

Norges vassdrags- og energidirektorat
nve@nve.no

Høringsdokument nr. 8-2019

Vår ref.: Arvid Bekjorden

Vår dato: 07.11.2019

Høringsvar fra Distriktsenergi til forslag til endringer i energilovforskriften.

Distriktsenergi representerer 66 lokale energiverk i Norge. Med dette følger våre innspill til det utsendte høringsdokumentet.

Bakgrunn for høringen:

I dette høringsdokumentet foreslår NVE nærmere bestemmelser om nøytralitet, organisering og markedsføring av nettselskap. Utfordringene ved integrasjon av monopolvirksomhet og konkurranseutsatt virksomhet i samme enhet er knyttet til spørsmålet om krysssubsidierting og nøytralitet.

Forslaget må ses i sammenheng med nye krav til selskapsmessig og funksjonelt skille (for de som har over 10 000 nettkunder) i energiloven. Endringene trer i kraft 1. januar 2021. De viktigste endringene henger sammen med at grensen på 100 000 nettkunder fjernes, og at nettvirksomheten skal skilles fra all annen virksomhet, ikke bare fra produksjon og omsetning av elektrisk energi. I tillegg skal nettselskap ikke ha kontroll over foretak som driver annen virksomhet og foretak som driver produksjon eller omsetning av kraft skal ikke ha kontroll over nettselskap. Kravet om funksjonelt skille innebærer i korte trekk at nettselskapet skal driftes uavhengig av de andre foretakene i konsernet.

Distriktsenergis generelle merknader til det funksjonelle skillet

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. Når det gjelder det funksjonelle skillet foreligger det et anmodningsvedtak i Stortinget om at kravet til det funksjonelle skillet skal gjelde for nettselskap med flere enn 30 000 kunder. Deretter i forbindelse med Granavolden-plattformen ble grensen satt til flere enn 10 000 kunder. Distriktsenergi minner om at her må det følges med i timen, slik at grensen på mer enn 10 000 følges opp og vedtas i Stortinget i tide før loven trer i kraft.

Det har vært vår oppfatning hele veien at kravet til det funksjonelle skillet er unødvendig, fordyrende og byråkratiserende. Slik Distriktsenergi erfarer så innebærer forslaget fra NVE den strengeste forskriften til det funksjonelle skillet i Europa, samt at Norge er det eneste

landet i Europa som har lavere terskel enn 100 000 nettkunder. Sverige som eksempel har valgt en annen tilnærming.

Det er viktig at regelverket som fremmes er i tråd med norsk lov. Det er vår oppfatning at så ikke er tilfelle med deler av det forslaget NVE fremmer i forskriftsutkastet. Reglene om konsernstyring etter aksjeloven og forarbeidene til endringene i energiloven ser ikke ut til å være i varetatt slik Distriktsenergi ser det. Det er vår oppfatning at NVE ikke har det nødvendige hjemmelsgrunnlag for å innskrenke mulighetene for at samme person har ledende stilling både i nettselskap og i morselskap eller kontrollerende eier.

Distriktsenergi har fått Kvaale advokater ved Kristin Ourom til å vurdere forslaget i høringen. Vi er også kjent med at advokatfirmaet Thommesen har gjort det samme for Eidsiva og Energi Norge med tilnærmet samme konklusjon som fra Kvaale advokater. KS Bedrift stiller seg også bak konklusjonene i advokatvurderingene. Dette innebærer at en samlet bransje stiller seg bak advokatenes konklusjoner.

I Distriktsenergi henstiller vi til at den foreslåtte ordlyden i § 4-13 (1) i energilovforskriften utsettes inntil spørsmålet rundt hjemmelsgrunnlaget for å innskrenke mulighetene for at samme person har ledende stilling både i nettselskap og i morselskap eller kontrollerende eier er avklart nærmere.

Det viser ellers til punkt 4 i dette høringssvaret.

NVE foreslår følgende endringer i energilovforskriften:

1.

Det foreslås å presisere og utfylle plikten til nøytral og ikke-diskriminerende opptreden.

Bakgrunn:

NVE skriver at et av hovedformålene med selskapsmessig og funksjonelt skille er å sikre at nettselskapene opptrer nøytralt og ikke-diskriminerende, noe som er regulert i energilovforskriften § 4-4 bokstav e. Bestemmelsen er generelt utformet og kravet gjelder alle former for diskriminering og ikke-nøytral opptreden. Dette inkluderer nettselskapets opptreden både overfor andre foretak i konsernet og overfor eksterne foretak og personer. Plikten gjelder både overfor energirelatert virksomhet og annen virksomhet. For nettselskap som er en del av et integrert foretak, vil det kunne foreligge økonomiske insentiver for konsernet som helhet til å forsøke å utnytte mulige fordeler fra nettselskapet. NVE foreslår en utfyllende tekst som vil bidra til å klargjøre regelen og samtidig utvide regelen med hensyn til hvem som er pliktsubjekt. Kravene til nøytralitet i avregningsforskriften gjelder bare overfor kraftleverandører og sluttbrukere, og det er derfor behov for en presisering i energilovforskriften som gjelder overfor all annen virksomhet i det integrerte foretaket. NVE mener at dersom nettselskap i fremtiden får tilgang til mer markedssensitiv informasjon, utvidet ansvarsområde og potensielt andre virkemidler i operativ drift enn de har i dag, kan det bli nødvendig med strengere krav til nøytral og ikke-diskriminerende opptreden.

Distriktsenergis kommentarer

Krav til ikke-diskriminerende og nøytral opptreden er svært viktig. Det er likevel vår oppfatning at nettselskapene med dagens regelverk gjennomgående opptrer nøytralt og ikke diskriminerende. Vi stiller derfor spørsmål om behovet for strengere krav enn i det vi har i dagens forskrifter. Dog kan dette stille seg annerledes med skjerpede nøytralitetskrav til en DSO gitt dagens diskusjon om DSO-rollen og hva denne rollen bør gis av innhold og fullmakter.

2.

Det foreslås å stille vilkår for samarbeid om felles driftssentral mellom nettselskap og foretak som driver produksjon av elektrisk energi eller fjernvarmevirksomhet.

Bakgrunn:

I lovendringen som trer i kraft i 2021 fremgår det at krav om selskapsmessig skille ikke er til hinder for samarbeid om felles driftssentral mellom nettselskap og foretak som driver produksjon av elektrisk energi eller fjernvarmevirksomhet, så lenge nettselskapet har styring og ansvar for driftssentralens nettfunksjoner. Driftssentralens funksjon har stor betydning for forsyningssikkerhet, generell nettdrift, beredskap, overvåking, koordinering og utførelse av koblinger m.m.

Det fremgår av forarbeidene at hensikten med å tillate samarbeid om felles driftssentraler har vært å redusere kostnader, i tillegg til å utnytte de praktiske fordelene ved samarbeid. Fordelene dreier seg blant annet om bedre overvåking av nettet med tilhørende styring og respons ved ulike driftshendelser.

Med driftssentraltjenester menes salg av eller samarbeid om tilgang til driftskontrollsystem og oppgaver operativt personell utfører på driftssentralen. Oppgavene omfatter overvåking av anlegg kombinert med koordinerende og nødvendige tiltak for sikker operativ drift av disse. I de fleste felles driftssentraler utfører nettforetaket tjenester på vegne av produksjon, men det kan også være omvendt. Fellesnevneren for begge er at konserninternt samarbeid i liten grad er formalisert og det ikke er et tydelig skille mellom nettforetak og annen virksomhet. Dette er først og fremst fordi arbeidsoppgavene utføres av samme operatør i et felles system der alle har tilgang til den samme informasjonen.

Det er ikke alle steder det er like stor bevissthet rundt denne rolleforskjellen. Det er også vanlig med rene nett- og produksjonsentraler. I slike tilfeller er det ikke samarbeid om driftssentral mellom nett og annen virksomhet i det hele tatt. Blant større nettselskap har rundt halvparten rene nettsentraler i dag, og resterende selskap har felles driftssentral i en eller annen form. Salg av driftssentraltjenester til nett- og annen virksomhet er vanlig.

Flere større nettselskap selger i dag driftssentraltjenester til mindre nettselskap, produksjon og/eller annen virksomhet, mens en del mellomstore selskap har påbegynt samarbeid om felles nettsentral. Enkelte steder forekommer det salg av driftssentraltjenester fra produksjonsselskap til nettvirksomheten i området. I slike tilfeller er det i praksis produksjonsselskapet som har kontroll på den operative nettdriften.

Distriktsenergis kommentarer

Det er viktig for forsyningsikkerheten og beredskap at det er mulig å samarbeide om felles driftssentraler slik det er i dag. Distriktsenergi er enig med NVE i at ved felles driftssentral mellom nett og produksjon, så er det nettselskapet som skal ha ansvaret for driftssentralen. Dersom det er aktuelt for flere selskaper å eie en felles driftssentral bør det være opp til eierne fritt å bestemme organiseringen av arbeidsoppgaver, personell og vaktturnuser. At nettselskapene kan samarbeide om driftssentraler og øvrig driftskontrollsystem samt å selge en begrenset del av egen kapasitet, bidrar til en god utnyttelse av nettselskapets ressurser, og dermed lede til lavere nettleie over tid.

3.

Det foreslås å tillate nettselskapene en begrenset adgang til å drive annen virksomhet enn nettvirksomhet. Spørsmålet om salg av overskuddskapasitet.

Bakgrunn:

Nettselskap har i henhold til energiloven § 4-6 ikke lov til å drive «annen virksomhet». Dette innebærer at nettselskap som utgangspunkt ikke kan selge varer eller tjenester som ikke har med egen nettvirksomhet å gjøre. Lovbestemmelsen åpner likevel for at departementet i forskrift kan gi nettselskap adgang til å selge og leie ut egen kapasitet. Med egen kapasitet menes ressurser som nettselskapet trenger i forbindelse med egen nettvirksomhet, herunder personell, fast eiendom og utstyr.

Distriktsenergis kommentarer

Det er meget viktig at nettselskapene har mulighet til å selge eller leie ut kapasitet og ressurser (i begrenset omfang) i perioder hvor det er ledig kapasitet. Dette fremmer effektivitet og er kompetansebyggende. Distriktsenergi syntes derfor forslagene fra NVE er fornuftige og positive for å skape mest mulig effektive nettselskap. Se for øvrig kommentarene nedenfor til de enkelte konkrete forslag.

NVE nevner følgende tilfeller:

- a) Salg eller utleie av overskuddskapasitet i et begrenset omfang. Med overskuddskapasitet menes egen kapasitet som er anskaffet og opprettholdes for å dekke behov i foretakets egen nettdrift, men som ikke fullt ut kan benyttes for dette formålet. Nettselskap skal ikke bygge opp eller opprettholde egen kapasitet med formål om å selge eller leie denne ut. **Distriktsenergi** erfarer at i perioder på året eller når spesielle situasjoner oppstår er det god ressursutnyttelse å kunne anvende eller leie ut overskuddskapasitet. Det er også begrenset tilgang på eksterne tilbydere av netjtjenester i deler av landet som underbygger behovet, hvilket også NVE forbilledlig legger vekt på. Distriktsenergi er også av den oppfatning at salg av overskuddskapasitet ikke skal være til hinder for et best mulig entreprenørmarked. Distriktsenergi er derfor positive til forslaget fra NVE. Vi er også positive til at NVE legger til grunn en formålsbestemt tilnærming til reglene.
- b) Salg av fiberkapasitet engros. Nettselskap skal ikke bygge opp egen fiberkapasitet med formål om å selge eller leie denne ut. Salg av fiberkapasitet skal skje på like og ikke-diskriminerende vilkår. **Distriktsenergi** erfarer at de fleste nettselskap legger eierforholdet til fiberinfrastruktur i egne eller deleide selskap utenfor nettselskapet. I

de tilfellene der dette ikke er gjort vil nok forslaget fra NVE (som i realiteten innebærer åpne fibernett) være veien å gå på sikt. Det kan være behov for overgangsperioder slik at eksisterende avtaler og forpliktelser kan bli tilpasset de nye reglene.

- c) NVE foreslår at i ekstraordinære beredskapssituasjoner kan nettselskap bistå andre foretak. **Distriktsenergi** mener dette er åpenbart og meget viktig. Det er også viktig at nettselskapet skal kunne kreve et rimelig vederlag for slike tjenester. I utgangspunktet så sier forslaget at nettselskap ikke skal bygge opp eller opprettholde egen beredskapskapasitet med formål å bistå andre. Vi utelukker ikke at det kan være unntakstilfeller der dette vil kunne være fornuftig. I så fall bør det være mulig å søke dispensasjon for dette.
- d) **Distriktsenergi** mener forslaget fra NVE om at salg av driftssentraltjenester til kraftprodusenter og foretak som driver fjernvarmevirksomhet er fornuftig. Distriktsenergi er også enige i at nettselskapene ikke skal ta kommersielle beslutninger på vegne av konkurranseutsatt virksomhet og at salg av driftssentraltjenester til kraftprodusenter eller foretak som driver fjernvarmevirksomhet skal skje på like og ikke-diskriminerende vilkår. Det er i dag vanlig at nettselskap selger driftssentraltjenester til andre nettselskap. Vi er derfor enig i at dette videreføres.

4.

Det foreslås å regulere nærmere i hvilken grad man kan ha en ledende stilling i både et nettselskap og morselskapet.

Bakgrunn:

For å unngå interessekonflikter setter energiloven § 4-7 andre ledd en begrensning på hvem som kan ha ledende stillinger i nettselskap. Det følger av loven at man ikke kan ha en ledende stilling i både nettselskap og foretak innenfor konsernet som driver med annen virksomhet. Alle søsterselskapene vil normalt bli ansett å drive med annen virksomhet, og det er ikke behov for en nærmere regulering av dette. Dersom morselskap eller kontrollerende eier (heretter omtalt som «morselskap») driver annen virksomhet, kan man heller ikke ha en ledende stilling i både nettselskap og morselskap.

a)

Det foreslås en ny hovedregel som sier at en person med ledende stilling i nettselskap ikke kan ha en ledende stilling i morselskap. Denne hovedregelen gjelder uavhengig av om morselskapet driver annen virksomhet eller ikke. 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. Etter NVEs vurdering gjør dette hensynet seg også gjeldende for styreleder og for ansatte med reell beslutningsmyndighet.

b)

Det foreslås et unntak fra hovedregelen i a: Unntaket gjelder dersom morselskapet kun forestår overordnet eierstyring og administrative fellestjenester innenfor det integrerte foretaket. I slike tilfeller kan et styremedlem i morselskapet også være styremedlem i nettselskapet. Det legges til grunn at et ordinært styremedlem ikke har en så stor innflytelse alene at det medfører noen særlig risiko for at morselskapet gir instruks til nettselskapet i strid med loven. Med «overordnet eierstyring» menes at morselskapet holder en viss avstand til driften av datterselskapene. Overordnet styring med datterselskapenes

økonomiske rammer, finansiering, beslutninger knyttet til overskudd og konsernbidrag, samt beslutninger knyttet til sammenslåinger og oppkjøp er omfattet av begrepet. Det er ikke noe i veien for at et morselskap involverer seg i driften av annen virksomhet (ikke nettvirksomheten) som drives i datterselskapene.

I henhold til forarbeidene vil «administrative fellestjenester» kunne omfatte lønn og HR-tjenester. I tillegg vil det være naturlig at dette også gjelder regnskapstjenester og utleie av lokaler til foretakene i konsernet. I § 4-13 andre ledd andre setning foreslås det at styret i nettselskap skal ha et flertall av medlemmer som ikke deltar i ledelsen i morselskap eller kontrollerende eier. Hensikten er at ledelsen i morselskapet ikke skal få avgjørende innflytelse i nettselskapets styre. Det vil være mulig å være styremedlem både i et nettselskap og i et morselskap som bare driver overordnet eierstyring og administrative fellestjenester.

Det vil fortsatt være morselskapet, gjennom generalforsamlingen, som utpeker styret. Styret i nettselskapet skal fortsatt ivareta eiernes interesser, men innenfor rammene som settes i lovverket, herunder krav til nøytral opptreden. Ledelsen i både morselskap og nettselskapet må være spesielt oppmerksom på forbudet mot instruks i den daglige driften og ved utbygging eller oppgradering av nettet. Personer med ledende stilling i nettselskapet bør ikke delta i møter med konsernledelsen for å diskutere annet enn tillatt eierstyring og administrative fellestjenester.

c)

Det foreslås å presisere hvem som omfattes av begrepet «personer i ledelsen». Dette omfatter styreleder, styremedlem, daglig leder og andre ansatte med reell beslutningsmyndighet. Hvem som omfattes av «andre ansatte med reell beslutningsmyndighet» må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Det fremgår av forarbeidene at alle personer med sentrale administrative og ledende funksjoner, uavhengig av titler eller andre formalia, er å anse som en del av ledelsen i lovens forstand. I et arbeidsdokument med veiledning til andre elmarkedsdirektiv som Kommisjonen har utarbeidet, står det blant annet at «operational (middle) management» er inkludert i «personer i ledelsen». NVE mener dette trekker i retning av at alle mellomledere bør være omfattet. NVE mener også at dette bør være hovedregelen, men siden samme stillingsbetegnelse kan ha ulikt innhold i de ulike foretakene, bør det foretas en konkret vurdering av hvorvidt en mellomleder har reell beslutningsmyndighet og derfor er omfattet av «personer i ledelsen». Personer med prokura og signatur vil være omfattet, men det anses ikke nødvendig å presisere dette i forskriften. Ved tvil om hva som omfattes av «reell beslutningsmyndighet», kan man se hen til hvilken type beslutninger som eventuelt tas og om dette har betydning for nettselskapets uavhengighet. Det må også vurderes i det enkelte tilfellet hvorvidt ansatte som ikke har en formell lederstilling i praksis har reell beslutningsmyndighet. Dette må anses primært som en unntaksregel som skal fange opp tilfeller der foretak forsøker å omgå kravet ved å tilpasse stillingstitler til personer med et reelt ledelsesansvar.

Distriktsenergis kommentarer

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.

I det påfølgende vil vi redegjøre for vår konklusjon rundt dette. Deler av vårt svar er hentet inn fra Kvaales betenkning.

Dagens krav til det funksjonelle skillet

I henhold til dagens krav til funksjonelt skille, gjelder dette for nettselskaper som har mer enn 100.000 nettkunder (energiloven § 4-7 (2))

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."

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.

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 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 kan dermed bli 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 forarbeidene 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.

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 slik vi ser det delta i ledelsen i nettselskapet.

Hvem som omfattes av "personer i ledelsen" må, jf. forarbeidene, vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Det henvises til uttalelser i forarbeidene til gjeldende energilov 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.

NVEs forslag 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:

"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 driftes 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 NVE 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.

Vurdering av hjemmelsgrunnlaget 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 bestemmelsen. 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. 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 det foreslås.

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 minimumsløsning samt at begrensningen skulle skje ved lovvedtak:

"Noen av høringsinstansene, blant annet Svorka Energi, Nordmøre Energiverk, Haugaland Kraft og Advokatforeningen, mente at høringsforslaget var i strid med selskapslovgivningen. Disse mente blant annet at høringsforslaget ville ha fratatt morselskapet, eierne og ansvarlige ledere normale rettigheter som styringsadgang og mulighet til å ivareta forpliktelser. Departementet mente 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."

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. 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 konkurransutsatte virksomheten innenfor den vertikalt integrerte virksomheten. Dette vil si at morselskap eller kontrollerende eier ikke gir instruks 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. 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.

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

I forslaget til lovendring som trer i kraft 01.01.21 innfører 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 bestemmelsen:

"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."

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 går lenger enn EØS-rettslige krav.

Problemstillingen anført her er diskutert med Energi Norge og KS Bedrift og på den bakgrunn har Energi Norge, KS Bedrift og Distriktsenergi blitt enige om følgende tilnærming:

«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. Det er forventet at kravet til det funksjonelle skille vil gjelde for alle nettselskaper med mer enn 10.000 kunder i tråd med regjeringserklæringens tilnærming til dette. Kravene gjelder med virkning fra 1. januar 2021.

Det har vært vår oppfatning at kravet til det funksjonelle skillet er unødvendig, fordyrende og byråkratiserende. Når kravet likevel innføres er det viktig at regelverket som fremmes er i tråd med norsk lov. Det er vår oppfatning at så ikke er tilfelle med deler av det forslaget NVE fremmer i forskriftsutkastet.

Energi Norge, KS Bedrift og Distriktsenergi har vurdert det slik at reglene om konsernstyring etter aksjeloven og forarbeidene til endringene i energiloven ikke ser ut til å være i varetatt. 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. Det er vår oppfatning at NVE ikke har det nødvendige hjemmelsgrunnlag til i forskrift å gi strengere krav til funksjonelt skille enn det som følger av energiloven gjennom å innskrenke mulighetene for at samme person har ledende stilling både i nettselskap og i morselskap eller kontrollerende eier».

Nærmere om definisjonen av ledelse

NVEs definisjon av ledelse i høringsutkastet er etter Distriktsenergis syn for vid. Vi mener «ledelse» i denne sammenhengen må begrenses til styre og daglig leder/ administrerende direktør. Etter vår oppfatning er det lite formålstjenlig, konfliktskapende og forvirrende og utvide ledelsesbegrepet utover aksjelovens definisjon. Det er styre og adm. dir. som fastsetter budsjett og handlingsplan. Øvrige personer i selskapenes ledergruppe agerer på sin side innenfor retningslinjene som kommer fra adm. dir. og styre. Vi mener derfor den operative ledelsen i selskapene ikke bør omfattes av begrepet. Ledelsen i ett større selskap, vil likevel kunne ha en annen karakter enn i ett mindre selskap. Dette må være med i betraktningen i definisjonen av ledelse, og underbygger at en detaljregulering ikke er å foretrekke når det kommer til spørsmålet om hvem som har reell beslutningsmyndighet.

5.

Det foreslås en ny bestemmelse om markedsføring av nettselskap.

Bakgrunn:

For å sikre at nettselskap opptrer nøytralt i forbindelse med markedsføring og kommunikasjon forslår NVE en bestemmelse som regulerer dette. Hensikten bak endringen er å redusere forvirringen som oppstår hos sluttbruker når nettselskapet har samme navn som andre foretak i konsernet, og kraftleverandører generelt. Dette vil bidra til likere konkurransevilkår mellom foretak i og utenfor konsernet. Videre skal forslaget redusere eventuell krysssubsidiering mellom nettselskap og andre foretak i konsernet. Konsekvensene av krav om differensiering av merkevare mellom nettselskap og annen virksomhet er ikke tidligere vurdert. NVE har derfor fått gjennomført en rapport som kartlegger kostnadene knyttet til gjennomføringen av dette kravet.

Rapporten konkluderer med at de samlede bedriftsøkonomiske kostnadene knyttet til kravene er 63 millioner kroner hvis nettselskapene skifter merkevare, og 100 millioner kroner hvis kraftleverandørene skifter merkevare. Årsaken til forskjellen er at kostnadene er antatt høyere for kraftleverandørene fordi dette er konkurranseutsatt virksomhet som er avhengig av et kjent navn for å kunne beholde og tiltrekke seg kunder. I beregningen av kostnader knyttet til endring av merkevare hos kraftleverandør er det derfor tatt høyde for

et større eksponeringsbehov enn hvis nettselskapet skulle endre merkevare. NVEs forslag til ny forskriftsbestemmelse innebærer at det ikke kun er krav til forskjellig merkevare mellom nettselskap og kraftleverandør. Kravene omfatter all annen integrert virksomhet samt alle kraftleverandører.

Distriktsenergis kommentarer

Kravene til markedsføring og kommunikasjon som pålegges nettselskap og annen virksomhet vil på kort sikt medføre store engangskostnader for bransjen. Rapporten beskriver kostnadene knyttet til endring av merkevare for henholdsvis nettselskap og kraftleverandører og kostnadene kan bli betydelige. Konsulentene har beregnet kostnadene for en minimumsløsning som beskriver hva selskapene må gjøre som et minimum for å tilpasse seg kravene. Distriktsenergi mener kostnadene for merkevarespilten vil bli høyere enn det som rapporten skisserer.

I minimumsløsningen er det tatt hensyn til selskapenes kostnader tilknyttet navneutvikling og merkevarestrategi, utarbeidelse av visuell identitet og implementering av visuell identitet. Forskriften legger opp til at konsernet selv kan bestemme hvem som skal skifte merkevare, hvilket Distriktsenergi er positive til.

Distriktsenergi vil påpeke at det må regnes en minimumsperiode på ett år fra forskriftsteksten er vedtatt til navneendring, merkevarestrategi og utvikling av visuell identitet kan være gjennomført. Implementeringen av den visuelle identiteten, med bl.a. omprofilering og skilting vil ta lenger tid. Distriktsenergi vil derfor be om at det blir tillatt med en overgangsperiode på 3 til 5 år for implementeringen av ny visuell identitet, slik at det både er gjennomførbart og at kostnadene med dette kan fordeles over en lengre periode.

6.

Det foreslås å forskriftsfeste at selskapsmessig og funksjonelt skille, samt krav til markedsføring av nettselskap, kun gjelder for nettselskap med inntektsramme.

NVE sitt syn:

Det fremgår av forarbeidene, Prop.35 L (2015-2016) s. 24, at «Kravene til skille i lovforslaget gjelder kun for nettselskap som har inntektsramme». NVE foreslår at dette presiseres i en ny bestemmelse i energilovforskriften. For integrerte foretak som ikke er underlagt krav om selskapsmessig skille vil det ikke være hensiktsmessig å stille krav til at markedsføring av nettvirksomheten skal skille seg fra foretakets øvrige markedsføring. Krav til markedsføring og kommunikasjon vil derfor kun gjelde nettselskap med inntektsramme.

Distriktsenergis kommentarer

Distriktsenergi har ingen kommentarer til dette forslaget.

7.

Det foreslås å innføre hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på noen av de nye bestemmelsene.

NVE sitt syn:

NVE mener konsernmodellen vil kunne gi incentiver for krysssubsidiering og for å handle i strid med nøytralitetskravet. Brudd på disse kravene kan medføre økonomisk vinning for de integrerte foretakene, noe som innebærer at pålegg og tvangsmulkt ikke vil være tilstrekkelige sanksjonsmidler. NVE mener derfor det er behov for å kunne ilegge overtredelsesgebyr. De anbefaler at gebyret må være høyere enn den økonomiske vinningen for at det skal ha tilstrekkelig effekt. Kraftleverandører som ikke er del av integrert virksomhet, men som likevel tar i bruk lik merkevare som et nettselskap for å skape forvirring og utnytte nettselskapets merkevare vil også kunne ilegges overtredelsesgebyr.

Distriktsenergis kommentarer

Distriktsenergi mener på generelt grunnlag at NVE bør være varsomme med bruken av sanksjonsmidler som tvangsmulkt. Riktig bruk av dagens sanksjonsmuligheter bør være tilstrekkelig for NVE. Vi er derfor skeptiske til at det innføres en ytterligere sanksjonsmulighet til rådighet for NVE. NVE har også konsesjonsmyndighet der det kan stilles krav av denne karakter. Dersom et selskap ved salg av kraft velger å utnytte en nettselskaps merkevare til ett nettselskap og de ikke er en del av integrert virksomhet og dette selskapet trenger konsesjon, kan NVE stille krav i konsesjonen som i ytterste konsekvens gjør at konsesjonen trekkes tilbake. Ellers vil det være merkevarelovgivningen som vil kunne anvendes av rette myndighet om det skulle vise seg å være nødvendig. Merk for øvrig at vi i høringsuttalelsen gjennomgående har benyttet NVE i vår tilnærming og ikke RME, da det først er i disse dager RME formelt er blitt opprettet og fungerer etter eget regelverk.

Vennlig hilsen

Distriktsenergi



Knut Lockert
daglig leder