

NOTAT

Til Energi Norge

Fra Advokatfirmaet Thommessen AS

Dato 6. november 2019

Ansvarlig advokat Gunnar Martinsen

NVES FORSLAG TIL FORSKRIFT OM FUNKSJONELT SKILLE

1 INNLEDNING

1.1 Bakgrunn og formål med notatet

Norges vassdrags- og energidirektorat ("**NVE**") har på vegne av Olje- og energidepartementet ("**OED**") utarbeidet et forslag til endring i energilovforskriften.¹ Forskriftsforslaget er hjemlet i energiloven § 4-7, som gir departementet hjemmel til å fastsette forskrift om funksjonelt skille ("**delegasjonshjemmelen**"). NVE foreslår å innføre et strengere selskapsmessig og funksjonelt skille enn det stortinget vedtok i 2006 og 2016. Forslaget ble sendt på høring 28. juni 2019, og høringsfristen er 8. november 2019.

Energi Norge har bedt oss om å vurdere lovligheten av deler av forskriftsforslaget, nærmere bestemt forslaget om å begrense adgangen for samme person til å delta i ledelsen i morselskap eller kontrollerende eier og nettselskap, jf § 4-13 ("**forskriftsforslaget**").

Vi vil i punkt 2 vurdere om NVEs forskriftsforslag i § 4-13 første ledd kan vedtas slik det foreligger, eller om en slik regulering må vedtas i lovs form. Vurderingen vil med andre ord gjelde om forskriftsforslaget – dersom det vedtas – vil være ugyldig.

1.2 Sammendrag og konklusjon

Etter vår vurdering vil forskriftsforslaget – dersom det vedtas – være ugyldig som følge av at det er i strid med formell lov:

- (i) For det første vil forskriftsforslaget § 4-13 være i strid med aksjeselskapslovgivningen. Dette er fordi bestemmelsen begrenser den friheten og retten aksjonærene har etter aksjelovgivningen til å velge hvem som skal sitte i selskapets styre. Denne begrensningen vil være et inngrep som ikke kan fastsettes i forskrifts form, men som må vedtas i lovs form.

¹ NVEs høringsdokument 8:2019 : http://publikasjoner.nve.no/hoeringsdokument/2019/hoeringsdokument2019_08.pdf

- (ii) For det andre vil forskriftsforslaget § 4-13 være i strid med energiloven § 4-7. Dette er fordi bestemmelsen går på tvers av de føringer og begrensninger som lovgiver la til grunn ved vedtagelsen av det funksjonelle skillet i 2006 og ved lovendringen i 2016.

2 VURDERING AV FORSKRIFTSFORSLAGETS LOVMESSIGHET

2.1 Innledning

Stortinget innførte ved lovendringer i 2006 og 2016 et selskapsmessig og funksjonelt skille mellom nettvirksomheten i energiselskapene og den øvrige energirelaterte virksomheten, se energiloven §§ 4-6 og 4-7.² Det selskapsmessige skillet innebærer at nettvirksomheten må drives i en egen juridisk enhet, mens det funksjonelle skillet innebærer et forbud for ledelsen i nettselskapet mot å delta i ledelsen i selskaper i konsernet som driver annen virksomhet enn nettvirksomhet. Reglene har som formål å forhindre energiselskapene i å utnytte nettvirksomhetens naturlige monopol for å fremme egen konkurranseutsatt virksomhet.³ For morselskap eller kontrollerende eier⁴ som ikke forestår annet enn eierstyring og administrasjon, er det i dag adgang for morselskapets ledelse til å delta i ledelsen av nettselskapet, herunder kan ledelsen i morselskapet sitte i nettselskapets styre.

Da disse reglene ble innført i 2006, var OED og Stortinget svært grundige i sin behandling av lovforslaget. Det ble drøftet hvor omfattende krav som skulle innføres, spesielt med hensyn til det funksjonelle skillet. Lovforslaget som ble vedtatt, la til rette for at morselskapets ledelse fortsatt skulle kunne delta i nettselskapets ledelse, forutsatt at morselskapet selv ikke drev med operativ energirelatert virksomhet. Da reglene om det funksjonelle skillet ble justert i 2016, ble disse forutsetningene videreført uten endringer.

Det NVE nå forsøker å gjøre gjennom forskriftsforslaget, er å utvide reglene og gjøre det funksjonelle skillet langt mer omfattende og inngripende enn forutsatt av lovgiver. Forskriftsforslaget innebærer at morselskapet ikke kan delta i ledelsen i nettselskapet. Dette er etter vår vurdering lovstridig, fordi forskriften ikke vil være tilstrekkelig forankret i delegasjonshjemmelen.

2.2 Forskriften må være rettslig forankret i energiloven slik den gjelder fra 2021

2.2.1 Nærmere om energiloven § 4-7 og delegasjonshjemmelen i 2021

Forskriften er tenkt hjemlet i energiloven § 4-7, slik den lyder når den trer i kraft 1. januar 2021. Forskriften er ment å tre i kraft på samme tidspunkt⁵ Ved tolkningen av delegasjonshjemmelen og vurderingen av hva som kan vedtas i forskrifts form, må vi ta utgangspunkt i loven slik den gjelder fra 2021. Loven må ses i sammenheng med forutsetningene som ble lagt til grunn da delegasjonshjemmelen første gang ble vedtatt i 2006 og ved den påfølgende behandlingen av det funksjonelle skillet i 2016.

Fra og med 1. januar 2021 vil § 4-7 ha følgende ordlyd:

"Personer i ledelsen i nettforetak kan ikke delta i ledelsen i foretak som driver annen virksomhet innenfor det integrerte foretaket.

Morselskap eller kontrollerende eier i det integrerte foretaket skal ikke gi instruksjer til nettforetak om den daglige driften eller om avgjørelser vedrørende

² Se LOV-2006-06-30-59 om endringer i lov 29. juni 1990 nr 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven) og LOV-2016-05-27-18 skille mellom nettvirksomhet og annen virksomhet mv.

³ Se blant annet Ot prp nr 61 (2005-2006) s 40 og fortalen til andre og tredje elmarkedsdirektiv, direktiv 2003/54 og direktiv 2009/72.

⁴ Når vi heretter benytter begrepet "morselskap" mener vi både morselskap og kontrollerende eier.

⁵ NVEs høringsdokument 8:2019 s 39.

utbygging eller oppgradering av nettet. Dette er ikke til hinder for overordnet styring med nettforetakets økonomiske rammer.

Departementet kan gi dispensasjon fra hele eller deler av kravet til funksjonelt skille.

Departementet kan gi forskrift om funksjonelt skille.⁶

Første ledd innebærer et forbud mot at personer i ledelsen i nettforetaket deltar i ledelsen i foretak som driver *annen virksomhet* innen konsernet. Annen virksomhet vil være all annen virksomhet, herunder energirelatert virksomhet (omsetning og produksjon av kraft), men også hvilken som helst annen operativ virksomhet som ikke har noe med energi å gjøre – her er det kun fantasien som setter begrensninger. Så lenge morselskapet ikke driver med annen virksomhet, men kun eierstyring og administrasjon, kan ledelsen i morselskapet delta i ledelsen av nettselskapet.

Andre ledd oppstiller et instruksforbud fra morselskapet eller kontrollerende eier overfor nettvirksomheten, mens tredje ledd gir departementet adgang til å dispensere fra reglene.

Bestemmelsens fjerde ledd gir departementet anledning til å fastsette "forskrift om funksjonelt skille". Ordlyden gir i utgangspunktet og tilsynelatende en vidtgående hjemmel til å vedta ytterligere regler knyttet til det funksjonelle skillet. Adgangen til å regulere det funksjonelle skillet i forskrift kan imidlertid ikke gå ut over eller være i strid med de forutsetningene Stortinget la til grunn da departementet fikk myndighet til å regulere det funksjonelle skillet nærmere i forskrifts form.

I forarbeidene til energiloven § 4-7 fremgår lovgivers premisser for både bestemmelsen generelt og for delegasjonshjemmelen spesielt. Dette er disse premissene NVE nå ønsker å fravike. Vi kommer nærmere inn på disse i punkt 2.4 og 2.5. Vi vil likevel kort nevne følgende to sentrale premisser som Stortinget la til grunn da de vedtok lovendringen:⁷

- (i) Forslaget til lovendring om selskapsmessig og funksjonelt skille innebar et inngrep i aksjeeiernes rett og frihet etter selskapslovgivningen. Det følger av grunnloven og alminnelige regler at slike inngrep måtte gjennomføres ved lovs form, det vil si ved å endre loven.
- (ii) Forskriftsmyndigheten skulle ikke benyttes ut over å ivareta det som fulgte av EU-/EØS-rettslige krav, det vil si at den ikke skulle gå lenger enn det som var påkrevd i henhold til EU-/EØS-retten.

Til tross for disse klare premissene fra Stortinget mener NVE nå at de kan gå lenger enn det som følger av energiloven § 4-7 og innføre et forbud mot å delta i ledelsen både i nettselskapet og morselskapet.

2.2.2 Nærmere om forskriftsforslaget § 4-13

Forskriftsforslagets § 4-13 første ledd har følgende ordlyd:

"§ 4-13. Ledende stilling i nettselskap

⁶ LOV-2016-05-27-18 om endringer i energiloven (skille mellom nettvirksomhet og annen virksomhet mv) justert iht LOV-2018-05-25-21 som justerer forskriftshjemmelen fra "Departementet kan gi nærmere forskrifter om funksjonelt skille og fastsette vilkår for konsesjon etter § 4-1 om forhold som nevnt i denne bestemmelsen." uten at dette er ment å endre rettstilstanden, se Prop 5 L (2017–2018) Endringer i energiloven (tredje energimarkedspakke) s 69.

⁷ Ot prp nr 61 (2005-2006).

Personer med ledende stilling i et nettselskap kan ikke ha en ledende stilling i morselskap eller kontrollerende eier.

Hvis morselskapet eller en kontrollerende eier kun forestår overordnet eierstyring og administrative fellestjenester innenfor det integrerte foretaket, kan styremedlem i morselskap eller kontrollerende eier også være styremedlem i nettselskapet. Styret i nettselskap skal ha et flertall av medlemmer som ikke deltar i ledelsen i morselskap eller kontrollerende eier.

Med ledende stilling menes styreleder, styremedlem, daglig leder og andre ansatte med reell beslutningsmyndighet. Denne bestemmelsen gjelder for integrerte foretak som er omfattet av energiloven § 4-7."

Første ledd oppstiller et forbud mot at de samme personene deltar i ledelsen i et nettselskap og i morselskapet. Dette innebærer at ingen fra den administrative ledelsen i morselskapet kan delta i styringen av nettselskapet gjennom nettselskapets styre eller ledelse for øvrig.

Forskriftsforslagets andre ledd oppstiller et snevert unntak fra hovedregelen, mens forslaget tredje ledd definerer "ledende stilling". Vi behandler kun hovedregelen i første ledd, da det er denne som legger til grunn helt andre forutsetninger enn det lovgiver har forutsatt. Lovgiver har lagt til grunn at ledelsen i morselskapet kan delta i ledelsen i nettselskapet. Til tross for dette foreslår NVE å innføre en regel som innebærer det stikk motsatte: Et forbud mot at ledelsen i morselskapet kan delta i ledelsen i nettselskapet.

NVE begrunner forskriftsforslaget i to ulike forhold, nemlig tilliten til at nettselskapet opptrer nøytralt og muligheten for effektivt tilsyn. De lovmessige utfordringene kommenteres slik:

"Slike dobbeltroller [samme person deltar i ledelsen i nett- og morselskap] kan bidra til å svekke tilliten til at nettselskapet opptrer nøytralt overfor konkurranseutsatt virksomhet. For å oppnå formålet med selskapsmessig skille er det avgjørende at nettselskapet driftes uavhengig av konsernet for øvrig.

I tillegg vil det være svært vanskelig for NVE å føre tilsyn med at personer som sitter i ledelsen i både nettselskap og morselskap skiller tilstrekkelig mellom de ulike rollene.

(...)

Det legges til grunn at regelen ikke er i strid med loven. Loven begrenser muligheten for dobbeltroller, men gir ingen rett til å ha ledende stilling i både mor- og nettselskapet. Det er derfor ikke noe i veien, rettslig sett, for at forskriften går noe lengre i å begrense muligheten for dobbeltroller."⁸

NVE påpeker selv at forskriftsforslaget går lenger enn det som følger av energiloven § 4-7, men mener likevel å kunne innføre bestemmelsen fordi energiloven ikke gir noen rett til å ha en ledende stilling både i mor- og nettselskapet. Denne snevre lovtolkningen er rettslig uholdbar, da Stortinget uttrykkelig har lagt til grunn at man kan ha ledende stilling både i nettselskapet og morselskapet, samt at eventuelle endringer i denne forbindelse må skje i lovs form, se punkt 2.4 og 2.5.

⁸ NVE Høringsdokument 8:2019 s 24 med referanse til Prop 35 L (2015-2016) s 24

Vurderingen av forvaltningens myndighet til å vedta forskrifter og innholdet i disse beror som kjent på hvilke forutsetninger lovgiver har bygget på når forvaltningen er gitt myndighet til å fastsette regler i forskrift. Det er disse rammene forskriften må vurderes ut ifra.

Videre begrunner NVE forskriftsforslaget med en uttalelse i forarbeidene til energiloven § 4-7:⁹

"Det fremgår også av forarbeidene at forbudet mot at morselskapet gir nettselskapet instruks i den daglige driften tilsier at samme person ikke kan være daglig leder i både morselskap og nettselskap.[fotnote fjernet] Etter NVEs vurdering gjør dette hensynet seg også gjeldende for styreleder og for ansatte med reell beslutningsmyndighet."

Det fremgår i Prop 35 L (2015-2016) at departementet mente at følgen av instruksforbudet var at samme person ikke kunne være *daglig leder* i nettforetaket og daglig leder i *morselskapet*:¹⁰

"Hva som regnes for å være «instrukser» etter forslaget til § 4-7 annet ledd (nåværende tredje ledd) er ikke nærmere definert i lovteksten. Det er ikke krav om at instruksjonen må ha noen bestemt form. At f.eks. samme person er daglig leder i nettforetak og daglig leder i morselskap eller kontrollerende eier, vil etter departementets vurdering ikke være forenlig med forbudet mot instruks i den daglige driften av nettforetaket." (vår understreking)

Denne uttalelsen fra *departementet* kan ikke brukes som begrunnelse for utvidelse av den kompetansen som *Stortinget* har gitt forvaltningen til å fastsette forskrift. Uttalelsen er ikke begrunnet, og den gjelder bare *daglig leder* i nett- og morselskapet. Enda viktigere er det at uttalelsen ikke gjelder rekkevidden av delegasjonshjemmelen, det vil si hva departementet kunne vedta i forskrifts form. Det er ingen holdepunkter i forarbeidene for at departementet kunne innføre en forskrift med en generell regel som gjelder hele ledelsen i nettselskapet og morselskapet. Tvert imot har lovgiver lagt til grunn at ledelsen i morselskapet skal kunne delta i ledelsen i nettselskapet, og at delegasjonshjemmelen videreføres uten endring, se punkt 2.5.2.

2.3 Rekkevidden av delegasjonshjemler – rettslige utgangspunkter

En forskrift kan bare tilsidesette eller fravike det som følger av loven dersom loven selv gir hjemmel for det (såkalt derogasjonshjemmel). Det må foreligge klare holdepunkter for at en forskriftshjemmel skulle kunne gi adgang til derogasjon.¹¹ Slike klare holdepunkter finnes ikke i energiloven § 4-7. Departementet forskriftsmessige kompetanse er dermed begrenset til å vedta en forskrift om funksjonelt skille som ikke strider mot:

- (i) Energilovgivningen og delegasjonsfullmakten i energiloven
- (ii) Annen lovgivning, i dette tilfellet selskapslovgivningen

Videre vil rekkevidden av en delegasjonshjemmel måtte underlegges tolkning i henhold til alminnelig rettskildelære. Høyesterett beskriver det som at en forvaltningsmyndighet "ikke uten lovhjemmel kan definere sin egen forskriftskompetanse", se HR-2018-1907-A, avsnitt 49 til 51:

"Ved fullmaktslovgivning på forvaltningsrettens område gir Grunnloven § 113 uttrykk for det grunnleggende prinsipp at myndighetshandlinger og

⁹ NVE Høringsdokument 8:2019 s 24 med referanse til Prop 35 L (2015-2016) s 24

¹⁰ Prop 35 L (2015-2016) s 24.

¹¹ Rt 2012 s 265 avsnitt 13.

myndighetsbeslutninger skal være forankret i folkeflertallets vilje, jf. Dok.nr.16 (2011–2012) side 248. Den utøvende makt kan med andre ord ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir uttrykk for, jf. Rt-2014-1105 avsnitt 26. (vår understreking)

Høyesterett understreker altså det åpenbare; det er Stortingets forutsetninger som lovgivningsmyndighet som skal legges til grunn når man skal vurdere hvor langt forvaltningens forskriftsmyndighet går. Videre legger Høyesterett til grunn at ordlyden i en delegasjonshjemmel må veies opp mot øvrige rettskildefaktorer. Legalitetsprinsippet vil komme inn som tolkningsfaktor, da det stilles krav om klarhet og forutsigbarhet for borgerne. Det understrekes at loven, for å kunne gjøre inngrep i borgernes rettssfære, må være så tilgjengelig og presis som forholdene tillater, jf Grunnloven § 113.¹²

Vi vil i det følgende vurdere nærmere om forskriftsforslaget er i strid med eller fraviker annen lovgivning og dermed er ulovlig, samt hvilke begrensninger for delegasjonshjemmelens rekkevidde som fremgår av forarbeidene.

2.4 Forskriftsforslaget fraviker formell lov – aksjelovgivningen

Vi minner innledningsvis om at lovgiver la til grunn ved innføringen av det funksjonelle skillet at inngrepene i aksjeeiernes rettigheter krevde lovendring, blant annet fordi inngrepet innebar en fravikelse av selskapslovgivningen, se punkt 2.2.1(i). Relevant lov i denne sammenhengen er aksjeloven ("**asl**") og allmennaksjeloven ("**asal**").

Aksjeeierne utøver sin myndighet gjennom generalforsamlingen, og generalforsamlingen utgjør den øverste myndigheten i selskapet, jf asl § 5-1. Det er aksjeeierne (morselskapet) som eier aksjeselskapet (datterselskapet), og inngrep i morselskapets eiendomsrett til datterselskapet må ha hjemmel i lov, jf legalitetsprinsippet slik det fremgår av Grunnloven § 113.

Så lenge morselskapet opptrer gjennom generalforsamling så har morselskapet myndighet til å avgjøre alle saker som ikke hører til under noen andre selskapsorganer i datterselskapet, herunder gi bindende pålegg til underliggende organer, omgjøre underliggende organers avgjørelse eller bestemme at visse saker skal fremlegges generalforsamlingen for avgjørelse eller godkjenning.¹³ I tillegg velges styret i et aksjeselskap (datterselskapet) av generalforsamlingen, jf asl § 6-3 første ledd.

Lovgivers vedtatte regler i energiloven § 4-7 første ledd om det funksjonelle skillet utgjør utvilsomt inngrep i aksjeeiernes rettigheter. Dersom ett av datterselskapene driver nettvirksomhet, fratas aksjeeierne den retten de har etter aksjelovgivningen til gjennom generalforsamlingen å velge de medlemmene de ønsker i styret i datterselskapene. I tillegg innebærer instruksforbudet i § 4-7 andre ledd et tilsvarende inngrep i aksjeeiernes rettigheter, da eierne gjennom generalforsamlingen ikke kan fatte beslutninger som for eksempel instruks om den daglige driften, eller om avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet til sitt datternettselskap.

Departementet og Stortinget vurderte disse inngrepene i aksjeeiernes rettigheter da lovendringen ble foreslått og senere vedtatt, blant annet på bakgrunn av høringsinnspill fra Advokatforeningen. Det ble da grundig vurdert hvor langt inngrepene burde og kunne gå, og departementet vurderte at lovhjemmel var nødvendig:¹⁴

¹² HR 2018 1907 A.

¹³ Se Andenæs m.fl. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utg (2016) s 658.

¹⁴ Ot prp nr 61 (2005-2006) s 39-40.

"Nye krav om funksjonelt skille for vertikalt integrert virksomhet med mer enn 100.000 nettkunder som ikke kan gjennomføres i medhold av allerede gjeldende rett, foreslås tatt inn som ny § 4-7.

(...)

Noen av høringsinstansene, blant annet Svorka Energi, Nordmøre Energiverk, Haugaland Kraft og Advokatforeningen, mener at høringsforslaget er i strid med selskapslovgivningen. Disse mener blant annet at høringsforslaget ville ha fratatt morselskapet, eierne og ansvarlige ledere normale rettigheter som styringsadgang og mulighet til å ivareta forpliktelser. Departementet mener at lovforslaget til funksjonelt skille ivaretar disse hensynene. Departementets forslag til krav om ledelsesrepresentasjon og enkeltinvesteringer vil innebære en viss begrensning for selskapene og eierne. Departementet mener at disse ikke vil frata selskapene og eierne nødvendig styring og kontroll. Disse begrensningene vil være hjemmelsmessig forankret i en lovbestemmelse, som ved motstrid vil gå foran de alminnelige reglene i selskapslovgivningen. Videre vil departementet vise til at foreliggende forslag er en minimumsløsning i forhold til direktivet, og et krav som Norge er forpliktet til å innføre." (våre understrekinger)

Forutsetningene var altså at reglene om det funksjonelle skillet innebar et inngrep i aksjeeiernes rettigheter, og at dette kunne gjennomføres så lenge dette ble gjort i lovs form. Det samme ble understreket senere i proposisjonen når det gjaldt vurderingen av instruksforbudet:¹⁵

"Departementet vurderer direktivets krav om uavhengige beslutninger fra nettselskapets side og begrensningene i eierens instruksjonsadgang i kraft av de alminnelige selskapsrettslige beføyelsene som så vesentlige at kravene bør fremgå av lovens ordlyd. Departementet foreslår at dette ivaretas gjennom en generell bestemmelse i loven, og at nærmere bestemmelser gjennomføres i forskrift om nødvendig."

Lovgiver har altså selv lagt som premiss at viktige endringer som griper inn i rettighetene til aksjeeierne, både når det gjelder retten til å utpeke styremedlemmer og til å instruere nettselskapet, måtte gjennomføres ved lovendring. Dette hadde vært tilfellet selv om departementet ikke hadde påpekt dette i forarbeidene til energiloven.

Til sammenligning finnes også andre begrensninger i generalforsamlingens myndighet til å velge de styremedlemmene de ønsker. Slike begrensninger er uten unntak fastsatt i lov. De følger dels av asl/asal (§ 6-4 om ansattes rett til å velge styremedlemmer, § 6-11 første om krav til bosted mv, § 6-11 annet ledd om at bare myndige personer kan velges og asal § 6-11a om krav til kjønnsrepresentasjon) og dels av spesiallovgivningen (i tillegg til energiloven § 4-7 kan nevnes konkursloven § 142 om konkursskarantene). Siden de nevnte begrensningene er vedtatt i lovs form, reiser de ikke rettslige problemer i relasjon til Grunnloven § 113. De foreslåtte inngrepene vil – dersom de vedtas – innføres ved forskrift, og ikke i lovs form. Etter vår vurdering vil ikke et slikt inngrep kunne gjennomføres uten at selve energiloven endres.

For ordens skyld nevnes at dersom den foreslåtte reguleringen finner sted i lovs form, kan konsekvensen være at inngrepene vil kunne anses som ekspropriasjon. I plenumsdommen inntatt i Rt 1979 s 572 (bankdommen) vurderte Høyesterett en lovendring som ga Stortinget eller

¹⁵ Ot prp nr 61 (2005–2006) s 43.

fylkestinget rett til å velge flertallet av medlemmene i bankenes representantskap. Høyesterett la til grunn at et inngrep hvor aksjonærene ble fratatt den avgjørende bestemmelsesretten i selskapet, utvilsomt måtte anses som en ekspropriasjon som ga rett til erstatning i henhold til Grunnloven § 105. Det er derfor klart at aksjeeiernes rettigheter har et grunnlovsmessig vern, og at selv om inngrepene skjer ved lovs form, finnes det begrensninger i hvor langt en kan gå uten å støte an mot Grunnloven § 105.

Vi går i denne omgang ikke nærmere inn på forholdet til grunnloven, dersom lovgiver velger å regulere NVEs forskriftsforslag i lovs form. Vi anser dette som lite sannsynlig, sett opp mot at Stortinget nylig har lagt til grunn stikk motsatte forutsetninger, se punkt 2.5.1 og 2.5.2. Det er nok å nevne at strategisk konsernutvikling, eierstyring og ivaretagelse av aksjeeiernes interesser vil bli vanskeligere å gjennomføre.

2.5 Forskriftsforslaget er i strid med premisene i energiloven § 4-7

2.5.1 Ot prp nr 61 (2005–2006): grunnleggende forutsetninger

Vi vil i det følgende gå nærmere inn på de vurderingene departementet og lovgiver gjorde ved innføringen av selskapsmessig og funksjonelt skille da det først ble vedtatt for nettselskaper med mer enn 100 000 nettkunder, jf Ot prp nr 61 (2005–2006). Videre vil vi vise til den justeringen som ble vedtatt i 2016, hvor reglene ble utvidet til å gjelde alle nettselskaper, jf Prop 35 L (2015-2016).

Som vist til i punkt 2.4, var lovgivers forutsetning i Ot prp nr 61 (2005–2006) at inngrepene i selskapslovgivningen måtte vedtas i lovs form. Departementet understreket dette fordi Advokatforeningen hadde stilt spørsmål ved om lovforslaget var i strid med selskapslovgivningen.¹⁶ Videre foreslo departementet en generell bestemmelse i loven, og at nærmere bestemmelser skulle gjennomføres i forskrift om nødvendig. I premisene som behandler delegasjonshjemmelen spesielt, fremgår det at det også her har vært kritikk i høringsrunden:

"Noen høringsinstanser, blant annet Advokatforeningen og KS Bedrift, mener at departementet gir seg selv for store fullmakter.

Høringsforslaget § 4-7 femte ledd lød: «Departementet kan gi nærmere forskrifter og fastsette vilkår for konsesjon etter § 4-1 om krav til funksjonelt skille.

Departementet vil vise til at høringsforslaget § 4-7 femte ledd var ment å håndtere de ovenfor nevnte forholdene,¹⁷ og ikke for å kunne gå lenger enn hva som er nødvendig for å gjennomføre direktivets krav. Dette er nå ivaretatt i lovforslaget, jf. § 4-7 fjerde ledd."¹⁸ (vår understreking)

Det var altså i Ot prp nr 61 (2005–2006) stilt spørsmål i høringsrunden om delegasjonshjemmelen var for vid. Departementet endret fra det opprinnelige "Departementet kan gi nærmere forskrifter" til "Departementet kan gi nærmere forskrifter (..) om forhold som nevnt i annet og tredje ledd." (vår kursivering). Endringen presiserer at forskriften må gjelde det funksjonelle skillet. Desto viktigere er det at departementet understreker at forskriften ikke er ment "å kunne gå lenger enn hva som er nødvendig for å gjennomføre direktivets krav." Det er altså klart at lovgiver har hatt som forutsetning for delegasjonshjemmelen at en eventuell forskrift ikke skal gjøre kravene mer inngripende enn nødvendig av hensyn til EU-/EØS-rettslige krav.

¹⁶ Ot prp nr 61 (2005–2006) s 39.

¹⁷ Konkret nevnes kun utarbeidelse av regler om nøytralitetsprogram, i tillegg til nærmere regler om "krav om uavhengige beslutninger fra nettselskapets side og begrensningene i eierens instruksjonsadgang", se Ot prp nr 61 (2005–2006) s 43.

¹⁸ Ot prp nr 61 (2005–2006) s 43.

Videre vurderte departementet i proposisjonen hvorvidt det var tilrådelig med et skille mellom ledelsesfunksjoner i morselskap og nettselskap. Departementet viste til at høringsforslaget opprinnelig hadde basert seg på et totalt skille av ledelsen mellom morselskap, nettselskap og konkurranseutsatt virksomhet:¹⁹

"Departementet vil understreke at direktivet artikkel 10 nr. 1 bokstav a og artikkel 15 nr. 1 bokstav a ikke er klare og entydige. Departementet har imidlertid kommet til at det vil være i samsvar med direktivets minimumskrav å endre ledelseskravet noe i forhold til høringsforslaget. Departementet legger til grunn at ledelsen i morselskap eller den kontrollerende eier ikke har et direkte eller indirekte ansvar i direktivets forstand for den daglige driften i underliggende virksomhet. En nødvendig forutsetning for dette er at morselskap eller kontrollerende eier ikke reelt sett har direkte eller indirekte innflytelse på eller befatning med den daglige driften av nettvirksomheten eller den konkurranseutsatte virksomheten innenfor den vertikalt integrerte virksomheten. Dette vil si at morselskap eller kontrollerende eier ikke gir instruksjoner til datterselskaper i den daglige driften, men forestår alminnelig overordnet styring av underliggende virksomhet.

Kravet vil dermed ikke være til hinder for at personer i ledelsen i morselskapet eller fra kontrollerende eier i den vertikalt integrert virksomheten kan inngå i ledelsen i datterselskaper, herunder i styret. Direktivet og lovforslaget innebærer imidlertid en viss begrensning på deltakelse i ledelsen innenfor den vertikalt integrerte virksomheten ved at personer i ledelsen i nettvirksomheten ikke samtidig kan inngå i ledelsen i konkurranseutsatt virksomhet i den vertikalt integrerte enheten, jf. også KS Bedrifts høringsuttalelse. Denne begrensningen innebærer også at personer som inngår i ledelsen (inkludert i styret) i konkurranseutsatt virksomhet innenfor den vertikalt integrerte virksomheten, heller ikke samtidig kan inngå i ledelsen i nettvirksomheten.

(...)

"I forhold til morselskap eller kontrollerende eieres innflytelse over sine (datter)selskaper, betyr dette at hver enkelt person i ledelsen i morselskapet eller hos kontrollerende eier kun kan inngå enten i ledelsen i nettvirksomheten eller i konkurranseutsatt virksomhet." (våre understrekinger)

Etter høringsrunden hadde departementet og lovgiver altså revurdert forslaget og kommet til at et skille mellom ledelsesfunksjoner i nettselskapet og morselskapet ikke var tilrådelig. Dette var både fordi det ikke var et EU-/EØS-rettslig krav og fordi det ikke var nødvendig. Uttalelsene over viser at departementet og Stortinget konkluderte med at det skulle være full adgang for ledelsen i morselskapet å sitte i styret i nettselskapet, så lenge de samme personene ikke også deltok i ledelsen i øvrige datterselskaper med annen virksomhet. I tillegg fremgår det klart at de forutsetninger som lovgiver la til grunn var i samsvar med de krav som følger av EU-/EØS-retten, og at lovendringene ikke skulle gå lenger.

Oppsummert fremgår det følgende premisser fra lovgiver i forarbeidene til energiloven § 4-7:

¹⁹ Ot prp nr 61 (2005–2006) s 40-41.

- (i) Forslaget til lovendring om selskapsmessig og funksjonelt skille innebar et inngrep i aksjeeiernes rett og frihet som måtte gjennomføres ved lovendring fordi det grep inn aksjeeiernes rettigheter i henhold til selskapslovgivningen.
- (ii) Forskriftsmyndigheten skulle ikke benyttes ut over å ivareta det som fulgte av EU-/EØS-rettslige krav, det vil si at den ikke skulle gå lenger enn det som var påkrevd i henhold til EU-/EØS-retten.

NVEs forskriftsforslag bryter med lovgivers forutsetning som fremgår av disse premissene. Forskriftsforslaget går betydelig lenger enn det som følger av EU-/EØS-rettslige krav, og det foreslår å innføre akkurat den regelen som departementet og Stortinget i lovgivningsarbeidet har bestemt at man ikke skal innføre i Norge.

2.5.2 Prop 35 L (2015-2016): videreføring av gjeldende rett

I forarbeidene til lovendringen som trer i kraft 1. januar 2021, fremgår det at gjeldende rett videreføres med noen endringer: For det første ble reglene utvidet til å gjelde alle nettselskaper uavhengig av antallet kunder.²⁰ For det andre ble forbudet mot delte ledelsesfunksjoner utvidet til å gjelde alle konsernselskaper med "annen virksomhet", og ikke kun energirelatert virksomhet (typisk omsetning og produksjon). Departementet uttalte i denne forbindelse at:²¹

"Dersom morselskap eller kontrollerende eier driver annen virksomhet, vil forslaget til § 4-7 innebære at personer i ledelsen ikke kan delta i ledelsen i nettforetaket."

Dette innebærer at gjeldende rett videreføres; dersom morselskapet *ikke* driver annen virksomhet, er det som utgangspunkt ikke forbudt for personer i morselskapets ledelse å delta i nettselskapets ledelse. I tillegg ble det konstatert at delegasjonshjemmelen var ment å videreføre gjeldende rett:²²

"Fjerde ledd viderefører dagens hjemmel til å gi nærmere forskrift og fastsette vilkår i omsetningskonsesjon om funksjonelt skille."

2.6 Konklusjon

Forskriftsforslaget har ikke tilstrekkelig hjemmel i delegasjonsbestemmelsen, av to grunner:

- (i) Forskriftsforslaget innebærer et inngrep i aksjeeiernes grunnleggende rettigheter i henhold til selskapslovgivningen uten at delegasjonshjemmelen gir adgang til å fravike formell lov. Forskriftsforslaget vil – dersom det blir vedtatt – innebære et ulovlig inngrep i aksjeeiernes rettigheter, jf Grunnloven § 113.
- (ii) Forskriftsforslaget går betydelig lenger enn de forutsetningene Stortinget ga da de vedtok delegasjonshjemmelen. NVE gjør med forskriftsforslaget nettopp det departementet forsikret Stortinget om at de ikke skulle gjøre, nemlig å gå ut over det som følger av EU-/EØS-rettslige krav og innføre en regel Stortinget forutsatte at ikke skulle innføres.

²⁰ For ordens skyld er det forventet at regjeringen vil legge frem en lovendring som vil medføre at kun nettselskaper med flere enn 10 000 kunder skal være omfattet av reglene om det funksjonelle skillet, se regjeringsplattformen fra Granavolden i 2019: <https://www.regjeringen.no/contentassets/7b0b7f0fcf0f4d93bb6705838248749b/plattform.pdf>, s 91.

²¹ Prop 35 L (2015–2016) s 43.

²² Prop 35 L (2015–2016) s 43.

Det er derfor klart at forskriftsforslaget – dersom det blir vedtatt – ikke vil være tilstrekkelig forankret i delegasjonshjemmelen, og at forskriften dermed vil være ugyldig.

* * *