

NOTAT

Til: Distriktsenergi v/ Arve Bekjorden
Fra: Kvale Advokatfirma DA v/ partner Kristin Ourom
Dato: 27. september 2019
Vedr.: **NVE' FORSKRIFTSFORSLAG OM FUNKSJONELT SKILLE**

1 INNLEDNING

Den 17. mars 2016 vedtok Stortinget endringer i energiloven og innførte nye krav om selskapsmessig- og funksjonelt skille i energiloven §§ 4-6 og 4-7.

Kravet om selskapsmessig skille gjelder for alle, mens krav om funksjonelt skille gjelder for alle nettselskaper med mer enn 10.000 nettkunder¹. Kravene gjelder med virkning fra 1. januar 2021.

I medhold av energiloven § 4-7 (4), som delegerer til departementet å gi nærmere forskrifter knyttet til kravene, har Norges vassdrags- og energidirektorat (**NVE**) utarbeidet forslag til endringer i energilovforskriften (**Forskriftsforslaget**). Forskriftsforslaget er sendt ut på høring med høringsfrist 8. november 2019.

NVE foreslår *et strengere krav* til funksjonelt skille i Forskriftsforslaget enn det som følger av energiloven. Spørsmålet er hvorvidt forslaget til innskrenkning fra NVE i Forskriftsforslaget har nødvendig hjemmelsgrunnlag. Mer konkret er det spørsmål om hvorvidt NVE har grunnlag for å innskrenke muligheten for at samme person har ledende stilling både i nettselskap og i morselskap eller kontrollerende eier².

Vår konklusjon er at ordlyden i den foreslåtte § 4-13 (1) i energilovforskriften er i strid med energiloven § 4-7 både etter gjeldende og ny ordlyd samt forutsetninger gitt i forarbeidene til energiloven § 4-7. NVE har ikke hjemmel til i forskrift å gi strengere krav til funksjonelt skille enn det som følger av energiloven.

2 KRAV OM FUNKSJONELT SKILLE I ENERGILOVEN

2.1 Funksjonelt skille etter någjeldende bestemmelse i energiloven § 4-7 (2)

I henhold til dagens krav om funksjonelt skille, gjelder et krav om funksjonelt skille for nettselskaper som har mer enn 100.000 nettkunder.

Kravet som stilles etter § 4-7(2) er at "*Personer i ledelsen i nettvirksomheten ikke kan delta i ledelsen i virksomhet som forestår konkurranseutsatt virksomhet innenfor den vertikalt integrerte virksomheten*".³

¹ I januar 2019 besluttet regjeringen i Granavolden-plattformen at krav om funksjonelt skille skal gjelde nettselskap med mer enn 10 000 nettkunder. Fritak fra krav om funksjonelt skille for nettselskap med under 10 000 nettkunder må gjennomføres ved lovendring. Det er i Forskriftsforslaget informert om at det "er sannsynlig" at det vil komme en lovendring som fritar nettselskaper med mindre enn 10 000 nettkunder krav om funksjonelt skille.

² Vi behandler ikke her forholdet til energiloven § 4-7 (3) / ny § 4-7 (2)

³ "*Den vertikalt integrerte virksomheten*" er i henhold til energiloven § 1-3(3) virksomhet eller gruppe av virksomheten som utøver produksjon eller omsetning av elektrisk energi i tillegg til nettvirksomhet.

Bestemmelsen innebærer i korte trekk at personer i ledelsen i nettselskaper ikke kan delta i ledelsen i andre selskaper i konsernet som *driver med produksjon eller omsetning av elektrisk energi*. Etter dagens regelverk kan dermed en person ha ledende stilling i både nettselskap og morselskap, så lenge morselskapet ikke forestår produksjon eller omsetning.

2.2 Funksjonelt skille fra 01.01.2021 – energiloven § 4-7 (1)

Fra 1. januar 2021 reduseres terskelen fra 100.000 til 10.000 nettkunder for at kravet om funksjonelt skille skal gjelde. Samtidig endres kravet i § 4-7 (1) til "*Personer i ledelsen i nettforetak kan ikke delta i ledelsen i foretak som driver annen virksomhet innenfor det integrerte foretaket.*"

Kravet om funksjonelt skille er i hovedsak lik den gjeldende regulering, men slik at ordlyden er utvidet til at ledende ansatte i nettforetaket ikke kan delta i ledelsen i andre foretak i konsernet som driver "*annen virksomhet*". Begrepet omfatter også annen virksomhet enn produksjon og omsetning av elektrisk energi slik det gjeldende regelverket angir.

Kravet om funksjonelt skille vil gjelde mellom nettforetaket og *alle andre foretak* i konsernet som driver *annen form for virksomhet*. Det er ikke lenger bare krav til skille mellom nettvirksomhet og selskaper som driver med produksjon og omsetning. Det er dermed vedtatt ved lov en generell innsnevring i adgangen til å ha andre roller innen konsernet for personer som har ledende stilling i nettforetaket.

Dette innebærer at kravet om funksjonelt skille i utgangspunktet også omfatter morselskapet så lenge morselskapet driver "*annen virksomhet*". I henhold til forarbeidene⁴ forutsettes det imidlertid at et morselskap kan tilby administrative fellestjenester til konsernet som det er naturlig at ligger i morselskapet, for eksempel lønn og HR-tjenester, uten at dette vil regnes som "*annen virksomhet*" i morselskapet.

Konsekvensen av dette er:

- Dersom morselskapet kun driver med eierstyring og konserninterne fellestjenester/administrasjon, er man utenfor kravet til funksjonelt skille. Personer i ledelsen i morselskapet *kan delta* i ledelsen i nettselskapet.
- Dersom morselskapet har annen virksomhet (f.eks. fiber, solcellesatsing, entreprenør) rammes man av kravet til funksjonelt skille. Personer i ledelsen i morselskapet *kan ikke delta* i ledelsen i nettselskapet.

De fleste energiselskaper som har gjennomført eller er i prosess for omorganisering for tilpasning til det selskapsmessige skille etablerer et konsern med et "tomt" morselskap. Ved en slik omorganisering kan personer i ledelsen i morselskapet delta i ledelsen i nettselskapet.

Hvem som omfattes av "personer i ledelsen" må, jf. forarbeidene⁵, vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Det henvises til uttalelser i forarbeidene til gjeldende energilov⁶ hvor det uttales at alle personer med reell beslutningsmyndighet i selskapet omfattes. Dette vil blant annet være selskapets styre, daglig leder samt andre personer med sentrale administrative og ledende funksjoner. Når det gjelder styret vil det oftest gjelde et flertall av selskapets styremedlemmer og styrets leder.

⁴ Prop. 35L (2015-2016) side 23 og 43

⁵ Prop. 35L (2015-2016) side 24

⁶ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006)

3 FORSKRIFTSFORSLAGET

3.1 NVEs forlag i Forskriftsforslaget

Vedtatt krav om funksjonelt skille i energiloven § 4-7 (1) med ikrafttredelse 01.01.2021 gir adgang for at personer i ledelsen i morselskapet *kan delta* i ledelsen i nettselskapet så lenge morselskapet ikke driver "annen virksomhet" og morselskapet kun forestår overordnet eierstyring.

NVE foreslår i Forskriftsforslaget et *strengere krav* til funksjonelt skille enn det som følger av energiloven.

NVE uttaler i Forskriftsforslaget:⁷:

"Slike dobbeltroller 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 drifts uavhengig av konsernet for øvrig.

I tillegg vil det vært 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.

NVE foreslår derfor en innstramming i muligheten for at samme person har en ledende stilling i både nettselskap og morselskap.

Energiloven § 4-7 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. Samtidig ønsker vi tilbakemeldinger i denne høringen på hvilke konkrete utfordringer dette medfører for organiseringen av de integrerte foretakene".

NVE foreslår følgende ordlyd i energilovforskriften § 4-13 (1): *"Personer med ledende stilling i et nettselskap kan ikke ha en ledende stilling i morselskap eller kontrollerende eier"*.

Den foreslåtte ordlyd innebærer et generelt forbud mot å ha ledende stilling i både nettselskap og morselskap *uavhengig av* om morselskap kun driver med administrative fellestjenester.

Spørsmålet er dermed om NVE har hjemmel for å begrense muligheten for dobbeltroller ut over det som fremgår av lovens ordlyd og forarbeidene.

3.2 Vurdering av hjemmelsgrunlaget for Forskriftsforslaget

Det fremgår av energiloven § 4-7 siste ledd at *"Departementet kan gi nærmere forskrifter om funksjonelt skille..."*.

Bestemmelsen innebærer at Stortinget har delegert lovgivningskompetansen til forvaltningen v/departementet. Omfanget av den kompetansen som er delegert må imidlertid fastlegges ved tolkning av bestemmelsen⁸.

Ordlyden i bestemmelsen er åpen idet departementet er gitt kompetanse til å *"gi nærmere forskrifter om funksjonelt skille"*. Hensikten med slike bestemmelser som gir forvaltningen kompetanse til å utarbeide forskrifter er å overlate til forvaltningen å bestemme hva de aktuelle reglene skal gå ut på.

Ordlyden må imidlertid tolkes i lys av andre rettskilder for å avklare hvilke rammer lovgiver har satt for innholdet i den forskrift som skal utarbeides.

⁷ Høringsdokument Nr 8/2019 punkt 2.1.7

⁸ Eckhoff/Smith – Forvaltningsrett s. 382-383.

Rammen er for det første gitt i lovbestemmelsen om funksjonelt skille, hvor det ikke gis den begrensning som NVE nå foreslår i forskriften.

Forarbeidene til loven er likeledes en del av fullmakten som lovgiver har gitt.

Forslag til forskriftstekst i Energiforskriften § 4-13 (1) og NVE' uttalelsene til bestemmelsen i høringsdokumentet er i strid med det som forutsettes i forarbeidene til lovbestemmelsen, med en konsekvens at NVE ikke har hjemmel til å foreta innskrenkning slik de foreslår.

Ved endring i energiloven i 2006 hvor det ble gitt bestemmelse om funksjonelt skille for alle energiselskaper med mer enn 100.000 nettkunder, ble det i forarbeidene vektlagt at endringen medførte et inngrep i aksjeeiernes rettigheter, og at en slik innskrenkning krevde lovendring.

Det ble fra lovgiver forutsatt at det kun skulle gjennomføres direktivets minimumsløsning⁹ samt at begrensningen skulle skje ved lovvedtak:

"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 hjemmelmessig 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 understrekninger)

I samme forarbeider ble det fra lovgiver drøftet om det også skulle stilles enda strengere krav ved at ledelsen i morselskapet ikke hadde adgang til å sitte i ledelsen i nettselskapet. Det hitsettes¹⁰

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." (vår understrekning)

Lovgiver falt med andre ord ned på at ledelse i morselskapet kunne sitte i ledelsen i nettselskapet, under gitte forutsetninger.

Det uttales videre i samme Ot.prp. at det ikke var lovgivers forutsetning å gå utover det som var nødvendig for å implementere direktivets minimumskrav: "Departementet vil vise til at høringsforslaget §

⁹ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 39-40

¹⁰ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 40

4-7 femte ledd var ment å håndtere de ovenfor nevnte krav. Dette er nå ivaretatt i lovforslaget, jf. § 4-7 fjerde ledd."¹¹

I lovendring som trer i kraft 01.01.21 innførte lovgiver ytterligere en innskrenkning ved at dersom morselskapet har annen virksomhet (f.eks. fiber, solcellesatsing, entreprenør) kan personer i ledelsen i morselskapet *ikke delta* i ledelsen i nettselskapet. Dersom det ikke drives annen virksomhet i morselskapet, dvs. kun er et administrasjonsselskap, kan personer i ledelsen i morselskapet delta i ledelsen i nettselskapet. Dette er presisert i forarbeidene til bestemmelsen¹²:

"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. Departementet forutsetter likevel at et morselskap kan tilby administrative fellestjenester til konsernet som det er naturlig at ligger i morselskapet, for eksempel lønn og HR-tjenester, uten at dette vil regnes som «annen virksomhet» i mor etter § 4-7 første ledd." (vår understrekning)

Forbudet som nå er forslått innført i Forskriftsforslaget er i strid med vedtatt lovbestemmelse og klar uttalelse i forarbeidene til lovbestemmelsen.

Forbudet er likeledes et inngrep i de rettigheter som aksjeeiere er gitt i medhold av aksjeloven (tilsvarende for medlemmer i SA). Dersom disse rettighetene skal begrenses, må dette gjøres ved lovvedtak, og ikke i forskriftsform. Det vises også til at lovgiver ved lovendringen i 2006 klart uttrykte at det ikke skal stilles strengere krav om og innhold av det funksjonelle skille i forskrift enn det som følger av minimumskravene i EØS-retten. NVEs forslag får lenger enn EØS-rettslige krav.

4 KONKLUSJON

- Ordlyden i den foreslåtte § 4-13 (1) i energilovforskriften er i strid med energiloven § 4-7 både etter gjeldende og ny ordlyd samt forutsetninger gitt i forarbeidene til energiloven § 4-7.
- NVE har ikke hjemmel til i forskrift å gi strengere krav til funksjonelt skille enn det som følger av energiloven.
- Den foreslåtte innskrenkning må eventuelt skje ved lovvedtak.

¹¹ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 43

¹² Prop 35L (2015-2016) s. 43