

Notat om Energinets udstedelse af forskrifter

1. INDLEDNING OG BAGGRUND

I 2014 vurderede vi, om Energinets rammer for udstedelse af forskrifter var hensigtsmæssige og i overensstemmelse med almindelige retssikkerhedsprincipper. Vores vurdering indeholdt en række anbefalinger til ændringer i rammerne for Energinets regelproduktion.

På side 3 i vores notat af 23. august 2015 om rammerne for Energinets udstedelse af forskrifter anbefalede Kammeradvokaten følgende:

- *”Der foretages en gennemgang af samtlige ENDK's forskrifter med henblik på at få udskilt retligt bindende regler i bekendtgørelser og vejledende regler i vejledninger. Forskrifterne bør affattes på en ensartet måde. Det vil øge overskueligheden for de virksomheder, som forskrifterne retter sig mod. I lyset af den måde forskrifterne hidtil har været affattet på, bør det overvejes at lade Energitilsynets metodegodkendelse omfatte en vurdering af, om forskrifterne opfylder de krav, der almindeligvis må stilles til affattelse af administrative forskrifter.*
- *Der bør tilvejebringes et klarere hjemmelsgrundlag for udstedelse af forskrifter, der regulerer rammer og forudsætninger for elmarkedet (markedsforskrifter). I de hjemmelsmæssige overvejelser bør indgå, at hjemlen skal kunne rumme et snarligt behov for udstedelse af markedsforskrifter som følge af EU-regulering (network codes).*
- *Der bør ved lejlighed tilvejebringes en mere klar hjemmel i ELF for klageadgangen til Energitilsynet. Det bør overvejes, om alle forskrifterne i deres helhed skal kunne påklages, eller om klageadgangen skal afskæres i forhold til bestemte forskrifter eller bestemte dele af forskrifterne. Energitilsynets sagkundskab i forhold til at kunne vurdere de enkelte klagepunkter, herunder meget teknisk prægede dele, må indgå i denne vurdering.*

- *Sanktionssystemet bør gennemgås. Håndhævelsesbehovet i forhold til de enkelte forskrifter må afdækkes. Det må herefter vurderes, hvordan en eventuel overtrædelse **skal** kunne sanktioneres. Sanktionstypen skal afspejle håndhævelsesbehovet og skal skabe incitament til ikke at overtræde forskrifterne (være disciplinerende). I punkt 6.3 nedenfor er der givet eksempler på sanktionsmodeller, som kan indgå i vurderingen.*
- *Der bør tages stilling til, om ENDK's forskrifter skal indføres i lovtidende som den bindende kundgørelsesform.”*

Energinet har efterfølgende arbejdet med Kammeradvokatens anbefalinger, og i juni 2020 færdiggjorde Energinet gennemgangen og opdelingen af forskrifterne i overensstemmelse med anbefalingerne.

Energistyrelsen er i gang med udarbejdelse af et lovforslag om ændring af elforsyningsloven, herunder eventuelle ændringer af udstedelse og tilsyn med forskrifter. I den forbindelse har Energistyrelsen anmodet Kammeradvokaten om en fornyet vurdering af følgende:

1. Hjemmelgrundlaget i elforsyningsloven for udstedelse af de gennemførelsesforanstaltninger, der er reguleret i elmarkedsforordningens artikel 62
2. Behovet for kundgørelse af markedsforskrifter
3. Reglerne for klageadgang og sanktion

2. KONKLUSION

På baggrund af nedenstående gennemgang er det min vurdering, at:

- den nuværende regulering i ELF § § 28, stk. 3, jf. systemansvarsbekendtgørelsens § 7, stk. 3 og § 8, stk. 3, udgør en tilstrækkelig hjemmel til at kunne udstede de i elmarkedsforordningens artikel 62 omtalte mere detaljerede regler om tekniske forskrifter og markedsforskrifter end dem, der er indeholdt i elmarkedsforordningen og de EU-retlige netværksregler og retningslinjer.
- gode grunde taler for, at de retssikkerhedsmæssige hensyn, som ligger til grund for lovtidendelovens kundgørelseskrav, ikke hindrer, at markedsforskrifter kan undtages i henhold til lovtidendelovens § 2, stk. 2, ved en udvidelse af ELF § 92 a. Eftersom det er en vurdering, der skal foretages af Retsinformation, anbefaler jeg, at spørgsmålet også drøftes med Retsinformation, inden Energistyrelsen og Energinet træffer endelig beslutning om at undtage markedsforskrifterne for kundgørelse i Lovtidende.

- der er tilstrækkelig hjemmel til at klage over Energinets *forskrifter* i ELF § 78, stk. 5, jf. systemansvarsbekendtgørelsens § 7, stk. 3 og § 8, stk. 3.
- det vil af bl.a. retssikkerhedsmæssige grunde være hensigtsmæssigt at indføre tvangsbøde som en sanktionsmulighed for Energinet ved manglende overholdelse af påbud efter ELF § 31, stk. 3, 1. pkt., forinden der kan ske udelukkelse fra DataHub'en, jf. § 31, stk. 3, 2. pkt.

3. HJEMMELGRUNDLAGET FOR UDSTEDELSE AF FORSKRIFTER

3.1.1 *Elforsyningsloven og systemansvarsbekendtgørelsen*

Bekendtgørelse nr. 2245 af 29. december 2020 om systemansvarlig virksomhed og anvendelse af eltransmissionsnettet m.v. (systemansvarsbekendtgørelsen) indeholder bestemmelser om Energinets udstedelse af forskrifter. Bekendtgørelsen er bl.a. udstedt med hjemmel i § 26, stk. 3, og § 28, stk. 3, i lov om elforsyning, jf. lovbekendtgørelse nr. 119 af 6. februar 2020, som senest ændret ved lov nr. 984 af 12. maj 2021 (ELF).

Det fremgår af ELF § 26, stk. 1 og 2, at anlæg, installationer og brugere skal opfylde visse standarder og krav for at kunne tilslutte sig det kollektive elforsyningsnet. Stk. 3 bemyndiger energi-, forsynings- og klimaministeren til at fastsætte nærmere regler om de i stk. 1 og 2 nævnte forhold, herunder til at bestemme, at visse tekniske standarder og krav for adgang til og benyttelse af det kollektive elforsyningsnet skal fastsættes af Energinet. Bestemmelsens stk. 3 har følgende ordlyd:

”Stk. 3. Energi-, forsynings- og klimaministeren kan fastsætte nærmere regler om de i stk. 1 og 2 nævnte forhold, herunder bestemme, at visse tekniske standarder og krav for adgang til og benyttelse af det kollektive elforsyningsnet skal fastsættes af Energinet. Ministeren kan endvidere bestemme, at en netvirksomhed kan fastsætte supplerende tekniske krav for adgang til tilslutning til virksomhedens elforsyningsnet, som er nødvendige for opretholdelsen af den tekniske kvalitet i elforsyningsnettet i netvirksomhedens netområde. Ministeren kan fastsætte nærmere regler om netvirksomheders fastsættelse af sådanne krav.” (Min understregning)

ELF § 26 blev indsat med hovedloven fra 1999. Af lovbemærkningerne til bemyndigelsesbestemmelsen fremgik følgende:

”Miljø- og energiministeren kan ... fastsætte nærmere regler herom, herunder bestemme at visse tekniske krav og standarder skal fastlægges af den systemansvarlige virksomhed. Der har ikke

været tilsvarende bestemmelser i den hidtil gældende el-forsyningslov. Den systemansvarlige virksomhed udarbejder i dag i samarbejde med netselskaberne egenhændigt de tekniske specifikationer for tilslutning af anlæg til det offentlige elforsyningsnet. Den systemansvarlige virksomhed forventes fortsat at varetage dette arbejde. Forskrifterne skal være objektive og ikke-diskriminerende, og tage rimeligt hensyn til de enkelte kategorier af brugeres tekniske- og økonomiske formåen.”

ELF § 28, stk. 2, indeholder en opstilling af de opgaver, som Energinet skal udføre. Det fremgår bl.a. af § 28, stk. 2, nr. 12, at Energinet skal udarbejde forskrifter for netvirksomhedernes målinger. Derudover blev § 28, stk. 2, nr. 13, indsat ved lov nr. 633 af 16. juni 2014. Efter denne bestemmelse skal ENDK udarbejde forskrifter, ”*som er nødvendige for elmarkedets funktion, herunder forskrifter om aktørernes pligter og rettigheder*”.

Af de specielle bemærkninger til § 28, stk. 2, nr. 13 fremgår:

”Energinet.dk har allerede i dag adgang til at udarbejde forskrifter, der retter sig til aktørerne på elmarkedet. Energinet.dk kan således efter bestemmelsen i § 26, stk. 3, efter bemyndigelse fra klima-,energi- og bygningsministeren fastsætte visse tekniske standarder og krav for adgang til og benyttelse af det kollektive elforsyningsnet. Efter bestemmelsen i § 28, stk. 2, nr. 12, som bliver nr. 11, kan Energinet.dk udarbejde forskrifter for netvirksomhedernes målinger. Efter § 31, stk. 2, kan Energinet.dk stille vilkår for brugernes adgang til at benytte virksomhedens ydelser. Disse vilkår skal være objektive, ikkediskriminerende og offentligt tilgængelige og kan vedrøre:

- 1) økonomiske forhold, herunder krav om sikkerhedsstillelse for udgifter eller risiko for udgifter, som Energinet.dk påtager sig på brugerens vegne, eller som er forbundne med brugen af Energinet.dk’s ydelser,*
- 2) krav til indrapportering og formidling af data og andre informationer af relevans for Energinet.dk’s arbejde og*
- 3) forhold, som bidrager til at sikre bedst mulig konkurrence for produktion og handel med elektricitet.*

Der er således tale om, at Energinet.dk i dag kan udarbejde forskrifter eller stille vilkår vedrørende såvel tekniske forhold, som forhold vedrørende elmarkedets funktion. I de senere år har der imidlertid vist sig et stigende behov for, at Energinet.dk tillige opstiller rammer, der vedrører elmarkedets funktion. Det kan give anledning til tvivl, hvorvidt en forskrift primært er af teknisk karakter, eller hvorvidt der er tale om en forskrift, der tillige retter sig mod at regulere forhold på elmarkedet. Der vil ofte kunne være tale om en glidende overgang. Da der nu igen skal udstedes forskrifter bl.a. i relation til engrosmodellen, er det vurderingen, at der bør

tilvejebringes et klart selvstændigt hjemmelsgrundlag for udstedelse af forskrifter om elmarkedets funktion. Med forslaget til ny § 28, stk. 2, nr. 12, præciseres, at Energinet.dk udover at kunne stille vilkår efter § 31, stk. 2, som bidrager til at sikre bedst mulig konkurrence for produktion og handel med elektricitet, tillige kan indarbejde sådanne forhold i Energinet.dk's generelle forskrifter. Disse forskrifter udarbejdes i et samarbejde med relevante aktører, metodegodkendes af det uafhængige Energitilsyn inden disse kan anvendes, og offentliggøres på Energinet.dk's hjemmeside. Hvor det er muligt, er det derfor også af retssikkerhedsmæssige grunde at foretrække, at generelle rammer for elmarkedets funktion mv. sker gennem udarbejdelse af forskrifterne og ikke gennem individuelle vilkår stillet af Energinet.dk. Efter § 28, stk. 3, kan klima-, energi- og bygningsministeren fastsætte nærmere regler om indholdet og udførelsen af de opgaver, som påhviler Energinet.dk i medfør af bestemmelserne i stk. 2, herunder den foreslåede præcisering om adgangen til at udarbejde markedsforskrifter, jf. forslaget til ny § 28, stk. 2, nr. 12. Der er således tale om, at Energinet.dk's adgang til at udarbejde forskrifter om markedsforhold sker i overensstemmelse med regler herom fastsat af ministeren.” (Min understregning)

Efter § 28, stk. 3, kan ministeren fastsætte nærmere regler om de opgaver, der påhviler ENDK efter bestemmelsen i stk. 2.

Det fremgår af elforsyningslovens § 31, at Energinet ved udførelsen af sine opgaver skal bidrage til at sikre de bedst mulige betingelser for konkurrence på elmarkedet. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”§ 31. Energinet skal ved udførelsen af sine opgaver bidrage til at sikre, at der skabes de bedst mulige betingelser for konkurrence på markeder for produktion og handel med elektricitet, jf. § 1, stk.

Stk. 2. Energinet kan stille vilkår for brugernes adgang til at benytte virksomhedens ydelser. Disse vilkår skal være objektive, ikkediskriminerende og offentligt tilgængelige og kan vedrøre:

- 1) økonomiske forhold, herunder krav om sikkerhedsstillelse for udgifter eller risiko for udgifter, som Energinet påtager sig på brugerens vegne, eller som er forbundne med brugen af Energinets ydelser,*
- 2) krav til indrapportering og formidling af data og andre informationer af relevans for Energinets arbejde og*
- 3) forhold, som bidrager til at sikre bedst mulig konkurrence for produktion og handel med elektricitet.*

Stk. 3. Energinet kan meddele påbud til brugere, der groft eller gentagne gange tilsidesætter vilkår efter stk. 2. Ved manglende opfyldelse af et påbud kan Energinet træffe afgørelse om, at brugeren helt eller delvis udelukkes fra at gøre brug af Energinets ydelser, indtil vilkåret opfyldes. Dette gælder dog ikke i forhold til en netvirksomhed, når tilsidesættelsen angår vilkår som nævnt i stk. 2, der vedrører virksomhedens bevillingspligtige aktivitet. I disse tilfælde skal Energinet orientere klima-, energi- og forsyningsministeren om forholdet.

Stk. 4. Afgørelser truffet af Energinet efter denne bestemmelse kan indbringes for Forsyningstilsynet, jf. dog stk. 5.

Stk. 5. Afgørelser truffet af Energinet efter stk. 3, der medfører afregistrering af en virksomhed som bruger af datahubben, kan af den virksomhed, som afgørelsen vedrører, forlanges indbragt for domstolene. Anmodning herom skal fremsættes over for Energinet, inden 4 uger efter at afgørelsen er meddelt virksomheden. Afgørelsen skal indeholde oplysninger herom. Energinet anlægger sag mod den pågældende virksomhed efter retsplejelovens regler om borgerlige sager. Domstolsprøvelsen har ikke opsættende virkning.”

Bestemmelsen i § 31, stk. 1, blev indsat med hovedloven fra 1999. Bestemmelsen i stk. 2 blev indsat ved en lovændring i 2006 (lov nr. 520 af 7. juni 2006), og af lovbemærkningerne fremgik bl.a. følgende:

”Lovens § 26 og § 28 indeholder bestemmelser, som giver mulighed for, at der kan fastsættes tekniske krav og standarder som betingelse for at være eller blive tilsluttet det kollektive elforsyningsnet ...

Denne regulering skal ses i sammenhæng med bestemmelsen i § 31, stk. 1, hvorefter den systemansvarlige virksomhed skal bidrage til at sikre, at der skabes de bedst mulige betingelser for konkurrence på markeder for produktion og handel med el. Loven giver imidlertid ikke den systemansvarlige virksomhed udtrykkelig mulighed for at fastsætte vilkår, som regulerer markedsaktørernes brug af de ydelser, som den systemansvarlige virksomhed stiller til rådighed for at skabe de bedst mulige forudsætninger for konkurrence på elmarkedet. [...]

Det er endvidere centralt, at den systemansvarlige virksomhed kan fastsætte vilkår, som regulerer de spilleregler, som aktørerne skal følge for at sikre, at der skabes de bedst mulige rammer for et velfungerende marked for produktion og handel med elektricitet, jf. § 31, stk. 2. Det drejer sig f.eks. om opstilling af beregningsmetoder for betaling af balancekraft, herunder

udarbejdelse af standardkontrakter, fastlæggelse af hvilke IT-standarder, der skal anvendes af markedsaktørerne, m.v.”

ELF § 26, stk. 3, og § 28, stk. 3, er udmøntet ved systemansvarsbekendtgørelsen. Bekendtgørelsens § 7, der regulerer Energinets udstedelse af forskrifter, blev senest ændret ved bekendtgørelse nr. 1402 af 13. december 2019, og lyder således:

”§ 7. Energinet skal efter drøftelse med net- og transmissionsvirksomheder udarbejde forskrifter for benyttelsen af det kollektive elforsyningsnet, som er nødvendige for, at Energinet kan varetage sine opgaver. Forskrifterne skal indeholde følgende:

- 1) Tekniske forskrifter for tilslutning af elproduktionsanlæg til det kollektive elforsyningsnet.*
- 2) Tekniske forskrifter for tilslutning af elforbrugsanlæg til transmissionsnettet.*
- 3) Forskrifter for adgang til og benyttelse af det kollektive elforsyningsnet.*
- 4) Forskrifter for aktørernes forpligtelser, som sætter Energinet i stand til at opretholde den tekniske kvalitet og balance inden for det sammenhængende elforsyningsnet m.v.*

Stk. 2. De forskrifter, som Energinet fastsætter i medfør af stk. 1, skal være tilgængelige for brugere og potentielle brugere af det kollektive elforsyningsnet. Historiske forskrifter skal på tilsvarende måde være tilgængelige for interesserede parter. Forskrifterne skal anmeldes til Forsyningstilsynet.

Stk. 3. Klager over forskrifter, som Energinet fastsætter efter stk. 1, kan indbringes for Forsyningstilsynet. Forsyningstilsynet kan give pålæg om ændring af forskrifterne.

Stk. 4. Stk. 1 finder alene anvendelse på forhold, der ikke reguleres ved bestemmelser indeholdt i eller udstedt i medfør af Europa Parlamentets og Rådets forordning om det indre marked for elektricitet.”

Energinets udstedelse af måleforskrifter til afregnings- og systemdriftsformål, som er nødvendige for varetagelsen af Energinets opgaver, er hjemlet i systemansvarsbekendtgørelsens § 8, som senest blev ændret ved bekendtgørelse nr. 1402 af 13. december 2019, og som har følgende ordlyd:

”§ 8. Energinet skal efter drøftelse med net-, transmissions- og elhandelsvirksomheder udarbejde måleforskrifter til afregningsog systemdriftsformål, som er nødvendige for varetagelsen

af Energinets opgaver. Måleforskrifterne skal indeholde krav til net og transmissionsvirksomhedernes målinger af forbrug, produktion og eludveksling, herunder krav til:

- 1) omfanget af de målinger, som selskaberne skal foretage, herunder i hvilken grad elforbrug skal måles,
- 2) nøjagtigheden af de enkelte målinger, og
- 3) formidlingen af målinger til berørte parter, herunder inden for hvilke tidsfrister målingerne skal videreformidles.

Stk. 2. De forskrifter, som Energinet fastsætter i medfør af stk. 1, skal være tilgængelige for brugere og potentielle brugere af det kollektive elforsyningsnet. Historiske forskrifter skal på tilsvarende måde være tilgængelige for interesserede parter. Forskrifterne skal anmeldes til Forsyningstilsynet.

Stk. 3. Klager over forskrifter, som Energinet fastsætter efter stk. 1, kan indbringes for Forsyningstilsynet. Forsyningstilsynet kan give pålæg om ændring af forskrifterne.

Stk. 4. Stk. 1 finder alene anvendelse på forhold, der ikke reguleres ved bestemmelser indeholdt i eller udstedt i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets forordning om det indre marked for elektricitet.”

3.1.2 EU-regulering

Elmarkedsforordningens artikel 58-62 (forordning nr. 943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet) giver EU-Kommissionen hjemmel til at udstede netværkskoder (regler) og retningslinjer, som har til formål nærmere at regulere elmarkedet inden for EU.

Forordningens artikel 62 giver medlemsstaterne en ret til at opretholde eller indføre foranstaltninger, der indeholder mere detaljerede bestemmelser end dem, der er fastsat i denne forordning, herunder de i artikel 61 omhandlede retningslinjer eller de i artikel 59 omhandlede netregler (netværkskoder), forudsat at disse foranstaltninger i øvrigt er forenelige med EU-retten.

I 2016 vedtog EU-Kommissionen forordning nr. 631 af 14. april 2016 om fastsættelse af netregler om krav til nettilslutning for produktionsanlæg (RfG), som er en netværkskode. Af forordningens artikel 7, litra 1 fremgår:

*”Artikel 7****Lovgivningsmæssige aspekter***

1. Generelle krav, der skal fastsættes af relevante systemoperatører eller TSO'er i henhold til denne forordning, godkendes af den af medlemsstaten udpegede enhed og offentliggøres. Den udpegede enhed er den regulerende myndighed, medmindre medlemsstaten fastsætter andet. [...]”

Samme bestemmelse er indsat i netværkskoderne HVDC og DCC. Førstnævnte er udmøntet ved forordning nr. 1447 af 26. august 2016 om fastsættelse af netregler om tilslutning af transmissionssystemer med højspændingsjævnstrøm og jævnstrømsforbundne elproducerende anlæg, og bestemmelsen er indsat som artikel 5, litra 1. DCC er udmøntet ved forordning nr. 1388 af 17. august 2016 om fastsættelse af netregler om nettilslutning af forbrugs- og distributionssystemer, og bestemmelsen er indsat som artikel 6, litra 1.

Kommissionen har derudover vedtaget fire retningslinjer, som er udmøntet i forordninger. I forordning nr. 1222 af 24. juli 2015 om fastsættelse af retningslinjer for kapacitetstildeling og håndtering af kapacitetsbegrænsninger (CACM) fremgår følgende af artikel 9, litra 1:

*”Artikel 9**Vedtagelse af vilkår, betingelser og metoder*

1. TSO'erne og NEMO'erne udarbejder de vilkår, betingelser og metoder, der er fastlagt krav om ved denne forordning, og fremsender dem til de kompetente regulerende myndigheder til godkendelse inden for de i denne forordning fastsatte frister. Hvis et forslag til vilkår, betingelser og metoder, der følger af denne forordning, skal udarbejdes og aftales mellem flere TSO'er eller NEMO'er, samarbejder de deltagende TSO'er og NEMO'er tæt herom. Med bistand fra ENTSO for elektricitet informerer TSO'er og NEMO'er regelmæssigt de kompetente regulerende myndigheder og agenturet om fremskridtene med udarbejdelsen af disse vilkår, betingelser og metoder. [...]”

Samme bestemmelse er indsat i retningslinjerne FCA (artikel 4, litra 1, forordning nr. 1719 af 26. september 2016 om fastsættelse af retningslinjer for langsigtet kapacitetstildeling), EB (artikel 4, litra 1 og 2, forordning nr. 2195 af 23. november 2017 om fastsættelse af retningslinjer for balancering af elektricitet) og SYSOP (artikel 5, litra 1 og 2, forordning nr. 1485 af 2. august 2017 om fastsættelse af retningslinjer for drift af elektricitetstransmissionssystemer).

3.2 Vurdering af hjemmelgrundlaget

Det skal overvejes, om elmarkedsforordningens artikel 62 giver anledning til, at de eksisterende hjemler i ELF for udstedelse af tekniske forskrifter og markedsforskrifter skal suppleres med en ny hjemmel for Energinet til at fastsætte mere detaljerede regler end dem, som Energinet efter de EU-retlige netværksregler og retningslinjer skal fastsætte.

ELF § 26, stk. 3, bemyndiger ministeren til at fastsætte nærmere regler om de krav og standarder, som anlæg, installationer og brugere skal opfylde for at kunne tilslutte sig det kollektive elforsyningsnet, herunder bestemme, at visse tekniske standarder og krav for adgang til og benyttelse af det kollektive elforsyningsnet skal fastsættes af Energinet. Ministeren kan endvidere bestemme, at en netvirksomhed kan fastsætte supplerende tekniske krav for adgang til tilslutning til virksomhedens elforsyningsnet, som er nødvendige for opretholdelsen af den tekniske kvalitet i elforsyningsnettet i netvirksomhedens netområde, jf. pkt. 2. Hertil kommer, at ministeren efter sidste pkt. i § 26, stk. 3, kan fastsætte nærmere regler om netvirksomheders fastsættelse af sådanne krav.

Bestemmelsen er begrænset til udstedelse af tekniske forskrifter om krav til tilslutning, hvorfor den ikke udgør en generel hjemmel for ministeren til at fastsætte mere detaljerede regler om elmarkedet, som elmarkedsforordningens artikel 62 også giver mulighed for.

ELF § 28, stk. 2, indeholder en opstilling af de opgaver, som ENDK skal udføre, deriblandt udstede forskrifter, som er nødvendige for elmarkedets funktion, herunder forskrifter om aktørernes pligter og rettigheder, jf. nr. 13. Uanset bestemmelsens ordlyd, som indeholder ordet "nødvendige" forskrifter for elmarkedets funktion, er der efter vores vurdering ikke tale om en begrænsning af hvilke markedsforskrifter Energinet kan udstede. Det er derimod vores vurdering, at ELF § 28, stk. 2, nr. 13, skal forstås bredt, idet den anvender den generelle formulering "forskrifter for elmarkedets funktion". Bestemmelsen indeholder ikke en selvstændig bemyndigelse til at udstede forskrifter.

Ministeren kan herefter i medfør af ELF § 28, stk. 3, fastsætte nærmere regler om indholdet og udførelsen af de opgaver, som påhviler Energinet i henhold til bestemmelsens stk. 2. Bemyndigelse er udmøntet i systemansvarsbekendtgørelsen, hvorved § 7, stk. 1, nr. 3 og 4, giver Energinet hjemmel til at udstede visse markedsforskrifter.

Samlet er det derfor min vurdering, at den nuværende regulering i ELF § 28, stk. 2, nr. 13, jf. § 28, stk. 3, udgør en tilstrækkelig hjemmel til at kunne udstede de i elmarkedsforordningens artikel 62 omtalte mere detaljerede markedsforskrifter end dem, som Energinet efter de EU-retlige netværksregler og retningslinjer skal fastsætte.

4. KUNDGØRELSE

4.1 Retsgrundlaget

Det almindelige krav om, at bindende retsregler skal kundgøres, fremgår af § 2, stk. 2, i lovebekendtgørelse nr. 1098 af 8. oktober 2016 ("lovtidendeloven"). Efter bestemmelsen skal alle ministerielle anordninger, under hvilket navn de end måtte udstedes (anordninger, bekendtgørelser, plakater, reglementer, regulativer, instrukser, vedtægter osv.), indføres i Lovtidende.

Hvor der i lovgivningen er hjemmel til det, kan kundgørelseskravet dog fraviges. Det fremgår af forarbejderne til lovtidendeloven, at fravigelse af retssikkerheds- og ordensmæssige grunde kræver tungtvejende hensyn (de almindelige bemærkninger til lov nr. 305 af 19. april 2006).

Videre fremgår det af pkt. 115 i Justitsministeriets vejledning nr. 153 af 22. september 1987 om udarbejdelse af administrative forskrifter, at spørgsmålet om at undtage bekendtgørelser fra kundgørelse i Lovtidende navnlig kan overvejes med hensyn til bekendtgørelser, der har et meget væsentligt omfang, og som er af rent teknisk karakter, eller som kun har betydning for en meget begrænset del af befolkningen, eller et erhverv med et lille antal erhvervsudøvere. I forbindelse med overvejelserne bør der også lægges vægt på mulighederne for på anden måde at informere den berørte personkreds om reglernes eksistens.

I ELF § 92 a, som blev indført ved lov nr. 1400 af 27. december 2008, er der gjort følgende undtagelse fra kundgørelseskravet:

"§ 92 a. Klima-, energi- og bygningsministeren kan fastsætte regler om, at nærmere angivne internationale vedtagelser og tekniske specifikationer vedrørende krav til virksomheder, anlæg, indretninger, produkter m.v., som der henvises til i regler udstedt i medfør af denne lov, ikke indføres i Lovtidende.

Stk.2. Klima-, energi- og bygningsministeren fastsætter regler om, hvorledes oplysning om de internationale vedtagelser og tekniske specifikationer, der ikke indføres i Lovtidende, jf. stk. 1, kan fås."

4.2 Vurdering af kundgørelse af markedsforskrifter

Det skal overvejes, om markedsforskrifter ud fra retssikkerhedshensyn bør vedtages som bekendtgørelser af Energistyrelsen eller Forsyningstilsynet, eller om det vil være tilstrækkeligt med en udvidelse af anvendelsesområdet for ELF § 92 a.

De almindelige bemærkninger til lov nr. 305 af 19. april 2006 henviser til de hensyn, der er beskrevet i Justitsministeriets vejledning nr. 153 af 22. september 1987 om udarbejdelse af administrative forskrifter, og som skal indgå, i vurderingen af om der kan ske en undtagelse af lovtidendelovens § 2, stk. 2.

Det fremgår af Justitsministeriets vejledning nr. 153 af 22. september 1987, pkt. 115, at undtagelsen *navnlig* kan overvejes med bekendtgørelser, der har et meget væsentligt omfang, og som er af rent teknisk karakter. Uanset at markedsforskrifter terminologisk adskiller sig fra tekniske forskrifter som hjemlet i bl.a. ELF § 26, stk. 3, er der efter det oplyste fortsat tale om forskrifter, der har et væsentligt omfang og er af forholdsvis teknisk karakter, da der er en glidende overgang mellem de tekniske forskrifter og markedsforskrifterne. Dette taler for, at der i disse tilfælde kan ske en fravigelse af kravet om kundgørelse i Lovtidende.

Af samme punkt i vejledningen fremgår, at undtagelse fra kundgørelse også kan overvejes, når bekendtgørelsen kun har betydning for et erhverv med et lille antal erhvervsudøvere. Markedsforskrifter har alene betydning for netvirksomhederne, hvorfor der er tale om forskrifter rettet mod en afgrænset aktørkreds, som anvender forskrifterne erhvervsmæssigt.

I det tilfælde markedsforskrifterne skal kundgøres i Lovtidende, vil det umiddelbart have den konsekvens, at de tekniske forskrifter vil være offentligtgjorte og tilgængelige på Energinets hjemmeside, mens markedsforskrifterne vil skulle fremsøges i Lovtidende. Så vidt vi har forstået, er netvirksomhederne allerede nu vant til at finde forskrifterne på Energinets hjemmeside. Det vil derfor være naturligt, og i øvrigt af retssikkerhedsmæssige grunde hensigtsmæssigt, at lade disse forskrifter, som er stilet til samme adressater, være samlet tilgængelige ét sted.

Hertil kommer, at det i de EU-retlige retningslinjer, f.eks. CACM's artikel 9, litra 14 (forordning nr. 1222 af 24. juli 2015 om fastsættelse af retningslinjer for kapacitetstildeling og håndtering af kapacitetsbegrænsninger) fremgår, at den myndighed, der er ansvarlig for at fastlægge de i denne forordning omhandlede vilkår, betingelser og metoder, offentliggør dem på internettet, når de kompetente, regulerende myndigheder har godkendt dem, eller, hvis en sådan godkendelse ikke er påkrævet, når de er fastlagt, undtagen hvis disse oplysninger anses for værende fortrolige i henhold til artikel 13.

Samme bestemmelse er indsat i retningslinjerne FCA (artikel 4, litra 13, forordning nr. 1719 af 26. september 2016 om fastsættelse af retningslinjer for langsigtet kapacitetstildeling), EB (artikel 7, forordning nr. 2195 af 23. november 2017 om fastsættelse af retningslinjer for balancering af elektricitet) og SYSOP (artikel 8, forordning nr. 1485 af 2. august 2017 om fastsættelse af retningslinjer for drift af elektricitets-transmissionssystemer).

Det er på denne baggrund vurderingen, at gode grunde taler for, at de retssikkerhedsmæssige hensyn, som ligger til grund for lovtidendelovens kundgørelseskrav, ikke er til hinder for, at markedsforskrifter kan undtages i henhold til lovtidendelovens § 2, stk. 2, ved en udvidelse af ELF § 92 a. Det vil herefter være tilstrækkeligt, at markedsforskrifterne, ligesom de tekniske forskrifter, offentliggøres på Energinets hjemmeside. Dette er i øvrigt i tråd med den proces, der er lagt til grund i de EU-retlige retningslinjer og derved flugter med den proces, som EU-regulator har forudsat og fundet forsvarlig.

I sidste ende er det imidlertid en vurdering, der skal foretages af Retsinformation. Vi anbefaler derfor, at spørgsmålet også drøftes med Retsinformation, inden Energistyrelsen og Energinet træffer endelig beslutning om at undtage markedsforskrifterne for kundgørelse i Lovtidence.

5. KLAGEADGANG OG SANKTION

5.1 Retsgrundlaget for klageadgangen

Elforsyningslovens § 78 blev ændret ved nr. 690 af 6. august 2018, og bestemmelsens stk. 5 lyder således:

”Stk. 5. Energi-, forsynings- og klimaministeren fastsætter regler om Forsyningstilsynets behandling af klager og om, hvorvidt klager over Forsyningstilsynets afgørelser kan tillægges opsættende virkning. Energi-, forsynings- og klimaministeren kan endvidere fastsætte regler om frister for klage til Forsyningstilsynet.

Bemyndigelsen er udmøntet i systemansvarsbekendtgørelsen § 7, stk. 3, som bestemmer, at klager over forskrifter for benyttelsen af det kollektive elforsyningsnet, skal indgives til Forsyningstilsynet. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Stk. 3. Klager over forskrifter, som Energinet fastsætter efter stk. 1, kan indbringes for Forsyningstilsynet. Forsyningstilsynet kan give pålæg om ændring af forskrifterne.”

En identisk bestemmelse findes i bekendtgørelsens § 8, stk. 3 vedrørende klage over måleforskrifter til afregnings- og systemdriftsformål.

Netværkskoderne RfG artikel 7, stk. 8 (forordning nr. 631 af 14. april 2016 om fastsættelse af netregler om krav til nettilslutning for produktionsanlæg), HVDC artikel 5, stk. 8 (forordning nr. 1447 af 26. august 2016 om fastsættelse af netregler om tilslutning af transmissionssystemer med højspændingsjævnstrøm og jævnstrømsforbundne elproducerende anlæg) og DCC artikel 6, stk. 8 (forordning nr. 1388 af 17. august 2016 om fastsættelse af netregler om nettilslutning af forbrugs- og distributionssystemer) giver

hjemmel til, at en part kan klage over ENDK til den regulerende myndighed vedrørende forpligtelser i henhold til forordningerne.

Bestemmelsen er identisk i alle tre forordninger og har følgende ordlyd:

”8. Enhver part, der ønsker at klage over en relevant systemoperatør eller TSO i forbindelse med den pågældende operatørs forpligtelser i henhold til denne forordning, kan indbringe en klage for den regulerende myndighed, som i sin egenskab af tvistbilæggelsesmyndighed skal træffe en afgørelse senest to måneder efter modtagelsen af klagen. Denne periode kan forlænges med yderligere to måneder, hvis den regulerende myndighed ønsker yderligere oplysninger. Den forlængede periode kan forlænges yderligere med klagerens samtykke. Den regulerende myndigheds afgørelse har bindende virkning, medmindre og indtil den underkendes efter påklage.” (Min understregning)

5.2 Vurdering af klageadgangen

Energinet og Energistyrelsen har på baggrund af forsyningstilsynets afgørelse af 21. december 2018 rejst spørgsmål om, hvorvidt der er hjemmel til at klage over Energinets forskrifter.

I Kammeradvokatens notat af 23. april 2014 vurderede vi, at de dagældende bestemmelser i ELF § 78, stk. 7 og 8, udgjorde en hjemmel for klageadgangen til det tidligere Energitilsyn over forskrifter udstedt af Energinet, men anbefalede samtidig, at der blev skabt en mere klar hjemmel hertil.

ELF § 78 blev ændret ved lov nr. 690 af 6. august 2018, hvorved der nu i stk. 5 er en klar hjemmel for klageadgangen til Forsyningstilsynet over Energinets forskrifter.

Bemyndigelsen er udmøntet i systemansvarsbekendtgørelsens § 7, stk. 3, og § 8, stk. 3. Heraf fremgår, at klager over forskrifter, som Energinet fastsætter, kan indbringes for Forsyningstilsynet. Efter bestemmelsernes ordlyd må klageadgangen antages at omfatte forskrifterne i deres helhed. Der er ikke sket ændringer af disse bestemmelser siden min tidligere vurdering, og det er derfor også min vurdering, at der er tilstrækkelig hjemmel i ELF og systemansvarsbekendtgørelsen til at klage over Energinets forskrifter.

Forsyningstilsynets afgørelse af 21. december 2018 må forstås sådan, at Forsyningstilsynet fandt, at der ikke var hjemmel til at klage over Energinets konkrete forvaltningsafgørelser (i modsætning til generelle retsregler, herunder forskrifter). Afgørelsen ændrer efter min opfattelse ikke ved, at der er tilstrækkelig hjemmel til at klage over Energinets *forskrifter* i ELF § 78, stk. 5, jf. systemansvarsbekendtgørelsens § 7, stk. 3 og § 8, stk. 3.

5.3 Retsgrundlaget for sanktioner ved overtrædelse af Energinets forskrifter

Energinet kan med hjemmel i ELF § 31, stk. 3, 1. pkt. (senest ændret ved lov nr. 577 af 4. maj 2015), meddele påbud til brugere, der groft eller gentagne gange tilsidesætter de fastlagte vilkår for adgang til og anvendelse af DataHub'en. Med hjemmel i ELF § 31, stk. 3, 2. pkt., kan Energinet ved manglende opfyldelse af et påbud træffe afgørelse om, at brugeren helt eller delvis udelukkes fra at gøre brug af Energinets ydelser, indtil vilkåret opfyldes. Sådanne afgørelser kan indbringes for Forsyningstilsynet, jf. bestemmelsens stk. 4, jf. dog stk. 5, hvorefter afgørelser, der medfører afregistrering af en virksomhed som bruger af DataHub'en, kan forlanges indbragt for domstolene af den virksomhed, som afgørelsen vedrører.

Ministeren og Forsyningstilsynet kan i henhold til ELF § 85 d, stk. 1, påbyde, at forhold, der strider mod ELF eller mod Europa-Parlamentets og Rådets forordning om det indre marked for elektricitet, eller mod regler udstedt i medfør af loven eller forordningen eller afgørelser truffet i henhold til nævnte regler, bringes i orden straks eller inden en nærmere angivet frist.

ELF § 85, stk. c, regulerer, at virksomheder, som er bevillingspligtige, Energinet og dennes helejede datterselskaber samt virksomheder, der yder balancering af elsystemet, skal opretholde et it-beredskab, herunder planlægge og træffe nødvendige foranstaltninger for at sikre beskyttelsen af kritiske it-systemer, der er af betydning for elforsyningen.

Af bestemmelsens stk. 2 fremgår følgende:

”Stk. 2. Energi-, forsynings- og klimaministeren kan ved manglende opfyldelse af et påbud efter § 85 d om at overholde stk. 1 påbyde virksomheder at foretage en it-revision af kritiske systemer ved en uafhængig revisor godkendt af tilsynsmyndigheden.”

Efter ELF § 87, stk. 1, nr. 7, straffes med bøde den, der undlader at efterkomme et påbud efter loven. Bestemmelsen hjemler adgang for domstolene til at fastsætte bødestraf ved tilsidesættelse af Energitilsynets påbud.

5.4 Vurdering af sanktionsmulighederne

Efter ELF § 31, stk. 3, kan Energinet meddele et påbud til brugere, der groft eller gentagne gange tilsidesætter de fastlagte vilkår for adgang til og anvendelse af DataHub'en. Efterkommer brugerne ikke

påbuddet, kan Energinet træffe afgørelse om, at netvirksomheden udelukkes fra at gøre brug af Energinets ydelser, jf. 2. pkt.

Det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip tilsiger, at en forvaltningsmyndigheds indgreb ikke må gå videre, end hvad formålet tilsiger. Princippet foreskriver dels, at i det tilfælde, hvor forvaltningen kan vælge mellem flere indgreb, skal forvaltningen vælge det mindst indgribende middel først, jf. Forvaltningsret, Niels Fenger, 1. udgave, 2018 (herefter Fenger), s. 361. Dernæst foreskriver princippet, at selvom indgrebet er nødvendigt, skal der være rimeligt forhold mellem konsekvenser og mål. Er der tale om en sanktion, skal denne stå i rimeligt forhold til overtrædelsen, jf. Fenger, s. 361.

ELF § 31, stk. 3, 1 og 2. pkt., giver efter vores vurdering begrænsede sanktionsmuligheder for Energinet. Sanktionen efter 2. pkt. vil næppe i alle tilfælde være den proportionelle reaktion ved manglende opfyldelse af et påbud. Udfordringen er således, når en bruger ikke opfylder et påbud, er der kun er den meget indgribende foranstaltning, nemlig at udelukke netvirksomheden fra DataHub'en, til rådighed.

Efter det oplyste overvejer Energistyrelsen at udarbejde et forslag til en bestemmelse i ELF, som giver Energinet en mulighed for at anvende tvangsbøder i de pågældende tilfælde.

På baggrund af ovenstående er det min vurdering, at det vil være hensigtsmæssigt med en sanktionsmulighed for Energinet i de tilfælde, hvor sanktionen efter § 31, stk. 3, 2. pkt., om udelukkelse vil være uproportional. Videre er det min vurdering, at det er hensigtsmæssigt at tilføje en sådan sanktionsmulighed i ELF § 31, som giver Energinet mulighed for at tildele tvangsbøder ved manglende overholdelse af påbud, forinden der kan ske udelukkelse fra DataHub'en.

En sådan sanktionsmulighed kendes også fra andre retsområder, hvor et effektivt tilsyn med aktører er nødvendigt, jf. herved f.eks. miljøbeskyttelseslovens § 7, stk. 9, hvorved Miljøstyrelsen, som den delegerede myndighed, kan anvende tvangsbøder ved manglende opfyldelse af påbud.

København, den 15. juni 2021

Jesper Nørøxe
Partner, Advokat (L)