkemidler som i større eller

¹⁶³ Talus (2016), s. 123.

¹⁶⁴ Ibid.

mindre grad regulerer markedet, og med til dels ulik funksjon. Jeg går nå over til hvilke virkemidler de statene jeg behandler, bruker. Jeg tar utgangspunkt i norsk rett.

Verken enl. eller forskriftene inneholder noen regel om krav til markedspris for plusskunders innmatede kraft. Det samme gjelder svensk lovgivning. Dette innebærer at prisen fastsettes etter kontraktsfriheten. Plusskunden må altså forhandle med kraftleverandøren sin om pris for innmatet kraft. Virkemiddelet i norsk og svensk rett for å oppnå gunstig pris er altså konkurranse.

Aktørstyringen kan medføre store svingninger i plusskundens pris for overskuddskraft. Dette kan eksemplifiseres av Lyses plusskundeavtaler. Innholdet i avtalen har utviklet seg ilt i den tiden jeg har arbeidet med avhandlingen. Utviklingen er for så vidt illustrerende for fordelene og ulempene med avtalefrihet og konkurranse som virkemiddel.

I den første avtalen het det at plusskunden får betalt for innmatet overskuddskraft etter det til “enhver tid gjeldende regelverk” fra NVE.¹⁶⁵ NVE har ikke noe kompensasjonsregelverk. NVE har en *anbefaling* om markedspris.¹⁶⁶ Tatt på ordet ville plusskunden ikke fått betalt for innmatingen. Muligheten for slike avtalevilkår kan ses som en risiko for investeringstryggheten. Men, siden plusskunden kan endre kraftleverandør fra en kraftleverandør som tilbyr slike vilkår, kan ikke muligheten for dårlige avtalevilkår være noen særlig risiko for investeringstryggheten.

I de seneste avtalevilkårene, gir Lyse plusskunden rett på to ganger spotmarkedspris med timesmåling.¹⁶⁷ Plusskunden har altså rett til en pris som vesentlig overstiger spotmarkedspris. Forskjellen i prisen kan tenkes å skyldes konkurranse med andre kraftleverandører. Slik sett ser det ut til at konkurranse som virkemiddel fungerer. Konkurransen motvirker jo konkurransevridding fra etablerte aktører. I dag fremstår det derfor som at de farer for prosumentens investeringstrygghet som de etablerte aktørenes markedsrett kan medføre, ikke har slått til, jf. kap. 2.3 Hvorvidt konkurranse er et hensiktsmessig virkemiddel i lys av de andre virkemidlene for prisfastsettelse behandles nærmere i kap. 4.5. I dansk og tysk rett, er reguleringen helt annerledes fra norsk og svensk.

Som vist ovenfor, pålegger VE-loven § 52 (1) den danske systemoperatøren å kjøpe prosumentens kraft, selge den på spotmarkedet og “udbetale salgssummen til anlægseieren”. Det er altså anleggseieren som har rett på prisen. Dette har betydning f.eks.

¹⁶⁵ Lyses plusskundeavtale, 1.pkt.

¹⁶⁶ På NVEs nettsider skriver NVE at “[p]risen for overskuddskraften *bør* etter NVEs vurdering reflektere markedsprisen på kraft i det aktuelle området.” (Min utheving). Se NVE (2016D), sist besøkt 25. april 2017

¹⁶⁷ Lyse (2016)

ved langtidsleie av produksjonsanlegg som jeg kommer nærmere tilbake til etter å ha fastlagt hvem som har rett til støtten i den danske økonomiske støtteordningen, jf. kap.5.5.4. Spørsmålet i det foreliggende er den nærmere reguleringen av “salgssummen”.

VE-loven § 51 (2) nr. 1 angir at prisen skal svare til “markedsprisen”. Siden det er tale om salg på spotmarkedet må det være tale om spotmarkedsprisen. Etter bestemmelsens annet ledd nr. 1 skal prosumertens innmating måles på timesbasis. Den totale kompensasjonen er derfor spotmarkedspris den aktuelle timen kraften mates inn, pluss økonomisk støtte. Reguleringen må derfor ses i sammenheng reglene om støttens størrelse, jf. kap. 5.3. Andre, større, produsenter gis rett til markedspris regnet på måneds- eller årsbasis.

Timesmåling er ikke nødvendigvis en fordel for prosumertene, som helst vil mate inn kraft (ha overskuddsproduksjon) når fornybarproduksjonen for øvrig er høyest, fordi det f.eks. blåser mest, eller solen stråler. Da er markedsprisen sannsynligvis også lavest.¹⁶⁸ Av samme grunn gir timesmåling også en mest rettferdig pris fordi prosumerten nok ikke vil ha særlig innmating i timer hvor fornybarproduksjonen er lavest og forbruket høyest, og dermed prisene høyest.

Reguleringen går altså ikke veldig langt, da den bare sikrer prosumerten kompensasjon i tråd med det spotmarkedets betalingsvilje den aktuelle timen. Slik sett er det bulksalget, og at kompensasjonen er knyttet til *spotmarkedet*, som skiller det danske systemet fra det svenske og norske. Når kraften selges av systemoperatøren på spotmarkedet oppstår ikke det skjeve partsforholdet som oppstår i norsk rett. Hensynet bak fremstår derfor som å være at lovgiver vil unngå at det skjeve styrkeforholdet mellom partene medfører at prosumerten ikke får pris i tråd med markedets betalingsvilje. Skjevheten i partsforholdet utjevnes altså gjennom å avskaffe partsautonomien i relasjon til pris. Man kan nemlig tenke seg at kompensasjonen for volatil og uregulerbar kraft fra svært små produsenter ville blitt lavere enn spotmarkedspris dersom prosumertene selv omsatte. Slik sett kan markedsprisen bli annerledes enn i Sverige og Norge. For det første fordi salg fra systemoperatøren utlikner styrkeforholdet mellom partene, og selges på spotmarkedet ikke direkte til en annen markedsaktør. For det andre, at kraften selges i bulk fra én stor omsetter, ikke i mindre mengder av mange mikroprodusenter. Slik styrkes nok varens markedsverdi.

¹⁶⁸ Dette må ses i lys av fornybar kraft sin prioriterte innmatingsrett. Reguleringen har medført negative kraftpriser i sluttbrukermarkedet i Tyskland og Danmark. Forbrukere har altså fått betalt for kraftforbruk.

Det tyske systemet er meget komplekst. Som nevnt gikk EEG 1. januar 2017 over til et tenderingsystem. Etter § 19 (1) har den som produserer kraft fra “ausschließlich erneuerbare Energien” – utelukkende fornybar kraft – på nærmere vilkår rett på enten en markedspremie eller en “Einspeisevergütung”. “Einspeisevergütung” betyr feed-in-tariff, innmatingstariff. EEG gir altså anvisning både på et FiP-system og et FiT-system. Spørsmålet er hvilken regel som gjelder for produsenter. Spørsmålet reguleres av lovens § 21 om innmatingstariffer. Etter denne bestemmelsen har produsenter med et anlegg som er under 100 kW installert effekt, rett på innmatingstariffer.

I det tyske systemet har derfor ikke produsenten rett på markedspris når hun bruker feed-in-system. I stedet får produsenten en av lovgiver fastsatt totalsum for all innmating, jf. EEG § 48 (1) nr. 1. Jeg kommer nærmere tilbake til støttens størrelse i kap. 5.3. I dette systemet er altså prisen produsenten får helt fiksert, og markedet derfor helt eliminert. Produsentens totale kompensasjon påvirkes altså ikke, i motsetning til i Danmark, av markedsprisen. Dette er et sentralt skille mellom dansk og tysk virkemiddelbruk for å fremme produksjon. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i kap. 4.5. Produksjonen måles i tilknytningspunktet, noe jeg kommer nærmere tilbake til i kap. 5.3.

Etter EEG § 21 er altså tale om et én til én forhold mellom den økonomiske støtteordningen og prisfastsettelsen for innmatet kraft. Dette i motsetning til de andre statene, hvor økonomiske støtteordninger og prisfastsettelse holdes adskilt. Slik sett er det mulig å systematisere dansk, norsk og svensk rett på den ene siden, og tysk på den andre. Jeg kommer nærmere tilbake til hva dette sier om systemene i kap. 4.5.

I direktivforslagets art. 21 (d) pålegges statene å sikre at fornybar-produsenter ved kraftinnmating får en godtgjørelse for innmatet kraft som “reflects the market value”. Hva prisen skal fastsettes på bakgrunn av, avgjør ikke bestemmelsen. På bakgrunn av at forslaget til nyttelektrisitetsdirektiv art. 15 (1) bokstav a gir produsenter rett til å selge i alle markeder, må det være rimelig å anta at det er markedsprisen i det aktuelle markedet markedsprisen skal fastsettes på bakgrunn av. Slik sett er det vanskelig å se hva bestemmelsen egentlig skal tilføre i norsk rett. Den prisen plusskunden evner å oppnå i et konkurranseutsatt marked er jo strengt tatt markedspris. Slik sett ivaretar enlf. § 4-4 bokstav d om “markedsadgang” retten til markedspris siden plusskunden altså har adgang til markedet, og vil kunne selge til høystbydende. Videre gir ikke artikkel 21 (d) anvisning på om det er prisen den aktuelle timen innmatingen skjer, eller f.eks. prisen den aktuelle måneden innmatingen skjer. Jeg går ikke nærmere inn på dette. Jeg kommer tilbake til betydning direktivforslagene har for kraftmarkedsrettens utvikling, i neste kapittel.

4.5 SYSTEMATISERING OG MINE BETRAKTNINGER

I dette kapitlet vil jeg systematisere virkemiddelbruken i varemarkedet, og komme med mine betraktninger om virkemiddelbruken.

Gjennomgangen viser samlet sett at den sentrale forskjellen mellom statene er om staten i hovedsak styrer eller bruker markedet. I Norge og Sverige er prosumertens rettigheter overfor andre markedsaktører helt aktørstyrte. I disse statene brukes altså markedet som virkemiddel for å oppnå rettferdig pris. Det er derfor helt klart at virkemiddelbruken i svensk og norsk rett, og dermed virkemiddelbruken i elsertifikatstatene, i stor grad sammenfaller.

Tysk rett står som et ytterpunkt i motsatt retning. Hele omsetningen til tyske prosumenter er jo som utgangspunkt statsstyrt. Graden av markedsintervensjon er altså svært stor. En viktig likhet mellom det danske FiP-systemet og det tyske FiT-systemet, er statsstyringen av omsetningen. Jeg nevner kjøpsplikten, bulksalget i Danmark, og prisreguleringen i Tyskland. Det er *graden av statsstyring* som er forskjellen mellom tysk og dansk rett. Den svært viktige nyansen er at dansk rett kopler kompensasjonen til markedsprisen. Dansk rett har altså et viktig innslag av aktørstyring i virkemiddelbruken for å fremme prosumsjon. Kjøpsforpliktelsen og bulksalget av kraften fra systemoperatøren, er et viktig skille mellom graden av aktørstyring i dansk rett på den ene siden, og svensk og norsk på den andre. Det er altså *graden av aktørstyring* som skiller dansk rett fra svensk og norsk rett. Dansk rett står derfor i en mellomposisjon. At norske, svenske og danske prosumenter oppnår markedspris er en likhet i målet mellom disse statene. Det er virkemidlet for å oppnå markedspris som er forskjellige. Dette i motsetning til i Tyskland hvor prosumertens kompensasjon altså ikke i det hele tatt er markedseksponert. Slik sett man kan katalogisere systemene ut i fra om prisen er markedsstyrt eller ei. Da får man tysk rett på den ene siden, og norsk, svensk og dansk rett på den andre.

Men, det sentrale skillet mellom disse tre er altså at plusskunden og svenske prosumenter behandles som enhver annen kraftprodusent innad i markedet, mens prosumerten i Danmark settes i en spesiell stilling. Slik sett kan altså dansk og tysk rett systematiseres for seg, mens svensk og norsk rett må systematiseres for seg. På denne måten ser man at dansk rett har likheter både med norsk, svensk og tysk virkemiddelbruk, mens tysk, norsk og svensk rett står som ytterpunkter på hver sin side av skalaen.

Systematiseringen viser derfor at det strengt tatt er tale om tre typer virkemiddelbruk i varemarkedet. Disse er total markedsintervensjon, delvis markedsintervensjon, og ingen markedsintervensjon. På bakgrunn av dette oppstår en annen måte å katalogisere

statene på. Denne er om markedet eller staten er den primære regulator av omsetningen, eller om det er en blanding av stat og marked som regulerer salget av overskuddskraften. Det kan altså se ut til at lovgiver i Tyskland og Danmark mener at mer eller mindre kontroll av varemarkedet er nødvendig for å sikre forbrukerens egeninteresse i kraftproduksjon. I elsertifikatstatene synes lovgivers syn å være at markedet kan skape egeninteresse i kraftproduksjon hos forbrukerne. Forskjellene i reguleringer kan derfor ses som et uttrykk for om lovgiver mener markedsåpning er tilstrekkelig, eller om (mer eller mindre) markeds kontroll er nødvendig for å sikre forbrukerens egeninteresse i kraftproduksjon.

Lyses siste plusskundeavtale viser etter mitt syn at det ikke nødvendigvis er slik at konkurranse er en hindring for fremveksten av prosumsjon. Selges kraften i samme time i Norge og Danmark får jo plusskunden dobbelt så mye for kraften sammenliknet med danske prosumenter, jf. at prisen styres av Nordpool Spot-prisen. Avtalen taler for at det ikke er nødvendig med kjøpsplikt og prisregulering for å fremme prosumsjon. Tvert i mot taler denne avtalen for at konkurranse som virkemiddel fungerer for prosumenter. Slik sett er det ikke nødvendig med ytterligere virkemidler i varemarkedet.

Dette kan derimot endre seg dersom prosumsjon blir så utbredt i Norge at det ikke svarer seg for de etablerte aktørene å gi så gunstige priser. I denne sammenheng er den vide adgangen vil å velge kontraktspart i norsk rett viktig. Prosumenten har fortsatt svært mange mulige kontraktsparter å selge til selv om kraftleverandøren hun bruker ikke ønsker å gi svært gunstig pris. Plusskunden kan jo bare endre kraftleverandør til en som gir mer gunstige vilkår, eller selge til nettselskapet. Den vide adgangen for plusskunden til å velge hvem hun vil selge til, må derfor kunne antas å medføre at plusskunden fortsatt vil få en rettferdig pris selv om noen etablerte aktører ikke lengre finner det hensiktsmessig å gi *svært* gunstig pris. Prisene må antas å bare gå ned dersom det kommer svært mange plusskunder i Norge. Da vil jo også behovet for økt grad av direkte varemarkedsregulering være mindre. Siden plusskunder både har bærekraftig kraftproduksjon og øker mengden kraft i markedet, har man i et slikt tilfelle allerede oppnådd at plusskunder bidrar til målet om økt bærekraftig kraftproduksjon, og styrking av leveringssikkerheten, jf. kap. 2.3. Dette uten å redusere konkurranse som grunnleggende virkemiddel i varemarkedet. Konkurranse som virkemiddel ser altså ut til å fungere for plusskunder. Behovet for innføring av statsstyring gjennom direkte varemarkedsregulering fremstår derfor som svært lite.

Gjennomgangen av forslagene til nytt Fornybardirektiv viser at forslaget ikke går meget langt. Kravet til markedspris er et eksempel på dette. Det er derimot klart nok at den

fellesskapsrettslige reguleringen av kraftmarkedet har vært gradvis.¹⁶⁹ Den tidligere gradvise utviklingen kan tilsi at fellesskapslovgiver i fremtiden vil stille strengere krav til nasjonalstatenes virkemiddelbruk i favør produsenter. Samtidig er det altså foreslått å fjerne retten til garantert/prioritert innmating, jf. kap. 3.2. Siden garantert/prioritert adgang er viktig for produsenter av volatil kraft, er det tale om noe motstridende signaler fra fellesskapslovgiver om hvordan produsenters rettigheter i fellesskapsretten vil utvikle seg i fremtiden. Så langt om direkte varemarkedsregulering. Jeg går nå over til de økonomiske støtteordningene.

¹⁶⁹ Se f.eks. gjennomgangen av utviklingen av det interne energimarkedet i Jones (2016), s. 1 til 14.

5 ØKONOMISKE STØTTEORDNINGER

5.1 INNLEDNING

I dette kapitlet behandles innholdet i jurisdiksjonenes økonomiske støtteordninger. Sondringen mellom direkte varemarkedsregulering og økonomiske støtteordninger har jeg forklart i kap. 4.1. Før jeg går inn på de forskjellige tema i dette kapitlet, vil jeg kort forklare forskjellene på elsertifikatorordninger, og FiP og FiT-ordninger.

Økonomiske støtteordninger kan inndeles i driftsstøtte og investeringsstøtte.¹⁷⁰ Fokus her er på driftsstøtte. Elsertifikatsystemet og FiT-systemet er mest utbredt av disse i Europa i dag.¹⁷¹ Det danske systemet er som sagt et FiP-system.

Norge og Sverige har et felles elsertifikatmarked.¹⁷² Samtidig har Sverige opplevd større vekst i ny fornybar kraftproduksjon enn Norge.¹⁷³ Det er derfor av særlig interesse å sammenlikne forskjellene i utformingen av elsertifikatreglene mellom disse jurisdiksjonene. Elsertifikater må ikke forveksles med grønne sertifikater, også kjent som opprinnelsesgarantier.¹⁷⁴ Hvor elsertifikater er en type støtteordning for produksjon av fornybar energi, er opprinnelsesgarantier en *garanti* til sluttkunden fra produsenten om at kraften er produsert fra fornybare energikilder. Også etter EU-domstolens praksis er dette to forskjellige ordninger.¹⁷⁵ Opprinnelsesgarantier behandles ikke her.

Elsertifikatsystemer fungerer slik at visse aktører er såkalt elsertifikatberettigede, mens andre er elsertifikatforpliktete. I Norge følger dette av elsertl. §§ 6 og 16. Elsertifikatberettigede får et gitt antall elsertifikater for produsert fornybar kraft. Elsertifikatforpliktete må på sin side inneha et gitt antall elsertifikater til annullering hvert år, jf. lovens § 18. De elsertifikatforpliktete kan enten selv bli elsertifikatberettiget, eller kjøpe det nødvendige antallet elsertifikater av de berettigede. Slik får elsertifikatene verdi for den elsertifikatberettigede. Det er altså tale om et konstruert behov, og et konstruert marked.

Elsertifikatberettigelse er begrenset til ny fornybar, jf. elsertl. § 8. Elsertifikatene skal derfor gi økonomisk insentiv til utbygging av *nye* fornybarkraftverk og varig produksjonsøkning i eksisterende kraftverk. Dette følger for så vidt også av lovens § 1 hvor det heter at den skal gi insentiv til “økt” produksjon.

¹⁷⁰ Howes (2010), avsn. 4.10.

¹⁷¹ Council of European Energy Regulators (2015), s. 15.

¹⁷² Avtale mellom Norges og Sveriges regjering om et felles marked for elsertifikater art. 6 nr. 1.

¹⁷³ NVE & Energimyndigheten (2016), s. 16.

¹⁷⁴ Direktiv 2009/28/EC art. 15 j og k.

¹⁷⁵ C-573/12 (Åland Vindkraft), avsnitt 52. Se også Forente saker C-204/12 til C-208/12 (Essent Belgium I).

Feed-in-systemene er et helt annet system. Som vist i kap. 4 er det en større nærhet mellom varemarkedsreguleringen og de økonomiske støtteordningene i feed-in-systemene, og da spesielt i FiT-systemet. Som elsertifikatsystemet, særpreges feed-in-systemene av at visse aktører er gitt en rett til økonomisk støtte, mens andre må betale for den. Forskjellen mellom et FiT-system og et FiP-system er altså om den totale kompensasjonen til en viss grad er markedsstyrt eller ei, jf. kap. 4.4. I dette kapitlet skal jeg bla. behandle reguleringen av rettighetssubjektet, pliktsubjektet og støtten størrelse. Igjen systematiserer jeg og kommer med mine betraktninger avslutningsvis.

5.2 RETTIGHETSSUBJEKTET

Dette kapitlet omhandler jurisdiksjonenes regulering av rettighetssubjektet. Jeg behandler den norske reguleringen av elsertifikatberettigelsen først, før jeg går videre til reguleringen i Sverige, og Danmark og Tyskland. Det overordnede spørsmålet er om produsenten er rettighetssubjekt under støtteordningen.

Etter elsertl. § 6 er “[i]nnhaveren” av produksjonsanlegg elsertifikatberettiget dersom anlegget produserer elektrisk kraft basert på fornybare energikilder, anlegget er godkjent etter nærmere bestemte prosedyrer, og oppfyller krav til måling og rapportering. Det samme følger av elsertifikatlagen 2.kap § 1, hvor “innhaveren” har rett til elsertifikater på de samme vilkår som i Norge. Dersom vilkårene til måling og produksjon er oppfylt, “skal” produksjonsanlegget godkjennes, jf. § 8. Det synes derfor som at produsenten har rettskrav på elsertifikatberettigelse dersom vilkårene er oppfylt.¹⁷⁶ Forutsatt at anlegget er godkjent og målerkravene er oppfylt, vil altså plusskunder i Norge, og produsenter i Sverige, være elsertifikatberettiget. Norske og svenske produsenter er dermed rettighetssubjekt under elsertifikatordningen.

I den tyske EEG § 19 er retten til pristillegget knyttet til “Anlagenbetreiber”, altså anleggsoperatøren. “Anlagenbetreiber” er definert i lovens § 3 som “wer unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas nutzt”. “[W]er” betyr “den som”. Bestemmelsen tilkjenner at vurderingen av hvem som er anleggsoperatør er uavhengig av eierskap, jf. “unabhängig vom Eigentum die Anlage”. Dermed er EEG-rettighetene knyttet til den som faktisk “Erzeugung”, altså produserer.

VE-loven § 47 bestemmer ikke hvem som har rett til pristillegget. Lovens § 55 inneholder derimot regler om utbetaling av pristillegg. I denne knyttes utbetalingen av

¹⁷⁶ Horn (2015), s. 42.

pristillegget til “elproducenten”. Det må derfor legges til grunn at det også i dansk rett er produsenten som har rett til økonomisk støtte.

Alle bestemmelsene reiser vanskelige spørsmål om hvem som regnes som rettighetssubjekt hvor andre enn eieren sitter med anlegget, for eksempel ved leasing, lån eller leie. Å lease produksjonsutstyr kan være en gunstig finansieringsform for mange. Jeg tar først stilling til hvordan dette skal løses i norsk rett. Spørsmålet er om det er eieren eller den som råder over anlegget som skal regnes som “[i]nnhaveren” av anlegget, og dermed berettiget til støtten, jf. elsertl. § 6.

Ordlyden av “[i]nnhaveren” er vanskelig å fastlegge presist. Én naturlig måte å forstå ordlyden på er eierskap, altså at den som eier anlegget anses for å være “[i]nnhaveren” av anlegget. En tilnærmet like naturlig forståelse av vilkåret er at “[i]nnhaveren” er den som har anlegget i hende, eller som har en langvarig råderett over anlegget, slik som man kan ha ved f.eks. ved leasing, langtidsleie og lån. I avtaler om at andre sitter med tingen kan disposisjonsretten være delt mellom eier og f.eks. leietaker.¹⁷⁷

I lovens § 3 gis en legaldefinisjon av “elsertifikatberettiget”. Legaldefinisjonen bruker derimot bare ordet “innhaveren”. Legaldefinisjonen gir derfor ikke tolkningsbidrag for hvordan “innhaveren” skal forstås f.eks. i relasjon til leasing. Følgelig gir ikke ordlyden og legaldefinisjonen avgjørende tolkningsbidrag til hvordan spørsmålet skal løses. Det avgjørende er derfor hvordan andre rettskilder medfører at loven skal forstås i tilfeller hvor andre enn eieren sitter med tingen.

I den norske bestemmelsens forarbeider heter det at “[i] utgangspunktet er det eieren som må stå som innehaver av et anlegg, men hvis anlegget for eksempel leies ut, vil den som har overtatt retten til å disponere over anlegget stå som innehaver”.¹⁷⁸

Siden forarbeidene til elsertifikatloven bare bruker leie som et eksempel, er det klart at uttalelsen gjelder for alle tilfeller hvor andre enn eieren disponerer over anlegget. Det avgjørende er altså ikke eierskap, men disposisjonsrett over anlegget. Spørsmålet er hva som kreves av disposisjonsretten for å anses som “[i]nnhaveren”.

Forarbeidsuttalelsen kan forstås på flere måter. En måte, er at det faktum at andre enn eier har disposisjonsrett er avgjørende. Da stilles altså ikke krav til disposisjonsrettens innhold. Dette synes å følge av uttalelsen ovenfor, da det altså er “retten” som er avgjørende. En annen måte å forstå forarbeidene på, er at det er disposisjonsrettens *innhold* som er avgjørende. Altså at vedkommende som ikke er eier, har større disposisjonsrett over anlegget enn eieren. Resten av forarbeidene synes å bygge på en forutsetning om at det er

¹⁷⁷ Jeg kommer med et eksempel på dette like nedenfor.

¹⁷⁸ Prop.101 L (2010-2011) s. 46

disposisjonsrettens innhold som er avgjørende. Dette fordi forarbeidene omtaler “tvilstilfeller”, og knytter dette til tilfeller hvor andre enn eier har delvis råderett over anlegget.¹⁷⁹ Dette er også i tråd med avtalefrihetens natur: Det er jo ikke slik at en avtale i seg selv gir særlig disposisjonsrett over anlegget. Vurderingen av hvem som skal regnes som “[i]nnhaveren” må derfor skje ut i fra en vurdering av disposisjonsretten over anlegget sitt innhold. Spørsmålet er hva som kreves av disposisjonsretten over anlegget sitt innhold for at andre enn eieren skal regnes som “[i]nnhaveren” av produksjonsanlegget, og dermed elsertifikatberettiget etter elsertl. § 6.

Selv om kommentarutgaven, med henvisning til forarbeidene, uttaler at disposisjonsretten er avgjørende, gir den ikke uttrykk for hva som kreves av disposisjonsrettens innhold for å regnes som “[i]nnhaveren”.¹⁸⁰ Det samme gjelder forarbeidene. Jeg må derfor se hen til andre relevante rettskilder.

En mulig rettskilde er hvordan spørsmålet løses i svensk rett. Jeg må derfor først ta stilling til svensk rett sin *relevans* for fastleggelsen av innholdet i det norske “[i]nnhaveren”-begrepet. Relevant rettsgrunnlag er avtalen mellom Sverige og Norge om et felles elsertifikatmarked.¹⁸¹

Avtalens § 6 om regulerer elsertifikat*plikt*. Bestemmelsen gir avtalepartene eksplisitt rett til å bestemme selv hvem som er pliktsubjekt. Avtalens art. 4 om elsertifikatberettigelse gir ikke slikt eksplisitt nasjonalt handlingsrom i relasjon til rettighetssubjektet. I relasjon til rettighetssubjektet må derfor avtalen forstås slik at partene har ment at lovene skal utformes likt. Løsningen i svensk rett må derfor være relevant for forståelsen av “innhaver”-begrepet i norsk rett. Vektspørsmålet kommer jeg tilbake til etter å ha fastlagt hvilke tolkningsbidrag svensk rett gir.

Som vist ovenfor bruker den svenske loven begrepet “innhavaren”, jf. lovens kap. 2 § 1. Slik sett løser ikke bestemmelsen problemet. Så vidt jeg kan se er ikke foreliggende problemstilling diskutert i de svenske forarbeidene.¹⁸² I relasjon til den foreliggende problemstillingen gir derimot den forrige versjonen av den svenske loven tolkningsbidrag.¹⁸³ Den forrige loven, fra 2003, 2. kap. § 6 brukte nemlig begrepet “certifikatberättigad producent” om de elsertifikatberettigede. Hvem som er “producent” må nødvendigvis avgjøres ut i fra hvilken av avtalepartene som har størst betydning for at produksjonen skjer. Bruken av “producent” signaliserer derfor at en rådighetsvurdering

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Mikkelsen og Hansen (2013), s. 50.

¹⁸¹ Avtale mellom Kongeriket Norges regjering og Kongeriket Sveriges regjering om et felles marked for elsertifikater.

¹⁸² Prop 2010/11:155 En ny lag om elsertifikat, kap. 1 § 2

¹⁸³ Lag (2003:113) om elsertifikat.

basert på hvilken av partene som har størst betydning for at produksjonen skjer, ville vært avgjørende for hvem som ble regnet som berettiget etter 2003-loven.

I 2010 ble rettighetssubjektet endret til “innehavaren”. Det fremgår ikke av forarbeidene at det var tale om noen realitetsendring. Gjeldende rett i relasjon til rettighetssubjektet må derfor antas å være tilsvarende som under 2003-versjonen. Innehaverbegrepets historie i svensk rett, taler etter mitt skjønn for at det i svensk gjeldende rett er nær sammenheng mellom “innehavaren,” og hvem som kan regnes som produsenten etter partenes avtale.

Som følge av den folkerettslige avtalen ikke gir partene rett til å regulere rettighetssubjektet som de ønsker, og den norske loven eller forarbeidene ikke gir avgjørende tolkningsbidrag i motsatt retning, tillegger jeg den svenske løsningen stor vekt ved tolkningen av det norske “[i]nnhaveren”-begrepet. De norske forarbeidene knytter altså disposisjonsretten til anlegget. Dette, sett i lys av den svenske løsningen, tilsier at “[i]nnhaveren” i norsk rett må være den av partene som etter avtalen råder over de beføyelser over anlegget som har størst betydning for at produksjonen skjer, og dermed kan regnes som produsenten.

Også reelle hensyn er relevante. Formålsparagrafen uttaler at formålet er å legge til rette for økt “produksjon” av fornybar kraft. Lovens formål oppnås derfor best dersom incentivet plasseres hos den som etter partenes avtale har størst betydning for at produksjonen skjer. Hvis ikke kan man komme i en situasjon hvor den som har minst å si for at produksjonen skjer, får støtten. Lovens formål taler derfor sterkt for at den som etter partenes avtale har rådighet over anlegget med størst betydning for at produksjonen skjer anses som “[i]nnhaveren”. Det kan derfor konkluderes med at det i tilfeller hvor andre enn eieren disponerer over anlegget må “[i]nnhaveren”-vurderingen foretas ut i fra en vurdering av hvem som etter avtalen mellom partene har rådighet over anlegget med størst betydning for at produksjonen skjer.

Dette reiser spørsmål om hvilke konkrete rettigheter og plikter i en avtale om disposisjonsrett over anlegget som er relevante, og hvilken vekt de skal ha. Det foreligger én uttalelse av relevans i de norske forarbeidene som jeg kommer tilbake til. Utover denne er rettskildetilfanget *svært* begrenset. Spørsmålet er ikke vurdert i teorien som foreligger.¹⁸⁴ Utover forarbeidsuttalelsen som foreligger, må derfor vurderingen skje ut i fra de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Det må derfor falles tilbake til utgangspunktet om at rådighetsbeføyelser som realiserer fornybarproduksjon er relevante, og at vekten av

¹⁸⁴ Mikkelsen og Hansen (2013), s. 51.

momentene avgjøres ut i fra hvor stor betydning den enkelte rådighetsbeføyelse har for at produksjonen skjer.

Det første åpenbare momentet er selvsagt hvem som faktisk forestår produksjonen. Ved solkraftproduksjon er det egentlig ingen som gjør noe direkte for å produsere kraften. Etter at anlegget er installert skjer jo produksjonen av seg selv i tråd med værforholdene. Ved regulerbar kraft har noen en aktiv rolle, f.eks. gjennom å justere produksjonsnivået. Ved uregulerbar kraftproduksjon bør det, i lys av lovens formål, derfor ses hen til handlinger med mer indirekte betydning for at produksjonen skjer. Dette kan være vedlikeholdsansvar, og eventuell avtaleregulering av rett til å slå av og på produksjon. Driftsansvar må få stor vekt, da dette er avgjørende for å holde produksjonen i gang, lovens § 1. Disse rådighetsbeføelsene er i stor grad med på å realisere lovens § 1 fordi de fremmer produksjonen av fornybar kraft.

I forarbeidene er det videre uttalt at hvorvidt andre enn eier har rettigheter knyttet til “elproduksjonen” ikke innebærer at de ses som innehaver.¹⁸⁵ Fra sammenhengen må dette forstås som at det er rett til å bruke kraften forarbeidene sikter til. At plusskunden f.eks. har rett til å bruke strømmen som produseres er derfor ikke et relevant moment.

Et særskilt spørsmål er betydningen av at anlegget er plassert på plusskundens eiendom. Plasseringen, og plusskundens samtykke til denne, er av avgjørende betydning for at produksjonen skjer. Plasseringen av anlegget er følgelig av sentral betydning for at formålet med loven realiseres. Plasseringen gir ikke nødvendigvis faktisk eller rettslig disposisjonsrett over *anlegget*, slik forarbeidene krever. Dette gir derimot ikke urimelige løsninger, da vedkommende eiendomseier kan betinge seg kompensasjon for at hun ikke mottar elsertifikatene selv. Dermed er ikke rådighet over eiendommen et relevant moment.

Hvor andre enn eier råder over anlegget må “innehaver”-vurderingen foretas ut i fra en rådighetsvurdering etter de momenter jeg har trukket opp ovenfor. Etter forarbeidene skal anleggseieren i tvilstilfeller utpeke hvem som skal stå som “[i]nnehaveren”.¹⁸⁶

Siden “innehavaren” er rettighetssubjekt i Sverige oppstår dette problemet også i svensk rett. Vurderingen skjer nok etter de linjer som er trukket opp ovenfor. EEG uttaler som vist ovenfor at rettighetssubjektet er uavhengig av eierskap til anlegget. I lys av definisjonen av anleggsoperatøren ovenfor, er det altså den som produserer kraften som er rettighetssubjekt. Slik sett er innholdet i rettighetssubjektvurderingen i tysk rett enklere å fastlegge enn i norsk rett fordi man altså slipper den relativt inngående tolkningen av lovens rettighetssubjekt. Men, problemet med fastleggelsen av hvem som produserer solkraft, gjør

¹⁸⁵ Prop.101 L (2010-2011) s. 46

¹⁸⁶ Ibid.

seg selvfølgelig også gjeldende i Tyskland. Hvem av eier og disponenten som produserer avgjøres nok langt på vei etter de linjer jeg har trukket opp ovenfor i relasjon til hvem som er tillagt de beføyelser som har størst betydning for at produksjonen faktisk skjer. De samme betraktninger gjør seg gjeldende i etter dansk rett, jf. at retten til pristillegget i lovens § 54 er lagt til “elproducenten”. Samlet sett må det altså i alle jurisdiksjonene skilles mellom tilfeller hvor anleggseier produserer selv, og hvor andre enn anleggseier står for produksjonen.

Løsningen gir opphav til en interessant observasjon som jeg vil illustrere med norsk rett. Reguleringen av disposisjonsretten i avtalen kan altså medføre at den som sitter med anlegget ikke anses som “[i]nnehaveren” etter elsertl. § 6. Normen innebærer altså at f.eks. et leasingselskap kan anses som rettighetssubjekt etter elsertifikatordningen selv om anlegget er plassert hos plusskunden. Dette trenger ikke være noe problem da det i avtalen kan bestemmes at leietaker skal kompenseres gjennom reduksjon i prisen. Men, dette må klart nok ses i lys av at elsertifikatenes verdi er *volatil*. Støtten har ikke, som i Danmark og Tyskland, en av lovgiver bestemt størrelse, jf. neste kapitel. Dermed medfører det relativt mye administrativt arbeid å påse at avtalen etterlevs.

Jeg går nå videre til noen korte bemerkninger om Otovos avtale.¹⁸⁷ Otovo leaser ut solcellepaneler til plusskunder. Etter selskapets avtale er det selskapet som er driftsansvarlig, og som er rettslig ansvarlig for vedlikehold. Det er derfor svært nærliggende å anse Otovo som “[i]nnehaveren” etter elsertl. § 6.¹⁸⁸ Dette kompenseres plusskunden for etter avtalen.

Det er derimot svært bemerkelsesverdig at plusskunden etter avtalen ikke bare betaler for anlegget, men også for å bruke produksjonen. Gjennom å innta at selskapet eier produsert kraft og at plusskunden også betaler for denne, har selskapet altså sikret seg mulighet for profitt både fra avbetalingen for anlegget, og fra strømproduksjonen. I lys av dette fremstår det som noe problematisk å fastlegge hva leietakeren egentlig får ut av avtalen. Avtalen fremstår som ubalansert. Selv om altså selskapet eier kraften, får plusskunden likevel kompensasjon for *overskuddskraft*. At plusskunden får godt betalt for overskuddskraft kan vanskelig balansere avtalen, da dette som vist i kap. 4.4 også er tilfelle for andre plusskundeavtaler. Dessuten pålegger ikke leasingavtalen plusskunden noen plikt til å ha Otovo som kraftleverandør, og plusskunden forbruker uansett det meste av produsert kraft selv. At plusskunden overtar anlegget ved avtalens utløp kunne tenkes å balansere avtalen. På bakgrunn av den raske teknologiske utviklingen på området, er det

¹⁸⁷ Otovo sist besøkt 29. mai 2017

¹⁸⁸ De fulle konsekvensene av at et leasingselskap står som “[i]nnehaveren” behandles i kap. 5.5.3.

derimot ikke gitt at det å sitte igjen med et eldre produksjonsanlegget etter avtaleforholdets slutt, er en fordel for plusskunden. Tvert i mot må hun, da som eier, jf. pantel. § 3-22 (2) 1. setning, fjerne anlegget for egen regning.¹⁸⁹ Otovo fjerner bare anlegget kostnadsfritt dersom plusskunden inngår avtale om finansiering av nytt anlegg. Samlet sett fremstår Otovos leasingavtale som svært ubalansert i selskapets favør. I lys av dette bør plusskunden i alle fall betinge seg rett til kraften gratis. Da oppstår en viss balanse mellom ytelsene. Mest nærliggende er derimot at plusskunden anser seg selv som utleier av eiendom mot kompensasjon. Det er først da det oppstår balanse i avtalen. Slik avtalen står nå leier jo Otovo strengt tatt hustaket gratis, samtidig som selskapet får betalt for anlegget og kraften. Jeg går nå over til støttens størrelse i de forskjellige jurisdiksjonene.

5.3 FASTSETTELSE AV STØTTENS STØRRELSE

Dette kapitlet omhandler hvordan støttens størrelse i de forskjellige systemene bestemmes. Det er først og fremst hvordan støttens størrelse bestemmes, og målingsreglene som er relevant. Jeg behandler først hvordan støttens størrelse fastlegges. Reglene er helt i kjernen av forskjellene mellom elsertifikatsystemet og feed-in-systemet.

I Norge får innehaveren ett elsertifikat per godkjente megawatt time, jf. elsertl. § 10 (1). Verdien til elsertifikatene er derimot ikke fastsatt i loven. Verdien fastsettes av markedet. Med det mener jeg at jo flere som har rett på elsertifikater, jo lavere blir verdien. Dessuten styres selvsagt verdien av etterspørselen. Denne reguleres av reglene om elsertifikatkvoter og beregningsrelevans, jf. lovens §§ 17 og 18. Med andre ord bestemmes elsertifikatenes verdi også av hvor mange som plikter å inneha elsertifikater, og hvor mange elsertifikater de plikter å inneha. Jeg kommer tilbake til § 18 i kap. 5.5.3. Verdien styres altså av tilbud og etterspørsel. Markedsstyringen innebærer at jo flere elsertifikat som er i omløp og jo færre eller flere elsertifikatforpliktete det er, jo høyere eller lavere blir prisen per elsertifikat. Dermed varierer prisen på bakgrunn av markedsmekanismer. Systemet er selvsagt likt i Sverige.

Som nevnt i kap. 4.4 er det altså et sentralt skille mellom dansk og tysk rett hvordan støtten fastsettes. I Danmark får produsenter et pristillegg, mens man i Tyskland altså har rett på en innmatingstariff. VE-loven § 47 omhandler pristillegg for blant annet solkraft. I bestemmelsens niende ledd heter at for anlegg “nettilsluttet den 20. november 2012 eller senere” ytes pristillegg. Disse får pristillegg på 10 øre/kWh. Etter § 47 (10) er pristillegget for solcelleanlegg tilsluttet nettet etter 1. januar 2016 betinget av at anlegget er under 500 kW, og betinget av “tilsagn” fra systemoperatøren. Jeg har derimot fått opplyst fra

¹⁸⁹ Lov om pant (panteloven/pantel.).

systemoperatøren at det alltid gis tilsagn om pristillegg for solkraftprosumenter.¹⁹⁰ Jeg nevner at systemoperatøren etter samme bestemmelse 7. ledd nr. 1 også kan gi såkalt “forhøjet pristillæg” til produsenter hvor installert effekt på solcellekraftverket er høyest 6 kW, og tilsluttet en “forbrugsinstallation”. Bestemmelsen nevner husholdninger, slik at det må være klart vilkåret i alle fall dekker husholdninger. Det forhøyede pristillegget tar utgangspunkt i støttens størrelse fra 2013, men likevel slik at total kompensasjon (markedspris pluss pristillegg) ikke overstiger 130 øre/kWh. Det forhøyede pristillegget reduseres med 14 øre i året, og der derfor i dag på drøye 75 øre kWh.

I Tyskland gir EEG § 48 (1) nr. 1 gir en meget høy innmatingstariff for produksjonsanlegg tilknyttet “Gebäude”, altså hus.¹⁹¹ Tariffen er på 8, 91 eurocent/kWh. Tariffens størrelse er så høy fordi prosumenten altså ikke i tillegg har rett til markedspris, jf. kap. 4.4. I begge landene er det altså svært inngående statsstyring av støttens størrelse.

Jeg går nå videre til målingsreglene. For prosumenter er ikke produsert kraft og innmatet kraft det samme. Prosumenter forbruker jo det meste av kraften selv. Dersom bare kraft som passerer tilknytningspunktet blir målt, vil støtten bli mye mindre enn dersom støtten beregnes ut i fra all produksjon. Derfor er målingsreglene svært viktige for hvilke gevinstutsikter støtteordningen gir.

En generell karakteristikkk ved feed-in-systemer er at de bare gir rett til økonomisk støtte ved innmating av kraft.¹⁹² Dette er også naturlig som følge av at det i lovene er tale om *pristillegg*, og *innmatingstariff*. Innmating er altså en forutsetning for støtte i disse systemene. I Danmark og Tyskland får man altså bare støtte for innmatet kraft.

Etter den norske elsertifikatloven § 9 utstedes elsertifikater basert på et system for “måling av produksjonen”. Bestemmelsen oppstiller ikke nærmere krav til målesystemet eller hvor det må plasseres. Ordlyden av “produksjonen” taler derimot klart for at det må installeres en måler som kan måle hele produksjonen. Dette er også i tråd med lovens § 1, som altså er å gi økt intensiv til økt *produksjon*, i motsetning til f.eks. økt forbruk. Siden plusskunden forbruker det meste av produsert kraft selv, vil måling i tilknytningspunktet gjøre at plusskunden bare får elsertifikater for deler av produksjonen, ikke hele. Ordlyden taler altså for at det skal etableres måler mellom produksjonen og forbruket.

I forarbeidene er det derimot uttalt at nettselskapers måling av energiflyten i tilknytningspunktet er “forutsatt” å tilfredsstille målingskravet.¹⁹³ Forarbeidene gir ikke begrunnelse for dette synet, og i litteraturen er uttalelsen ansett for å være en hovedregel

¹⁹⁰ Telefonsamtale med Energinet.dk, og ibid.

¹⁹¹ For de legislative hensyn bak regelen, se Petersen og Thomas (2011), avsn. 908.

¹⁹² Howes (2010), avsn. 4.12.

¹⁹³ Prop.101 L (2010-2011) s. 48

og et utgangspunkt.¹⁹⁴ At dette en hovedregel er videre naturlig, da man i *de fleste* tilfeller vil måle nesten all produksjon i tilknytningspunktet. Dette gjelder som sagt ikke for plusskunder, noe som tilsier at hovedregelen kan fravikes, jf. lovens formål.

I lovens § 30 er forskriftsmyndigheten gitt hjemmel til “gjennomføring og utfylling av loven (...)” I forskriftens § 16 er det bestemt at “[e]lsertifikater utstedes på bakgrunn av måledata for netto produksjon.”

Etter avregningsforskriften § 3-4 betyr “netto produksjon” bruttoproduksjon (all produksjon) minus forbruk i “hjelpetstyr”. For plusskunder innebærer dette at nettoproduksjon bare kan måles dersom det etableres måler mellom produksjonen og forbruket. I plusskunde-tilfellet er det altså ikke mulig å måle all elsertifikatberettiget produksjon i tilknytningspunktet. Slik sett er det relativt klart at hovedregelen må fravikes, slik at plusskunden må installere egen måler mellom produksjonen og tilknytningspunktet.

At plusskunder må installere egen måler har også gode grunner for seg. For det første, fordi måling i tilknytningspunktet ville vanskeliggjort realisering av mulig elsertifikatplikt. Etter elsertl. § 16 (1) bokstav b, er forbruk av egenprodusert kraft elsertifikatpliktig så lenge den er beregningsrelevant, jf. kap. 5.5.3. Etter lovens § 20 skal den elsertifikatpliktige også rapportere om all beregningsrelevant kraft til registeransvarlig. Dersom plusskundens kraft er elsertifikatpliktig og beregningsrelevant, vil disse plikten ikke etterleves uten at produksjonen måles. Å ikke etterleve elsertifikatplikten er belagt med straff, jf. lovens § 27 (1) bokstav d så lenge det skjer “forsettlig” eller ”uaktsomt”. Dette taler klart for at “produksjonen” i lovens § 9 i plusskundetilfeller må forstås som måling av nettoproduksjon, ikke måling i tilknytningspunktet.

Samlet sett må derfor “måling av produksjonen” forstås slik at plusskunden må etablere egen måler mellom produksjon og forbruket. Dersom plusskunden betaler gebyret innebærer regelen at hun får støtte for all produksjon. Gebyret kommer jeg tilbake til i kap. 5.4.

Etter ellagen 3. kap. § 10 er nettselskapet pålagt å stå for måling. Etter den svenske målingsforordningen § 4 er netteier pålagt å forstå måling i tilknytningspunktet.¹⁹⁵ Den svenske elsertifikatforskriftens § 4 henviser også til denne forskriften for å angi målingsreglene.¹⁹⁶ Dermed vil måling for elsertifikatberettiget produksjon skje i prosumentens tilknytningspunkt.

¹⁹⁴ Mikkelsen og Hansen (2013), s. 93f.

¹⁹⁵ Förordning (1999:716) om mätning, beräkning och rapportering av överförd el.

¹⁹⁶ Förordning (2011:1480) om elcertifikat.

Jeg har derimot fått opplyst fra den svenske Energimyndigheten at reglene bare utgjør en plikt for nettselskapet, ikke en plikt for prosumenten.¹⁹⁷ Prosumenten kan installere egen måler slik at nettoproduksjon blir avmålt, og få elsertifikater for hele kraftproduksjonen. Prosumenten må veie kostnaden med egen måler mot verdien av den økte mengden elsertifikater hun vil motta.

Samlet sett er det altså slik at bare norske prosumenter i utgangspunktet får støtte for all kraftproduksjonen. Dette er ikke nødvendigvis en fordel fordi plusskunden må bære kostnaden med installasjon av måler selv. Videre kan det også ha betydning dersom plusskunden er elsertifikatforpliktet, og kraften er beregningsrelevant. Dette behandles i kap. 5.5.2 og 5.5.3.

5.4 ANSVAR FOR, OG STØRRELSEN PÅ, SAKSBEHANDLINGSKOSTNADER

I dette kapitlet behandles rettighetssubjekters ansvar for saksbehandlingskostnader, og størrelsen på disse. Ansvar for saksbehandlingskostnader kan ha vesentlig betydning for hvorvidt støtteordningen styrker gevinstutsiktene til prosumenten. Dersom prosumenten må betale for å delta i ordningen, må hun selvsagt vurdere om støttens størrelse overstiger gebyret hun må betale for å delta. Å bare avgjøre om prosumenten er rettighetssubjekt under ordningen og klarlegge støttens størrelse, kan derfor gi et uriktig inntrykk av støtteordningens betydning for prosumentens gevinstutsikter. Derfor må også ansvar for saksbehandlingskostnader, og størrelsen på disse, tas med i analysen av en økonomisk støtteordning, og dens betydning som virkemiddel for å fremme prosumsjon.

Alle støtteordninger innebærer en eller annen form for saksbehandling. Men elsertifikatsystemer er mye mer arbeidskrevende enn et feed-in-system.¹⁹⁸ Dermed medfølger også saksbehandlingskostnader.¹⁹⁹ Jeg minner i denne anledning om at prosumenter vil produsere relativt lite kraft sammenliknet med tradisjonell kraftproduksjon. Dersom den berettigede er pålagt å betale saksbehandlingskostnadene, kan kostnadene medføre at det å bli berettiget i seg selv er uhensiktsmessig hvis saksbehandlingskostnadene overstiger støttens størrelse.

Siden feed-in-system er mindre arbeidskrevende for staten, må det antas at de har lave saksbehandlingskostnader forbundet med ordningen. Jeg er for øvrig ikke kjent med at tysk eller dansk lovgivning inneholder noen regler om at rettighetssubjektet må betale saksbehandlingskostnader. I den svenske elsertifikatloven finnes ingen regel om gebyr for

¹⁹⁷ E-post-korrespondanse med Energimyndigheten.

¹⁹⁸ Fouquet og Prall (2005), s. 324.

¹⁹⁹ Horn (2015), s. 161.

å bli elsertifikatberettiget. Dette innebærer at prosumenter i de tre landene *de facto* kan delta i støtteordningen som rettighetssubjekt, og dermed få økonomisk støtte.

Etter elsertl. § 28, jf. forskriftens § 35 er deltakelse i elsertifikatorordningen prisgitt et saksbehandlingsgebyr. Gebyret innebærer betalingsplikt for å få støtte. Gebyret er 15 000 kroner for små anlegg, mens det er 30 000 for mellomstore, og 60 000 for store anlegg.²⁰⁰ Gebyret er altså ikke differensiert mot mikroproduksjon, og plusskunders anlegg regnes av NVE som et lite anlegg. Plusskunder må altså betale et gebyr på 15 000 kroner for å være del av elsertifikatorordningen. Samtidig er elsertifikatenes verdi svært beskjeden. I mars 2017 var gjennomsnittsprisen for et elsertifikat 66 NOK/mWh.²⁰¹

Støttens høye pris, sammenholdt med at støtten er *markedsstyrt* og for tiden svært lav, gjør investeringen i elsertifikatberettigelse svært lite økonomisk gunstig for plusskunder. Behovet for investeringstrygghet holder nok derfor de fleste borte fra å delta.

Effekten viser seg gjennom at det bare er tre forskjellige elsertifikatberettigede solkraftprodusenter i hele Norge.²⁰² *De facto* er nok de fleste plusskunder utelukket fra elsertifikatorordningen som rettighetssubjekt. Elsertifikatorordningen har altså ingen *positiv* betydning for de fleste forbrukeres investeringsinsentiv til egen kraftproduksjon. Dette er en vesentlig forskjell mellom den norske og de andre landenes støtteordninger.

Det neste spørsmålet er om EU-retten setter skranker for slike gebyr. Det er to grunnlag som er relevante. Det første er Elektrisitetsdirektivets art. 7 (3). Etter denne bestemmelsen skal statene ha “specific authorisation procedures” tilpasset distribuert produksjon. Men, ordlyden må leses i lys av bestemmelsens første og annet ledd. Etter disse er det klart at bestemmelsen bare prosedyrer for oppføring av produksjonsanlegg, ikke økonomiske støtteordninger.²⁰³ Heller ikke Fornybardirektivets art. 13 (1) kan komme til anvendelse, da det er klart at denne bare gjelder driftstillatelser, altså tillatelse til å starte produksjon.²⁰⁴ Bestemmelsen gjelder altså ikke økonomiske støtteordninger. EU-retten setter derfor ikke skranker for slike gebyr.

Jeg legger derfor til grunn at plusskunder *de facto* er utelukket fra elsertifikatorordningen som rettighetssubjekt. Sammenliknet med de øvrige jurisdiksjonene står altså plusskunder i en særstilling i negativ forstand. Sett på bakgrunn av Stortingets

²⁰⁰ OED (2012), s. 1. Gebyrets størrelse fremgår ikke av brevet. Det er opplyst til meg av NVE at plusskunders produksjonsanlegg anses som små anlegg, og derfor betaler 15 000 kroner for å bli elsertifikatberettiget.

²⁰¹ Energimyndigheten og NVE (2017), s. 1.

²⁰² NVE (2016A), sist besøkt 29. mai 2017

²⁰³ Jf. for så vidt Jones og Vermeeren (2016), avsn. 2.14.

²⁰⁴ Kottasz (2010), avsn. 5.7.

uttalte ønske om mer prosumsjon, ser jeg ikke bort i fra at gebyrstrukturen vil bli nyansert til plusskunders fordel, jf. kap. 1.2.

5.5 PLIKTSUBJEKTET

5.5.1 Innledning

I dette kapitlet behandles hvorvidt og den eventuelle rekkevidden til prosumenteres betalingsplikt under støtteordningene. Spørsmålet er altså om prosumenten må bidra til å finansiere støtteordningen. Som følge av reguleringenes kompleksitet har jeg sett meg nødt til å behandle elsertifikatsystemene og feed-in-systemene for seg.

5.5.2 Plusskunder og svenske prosumenteres elsertifikatplikt

I dette kapitlet behandles plusskunder og svenske prosumenteres mulige elsertifikatplikt. Jeg nevner det banale: er vilkårene for elsertifikatplikt oppfylt, vil ikke det faktum at plusskunden *de facto* ikke kan delta som *berettiget*, medføre at hun ikke anses som pliktsubjekt. Pliktreglene er nettopp pliktregler, og er dermed ikke valgfrie. Spørsmålet er først om plusskunden er elsertifikatpliktig.

Dette spørsmålet er todelt, nemlig et spørsmål om elsertifikatplikt på forbruk og omsetning. Reguleringen av hvorvidt *forbruk* er elsertifikatpliktig er viktig for hvorvidt plusskunden vil velge å omsette eller forbruke kraften. Dermed er reguleringen av elsertifikatplikt på *forbruk* av betydning for markedsintegrasjonen av plusskunders kraft. Er bare omsetning elsertifikatpliktig, er det større insentiv til forbruk, og omvendt.

Det rettslige grunnlaget er elsertl. § 16 (1) bokstav a og b, hvor det heter at “enhver” som forbruker “egenprodusert kraft”, eller “leverer” kraft til “sluttbruker”, er elsertifikatpliktig. Det er altså klart etter ordlyden at plusskunder er elsertifikatpliktige både ved egenforbruk, og ved kraftomsetning til sluttbrukere. I relasjon til omsetning innebærer reguleringen at plusskundens salg til kraftleverandører ikke er elsertifikatpliktig siden kraftleverandører ikke er “sluttbruker”.

Regelen ovenfor medfører at egenforbruk av kraft er elsertifikatpliktig. Denne er absolutt.²⁰⁵ Siden plusskunden forbruker det meste av produsert kraft selv, innebærer reguleringen at plusskunden vil være elsertifikatpliktig selv om hun selger overskuddskraften i ’riktig’ konstellasjon.

Av forarbeidene følger det at hvem som er elsertifikatpliktige “må ses i sammenheng med definisjonen av beregningsrelevant mengde elektrisk energi (...).”²⁰⁶ Hva som er beregningsrelevant mengde kraft styres av elavgiftvedtaket av 2011, jf. elsertl. §

²⁰⁵ Horn (2015), s. 61.

²⁰⁶ Innst. 379 L (2010-2011), s. 5

18.²⁰⁷ Poenget synes derfor å være at angivelsen av elsertifikatplikten etter lovens § 16 skal være vid, og finjusteres ut i fra reglene om beregningsrelevant kraft etter § 18, sammenholdt med vedtaket om elavgift av 2011. Elsertifikatpliktens *omfang* avhenger altså av reglene om beregningsrelevant mengde energi i lovens § 18, som behandles i kap. 5.5.3. Dermed har elsertifikatplikten ikke nødvendigvis noen direkte økonomisk betydning for plusskunden. Jeg kommer tilbake til beregningsrelevansen etter å ha gjort rede for svenske prosumenter elsertifikatplikt.

I den svenske elsertifikatlovens kap. 4 § 1 pkt. 1 heter det at “elleverantörer” er elsertifikatpliktige. I lovens 1. kap. § 2 er “elleverantör” definert som en som “yrkesmässigt” leverer kraft. Siden prosumenten ikke leverer kraft i næring, er ikke leveransene hennes elsertifikatpliktige.

Etter den svenske elsertifikatordningen er forbruk av egenprodusert kraft i utgangspunktet elsertifikatpliktig. Men, i relasjon til prosumenter skiller norsk og svensk rett seg vesentlig. I den svenske elsertifikatloven kap. 4 § 1 heter det nemlig at forbruk av egenprodusert kraft er elsertifikatpliktig dersom forbrukt kraft “uppgår til mer än 60 metawattimmar per beräkningsår och har producerats i en anläggning med en installerad effekt som är högre än 50 kilowatt”. Siden et husholdningssolcelleanlegg er på rundt 20 kW installert effekt, innebærer regelen at husholdningsprosumenter vil være unntatt elsertifikatplikt.²⁰⁸

I relasjon til elsertifikatplikt på egenforbruk er det altså tale om diametralt motsatte reguleringer i svensk og norsk elsertifikatlovgivning i relasjon til prosumenter. Prosumenten i Sverige unngår både elsertifikatplikt på forbruk, og vil ikke være elsertifikatpliktig ved leveranser. Slik sett fremstår den svenske reguleringen som klart mer hensiktsmessig enn den norske.

Siden den økonomiske konsekvensen av plusskundens elsertifikatplikt i Norge styres av beregningsrelevansen, er selvsagt denne reguleringen avgjørende for hvor hvilke konsekvenser elsertifikatplikten har ved egenforbruk. Hvilke energibærere som er beregningsrelevante, er tema i neste kapittel.

5.5.3 Beregningsrelevante energibærere

Etter elsertl. § 18 (1) er det “beregningrelevant mengde energi” multiplisert med en kvote som fremgår av § 17, som utgjør elsertifikatpliktens omfang. Jeg går ikke nærmere inn på kalkuleringen men henviser til litteraturen rundt detaljene om utregningen.²⁰⁹

²⁰⁷ Avgiftsvedtaket 2011, s. 187

²⁰⁸ Sommerfeldt, Muyingo, og Klintberg (2016), s. 33.

²⁰⁹ Mikkelsen og Hansen (2013), s. 143f.

Bestemmelsen knytter beregningsrelevansen til avgiftsvedtaket av 2011. Spørsmålet er først hvilke handlinger som utløser beregningsrelevansen, dernest hvilke energibærere som er beregningsrelevant.

Elsertl. § 18 (1) fremhever klart at “leveranser” er beregningsrelevante. Så lenge leveransen er elsertifikatpliktig og er avgiftspliktig etter 2011-vedtaket, er den altså beregningsrelevant. Salg til nettselskap er elsertifikatpliktig siden nettselskapet kjøper kraft som “sluttbruker”, jf. 5.5.2, men er likevel ikke beregningsrelevant så lenge kraftkjøpet skjer for å dekke “nettap”, jf. § 18 (3). Siden salg til kraftleverandører ikke er elsertifikatpliktig, jf. like ovenfor, er denne selvsagt heller ikke beregningsrelevant for plusskunden. Det er derfor først og fremst plusskundens “leveranser” til andre sluttbrukere enn nettselskap (direkte nabostrøm, jf. kap. 4.3) som er omfattet. Bestemmelsen nevner ikke egenforbruk som beregningsrelevant. Dette kan tilsi at egenforbruk i det hele tatt ikke er beregningsrelevant. Spørsmålet er § 18 (1) må tolkes slik at også egenforbruk er beregningsrelevant, på tross av at betalingspliktens omfang ikke fremgår i loven.

At kraften er beregningsrelevant innebærer at plusskunden må inneha elsertifikater til annullering. Det er altså tale om en pliktregel med økonomiske konsekvenser for plusskunden. Det er derfor tale om et offentlig inngrep i den private rettssfære slik at legalitetsprinsippets hjemmelskrav får anvendelse. Spørsmålet er om hjemmelskravet er oppfylt. Selve elsertifikatplikten følger eksplisitt av ordlyden til § 16 (1)b, jf. like ovenfor. Denne er som sagt absolutt. Det er altså bare elsertifikatpliktens *omfang* som ikke fremgår direkte i lov. Hensynene bak hjemmelskravet slår derfor ikke like sterkt til som det ville gjort dersom selve plikten ikke fremgikk av loven. Tvert i mot taler det at egenforbruk klart nok er elsertifikatpliktig, for at betalingsplikten har tilstrekkelig demokratisk legitimitet til at legalitetsprinsippets hjemmelskrav er oppfylt. Det ville jo strengt tatt hindret elsertifikatplikten i § 16 (1) b sin effektivitet om kraften ikke var beregningsrelevant, og det må være klart at elsertifikatplikten gir sterkt uttrykk for at man vil få en betalingsplikt. Dessuten følger det klart av lovens forarbeider at også “levering og uttak” er beregningsrelevant elektrisk energi, og at omfanget skal samsvare med avgiftsvedtaket av 2011 slik det lyder.²¹⁰ Pliktens omfang har derfor tilstrekkelig demokratisk legitimitet til at hjemmelskravet må anses oppfylt. Elsertl. § 18 (1) må derfor tolkes slik at også egenforbruk av kraft er beregningsrelevant på tross av at betalingspliktens omfang ikke fremgår av lov.

Det neste spørsmålet er hvilke energibærere som er beregningsrelevant når de leveres eller forbrukes. I elsertl. § 18 (2) uttales det at beregningsrelevant kraft er den som

²¹⁰ Prop.101 L (2010-2011) s. 34. Bruken av ordet “uttak” må ses i lys av avgiftsvedtakets bruk av det samme ordet. Der er “uttak av kraft til eget bruk” avgiftspliktig.

er avgiftspliktig etter Stortingets vedtak om elavgift for 2011 “slik det lyder” og “som nevnt” i avgiftsvedtaket. Dette fremgår også av forarbeidene, som knytter beregningsrelevansen til avgiftspliktig kraftforbruk og -leveranser “slik det lyder” i avgiftsvedtaket av 2011.²¹¹

Etter avgiftsvedtaket av 2011 § 1 første og andre ledd var all kraft som “leveres” og “uttak av elektrisk kraft til eget bruk” avgiftspliktig i 2011. Solkraft er derfor i utgangspunktet beregningsrelevant. Forarbeidene uttaler derimot at “[e]lektrisk energi som er fullt fritatt for el-avgift er ikke beregningsrelevant.”²¹² Dette tilsier at eventuelle ulovfestede fritak medfører at kraften likevel ikke er beregningsrelevant. I så fall er solkraft unntatt beregningsrelevans, fordi elavgift ikke praktiseres for forbruk av egenprodusert solkraft.²¹³ Avgiftsmyndigheten omtaler dette som en ulovfestet fritaksregel.²¹⁴ Rent etter denne uttalelsen i forarbeidene er altså ikke solkraft beregningsrelevant. Men, uttalelsen i forarbeidene kan ikke leses isolert. Det fremgår klart av sammenhengen at uttalelsen knytter seg til fritak i selve avgiftsvedtaket.

Jeg legger derfor til grunn at solkraft som utgangspunkt er beregningsrelevant. I avgiftsvedtaket § 2 bokstav b er det bestemt at kraft som er “produsert i aggregat med generator som har merkeytelse under 100 kVA og leveres direkte til sluttbruker” er fritatt avgift. Både vind- og vannkraft produseres i “aggregat med generator”. På grunn av størrelsesbegrensningen på 100 kVA retter unntaket seg mot mikrovind- og mikrovannkraft. Dette innebærer mikrovind- og mikrovannkraft var unntatt avgiftsplikt i 2011, og dermed heller ikke beregningsrelevant i dag etter lovens § 18 (2). Dette unntaket gjelder ikke solkraft fordi solkraftanlegg ikke har “generator”.²¹⁵ Mikrosolkraft behandles altså ulikt i relasjon til beregningsrelevansen sammenliknet med mikrovind- og mikrovannkraft. Spørsmålet er om “slik det lyder” i lovens § 18 (2) kan forstås slik at det *ikke* er avgiftsvedtaket slik det lyder, men likhet til andre fornybare mikroproduksjonsmåter sin beregningsrelevans, som må være avgjørende.

Det fremstår som klart fra ordlyden at lovgiver har ønsket å knytte beregningsrelevansen til avgiftsvedtakets ordlyd. Å tolke loven slik at mikrokraft behandles likt vil også stå i et svært anspent forhold til ordlyden da det vil innebære at det *ikke* er avgiftsvedtaket “slik det lyder” som er avgjørende. En slik tolkning bør derfor ha

²¹¹ Ibid., s. 53.

²¹² Ibid.

²¹³ Toll og avgiftsdirektoratet (2013) s. 1 og 2 og Toll- og avgiftsdirektoratet (2014) s. 1.

²¹⁴ Avgiftsmyndigheten gir for øvrig ikke noe rettslig grunnlag for en slik ulovfestet fritaksregel. Skulle det være sedvane, er det vanskelig å se hvordan Avgiftsmyndigheten kan påvise at de har opptrådt i rettsvillfarelse om solkraft sin avgiftsplikt.

²¹⁵ Dette er også lagt til grunn av Toll og avgiftsdirektoratet (2014) s. 2.

svært gode grunner for seg. Det står videre ingenting i forarbeidene som tilsier at rettsanvenderen kan fritta visse former kraftproduksjon fra beregningsrelevansen som følge av at det er ulikheter mellom forskjellige produksjons-måter av samme størrelse. Tvert i mot omtaler forarbeidene flere forbruksmåter og leveranser som vil være unntatt beregningsrelevans. Jeg legger derfor til grunn at både ordlyden og forarbeidene yter sterk motstand mot en slik tolkning.

At mikrosolkraft, i motsetning til mikrovind- og mikrovannkraft, ikke er eksplisitt unntatt i avgiftsvedtaket kan være begrunnet i at solkraftproduksjon først og fremst har vært forbundet med hytter som gjerne ikke har vært tilknyttet nettet. Slik sett har produksjonen ikke blitt målt, og har derfor heller ikke vært avgiftspliktig, eller beregningsrelevant *de facto*. Det kan derfor tenkes at lovgiver ikke har sett behov for å unnta solkraft i avgiftsvedtaket, slik det har vært behov for i relasjon til mikrovind- og mikrovannkraftanlegg. Den teknologiske utviklingen har medført at det i dag finnes solcellekraftproduksjon og –forbruk i hus og anlegg som *er* tilknyttet nettet. Denne kraften er altså som utgangspunkt beregningsrelevant. Derfor oppstår det en forskjell mellom mikrovind- og mikrovannkraft på den ene siden, og mikrosolkraft på den andre. Det sentrale spørsmålet er derfor om “slik det lyder” i lovens § 18 (2), jf. avgiftsvedtaket, kan tolkes i lys av den teknologiske utviklingen slik at mikrosolkraft er unntatt beregningsrelevansen på lik linje med mikrovind- og mikrovannkraft. Igjen yter ordlyden og forarbeidene sterk motstand, noe jeg legger tung vekt på. Spørsmålet er ikke behandlet i teorien, og jeg må derfor se hen til de reelle hensyn som gjør seg gjeldende.

Å tolke “slik det lyder” i tråd med den teknologiske utviklingen vil for så vidt være i tråd med lovens § 1. Det må være klart at beregningsrelevans for solkraft vil være uheldig med tanke på forbrukeres investeringsinsentiv. Siden solkraftplusskunder heller ikke er elsertifikatpliktig vil beregningsrelevansen medføre at elsertifikatordningen blir en *utgift* for solplusskunder. Det må kunne antas at å sikre investeringsinsentivet til mikrokraftproduksjon var lovgivers intensjon da unntaket ble innført. Slik sett fremstår det som en rimelig løsning, og antakeligvis også i tråd med lovgivers intensjon å tolke “slik det lyder” i § 18 (2) slik at solkraft ikke er beregningsrelevant.

På den andre siden ble den nyeste svenske elsertifikatloven og den norske elsertifikatloven innført nesten samtidig. Den svenske elsertifikatloven inneholder som nevnt eksplisitte unntak for produksjon under en viss mengde. Den svenske løsningen gjør at loven er meget fleksibel i relasjon til teknologiske utviklinger. Dette følger jo av at produksjonen ikke er elsertifikatpliktig så lenge den skjer i et anlegg av en gitt størrelse. Det må kunne antas at lovgiver i Norge var klar over denne alternative løsningen da den

norske elsertifikatloven ble innført, jf. at elsertifikatmarkedet er felles mellom statene. Det må også ha vært relativt klart for lovgiver at det å knytte beregningsrelevansen til 2011-vedtaket ville kunne medføre uheldige løsninger ved teknologiske utviklinger. Lovgiver valgte altså *likevel* å utforme vilkårene slik det ble gjort, med den manglende fleksibilitet dette ville gi i relasjon til teknologiske utviklinger. På tross av dette uttalte ikke lovgiver i forarbeidene at annen mikroproduksjon kunne unntas dersom det skulle finne sted teknologiske utviklinger som gjorde dette nødvendig. At lovgiver valgte denne løsningen på tross av at det må antas at lovgiver var klar over både alternative måter å utforme vilkårene på, og uheldige konsekvenser regelutformingene kunne få ved teknologiske utviklinger, taler for at løsningen må respekteres.

Jeg legger også en viss vekt på at det å oppstille et unntak for mikrosolkraftproduksjon egentlig ikke løser det grunnleggende problemet med å knytte beregningsrelevansen til et avgiftsvedtak som ikke kan endres. Det vil jo forekomme nye teknologiske utviklinger som igjen vil kunne utfordre lovens løsning. Slik sett bør ikke endring av lovens løsning skje gjennom tolkning, men gjennom lovgivning.

På bakgrunn av disse momentene og lovens helt klare ordlyd med støtte i forarbeidene, er jeg – under sterk tvil – kommet til at det å oppstille et unntak fra beregningsrelevansen for mikrosolkraftproduksjon ikke har de beste grunner for seg. “[S]lik det lyder” kan ikke tolkes slik at det ikke er avgiftsvedtaket slik det lyder som er avgjørende. Ordlyden i lovens § 18 (2), og dermed avgiftsvedtakets ordlyd må derfor følges.

Som nevnt ovenfor innebærer dette at leveranser av solkraft til andre enn kraftleverandører og nettselskap for å dekke nettap er elsertifikatpliktig og beregningsrelevant, mens alt egenforbruk av solkraft er elsertifikatpliktig og beregningsrelevant.

Beregningsrelevansen kan selvsagt ikke omgås gjennom å ikke måle produksjonen. Dette ville være i strid med elsertifikatlovens § 20 (1) som bestemmer at beregningsrelevant kraft skal rapporteres slik at elsertifikatplikten kan oppfylles, jf. annet ledd. Uten måling av netto produksjon kan ikke beregningsrelevant mengde kraft rapporteres, og plusskunden opptrer i strid med elsertl. Unnlattelse av slik rapportering og oppfyllelse av elsertifikatplikten “kan” for øvrig ilegges gebyr etter lovens § 26 (1) bokstav e så lenge vedkommende handler “forsettlig” eller “uaktsomt”, og er som nevnt straffbart etter lovens § 27 (1) bokstav d. Derfor må plusskunden som produserer og forbruker egenprodusert solkraft installere måler for netto produksjon uavhengig av om hun deltar i

elsertifikatordningen som rettighetssubjekt.²¹⁶ Jeg går nå over til å forklare konsekvensene av regelen. Jeg tar utgangspunkt i konsekvensene ved egenforbruk.

Den første konsekvensen er administrative plikter. Én slik plikt er at plusskunden må oppbevare dokumentasjon for fastsettelse av elsertifikatpliktens omfang i ti år, jf. elsertl. § 20 siste ledd.²¹⁷ I tillegg må de “elsertifikatpliktige (...) opprette interne systemer for å håndtere kjøp og salg av elsertifikater og bidra til at den registeransvarlig kan foreta den nødvendige annulleringen av elsertifikater. Rutiner for likviditetsstyring, regnskap, avgiftsoppgjør og selvangivelse må legges om. Dette medfører økte kostnader for de elsertifikatpliktige.”²¹⁸

Som sitatet viser har beregningsrelevansen en direkte økonomisk dimensjon. Plusskunden må jo inneha elsertifikater til annullering, jf. elsertl. § 20. Man kunne tenke seg at elsertifikatpliktens økonomiske konsekvenser for plusskunden ble utlignet av elsertifikatberettigelsen. Altså, at mengden elsertifikater plusskunden er forpliktet til å inneha, samsvarer med mengden elsertifikater plusskunden får som berettiget. Men, som vist medfører gebyrstrukturen at de fleste plusskunder ikke vil være elsertifikatberettiget. Plusskunden mottar altså ikke elsertifikater for produksjonen. Plusskunden må derfor kjøpe elsertifikater for alt forbruk av egenprodusert kraft. Det er følgelig riktig å si at elsertifikatordningen “fungerer som en skatt på strømforbruk (...)”.²¹⁹

På denne måten vil plusskunder både ha økonomiske utgifter og administrative byrder med elsertifikatordningen, og ikke ha inntjening fra elsertifikatordningen. Man kan derimot si at de økonomiske konsekvensene ikke er særlig urimelige; alle sluttbrukere betaler jo for elsertifikater for all kraft de trekker ut av nettet. Men, når forbrukere uten produksjon kjøper kraft fra kraftleverandøren sin, er det kraftleverandøren som håndterer det administrative arbeidet med elsertifikatordningen. Dermed kommer plusskunder som produserer solkraft dårligere ut, om ikke direkte økonomisk så i alle fall administrativt, enn de gjør dersom de ikke produserer kraft selv. Dette svekker selvsagt incentivet til å produsere egen kraft, og er uheldig, jf. lovens formål om å bidra til økt produksjon av fornybar kraft.

Reguleringen kan få særlig uheldige konsekvenser hvor andre enn plusskunden har størst råderett over anlegget med betydning for at produksjonen skjer. Da regnes denne som

²¹⁶ Siden salg til kraftleverandøren ikke er elsertifikatpliktig må plusskunden måle nettoproduksjon og trekke fra kraft som selges til kraftleverandøren i tallet som rapporteres registeransvarlig. Mengden kraft solgt til kraftleverandøren vil nettselskapet sitte med, jf. avregningsforskriften § 3-3 (1).

²¹⁷ Horn (2015), s. 68.

²¹⁸ Ibid., s. 103.

²¹⁹ Ibid., s. 104.

“[i]nnehaveren”, ikke plusskunden. Dette kan som vist være tilfelle ved leasing, og jeg tar utgangspunkt i dette typetilfellet. Betaler plusskunden gebyret (f.eks. fordi gebyret endres slik at deltakelse i ordningen blir mer gunstig), er selvsagt partenes regulering av rådigheten over anlegget fortsatt bindende. Da innebærer reguleringen at leasingselskapet får elsertifikatene og dermed den økonomiske støtten, mens plusskunden er elsertifikatpliktig for alt forbruk av kraft produsert på hennes eiendom. Dette altså selv om plusskunden betaler gebyret selv. Dersom plusskunden ikke kompenseres for selskapets inntjening fra elsertifikatordningen, og i tillegg betaler for både anlegget og kraften, er avtalen så ubalansert at det ikke er gitt at en slik avtale vil stå seg under avtl. § 36.²²⁰ Jeg går ikke nærmere inn på avtl. § 36 da brudd på denne uansett er betinget av en konkret vurdering.

Betalingsplikten hvor andre råder over anlegget oppstår uansett om man anser plusskundens forbruk som forbruk av “egenprodusert” kraft, eller ser det slik at den som råder over anlegget (f.eks. leasingselskapet) regnes som en produsent som “leverer” solkraft til plusskunden, jf. lovens § 16 (1) a og b og drøftelsen ovenfor om beregningsrelevans for solkraft. Etter elsertl. § 16 (1) bokstav a er det jo leveranser til “sluttbruker” elsertifikatpliktig, og vil pulveriseres på plusskunden av den som leverer kraften. I lys av elsertl. § 1 er konsekvensen – at f.eks. leasingselskapet får elsertifikatene og plusskunden er betalingspliktig – så uheldig at den vanskelig kan aksepteres. Innenfor dagens lovgivning kan konsekvensene i leasingtilfellet tenkes avbøtt på flere måter. For det første, gjennom at rettsanvenderen i rådighetsvurderingen legger avgjørende vekt på at anlegget er plassert hos plusskunden. Men, dette er ikke en riktig rådighetsvurdering da det er disposisjonsrett over *anlegget* som etter forarbeidene er avgjørende, jf. kap. 5.2. Konsekvensene kan også avbøtes gjennom at leasingavtalen utformes slik at plusskunden har rådigheten og dermed er rettighetssubjekt, eller at plusskunden kompenseres gjennom lavere pris i avtalen som i det minste samsvarer med selskapets inntjening fra elsertifikatordningen. Hvis avtalen også innebærer at plusskunden både betaler for anlegg og kraften, og i tillegg er elsertifikatforpliktet og ikke –berettiget, må det være helt klart at plusskunden, som sagt i kap. 5.2, må anse seg selv som utleier av eiendommen. I et slikt tilfelle er hun jo strengt tatt en vanlig strømkunde som kjøper kraft fra en kraftprodusent. Hvis hun ikke anser seg selv som en utleier av eiendom er det vanskelig å se hvilke fordeler plusskunden får gjennom avtalen utover unngåtte tariffer og unngått vedlikehold av anlegget.

Ved leveranser til andre enn kraftleverandører og nettselskap for å dekke nettap oppstår de samme konsekvensene som for egenforbruk. Regelen innebærer selvsagt at

²²⁰ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

dersom plusskunden etablerer direkte nabostrøm, må hun pulverisere kostnaden til elsertifikater på kunden sin. Slik sett blir kraften dyrere, og insentivet for partene til å etablere direkte nabostrøm mindre. Dette gjelder også i borettslag som etablerer fellesmåling når dette tillates av NVE, jf. kap. 4.3. Dermed er det i begge tilfeller bare margin til kraftleverandør og tariffer til nettselskapet som unngås ved etablering av direkte nabostrøm. Det kan derimot tenkes at borettslag enklere kan bære gebyret, og slik i alle fall kan delta i ordningen som elsertifikatberettiget. Da innebærer regelen at borettslaget sitter igjen med flere elsertifikater enn de må annullere hvert år, jf. lovens § 17 om årlige elsertifikatkvoter. Da får altså ikke borettslaget like stor støtte som om kraften ikke var beregningsrelevant. Finner borettslaget at det ikke er kostnadsnyttig å betale gebyret, vil også borettslag komme dårligere ut (under elsertifikatordningen) enn om beboerne i borettslaget kjøpte kraft selv fra kraftleverandøren. Kostnadene til elsertifikater vil være de samme som om de kjøpte kraft direkte fra kraftleverandøren, men borettslaget må håndtere de administrative konsekvensene av elsertifikatordningen selv. Dermed svekkes insentivet til å etablere direkte nabostrøm gjennom elsertifikatplikten og beregningsrelevansen for solkraft. At både forbruk av egenprodusert kraft og leveranser ved direkte nabostrøm er elsertifikatpliktig bør etter mitt skjønn endres. Jeg kommer tilbake til hvordan dette kan gjøres i kap. 5.6

Siden verken egenforbruk eller salg av prosumertens kraft er elsertifikatpliktig i Sverige, oppstår ikke spørsmålet om beregningsrelevans for prosumerten. Jeg behandler hvilke insentiv systemene gir prosumenter nærmere i kap. 5.6 fordi jeg da har gjort rede for betalingsplikten i feed-in-systemene.

5.5.4 Betalingsplikten i feed-in-systemene

I dette kapitlet behandler jeg betalingsplikten for den økonomiske støtteordningen i feed-in-systemene. Spørsmålet er altså om prosumerten er betalingspliktig, og i så fall for hva. Dansk rett behandles først.

Etter elforsyningsloven § 8 (1) nr.1 er “alle elforbrugere” i utgangspunktet pliktig til å finansiere pristillegget. At alle elforbrukere er betalingspliktig, innebærer at prosumertene i utgangspunktet betaler for pristillegget også for forbruk av egenprodusert kraft.²²¹ Klimadepartementet har i medhold av elforsyningsloven § 8a gitt prosumenter unntak fra betalingsplikten.²²² I forskriftens § 4 er det oppgitt unntak for betalingsplikten.

²²¹Deler av kostnadene dekkes over statsbudsjettet, jf. § 8 (6). Etter første ledd er reduseres elforbrukernes betalingsplikt tilsvarende den delen som dekkes over statsbudsjettet. I C-262/12 (Vent De Colère!) kom EU-domstolen til at en støtteordning hvor pristillegget var inntatt et statlig fond, var i strid statsstøttereglene.

²²² Bekendtgørelse om nettoafregning for egenproducenter af elektricitet.

Unntaket omfatter for det første bare prosumenter som eier anlegget 100% selv. Videre må produsenten produsere kraft med henblikk på å delvis eller helt å dekke eget forbruk, jf. forskriftens § 1. Dessuten må ikke anlegget ha større installert effekt enn 50 kW. Alle prosumenter som eier anlegget selv er derfor unntatt betalingsplikten. Dermed er bare prosumenter som leier anlegget betalingspliktig, jf. også at *rettighetssubjektet* som nevnt er anleggseier. Dette gjør at man i Danmark kan komme i en litt spesiell situasjon dersom man leier produksjonsanlegget. Da vil nemlig eieren ha rett til markedsprisen, jf. kap. 4.4, mens den som produserer kraften har rett på støtten. Er det leietaker som produserer kraften vil altså leietaker ha rett til støtte ved innmating, men være betalingspliktig for all egenprodusert kraft hun forbruker. Danske prosumenter har altså et sterkt insentiv til å eie anlegget selv, og ikke overlate de beføyelser med betydning for at produksjonen skjer til noen andre.

I Tyskland er betalingsplikten for pristillegget regulert noe annerledes. Utgangspunktet om allmenn betalingsplikt er det samme, jf. EEG § 60 (1). Etter denne bestemmelsen har nettselskap rett og plikt til å kreve kompensasjon til dekning av pristillegget fra kraftleverandører. Kompensasjonen skal være forholdsmessig til mengden kraft kraftleverandøren har levert til sluttbrukerne. Etter EEG § 61 er nettselskap "berechtigt und verpflichtet", berettiget og forpliktet, til å kreve inn EEG-avgiften fra alle som har "Eigenversorgung", altså forbruk av egenprodusert kraft. Betalingsplikten er altså ikke bare lagt på forbrukere, men *eksplisitt* lagt på prosumenter. Reguleringen innebærer at forbrukere av egenprodusert kraft i utgangspunktet ikke unngår betalingsplikten selv ved egenforbruk av egenprodusert kraft. Ulempen er derimot avbøtt i EEG art. 61a. Etter denne bestemmelsen er visse former for egenforbruk unntatt betalingsplikten. Bestemmelsens punkt 4 gir unntak for egenforbruk fra anlegg som er maksimum 10 kW, og hvor forbruket er oppad begrenset til 10 mW årlig. Dermed er mange tyske husholdningsprosumenter unntatt å betale pristillegget for egenprodusert kraft, og man har i alle fall mulighet til å *innrette seg* etter betalingsplikten. Altså, ønsker man ikke å betale for egenforbruk av kraft, installerer man et anlegg på under 10 kW. Den tyske bestemmelsen er likevel vesentlig strengere enn den danske, både fordi installert effektgrensen er lavere, og fordi forbruket er oppad begrenset. At unntaket fra betalingsplikten for de fleste prosumenter er strengere i Tyskland enn i Danmark, kan tale for at prosumsjon er blitt så omfattende at lovgiver har sett seg nødt til å begrense insentivordningen. Kraftforbrukere må altså i begge jurisdiksjonene betale for støtteordningen for all kraft de trekker ut av nettet. Samlet sett er det altså slik i Danmark og Tyskland at prosumenter *får* støtte for all kraft de mater inn, og (innenfor grensene for installert effekt) *unngår* å måtte betale for støtteordningen for all

kraft man produserer og forbruger selv. Produksjonsinsentivet blir derfor meget stort. Betydningen av dette kommer jeg tilbake til i neste kapitel.

5.6 SYSTEMATISERING OG MINE BETRAKTNINGER

I dette kapitlet katalogiserer og kategoriserer jeg virkemiddelbruken og kommer med mine betraktninger. Av grunner jeg skal komme til, er ikke sontringen elsertifikatsystem/feed-in-system særlig hensiktsmessig for systematiseringen av bruken av økonomiske støtteordninger som virkemiddel for å fremme prosumsjon.

Felles for alle jurisdiksjonene er at prosumenten er rettighetssubjekt etter statens økonomiske støtteordning for fornybar kraftproduksjon. Dette taler for at alle de fire jurisdiksjonenes lovgiver ser på økonomiske støtteordninger som et viktig virkemiddel for å fremme prosumsjon. Norge skiller seg ut som det eneste landet hvor prosumenten *de facto* ikke er rettighetssubjekt. På denne bakgrunn fremstår gebyrstrukturen som lite gjennomtenkt, og bør endres. Jeg kommer tilbake til dette avslutningsvis i dette kapitlet.

Et fellestrekk mellom elsertifikatorordningene er at støttenes størrelse er nesten helt markedsregulert, og helt uavhengig av hvordan kraften produseres og forbrukes. Dette i motsetning til feed-in-systemene hvor støttenes størrelse er helt statsstyrt, og avhengig av hvordan den produseres. Man kan si at elsertifikatorordningene er teknologinøytrale, mens feed-in-systemene er teknologispesifikke, og ikke minst nyansert til om anlegget er tilknyttet en husholdning.

I feed-in-systemene reduseres støttenes størrelse etterhvert som den enkelte teknologien modnes, og trenger mindre støtte.²²³ Man kan si at teknologiens modning i større grad enn i elsertifikatsystemene er 'fremprovosert' av lovgiver gjennom aktiv regulering. Derfor kan man si at skillet mellom feed-in og elsertifikatorordningene er at lovgiver i feed-in-systemene tar mye større kontroll over utviklingen av sammensetningen av kraftproduksjonen, enn det lovgiver i elsertifikatstatene gjør. Dette muliggjøres av at feed-in-systemene ikke er teknologinøytrale.

Dette bringer oss over til et annet viktig skille, men denne gang mellom den svenske og den norske elsertifikatorordningen. Selv om systemene for så vidt er like, står plusskunden i en vesentlig dårligere stilling enn svenske prosumenter. Jeg nevner spesielt at svenske prosumenter er rettighetssubjekt *de facto* og ikke er elsertifikatpliktig ved egenforbruk. Plusskunder er på den andre siden *de facto* ikke rettighetssubjekt, og egenforbruk av solkraft er elsertifikatpliktig og beregningsrelevant. Siden plusskunder vanskelig vil betale gebyret, innebærer reguleringen at plusskunder bare har utgifter

²²³ Se f.eks. VE-loven § 50 (2).

forbundet med elsertifikatordningen, ikke inntekter. Dermed er den svenske elsertifikatordningen bedre tilpasset prosumenter som typetilfelle enn den norske elsertifikatordningen er for plusskunder. Dette gjør at to konklusjoner er nærliggende.

For det første, at det er vanskelig å konkludere med at en elsertifikatordning i seg selv innebærer en *entydig* virkemiddelbruk i relasjon til prosumenter. Det er altså for store forskjeller mellom svensk og norsk rett til å påvise en slik entydig virkemiddelbruk. For det andre, at det er viktige likhetstrekk mellom den svenske elsertifikatordningen, og feed-in-systemene. Likheten ligger ikke i systemet – disse er forskjellige – men i virkemiddelbruken og rettsvirkningen. Virkemidlet er å stille prosumenten i en gunstig stilling ved egenforbruk og omsetning. Rettsvirkningen er økonomisk støtte, og unngåtte utgifter og administrativt arbeid.

Slik sett er det, i relasjon til prosumenter, ikke nyttig å systematisere økonomiske støtteordninger etter sondringen elsertifikatsystem/feed-in-system. Tvert i mot fremstår det som riktigere å systematisere økonomiske støtteordninger ut i fra om støtteordningen nyanseres i relasjon til prosumenten som typetilfelle. Altså, om prosumenten er rettighetssubjekt og (innenfor kravene til installert effekt) ikke betaler for støtteordningen ved egenforbruk. I så fall står dansk, svensk og tysk rett på den ene siden, og norsk rett på den andre. Disse statenes reguleringer er like i at de skaper et *tosidig insentiv* til prosumsjon. For det første, gjennom at prosumenten *de facto* er rettighetssubjekt under den økonomiske støtteordningen, og for det andre gjennom at prosumenten slipper betalingsplikten/elsertifikatplikten ved egenforbruk. Det er dette tosidige insentivet den norske elsertifikatordningen ikke skaper for plusskunder. Plusskunder er jo *de facto* ikke rettighetssubjekt, men må inneha elsertifikater til annullering for egenforbruk av solkraft. Spørsmålet oppstår derfor om hva som bør gjøres med den norske elsertifikatordningen. I et komparativt perspektiv bør målet være at elsertifikatordningen skaper et tosidig insentiv til prosumsjon. I et komparativt perspektiv er det altså to endringer som er nærliggende. For det første, å endre at plusskunder må inneha elsertifikater for egenforbruk. For det andre, å endre gebyrstrukturen. Jeg tar først stilling til om endringene bør skje før jeg behandler hvordan endringene kan gjøres.

Det er flere grunner til plikten til å inneha elsertifikater til annullering for egenforbruk av solkraft bør endres. For det første, vil et slikt unntak være i tråd med at plusskunden bruker det meste av produsert kraft selv. Slik kan man skape et større insentiv til prosumsjon fordi prosumenten unngår kostnader. Sett i sammenheng med at salg til kraftleverandøren ikke er elsertifikatpliktig vil en endring av kravet om å inneha elsertifikater for egenforbruk gi plusskunden mulighet til å *innrette* seg etter

elsertifikatordningen. Siden plusskunden automatisk forbruker det meste av egenprodusert kraft selv, har ikke plusskunden denne muligheten i dag, jf. kap. 2.3.

At egenforbruk av solkraft er elsertifikatpliktig og beregningsrelevant er dessuten prinsipielt uheldig selv om kostnadene ikke nødvendigvis er veldig store. Videre vil en endring gi grunnlag for å skape likhet mellom fornybar-mikrokraftprodusenter. Disse forhold taler sterkt for at plikten til å inneha elsertifikater til annullering for solkraft bør endres. At den norske ordningen skiller seg vesentlig fra de andre jurisdiksjonene, taler også for at den norske reguleringen bør endres. Det er en tydelig tendens at andre land unntar egenforbruk av kraft fra betalingspliktene forbundet med den økonomiske støtteordningen, og i alle fall gir mulighet for å innrette seg for å unngå betalingsplikten gjennom å installere et anlegg under en gitt størrelse. At de andre landene har valgt en slik ordning, tilsier at unntak fra plikten til å inneha elsertifikater til annullering ved egenforbruk vil gi et særlig insentiv til fornybar produksjon.

På denne bakgrunn er det vanskelig å mene at den norske reguleringen er hensiktsmessig. Slik jeg ser det, er det derfor klart at plusskunden ikke bør måtte inneha elsertifikater til annullering for forbruk av egenprodusert kraft. Spørsmålet er hvordan endringen best kan gjøres. Det er to alternative fremgangsmåter. Den første er å endre lovgivningen slik at solkraft ikke er beregningsrelevant. Den andre er å endre elsertifikatpliktssubjektet etter inspirasjon fra svensk rett, og da slik at egenforbruket må over en viss mengde, eller produseres i et anlegg av en gitt størrelse, for å være elsertifikatpliktig. Jeg vil vurdere hensiktsmessigheten til disse løsningene i det følgende.

Siden beregningsrelevansen er knyttet til avgiftsvedtaket av 2011, er det ikke mulig å 'bare' endre avgiftsvedtaket ved neste anledning. Dermed må elsertl. § 18 (2) om beregningsrelevans, endres. Å endre § 18 (2) tilsier at lovgiver vil måtte knytte betalingsplikten til det årlige avgiftsvedtaket, ikke til 2011-vedtaket. En slik fremgangsmåte har derimot ikke bare gode grunner ved seg. Å knytte betalingsplikten til det årlige avgiftsvedtaket vil kunne redusere markedsaktørens forutberegnelighet, og mulighet for innrettelse. Det vil kunne svekke investeringstryggheten. Forutberegnelighet for markedsaktørene er i teorien fremhevet som et viktig moment for å gi insentiv til langsiktige investeringer.²²⁴ Reduksjon av forutberegnelighet er derfor et vesentlig argument i mot denne fremgangsmåten. Av denne grunn anser jeg denne innfallsvinkelen som lite hensiktsmessig.

Den andre måten er altså å endre pliktsubjektet etter inspirasjon fra svensk rett. Lovgiver bør endre pliktsubjektet i § 16 (1) b. Da kan lovgiver sette en nedre grense for

²²⁴ Se f.eks. Jones (2010), s. 17.

hva som er elsertifikatpliktig som sådan. Siden elsertifikatplikt er en forutsetning for beregningsrelevans, vil det å endre elsertl. § 16 (1) b gjøre at det ikke er nødvendig å endre lovens § 18 (2). Med en slik løsning vil plusskunden unngå elsertifikatplikten som sådan så lenge hun selger til kraftleverandøren. Lovgiver skaper den ene siden av det tosidige insentivet som finnes i de andre statenes økonomiske støtteordninger.

Løsningen innebærer også mindre lovgivningsarbeid enn endring av § 18 (2). Samtidig ivaretas de øvrige produsentenes behov for innrettelse og forutberegnelighet da elsertifikatplikten omfang (for produsenter med forbruk eller anlegg over minstegrensen) fortsatt vil følge avgiftsvedtaket av 2011. Løsningen gjør at lovgiver samlet sett sender et entydig signal om hvordan plusskunden bør utnytte produsert kraft, og innebærer at elsertifikatordningens pliktregler enklere kan holde følge med den teknologiske utviklingen. Siden løsningen innebærer mindre lovgivningsarbeid enn endring av § 18 (2), og ivaretar markedsaktørenes behov for forutberegnelighet, må denne løsningen foretrekkes. Lovgiver bør derfor endre pliktregelen slik at plusskunder ikke er elsertifikatpliktige ved egenforbruk.

Jeg går nå over til gebyret. Det er ikke nødvendigvis slik at gebyret bør avskaffes helt i relasjon til plusskunder. Det er klart at staten har saksbehandlingskostnader med elsertifikatordningen, og at disse må betales av noen. Gebyret bør likevel *differensieres* i lys av plusskundens størrelse og inntjeningsmuligheter fra kraftproduksjonen. Man kan si at gebyrstrukturen ikke bare må nyansere mellom små, mellomstore og store produsenter, men mellom *mikro*, små, mellomstore, og store produsenter. Dette vil også være mer i tråd med den norske innfallsvinkelen til fornybar kraft. Reguleringsteknikken særpreges jo, som sagt, av markedsåpning og støtte til ny fornybar kraftproduksjon gjennom økonomiske støtte. Dersom begge endringene gjennomføres, har også norsk rett en økonomisk støtteordning som gir et tosidig insentiv til egenproduksjon av kraft.

Frem til gebyret endres, er det etter mitt skjønn riktig å si at elsertifikatordningen ikke er et virkemiddel for å fremme prosusjon. Norge er derfor det eneste landet av de fire jeg behandler, hvor statens primære støtteordning til ny fornybar kraftproduksjon, ikke har positive økonomiske virkninger for solkraftprosumenter. Norge er dessuten den eneste av de fire hvor den økonomiske støtteordningen utelukkende har negative konsekvenser for solkraftprosumenter.

6 AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER

6.1 INNLEDNING

I dette kapitlet kommer jeg med avsluttende overordnede betraktninger om avhandlingens tema. Jeg systematiserer virkemiddelbruken samlet, og besvarer avhandlingens overordnede spørsmål. Jeg skal også komme med mine egne refleksjoner i relasjon til hva som utgjør den mest hensiktsmessige reguleringen samlet sett. Før jeg går inn på dette, vil jeg kort si noe om reguleringsteknikkens betydning for reglens godhet i relasjon til prosumsjon.

6.2 OM FORHOLDET MELLOM REGULERINGSTEKNIKK OG REGLENES GODHET

Avhandlingen gir grunnlag for noen interessante betraktninger om forholdet mellom statenes reguleringsteknikk og innholdet i virkemiddelbruken. Jeg henviser til at jeg i kap. 2.4 antok at reguleringsteknikken i feed-in-systemene tilsa en mer helhetlig regulering i favør prosumenten.

På bakgrunn av funnene i avhandlingen, fremstår antakelsen min i kap. 2.4 som bare delvis riktig. Det er klart nok at den inngående reguleringen av kraftmarkedsretten i feed-in-systemene gir forbrukere både investeringstrygghet og gevinstutsikter. Dette tilsier at en *lex specialis* som regulerer varemarkedet i tillegg til økonomiske støtteordninger, har direkte betydning for hvorvidt staten har en regulering som gir investeringstrygghet og gevinstutsikter.

Samtidig viser avhandlingen at stater uten en slik *lex specialis* kan skape svært god markedsadgang, og svært gunstige tariffreguleringer for prosumenter. Dessuten, fungerer konkurranse for prosumenter. Avhandlingen viser også at stater kan utforme økonomiske støtteordninger som fungerer for prosumenter, uten å bruke et feed-in-system. Den svenske kraftmarkedsretten er et eksempel på dette. Selv om en *lex specialis* altså tilsier en mer helhetlig regulering av i favør prosumenter, er det altså ikke mulig å trekke en antitetisk konklusjon. Sagt med andre ord, det er ikke slik at mangelen på en *lex specialis* medfører en regulering av prosumenterets rettsstilling som ikke kan gi gevinstutsikter og investeringstrygghet. Tvert i mot viser spesielt svensk regulering at en slik *lex specialis* for fornybar kraft, ikke er nødvendig for å oppnå dette.

Reguleringsteknikken fremstår altså ikke som avgjørende for om virkemiddelbruken er gunstig for prosumenten. Det avgjørende er altså hvordan lovgiver bruker sin lovgivningskompetanse. Sagt med andre ord: Reglens materielle innhold, ikke

reguleringsteknikken, er avgjørende for å skape insentiv til prosumsjon. Det kan derfor spørres om det er andre måter å systematisere statene enn bare ut i fra reguleringsteknikken staten har brukt. Dette er tema i neste kapittel.

6.3 SYSTEMATISERING OG HENSIKTMESSIGHETSVURDERING

I dette kapitlet systematisere statenes reguleringsteknikk og virkemiddelbruk i kraftmarkedsretten som sådan, ikke innenfor den enkelte sektor.

Likhetene og ulikhetene mellom statenes kraftmarkedsrett viser klart nok at statene kan systematiseres etter sontringen feed-in-system/elsertifikatsystem. Etter en slik sontring står selvsagt dansk og tysk rett på den ene siden, og svensk og norsk på den andre. Ønsker man å være enda mer presis kan man katalogisere etter sontringen FiT-, FiP- og elsertifikatsystem.

Det finnes derimot andre måter å systematisere statene på som ikke gir samme katalogisering. En parameter er om virkemiddelbruken hovedsakelig særpreges av statsstyring mot aktørstyring. Man kan tenke seg en glideskala, hvor det ene ytterpunktet er total statsstyring, og det andre er total aktørstyring. Etter en slik parameter er det selvsagt klart at Tyskland må plasseres relativt nært ytterpunktet statsstyring. Jeg henviser spesielt til varemarkedsreguleringen, og til de økonomiske støtteordningene. Danmark på sin side, er noe mer aktørstyrt enn tysk rett, jf. spesielt markedsprisreguleringen. Dansk rett er derimot mer statsstyrt enn norsk og svensk rett og bør derfor plasseres nærmere tysk enn svensk og norsk rett.

Dette bringer oss over til den neste parameteren. Denne er hvorvidt statene har nyansert virkemiddelbruken i kraftmarkedsretten til prosumenten som typetilfelle. Også dette er en glideskala. Avhandlingen viser nemlig at kraftmarkedsretten i Tyskland, Danmark og Sverige på forskjellige måter er nyansert i relasjon til prosumenter. Jeg viser spesielt til at EEG beholdt FiT-systemet for prosumenter, at VE-loven oppstiller kjøpsplikt og pristillegg for prosumenter og unntak fra betalingsplikten for egenprodusert kraft, og at den svenske elsertifikatloven tar hensyn til at prosumenten forbruker det meste av produsert kraft selv. Svenske prosumenter er også gitt en særlig fordel ved innmating av overskuddskraft. Etter kriteriet nyanse, skiller norsk kraftmarkedsrett seg ut i negativ forstand. Fritaket fra andre tariffledd er svært beskjedent, og elsertifikatordningen er stort sett ikke nyansert mot prosumenten som typetilfelle.

Katalogiseres statene etter parameteren nyanse, er svensk rett mer lik feed-in-systemene enn det norske systemet. Når virkemiddelbruken katalogiseres etter parameteren nyanse, står norsk rett på den ene siden, og tysk, dansk og svensk rett på den andre. Det er likevel – som følge av varemarkedsreguleringen og de økonomiske støtteordningene i tysk

og dansk rett – riktig å si at tysk og dansk rett er *mer* nyansert mot prosumenten som typetilfelle enn svensk rett. Dette leder til en interessant bemerkning. Denne er at det er sammenfall mellom *statsstyring* og *nyansert* virkemiddelbruk. Dette er ikke særlig overraskende siden nyansert virkemiddelbruk for så vidt er betinget av lovgivning. Men, dette sammenfallet viser jo at det ikke nødvendigvis er nødvendig med et feed-in-system for å skape lovgivning som styrker investeringstryggheten og gevinstutsiktene. Lovgiver kan altså skape en kraftmarkedsrett som gir gode insentiv til forbrukere som ønsker å produsere kraft, uten å innføre et feed-in-system. Det avgjørende for god investeringstrygghet og gode gevinstutsikter fremstår derfor som nyansert lovgivning gjennom statsstyring. Dette bringer meg over til det neste spørsmålet, nemlig hva som er det mest hensiktsmessige.

I løpet av avhandlingen har jeg kommet med hensiktsmessighetsvurderinger av de materielle reglens innhold. Disse gjentas ikke her. Ulikhetene mellom statene som er påvist i avhandlingen, reiser nemlig spørsmålet: Hva er den mest hensiktsmessige reguleringen samlet sett for å fremme prosumsjon?

Ut i fra det avhandlingen har vist og det jeg har sagt ovenfor, er markedsåpning et helt nødvendig virkemiddel for å skape insentiv til prosumsjon. Dette er felles for statene, og jeg går derfor ikke nærmere inn på dette. I varemarkedet er det som vist store skiller. Kjøpsplikt og prisstyring fremstår som hensiktsmessige virkemidler siden prosumenten vet hun får solgt, og vet hun får rettferdig pris. Men, avhandlingen viser også at konkurranse fungerer for prosumenter. I Norge kan plusskunder til og med oppnå det *dobbelte* av det dansk prisreguleringen gir. Slik sett fremstår konkurranse som et hensiktsmessig virkemiddel i dag.

Solkraft er fortsatt veldig dyr per kWh.²²⁵ Investeringskostnadene medfører at prisen per produserte kWh overstiger markedsprisen i *vesentlig* grad. Slik sett fremstår ikke konkurranse eller styring av varemarkedet som tilstrekkelig for en hensiktsmessig regulering av prosumentens rettigheter og plikter. Det avgjørende er de økonomiske støtteordningene. En forutsetning må selvsagt være at den økonomiske støtteordningen klarer å skape et tosidig insentiv til prosumsjon. Som følge av at konkurranse fungerer og har gode grunner for seg i relasjon til pris for de øvrige sluttbrukerne, er det etter mitt skjønn den reguleringen som kombinerer konkurranse med tilstrekkelig økonomisk støtte til prosumenter den mest hensiktsmessige.

På denne bakgrunn er spørsmålet om hva som er mest hensiktsmessig egentlig et spørsmål om feed-in-premium-systemet eller elsertifikatsystemet er den mest

²²⁵ Sidelnikova et al. (2015), s. 95.

hensiktsmessige økonomiske støtteordningen. Det er jo bare i disse systemene prosumentens kompensasjon er konkurranseutsatt. I et feed-in-tariff-system er jo ikke prosumentens totale kompensasjon markedseksponert i det hele tatt.

På et overordnet nivå er det avgjørende skillet mellom FiP og elsertifikatsystemet etter mitt skjønn hvorvidt støttens størrelse er markedsstyrt eller ei. I et elsertifikatsystem vil prisen på elsertifikater synke jo mer ordningen fungerer. Da synker selvsagt også støttens størrelse. Dette reduserer kostnaden relatert til den økonomiske støtteordningen for sluttbrukeren, men er klart nok uheldig i lys av at fornybar kraft-investeringer er langsiktige. FiP-systemet gir lovgiver større mulighet til å ta hensyn til denne langsiktigheten fordi støttens størrelse er fiksert for et gitt antall år, og kan styres aktivt av lovgiver også etter dette. Slik kan forbrukeren som ønsker å investere i kraftproduksjon i større grad forutberegne den totale kostnaden forbundet med investering i fornybar kraftproduksjon. Samtidig er den totale kompensasjonen markedsstyrt. Dette har positiv betydning fordi kraftprisen må antas å synke som følge av økt tilbud (økt produksjon og dermed mer tilgjengelig kraft i markedet), og lavere etterspørsel siden prosumenten ikke kjøper like mye kraft som tidligere. Samlet sett fremstår derfor kombinasjonen av marked og statsstyring i et FiP-system som den mest hensiktsmessige reguleringen for å fremme prosumsjon.

6.4 SVARET PÅ AVHANDLINGENS OVERORDNEDE SPØRSMÅL

I dette kapitlet besvares avhandlingens overordnede spørsmål, jf. kap. 1.1. Spørsmålet som ble oppstilt var om kraftmarkedsretten er tilrettelagt for at forbrukere skal bli prosumenter. Spørsmålet var også hvordan den norske virkemiddelbruken er sammenliknet svensk, dansk og tysk virkemiddelbruk. Det er nå på tide å besvare disse spørsmålene.

Sammenliknet med de andre landene jeg har behandlet, er det samlet sett grunnlag for flere konklusjoner. For det første, at virkemidlene i Norge primært er anvendelse av alminnelig kraftmarkedsrett på et nytt typetilfelle. Dette trenger derimot ikke være noe problem dersom de generelle virkemidlene har positiv betydning for prosumenter. Dette leder til den andre konklusjonen, som er at de fleste virkemidlene fungerer godt for plusskunder. Jeg nevner transportmarksreguleringen og konkurranse. Sistnevnte stiller prosumenten i en svært gunstig stilling sammenliknet med andre kraftprodusenter.

Samtidig viser avhandlingen også at plusskunder er dårligere stilt enn andre nyfornybar-kraftprodusenter siden de ikke har tilgang til elsertifikatordningen *de facto*, og er dårligere stilt enn annen mikrokraftproduksjon fordi forbruket er beregningsrelevant. At konkurranse fungerer for plusskunder, mens elsertifikatordningen verken gir plusskunder *de facto* tilgang, eller unntar dem fra plikten til å inneha elsertifikater til annullering må ses

på bakgrunn av antakelsen min i kap. 2.3. Der antok jeg at konkurranse kunne være et hinder for plusskundens gevinstutsikter, mens økonomiske støtteordninger ville være gunstige for plusskunder. På denne bakgrunn er det noe ironisk at konkurranse fungerer, samtidig som plusskunden ikke er rettighetssubjekt *de facto*, men er pliktsubjekt. Samtidig tilsier det at konkurranse fungerer, at lovgiver kan skape enda mer insentiv til prosumsjon gjennom å effektivisere elsertifikatordningen. Jeg viser til forslagene i kap. 5.6.

Avhandlingen viser at andre stater både oppnår det samme, og går lenger enn norsk rett. I lys av at markedet fungerer, er de spesielt viktige forskjellene innenfor de økonomiske støtteordningene. Jeg henviser til alle de andre statenes økonomiske støtteordninger. Den norske elsertifikatordningen er den eneste økonomiske støtteordningen i de fire landene jeg behandler som ikke gir et tosidig insentiv til prosumsjon. Den samlede tilretteleggelsen av kraftmarkedsretten i prosumentens favør er derfor ikke like god i Norge som i de andre statene.

Juridisk teori fremhever Norge som et foregangsland hva gjelder utvikling og regulering av et velfungerende kraftmarked.²²⁶ Avhandlingen viser at samme karakteristikker ikke kan brukes om norsk utvikling og regulering av prosumentens rettigheter og plikter i kraftmarkedsretten.

²²⁶ Wasenden (2007), s. 24 med videre henvisninger.

Kildeliste

Norske lover & forskrifter

Forskrift om måling, avregning, fakturering av netttjenester og elektrisk energi, nettselskapets nøytralitet mv (avregningsforskriften).

Forskrift om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energilovforskriften/enlf.).

Forskrift om systemansvaret i kraftsystemet (Systemansvarforskriften).

Forskrift om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffes (kontrollforskriften/kf.).

Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

Lov om burettslag (burettslagslova).

Lov om elsertifikater (elsertifikatloven/elsertl.).

Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven/enl.).

Lov om pant (panteloven/pantel.).

Norske forarbeider

Innst. 207 L (2015-2016).

Innst. 379 L (2010-2011).

Innst. 401 S (2015-2016).

Innst. O. nr. 67. (1989-90).

Meld. St. 25 (2015-2016) Kraft til endring.

NOU 2004:4

NOU 2012:9

Ot.prp.nr.43 (1989-1990).

Prop.101 L (2010-2011)

Norsk Høyesteretts dommer & kjennelser

Rt. 2005 s. 65 (KILE-dommen).

EU-direktiver

Direktiv 2009/28/EC.

Direktiv 2009/72/EC

Direktivforslag

Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity (recast) pt. COM (2016) 864.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), 2016.

Folkerettslige og overnasjonale avtaler

Avtale mellom Kongeriket Norges regjering og Kongeriket Sveriges regjering om et felles marked for elsertifikater.

Treaty on the Functioning of the European Union.

EU-domstolens dommer & kjennelser

C-239/07 (Julius Sabatauskas and Others). Vol. ECLI:EU:C:2008:551.

C-439/06 (citiworks AG). Vol. ECLI:EU:C:2008:298.

C-492/14 (Essent Belgium NV). Vol. ECLI:EU:C:2016:732.

C-573/12 (Åland Vindkraft). Vol. ECLI:EU:C:2014:2037.

C-262/12 (Vent De Colère!). Vol. ECLI:EU:C:2013:851.

Forente saker C-204/12 til C-208/12 (Essent Belgium I). Vol. ECLI:EU:C:2014:2192.

T-210/07 (RSA Security Ireland mot Kommisjonen).

Juridisk teori

Andenæs (2009). Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. 2. utg. ed. Oslo: M.H. Andenæs, 2009.

Arnesen et al. (2016). Arnesen, Finn, Ulf Hammer, Per Håkon Høisveen, Knut Kaasen, og Dagfinn Nygaard. "Energy law in Norway." In *Energy law in Europe : national, EU and international regulation*, edited by Martha M. Roggenkamp, Catherine Redgewell, Anita Rønne, og Inigo Del Guayo. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Basse (2011). Basse, Ellen Margrethe. *Vedvarende energi : de lovgivningsmæssige rammebetingelser*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

Bengtsson & Gilland Bengtsson, Jens og Birgit Gilland. *Kommentarer til Elforsyningsloven*. Karnovgroup.dk. https://pro.karnovgroup.dk/document/7000757718/1-LBKG2016418_NKAR1

Bjerke (2013). Bjerke, Line Ramm. *Energiloven § 3-4 : nettilknytning og koordinering i kraftsektoren*. Vol. 422. Oslo: Sjørettsfondet, 2013.

Bjørnebye (2009). Bjørnebye, Henrik. *Investing in EU energy security : Exploring the regulatory approach to tomorrow's electricity production*. Vol. no. 17. Oslo: Faculty of Law, University of Oslo, 2009.

Cabau & Ennsner (2016). Cabau, Emmanuel og Benedikt Ennsner. "National Regulatory Authorities." In *EU energy law : Vol. 1 : The Internal energy market*, edited by Anthony Doherty og Christopher W. Jones, vol Vol. 1. Deventer: Claeys & Casteels, 2016.

Deruytter & Gelfhof (2014). Deruytter, Thomas og Wouter Geldhof. "Legal Issues Concerning the Decentralised Energy Production Investment Climate." In *EU Energy Law and Policy Issues*, edited by Bram Delvaux, Michael Hunt, og Kim Talus. Cambridge: Intersentia, 2014.

Doherty (2016). Doherty, Anthony. "Retail market development and public service obligations." In *EU energy law : Vol. 1 : The Internal energy market*, edited by Anthony Doherty og Christopher W. Jones, vol Vol. 1. Deventer: Claeys & Casteels, 2016.

Drijber (2014). Drijber, Berend Jan. "EU Case Law Applying to the Energy Sector and the Protection of Consumers, Environment and Investments: A Review." In *European Energy Law Report X*, edited by Martha Margrethe Roggenkamp og Henrik Bjørnebye, vol 16. Cambridge: Intersentia, 2014.

Eckhoff (2001). Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. Edited by Jan E. Helgesen. 5 ed. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.

Eide & Stavang (2008). Eide, Erling og Endre Stavang. *Rettsøkonomi*. Oslo: Cappelen Akademiske forlag, 2008.

Falch (2004). Falch, Ingvald. *Rett til nett : konkurranse i nettbundne sektorer*. Oslo: Universitetsforl., 2004.

Fouquet & Prall (2005). Fouquet, Dörte og Ursula Prall. "Renewable Energy Sources in the Internal Electricity Market: The German Feed-in Model and its Conformity with Community Law " *Journal for European Environmental & Planning Law* 2, no. 4 (2005): 309-24. <http://dx.doi.org/Fouquet & Prall>.

Haukeland Fredriksen & Mathisen (2014). Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 2. utg. ed. Bergen: Fagbokforl., 2014.

Gram Mortensen (2004). Gram Mortensen, Bent Ole. *Elforsyningsloven : med kommentarer*. 2. utg. ed. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.

Gräper, Schoser & Papsch (2016). Gräper, Floris, Christof Schoser, og Jan Papsch. "Third Party Access." In *EU energy law: The Internal energy market*, edited by Anthony Doherty og Christopher W. Jones, vol Vol. 1. Deventer: Claeys & Casteels, 2016.

Hammer (2002A). Hammer, Ulf. "Kraftmarked og nettmonopol." In *Vassdrags- og energirett*, edited by Thor Falkanger og Kjell Haagenen. Oslo: Universitetsforlaget, 2002A.

Hammer (1994). Hammer, Ulf. "Omorganisering av kraftmarkedet." *Marius*, no. 204 (Juni 1994). <http://dx.doi.org/Hammer>.

Hammer (2012). Hammer, Ulf. "The Role of Energy Networks in Facilitating Renewables in Norway." In *Energy Networks and the Law*, edited by Martha M. Roggenkamp, Lila Barrera-Hernández, Donald N. Zillman, og Inigo del Guayo: Oxford University Press, 2012.

Hammer (1999). Hammer, Ulf. *Tilrettelegging av kraftmarkedet : en studie i reguleringen av nettets koordinerende funksjoner*. Oslo: Cappelen akademisk forl., 1999.

Heffron & Talus (2016). Heffron, Raphael J. og Kim Talus. "The evolution of energy law and energy jurisprudence: Insights for energy analysts and researchers." *Energy Research & Social Science* 19 (2016): 1-10. <http://dx.doi.org/Heffron & Talus>.

Herscuth (2010). Herscuth, Andrea. "Grid Issues." In *EU Energy Law : Renewable Energy Law and Policy in the European Union*, edited by Paul Hodson, Christopher Jones, og Hans Van Steen, vol 3, bok 1. Leuven, Belgia: Claeys & Casteels, 2010.

Horn (2015). Horn, Jan Petter Georg. *Fornybarsatsingen og lov om elsertifikater - en rettsøkonomisk analyse*. Vol. 198. Privius. Oslo: Privatrettsfondet, 2015.

Howes (2010). Howes, Tom. ""Trading" renewable energy and types of national support schemes." In *EU Energy Law : Renewable Energy Law and Policy in the European Union*, edited by Paul Hodson, Christopher Jones, og Hans Van Steen, vol 3 bok 1. Leuve, Belgia: Claeys & Casteels, 2010.

Jones (2010). Jones, Christopher. "Introduction." In *EU Energy Law: Renewable Energy Law and Policy in the European Union*, edited by Paul Hodson, Christopher Jones, og Hans Van Steen, vol vol. 3. Leuven, Belgia: Claeys & Casteels, 2010.

Jones & Vermeeren (2016). Jones, Christopher og Ruben Vermeeren. "Creating competition on the generation market." In *EU energy law : Vol. 1 : The Internal energy market*, edited by Anthony Doherty og Christopher W. Jones, vol Vol. 1. Deventer: Claeys & Casteels, 2016.

Jones (2016). Jones, Christopher W. "Introduction." In *EU energy law : Vol. 1 : The Internal energy market*, edited by Anthony Doherty og Christopher W. Jones, vol Vol. 1. Deventer: Claeys & Casteels, 2016.

Kottasz (2010). Kottasz, Emese. "Administrative barriers." In *EU Energy Law : Renewable Energy Law and Policy in the European Union*, edited by Paul Hodson, Christopher Jones, og Hans Van Steen, vol 3, bok 1. Leuven, Beliga: Claeys & Casteels, 2010.

Lando (2009). Lando, Ole. *Kort indføring i komparativ ret*. 3. utgave ed. Danmark: Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2009.

Menges (2013). Menges, Roland. "Supporting renewable energy on liberalised markets: green electricity between additionality and consumer sovereignty." *Energy Policy* 31, 7 utgave (Juni 2003 2013): 583-96. <http://dx.doi.org/Menges>.

Mikkelsen & Hansen (2013). Mikkelsen, Maria Therese og Dag Horsberg Hansen. *Elsertifikatloven : med kommentarer*. Oslo: Gyldendal juridisk, 2013.

Nesdam (2007). Nesdam, Anne-Karin. "Det indre transportmarkedet : en analyse av virkemiddelbruken i den fellesskapsrettslige energimarkedslovgivningen." Anne-Karin Nesdam, 2007.

Nygaard (2004). Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utg. ed. Bergen ; Oslo: Universitetsforl., 2004.

Naas-Bibow, Martinsen et al. (2011). Naas-Bibow, Jens, Gunnar Martinsen, Charlotte Heberg Trondal, Hallvard Gilje Aarseth, Tor Sandsbraaten, Nina Borthen, Jens Johannes Andenæs, og Roar Berge. *Energiloven med kommentarer*. 2 ed. Oslo: Gyldendal akademisk, 2011.

Petersen & Thomas (2011). Petersen, Malte og Henning Thomas. *Energy Law in Germany*. Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

Hammer (2012). Roggenkamp, Martha M., Donald N. Zillman, Lila Barrera-Hernández, og Inigo del Guayo. "The Role of Networks in Changing Energy Markets and the Need for Innovative Solutions." In *Energy networks and the law : innovative solutions in changing markets*, edited by Martha M. Roggenkamp, Lila Barrera-Hernández, Donald N. Zillman, og Inigo del Guayo. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Rønne (2016). Vedder, Hans, Anita Rønne, Martha M. Roggenkamp, og Inigo del Guayo. "EU Energy Law." In *Energy law in Europe : national, EU and international regulation*, edited by Martha M. Roggenkamp, Cathrine Redgwell, Anita Rønne, og Inigo del Guayo. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Rønne (2012). Rønne, Anita. "Smart Grids and Intelligent Energy Systems: A European Perspective." In *Energy networks and the law : innovative solutions in changing markets*, edited by Martha M. Roggenkamp. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Sunde (2017). Sunde, Jørn Øyrehaugen. "Managing the Unmanageable - An Essay Concerning Legal Culture as an Analytical Tool." In *Comparing legal cultures*, edited by Søren Koch, Knut Einar Skodvin, og Jørn Øyrehaugen Sunde. Bergen: Fagbokforl., 2017.

Talus (2013). Talus, Kim. *EU energy law and policy : a critical account*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Talus (2016). Talus, Kim. *Introduction to EU Energy Law*. 1 ed.: Oxford University Press, 2016.

Tomain & Cudahy (2016). Tomain, Joseph P. og Richard D. Cudahy. *Energy law in a nutshell*. 3rd ed. ed. Energy law, 2016.

Wasenden (2007). Wasenden, Odd-Harald B. *Energimarkedsrett : Om informasjonsplikt og markedsatferd i det finansielle kraftmarkedet*. Oslo: Cappelen Akademiske Forlag, 2007.

Zweitgert & Kötz (1998). Zweitgert, Konrad og Hein Kötz. *Introduction to comparative law*. 3rd rev. ed. ed. Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Oxford: Clarendon Press, 1998.

Andre lands lover & forskrifter

Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), 2005.

Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG). BGB nr. 1 s. 1066, 2014.

Förordning (1994:1806) om systemansvaret för el.

Förordning (1999:716) om mätning, beräkning och rapportering av överförd el.

Förordning (2011:1480) om elcertifikat.

Gesetz zur Weiterentwicklung des Strommarktes (Strommarktgesetz).

Lag (2003:113) om elcertifikat.

Lag (2011:1200) om elcertifikat.

Lovbekendtgørelse nr.1141 af 29. august 2016 (VE-loven).

Lovbekendtgørelse nr. 1329 af 25. november 2013 (elforsyningsloven).

SFS 1997:857 Ellag (1997:857).

Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV).

Stromsteuergesetz (StromStG), 1999.

Andre lands forarbeider

Prop 2009/10:51.

Prop 2010/11:155 En ny lag om elcertifikat.

Ikke-juridisk teori

Flaute et. al (2017). Flaute, Markus, Anett Großmann, Christian Lutz, og Anne Nieters. "Macroeconomic Effects of Prosumer Households in Germany." *International Journal of Energy Economics and Policy* 7, no. 1 (2017): 146-55. <http://dx.doi.org/Flaute et. al>.

Klessmann, Nabe & Burges (2008). Klessmann, Corinna, Christian Nabe, og Karsten Burges. "Pros and cons of exposing renewables to electricity market risks—A comparison of the market integration approaches in Germany, Spain, and the UK." *Energy Policy* 36, no. 10 (2008): 3646-61. <http://dx.doi.org/Klessmann, Nabe & Burges>.

Sidelnikova et al. (2015). Sidelnikova, Maria, David Edward Weir, Lisa Henden Groth, Karen Nybakke, Kjell Erik Stensby, Benedicte Langseth, Jon Erling Fønnelep, Olav Isachsen, Ingrid Haukeli, Synnøve-Lill Paulen, Ingrid Magnussen, Leif Inge Husabø, Torgeir Ericson, og Thomas Håbu Qureishy. *Kostnader i energisektoren*. Vol. nr. 2/2015: NVE, 2015.

Sommerfeldt, Muyingo og Klintberg (2016). Sommerfeldt, Nelson, Henry Muyingo, og Tord af Klintberg. "Photovoltaic Systems for Swedish Prosumers." (2016). <http://dx.doi.org/Sommerfeldt, Muyingo og Klintberg>.

Norske vedtak & forvaltningsuttalelser

NVE (2003). *Eidsfos Verk*. NVE, 2003.

NVE & Energimyndigheten (2016). *Et norsk-svensk elsertifikatmarked - Årsrapport for 2015*. NVE & Energimyndigheten, 2016.

Toll og avgiftsdirektoratet, "Avgift på elektrisk kraft - forespørsel om kraft fra plusskunder." 2013. NVEs referanse: 201300612ep/bfl

Toll og avgiftsdirektoratet (2014). "Avgift på elektrisk kraft- høring for endringer i kontrollforskriften og avregningsforskriften." 2014.

Energimyndigheten & NVE (2017). Energimyndigheten og NVE. *Elsertifikater: Kvartalsrapport nr. 1 2017*. 2017. https://www.nve.no/Media/5565/1kv17_kvartalsrapport-for-elsertifikater.pdf

NVE (2016F). Fladen, Bjørnar Araberg og Erlend Sandnes. *Endringer i kontrollforskriften vedrørende plusskundeordningen*.

http://publikasjoner.nve.no/rapport/2016/rapport2016_47.pdf:

NVE (2014). NVE. *Forslag til endringer i forskrift om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffers forskrift om måling, avregning og samordnet opptreden ved kraftomsetning og fakturering av netttjenester Endringer vedrørende plusskunder og skattesats*. 2014.

NVE (2015C). "Innmatingsstariffer." Sist besøkt 28. mai, 2017.

<https://www.nve.no/elmarkedstilsynet-marked-og-monopol/netttjenester/nettleie/tariffer-for-produksjon/innmatingsstariffer/>.

NVE (2016D). "Plusskunder." Sist besøkt 25. april, 2017.

<https://www.nve.no/elmarkedstilsynet-marked-og-monopol/netttjenester/nettleie/tariffer-for-produksjon/plusskunder/>.

NVE (2016C). NVE. *Vedtak i relasjon til klage på manglende informasjon fra Hafslund Nett ifm. levering av strøm fra plusskunder*. NVE, 2016C.

OED (2012). OED. *Differensiering av gebyr - godkjennelsesgebyret under elsertifikatordningen*. edited by Olje og Energidepartementet: OED, 2012.

Andre lands forvaltningsvedtak & -uttalelser

Bekendtgørelse om nettoafregning for egenproducenter af elektricitet. 20/06/2016, BEK nr. 999 af.

Avtaler

Lyses plusskundeavtale.

Lyse Nett (2016). Nett, Lyse. *Solstrømvavtale*. Lyse, 2016. <https://sol.lyse.no/stromavtale/>

Otovo. "Otovos solstrømvavtale." Sist besøkt 29. mai, 2017.

<https://www.otovo.no/solstrom/betingelser>.

Diverse

Avgiftsvedtaket 2011, 2011.

The Wire, The Detail (s.01, E.2).

Brundtland-kommisjonen (1990). *Our Common Future*. World Commission on Environment and Development (Brundtland-kommisjonen), 1990.

Council of European Energy Regulators (2015). *Status Review of Renewable and Energy Efficiency Support Schemes in Europe in 2012 and 2013*. Brussels: Council of European Energy Regulators, 2015.

Telefonsamtale med Energinet.dk.

E-post-korrespondanse med Energimyndigheten. 2017.

Europaparlamentet (2016). Europaparlamentet. *Understanding electricity markets in the EU*. 2016.

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593519/EPRS_BRI\(2016\)593519_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593519/EPRS_BRI(2016)593519_EN.pdf)

NVE (2016E). *Epostkorrespondanse med NVE.*

NVE (2016A). "Oversikt over elsertifikatberettigede." Sist besøkt 29. mai, 2017.

<https://www.nve.no/energiforsyning-og-konsesjon/elsertifikater/elsertifikater-behandlede-anlegg/>.