



Energiklagenemnda

Energiklagenemndas avgjørelse 20. juni 2024

Sak: 2024/0329

Klager: Boliden Odda AS

Saken gjelder: Klage på vedtak om overtredelsesgebyr

Reguleringsmyndigheten for energi (RME) fattet den 10. november 2023 vedtak om overtredelsesgebyr på kroner 5 000 000 – millioner mot Boliden Odda for brudd på forbud mot markedsmanipulasjon og forsøk på markedsmanipulasjon. Klager har ved to anledninger påtatt seg en forpliktelse som klager ikke var i stand til å oppfylle. RME mente at klager hadde opptrådt uaktsomt og at et av forholdene måtte anses som forsøk på markedsmanipulasjon. Energiklagenemnda anså derimot begge forholdene som markedsmanipulasjon hvorav det ene forholdet også ble vurdert som en forsettlig overtredelse. Boliden Oddas klage ble ikke tatt til følge og vedtaket om overtredelsesgebyr ble stadfestet.

Energiklagenemndas medlemmer:

Nemndsleder Per Conradi Andersen, nemndsmedlemmene Edna Grepperud og Morten Sundt

1 Innledning

- (1) Reguleringsmyndigheten for energi (heretter «RME») fattet den 10. november 2023 vedtak om overtredelsesgebyr på kroner 5 000 000 – fem millioner - mot Boliden Odda AS (heretter «Boliden» eller «klager») for brudd på forbud mot markedsmanipulasjon og forsøk på markedsmanipulasjon, jf. forskrift 24. oktober 2019 nr. 1413 om nettregulering og energimarkedet («NEM») § 5-4, jf. § 5-1.
- (2) Overtredelsesgebyret er ilagt fordi RME mener klager ved sin opptreden har gitt uriktige signaler om tilbud og pris i regulerkraftopsjonsmarkedet (RKOM-H). Ifølge vedtaket har klager ved to anledninger påtatt seg en forpliktelse som klager ikke var i stand til å oppfylle. Videre har klager økt sin budpris i regulerkraftmarkedet for å redusere sannsynligheten for at budet ville bli aktivert.

2 Sakens bakgrunn

- (3) Kraftsystemet må til enhver tid være i balanse. Det betyr at summen av produsert og importert energi hele tiden må være lik summen av forbrukt, eksportert og tap av energi. Utgangspunktet er at kraftmarkedet skal være i balanse slik at forbruk og produksjon balanseres på timesbasis. I praksis er det stadige endringer i det løpende forbruket. Dette

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

fører til ubalanser som må håndteres raskt av Statnett som systemansvarlig. Det viktigste virkemiddelet for å håndtere disse ubalansene er kjøp av fleksibilitet i reservemarkedene.

- (4) At kraftsystemet alltid må holdes i balanse betyr at frekvensen i systemet skal holdes tilnærmet lik 50 Hz. Reserver, eller fleksibilitetstjenester, består av produksjon eller forbruk av kraft som aktiveres når frekvensen avviker fra dette. Dersom frekvensen synker kan produksjonen økes eller forbruket reduseres, og dersom frekvensen øker kan produksjonen reduseres eller forbruket økes.
- (5) For å kunne levere reserver må den aktuelle produsenten eller forbrukeren godkjennes av Statnett. Denne godkjenningen gjøres basert på en rekke krav for den aktuelle reservetyperen.
- (6) I Norge brukes fire forskjellige typer reserver: primær-, sekundær- og tertiærreserver og raske frekvensreserver. Disse har alle ulike formål og egenskaper, men med en felles hensikt om å alltid holde kraftsystemet i balanse.
- (7) Ved en endring i frekvensen er det de raske frekvensreservene (Fast Frequency Reserves – FFR) som benyttes først. Deretter trer primærreservene (Frequency Containment Reserves – FCR) inn for å stanse frekvensendringen og stabilisere frekvensen på et nytt nivå. Sekundærreservene (automatic Frequency Restoration Reserves - aFRR) skal så bringe frekvensen tilbake til normalbåndet, før tertiærreservene (manual Frequency Restoration Reserves – mFRR) opprettholder balansen inntil en ny balanse nås i kraftmarkedet.
- (8) Tertiærreserver må kunne aktiveres på under 15 minutter og kunne levere i minst 1 time. Minste mulige leveranse er på 10 MW i NO2, NO5 og NO4, og 5 MW i NO1 og NO3. Derfor er relativt store produksjons- og forbruksenheter best egnet til å levere tertiærreserver.
- (9) Saken knytter seg til det norske tertiærreservemarkedet for det nordiske kraftsystemet. Tertiærreserver aktiveres manuelt på signal fra Statnett - derav navnet “manual Frequency Restoration Reserves” (mFRR). Klager har en rolle i den norske delen av mFRR-markedet (regulerkraftmarkedet (RK)) og kapasitetsmarkedet for mFRR (tidligere kalt regulerkraftopsjonsmarkedet (RKOM)). Sistnevnte betegnelse vil videre bli brukt ettersom forholdet skriver seg tilbake til 2021.
- (10) RK er et felles balansemarked for det nordiske kraftsystemet og aktiveringsmarkedet for tertiærreserver. RKOM er på sin side et marked hvor tilbyderne får betalt for å garantere at de deltar i RK. Effekt fra både produksjon og forbruk kan tilbys. Geografisk omfatter markedet det norske kraftsystemet på nasjonalt og regionalt budområdenivå. Det er Statnett som administrerer dette i Norge på bakgrunn av sin konsesjon som operatør av transmisjonssystemet (TSO). Svenska kraftnät, Energinet og Fingrid innehar samme rolle i hhv. Sverige, Danmark og Finland. I tillegg skal ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators) lette samarbeidet med energihandelen over landegrensene, og kan ved uenighet mellom nasjonale reguleringsmyndigheter eller etter felles anmodning fra disse myndighetene treffe beslutninger om for eksempel driften av kabler som overfører strøm mellom land, jf. europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 713/2009 (ACER-forordningen) artikkel 8.

- (11) RKOM er et virkemiddel for å sikre tilstrekkelig mengde regulerkraft for å dekke nasjonalt og regionalt behov på budområdenivå. Deltakelse i markedet er frivillig, men leverandører må være godkjent av Statnett for å delta. Tidligere anskaffet Statnett regulerkraftopsjoner både i et sesongmarked (RKOM-sesong) og i et ukemarked (RKOM-uke). Statnett har fra 2024 gått over til å kjøpe reservekapasitet i et daglig marked med timesoppløsning dagen før driftsdøgnet. Denne saken knytter seg til Statnetts anskaffelse i RKOM-uke i 2021. Det er fastsatt vilkår («Vilkårene») for deltakelse i RKOM.
- (12) For RKOM-H er kriteriet at regulerkraften som markedsaktøren gir Statnett en opsjon på å benytte, ikke har begrensninger i varighet eller hviletid. Hviletid vil si minimum antall timer som reserven ikke kan aktiveres på nytt etter en aktivering i regulermarkedet. Ved tilslag i RKOM-H kan ikke markedsaktøren fjerne aksepterte opsjoner fra RK. Det vil si at markedsaktøren ikke kan endre sin budgivning i RK som følge av endret effektuttak, men har en plikt til å stille ressurser til rådighet i RK i samsvar med sitt bud når de har fått tilslag i RKOM-H. Konsekvenser ved manglende oppfyllelse er regulert i punkt 10 i Vilkårene. I utgangspunktet reduseres godtgjørelsen ved manglende oppfyllelse av kontrakten. Det følger videre av punkt 14 i Vilkårene at markedsaktører som tilbyr kapasitet i RKOM plikter å informere Statnett umiddelbart om alle forhold som har betydning for deres forpliktelser.
- (13) Foreløpige anmeldelser i RK for neste døgn skal sendes Statnett innen kl. 21:30. Nye bud, eller korreksjoner av tidligere innsendte bud, må være Statnett i hende senest 45 minutter før hver driftstime. Budene havner i en felles nordisk liste og aktiveres i prisrekkefølge slik at den ressursen med lavest marginalpris brukes først. Alle aksepterte bud får samme pris som prisen på budet med den høyeste prisen. Statnett skal publisere informasjon om regulerkraftprisen (mFRR-prisen), volum og bud senest 30 minutter etter driftstimens slutt.
- (14) Klager er en produsent av metallisk sink og holder til i Odda. Klager er heleid av Boliden Mineral AB, et svensk industriforetak som driver virksomhet knyttet til metallproduksjon. Som industrikunde er klager en storforbruker av elektrisitet, og er en aktør i både RK og RKOM ved å tilby reduksjon av eget strømforbruk.
- (15) Hendelsene vedtaket bygger på er bud klager la inn i RKOM for levering i både uke 40, 4. – 10. oktober, og uke 42, 18. – 24. oktober, i 2021. Mandag den 18. oktober 2021 var Statnetts behov for ressurser til oppregulering i Sør-Norge stort. Statnett kontaktet klager på telefon ca. kl. 07:05 (dvs. mandag uke 42) og ba klager om å redusere 30 MW til [REDACTED] kr/MWh i samsvar med den avtalen som var inngått gjennom akseptert bud i RKOM. Klager meldte noe senere fra om at de ikke kunne redusere forbruket, slik Statnett anmodet om. Klager erkjente overfor Statnett at selskapet hadde fått tilslag i RKOM for uke 42, men at flere forhold gjorde at de ikke kunne gjøre tilgjengelig 30 MW for Statnett ved å redusere eget forbruk i tråd med det selskapet hadde forpliktet seg til.
- (16) Årsaken var en vedlikeholdsstans i klagers industrianlegg som ble påbegynt den 28. september 2021, og som ikke ble avsluttet før torsdag 21. oktober 2021. Klager hadde som følge av dette ikke et pågående forbruk som kunne endres. Personen som la inn budet for uke 42 var etter klagers opplysning ikke kjent med at den planlagte vedlikeholdsstansen var forlenget til perioden budet gjaldt. Dette ble kjent for vedkommende mellom klokken 14 og 16 på fredag 15. oktober 2021. Da det ble oppdaget at selskapet hadde lagt inn et bud i RKOM for uke 42 som selskapet ikke kunne oppfylle,

var fristen for å korrigere budet utløpt. Fredag 15. oktober 2021 før klokken 16 tok derfor klager kontakt med World Kinect Energy Services («Kinect»), som håndterte anmeldingen i RK på vegne av klager, for å forhøre seg om hva klager kunne gjøre for å redusere sjansen for å bli tatt ut. Ifølge klager fikk de råd fra Kinect om å øke budprisen i RK for å redusere sannsynligheten for at budet fikk tilslag. I en epost til Statnett mandag den 18. oktober 2021 kl. 10:00 skriver klager:

«For å redusere sjansen for å bli tatt ut tok jeg kontakt med Kinect for å forhøre meg om hva vi kunne gjøre. Mtp værmeldingene så var det liten sannsynlighet for at vi kom til å bli tatt ut denne uken i tillegg til at siden vi allerede er nedkjørt så er det mer strøm i markedet enn hva det ellers ville vært. Vi ble enige om å sette opp prisen for å redusere enda mer sjansen for å bli tatt ut.»

- (17) Budprisen ble økt fra ■■■■■ kr/MWh til ■■■■■ kr/MWh kl. 15:59 den 15. oktober 2021, ifølge e-post fra Kinect. Det aktuelle budet på 30 MW ble kjøpt inn av Statnett i RKOM fredag 15. oktober 2021 for uke 42. Volumet var budt inn i RKOM-H og utgjorde klagers totale RK-forpliktelse overfor Statnett.
- (18) I sitt svar til RME datert 10. februar 2022 har klager forklart at selskapet etter kl. 8:00 den 18. oktober 2021 (dvs. mandag) ikke ville vært i stand til å oppfylle forpliktelsen selskapet hadde påtatt seg i RKOM for uke 42. Klager ba derfor Statnett om å kansellere bud fra og med 19. oktober 2021 og frem til mandag 25. oktober 2021.
- (19) Ifølge klager var forbrukskapasiteten som ble budt inn i RKOM og RK ute for vedlikehold fra deler av uke 39 (tirsdag 28. september 2021) til deler av uke 42 (torsdag 21. oktober 2021). Klager fikk tilslag i RKOM også i uke 40 (4. – 10. oktober 2021).
- (20) RME har mottatt buddata fra Nord Pool European Market Coupling Operator AS. Salgsvolumene i døgnet markedet for klager i perioden onsdag 1. september 2021 (uke 35) til søndag 31. oktober 2021 (uke 43) øker vesentlig rundt mandag 27. september og tirsdag 28. september 2021 (uke 39). I perioden fra tirsdag 28. september 2021 kl. 06:00 til 21. oktober 2021 kl. 11:00 selger klager 69,4 MW per time i døgnet markedet ifølge buddataene. Dette er en økning fra i underkant av ■■■ MW i perioden før. RME legger til grunn at dette viser at klager har solgt kraft tilbake til markedet fordi de selv hadde svært redusert forbruk i denne perioden. Klager hadde begrenset drift i perioden grunnet vedlikeholdsstansen.
- (21) I klagers svar på RMEs forespørsel om informasjon fremgikk det ikke om selskapet hadde kunnet oppfylle forpliktelsen de hadde påtatt seg i RKOM for uke 40. I klagers merknader til varselet om overtredelsesgebyr fremgår det imidlertid at også budet for uke 40 ble lagt inn mens driftsstanden var pågående. Klager selv omtaler hendelsen i uke 40 som en forekomst av kommunikasjonssvikt internt i selskapet. Klager begrunner hendelsen med at personen som la inn budet for uke 40 ikke var kjent med vedlikeholdsstansen på tidspunktet da budet ble gitt.
- (22) Den 14. juni 2023 varslet RME ACER om at de ville sende ut forhåndsvarsel om overtredelsesgebyr. Forhåndsvarselet ble sendt Boliden den 29. juni 2023. Boliden sendte inn merknader til varselet den 24. august 2023.
- (23) RME fattet vedtak om overtredelsesgebyr den 10. november 2023. Vedtaket lød som følger:

«Boliden Odda AS, org.nr. 911 177 870 pålegges å betale et overtredelsesgebyr til statskassen på 5 000 000 – fem millioner – kroner for å ha overtrådt:

(1) forbudet mot markedsmanipulasjon gitt i NEM § 5-4, jf. § 5-1, syvende definisjon ("Markedsmanipulasjon") bokstav a) ved å i to tilfeller ha påtatt seg en forpliktelse i RKOM som selskapet ikke var i stand til å levere og dermed å gi uriktige signaler om tilbud og pris; og

(2) forbudet mot forsøk på markedsmanipulasjon gitt i NEM § 5-4, jf. § 5-1, åttende definisjon ("Forsøk på markedsmanipulasjon") bokstav a) ved å legge inn høy pris ved budgivning i RK for et volum selskapet ikke var i stand til å levere med den hensikt å gi uriktige signaler om tilbud og pris i RK.»

- (24) Boliden påklaget vedtaket den 30. november 2023.
- (25) RME vurderte klagen, men konkluderte med at den ikke ga grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. lov om behandlingssaker i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 33. Klagen og sakens dokumenter ble oversendt Energiklagenemnda ved RMEs innstilling den 6. mars 2024.
- (26) Klager har i brev datert 12. mars 2024 fått informasjon om saksgangen for Energiklagenemnda og frist til å inngi kommentarer til RMEs innstilling i saken eller andre merknader.
- (27) I forbindelse med nemndsbehandlingen stilte Energiklagenemnda flere spørsmål til Boliden den 27. mai 2024. Disse ble besvart 13. juni 2024.
- (28) Energiklagenemnda avholdt nemndsmøte i saken 26. april, 27. mai og 20. juni 2024.

3 Reguleringsmyndigheten for energis vedtak

- (29) I vedtaket datert 10. november 2024 redegjør RME innledningsvis utførlig for sakens faktiske forhold, regelverket og saksgangen.
- (30) RME vurderer at klagers budgivning i RKOM for levering i uke 40 og 42 i 2021 innebærer overtredelse av forbudet mot markedsmanipulasjon og forsøk på markedsmanipulasjon. Som tilbyder i RKOM blir aktørene som legger inn bud kompensert for å stille ressursene tilgjengelig i RK. Klager forplikter seg til å kunne stille ressurser til rådighet i RK når de får tilslag på bud i RKOM-H. RME mener derfor at klagers bud i RKOM for uke 42 utløste en forpliktelse som selskapet ikke kunne oppfylle. Dette kan ha gitt eller vært egnet til å gi Statnett uriktige signaler om tilbud av tilgjengelige regulerkraftressurser. Klagers bud i RKOM for uke 42 ga, eller var egnet til å gi, Statnett et signal om at systemansvarlig hadde ressurser til rådighet som i realiteten ikke var tilgjengelige.
- (31) I sitt brev til RME datert 24. august 2023 bekreftet klager at selskapet la inn bud for uke 40 mens driftsstansen i elektrolysehallen var pågående. Dette viser at klager heller ikke ville vært i stand til å oppfylle forpliktelsen de påtok seg i RKOM i denne uken. Buddata fra døgnet markedet for klager for uke 40, som RME har tilgang til, støtter dette. RME mener at klagers forklaring fremstår som en innrømmelse av at selskapet gjorde en feil ved budgivning for uke 40, uten å informere Statnett om feilen. Vurderingene knyttet til budgivning i uke 42 legges derfor til grunn også for klagers bud i RKOM for uke 40.

- (32) RME mener at publiseringen av pris og volum for disse ukene kan ha gitt eller vært egnet til å gi markedet uriktige signaler om tilbud og pris i RKOM. Andre aktører kan ha fattet beslutninger på grunnlag av transaksjonen, og aktørenes budgivning i RKOM for den påfølgende uken kan ha blitt påvirket.
- (33) Etter RMEs syn kan også rent feilaktig handelsaktivitet, som feilordre og feilhandler også anses som markedsmanipulasjon. Dette innebærer at uavhengig av om klagers ordreinnleggelse i RKOM for uke 40 og uke 42 skyldtes uheldige omstendigheter og misforståelser, så omfattes det av forbudet i NEM § 5-4. RME viser til at i merknadene til varselet bekrefter klager hendelsesforløpet og at de faktiske forholdene var korrekt beskrevet i forhåndsvarselet. RME finner derfor at det er klar sannsynlighetsovervekt for at klagers budgivning oppfyller den objektive gjerningsbeskrivelsen i NEM § 5-1 syvende definisjon bokstav a), og innebærer overtredelse av forbudsbestemmelsen i NEM § 5-4.
- (34) RME viser til at klager bekrefter at hendelsesforløpet og de faktiske forholdene var korrekt beskrevet i forhåndsvarselet, og presiserte samtidig at selskapet forsøkte å høyne prisen på sitt bud for å redusere muligheten for å få tilslag. RME konkluderer med at det er klar sannsynlighetsovervekt for at klager ved sin budgivning i RK for uke 42 tok et bevisst valg og hadde til hensikt å gi uriktige eller villedende signaler om tilbud og pris på et engrosenergiprodukt. RMEs vurdering er at klagers budgivning i RK med klar sannsynlighetsovervekt utgjør forsøk på markedsmanipulasjon. RME finner derfor at klagers atferd oppfyller den objektive gjerningsbeskrivelsen i NEM § 5-1 åttende definisjon bokstav a), og innebærer overtredelse av forbudsbestemmelsen i NEM § 5-4.
- (35) Med hensyn til klagers anførsler knyttet til en alminnelig rettsstridsreservasjon, slik denne er tolket av Høyesterett, viser RME til at hendelsene i denne konkrete saken ikke bærer preg av å være en helt unnskyldelige feil. RME viser til at det dreier seg om planlagt vedlikehold. RME viser videre til at klager også feilmeldte den 2. juni 2022, uten at RME har konkludert med at dette var markedsmanipulasjon. I sistnevnte sak var vedlikeholdet uforutsett, og selskapet ga beskjed til Statnett så fort de ble klar over det.

RMEs skyldvurdering

- (36) RME har lagt til grunn at det er et krav om at den som har opptrådt på vegne av foretaket må ha utvist alminnelig uaktsomhet, i tråd med kravene i forvaltningsloven § 46 slik den lyder etter lovendringen i juli 2022. RME viser her til HR-2021-797 og den tolkningen som ble lagt til grunn av EMDs storkammeravgjørelse i G.I.E.M. S.r.l med flere mot Italia.
- (37) RME mener at klagers opptreden innebærer et markert avvik fra normalt forsvarlig handlemåte for en aktør som velger å delta i kraftmarkedet. RME legger i tillegg vekt på at det gjelder en streng aktsomhetsnorm ved sanksjonering av brudd på reguleringslovgivning som retter seg mot næringsvirksomhet.
- (38) RME viser til vilkårene for deltakelse i RKOM hvor det fremgår at volum som er forventet utilgjengelig i hele eller deler av den aktuelle markedsperioden ikke skal tilbys i RKOM. Aktører som deltar i RKOM skal levere de forpliktelsene de har påtatt seg. Etter RMEs syn burde klager ha forstått at det å legge inn bud for levering av reserver som selskapet i realiteten ikke var i stand til å levere, var egnet til å gi uriktige signaler om tilbud og pris i RKOM.

- (39) Det er klagers ansvar å sørge for at informasjon som har betydning for budgivning i Statnetts reservemarkeder blir kommunisert til de som utfører handlene. Markedsaktører må lære opp nyansatte og ha nøkkelpersonell tilgjengelig for å unngå at feil blir gjort. I tillegg må det forventes at aktører har rutiner som sørger for at eventuelle feil blir forsøkt rettet opp. Uavhengig av om enkeltpersoner hos virksomheten kan klandres, har selskapet ansvar for anonyme og kumulative feil som medfører brudd på markedsatferdsreglene.
- (40) RME konkluderer med at klager har handlet uaktsomt ved å legge inn bud i RKOM for levering i uke 40 og 42 mens det pågikk en omfattende vedlikeholdsstans.
- (41) Da klager ble klar over at selskapet hadde lagt inn et bud i RKOM for uke 42 som selskapet ikke var i stand til å levere, valgte selskapet å øke prisen på sitt bud i RK fra [redacted] kr/MWh til [redacted] kr/MWh. RME mener at også denne opptreden innebærer et markert avvik fra normalt forsvarlig handlemåte for en aktør i kraftmarkedet, og er klanderverdig. Det må forventes at en aktør som er aktiv i reservemarkedene, setter seg inn i regelverket som gjelder for budgivningen og er kjent med de faktiske omstendigheter som er avgjørende for selskapets ordreinnleggelse. RME ser særlig alvorlig på at klager med hensikt har gitt en feilaktig pris til markedet. Dette er alvorlig fordi klager enkelt kunne unngått å bryte markedsatferdsreglene dersom selskapets egne rutiner for budgivning hadde vært bedre.
- (42) At klager fikk råd om å sette opp prisen fra sin rådgiver, er etter RMEs vurdering ikke relevant ved vurderingen av om selskapet har opptrådt uaktsomt. Selskapet har selv ansvar for å overholde gjeldende regelverk, og for de handlinger selskapet velger å utføre.
- (43) RME mener at klager har handlet uaktsomt ved å legge inn bud og oppjustere prisen i RK for å unngå at budet skulle få tilslag.

RMEs vurdering av om overtredelsesgebyr skal ilegges

- (44) RME understreker at de i vurderingen av ileggelse av overtredelsesgebyr ser begge overtredelsene av NEM § 5-4, jf. § 5-1, syvende definisjon bokstav a) og NEM § 5-4, jf. § 5-1, åttende definisjon bokstav a), samlet.
- (45) RME legger særlig vekt på at det er begått en rekke feil som tyder på at klager i liten grad har tatt innover seg forpliktelsene de har påtatt seg. Deltagelse i RKOM er frivillig. Klager har valgt å delta i RKOM og RK, og fått kompensasjon for å stille ressurser tilgjengelig, uten å være i stand til å oppfylle sine forpliktelser. Dette er feil som enkelt kunne og burde vært unngått, dersom foretaket hadde gode rutiner for å håndtere innmelding i reservemarkedene. RME understreker særlig at klager bevisst har tatt et valg om å gi Statnett inntrykk av at det fantes ressurser til rådighet som i realiteten ikke var tilgjengelige. Dialogen med Kinect og etterfølgende faktisk økning av budpris viser at klager var innforstått med at selskapet ikke ville klare å oppfylle sine forpliktelser, men selskapet informerte likevel ikke Statnett før de faktisk ble forespurt om å aktivere. Klager kunne i denne saken ha valgt å kontakte Landssentralen for å informere om at volumet de hadde forpliktet seg til å levere i RK ikke kunne leveres. I stedet for valgte selskapet å øke prisen på sitt bud for å unngå aktivering, vel vitende om at budet ikke var reelt. RKOM skal sikre tilstrekkelig med oppreguleringsressurser i den norske delen av RK. Klagers atferd kunne gitt Statnett driftsmessige utfordringer. En slik atferd i reservemarkedene er svært uheldig.

- (46) Videre mener RME at et overtredelsesgebyr vil ha en preventiv virkning. Normalt aktiverer Statnett budene i RK med utgangspunkt i prisrekkefølge slik at den rimeligste reguleringsressursen benyttes først. Den enkelte aktørens opptreden kan ha betydning for systemoperatørens mulighet til å opprettholde balansen i kraftsystemet, og dermed også påvirke driftssikkerheten. For at disse markedene skal oppfylle sin funksjon, må også Statnett kunne ha tillit til at aktørene som deltar legger inn bud som er reelle.
- (47) Klagers agering hadde også konsekvenser for øvrige aktører som deltar i RKOM. Budene i RKOM kan ha gitt øvrige markedsaktører uriktige signaler om tilbud og pris i RKOM. Dette kan ha påvirket deres budgivning i påfølgende uker. Klagers anmeldelser har i tillegg redusert inntjeningen til andre aktører i RKOM med kroner 1 335 890. Klagers handlemåte i denne saken er derfor etter RMEs vurdering egnet til å redusere tilliten til at markedet fungerer.

Fastsettelse av gebyrets størrelse

- (48) RME visere til at markedsmanipulasjon er en alvorlig overtredelse, og at en slik handling i de relevante markedene har potensiale til å påvirke Statnetts evne til å regulere kraftsystemet. Samtidig har RME tatt hensyn til at klager ikke synes å ha opptrådt i vinnings hensikt. RME har i vurderingen av om gebyr skal ilegges og i utmålingen tatt hensyn til at ordreinnleggelsene fremstår som utilsiktet, om enn uaktsom handelsaktivitet, og at selskapet har en svært uheldig håndtering av disse feilene.
- (49) Etter en konkret skjønsmessig vurdering konkluderer RME med at det ilegges et overtredelsesgebyr på kroner 5 millioner. Ettersom det ikke er etablert øvre rammer for størrelsen på et gebyr i tråd med forvaltningsloven § 46 for de relevante bestemmelsene i saken, mener RME at de ikke bør legge seg i det øvre sjiktet for det de mener er et forholdsmessig gebyr. Et overtredelsesgebyr på kroner 5 millioner er etter RMEs oppfatning forholdsmessig gitt alvoret i saken, og de skjerpene og formildende omstendigheter som her er drøftet. Overtredelsesgebyr i denne størrelsesorden vil heller ikke virke urimelig ut fra aktørens økonomiske situasjon.

4 Klagers anførsler

- (50) Klager understreker at de i all hovedsak er enig i fremstillingen av de faktiske forholdene i vedtaket, med unntak av to forhold. Det ene er at medarbeideren som la inn budet for uke 40 ikke var kjent med vedlikeholdsstansen på tidspunktet som budet ble gitt. Det andre er at medarbeideren som la inn budet for uke 42 ikke var kjent med at den planlagte vedlikeholdsstansen var forlenget til perioden budet gjaldt.
- (51) Klager anfører prinsipalt at vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr som angitt i vedtaket ikke er til stede. Subsidiært at gebyret er for høyt.
- (52) Etter klagers syn foreligger ikke den klassisk manipulative handlingen som kjennetegner alvorlige saker på området. En eventuell reaksjon i saken mener klager vil ha svært begrenset allmennpreventiv og individualpreventiv virkning.
- (53) Klager viser til at forbudet mot markedsmanipulasjon er nedfelt i kapittel 5 i NEM. Forskriften er en delvis implementering av REMIT i norsk rett. I den norske oversettelsen av REMIT har man valgt de noe upresise begrepene «uriktige og villedende signaler» for å beskrive situasjonen som skal rammes. Dette har ifølge klager den noe uheldige konsekvensen at markedsaktører kan villedes til å tro at enhver «uriktig» handelsordre vil

rammes av forbudet mot markedsmanipulasjon. Etter klagers syn er dette åpenbart ikke er riktig. Som det fremgår av avsnitt 13 i fortalen og artikkel 2 (2) i REMIT, omfatter forbudet ordre som «is likely to give false or misleading signals». Videre fremgår det både av fortalen og artikkel 1(1) at det er «abusive practices» som omfattes av forbudet mot markedsmanipulasjon. Begrepene «false or misleading» og «abusive practices» er mer treffende enn den norske ordlyden for å illustrere at det er den falske atferden med mer eller mindre manipulative hensikter som forbudet skal ramme, ikke misforståelser og uheldige omstendigheter. Slike omstendigheter kan selvfølgelig være klanderverdig atferd som rammes av ulike standarder og krav til adekvate rutiner i lovverket, men markedsmanipulasjon etter NEM kapittel 5 er det etter klagers syn ikke.

- (54) Det er ifølge klager en grunnleggende forutsetning at REMIT og nasjonale gjennomføringer, slik som kapittel 5 i NEM, tolkes og anvendes i tråd med reguleringen av markedsmissbruk i det finansielle markedet slik denne fremgår av EUs markedsmissbruksforordning («MAR»). Klager mener RME gir uttrykk for en feil forståelse av MAR og REMIT når reguleringsmyndigheten mener at uttalelsene i avsnitt 27 i fortalen til REMIT kun viser til ACER-veiledningen (6th edition, 22 July 2021), uten å gi inntrykk for noen lovgivervilje. Klager mener at fortalen til REMIT er uttrykk for lovgivervilje om en ensartet tolkning av markedsmanipulasjonsforbudet i REMIT som skal være «coherent» med MAR. Den ikke-bindende ACER-veiledningen er kun ett av flere instrument for å bidra til oppfyllelse av denne lovgiverviljen.
- (55) Klager mener det blir for enkelt og direkte uriktig å se bort fra rettskildene fra det finansielle markedet. Regelverkene har de samme overordnede formålene om å forhindre urettferdig og misledende atferd som er skadelig for markedet, jf. avsnitt 14 i fortalen til REMIT og avsnitt 7 i fortalen til MAR. De to regelsettene anerkjenner begge at både engrosmarkedene for elektrisitet og det finansielle markedet har et internasjonalt tilsnitt som forutsetter ensartet tolkning av reglene over landegrensene og mellom markeder, jf. avsnitt 13 i fortalene til REMIT og avsnitt 20 i fortalen til MAR. Klager er av den klare oppfatning at RMEs tilsidesettelse av de eksisterende kildene i tilknytning til det finansielle markedet som «[ikke] direkte relevante» slik det gjøres i vedtakets punkt 4.2 er uriktig og overraskende.
- (56) Slik klager vurderer det hevder RME at klager har gitt falske signaler om tilbud og pris etter NEM § 5-4, jf. § 5-1 syvende ledd bokstav a. Motsvaret til dette forbudet fremgår av MAR artikkel 12 1 a) i), nemlig ordreinnleggelse som gir falske eller villedende signaler om tilbudet. Dette er en objektiv virkningsregel. I likhet med REMIT fremgår det av avsnitt 38 og 39 i fortalen til MAR at formålet med forbudet mot markedsmanipulasjon er å ramme «abusive strategies». Dette gjelder særlig ved forsøk på markedsmanipulasjon. Som det fremgår av punkt 6.2 i ACER-veiledningen slår ACER kort fast at forsøk på markedsmanipulasjon forutsetter en intensjon om manipulasjon. Vurderingen av overtredelse av forbudet mot markedsmanipulasjon starter med en vurdering av aktivitetens sannsynlige påvirkning av markedet. Enhver handelsordre eller aktivitet vil imidlertid kunne påvirke markedet. Lovgiver har derfor supplert det virkningsorienterte forbudet med eksempler og indikasjoner som peker ut situasjoner der det normalt vil foreligge markedsmanipulasjon, som oftest med en eller annen form for manipulativ hensikt eller ønske om en uberettiget vinning. Disse eksemplene og indikasjonen er forhold som klager mener må tas i betraktning ved vurderingen av om forbudet mot markedsmanipulasjon er overtrådt.

- (57) Klager viser til at RME kun vurderer handlingenes sannsynlige påvirkning på markedet, uten å ta i betraktning de eksempler og indikasjoner som lovgiver krever at myndighetene tar i betraktning ved vurderingen av forbudet mot manipulasjon er overtrådt. Den korrekte tilnærmingen ifølge klager, hvor den virkningsorienterte ordlyden utfylles med en mer subjektiv orientert vurdering i lys av de kjerneeksempelene og indikatorene som lovgiver har oppstilt, ble blant annet benyttet og understreket av EFTA-domstolen i Beerenberg-saken (E 5/19) avsnitt 40 og 42.
- (58) Etter klagers vurdering følger kjerneeksempelene på markedsmanipulasjon av artikkel 12.2 i MAR, hvor bokstav c) (iii) er det relevante alternativet ved vurderingen av om et bud er falsk eller villedende. Klager påpeker at ordlyden tilsier at bestemmelsen først og fremst er myntet på situasjonen hvor en aktør legger inn en ordre for å skape eller forverre et villedende signal. Det forutsetter en viss grad av manipulativ hensikt. Klager viser til at lovgiver har inntatt et eget vedlegg 1 til MAR, hvor det er inntatt en liste med indikatorer på at det foreligger ulovlig markedsmanipulasjon som relevante tilsynsmyndigheter er forpliktet til å vektlegge ved vurderingen av lovbrudd. De samme indikatorene er langt på vei gjentatt i ACER-veiledningen, særlig punkt 6.3. Situasjonen som oppsto, hvor uheldige omstendigheter gjorde at det ble lagt inn uriktig bud for uke 40 og 42, passer etter klagers syn med verken ordlyden i NEM eller eksemplene eller indikatorene i det utfyllende regelverket.
- (59) Klager påpeker at forbudet mot markedsmanipulasjon og forbudet mot forsøk på markedsmanipulasjon har til hensikt å ramme svært klanderverdig og uredelig atferd. I Høyesteretts avgjørelse HR-2012-919-A avsnitt 28 ble denne kvalifikasjonen ifølge klager oversatt til en rettsstridsreservasjon. Selv om avgjørelsen relaterte seg til forbudet mot markedsmanipulasjon i det finansielle markedet, er det ingen grunn til å tro at Høyesterett ikke vil konkludere med at en tilsvarende rettsstridsreservasjon også vil gjelde ved tolkningen av forbudet i NEM. Rettsstridsreservasjonen står sterkt og må vurderes selvstendig, noe RME ikke synes å ha gjort.
- (60) Det er en grunnleggende svikt i RMEs rettsanvendelse at man nærmest ser bort fra det faktum at ordlyden for forbudet mot markedsmanipulasjon er vid og at ikke alt som faller inn under ordlyden skal anses som markedsmanipulasjon, slik Høyesterett også slår fast. Etter klagers syn må forbudet mot markedsmanipulasjon reserveres for markedsmissbruk som skader markedets funksjonsmåte og tilliten til markedet. I denne konkrete saken var klagers ordreinnleggelse i uke 40 og 42 uheldige omstendigheter og misforståelser og oppjusteringen av budprisen for uke 42 ble gjort etter råd fra en profesjonell rådgiver for å redusere sjansen for å påvirke markedet på noen som helst måte.
- (61) Videre viser klager til at ved avgjørelse av om overtredelsesgebyr skal ilegges skal RME særlig legge vekt på momentene i forvaltningsloven § 46. Klager anfører at RME ikke i tilstrekkelig grad har tatt innover seg det fakultative ved ileggelse av gebyr mot foretak.
- (62) I tillegg til at foretaksstraff er fakultativt foreligger det heller ingen presumsjon for at det skal ilegges straff. Klager viser her til Rt. 1998 s. 652 hvor Høyesterett la til grunn at foretaksstraff ikke bør anvendes i andre tilfeller enn hvor dette anses hensiktsmessig og at domstolene må vurdere fra sak til sak de hensyn som taler for og mot foretaksstraff.
- (63) Klager kan ikke se at verken individualpreventive eller allmennpreventive hensyn gjør seg gjeldende. Det er ingen grunn til å tro at gebyr er nødvendig for at klager skal unngå lignende hendelser i fremtiden, og all den tid de faktiske forhold viser en rekke uheldige

omstendigheter, som etter klagers syn sjelden vil foreligge i andre saker, vil et gebyrs signaleffekt være begrenset.

- (64) Overtredelsens grovhet er relevant ved vurderingen av om det bør ilegges en sanksjon. Etter klagers mening kan ikke en mulig overtredelse her karakteriseres som grov. Forholdene har ikke fått alvorlige eller merkbare konsekvenser for markedet eller andre aktører og beløpene er i den store sammenheng relativt beskjedne. Klager viser særlig til Rt. 1981 s. 112 og Rt. 1989 s. 878 hvor overtredelsens beskjedne karakter ble vektlagt som moment for frifinnelse. Klager viser også til Rt. 2013 s. 312 og anfører at tilsvarende betraktninger har overføringsverdi til saken. Enkeltmedarbeideres vurderinger fikk uheldige konsekvenser, men var ikke av et slag som klagers ledelse kunne forventes å hindre fullt ut gjennom ytterligere utførlige instruksjoner.
- (65) Klager anfører at reviderte rutiner ikke nødvendigvis ville ha hindret hendelsene. Enkeltmedarbeidernes handlinger i denne saken er resultater av uheldige omstendigheter. Selv om klager har sett at det har vært behov for å revidere de aktuelle rutinene og retningslinjene, fremstår hendelsene mer som et resultat av en rekke uheldige omstendigheter, og ikke i seg selv utelukkende forårsaket av mangelfulle rutiner. Medarbeidernes opptreden var ikke en påregnelig risiko som klager kunne og burde ha avverget ved å sikre gode kontrollrutiner.
- (66) Hendelsene i saken er videre ikke et resultat av planlagt, manipulerende adferd fra klagers side for å fremme foretakets interesser, og det er ingenting som tilsier at ledelsen eller andre som tradisjonelt opptrer på foretakets vegne har vært involvert. Det er ikke riktig at klager tok et bevisst valg om å gi Statnett inntrykk av at det var lagt inn et reelt bud. Det er heller ikke riktig at enkeltmedarbeidere agerte som man gjorde for å unngå redusert godtgjørelse, og at oppjusteringen ble gjort med hensikt for å manipulere markedet. Det var åpenbart ingen motivasjon for klager å unngå avkortning av kroner 370 500. I denne sammenheng påpeker klager videre at den økonomiske gevinsten ved forholdene beskrevet i vedtaket, sett i sammenheng med markedets størrelse og volum og klagers økonomi, er små.
- (67) Det foreligger ikke fare for gjentakelse. Klager har heller aldri tidligere blitt sanksjonert eller straffet for dette eller andre sammenlignbare overtredelser. Videre har det, etter klagers syn, gått lang tid fra hendelsene fant sted. Klager har også bidratt aktivt for å bringe klarhet i hva som skjedde.
- (68) Samlet sett er det etter klagers syn ikke nødvendig å reagere med overtredelsesgebyr. De ulike momentene i forvaltningsloven § 46, fraværet av planlagt, manipulativ adferd, tiden som har gått siden forholdene fant sted og det faktum at subjektive forhold kun kan knyttes til enkeltmedarbeidere i foretaket, viser at klager ikke skal ilegges gebyr for markedsmanipulasjon. Det underbygger etter klagers syn ikke markedets tillit til RME dersom man velger denne saken som et første gebyr for markedsmanipulasjon i Norge.
- (69) Klager anfører subsidiært at gebyret er for høyt. Det er en grunnleggende forutsetning for REMIT, og nasjonale gjennomføringer som kapittel 5 i NEM, at reglene tolkes og anvendes i tråd med reguleringen av maktmisbruk i det finansielle markedet, slik denne fremgår av MAR. Det er derfor etter klagers syn naturlig å se hen til de momenter som fremgår av verdipapirhandelloven § 21-14 ved ileggelse av administrative sanksjoner for brudd på forbudet mot markedsmanipulasjon i verdipapirmarkedet. Klager viser til verdipapirhandelloven § 21-14 punkt 6 som omhandler foretakets vilje til å samarbeide

med myndighetene. I den forbindelse fremholder klager at selskapet har vært møtekommende og helt transparent i enhver dialog med både Statnett og RME.

- (70) I mangel av praksis knyttet til NEM mener klager at det er naturlig å se hen til hvordan sanksjonering av markedsatferdsreglene foretas i finansmarkedene. Ved selve utmålingen er det naturlig å se hen til oppnådd fortjeneste eller unngått tap, og ilegge et overtredelsesgebyr som ikke overstiger tre ganger slikt beløp, jf. verdipapirhandelloven § 21-1(4). Tre ganger fortjenesten tilsier at gebyret skal begrenses til kroner 1 111 500.

5 Spørsmål fra Energiklagenemnda til Boliden

- (71) I forbindelse med nemndsbehandlingen ønsket Energiklagenemnda å få avklart enkelte forhold. Ved brev til klager den 27. mai 2024 ble det stilt en rekke spørsmål knyttet til realitetene i saken. Dette gjaldt overordnet klagers rolle som balanseaktør og enkelthetene knyttet til vedlikeholdsarbeidet på klagers anlegg.

5.1 Boliden Oddas svar

- (72) Boliden innga sine merknader den 13. juni 2024. I det følgende gjengis svaret fra Boliden.
- (73) Bolidens rolle som balanseaktør blir håndtert av flere personer internt i Boliden, og ved hjelp av eksterne leverandører som bistår med energirådgivning. Internt i Boliden blir rollen som balanseaktør ivaretatt av både produksjonsavdelingen for elektrolyse og controller i økonomiavdelingen. Oppgavene til controller var og er økonomisk oppfølging og dialog med energirådgiver, i det aktuelle tilfellet Kinect. Det innebar viderefremming av den informasjonen Kinect trengte for å kunne levere sine tjenester etter avtale med Boliden. Controller tar i svært liten grad egne avgjørelser knyttet til dette, og i den grad det tas avgjørelser om å ikke delta i RKOM gjøres det i samråd med produksjonen. Hovedoppgavene til controller er å sørge for at økonomiske forhold rundt sinkproduksjon blir fulgt opp, budsjettert, revidert, kontrollert osv.
- (74) Produksjonsavdelingen for elektrolyse ("Elektrolyse") [REDACTED], sendte kraftprognoser til både controller og energirådgiver, i det aktuelle tilfellet Kinect, i tillegg til andre nøkkelpersoner i bedriften og [REDACTED]. Kraftprognosene benyttes primært som informasjon for kraftsalg og deltakelse i regulerkraftmarkedene. Frist for oversendelse var kl. 10 hver fredag. I det aktuelle tilfellet ble prognosene for uke 42 ikke sendt til verken controller eller Kinect før kl. 14:47 fredag 15. oktober 2021.
- (75) Elektrolyse er lokalisert i et eget produksjonslokale på industriområdet. Controller på økonomiavdelingen er lokalisert i eget kontorbygg med ca. 5 minutters gange fra Elektrolyse. Kinect er lokalisert i Bergen.
- (76) Boliden ønsker å være med i RKOM for å kunne være en bidragsyter i de tilfellene der Statnett trenger ekstra effekt i strømmarkedet. [REDACTED]
- (77) Selve kraftsalget (bortsett fra RKOM) ble håndtert av Kinect på hendelsestidspunktet. Det var Kinect som la inn i respektive systemer og «trykket på knappen». Dette var dog basert på Boliden sine kraftprognoser. Når det gjelder RKOM så opererer Boliden på


egne vegne ved å legge inn bud i Statnett sitt system, for å deretter gi beskjed til Kinect slik at de kunne legge de inn i andre, påbudte systemene. Boliden er ikke rigget til å håndtere alt det medfølger å sitte med ansvaret for kraftsalg i egen organisasjon (systemkunnskap, systemvedlikehold, oppdateringer på bransjen etc.). Hovedfokuset er å produsere sink. Derfor har klager brukt en leverandør som Kinect, slik som andre tilsvarende aktører gjør.

(78) På hendelsestidspunktet var rutinen at det var kontakt på e-post og telefon mellom Elektrolyse og controller, inkludert kontakt med Kinect. Kraftprognoser ble sendt hver fredag per e-post (som grunnlag for overskuddsalg) til både controller og Kinect, inkludert øvrig nøkkelpersonell i selskapet. Controller i økonomiavdelingen ga beskjed til Kinect, på bakgrunn av prognosene, om Boliden var med i kommende uke i RKOM eller ikke. På bakgrunn av informasjonen fra controller om deltakelse i RKOM, kunne Kinect legge det inn i respektive systemer. Boliden stod for selve budgivningen.

(79) I etterkant av hendelsen har Boliden forbedret sine rutiner. 

 Informasjonsflyten er imidlertid noe tettere og i større grad strukturert.

(80) 

(81) Vedlikeholdsstansen som ble utført høsten 2021 omfattet omfattende vedlikehold. 

(82) 

(83) 

- (84) Vedlikeholdet påvirker i liten grad skiftordningen. Skiftfolkene gikk sine skift, bortsett fra noen få som ble tatt ut på dagtid. Skiftfolk utfører en del oppgaver under vedlikeholdsstansen, og Boliden forsøker å utnytte arbeidstakernes kompetanse på best mulig vis gjennom stansen. En utvidelse av perioden for vedlikeholdet påvirker følgelig også i liten grad skiftordningen.
- (85) Vedlikeholdsstansen ble utvidet med to døgn som følge av forsinket leveranse av [REDACTED]. Ny leverandør, transport fra [REDACTED] og COVID-19 gjorde at leveransen ble forsinket. Boliden besluttet da å montere [REDACTED] med noen dagers forsinkelse istedenfor å ha minst 1 uke stopp i desember for å skifte disse. Dette var avklart med drift, da dette ville medføre at tapet ble minst. Årsaken til overskridelse på tid var at Boliden hadde for mye gjenstående arbeid på slutten med strømskinner og betongarbeider, opprydding mm. [REDACTED] og [REDACTED] var den største usikkerheten i prosjektet og hovedårsak til forlengelsen i vedlikeholdsstansen.
- (86) Fredag 15 oktober 07:11 sendte tekniker i Elektrolyse prognose for uke 42 til [REDACTED], inkludert enkelte nøkkelroller i Boliden på kopi, se vedlagt. Det var ikke kopi til controller eller Kinect. Annen tekniker i Elektrolyse som pleier å gjøre dette hadde fri den aktuelle dagen, men fikk en purring samme dag fra Kinect. I etterkant av denne purringen til tekniker, ble prognosen sendt videre til controller og «spot kinect» kl. 14:47.
- (87) Som følge av at kraftprognosen ikke ble mottatt av controller før bud var inngitt, var controller ikke informert om at vedlikeholdsstansen ble utvidet med 2 døgn. Da controller ble oppmerksom på denne feilen, tok controller kontakt med Kinect per telefon fredag 15. oktober rett før kl. 16. Controller hadde ikke vært i en tilsvarende situasjon i sin yrkeskarriere. Boliden hadde heller ikke opplevd liknende situasjon tidligere, og ba Kinect om råd for hvordan Boliden best kunne håndtere situasjonen som var oppstått. På bakgrunn av telefonsamtalen, samt at controller var ny i sin rolle og Kinect kjente til dette, la klager til grunn at Kinect må ha vært kjent med at det ville bli lagt vekt på deres rådgivning i situasjonen. Det var Kinect som foreslo at controller skulle øke prisen på budet til kr [REDACTED] for å redusere muligheten for at Boliden ble aktivert.
- (88) Først mandag 18. oktober, etter at Boliden var blitt kontaktet av Statnett for å redusere 30 MW (som da ikke var mulig), ga Kinect uttrykk for at Boliden burde "vurdere" å ta kontakt med Statnett, slik det fremgår i epost mellom Kinect og controller, se vedlagt. Bolidens vurdering er at situasjonen kunne stilt seg annerledes dersom controller hadde blitt rådgitt til å ta kontakt med Statnett umiddelbart etter at vedkommende ble gjort kjent med feilen.

6 Energiklagenemndas vurdering

- (89) Energiklagenemnda skal ta stilling til gyldigheten av RMEs vedtak av 10. november 2023 mot Boliden Odda AS (klager) om ileggelse av overtredelsesgebyr på kroner 5 000 000 - millioner for overtredelse av NEM § 5-4, jf. § 5-1 syvende definisjon bokstav a, og forbudet mot forsøk på markedsmanipulasjon i NEM § 5-4, jf. § 5-1 åttende definisjon bokstav a, jf. NEM § 8-3 og energiloven § 10-7 annet ledd nr. 4.
- (90) Vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr etter NEM § 8-3 er for det første at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at det foreligger en overtredelse av en eller

flere av bestemmelsene nevnt i § 8-3. For det andre er overtredelsesgebyr betinget av at det foreligger skyld i form av forsettlig eller uaktsom overtredelse.

- (91) Energiklagenemnda skal først ta stilling til om de aktuelle handlingene objektivt sett er i strid med NEM § 5-4. Partene er i all hovedsak enige om det faktiske forholdene og nemnda finner det klart sannsynliggjort at klager har forholdt seg som beskrevet i punkt 2 foran.
- (92) Kapittel 5 i NEM inneholder regler om markedsadferd og transparens i kraftmarkedet. Det følger av NEM § 5-4 at *«enhver deltagelse eller forsøk på deltagelse i markedsmanipulasjon på engrosenergimarkeder er forbudt»*. Bestemmelsen oppstiller en vid regel som favner de fleste aktører som kan påvirke prissettingen i kraftmarkedene. Bestemmelsen må leses i sammenheng med NEM § 5-1 som blant annet inneholder definisjoner av uttrykkene «markedsmanipulasjon» og «forsøk på markedsmanipulasjon». Markedsmanipulasjon er en større sekkebetegnelse på flere typer atferd som utgjør en forstyrrelse av markedsmekanismene på en måte som medfører at markedsbildet fremstår annerledes enn hva som er realiteten. Disse atferdsalternativene er nærmere definert i § 5-1. I § 5-1 syvende definisjon bokstav a er markedsmanipulasjon uttrykt som:

«inngåelse av transaksjon eller inngivelse av handelsordre for et engrosenergiprodukt som gir eller er egnet til å gi uriktige eller villedende signaler om tilbud, etterspørsel eller pris på et engrosenergiprodukt».

- (93) Forsøk på markedsmanipulasjon er definert i § 5-1 åttende definisjon bokstav a) som:

«inngåelse av transaksjon, inngivelse av handelsordre eller annen handling vedrørende et engrosenergiprodukt med hensikt å gi uriktige eller villedende signaler om tilbud, etterspørsel eller pris på et engrosenergiprodukt»

- (94) Den klare forskjellen mellom definisjonene på forsøk på markedsmanipulasjon og markedsmanipulasjon er at forsøk etter åttende definisjon bokstav a) viser til en bestemt hensikt med den aktuelle atferden, mens det etter syvende definisjon bokstav a kun er tilstrekkelig med en mulig effekt av en handling uavhengig av hva som har vært hensikten med denne.

- (95) Videre inneholder NEM § 5-1 også definisjoner av uttrykkene «engrosenergiprodukt» og «engrosenergimarked». Førstnevnte er definert som:

«Engroskontrakter for fysisk levering av elektrisk energi, samt kontrakter til sluttbrukere med en forbrukskapasitet på minst 600 GWh årlig. Med kontrakter forstås også ordre og transaksjoner. Avståelse, mottak samt konsesjonskraftberettigedes disponering av konsesjonskraft er ikke et engrosenergiprodukt etter denne bestemmelsen, med mindre det handles på organisert markeds plass.»

Sistnevnte er definert som:

«Ethvert marked hvor engrosenergiprodukter handles»,

- (96) Regulerkraftopsjonsmarkedet (RKOM) og regulerkraftmarkedet (RK) er tilrettelagt for å dekke nasjonale og regionale behov for effektreserver. I disse markedene tilbys

leveringsforpliktelser i form av fysiske opp- og nedreguleringsressurser fra produksjon og forbruk som kvalifiserer som engrosenergiprodukt, jf. NEM § 5-1 første definisjon.

(97) Kapittel 5 i NEM er utformet etter modell av Parlaments- og rådsforordning av 25. oktober 2011 om integritet og gjennomsiktighet i energimarkedet Nr. 1227/2011 (REMIT). Forordningen ble vedtatt av EU i 2011, men er ikke implementert i Norge i påvente av at den tredje energimarkedspakken blir gjennomført i norsk rett. Kapittel 5 innebar en delvis tilpasning til REMIT, for å sikre tilsvarende offentligrettslig regulering av krav til integritet og transparens i kraftmarkedet tilsvarende som omkringliggende land som er integrert med det norske kraftmarkedet. Forskriftsbestemmelsene har tatt utgangspunkt i terminologien i REMIT, for å oppnå kontinuitet mellom endringene som da ble foreslått og en eventuell senere implementering av forordningens øvrige deler, jf. NVEs høringsdokument nr. 3-2017 'Forslag til endring i energilovforskriften – Innføring av forbud mot markedsmanipulasjon og innsidehandel og krav til publisering av innsideinformasjon). Det ble fremhevet at hensynet til like markedsforhold og likeartede regler tilsier at NVE (og senere RME) ville se hen til veiledning fra ACER ved tolkning av bestemmelsene.

(98) Utarbeidelsen av veiledningen er forutsatt i forordningens fortalepunkt 27 og skal bidra til å lette samarbeidet om energihandelen over landegrensene ved å tilrettelegge for ensartet fortolkning. Det samme fortalepunktet inneholder også en henvisning til Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/6/EF av 28. januar 2003 om innsidehandel og markedsmanipulasjon (MAR).

(99) Definisjonen av markedsmanipulasjon bygger på REMIT artikkel 2 (2) bokstav a (i). Den engelske språkversjonen lyder slik:

«gives, or is likely to give, false or misleading signals as to the supply of, demand for, or price of wholesale energy product»

(100) Den engelske språkversjonen harmonerer med den svenske som uttrykker:

«ger eller kan förväntas ge falska eller vilseledande signaler om tillgång, efterfrågan eller pris på grossistenergiprodukter»

(101) Den danske versjonen har imidlertid følgende formulering:

«giver eller kan give urigtige eller vildledende signaler om udbuddet af, efterspørgslen efter eller prisen på engrosenergiprodukter»

(102) Den danske språkversjonen benytter tilsvarende begrep som den norske, og skiller seg fra den engelske, svenske og også den tyske hvor ordet «falsk» heller er benyttet enn «uriktig». Klager mener at vilkårene som er benyttet i den norske og danske versjonen senker terskelen for hva som må anses som markedsmanipulasjon. Klager har derfor påberopt at vedtaket er uriktig ettersom RME ikke har hensyntatt MAR tilstrekkelig i sin vurdering ved å innta en rettstridsreservasjon i fortolkningen av bestemmelsen. Nemnda vil poengtere at REMIT ikke er implementert i norsk rett og at det er den norske forskriftsteksten som er gjenstand for vurdering. REMIT og den tilhørende veiledningen fra ACER tjener da som relevante tolkningsfaktorer. Etter nemndas syn er uansett ikke denne sondringen vesentlig i denne saken ettersom det er den mulige effekten den aktuelle handlingen har eller kan ha på markedet som er sentralt for vurderingen. Dette følger

allerede av en alminnelig forståelse av ordlyden i bestemmelsen som oppstiller en ren objektiv vurdering. Denne vurderingen må nødvendigvis foretas konkret, og det er tilstrekkelig å konstatere at atferden «was likely to give these false or misleading signals», jf. ACER veiledningen punkt 6.2. Bestemmelsen oppstiller derfor ikke noe krav om virkning for at markedsmanipulasjon skal konstateres. Vurderingen knytter seg til en objektiv gjennomgang av om et aktuelt forhold ville være egnet til å påvirke markedet på en slik måte at det utgjør manipulasjon. Energiklagenemnda legger følgende mindre vekt på de språklige forskjellene enn det som er anført fra klagers side.

- (103) Fortalen til REMIT fremhever at formålet med markedsatferdsreglene er at forbrukere og andre markedsaktører har tillit til elektrisitetsmarkedenes integritet, og at prisene som fastsettes på engrosenergimarkedet er basert på konkurranse, samt sikrer at man ikke tjener på markedsmissbruk. I den forbindelse er det viktig å være oppmerksom på forskjellen mellom alminnelige finansielle markeder og reservemarkedene hvor aktørene selv kontrollerer råvaren. Dette understrekes av hensynet bak REMIT som også kommer til uttrykk i ACERs veiledningsdokument punkt 2.1.
- (104) Energiklagenemnda skal så ta stilling til om klagers atferd høsten 2021 objektivt sett er i strid med NEM § 5-4, jf. § 5-1. Energiklagenemnda vil vurdere de to ukene separat for å konstatere om klagers handlinger utgjorde markedsmanipulasjon.

Uke 40: 4. - 10. oktober 2021

- (105) Klager la inn bud og fikk tilslag i RKOM for å stille ressurser til rådighet i RK selv om det var pågående vedlikeholdsarbeid i anlegget. Øvrige markedsdeltakere gjennomførte derfor handler på feil grunnlag.
- (106) Buddata fra Nord Pool European Market Coupling Operator AS viser at salgsvolumene i døgnet for Boliden i perioden onsdag 1. september 2021 (uke 35) til søndag 31. oktober 2021 (uke 43) økte vesentlig rundt mandag 27. september og tirsdag 28. september 2021 (uke 39). I perioden fra tirsdag 28. september 2021 kl. 06:00 til 21. oktober 2021 kl. 11:00 solgte klager 69.4 MW per time i døgnet ifølge buddata RME har mottatt. Dette er en økning fra i underkant av ■■■ MW i perioden før.
- (107) Boliden fikk kroner 59 850 for levering i uke 40. Analyser fra RME viser at dersom klager ikke hadde lagt inn bud i RKOM, så ville det prissettende budet vært 1 NOK/MW over det som faktisk ble prissettende bud, inkludert klagers bud. Total kostnad for «RKOM-H-OPP Hverdag» i uke 40 var på kroner 762 090. Dersom klager ikke hadde gitt bud, og neste bud hadde blitt akseptert, ville den totale kostnaden vært kroner 840 180. Det vil si at Boliden har redusert inntjeningen til andre aktører som fikk tilslag i RKOM med kroner 78 090. Omstendighetene i markedet har gjort at beløpet ikke er stort i det aktuelle markedet, men effekten er konstaterbar.
- (108) Markedsmanipulasjon er en forstyrrelse av markedsmekanismene på en måte som medfører at markedsbildet fremstår annerledes enn hva som er realiteten. Klagers handling har hatt innvirkning på markedet. De objektive vilkårene for overtredelse av NEM § 5-4 er derfor oppfylt for uke 40.

Uke 42: 18.- 24. oktober 2021

(109) I motsetning til RME kommer Energiklagenemnda til at handlingen i uke 42 også er å regne som markedsmanipulasjon. RME har lagt til grunn at det foreligger forsøk på markedsmanipulasjon siden budet ikke fikk ha effekt på markedet. Forbudet i NEM dekker imidlertid også tilfeller der inngivelse av handelsordre «er egnet» til å gi uriktige eller villedende signaler om tilbud, etterspørsel eller pris på et engrosenergiprodukt, jf. § 5-1 syvende definisjon bokstav a. Det er klart at klagers budgivning har redusert inntjeningen til andre aktørene som fikk tilslag i RKOM. Dersom Boliden ikke hadde lagt inn bud i RKOM, så ville det prissettende budet vært på 150 NOK/MW, [REDACTED] NOK/MW over prissettende bud inkludert Bolidens bud. Budet i RK ble justert opp av Boliden fredag den 15. oktober, men ble tatt ut av Statnett den 18. oktober da det viste seg at Boliden ikke var i stand til å levere på forespørsel fra Statnett. Budet påvirket da ikke prisdannelsen når det ikke ble aktivert, like fullt var det «egnet» til å gjøre det.

(110) Totalt ble inntjeningen til klager for uke 40 og 42 i RKOM til sammen kroner 430 350.

(111) Oppsummert konstaterer Energiklagenemnda at klager både i uke 40 og 42 objektivt sett har handlet i strid med NEM § 5-4, jf. NEM § 5-1 syvende definisjon bokstav a.

Vurdering av skyld

(112) Energiklagenemnda skal deretter ta stilling til om kravet til utvist skyld er oppfylt. Også her er det nødvendig å skille mellom de to ukene.

(113) Det følger av energiloven § 10-7 at Reguleringsmyndigheten kan ilegge overtredelsesgebyr etter reglene i forvaltningsloven § 44 til den som forsettlig eller uaktsomt overtrer NEM 5-4, jf. NEM § 8-3. I kravet til uaktsomhet ligger det at «den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom», slik det fremkommer av legaldefinisjon i straffeloven § 23. Det er en streng aktsomhetsnorm knyttet til etterlevelse av lovgivning som regulerer næringsvirksomhet. Det skal således lite til for å konstatere uaktsomhet ved brudd på denne type regulering. Dette gjelder særlig der den aktuelle overtredelsen består av en unnlattelse av å følge nærmere bestemte handlingsnormer for utøvelsen av næringsvirksomhet på det aktuelle området. Hvis det er tale om handlingsnormer som det må forventes at foretaket kjenner til, vil en manglende overholdelse av normene i seg selv som utgangspunkt anses som uaktsomt, jf. Prop. 81 L (2021-2022) punkt 5.5 s. 29. Selv om terskelen for overtredelse i visse tilfeller er lav, er det forutsatt på samme side i forarbeidene at foretak ikke skal ilegges administrativ sanksjon ved overtredelser som må anses som hendelige uhell eller utslag av force majeure.

(114) Forsett er definert i strl. § 22 og foreligger når noen med hensikt begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen, eller holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet.

Uke 40: 4. - 10. oktober 2021

- (115) Når det gjelder uke 40, finner Energiklagenemnda at klager har opptrådt uaktsomt. Vilkårene for deltakelse i RKOM oppstiller klart at volum som er forventet utilgjengelig i hele eller deler av den aktuelle markedsperioden ikke skal tilbys i RKOM. Klagers bud i RKOM er utelukkende basert på klagers vurdering av om klager kan avstå kraft i et bestemt tidsrom. I dette konkrete tilfellet har klager i beste fall ikke foretatt noen vurdering overhodet, men blindt lagt inn et bud i markedet. Realiteten er at klager som juridisk enhet visste at klager som følge av driftsstans ikke kunne regulere sitt forbruk, men allikevel pretenderte at klager kunne gjøre dette. Klagers opptreden ved å delta i RKOM til tross for at det pågikk en større vedlikeholdsoperasjon i produksjonsanlegget markerer et klart avvik fra normal forsvarlig handlemåte for en aktør som deltar i kraftmarkedet.

Uke 42: 18.- 24. oktober 2021

- (116) Klagers opptreden i uke 42 skiller seg fra uke 40 ved at det både gjelder inngivelse av det opprinnelige feilaktige budet, samt justeringen av budet etter at det ble oppdaget at klager ikke ville kunne levere slik de hadde forpliktet seg til gjennom budet. For det første tilfellet anser nemnda klagers opptreden som uaktsom, på samme bakgrunn som for uke 40. Angående det justerte feilaktige budet finner nemnda det klart at overtredelsen har skjedd forsettlig. Selv om handlingen ble gjort etter råd fra rådgiver, er det likevel klager selv som beslutter utførelsen. Det er gjeldende rett at klager som virksomhet ikke kan skjule seg bak enkeltansattes uvitenhet eller at beslutninger er tatt av eksterne rådgivere. Det uttalte formålet var å øke budprisen slik at det opprinnelige budet ikke ville bli plukket ut. Den aktive handlingen ble gjort selv om klager var fullt klar over at de ikke ville være i stand til å innfri sine forpliktelser. Klager kunne ha varslet Statnett, men valgte i stedet å opprettholde sin uriktige posisjon. Om planen hadde lyktes ville klager mottatt betaling i RKOM på falske premisser fordi de ikke ville være i stand til å levere ønsket effekt i RK som følge av vedlikeholdsstansen. Vi befinner oss tett på kjernen av markedsmanipulasjonsbegrepet og nemnda finner det klart at forbudet i NEM § 5-4 er overtrådt også for uke 42.

Utmåling

- (117) Vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr er på dette grunnlag oppfylt. Energiklagenemnda skal deretter ta stilling til klagers subsidiære anførsel om at overtredelsesgebyret må reduseres.
- (118) Ved utmåling av overtredelsesgebyr kan det legges vekt på en rekke momenter som fremgår av forvaltningsloven § 46. Allmennpreventive hensyn og hensynet til reglens effektivitet tilsier at det må utmåles gebyr av en viss størrelse ved brudd på reglene om markedsmanipulasjon. Om klager heller hadde informert Statnett om at selskapet ikke ville kunne oppfylle forpliktelsene i både uke 40 og 42 ville reduksjonen i godtgjørelsen utgjort kroner 430 350. Det må være et markert løft fra den potensielle reduksjonen til hva som skal utmåles for overtredelsesgebyr. Det fastsette gebyret står ikke i et vesentlig misforhold til dette utgangspunktet. Det utmålte gebyret er lavt sett i forhold til foretakets økonomiske evne. Ifølge morsselskapet Boliden ABs årsrapport hadde Boliden Odde AS i 2021 en omsetning på 353 millioner svenske kroner og et driftsresultat på 133 millioner svenske kroner. Overtredelsesgebyr må derfor være av en viss størrelse for å oppnå tilstrekkelig preventiv virkning. Saken er den første som gjelder overtredelsesgebyr for

brudd på bestemmelsene om markedsmanipulasjon. Det har dermed ikke utviklet seg et sammenlignbart nivå gjennom praksis, og nemnda slutter seg til de momenter og skjønsmessige vurderinger som ligger til grunn for RMEs utmåling.

(119) Energiklagenemnda finner etter dette ikke grunnlag for å redusere det ilagte gebyret.

7 Vedtak

(120) Energiklagenemnda fatter etter dette følgende vedtak:

- 1. Klagen tas ikke til følge.**
- 2. Reguleringsmyndigheten for energis vedtak 202117644-14 av 10. november 2023 om overtredelsesgebyr på kroner 5 millioner mot Boliden Odda AS stadfestes.**

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Vedtaket er enstemmig.

Oslo, 20. juni 2024

Per Conradi Andersen
Nemndsleder

Edna Grepperud
Nemndsmedlem

Morten Sundt
Nemndsmedlem

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur