

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Nina Egeland

Regulering av integrerte foretak i kraftsektoren

Selskapsmessig og funksjonelt skille mellom
nettvirksomhet og annen virksomhet etter
energiloven §§ 4-6 og 4-7

Regulering av integrerte foretak i kraftsektoren

Selskapsmessig og funksjonelt skille
mellom nettvirksomhet og annen virksomhet
etter energiloven §§ 4-6 og 4-7

Nina Egeland



MarIus No. 561
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2022

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: sjorett-adm@jus.uio.no

Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown

Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>

E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

Denne avhandlingen er et resultat av min 60 studiepoengs masteroppgave som ble levert ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, våren 2021, med enkelte endringer. Avhandlingen ble skrevet mens jeg var vitenskapelig assistent ved Nordisk institutt for sjørett. Revideringen har i hovedsak bestått i å implementere innspill fra sensorene Astrid Skjønborg Brunt og Catherine Banet, egne refleksjoner gjort i etterkant av levert oppgave, samt enkelte oppdateringer.

Jeg vil rette en stor takk til veileder Henrik Bjørnebye, som har vært en god sparrepartner og til inspirasjon under oppgaveskrivingen.

Jeg takker videre alle i bransjen som har vært velvillige til å diskutere ulike problemstillinger med meg underveis i arbeidet. Dette har vært svært lærerikt og ikke minst gjort arbeidet med oppgaven enda mer interessant. Her kunne flere navn vært nevnt. Særlig ønsker jeg å trekke frem Jens Naas-Bibow, Lars Varden og Odd-Harald B. Wasenden. Takk for nyttige diskusjoner og innspill.

Jeg retter en stor takk til Nordisk institutt for sjørett, med Ola Mestad som instituttleder, for gode fasiliteter under oppgaveskrivingen. Mens resten av landet i stor grad var stengt ned, var tilgangen på skriveplass uvurderlig. Jeg vil også takke Fridtjof Nansens Institutt som delvis har finansiert skriveplassen gjennom min tilknytting til prosjektet POWREG. Arbeidet inn mot prosjektet har vært interessant og gitt meg en større forståelse for energisektoren, noe som har vært til god nytte for oppgaveskrivingen. Jeg takker også de andre vit.assene på sjørretten. Takk for gode samtaler, mye latter og delt fortvilelse.

En takk skal også gis til mine nye kollegaer i Advokatfirmaet Grette, som har vist stor interesse for oppgaven. En særlig takk til Thomas Boch-Nielsen for gjennomlesning og innspill. Jeg vil også takke Marie Braadland for interessante diskusjoner om de anskaffelsesrettslige sidene ved oppgaven.

Jeg takker Hanne Liv Refsnes for korrekturlesning av oppgaven. Takk også til min samboer, Jørgen Refsnes, som holdt ut gjennom oppgaveskrivingen og påtok seg rollen som husfar i innspurten. Til slutt takker jeg mamma, Inger Egeland, for å alltid være interessert i å høre på mine tanker om stort og smått, og for å alltid servere en god porsjon sunn fornuft.

Nina Egeland – april 2022

Innhold

1	INNLEDNING.....	7
1.1	Tema.....	7
1.2	Rettskildebildet og metode.....	9
1.3	Veien videre.....	11
2	BAKGRUNN.....	12
2.1	Innledning	12
2.2	Om kraftsektoren.....	12
2.3	Nøytralitet og krysssubsidiering.....	14
2.4	Bakgrunn for de nye adskillelseskravene.....	17
2.5	EU og EØS.....	20
3	INTEGRERT FORETAK.....	23
3.1	Generelt	23
3.2	Kontrollbegrepet	24
3.3	Hva er «annen virksomhet»	29
3.4	Særlig om nettkonsern.....	31
4	SELSKAPSMESSIG SKILLE.....	35
4.1	Innledning	35
4.2	Nettvirksomheten som egen juridisk enhet	37
4.3	Restriksjoner på hvem et nettforetak kan ha kontroll over.....	40
4.4	Restriksjoner på hvem som kan ha kontroll over et nettforetak...	45
4.5	Oppsummering og refleksjoner.....	49
5	FUNKSJONELT SKILLE.....	51
5.1	Innledning	51
5.2	Instruksforbudet	52
5.2.1	Innledning	52
5.2.2	Hva er «instrukser».....	53
5.2.3	Forbudte instruksjoner.....	54
5.2.4	Oppsummert.....	64
5.3	Uavhengig ledelse i nettforetaket	65
5.3.1	Innledning	65
5.3.2	Personer i ledelsen i nettforetak.....	66
5.3.3	Forbudte dobbeltroller.....	68
5.4	Andre krav til funksjonelt skille.....	73

	5.4.1 Innledning.....	73
	5.4.2 Nøytralitetsprogram- og rapport.....	73
	5.4.3 Uavhengighet utad	76
	5.4.4 Ytterligere forpliktelser etter eldirektivet?	78
	5.5 Oppsummering.....	81
6	FELLESTJENESTER OG SAMARBEID.....	83
	6.1 Innledning.....	83
	6.2 Fellestjenester	84
	6.2.1 Innledning.....	84
	6.2.2 Nettforetakets selvstendighet	85
	6.2.3 Nøytralitetsplikten.....	86
	6.2.4 Krav om konkurranse.....	89
	6.2.5 Administrative tjenester.....	93
	6.3 Annet samarbeid.....	100
	6.4 Oppsummering.....	104
7	NETTFORETAKETS AKTIVITETER.....	106
	7.1 Innledning.....	106
	7.2 Skillet «nettvirksomhet» og «annen virksomhet».....	106
	7.2.1 Innledning.....	106
	7.2.2 Nærmere om grensedragningen.....	107
	7.2.3 Særlig om tjenester for lastflytting	110
	7.2.4 Administrative tjenester.....	113
	7.3 Salg av egen kapasitet etter NEM § 4-16	116
	7.3.1 Innledning.....	116
	7.3.2 Forbud mot å bygge opp og opprettholde kapasitet.....	117
	7.3.3 Nærmere om de ulike kapasitetsalternativene	120
	7.3.4 Krav til salgsprosessen.....	126
	7.4 Kort om nye regler i eldirektiv IV	127
	7.5 Oppsummering.....	132
8	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER OG REFLEKSJONER.....	134
	LITTERATURLISTE.....	138
	Norske rettskilder.....	138
	Internasjonale rettskilder.....	145
	Utenlandske rettskilder.....	148
	Litteratur.....	149
	Andre kilder	158

1 Innledning

1.1 Tema

Temaet for oppgaven er krav til selskapsmessig og funksjonelt skille mellom nettvirksomhet og annen virksomhet i kraftsektoren. Formålet er å foreta en rettsdogmatisk analyse av de organisatoriske kravene som stilles til konsern med nettvirksomhet, det energiloven betegner som et «integreert foretak».¹

Det å drive strømmnett er en *monopoloppgave*. Innenfor ett område vil det kun være én aktør som driver strømmnett og som tilbyr netttjenester. Motsetningsvis består kraftsektoren av flere *konkurransutsatte virksomhetsområder*, slik som produksjon og omsetning av elektrisk energi. Her vil det være flere aktører som konkurrerer på tilbudssiden. I takt med teknologiutviklingen og elektrifiseringen av samfunnet, blir sistnevnte gruppe stadig mer mangfoldig.²

Tradisjonelt har den som har konsesjon for å drive nettvirksomhet, ofte vært organisert sammen med konkurranseutsatt virksomhet, enten i samme selskap eller konsern. En slik organisering blir ansett som uheldig av særlig to grunner. For det første er det en fare for at den som driver strømmettet ikke vil opptre nøytralt overfor kraftsektorens øvrige markedsaktører.³ For det andre er det en fare for at monopolvirksomheten belastes med kostnader tilknyttet konkurranseutsatt virksomhet.⁴

På denne bakgrunn er det strenge krav til organiseringen av integrerte foretak i kraftsektoren. Siden 2006 har energiloven §§ 4-6 og 4-7 stilt krav om at de største nettkonsesjonærene skal holdes selskapsmessig og funksjonelt adskilt fra virksomhet innen produksjon og omsetning av elektrisk energi.⁵ Reglene ble den gang vedtatt for å oppfylle Norges

¹ Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven) §§ 4-6 og 4-7, jf. § 1-3 tredje ledd.

² Se punkt 2.4.

³ Se punkt 2.3.

⁴ Se punkt 2.3.

⁵ Endret ved lov nr. 59/2006 §§ 4-6 og 4-7 [heretter endringslov 2006]

forpliktelse etter eldirektiv II,⁶ men skulle samtidig kodifisere det som tidligere fulgte av norsk konsesjonspraksis.⁷

I korte trekk stiller reglene om *selskapsmessig skille* krav om at nettvirksomheten skal skilles ut i en egen juridisk enhet, samt krav til eierforholdene innad i det integrerte foretaket.⁸ Reglene om *funksjonelt skille* stiller supplerende krav som skal sikre nettselskapets faktiske uavhengighet fra andre deler av det integrerte foretaket.⁹ Herunder stilles det krav om uavhengig ledelse i nettselskapet, og et forbud mot at morselskapet gir visse instruksjoner til nettvirksomheten.¹⁰

Den 1. januar 2021 trådte det i kraft relativt omfattende endringer i energiloven §§ 4-6 og 4-7.¹¹ *Hvem* som omfattes av reglene og *hva* de skal adskilles fra, ble endret. Tidligere rammet reglene kun nettkonsesjonærer med mer enn 100 000 tilknyttede nettkunder.¹² Nå gjelder det selskapsmessige skillet for alle nettkonsesjonærer, og det funksjonelle skillet for alle nettkonsesjonærer med mer enn 10 000 tilknyttede nettkunder.¹³ Videre ble adskillelseskravene – som tidligere kun rettet seg mot virksomhet innen produksjon og omsetning av elektrisk energi – utvidet til å rette seg mot *all* «annen virksomhet».¹⁴ I tillegg har det siden 2006 blitt vedtatt en rekke forskriftsbestemmelser som har til formål å utfylle adskillelseskravene i energiloven §§ 4-6 og 4-7.

Samlet oppstilles det et relativt komplekst organisatorisk regime for integrerte foretak i kraftsektoren. Avhandlingens hovedformål er å analysere og systematisere gjeldende rett. Den nylige utvidelsen av adskillelseskravene, til å rette seg mot *all* «annen virksomhet», vil være et gjennomgående tema for oppgaven. Begrepet favner i seg selv vidt, og i enkelte sammenhenger oppstår det tvil om hva det innebærer. Reglene

⁶ Direktiv 2004/54/EF artikkel 15.

⁷ Se kapittel 4.

⁸ Energiloven § 4-6

⁹ Kapittel 5.

¹⁰ Energiloven § 4-7

¹¹ Endret ved lov nr. 18/2016 [heretter endringslov 2016]

¹² Endringslov 2006 §§ 4-6 og 4-7.

¹³ Henholdsvis energiloven §§ 4-6 og 4-7 tredje ledd.

¹⁴ Energiloven §§ 4-6 og 4-7.

om selskapsmessig og funksjonelt skille er ikke til hinder for at den som driver nettvirksomhet inngår i samme konsern som konkurranseutsatt virksomhet, men stiller krav som skal sikre tilstrekkelig uavhengighet. Dette danner grunnlaget for et visst spenningsforhold, som står sentralt i oppgavens analyse. Særlige spørsmål er i hvilken grad konsernledelsen kan utøve innflytelse over nettvirksomheten, og hvilket rom det er for samordning og fellesordninger innad i konsernet.¹⁵ Videre tar oppgaven opp spørsmålet om *hva* et nettselskap *kan* holde på med, etter de nye adskillelseskravenes ikrafttreden.¹⁶

1.2 Rettskildebildet og metode

Opgaven tar opp energirettslige, selskapsrettslige, forvaltningsrettslige og EØS-rettslige spørsmål. Jeg tar utgangspunkt i alminnelig juridisk metode.¹⁷ En del av regelverket som skal behandles er vedtatt for å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.¹⁸ Bestemmelser i lov som gjennomfører Norges EØS-rettslige forpliktelser skal i tilfelle konflikt gå foran andre lovbestemmelser som regulerer samme forhold.¹⁹ Etter prinsippet om EØS-konform tolkning og presumpsjonsprinsippet skal norske regler tolkes i lys av EØS-retten, så vidt mulig etter anerkjente tolkningsprinsipper.²⁰ Ved fastleggelsen av EØS-rettens innhold, vil jeg benytte meg av EU/EØS-rettslig metode.²¹

De sentrale rettskildene vil være ordlyd i lov, forskrift og direktiv. Energiloven er utformet som en rammelov, som gir utstrakt forskriftskompetanse til Olje- og energidepartementet (OED), som igjen har

¹⁵ Se særlig kapittel 6.

¹⁶ Kapittel 7

¹⁷ Mestad (2019) s. 77 flg.

¹⁸ *Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde*, Oporto, 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

¹⁹ Lov 27. november nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 2.

²⁰ Henholdsvis sak E-4/01 *Karlsson* avsnitt 28 jf. case E-1/07 *Criminal proceedings against A* avsnitt 39 og HR-2021-822-A avsnitt 119, jf. Rt-2000-1811 (Finanger I) s. 1826 flg.

²¹ Fredriksen (2018) s. 291–343.

delegert deler av kompetansen til Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) og Reguleringsmyndigheten for energi (RME).²² Ved tolkning av norsk lov vil energilovens forarbeider stå sentralt. Lovendringen som trådte i kraft 1. januar 2021, videreførte i stor grad det materielle innholdet i kravene om selskapsmessig og funksjonelt skille etter energiloven §§ 4-6 og 4-7. Først og fremst var det *hvilke* nettkonsesjonærer som omfattes, og *hva* de skal adskilles fra, som ble endret. I tillegg til forarbeidene fra 2016, som ligger til grunn for dagens regulering, vil forarbeidene fra 2006 ha betydning ved tolkningen av lovbestemmelsene.²³

Til tross for at regler om selskapsmessig og funksjonelt skille har eksistert i energiloven siden 2006, og i EU siden 2003, er det få autoritative rettskilder som sier noe nærmere om kravenes innhold. Spørsmålet har ikke vært forelagt norske domstoler. Det har vært én sak for EU-domstolen.²⁴ Hvorvidt det forelå manglende implementering av det funksjonelle var likevel ikke bestridt, og på dette punkt består dommen kun av en konstatering av manglende oppfyllelse.²⁵

Enkelte steder vil jeg vise til *kommisjonens tolkningsnotat* om «The Unbundling Regime», som ble utgitt i etterkant av vedtakelsen av eldirektiv III.²⁶ Tolkningsnotatet er ikke rettslig bindende og kan vanskelig tillegges selvstendig vekt.²⁷ I tilfeller hvor jeg viser til dokumentet vil det primært være på grunn av dens argumentasjonsverdi, og som støtteargument for løsninger jeg mener kan forankres i direktivets ordlyd.

Den rettskildemessige vekten av *forskriftsforarbeider* er omdiskutert.²⁸ På kraftsektorens område er disse ofte relativt godt tilgjengelige, og kjente for aktørene i bransjen. I den grad forskriftsforarbeidene gir private aktører videre handlingsrom enn ordlyden skulle tilsi, er det grunn

²² Henholdsvis energiloven § 10-6, forskrift 7. desember 1990 nr. 959 om produksjon, omforming, overføring, omsetning og bruk av energi m.m. (energilovforskriften) § 9-1 og forskrift 24. oktober 2019 nr. 1413 om nettregulering og energimarked (NEM) § 8-5.

²³ Henholdsvis Prop. 35 L (2015–2016) og Ot.prp.nr 61 (2005–2006)

²⁴ Mål C-274/08 *Kommission mot Sverige*.

²⁵ Mål C-274/08 *Kommission mot Sverige* avsnitt 24.

²⁶ Europakommisjonen (2010).

²⁷ Fredriksen (2019) s. 410.

²⁸ Skoghøy (2018) s. 75–76.

til å tillegge dem vekt. Motsetningsvis vil de ha mindre vekt i tilfeller hvor handlingsrommet blir innskrenket på en måte som ikke fremgår av ordlyden.²⁹ *Forvaltningspraksis* vil tillegges vekt etter kriteriene som er oppstilt gjennom høyesterettspraksis.³⁰

Oppgaven tar opp flere *selskapsrettslige spørsmål*, eller nærmere bestemt *konsernrettslige spørsmål*. Fastleggelsen av de selskapsrettslige utgangspunkter vil kunne ha betydning for tolkningen av reglene. I oppgaven vil jeg begrense meg til å se på de selskapsrettslige utgangspunktene slik de fremgår av aksjeloven,³¹ juridisk teori, samt offentlig utredning om *Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.*³²

1.3 Veien videre

Den videre fremstillingen er inndelt i syv kapitler. Kapittel 2 er utformet som et bakgrunnskapittel. Formålet er å plassere den videre drøftelsen i en rettslig og faktisk kontekst. I kapittel 3 vil jeg se nærmere på hva som er et *integreert foretak* – det avgjørende inngangsvilkåret for å omfattes av reglene om selskapsmessig og funksjonelt skille. I kapittel 4 går jeg nærmere inn på kravet om *selskapsmessig skille* i energiloven § 4-6. I kapittel 5 vil jeg se på kravene som stilles til *funksjonelt skille*. Et spørsmål som har stor praktisk betydning etter de nye adskillelseskravenes ikrafttreden, er hvilken adgang det er for fellestjenester og samarbeid i et integreert foretak. I kapittel 6 vil jeg se nærmere på denne problemstillingen. Kravet om at nettvirksomheten skal adskilles fra all «annen virksomhet», innebærer i utgangspunktet at den som driver nettvirksomhet, ikke kan drive annet enn egen nettvirksomhet. I kapittel 7 vil jeg se nærmere på nettforetakets aktiviteter, og hva et nettselskap kan holde på med, etter de nye adskillelseskravenes ikrafttreden. Til slutt, i kapittel 8, vil jeg komme med noen avsluttende bemerkninger og refleksjoner.

²⁹ Mestad (2019) s. 89.

³⁰ Eriksen (2019) s. 318–331.

³¹ Lov 23. juni 1997 om aksjeselskaper (aksjeloven).

³² NOU 1996:6.

2 Bakgrunn

2.1 Innledning

Kraftsektoren er relativt kompleks, både rettslig og faktisk. I det videre vil jeg se nærmere på bakgrunnen for hvorfor man stiller organisatoriske krav til integrerte foretak i kraftsektoren. Først vil jeg si noe kort og generelt om kraftsektoren, noe som er sentralt for å forstå hvorfor sektoren er organisert som den er. Deretter vil jeg se på problematikken knyttet til nøytralitet og krysssubsidierting. Videre vil bakgrunnen for adskilleleskravenes utvidelse – til å gjelde all annen virksomhet og i utgangspunktet for alle nettkonsesjonærer – behandles. Til slutt vil jeg kort redegjøre for Norges tilknytning til EUs indre energimarked, og hvordan det påvirker spørsmålene som reises i oppgaven.

2.2 Om kraftsektoren

Energilovens overordnede formål er å sikre at energiforsyningen skjer på en «samfunnsmessig rasjonell måte, herunder skal det tas hensyn til allmenne og private interesser som blir berørt».³³ Det innebærer at ressursene skal anvendes mest mulig effektivt, alle hensyn tatt i betraktning.³⁴ Et sentralt ledd i å nå målet var å åpne opp for markedsbasert omsetning av kraft. Ved å åpne opp for konkurranse ser man for seg at aktørene vil tilpasse seg markedet ved å anvende ressursene mer effektivt.³⁵ Dette vil igjen komme forbrukeren til gode i form av lavere kostnader.

Forut for energilovens ikrafttreden i 1991 hadde energiverkene gjennom områdekonsesjonene formelt monopol på kraftomsetning i distribusjonsnettet.³⁶ Markedsåpningen skjedde i praksis ved en omregulering av kraftsektoren. Produksjon og omsetning av elektrisk energi

³³ Energiloven § 1-2.

³⁴ Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 16–17 og s. 84.

³⁵ Ot.prp. nr. 43 (1989–1990) s. 16–17.

³⁶ Hammer (1999) s. 23.

egner seg for konkurranse, og ble i større grad deregulert. Her ser man for seg at markedsmekanismene vil sørge for riktig prisdannelse og effektiv ressursbruk. Det fysiske salget av energi skjer i dag i hovedsak gjennom et engrosmarked og et sluttbrukermarked. På *engrosmarkedet* selger og kjøper kraftprodusenter og kraftleverandører store kvanta energi. Kraftleverandørene videreselger elektrisiteten på *sluttbrukermarkedet*, hvor sluttbrukeren fritt kan velge kraftleverandør å tegne strømvtale med.³⁷

Det å drive *overføring* av elektrisk energi (strømnett) er på den annen side et *naturlig monopol*.³⁸ Det er verken rasjonelt eller ønskelig at flere aktører bygger konkurrerende strømnett innenfor samme område. Samtidig med at produksjons- og omsetningsvirksomhet ble deregulert, ble nettvirksomheten underlagt streng offentlig monopolkontroll. Blant annet er nettkonsesjonærene underlagt *inntektsrammeregulering*.³⁹ Årlig setter RME et tak for nettselskapenes tillatte inntekt ved salg av net-tjenester.⁴⁰ Formålet er å gi insentiver for effektiv drift, og hindre misbruk av monopolmakten.⁴¹

At nettvirksomhet, som monopolvirksomhet, ofte er organisert sammen med produksjons- og omsetningsvirksomhet, må ses i sammenheng med at omsetning av elektrisk energi tidligere var monopolvirksomhet.

Tradisjonelt har man inndelt strømmettet i tre nivåer: transmisjonsnett, regionalnett og distribusjonsnett.⁴² Denne tredelte sondringen gjenspeiles ikke reglene om adskillelse hvor det kun gjøres et skille

³⁷ Energifakta Norge (2021).

³⁸ Det å bygge strømnett har høye faste kostnader, samtidig som kostnadene ved å tilknytte én nettkunde til eksisterende anlegg relativt sett er lave, jf. Vislie (2015) s. 206–207.

³⁹ Forskrift 11. mars 1999 nr. 302 om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffer [heretter kontrollforskriften] del IV.

⁴⁰ Kontrollforskriften §§ 7-1 og 7-2 første ledd.

⁴¹ Kontrollforskriften § 1-1.

⁴² *Transmisjonsnettet* er nettet med høyest spenningsnivå, og kan ses på som hovedveiene i kraftsystemet, som binder sammen produsenter og forbrukere i ulike deler av landet. *Distribusjonsnettet* forsyner sluttbrukerne. *Regionalnettet* er bindeleddet mellom transmisjonsnettet og distribusjonsnettet, jf. NVE (2021).

mellom nettvirksomhet på transmisjonsnivå, og all annen nettvirksomhet. For eier av transmisjonsnett, som i Norge er Statnett SF, stilles det ekstra strenge krav til skille. For denne kreves det *eiermessig skille*, noe som i korte trekk innebærer at Statnett ikke kan ha samme eier som produksjons- og omsetningsvirksomhet; de kan heller ikke være organisert i samme konsern.⁴³ I denne oppgaven vil jeg ikke gå nærmere inn på reglene som gjelder for Statnett, men konsentrere meg om de organisatoriske kravene for andre nettkonsesjonærer.

2.3 Nøytralitet og kryssubsidiering

Hovedbegrunnelsen for å stille organisatoriske krav til skille mellom nettvirksomhet og konkurranseutsatt virksomhet, er å styrke nettkonsesjonærens nøytralitet og redusere risikoen for kryssubsidiering.⁴⁴

For å oppnå et effektivt kraftmarked er man avhengig av en *nøytral nettfunksjon*. Elektrisitet kan bare lagres i et begrenset omfang, og tilgang til strømmettet er sentralt for tilgangen til kraftmarkedet. Den som har konsesjon for å drive nettvirksomhet innenfor et område vil ta en rekke avgjørelser som får direkte betydning for markedsaktørene. For eksempel er det i utgangspunktet netteieren som bestemmer hvordan nettet skal utbygges, hvem som skal kobles til og hvordan kapasitetsutfordringer skal håndteres. I tillegg vil den som opererer strømmettet ha tilgang til informasjon som er verdifull for markedsaktørene. Dette gjelder for eksempel planlagte driftstanser, planer for utbygging av strømmettet og informasjon om nettkundene. Netteierens egen kommunikasjon med omverdenen vil også kunne påvirke konkurranseforholdene i kraftmarkedet. Dersom strømkundene får inntrykk av at nettoperatoren favoriserer

⁴³ Energiloven § 4-8, jf. direktiv 2009/72/EF artikkel 9. Forut for energilovens vedtakelse var Statnett en del av forvaltningsbedriften Statskraftverkene, som ved omreguleringen av energisektoren ble delt opp i et produksjonsforetak (Statkraft AS) og et nettforetak (Statnett SF), jf. Hammer (1999) s. 24. I dag gjennomfører Norge kravet om eiermessig skille ved at eierskapet i Statnett forvaltes av OED, mens eierskapet i Statkraft forvaltes av Nærings- og fiskeridepartementet (NFD), noe som oppfyller kravet om eiermessig skille etter eldirektiv III, jf. direktiv 2009/72/EF artikkel 9 nr. 6.

⁴⁴ Prop. 35 L (2015–2016) s. 5 og Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 22–24.

en strømleverandør fremfor en annen, vil det kunne påvirke valget av strømleverandør.

Når den som driver nettet er organisert sammen med konkurranseutsatt virksomhet, vil den ha insentiver for å tilgodese tilknyttet virksomhet på bekostning av andre markedsaktører. Det må understrekes at energiloven, med tilhørende forskriftsverk, er utrustet med en rekke bestemmelser som skal sikre ikke-diskriminerende markedsadgang og nøytral opptreden fra netteier.⁴⁵ NEM-forskriften oppstiller et generelt påbud om at netteier skal «opptre nøytralt og ikke-diskriminerende».⁴⁶ Herunder kan ikke netteier gi tilknyttede selskap en «særlig fordel».⁴⁷ At man gis en «særlig» fordel, innebærer at man gir fordeler som ikke alle får.⁴⁸ Det er dermed klart at det er forbudt for netteieren å ikke opptre nøytralt.

Dette regelverket alene har likevel ikke vært ansett som tilstrekkelig for å sikre nøytral opptreden fra netteier. Så lenge netteier er organisert sammen med konkurranseutsatt virksomhet, vil den ha insentiver til å tilgodese denne, enten bevisst eller ubevisst. Ved å stille krav om selskapsmessig adskillelse ser man for seg at det vil være lettere for nettkonsesjonæren å handle uavhengig av tilknyttet konkurranseutsatt virksomhets interesser, samt lettere å avdekke eventuell unøytral opptreden.⁴⁹

Den andre hovedbegrunnelsen for å stille organisatorisk krav til skille mellom nettvirksomhet og konkurranseutsatt virksomhet, er å redusere faren for *kryssubsidiering*. Krysssubsidierting innebærer at monopolvirksomheten – nettvirksomhet – belastes med kostnader tilknyttet konkurranseutsatt virksomhet. Slik subsidiering er uheldig av særlig to grunner.

For det første vil det kunne føre til at nettariifene (nettleien) blir høyere enn nødvendig. Nettkonsesjonærens inntektsrammeregulering – som danner grunnlaget for beregningen av nettleien – er delvis basert på

⁴⁵ Eksempelvis energiloven §§ 3-3, 3-4 og 3-4a.

⁴⁶ NEM § 4-14 første ledd.

⁴⁷ NEM § 4-14 annet ledd.

⁴⁸ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 14.

⁴⁹ Prop. 35 L (2015–2016) s. 12, Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 22 og Ot.prp. nr. 56 (2000–2001) s. 25.

nettvirksomhetens egne historiske kostnader.⁵⁰ Om kostnader tilknyttet konkurranseutsatt virksomhet inngår i kostnadsgrunnlaget, vil nettkonsesjonæren få en høyere inntektsramme enn reelle kostnader tilknyttet nettdrift tilsier. Nettleien vil dermed bli høyere enn nødvendig. Som monopolist på et så samfunnskritisk område som strøm, er det et sentralt hensyn at kundene ikke betaler mer enn nødvendig for nettjenestene.⁵¹

For det andre vil slik subsidiering kunne føre til uheldige vridninger i det konkurranseutsatte markedet. Ved at monopolvirksomheten dekker kostnader tilknyttet konkurranseutsatte virksomhet, får den konkurranseutsatte virksomheten selv lavere kostnader. Den vil dermed ha konkurransefortrinn i forhold til andre aktører, noe som er uheldig med tanke på å oppnå effektiv konkurranse. Dette har klar side mot den ovenfornevnte nøytralitetsplikten. Enkeltaktører på det konkurranseutsatte markedet skal ikke gis særfordeler alene fordi de er organisert sammen med netteieren.

Siden vedtakelsen av energiloven har nettkonsesjonærene vært underlagt krav om *regnskapsmessig skille*. Det innebærer at konkurranseutsatte forretningsområder og monopolfunksjonen skal deles inn i selvstendige resultatenheter med separate budsjetter og regnskap.⁵² Videre oppstiller kontrollforskriften § 2-8 et generelt forbudt mot å «belaste nettvirksomheten med kostnader som er knyttet til konkurranseutsatt virksomhet».⁵³ Det er altså klart at krysssubsidiering er ulovlig. Likevel blir det ikke vært ansett som tilstrekkelig for å forhindre krysssubsidiering. Det vil ofte være kostnadskrevende og vanskelig å avdekke om subsidiering mellom ulike virksomhetsområder skjer.⁵⁴ Regnskapsmessig er det lettere å avdekke subsidiering mellom to selvstendige juridiske enheter. Selskapsmessig skille har derfor vært ansett som en bedre løsning.

⁵⁰ Henholdsvis kontrollforskriften § 13-1 bokstav g og kontrollforskriften § 7-2, jf. § 8-6 jf. § 8-1.

⁵¹ Eksempelvis Prop. 35 L (2015–2016) s. 5.

⁵² Energilovforskriften (slik den lød 1. januar 1991) § 4-4 bokstav a annet ledd.

⁵³ Kontrollforskriften § 2-8 første ledd første setning.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 22 og Prop. 35 L (2015–2016) s. 12.

2.4 Bakgrunn for de nye adskillelseskravene

Kraftsektoren står i dag midt i en omfattende omstilling hvor målet om elektrifisering og økt fornybar kraftproduksjon står sentralt. Samtidig skjer det en teknologisk utvikling hvor stadig nye innovative forretningsområder blir etablert. Utvidelsen av det selskapsmessige og funksjonelle skillet i energiloven §§ 4-6 og 4-7 til å gjelde overfor all «annen virksomhet», og til å i utgangspunktet gjelde for alle nettkonsesjonærer, må ses på bakgrunn av denne utviklingen.

I forkant av de nye adskillelseskravenes vedtakelse, så man en utvikling hvor kraftselskapene og –konsernene utvidet sine tradisjonelle virksomhetsområder til å inkludere annen virksomhet. Her kan det for eksempel vises til fjernvarmevirksomhet og bredbånd.⁵⁵ Denne utviklingen forventes heller ikke å avta. I takt med elektrifiseringen av samfunnet sitter kraftkonsernene med kompetanse som gjør dem særlig egnet til å utvikle nye forretningsområder. I dag har for eksempel BKK AS etablert virksomhet innen offentlig ladestasjoner for elektriske kjøretøy.⁵⁶ Utrullingen av AMS-målere vil videre muliggjør en rekke nye virksomhetsområder.⁵⁷ Opp mot den innebygde HAN-porten kan man koble opp ulike formidlingsløsninger og styringstjenester.⁵⁸ Her kan det for eksempel vises til selskapet Tibber AS, som tilbyr ulike smarthjem løsninger.⁵⁹

Den nøyaktige informasjonen fra AMS-målerne vil også tilrettelegge for en mer aktiv styring av strømmettet. Det grønne skiftet og overgangen til et lavutslippssamfunn forventes særlig å få konsekvenser for aktørene i distribusjonsnett. Ny småskala fornybar kraftproduksjon, som sol og

⁵⁵ Prop. 35 L (2015–2016) s. 12.

⁵⁶ BKK (u.å.)

⁵⁷ Alle nettselskapene en plikt til å installere AMS-målere i hvert enkelt målepunkt, jf. forskrift 11. mars 1999 nr. 301 om måling, avregning, fakturering av netjtjenester og elektrisk energi, nettselskapets nøytralitet mv. [heretter avregningsforskriften] § 4-1.

⁵⁸ Energifakta Norge (2019). *HAN-porten* er et standardisert grensesnitt som legger til rette for kommunikasjon med eksternt utstyr, og som alle AMS-målere skal ha, jf. avregningsforskriften § 4-2 bokstav b.

⁵⁹ Tibber (u.å.)

vind, vil i større grad kobles direkte opp til distribusjonsnettet.⁶⁰ Videre vil elektrifiseringen av samfunnet medføre at mengden strøm som blir tatt ut av nettet, øker. Her kan det særlig vises til elektrifiseringen av transportsektoren.⁶¹ Samlet skaper det utfordringer for eksisterende overføringskapasitet i distribusjonsnettet. Som alternativ til tradisjonelle nettinvesteringer foregår det i dag demoprojektet på blant annet bruk av batterier i nettet, og lokale fleksibilitetsmarkeder.⁶² Her ser man for seg at nettkundene i fremtiden kan få betalt for å redusere forbruket av elektrisitet i perioder med høy belastning.⁶³ De nye AMS-målerne vil videre tilrettelegge for at strømforbrukere tilbyr fleksibilitet via aggregatorvirksomhet.⁶⁴

Risikoen for krysssubsidiering er i utgangspunktet like høy overfor annen konkurranseutsatt virksomhet, som for produksjons- og omsetningsvirksomhet. Dette hensynet gjør seg like sterkt gjeldende overfor de nye virksomhetsområdene, som de mer tradisjonelle.⁶⁵ Videre er det grunn til å merke seg at en rekke av de nye virksomhetsområdene har et direkte grensesnitt mot netteier. For eksempel vil eierne av offentlige ladestasjoner ha behov for å koble seg på nettet. Tilbyderen av tilleggstjenester til AMS-målerne vil ha behov for å koble seg på HAN-porten. Skal man oppnå effektiv konkurranse på disse områdene, har man behov for en nøytral nettoperatør. Dersom lokale fleksibilitetsmarkeder blir etablert, vil det også i fremtiden være sentralt at nettkonsesjonæren opptrer nøytralt overfor eventuelle tilbydere av fleksibilitet.⁶⁶

Den generelle omstillingen i samfunnet gjør videre at kravene til aktørene i distribusjonsnettet øker, noe som forsterkes av at samfunnets

⁶⁰ OED (2014) s. 14 og Energi Norge (2014) s. 19.

⁶¹ NVE (2016) s. 6.

⁶² Eksempelvis se Enova (u.å.) og Agder Energi (2019)

⁶³ Agder Energi (2019).

⁶⁴ *Aggregatorvirksomhet* innebærer at et selskap, som representerer flere mindre aktører, sammenstiller deres tilbud av fleksibilitet og tilbyr den videre på markedet, jf. Energifakta Norge (2019). *Fleksibilitet* kan beskrives som muligheten til å opp- eller nedregulere eget forbruk.

⁶⁵ Prop. 35 L (2015–2016) s. 12.

⁶⁶ Signaler fra myndighetene taler i retning av at det kommer til å skje, jf. Meld. St. 36 (2020–2021) s. 68.

sårbarhet ved avbrudd blir større.⁶⁷ I årene fremover forventes det vesentlige investeringer i strømmettet, samt at aktørene skal ta i bruk ny teknologi for å håndtere fremtidige utfordringer.⁶⁸ I ekspertrapporten *Et bedre organisert strømnett* – som danner deler av bakgrunnen for forslaget om de nye adskillelseskravene – ble det konkludert med at dagens nettorganisering er mindre egnet til å håndtere omstillingen.⁶⁹

I tillegg til faren for krysssubsidiering, vil *målkonflikter* som følge av integrasjon med annen konkurranseutsatt virksomhet, kunne føre til ineffektivitet og økte kostnader i nettdriften.⁷⁰ Nettvirksomheten vil ofte utgjøre en stabil og jevn inntekt, noe som kan skape insentiver til å fokusere mer på den konkurranseutsatte delen. Analyser har vist at drifts- og vedlikeholdskostnader gjennomsnittlig er noe høyere når det drives annen virksomhet i tillegg til konkurranseutsatt virksomhet i samme juridiske enhet.⁷¹

Videre ble det i ekspertrapporten vist til at det store omfanget av nettselskaper, som skaper mange grenseflater, er lite egnet for å håndtere fremtidens utfordringer.⁷² I 2015 – da proposisjonen for de nye adskillelseskravene ble utarbeidet – var det 144 selskap som drev nettvirksomhet med inntektsramme.⁷³ Integrasjon blir ansett som en barriere for rasjonelle strukturendringer innenfor respektive områder.⁷⁴ Det er grunn til å tro at et mer underordnet formål bak de nye adskillelseskravene er å skape insentiver til fusjoner mellom nettselskapene. Dette fremgår ikke uttrykkelig av proposisjonen eller rapporten, men kommer klart mer

⁶⁷ OED (2014) s. 12–16.

⁶⁸ OED (2014) s. 12–16.

⁶⁹ OED (2014) s. 36, jf. Prop. 35 L (2015–1016) s. 5.

⁷⁰ OED (2014) s. 35.

⁷¹ Prop. 35 L (2015–2016) s. 11.

⁷² OED (2014) s. 36.

⁷³ Prop. 35 L (2015–2016) s. 11.

⁷⁴ OED (2014) s. 35.

indirekte til uttrykk.⁷⁵ Ved å stille krav om at *alle* nettkonsesjonærer skal adskilles fra *all* «annen virksomhet», vil det i realiteten være vanskelig for de minste nettkonsesjonærene å fortsette på egenhånd.

2.5 EU og EØS

Gjennom EØS-avtalen er Norge en del av EUs indre energimarked.⁷⁶ EU har de senere årene kommet med omfattende regulering av kraftmarkedet, ofte gitt i form av større pakker. Frem til nylig var tendensen at EUs kraftmarkedslovgivning i stor grad lå bak den nordiske modellen, og hadde lite å si for norsk regulering.⁷⁷ Dette har likevel endret seg. EU-reguleringen blir stadig mer omfattende, og stiller stadig strengere krav til organiseringen av kraftmarkedet. I dag er det ikke sjeldent at endringer i energiregelverket skjer som en direkte konsekvens av gjennomføring av EU/EØS-regler.

Sentralt for denne oppgaven vil være reguleringen som finnes i eldirektivene. Det finnes i dag fire eldirektiv, hvor det nyeste er ment å erstatte det forutgående.⁷⁸ Direktivenes formål er å etablere fellesregler for aktørene på kraftmarkedet.⁷⁹ Herunder stilles det en rekke krav til «operatører av distribusjonsnett» (DSO).⁸⁰ For denne oppgavens del forutsettes det at DSO-rollen samsvarer med det jeg har kategorisert

⁷⁵ I proposisjonen blir det fremhevet at det er mulig å realisere gevinster gjennom fusjoner, Prop. 35 L (2015–2016). I rapporten blir det påpekt at en ulempe av integrasjon er at det utgjør en barriere for strukturendringer, ettersom at optimal størrelse og struktur vil variere mellom de ulike virksomhetsområdene, jf OED (2014) s. 35. Videre at det er «grunn til å tro at det er uutnyttede stordriftsfordeler i nettsektoren», jf OED (2014) s. 30.

⁷⁶ EØS-avtalen artikkel 24, jf. EØS-loven § 2.

⁷⁷ Bjørnebye (2020) s. 14.

⁷⁸ Henholdsvis direktiv 1996/92/EF, direktiv 2003/54/EF, direktiv 2009/72/EF og direktiv 2019/944/EU.

⁷⁹ Direktiv 1996/92/EF artikkel 2, direktiv 2003/54/EF artikkel 2, direktiv 2009/72/EF og direktiv 2019/944/EU artikkel 2.

⁸⁰ Se eksempelvis direktiv 2003/54/EF kapittel fem, rollen er legaldefinert i artikkel 2 nr. 4.

som nettvirksomhet på distribusjons- og regionalnivå.⁸¹ Det må likevel understrekes at dette spørsmålet er omdiskutert.⁸²

Siden vedtakelsen av eldirektiv II har det vært stilt krav om selskapsmessig og funksjonelt skille for DSO-er som er en del av et «vertikalt integrert foretak», og har mer enn 100 000 nettkunder.⁸³ Vedtakelsen av energiloven §§ 4-6 og 4-7 i 2006 skjedde som en konsekvens av å gjennomføre direktivet.⁸⁴ Med visse tilføyinger, kodifiserte reglene likevel i stor grad det som fulgte av tidligere norsk konsesjonspraksis.⁸⁵ Kravene til selskapsmessig og funksjonelt skille er senere blitt videreført i eldirektiv III, uten større endringer.⁸⁶ Fra dette direktivet ble kravene om selskapsmessig og funksjonelt skille videreført uten endringer til eldirektiv IV.⁸⁷

Det nyeste eldirektivet, eldirektiv IV – som er en del av EUs fjerde energimarkedspakke – er enda ikke innlemmet i EØS-avtalen. Det er likevel klart at direktivet inneholder tekst som er EØS-relevant, og all sannsynlighet tilsier at det vil bli innlemmet.⁸⁸ Enn så lenge er det kun eldirektiv III – som ble gitt som en del av tredje energimarkedspakke – som er rettslig forpliktende for Norge.⁸⁹ Ved tolkningen av de nasjonale reglene vil jeg derfor se hen til reguleringen slik den fremgår av eldirektiv III. Ettersom at reglene om selskapsmessig og funksjonelt skille ble identisk videreført fra eldirektiv III til eldirektiv IV, byr det i utgangspunktet ikke på særlige problemer.

⁸¹ Ved innføringen av eldirektiv II, ble det forutsatt av departementet at DSO-rollen samsvarer med nettvirksomhet i distribusjons- og regionalnettet, jf. Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 20. Forutsetningen synes også å bli lagt til grunn i Prop. 35 L (2015–2016) s. 13.

⁸² Se særlig Mostuen (2018) s. 71–73, samt uttalelser i Prop. 35 L (2015–2016) s. 13. Oppgaven avgrenser mot dette spørsmålet.

⁸³ Direktiv 2003/54/EF artikkel 15.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 5.

⁸⁵ Se kapittel 4.

⁸⁶ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26. De mindre endringene som skjedde vil blir behandlet i kapittel 5.

⁸⁷ Direktiv 2019/944/EU artikkel 35.

⁸⁸ Direktivet har vært ute på høring, jf. OED høringsnotat (2016).

⁸⁹ Denne er inntatt i vedlegg IV i EØS-avtalen, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017.

Reguleringen i eldirektiv IV er likevel ikke helt uten betydning for spørsmålene som reises i oppgaven. Et av de sentrale målene bak direktivet var å tilrettelegge for det grønne skiftet, og lukke gapet mellom regelverket og den teknologiske utviklingen som er skjedd.⁹⁰ Dette ble blant annet gjort ved å videreutvikle DSO-rollen, og stille nærmere krav til hva en DSO kan, skal og ikke kan gjøre. I praksis har særlig spørsmålet om hva en DSO *ikke* kan gjøre, et direkte grensesnitt mot adskillelsesreglene. Hva en DSO skal adskillelse fra, og hvilke aktiviteter en DSO ikke kan involveres i, vil i større eller mindre grad være to sider av samme sak. I punkt 7.4 i oppgaven vil jeg se nærmere på disse reglene.

Det må understrekes at eldirektivet kun oppstiller krav om *minimums-harmonisering* og ikke totalharmonisering. Nasjonale myndigheter kan stille strengere krav til organiseringen av nettverksoperatørene enn det som fremgår av direktivet. Som oppgaven vil vise, har Norge på flere områder gjort nettopp dette. Videre kan det vises til at Nederland har innført krav om eiermessig skille på distribusjonsnivå.⁹¹ EU-domstolen har også konkludert med at krav om eiermessig skille ikke vil være i strid med kravet om fri bevegelse av kapital.⁹²

⁹⁰ Direktiv 2019/944/EU fortalen særlig punkt 2 og 9, og COM(2016) 864 s. 3–4 og 8–9.

⁹¹ CEER (2019a) s. 31.

⁹² Joined Cases C-105/12 to C-107/12 *Netherland v. Essent NV and others*.

3 Integrert foretak

3.1 Generelt

Kravene om selskapsmessig og funksjonelt skille etter energiloven §§ 4-6 og 4-7 retter seg kun mot nettforetak som er en del av et «integrert foretak».⁹³ Energiloven har følgende legaldefinisjon av hva som er et integrert foretak:

*Foretak eller en gruppe av foretak som driver overføring, omforming eller fordeling av elektrisk energi (nettvirksomhet) i tillegg til annen virksomhet. En gruppe av foretak omfattes dersom en fysisk eller juridisk person kan utøve direkte eller indirekte kontroll med foretak i gruppen.*⁹⁴

Avgjørende for å falle inn under definisjonen, er dermed at det drives nettvirksomhet i tillegg til annen virksomhet, enten innenfor samme foretak eller gruppe av foretak. Det er denne konstruksjonen som vil utgjøre et integrert foretak, og underlegges kravene om adskillelse. At et foretak driver nettvirksomhet i tillegg til annen virksomhet, innebærer at begge virksomhetsformene skjer innenfor samme selskap eller lignende organisasjonsform.⁹⁵ Avgjørende for at en gruppe av foretak omfattes, er at samme person kan utøve samtidig kontroll over foretak innenfor begge virksomhetsformer. Her vil også eventuell tilknyttet virksomhet fra andre EØS-land tas med i betraktning.⁹⁶

Det må nevnes at hva som er et integrert foretak etter energiloven, favner videre enn eldirektivets definisjon av «vertikalt integrert foretak».⁹⁷ Denne omfatter kun foretak eller grupper av foretak som driver «transmi-

⁹³ Henholdsvis energiloven §§ 4-6 første ledd første setning og 4-7 første og annet ledd.

⁹⁴ Energiloven § 1-3 tredje ledd.

⁹⁵ Hensikten bak å bruke betegnelsen «foretak» er å ramme alle aktuelle organisasjonsformer, jf. Prop. 35 L (2015–2016) s. 40.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 25.

⁹⁷ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 1.

sjon eller distribusjon» i tillegg til «produksjon eller forsyning av elektrisk kraft». ⁹⁸ *Forsyning av elektrisk kraft* må forstås som salg av elektrisk kraft til kunder, altså omsetningsvirksomhet. ⁹⁹ Den rettslige konstruksjonen som rammes av kravene om selskapsmessig- og funksjonelt skille etter EØS-retten er dermed snevrere enn den som rammes etter nasjonal rett. Forut for lovendringene som trådte i kraft 1. januar 2021, begrenset også den norske legaldefinisjonen av den gang *vertikalt integrert virksomhet*, seg kun til produksjon og omsetning av elektrisk energi, i tillegg til nettvirksomhet. ¹⁰⁰ Formålet med utvidelsen av energilovens definisjon var å tilrettelegge for tilsvarende utvidelse av det selskapsmessige og funksjonelle skillet. ¹⁰¹

For en stor del av tilfellene vil vurderingen av om et foretak eller en gruppe av foretak skal anses som et *integrert foretak* etter energiloven trolig volde liten tvil. Om samme selskap eller konsern tilbyr netjtjenester, i tillegg til andre kommersielle varer eller tjenester, vil det være snakk om et integrert foretak etter energiloven. Enkelte tvilstilfeller kan likevel oppstå. For det første kan hva som er en *gruppe av foretak* under tiden volde tvil. Det avgjørende er at samme person har samtidig kontroll over nettvirksomhet og annen virksomhet. I punkt 3.2. vil jeg se nærmere på kontrollbegrepet. Videre kan tvilstilfeller oppstå dersom det er usikkert om det faktisk drives annen virksomhet i tillegg til nettvirksomhet. I punkt 3.3 vil jeg se nærmere på hva som er «annen virksomhet», og i punkt 3.4 vil jeg se på noen særskilte spørsmål som oppstår ved såkalte nettkonsern.

3.2 Kontrollbegrepet

For at en *gruppe av foretak* skal regnes som et integrert foretak etter energiloven, er det avgjørende at samme fysiske eller juridiske person

⁹⁸ Direktiv 2009/72/EF artikkel 2 nr. 21.

⁹⁹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 2 nr. 19.

¹⁰⁰ Endringslov 2006 § 1-3 tredje ledd.

¹⁰¹ Prop. 35 L (2015–2016) s. 19.

har «direkte eller indirekte kontroll med foretak i gruppen».¹⁰² Samme person må dermed ha *samtidig kontroll* over både foretak som driver nettvirksomhet og foretak som driver annen virksomhet. At kontrollen kan være både «direkte eller indirekte», innebærer at kontroll kan foreligge mellom flere ledd, for eksempel gjennom mormor-selskap.¹⁰³ Energiloven definerer selv hva det vil si å utøve kontroll:

Med kontroll i tredje ledd og §§ 4-6 og 4-7 forstås i denne lov: Rettigheter, avtaler eller andre midler som enkeltvis eller sammen, de faktiske eller juridiske forhold tatt i betraktning, gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet, særlig:

a) eiendomsrett eller bruksrett til et foretaks samlede aktiva eller deler av dem

*b) rettigheter eller avtaler som gir avgjørende innflytelse over et foretaks organer med hensyn til deres sammensetning, stemmegivning eller beslutninger.*¹⁰⁴

Legaldefinisjonen har likhetstrekk med aksjeselskapslovens definisjon av når et selskap anses for å være et morselskap, og dermed danne grunnlag for et konsern.¹⁰⁵ Energilovens definisjon favner likevel videre. For det første stiller ikke energiloven krav om at den kontrollerende må være et selskap. Mer sentralt er likevel at *grunnlaget* for kontroll etter energilovens definisjon er ubetydelig, jf. formuleringen «midler som enkeltvis eller sammen, de faktiske eller juridiske forhold tatt i betraktning, gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse», mens det etter aksjeloven kreves grunnlag i «avtale eller som eier».¹⁰⁶

Energilovens kontrolldefinisjon er identisk med fusjonsforordningen artikkel 3 nr. 2, noe som må ses i sammenheng med at også

¹⁰² Energiloven § 1-3 tredje ledd tredje setning.

¹⁰³ Prop. 35 L (2015–2016) s. 40.

¹⁰⁴ Energiloven § 1-3 sjette ledd.

¹⁰⁵ Aksjeloven § 1-3, som definerer et morselskap som et «aksjeselskap» som «på grunn av avtale eller som eier av aksjer eller selskapsandeler har bestemmende innflytelse over et annet selskap».

¹⁰⁶ Aksjeloven § 1-3 annet ledd første setning.

eldirektivet bruker denne definisjon.¹⁰⁷ Det følger klart av energilovens forarbeider, fortalen til eldirektivet og kommisjonens tolkningsnotat, at kontrollbegrepet i energiloven og eldirektivet, skal forstås likt som etter fusjonsforordningen.¹⁰⁸ Kontrollvurderingen etter fusjonsforordningen er sentral ved vurderingen av om et foretak skal underlegges myndighetenes fusjonskontroll. Det finnes derfor mye praksis, så vel som teori, om fusjonsforordningens kontrollbegrep. Kommisjonen har i tillegg kommet med flere såkalte *jurisdiksjonsmeddelelser*, hvor de oppsummerer gjeldende rett.¹⁰⁹ I det videre vil jeg kun konsentrere meg om noen hovedpoeng, og viser til *Materielle kontrollvurderinger i konkurranseretten* av Eirik Østerud for en mer dyptgående analyse.¹¹⁰

Avgjørende for at en person har *kontroll* over et foretak er at den har «mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet».¹¹¹ At det er snakk om en «mulighet» tydeliggjør at det ikke kreves at myndigheten rent faktisk blir utøvd. At innflytelsen er «avgjørende» stiller kvalitative krav til innflytelsen som kan utøves. Avgjørende etter rettspraksis er at man kan «impose choices on the other in relation to its strategic decisions».¹¹² I kommisjonens jurisdiksjonsmeddelelse blir godkjenning av budsjetter, forretningsplan, større investeringer og utpeking av ledelsen i selskapet nevnt som eksempler.¹¹³

Kontroll etter fusjonsforordningen kan være både positiv og negativ.¹¹⁴ *Positiv kontroll* foreligger om man har mulighet til å fremtvinge strategiske avgjørelser.¹¹⁵ *Negativ kontroll* foreligger om man har mulighet til

¹⁰⁷ Henholdsvis forordning 2004/139/EF artikkel 3 nr. 2 og direktiv 2009/72/EF artikkel 2 nr. 34.

¹⁰⁸ Henholdsvis Prop. 35 L (2015-2016) s. 40, direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 13 og Europakommisjonen (2010) s. 8.

¹⁰⁹ Den nyeste er publisert i Official Journal: OJ C 95/1 16. april 2008 [heretter Europakommisjonen (2008)]

¹¹⁰ Østerud (2016) særlig s. 33-80.

¹¹¹ Energiloven § 1-3 sjettede ledd.

¹¹² Case T-411/07 *Aer Lingus Group plc v. Comission* avsnitt 63.

¹¹³ Eksempelvis Europakommisjonen (2008) avsnitt 67.

¹¹⁴ Europakommisjonen (2008) avsnitt 54.

¹¹⁵ Europakommisjonen (2008) avsnitt 54.

å blokkere strategiske avgjørelser.¹¹⁶ Videre kan kontroll oppstå på både selvstendig grunnlag og i fellesskap. *Selvstendig kontroll* foreligger når én aktør alene har mulighet til å utøve positiv eller negativ kontroll over foretaket.¹¹⁷ *Felles kontroll* innebærer at flere aktører til sammen har mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over foretaket. Slik kontroll kjennetegnes typisk ved at flere aktører har anledning til å utøve negativ kontroll, slik at aktørene blir tvunget til å samarbeide om strategiske avgjørelser.¹¹⁸

Grunnlaget for kontroll er, som nevnt, etter energilovens definisjon ubetydelig. Det må gjøres en helhetsvurdering av om en aktør, enten på selvstendig grunnlag eller i fellesskap, har anledning til å utøve positiv eller negativ kontroll over det mulig kontrollerte foretaket. Om aktøren anses som et morselskap etter nasjonal rett, vil i utgangspunktet være uten betydning.¹¹⁹

Antagelig vil det mest praktiske grunnlaget for kontroll likevel være gjennom *ervert eller besittelse av selskapsandeler* i det underliggende selskapet. Om slik besittelse innebærer at vedkommende har kontroll vil bero på selskapsformen, vedtektene og øvrige sammensetning av eierne. I tilfeller hvor det er snakk om et aksjeselskap vil *selvstendig positiv kontroll* normalt oppnås gjennom besittelse av over halvparten av aksjene i selskapet. *Selvstendig negativ kontroll* vil normalt oppstå dersom man eier halvparten av aksjene, mens de andre aksjene er spredd.¹²⁰ *Felles kontroll* vil typisk foreligge om to foreldreselskap eier halvparten av aksjene hver.¹²¹ Aktørene vil da være tvunget til å samarbeide om strategisk viktige avgjørelser i det kontrollerte selskapet. Det er grunn til å påpeke at disse utgangspunktene vil kunne stille seg annerledes om selskapet har ulike aksjeklasser, eller en annen selskapsform. Minoritetsaksjeeiere vil også kunne oppnå kontroll – enten i fellesskap eller på

¹¹⁶ Europakommisjonen (2008) avsnitt 54.

¹¹⁷ Europakommisjonen (2008) avsnitt 54.

¹¹⁸ Europakommisjonen (2008) avsnitt 62.

¹¹⁹ Europakommisjonen (2008) avsnitt 22.

¹²⁰ Europakommisjonen (2008) avsnitt 58.

¹²¹ Europakommisjonen (2008) avsnitt 64.

selvstendig grunnlag – dersom de er gitt særskilte rettigheter, som går utover det alminnelige minoritetsvernet.¹²²

Kontroll kan videre oppnås gjennom *avtale*.¹²³ Mest praktisk er trolig aksjonæravtaler som gir partene mulighet til å utøve *felles kontroll* over det underliggende selskapet. For at en slik avtale skal konstituere kontroll må den være av langsiktig karakter, slik at den faktisk innebærer en strukturell endring i markedet.¹²⁴ Videre kan det også tenkes avtaler hvor andre enn aksjonærene selv gis anledning til å ta strategiske avgjørelser i det underliggende selskapet. Avgjørende i så fall er at avtalen fører til en «similar control of the management and the resources of the other undertaking as in the case of acquisition of shares or assets».¹²⁵

Energiloven nevner videre *eiendomsrett eller bruksrett til et foretaks samlede aktiva eller deler av dem*, som et aktuelt grunnlag for kontroll.¹²⁶ Formuleringen kan muligens synes noe misvisende i det den kan indikere at bruksrett til deler av foretakets aktiva ofte vil være grunnlag for kontroll. Det er likevel kun i tilfeller hvor slik eiendomsrett eller bruksrett også gir vedkommende mulighet til å ta *strategiske beslutninger*, at det kommer til anvendelse. Typisk vil slik kontroll foreligge dersom en annen aktør eier alle aktivaene i det underliggende foretaket.¹²⁷ Etter standard omsetningskonsesjon for nettselskap stilles det normalt krav om at nettselskapet selv skal «disponere verdiene tilknyttet egen nettvirksomhet».¹²⁸ Alternativet er derfor trolig lite aktuelt for nettselskapenes vedkommende. Problemstillingen kan likevel være aktuell dersom kontrollerende eier av et nettselskap også eier aktiva i et selskap som driver annen kommersiell virksomhet.

Til slutt kan kontroll oppstå på *faktisk grunnlag*. Trolig er det her energilovens kontrolldefinisjon skiller seg klart fra aksjelovens defini-

¹²² Europakommisjonen (2008) avsnitt 57 og avsnitt 65 flg.

¹²³ Energiloven § 1-3 sjetten ledd bokstav b.

¹²⁴ Europakommisjonen (2008) avsnitt 18.

¹²⁵ Europakommisjonen (2008) avsnitt 18.

¹²⁶ Energiloven § 1-3 sjetten ledd bokstav a.

¹²⁷ Østerud (2016) s. 46.

¹²⁸ Standard omsetningskonsesjon punkt 3.1.

sjon av når man har bestemmende innflytelse.¹²⁹ For eksempel nevner jurisdiksjonsmeddelelsen at økonomisk avhengighet i særskilte tilfeller kan føre til at en aktør oppnår kontroll over et selskap.¹³⁰ Videre kan en minoritetsaksjeeier anses for å ha *faktisk selvstendig positiv kontroll*, om det på grunn av stor spredning av øvrige aksjeeierne er høyst sannsynlig at denne får gjennomslag for sitt synspunkt.¹³¹ Til slutt kan et særlig avhengighetsforhold mellom flere minoritetsaksjeeiere i spesielle tilfeller føre til *faktisk felles kontroll*.¹³²

Etter dette kan det konkluderes med at kontroll etter fusjonsforordningen, og dermed også energiloven, kan oppstå på flere grunnlag. Avgjørende er at samme aktør har anledning til å påtvinge strategiske avgjørelser overfor både et foretak som driver nettvirksomhet, og et foretak som driver annen virksomhet. På energisektorens område vil trolig kontroll gjennom aksjeerverv være den mest praktiske og aktuelle formen for kontroll. Energikonsernene er ofte organisert slik at morselskapet eier *alle* aksjene i det underliggende nettselskapet og selskap med konkurranseutsatt virksomhet. Ofte vil det derfor være lett å konstatere et kontrollforhold som gjør at gruppen av foretak må anses som et integrert foretak. Likevel kan man ikke se bort ifra at det vil kunne oppstå tvilstilfeller. Reglene om selskapsmessig og funksjonelt skille legger organisatoriske restriksjoner på *hele* det integrerte foretaket.¹³³ Det vil derfor være sentralt å fastslå det integrerte foretakets faktiske rekkevidde og omfang.

3.3 Hva er «annen virksomhet»

For å anses som et integrert foretak, må det drives «annen virksomhet» i tillegg til nettvirksomhet.¹³⁴ Begrepet annen virksomhet er i seg selv

¹²⁹ Sammenlign aksjeloven § 1-3 annet ledd.

¹³⁰ Europakommisjonen (2008) avsnitt 20.

¹³¹ Europakommisjonen (2008) avsnitt 59.

¹³² Europakommisjonen (2008) avsnitt 76-80.

¹³³ Se kapittel 4 og 5.

¹³⁴ Energiloven § 1-3 tredje ledd annen setning.

vidt. Henvisningen til «annen» gjør det klart at det må avgrenses mot nettvirksomhet.¹³⁵ I dagligtalen blir begrepet «virksomhet» brukt både for å beskrive det å utføre visse arbeidsoppgaver eller aktiviteter, og for å beskrive det å drive salg eller forretning. Forarbeidene gjør det klart at sistnevnte forståelse skal legges til grunn. Det fremgår at annen virksomhet er ment å omfatte «levering av varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører».¹³⁶

At leveransen skjer i *konkurranse* innebærer at alle virksomhetsformer som ikke er monopolisert, omfattes. Som konkrete eksempler nevner forarbeidene produksjon og omsetning av elektrisk energi, fjernvarme, gassdistribusjon, bredbånd og konsulenttjenester.¹³⁷ Her er det likevel i stor grad kun fantasien som setter grenser. I tillegg vil entreprenør-tjenester, IT-tjenester og økonomitjenester inngå. Store deler av de nye virksomhetsområdene som er kommet de siste årene, er også konkurranseutsatt. I dag er det for eksempel klart at flere aktører har adgang til å etablere offentlige ladestasjoner, og tilby tjenester fra disse.¹³⁸ Om nettvirksomheten er organisert sammen med slik virksomhet, vil den inngå i et integrert foretak.

Videre er det sentralt at virksomhetsbegrepet knytter seg til det å *levere* noe i konkurranse med andre aktører. Man må dermed avgrense mot intern aktivitet, som ikke resulterer i kommersiell virksomhet. Et nettforetak vil kunne utføre arbeidsoppgaver som også andre markedsaktører utfører, uten å anses for å drive annen virksomhet. For eksempel vil nettforetaket kunne ha konsulenter, IT-teknikere og bredbånd internt. Så lenge nettselskapet ikke tilbyr kapasiteten ut på markedet driver den ikke annen virksomhet. Avgrensningen er naturlig da nettforetaket klart har anledning til å drifte nettvirksomheten.

¹³⁵ Grensen mellom «nettvirksomhet» og «annen virksomhet» vil bli nærmere drøftet i kapittel 5.

¹³⁶ Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

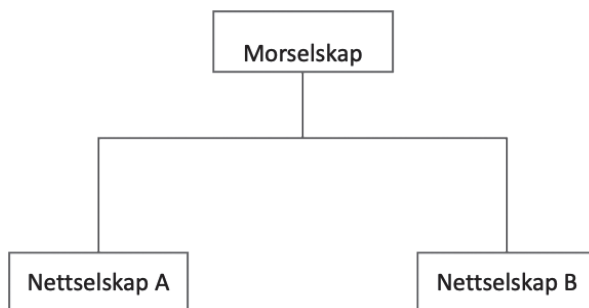
¹³⁷ Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

¹³⁸ I Europa har det vært en diskusjon om etablering av offentlige ladestasjoner er en nettoppgave eller en oppgave for markedsaktører, se blant annet Meeus (2018) s. 141-149. I Norge må det derimot være klart at flere aktører har adgang til å tilby slike tjenester, sammenlign Lov 19. juni 2020 nr. 95 om infrastruktur for alternativt drivstoff § 1 første ledd annen setning.

Det må nevnes at det ut fra effektivitetshensyn kan være uheldig at nettforetaket bygger opp egen kapasitet, fremfor å la andre markedsaktører utføre arbeidet.¹³⁹ Til en viss grad vil det kunne svekke markedet for slike tjenester. Det vil likevel være opp til inntektsrammereguleringen å sørge for insentiver for at nettvirksomheten velger den mest kostnadseffektive løsningen.¹⁴⁰ Så lenge nettselskapet ikke tilbyr kapasiteten ut på markedet vil den ikke anses for å drive annen virksomhet.¹⁴¹

3.4 Særlig om nettkonsern

I praksis har det vært noe diskusjon om såkalte *nettkonsern* omfattes av adskillelseskravene. Et nettkonsern kjennetegnes ved at flere nettselskap er organisert i samme konsern (eller gruppe av foretak) og hvor kontrollerende eier, verken direkte eller indirekte, selv driver eller har kontroll over foretak som driver annen kommersiell virksomhet. Eksempelvis kan det illustreres slik:



Så langt har vi bare ett nettkonsern i Norge, og det er Tensio-konsernet. Konsernet består av Tensio TS AS og Tensio TN AS, som er heleide datterselskap av Tensio AS.¹⁴² Begge datterselskapene driver i utgangspunktet

¹³⁹ Sammenlign OED (2014) s. 51.

¹⁴⁰ Kontrollforskriften § 7-2 tredje ledd.

¹⁴¹ NEM-forskriften § 4-16 forbyr likevel nettselskapet å bygge opp egen kapasitet for visse formål. Forbudet vil bli nærmere behandlet i punkt 7.3.2.

¹⁴² Aksjonærregisteret Tensio TN AS (2020) og aksjonærregisteret Tensio TS AS (2020).

kun nettvirksomhet.¹⁴³ Tensio AS er igjen eid av Nord-Trøndelag elektrisitetsselskap AS, TrønderEnergi AS og Kommunal Landspensjonskasse gjensidig forsikringsselskap, med en eierprosent på henholdsvis 40, 40 og 20.¹⁴⁴ Jeg legger til grunn at dette innebærer at ingen av eierne har kontroll over Tensio AS. Likevel er det grunn til å presisere at det vil bero på en konkret vurdering.¹⁴⁵ Om det konstateres at et av mormor-selskapene har kontroll, vil ikke Tensio være et nettkonsern slik jeg har definert det.

For at et konsern skal anses som et integrert foretak, kreves det at minst ett av foretakene driver «annen virksomhet» i tillegg til nettvirksomhet.¹⁴⁶ Annen virksomhet blir, som nevnt, definert som «levering av varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører».¹⁴⁷ Når konsernet består av to nettforetak, som kun driver nettvirksomhet, og et morselskap som ikke driver kommersiell virksomhet, vil konsernet i utgangspunktet klart falle utenfor definisjonen. Konsernet vil heller ikke rammes av adskillelseskravene.

Særlige spørsmål oppstår dersom det ene nettforetaket, eller morselskapet, leverer tjenester, som ikke er netjtjenester, til det andre nettforetaket. Praktiske eksempler kan være at nettforetak A leverer rådgivning, bistår med montører eller andre ressurser det har tilgjengelig til søsterselskapet, nettselskap B. I det videre vil jeg vurdere om slike konserninterne tjenester i et nettkonsern, kan anses som «annen virksomhet». I så fall vil et nettkonsern, dersom det leverer varer eller tjenester til hverandre, måtte anses for å være et «integrert foretak» etter energiloven.

Nettforetak A vil i en slik situasjon levere en tjeneste som *potensielt* kunne vært levert av en annen markedsaktør. Ut fra det kan man argumentere for at nettselskap A også leverer en tjeneste i *konkurranse* med andre aktører. Samtidig er det en grunnleggende forutsetning for drøftelsen at nettselskap A *kun* leverer tjenester internt i konsernet. Det må fremheves at «annen virksomhet» kun knytter seg til det å drive

¹⁴³ Brønnøysundregistrene Tensio TN AS (hentet 2021) og brønnøysundregistrene Tensio TS AS (hentet 2021).

¹⁴⁴ Aksjonærregisteret Tensio AS (2020).

¹⁴⁵ Se drøftelsen av kontrollbegrepet i punkt 3.2.2.

¹⁴⁶ Energiloven § 1-3 tredje ledd.

¹⁴⁷ Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

kommersiell virksomhet.¹⁴⁸ Begrepet omfatter ikke det å utføre visse arbeidsoppgaver som *potensielt* kunne vært utført av andre markedsaktører. I større grad kan slike konserninterne tjenester derfor sammenlignes med intern aktivitet i et selvstendig nettforetak.

Energilovens forarbeider er tause når det kommer til spørsmålet om konserninterne tjenester i et nettkonsern skal anses som «annen virksomhet» etter energiloven. Antagelig må det ses i sammenheng med at disse ble utarbeidet *før* vi hadde nettkonsern i Norge.

I forskriftsforarbeider fra 2020 uttaler imidlertid RME at «§ 4-6 er utformet slik at man ikke fritt kan dele på ressurser i et *nettkonsern*, for eksempel ved at nettselskapene i konsernet utfører tjenester for hverandre» (min kursivering).¹⁴⁹ Uttalelsen bygger på en forutsetning om at nettkonsern i utgangspunktet omfattes av energilovens definisjon av integrert foretak; det er kun disse som omfattes av regelen i energiloven § 4-6. *Hvorfor* blir ikke nærmere begrunnet. Likevel er det nærliggende å tolke at RME mener nettforetakene vil drive «annen virksomhet» dersom de leverer tjenester til hverandre. Uttalelsen trekker i retning av at konserninterne tjenester i et nettkonsern skal anses som «annen virksomhet» etter energiloven. RMEs oppfatning av regelverket i energiloven har likevel begrenset rettskildemessig vekt, noe som forsterkes av at uttalelsen ikke blir begrunnet.

Etter min oppfatning er det vanskelig å se at lovgivers mening har vært at nettkonsern skal omfattes. Nettkonsern synes i utgangspunktet klart å falle utenfor definisjonen av integrert foretak. Det fremstår da som paradoksalt om konsernet vil omfattes, alene fordi det blir levert varer eller tjenester til hverandre internt. Videre er det vanskelig å se at hensynene bak regelverket gjør seg gjeldende i særlig grad. Ettersom selskapene kun driver monopolvirksomhet, og ikke ellers opptrer på et konkurranseutsatt marked, vil ikke nøytralitetsbetraktninger gjøre seg gjeldende.¹⁵⁰ Det vil kunne oppstå en risiko for krysssubsidierting. Det spesielle er likevel at en eventuell subsidierting ikke vil medføre at

¹⁴⁸ Punkt 3.2.

¹⁴⁹ RME rapport nr. 1/2020 s. 34.

¹⁵⁰ Sammenlign punkt 2.3.

nettkundene indirekte finansierer konkurranseutsatt virksomhet, men at de finansierer et annet nettforetak, som også driver monopolvirksomhet. I prinsippet forbyr kontrollforskriften § 2-8 kun krysssubsidiering til fordel for «konkurranseutsatt virksomhet».¹⁵¹ Dessuten kan det vises til at både den som yter tjenesten og den som mottar tjenesten, vil være underlagt inntektsrammeregulering som skal gi insentiver til å sørge for riktige priser. Risikoen for krysssubsidiering er antagelig liten.

Inntrykket av forarbeidene ellers synes å være at det er viktig å realisere stordriftsfordeler mellom nettoperatorene.¹⁵² Fusjoner kan imidlertid være vanskelige og kostbare å reversere. Organisering som nettkonsern kan være et naturlig skritt på veien til senere fusjon. Energilovens formål om å sikre en samfunnsmessig rasjonell kraftforsyning taler etter min oppfatning for at nettkonsern ikke skal omfattes, selv om de leverer varer eller tjenester til hverandre internt.¹⁵³

Det kan likevel hende at nettkonsern *burde* omfattes av reglene, men da krever det etter min oppfatning en klarere lovhjemmel. Om nettkonsern skal anses som et integrert foretak, dersom de leverer varer og tjenester til hverandre, bør være et lovgiverspørsmål. Min konklusjon er at nettkonsern ikke vil anses som et integrert foretak, selv om nettselskapene leverer varer eller tjenester til hverandre.

¹⁵¹ Kontrollforskriften § 2-8 første ledd første setning.

¹⁵² Østerud (2016) s. 34.

¹⁵³ Energiloven § 1-2.

4 Selskapsmessig skille

4.1 Innledning

Energiloven § 4-6 om *selskapsmessig skille* stiller krav til det integrerte foretakets struktur og eierforhold. For det første skal «nettvirksomhet være organisert som en egen selvstendig juridisk enhet, adskilt fra annen virksomhet». ¹⁵⁴ Videre skal nettforetaket ikke ha «direkte eller indirekte kontroll over foretak som driver annen virksomhet». ¹⁵⁵ Til slutt skal ikke foretak som «driver produksjon eller omsetning av elektrisk energi eller konsesjonspliktig fjernvarmevirksomhet» ha «direkte eller indirekte kontroll» over nettforetak. ¹⁵⁶

Reguleringen legger begrensninger på den alminnelige selskapsrettlige organisasjonsfriheten. Formålet er å skape klarere skille mellom monopolvirksomheten og den konkurranseutsatte virksomheten. ¹⁵⁷ Dette antas å styrke nettkonsesjonærenes nøytralitet og redusere faren for kryssubsidiering. ¹⁵⁸ Fra og med 1. januar 2021 vil reguleringen i energiloven § 4-6 gjelde for alle nettkonsesjonærer som er en del av et integrert foretak og underlagt inntektsrammeregulering. ¹⁵⁹ Etter bestemmelsens tredje ledd kan departementet gi dispensasjon fra hele eller deler av kravet om selskapsmessig skille. Uttalelser i forarbeidene tyder imidlertid på at terskelen er høy. ¹⁶⁰

I dette kapitlet vil jeg se nærmere på det selskapsmessige skillet i energiloven § 4-6. Det er grunn til å påpeke at det selskapsmessige skillet etter nasjonal rett skiller seg fra det selskapsmessige skillet slik det fremgår av eldirektivet. Her kreves det kun at DSO-en er uavhengig

¹⁵⁴ Energiloven § 4-6 første ledd første setning.

¹⁵⁵ Energiloven § 4-6 første ledd annen setning.

¹⁵⁶ Energiloven § 4-6 første ledd tredje setning.

¹⁵⁷ Prop. 35 L (2015-1016) s. 23 og Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 21-22.

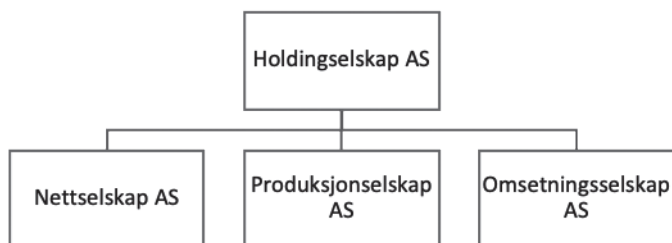
¹⁵⁸ Prop. 35 L (2015-1016) s. 5.

¹⁵⁹ NEM § 4-19, jf. Energiloven § 4-6.

¹⁶⁰ Kommer frem at dispensasjon vil bli vurdert om det er «nødvendig av særskilte årsaker», jf Prop. 35 L (2015-2016) s. 43.

«med hensyn til juridisk form», noe som innebærer at den skal skilles ut i egen juridisk enhet.¹⁶¹ Direktivet oppstiller ikke nærmere krav til det vertikalt integrerte foretakets struktur. Likevel blir det antatt at det *funksjonelle skillet* vil være til hinder for at DSO-en har kontroll over produksjons- og omsetningsvirksomhet.¹⁶²

At Norge stiller strengere krav til den eksplisitte strukturen i det integrerte foretaket, må ses i sammenheng med konsesjonspraksisen som lå til grunn forut for vedtakelsen av energiloven § 4-6. Fra midten av 1990-tallet har NVE gjennom konsesjonstildeling stilt krav om selskapsmessig skille etter den såkalte *konsernmodellen*.¹⁶³ Konsernmodellen tillater nettvirksomheten å være organisert under samme holdingselskap som produksjons- eller omsetningsvirksomhet. Samtidig innebærer det et krav om at produksjons- eller omsetningsvirksomhet ikke kan eie nettselskapet, og at nettselskapet ikke kan eie produksjons- eller omsetningsvirksomhet.¹⁶⁴ Konsernmodellen kan illustreres slik:



¹⁶¹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 1 første setning, jf. Europakommisjonen (2010) s. 22-23.

¹⁶² Eldirektivet stiller krav om at det må «treffes egnede tiltak for å sikre at de yrkesmessige interessene til personer som har ledelsesansvar for operatøren av distribusjonsnettet, tas hensyn til på en måte som sikrer at de er i stand til å opptre uavhengig», jf. direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav b. I forarbeidene blir det forutsatt at kravet er til hinder for at DSO-en kontrollerer produksjons- og omsetningsvirksomhet, jf. Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 28. Se også argumentasjonen i Aarseth (2005) s. 112-113, sammenlign også vedtak fra den tyske reguleringsmyndigheten, jf. Bundesnetzagentur (2020) s. 17-18. Eldirektivets krav vil bli nærmere behandlet i punkt 5.4.4.

¹⁶³ Naas-Bibow (2011) s. 105 og Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 19, jf. Ot.prp. nr. 56 (2000-2001) s. 25.

¹⁶⁴ Les mer om konsernmodellen og praksisen som danner grunnlaget for den i Naas-Bibow (2011) s. 105-117, Hammer (2002) s. 744-747 og Støle (2001).

Ved gjennomføringen av det selskapsmessige skillet i energiloven i 2006 ønsket man å videreføre ordningen.¹⁶⁵ Det selskapsmessige skillet etter nasjonal rett må derfor tolkes i lys av tidligere konsesjonspraksis.

I det videre vil jeg først, i punkt 4.2, se på hva det innebærer at nettvirksomheten skal utgjøre en egen juridisk enhet. Deretter vil jeg, i punkt 4.3, behandle restriksjonene som gjelder hvem et nettselskap kan ha kontroll over. Til slutt vil jeg, i punkt 4.4, behandle restriksjonene som gjelder hvem som kan ha kontroll over et nettselskap.

Kontrollbegrepet i seg selv ble drøftet i punkt 3.2, og jeg kommer ikke til å behandle dette nærmere her. Jeg nøyer meg med å nevne at den mest praktiske formen for kontroll på kraftsektorens område, er at man eier over halvparten av de stemmeberettigede aksjene i et aksjeselskap og dermed utgjør selskapets morselskap.¹⁶⁶

4.2 Nettvirksomheten som egen juridisk enhet

Energiloven § 4-6 første ledd første setning stiller krav om at i «et integrert foretak skal nettvirksomhet være organisert som en egen selvstendig juridisk enhet, adskilt fra annen virksomhet».¹⁶⁷ Kravet innebærer at nettvirksomheten skal holdes selskapsmessig adskilt fra all virksomhet som leverer varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører.¹⁶⁸ I praksis må nettvirksomhet rendyrkes i en egen juridisk enhet.

Også eldirektivet stiller krav om at en DSO skal holdes selskapsmessig adskilt fra «annen virksomhet som ikke er knyttet til distribusjon».¹⁶⁹ Ordlyden samsvarer i stor grad med ordlyden i energiloven § 4-6. Likevel blir det forutsatt at det selskapsmessige skillet etter eldirektivet kun retter seg mot aktiviteter som i utgangspunktet omfattes av definisjonen av «vertikalt integrert foretak», nemlig produksjons-, omsetnings- og trans-

¹⁶⁵ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 29.

¹⁶⁶ Aksjeloven § 1-3 annet ledd.

¹⁶⁷ Energiloven § 4-6 første ledd første setning.

¹⁶⁸ Punkt 3.3.

¹⁶⁹ Direktiv 2019/72/EF artikkel 26 nr. 1 første setning.

misjonsvirksomhet.¹⁷⁰ Adskillelseskravene etter energiloven forutsettes dermed å gå lengre.

I det videre vil jeg først se på kravet om at nettvirksomheten skal være en «egen selvstendig juridisk enhet». Deretter vil jeg se på hva det vil si at «nettvirksomheten» skal være «organisert» i denne enheten. Spørsmålet om *hva* et nettforetak *kan* holde på med, etter de nye adskillelseskravenes ikrafttreden, vil bli nærmere behandlet i kapittel 7.

At nettvirksomheten må utgjøre en «egen selvstendig juridisk enhet» er det naturlig å forstå som at nettvirksomheten må utgjøre et eget selvstendig rettssubjekt, som selvstendig kan tilordnes rettigheter, plikter og kompetanser.¹⁷¹ Det avgjørende etter energilovens forarbeider er at virksomheten organiseres som «selvstendige rettssubjekter atskilt fra bakenforliggende eiere».¹⁷² De fleste foretaksformer etter norsk rett oppfyller kravet.¹⁷³ Foretaksformer som er opprettet etter kommuneloven tilfredsstiller likevel ikke kravet, da de ikke er et eget rettssubjekt atskilt fra kommunen eller fylkeskommunen.¹⁷⁴

Utover at den juridiske enheten må utgjøre et selvstendig rettssubjekt, oppstilles det ikke nærmere krav til den juridiske enhetens karakter. Man vil derfor i utgangspunktet stå fritt til å bestemme den rettslige formen til nettforetaket. I forarbeidene til energiloven, samt i EU-kommisjonens tolkningsnotat, blir det likevel presisert at den rettslige formen må være forenlig med kravene som stilles til funksjonelt skille, og som vil bli

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 21, CEER (2019b) s. 34, Jones (2020) s. 222, se også argumentasjonen i Aarseth (2003) s. 76-80. For å støtte opp om dette kan det vises til at eldirektivet har en legaldefinisjon av «horisontalt integrert foretak» som omfatter foretak som driver nett-, produksjons- eller omsetningsvirksomhet i tillegg til «virksomhet som ikke omfatter elektrisk kraft», uten at eldirektivets adskillelseskrav omfatter slike foretak, jf. direktiv 2009/72/EF henholdsvis artikkel 2 nr. 23 og artikkel 26 nr. 1 første setning, jf. artikkel 2 nr. 21.

¹⁷¹ Woxholth (2018) s. 85.

¹⁷² Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 31.

¹⁷³ Forarbeidene nevner eksplisitt «aksjeselskap, statsforetak, ansvarlig selskap etter selskapsloven, IKS etter lov om interkommunale selskap eller samvirkeforetak» som eksempler på foretaksformer som oppfyller kravet, jf. Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 31.

¹⁷⁴ Lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) § 9-1 annet ledd, jf. Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 31.

behandlet i kapittel 5.¹⁷⁵ Tvilstilfeller kan tenkes å oppstå om preseptorisk lovgivning av den aktuelle selskapsformen gir regler i strid med det funksjonelle skillet. Likevel er det vanskelig å se at problemstillingen er særlig praktisk. Normalt har aksjeselskapsformen blitt brukt.¹⁷⁶

Spørsmålet er så hva det vil si at «nettvirksomheten» skal være «organisert» i en egen juridisk enhet. En alminnelig ordlydsfortolkning tilsier at *hele* nettvirksomheten må plasseres innenfor denne enheten. Av forarbeidene fremgår det at man ønsket å videreføre tidligere konsesjonspraksis, hvor det normalt ble stilt krav om at nødvendig aktiva og driftsansvar ble overført til nettselskapet.¹⁷⁷ Formålet er å sikre at den som har konsesjon for å drive nettvirksomhet også i realiteten er den som tar ansvaret.¹⁷⁸ Videre skal kravet sikre at det selskapsmessige skillet er *reelt*.¹⁷⁹

Det innebærer at ressurser som er nødvendige for å drive nettvirksomheten, må legges til den juridiske enheten nettforetaket utgjør. Hva som er nødvendige ressurser vil måtte bero på en konkret vurdering. I forarbeidene fremgår det at «nettvirksomheten organisatorisk og beslutningsmessig skal inneha reell kontroll over alle beføyelser i forhold til nettvirksomheten».¹⁸⁰ Etter standard omsetningskonsesjon skal nettselskapet «disponere verdiene tilknyttet egen nettvirksomhet, ha eget styre, egen ledelse og egne ansatte».¹⁸¹ Det må dermed være snakk om en selvstendig organisasjon, som selv disponerer over ressursene som *trengs* for å operere nettet.

Det er grunn til å være oppmerksom på at innholdet i det selskapsmessige skillet også på dette punkt går lengre enn hva eldirektivet krever. Her fremgår det eksplisitt at det selskapsmessige skillet ikke skal «innebære noen forpliktelse til å skille eierskap av eiendeler i operatøren av

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 31 og Europakommisjonen (2010) s. 23 og

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 20.

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 29.

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 19.

¹⁷⁹ Bakgrunnen for kravene er den såkalte Narvik-saken, omtalt i Naas-Bibow s. 115-116.

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 65.

¹⁸¹ Standard omsetningskonsesjon punkt 3.1.

distribusjonsnettet». ¹⁸² Det kreves dermed kun at operatørskapet skilles ut i en egen juridisk enhet. Reglene er ikke til hinder for at andre deler av det vertikalt integrerte foretaket eier ressurser som er nødvendige for å drifte nettet. ¹⁸³ Reglene om det *funksjonelle skillet* krever imidlertid at DSO-en har «reell rett til å treffe beslutninger» av hensyn til «eiendeler som er nødvendige for å drive, vedlikeholde eller utvikle nettet». ¹⁸⁴ Sistnevnte krav vil bli nærmere behandlet i kapittel 5, punkt 5.2.3.

4.3 Restriksjoner på hvem et nettforetak kan ha kontroll over

Energiloven § 4-6 første ledd annen setning forbyr nettforetak å ha «direkte eller indirekte kontroll over foretak som driver annen virksomhet». ¹⁸⁵ Tidligere rettet forbudet seg mot å «*ei*» virksomhet innen «produksjon eller omsetning av elektrisk energi». ¹⁸⁶ Hensikten bak lovendringen var å videreføre og styrke det tidligere forbudet, samt tydeliggjøre at det tidligere «*ei*»-begrepet knytter seg til det å ha *kontroll* over et selskap. ¹⁸⁷

Formålet bak å forbyr nettselskapene å ha kontroll over konkurranseutsatt virksomhet, er å styrke nettselskapenes nøytralitet ved å forhindre kommersielle interesser i konkurranseutsatt virksomhet. ¹⁸⁸ Samtidig er det grunn til å understreke at forbudet i energiloven § 4-6 kun forbyr nettselskapet å ha *kontroll*, og er for eksempel ikke til hinder for at

¹⁸² Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 1 annen setning.

¹⁸³ I utgangspunktet foreslo kommisjonen at DSO-en selv skulle ha «full control» over ressurser som er nødvendige for å vedlikeholde og utvikle nettet, jf. COM(2001) 125 s. 50. Noe som må forstås som at nødvendige ressurser måtte bli plassert hos den juridiske enheten nettvirksomhet utgjør, jf. Jones (2020) s. 233. Dagens regulering representerer et politisk kompromiss.

¹⁸⁴ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav c henholdsvis første og annen setning.

¹⁸⁵ Energiloven § 4-6 første ledd annen setning.

¹⁸⁶ Endringslov 2006 § 4-6 første ledd tredje setning.

¹⁸⁷ Prop. 35 L (2015-2016) s. 42. Den tidligere diskusjonen om hva som skal til for å «*ei*» er dermed lagt død, jf. Naas-Bibow (2011) s. 191.

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 28.

nettselskapet eier mindre selskapsandeler, som ikke gir kontroll.¹⁸⁹ I og for seg er det naturlig da reglene om selskapsmessig skille i utgangspunktet kun stiller strukturelle krav til den interne organiseringen av *integreerte foretak*. Problemstillingen knyttet til mindre selskapsandeler vil bli nærmere behandlet i kapittel 5, punkt 5.4.4.

Någjeldende forbud i energiloven § 4-6 innebærer at et nettselskap ikke kan ha kontroll over foretak som driver «annen virksomhet», altså som leverer varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører.¹⁹⁰ Det vil omfatte alt fra produksjonsvirksomhet, entreprenørvirksomhet og mer til.

Motsetningsvis er det naturlig å slutte at nettselskapet *kan* ha kontroll over foretak som *ikke* leverer varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører. For eksempel er det naturlig å anta at nettselskapet kan legge egne driftsfunksjoner ut i et underliggende datterselskap. Så lenge selskapet kun leverer tjenester til det overliggende nettselskapet, er det vanskelig å se at det driver «annen virksomhet».

Ut fra mine undersøkelser har jeg ikke funnet eksempler på at nettselskap som driver nettvirksomhet på distribusjonsnivå, har opprettet datterselskap som kun leverer tjenester til nettselskapet. Det kan likevel vises til at Statnett SF har åtte datterselskaper som helt eller delvis er relatert til nettvirksomheten. Eksempelvis selskapet *Statnett Forsikring AS* som er en «[s]kadeforsikringsvirksomhet i alle skadebransjer inkl. gruppeliv, både på direkte- og indirekte basis, *for Statnett*, samt virksomhet som naturlig henger sammen med forsikringsvirksomhet» (min kursivering).¹⁹¹ Når departementet skulle svare på om en slik organisering er i tråd med forbudet om at nettvirksomhet har kontroll over «annen virksomhet», ble det svart noe kryptisk:

Departementet legger samtidig til grunn at Statnett som eier av et transmisjonssystem er å anse som transmisjonssystemoperatør (TSO). Etter hovedmodellen i tredje elmarkedsdirektiv er det krav om eiermessig skille for TSO, og dette er strengere enn krav om selskapsmessig og funksjonelt skille. Departementet mener at Statnett i

¹⁸⁹ Punkt 3.2.

¹⁹⁰ Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

¹⁹¹ Brønnøysundregistrene Statnett Forsikring AS (hentet 2021).

dag oppfyller kravene i andre elmarkedsdirektiv. I medhold av lov om statsforetak vil departementet også kunne sikre at Statnetts organisering er i henhold til de gjeldende kravene i andre elmarkedsdirektiv. (min understrekning)¹⁹²

Departementet tar dermed ikke eksplisitt stilling til om regelen i energiloven § 4-6 første ledd første setning ville vært til hinder for slikt eierskap. De synes videre å forutsette at Statnett ikke omfattes av reglene om selskapsmessig skille, ettersom de er underlagt regler om eiermessig skille.¹⁹³ Her må det nevnes at verken energiloven § 4-6 eller legaldefinisjonen av et integrert foretak i energiloven § 1-3 tredje ledd, oppstiller kvalitative krav til nettvirksomheten som utøves. I det videre vil jeg ikke gå nærmere inn på dette, da oppgaven fokuserer på aktørene i distribusjonsnett. Uansett mener jeg at slikt eierskap vil være lovlig etter energiloven § 4-6, så lenge Statnett Forsikring AS *kun* leverer tjenester til Statnett, og ikke andre aktører på markedet.

I tilfeller hvor det eventuelle datterselskapet leverer tjenester til andre enn nettselskapet, må hovedregelen derimot være at foretaket anses for å drive «annen virksomhet» i energilovens forstand.

Særlige spørsmål oppstår om det aktuelle selskapet kun leverer tjenester som er direkte tilknyttet nettvirksomhet, men hvor selskapet leverer tjenester til flere nettselskap. Et aktuelt eksempel er driftsselskaper knyttet til AMS-målerne. Ved utrulling av AMS-målerne er det flere eksempler på at nettselskapene har satt ut driftsoppgaver til eksterne tjenesteleverandører.¹⁹⁴ Her kan det vises til Validér AS, som er eid av 21 energiselskap.¹⁹⁵ Ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er en slik organisering ønskelig. Ved at man samler oppgavene knyttet til AMS-målerne i ett selskap, oppnår man besparelser i form av at hvert enkelt nettselskap slipper å ha nødvendige ressurser og kompetanse internt.

I dag er det ingen av nettselskapene alene som har kontroll over Validér AS. Likevel er det interessant å drøfte om reglene *ville* vært til

¹⁹² Prop. 35 L (2015-2016) s. 24.

¹⁹³ Energiloven § 4-8.

¹⁹⁴ SINTEF Energi AS (2017) s. 23.

¹⁹⁵ Aksjonærregisteret Validér AS (2020).

hinder for det. Det kan også ha overføringsverdi til andre samarbeidsformer som er eller blir opprettet.

Det kan i utgangspunktet fremstå som tvilsomt om slike driftsselskap utøver noe annet enn nettopp nettvirksomhet. Validérs vedtektsfestende formål er: «Alene drift av ulike nødvendige IT- og datakommunikasjonsløsninger i forbindelse med at nettselskapene er pålagt å installere og drifte avanserte måle- og styringssystemer (AMS) innen fastsatt frist».¹⁹⁶ Samtidig definerer energilovens forarbeider «annen virksomhet» som «levering av varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører».¹⁹⁷ Det må i utgangspunktet være klart at slike driftsselskap leverer en tjeneste i konkurranse med andre aktører. Hvem som helst har i prinsippet anledning til å tilby slike tjenester.

I høringsrunden forut for vedtakelsen av de nye adskillelseskravene, ble det stilt spørsmål om Validér AS rammes av kontrollforbudet i energiloven § 4-6 første ledd annen setning.¹⁹⁸ Svaret i proposisjonen lød:

Med forbehold om at det enkelte tilfellet må vurderes konkret, vil departementet bemerke at enheter hvor ingen foretak har kontroll, ikke vil være omfattet av den foreslåtte definisjonen av 'integrert foretak'.¹⁹⁹

Departementet synes dermed å avvise problemstillingen under henvisning til at ingen av nettselskapene i dag alene har kontroll over det relevante driftsselskapet som tas opp. Om det skal tolkes som at departementet i utgangspunktet mener slike driftsselskap rammes av kontrollforbudet, er etter min mening usikkert. I større grad fremstår det som en unngåelse av spørsmålet.

Det er noe vanskelig å se ulempene ved at et nettselskap har kontroll over, eller en kommersiell interesse i, slike driftsselskap. Etter forsyningsforskriften – som nettselskapene er underlagt – gjøres det unntak fra anskaffelsesregelverket for anskaffelser fra fellesforetak «som er etablert

¹⁹⁶ Brønnøysundregistrene Validér AS (hentet 2021).

¹⁹⁷ Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

¹⁹⁸ TrønderEnergi (2015) s. 3.

¹⁹⁹ Prop. 35 L (2015-2016) s. 25.

for å utøve forsyningsaktivitet i minst tre år, og der oppdragsgiverne har angitt i stiftelsesdokumentet at de vil være en del av fellesforetaket i minimum den samme perioden». ²⁰⁰ Forsyningsaktivitet blir blant annet definert som «aktiviteter som har til formål» å «drive faste nettverk beregnet på å yte tjenester til offentligheten i forbindelse med [...] transport eller distribusjon av elektrisitet». ²⁰¹ Selskap som Validér AS oppfyller vilkårene. I Validérs vedtekter er det hertil fastslått at aksjer ikke kan skifte eier før det er gått minimum tre år fra aksjeervertet. ²⁰² Nettselskapene har dermed allerede en viss adgang til å «diskriminere» ved anskaffelser fra slike selskap. Nøytralitetsbetraktninger – som begrunner kontrollforbudet – gjør seg i mindre grad gjeldende. Det taler for at nettselskap bør kunne ha kontroll over slike driftsselskap.

Samfunnsøkonomisk er det klart ønskelig å etablere slike driftsselskap. Om målet er å oppnå effektiv konkurranse i markedet for slike selskap, vil det etter min vurdering kunne være kontraproduktivt å forby nettselskapene å ha kontroll over disse. Trolig er det få andre aktører som har interesse av å investere i slike driftsselskap – i hvert fall før de har oppnådd en viss størrelse. ²⁰³ Om et nettselskap er misfornøyd med foreliggende driftsselskap, vil det – med et forbud om å ha kontroll – være vanskelig å investere i et nytt selskap, uten først å få med seg minst to andre nettselskap. ²⁰⁴ Ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er det uheldig. Energilovens formål om å sikre en samfunnsmessig rasjonell kraftforsyning taler – etter min oppfatning – for en innskrenkende tolkning. ²⁰⁵

Så lenge nettselskapet ikke selv utøver aktiviteten er det vanskelig å se at det vil kunne oppstå spesielle målkonflikter, eller en høyere risiko for krysssubsidiert enn det som er tillatt etter dagens ordning. Muligens

²⁰⁰ Forskrift 12. august nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) § 3-6 annet ledd, jf. første ledd.

²⁰¹ Forsyningsforskriften § 1-4 første ledd bokstav a, jf. § 1-1 bokstav b.

²⁰² Validér AS vedtekter § 9 annet avsnitt.

²⁰³ Eksempelvis Embriqs oppkjøp av Smarthub AS, jf. Embriq (2019).

²⁰⁴ Se kontrolldrøftelsen i punkt 3.2.2.

²⁰⁵ Energiloven § 1-2.

vil det kreve at nettselskapet har en mer tilbakeholden rolle, slik at det ikke selv «driver» virksomheten, se neste punkt.

Konklusjonen er ikke nødvendigvis klar. Departementets uttalelse i forarbeidene er tvetydig, og kan forstås som at slike driftsselskap klart vil drive «annen virksomhet». Det er uheldig at forarbeidene er såpass uklare om et konkret spørsmål som blir tatt opp under høringsrunden, spesielt ved en såpass vid og upresis ordlyd. Selv mener jeg kontrollforbudet i energiloven § 4-6 må tolkes innskrenkende for foretak som – etter vilkårene i forsyningsforskriften § 3-6 – utelukkende er etablert for å utøve forsyningsaktivitet.

4.4 Restriksjoner på hvem som kan ha kontroll over et nettforetak

Etter energiloven § 4-6 første ledd tredje setning følger det at:

Foretak som driver produksjon eller omsetning av elektrisk energi eller konsesjonspliktig fjernvarmevirksomhet, skal ikke ha direkte eller indirekte kontroll over nettforetak.

Tilsvarende forbud oppstilles – som nevnt – ikke etter eldirektivet. Forbudet må ses i sammenheng med den ovenfornevnte *konsernmодellen*, utviklet gjennom konsesjonspraksis.²⁰⁶ Det ble normalt stilt krav om at produksjons- eller omsetningsvirksomhet ikke selv kan eie nettvirksomheten. Samtidig tillot man de ulike virksomhetsformene å være organisert under samme holdingselskap. Formålet var å unngå strukturerer hvor produksjons- og omsetningsvirksomhet i for stor grad kontrollerte nettvirksomhet.²⁰⁷ Kravet skulle dermed bidra til å sikre nettselskapets nøytralitet.

Den eneste utvidelsen, ved de nye adskillelseskravene, av energiloven § 4-6 første ledd tredje setning, var å inkludere «konsesjonspliktig

²⁰⁶ Punkt 4.1.

²⁰⁷ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 29.

fjernvarmevirksomhet».²⁰⁸ I hovedsak vil dette omfatte all omsetning fra fjernvarmeanlegg med ytelse over 10 MW (10 MJ/s).²⁰⁹ I motsetning til de øvrige delene av det selskapsmessige skillet, skjedde det altså ikke en utvidelse til «annen virksomhet». *Hvorfor* fremgår ikke klart av lovforarbeidene. Etter standard omsetningskonsesjon stilles det normalt krav om at «[m]orselskapet skal være et holdingselskap og virksomheten skal i hovedsak knytte seg til utøvelse av eierrollen».²¹⁰ Et slikt krav kan ikke utledes av dagens energilov § 4-6. Antagelig ligger begrunnelsen i at nøytralitetsbetraktninger gjør seg sterkest gjeldende overfor produksjons-, fjernvarme- og omsetningsvirksomhet.

Etter någjeldende energilov § 4-6 vil morselskapet kunne drive annen konkurranseutsatt virksomhet, som for eksempel entreprenørvirksomhet eller IT-virksomhet. Så lenge morselskapet ikke selv står for salg av elektrisitet, vil morselskapet kunne etablere virksomhet innen offentlige ladestasjoner. Om morselskapet driver annen virksomhet, vil det likevel få betydning for morselskapets adgang til å sitte i nettselskapets ledelse etter energiloven § 4-7 – som regulerer det *funksjonelle skillet* og som vil bli nærmere behandlet i kapittel 5.

Avgjørende etter energiloven § 4-6 første ledd tredje setning er at morselskapet ikke selv «driver» produksjons-, omsetnings- eller fjernvarmevirksomhet (vil heretter omtales som POF-virksomhet). En alminnelig ordlydsfortolkning av begrepet «driver» tilsier at man utfører eller har ansvar for slik virksomhet. Det vil klart ramme det foretaket som har konsesjon for å drive POF-virksomhet. Videre må det være klart at begrepet «driver» skal forstås snevrere enn energilovens kontrollbegrep.²¹¹ Det vil si at man kan ha kontroll over et foretak, uten at man av den grunn skal anses for å drive virksomheten i den. En annen forståelse ville i realiteten innført eiermessig skille, noe som klart ikke har vært hensikten.²¹²

²⁰⁸ Sammenlign endringslov 2006 § 4-6 første ledd tredje setning.

²⁰⁹ Energilovforskriften § 5-1, jf. energiloven § 5-1.

²¹⁰ Standard omsetningskonsesjon punkt 3.2 annen setning.

²¹¹ Punkt 3.2.

²¹² Sammenlign energiloven § 4-8.

Av den grunn er det dermed ikke sagt at kontrollerende eier av POF-virksomhet aldri kan anses for å drive virksomheten i underliggende datterselskap. Begrepet «driver» favner i seg selv vidt, og vil også kunne omfatte den som reelt tar beslutninger om driften. Spørsmålet i det videre er hva som skal til for at kontrollerende eier av POF-virksomhet, anses for å *drive* virksomheten etter energiloven § 4-6 første ledd tredje setning.

Tidligere krevde energiloven § 4-6 at innenfor en «vertikalt integrert virksomhet» skal *alle* virksomhetene «være organisert i selvstendige juridiske enheter». ²¹³ Etter forarbeidene fra 2006 innebar kravet at «konkurransutsatt virksomhet skal inneha [...] reell kontroll over alle beføyelser i forhold til slik virksomhet». ²¹⁴ En alminnelig forståelse tilser – i likhet med hva som er tilfellet for nettselskapet – at *hele* den konkurransutsatte virksomheten skal legges ut i en egen juridisk enhet. ²¹⁵

Den nevnte regelen ble ikke videreført til ny energilov § 4-6. Antagelig må det ses i sammenheng med at dagens regulering tillater morselskapet å drive annen konkurransutsatt virksomhet enn POF-virksomhet, mens det selskapsmessige skillet for øvrig retter seg mot all «annen virksomhet». Utover å inkludere konsesjonspliktig fjernvarmevirksomhet, skulle forbudet i någjeldende energilov § 4-6 første ledd tredje setning videreføre tidligere gjeldende rett. ²¹⁶ I tilfeller hvor deler av driften av POF-virksomheten ligger hos morselskapet, er det naturlig å anta at morselskapet må anses for å *drive* den etter energiloven § 4-7 første ledd tredje setning.

Det må samtidig nevnes at energiloven ikke oppstiller krav om *funksjonelt skille* i relasjon morselskap og POF-virksomhet, slik den gjør i relasjon morselskap og nettvirksomhet. ²¹⁷ Etter energiloven § 4-7 – som vil bli behandlet i kapittel 5 – kan ikke morselskapet gi instruksjer til nettselskapet «om den daglige driften». ²¹⁸ Tilsvarende forbud oppstilles

²¹³ Endringslov 2006 § 4-6 første ledd første og annen setning.

²¹⁴ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 61.

²¹⁵ Se punkt 4.2.

²¹⁶ Prop. 35 L (2015–2016) s. 42.

²¹⁷ Kapittel 5.

²¹⁸ Energiloven § 4-7 annet ledd.

ikke i forhold til underliggende POF-virksomhet. Ut fra systembetraktninger kan det da være naturlig å slutte at morselskapet står fritt til å instruere POF-virksomheten om den daglige driften, uten at det skal anses for å drive den.

På den annen side gir lite mening å kreve at hele driften av POF-virksomheten skal legges ut i en egen juridisk enhet, men fortsatt tillate morselskapet å instruere fritt om den daglige driften. Etter forarbeidene fra 2006 skal det ved vurderingen av eierskapet «legges vekt på at holdingselskaper o.l. er reelle».²¹⁹ Hva som skal til for at et holdingselskap eller lignende er *reelt*, kan være noe vanskelig å bedømme. Begrepet blir verken definert i energiloven eller selskapslovgivningen for øvrig. Ofte skal det mye til for at et morselskap identifiseres med virksomheten i datterselskapet.²²⁰ Her er det likevel snakk om tolkning av en konkret lovbestemmelse.²²¹ Standard omsetningskonsesjon synes å forutsette at virksomheten i et holdingselskap må i «hovedsak knytte seg til utøvelse av eierrollen».²²² Etter alminnelige selskapsrettslige utgangspunkter er det styret og daglig leder i det enkelte selskap som har ansvar for henholdsvis forvaltningen av selskapet og den daglige driften.²²³ I tilfeller hvor morselskapet involverer seg mer aktivt i forvaltningen av selskapet, må det være vanskelig å betegne holdingselskapet som *reelt*.

Hvor strenge krav som stilles, er imidlertid noe usikkert. Hensynene som begrunner konsernmodellen, og at morselskapet i et integrert foretak ikke selv kan drive POF-virksomhet, taler for at morselskapet *helt* må avstå fra å blande seg inn i forvaltningen av underliggende POF-virksomhet. Samtidig oppstilles det ikke et forbud mot å instruere POF-virksomheten om den daglige driften, slik det gjøres i relasjon til nettvirksomheten. I tilfeller hvor morselskapet involverer seg mer aktivt i

²¹⁹ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s 65

²²⁰ Andenæs (2016) s. 42–44.

²²¹ Sammenlign Rt-2010-306 (Hempel) særlig avsnitt 69.

²²² Standard omsetningskonsesjon punkt 3.2 annen setning. En slik forståelse har også støtte i dansk selskapsteori, hvor holdingselskap tradisjonelt bli definert som «et moderselskab, der alene har til formål at besidde aktier i andre selskaber for at beherske disse», jf. Andersen (1997) s. 280.

²²³ Henholdsvis aksjeloven §§ 6-12 og 6-14.

forvaltningen av POF-virksomheten må det likevel – etter min oppfatning – anses for å *drive* den etter energiloven § 4-6 tredje ledd første setning.

4.5 Oppsummering og refleksjoner

Etter dette stiller energiloven § 4-6 relativt strenge krav til den interne organiseringen av det som i energiloven betegnes som et integrert foretak. I EU-rettslig teori blir det ofte sagt at det først og fremst er det funksjonelle skillet som sikrer nettselskapets uavhengighet fra tilknyttet virksomhet, og at reglene om selskapsmessig skille er av mer formell karakter.²²⁴ Det selskapsmessige skillet etter nasjonal rett har likevel klart mer substans.

For det første vil kravet om at *hele* nettvirksomheten skal skilles ut i en egen juridisk enhet i seg selv bidra til å styrke nettselskapets uavhengighet. Tilknyttet virksomhets mulighet til å påvirke nettselskapet begrenses ved at nettselskapet selv skal eie og ha kontroll over aktiva som er nødvendig for å drifte og operere nettet. Den juridiske enheten nettselskapet utgjør må videre ha eget styre og egen ledelse, som vil være underlagt selskapsrettslige regler om funksjonsfordeling og myndighetsutøvelse.²²⁵ Ledelsen har en plikt til å påse at selskapet forvaltes og ledes i tråd med gjeldende regelverk, inkludert nettselskapets nøytralitetsplikt.²²⁶ Ledelsen vil videre være underlagt alminnelige selskapsrettslige habilitetsregler.²²⁷

At nettvirksomheten skal holdes selskapsmessig adskilt fra *all* annen kommersiell virksomhet, og heller ikke kan ha kontroll over annen kommersiell virksomhet, vil ytterligere bidra til å styrke nettselskapets nøytralitet, samt redusere faren for krysssubsidierting. Selskapsinteressen vil i større grad rendyrkes, noe som bidrar til å minske målkonflikter og insentiver for å tilgodese konkurranseutsatt virksomhet.²²⁸ I noen tilfeller synes regelverket å gå noe vel langt. Gode grunner taler etter min

²²⁴ Jones (2020) s. 225 og Aarseth (2005) s. 81.

²²⁵ Aksjeloven kapittel 5 og 6.

²²⁶ Sammenlign § 6-28 annet ledd.

²²⁷ Aksjeloven § 6-27.

²²⁸ Sammenlign Andenæs 2016 s. 344–346.

vurdering for at et nettselskap skal kunne ha kontroll over foretak som utelukkende er etablert for å drive forsyningsaktivitet. I andre tilfeller kan det spørres om regelverket bidrar *nok* til å fjerne insentivene. For eksempel er reguleringen i energiloven § 4-6 ikke i seg selv til hinder for at et nettselskap eier mindre selskapsandeler i tilknyttet produksjonsselskap.²²⁹

Nettselskapets uavhengighet blir videre styrket ved at den som har kontroll over et nettselskap, ikke selv kan drive produksjons-, omsetnings- eller fjernvarmevirksomhet. Som drøftet, innebærer forbudet at morselskapet må holde en viss distanse til den operative driften av slik virksomhet. Den som etter selskapsrettslige utgangspunkter har anledning til å instruere nettselskapet vil derfor, i større eller mindre grad, være en mer nøytral part enn utgangspunktet etter EØS-retten.

Det selskapsmessige skillet, og funksjonsfordelingen selskapslovgivningen legger opp til, blir likevel ikke ansett som tilstrekkelig for å sikre nettselskapets uavhengighet. At vi har regler om funksjonelt skille – som skal behandles straks nedenfor – er i seg selv et bevis på det. For eksempel hindrer ikke reglene om selskapsmessig skille, og konsernmodellen den legger opp til, at samme personer sitter i ledende stillinger i de ulike selskapene. I praksis ser man videre at konsern ofte blir drevet som en mer helhetlig organisasjon.²³⁰ De selskapsrettslige rammene vil i mange tilfeller ha en mer formell karakter.²³¹ Det vil normalt være en forventning om at ledere på ulike trinn skal identifisere seg med og ha sin lojalitet rettet mot konsernet.²³² For nettselskapets nøytralitet er det utfordrende.

²²⁹ Spørsmålet vil bli nærmere drøftet i punkt 5.4.4.

²³⁰ NOU 1996:6 s. 22, Andenæs (2016) s. 42 og Thorsen (1994) s. 27 flg.

²³¹ Se særlig Thorsen (1994) s. 40 flg.

²³² NOU 1996:6 s. 22.

5 Funksjonelt skille

5.1 Innledning

I tillegg til selskapsmessig skille stilles det krav om *funksjonelt skille* mellom nettselskapet og andre deler av det integrerte foretaket. Reglene har til formål å utfylle og gjøre det selskapsmessige skillet reelt.²³³ Hensikten er å etablere ytterligere sikkerhetsmekanismer som skal sikre nettfunksjonens uavhengighet og nøytralitet.²³⁴

I motsetning til hva som er tilfellet ved det selskapsmessig skillet, har reguleringen av det funksjonelle skillet først og fremst sin bakgrunn i eldirektivets krav, og ikke tidligere norsk konsesjonspraksis.²³⁵ Eldirektivet oppstiller et generelt krav om at DSO-er som er del av et «vertikalt integrert foretak» skal være «uavhengig med hensyn til organisering og beslutningstaking».²³⁶ Videre oppstilles det visse minimumskriterier som må oppfylles for å nå kravet.²³⁷

Energiloven inneholder ikke en tilsvarende generell regel om nettselskapets uavhengighet fra tilknyttet virksomhet. Den sentrale reguleringen er likevel å finne i energiloven § 4-7. Denne oppstiller for det første et krav om uavhengig ledelse i nettselskapet.²³⁸ Videre forbyr den kontrollerende eier å gi instruksjer til nettselskapet om den daglige driften, og om avgjørelser vedrørende utbygging og oppgradering av nettet.²³⁹ I dag gjelder reglene for alle nettselskap som er en del av et integrert foretak

²³³ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 39.

²³⁴ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 39.

²³⁵ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 35.

²³⁶ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2.

²³⁷ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav a til d.

²³⁸ Energiloven § 4-7 første ledd.

²³⁹ Energiloven § 4-7 annet ledd.

og har mer enn 10 000 nettkunder.²⁴⁰ Videre blir det funksjonelle skillet gjennomført i norsk rett gjennom ulike forskriftsbestemmelser.

I det videre vil jeg først ta utgangspunkt i det funksjonelle skillet slik det fremgår av energiloven § 4-7. Av fremstillingsmessige hensyn vil jeg først, i punkt. 5.2, se på instruksforbudet i energiloven § 4-7 annet ledd. Deretter vil jeg se på kravet om uavhengig ledelse i nettselskapet etter energiloven § 4-7 første ledd. Til slutt vil jeg, i punkt 5.4, se på andre krav som stilles til funksjonelt skille.

5.2 Instruksforbudet

5.2.1 Innledning

Energiloven § 4-7 annet ledd lyder:

Morselskap eller kontrollerende eier i det integrerte foretaket skal ikke gi instruksjer til nettforetak om den daglige driften eller om avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet. Dette er ikke til hinder for overordnet styring med nettforetakets økonomiske rammer.

Energilovens instruksforbud gjennomfører eldirektivets krav om at DSO-en skal ha «reell rett til å treffe beslutninger» av hensyn til «eindeler som er nødvendige for å drive, vedlikeholde eller utvikle nettet».²⁴¹ Herunder skal ikke morselskapet «gi instruksjer med hensyn til den daglige driften eller enkeltbeslutninger om bygging eller oppgradering av distribusjonsledninger».²⁴²

²⁴⁰ Energiloven § 4-7 tredje ledd. Med *nettkunde* menes «fysiske eller juridiske personer registrert som kunde i et nettselskap, det vil si et antall unike personnumre og organisasjonsnumre», jf. Prop.25 L (2020–2021) s. 7. I utgangspunktet skulle kravet om funksjonelt skille i energiloven § 4-7 gjelde for alle nettforetak som er en del av et integrert foretak, jf. lov nr. 18/2016 (heretter endringslov 2016) § 4-7. Etter mye motstand fra bransjen ble det likevel endret.

²⁴¹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 3 bokstav b tredje setning.

²⁴² Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 3 bokstav b femte setning.

Formålet bak instruksforbudet er å sikre en tilstrekkelig uavhengig og selvstendig nettfunksjon.²⁴³ I praksis har instruksforbudet i energiloven § 4-7 vært gjenstand for en del diskusjon. Bestemmelsen legger visse begrensninger på det selskapsrettslige utgangspunktet om at *eierne* utgjør foretakets øverste myndighet, og griper dermed inn i morselskapets rett til å utøve sine eierrettigheter.²⁴⁴ Et slikt inngrep krever hjemmel i lov.²⁴⁵ Spørsmålet i det videre er hvilke begrensninger energiloven § 4-7 legger for morselskapets mulighet til å legge føringer for nettvirksomheten. Jeg vil først, i punkt 5.2.2, se på hva det vil si at morselskapet gir en instruks. Deretter vil jeg, i punkt 5.2.3, behandle hvilke instruksjoner som er ulovlige.

5.2.2 Hva er «instruks»

Hva det vil si at kontrollerende eier gir «instruks» etter energiloven § 4-7 blir ikke nærmere definert. Det er naturlig å forstå begrepet *instruks* som en ordre som forplikter mottakeren til å handle på en bestemt måte. Den klareste måten et morselskap kan gi en instruks på, vil være gjennom selskapets vedtekter eller generalforsamlingsvedtak.²⁴⁶ Disse vil være selskapsrettslig forpliktende for datterselskapet. I tillegg kan det tenkes at morselskapet gjennom egne konsernstyringsavtaler er gitt en spesiell rett til å instruere datterselskapet.

Energilovens forarbeider presiserer på sin side at det «er ikke krav om at instruksjonen må ha noen bestemt form».²⁴⁷ Det er naturlig å forstå uttalelsen slik at hva som er en «instruks» ikke skal begrenses til det som etter selskapsrettslige utgangspunkter er selskapsrettslige bindende for datterselskapet. Oppfordringer som ikke er rettslig bindende, kan muligens ligge i ytterkanten av hva man normalt anser som en *instruks*. Det må samtidig understrekes at morselskapet – gjennom generalforsamlingen – har adgang til å avsette styremedlem uten nærmere begrunnel-

²⁴³ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 39.

²⁴⁴ Eksempelvis aksjeloven § 5-1, selskapsloven § 2-8, samvirkelova § 35

²⁴⁵ Grunnloven § 113

²⁴⁶ Aksjeloven § 5-1, jf. §§ 5-18 og 5-17.

²⁴⁷ Prop. 35 L (2015–2016) s. 24 og s. 44.

se.²⁴⁸ Retten blir heller ikke begrenset i energilovgivningen. Rent faktisk vil datterselskapets styre kunne føle seg forpliktet til å iverksette andre oppfordringer fra morselskapet, selv om de ikke er rettslig bindende. I praksis ser man ofte at de selskapsrettslige rammene er av mer formell karakter i konsernforhold.²⁴⁹

I tillegg vil morselskapets styre (konsernstyret) eller daglig leder (konsernsjef) ofte ha fullmakt til å representere morselskapet i datterselskapenes generalforsamling.²⁵⁰ Påbud som kommer direkte fra styret eller konsernsjefen vil antagelig bli oppfattet som forpliktende av datterselskapet. I den såkalte TrønderEnergi-saken – som blant annet omhandlet brudd på instruksforbudet – ıla også NVE overtredelsesgebyr for at *konsernsjefen* beordret nettselskapets ledelse om å stoppe en pågående anbudsprosess.²⁵¹ Det samme vil antagelig gjelde for andre deler av konsernledelsen. Det avgjørende bør være om ordren eller påbudet kommer fra en person i morselskapet som gjør at nettselskapet ser seg forpliktet til å handle.

5.2.3 Forbudte instruksjer

5.2.3.1 Innledning

Energiloven § 4-7 forbyr morselskapet å gi instruksjer «om den daglige driften» og «om avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet».²⁵² Samtidig skal det ikke hindre «overordnet styring med nettforetakets økonomiske rammer».²⁵³

Forbudet om at kontrollerende eier ikke kan gi instruksjer om «avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet» må anses for å være relativt klart. Begrensningen vil omfatte ulike avgjørelser knyttet til

²⁴⁸ Aksjeloven § 6-3 første ledd

²⁴⁹ NOU 1996:6 s. 22–23, Andenæs (2016) s. 42 og Woxholth (2018) s. 198.

²⁵⁰ NOU 1996:6 s. 22.

²⁵¹ NVE vedtak til TrønderEnergi 18. desember 2012 (snr: 201101321-51) [heretter TrønderEnergi-saken]. Saken handlet om brudd på kravet om funksjonelt skille, nettselskapets nøytralitet og program for overvåkning av nettselskapets nøytralitet.

²⁵² Energiloven § 4-7 annen ledd første setning.

²⁵³ Energiloven § 4-7 annet ledd annen setning.

nettplanlegging og -investeringer. Slike avgjørelser får direkte betydning for markedsaktørene i kraftmarkedet, og det er sentralt at nettselskapet opptrer selvstendig her. Om slike avgjørelser kan ikke morselskapet instruere.²⁵⁴

Den andre begrensningen, om at morselskapet ikke kan gi instruksjer «om den daglige driften» kan fremstå som mer uklar, og har i praksis vært gjenstand for en del diskusjon.²⁵⁵ I det videre vil jeg se nærmere på hva som ligger i forbudet. Først vil jeg, i punkt 5.2.3.2, se generelt på hva som er «den daglige driften». Deretter vil jeg i punkt 5.2.3.3 se på unntaket som gjelder overordnet styring med nettselskapets økonomiske rammer, før jeg i punkt 5.2.3.4 ser på om og i hvilken grad morselskapet kan legge andre overordnede føringer for nettvirksomheten. I punkt 5.2.3.5 vil jeg se på skrankene som følger av nøytralitetsplikten i NEM § 4-14.

5.2.3.2 Den daglige driften

Etter energiloven § 4-7 annet ledd kan ikke morselskapet gi instruksjer «om den daglige driften». Ordlyden er i seg selv vid, og vil omfatte alt som gjelder alminnelig drift i et nettselskap. At lovteksten bruker formuleringen «om» fremfor «avgjørelser i» kan peke i retning av at det er snakk om noe mer enn løpende avgjørelser. Forarbeidene er svært knappe når det kommer til *hva* som ligger i forbudet. Antagelig må det ses i sammenheng med at energiloven, på dette punkt, i stor grad transkriberer deler av uavhengighetskravet fra eldirektivet.²⁵⁶

²⁵⁴ Nettselskapet må likevel holde seg innenfor de økonomiske rammene som er fastsatt for virksomheten, jf. punkt 5.2.3.3. Sammenlign også at eldirektivet krever at morselskapet ikke skal gi instruksjer om «enkeltbeslutninger om bygging eller oppgradering av distribusjonsledninger, så lenge disse beslutningene ikke overskrider vilkårene i den godkjente finansieringsplanen eller et tilsvarende dokument», jf. direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav c femte setning. Tidligere har det vært en diskusjon om morselskapet kan gi føringer på selve investeringen dersom de anses som vesentlige i forhold til nettforetakets samlede investeringsplaner, jf. Bibow (2011) s. 196–197, jf. uttalelser i Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 42, se også TrønderEnergi-saken s. 11. Ved vedtakelsen av de nye adskillelseskravene må det derimot være klart at dette ikke er tilfeller, jf. Prop. 35 L (2015–2016) s. 43 og punkt 5.2.3.2 i oppgaven.

²⁵⁵ Varden (2021).

²⁵⁶ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav b femte setning.

Ved forståelsen av hva som er den «daglige driften» er det naturlig å dra en parallell til daglig leders kompetanse etter aksjeselskapsretten, og avgrense mot saker som ut fra selskapets forhold er av «uvanlig art eller stor betydning».²⁵⁷ Antagelig gir det en god pekepinn på hva man i alminnelighet anser som daglig drift. I TrønderEnergi-saken synes også NVE å legge kriteriet til grunn.²⁵⁸

Om aksjeloven § 6-14 gir en fullgod parallell er likevel usikkert. De ulike regelsettene bygger på ulike hensyn. Aksjelovens regler skal sørge for styrebehandling av saker som er av særlig stor betydning for det enkelte selskap. Formålet bak instruksforbudet i energiloven er å sikre en tilstrekkelig uavhengig nettfunksjon, ikke-diskriminerende markedsadgang og effektiv konkurranse.²⁵⁹ Disse hensynene bør også være avgjørende ved vurderingen av hva instruksforbudet omfatter.

I forarbeidene fra 2016 blir det eksplisitt uttalt at morselskapet ikke har adgang til å legge føringer på enkeltinvesteringer, selv om de «anses å være vesentlige i forhold til nettvirksomhetens samlede investeringsplaner».²⁶⁰ Uttalelsen taler i retning av at aksjelovens definisjon av «daglig ledelse» ikke kan legges til grunn ved forståelsen av hva som er «daglig drift» i nettselskapet.

Innholdet i instruksforbudet etter energiloven § 4-7 må tolkes i lys av eldirektivet, som krever at nettvirksomheten skal ha «reell rett til å treffe beslutninger» når det kommer til «eiendeler som er nødvendige for å drive, vedlikeholde eller utvikle nettet».²⁶¹ Direktivet presiserer at det vil gjelde både «menneskelige, tekniske, fysiske og finansielle ressurser».²⁶² Utgangspunktet er derfor at nettvirksomheten skal ha fullstendig frihet når det kommer til ressurser som *trengs* for å *drive* nettet.

²⁵⁷ Aksjeloven § 6-14.

²⁵⁸ Her blir det sagt at kostnadene ved anskaffelsen ikke kunne «regnes for å være av tilstrekkelig stor betydning til at avgjørelsen faller utenfor det som må regnes som 'daglig ledelse' i energilovens forstand», jf. TrønderEnergi-saken s. 11

²⁵⁹ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 40.

²⁶⁰ Prop. 35 L (2015–2016) s. 43.

²⁶¹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav b første setning.

²⁶² Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav b annen setning.

Det må nevnes at eldirektivet i utgangspunktet kun krever at DSO-en skal ha reell rett til å treffe beslutninger «uavhengig av det integrerte elektrisitetsforetaket».²⁶³ På bakgrunn av forbudet i energiloven § 4-6 er det noe usikkert om norske morselskap i et integrert foretak faller inn under legaldefinisjonen av «integrert elektrisitetsforetak».²⁶⁴ Det selskapsrettslige regimet konsernmodellen legger opp til vil i stor grad hindre at produksjons- og omsetningsvirksomhet har direkte innflytelse over nettvirksomheten. De norske lovforarbeidene synes likevel å forutsette at uavhengighetskravet også gjelder i forhold til morselskapet.²⁶⁵ Videre er det grunn til å bemerke at instruksforbudet om den daglige driften – etter samme bestemmelse i eldirektivet – retter seg mot «[m]orselskapet», noe som etter ordlyden klart vil omfatte norske morselskap.²⁶⁶

Uavhengighetskravet etter eldirektivet må ses i lys av at EØS-retten i utgangspunktet tillater andre deler av det vertikalt integrerte foretaket å eie ressurser som er nødvendige for å drifte nettet.²⁶⁷ Utgangspunktet etter norsk rett er det motsatte; det selskapsmessige skillet krever at nettselskapet selv skal *disponere* midler som er nødvendige for å drive nettvirksomheten.²⁶⁸ Etter selskapsrettslige utgangspunkter har morselskapet like fullt adgang til å gripe inn.²⁶⁹ I forbudet mot at morselskapet ikke kan gi instruks «om den daglige driften» må det i tråd med presumpsjonsprinsippet innfortolkes at morselskapet ikke kan instruere om hvordan nettselskapet disponerer ressurser som er *nødvendige* for å drive nettet.

Antagelig utgjør ikke dette en stor utvidelse fra aksjelovens definisjon av «daglig ledelse» i § 6-14. Normalt vil avgjørelser om hvordan

²⁶³ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav b første setning.

²⁶⁴ For å anses som et *integrert elektrisitetsforetak* stiller det krav om at man enten selv «utfører», eller «ivaretar» og «har ansvar for de kommersielle og tekniske oppgavene eller vedlikeholdsoppgavene knyttet til» produksjon for salg, overføring, distribusjon eller forsyning av elektrisk kraft, jf. Direktiv 2009/72/EF artikkel 2 nr. 20, jf. nr. 23 og nr. 35.

²⁶⁵ Prop. 35 L (2015–2016) s. 43, sammenlign Ot.prp. nr. 61 s. 42.

²⁶⁶ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav b femte setning.

²⁶⁷ Punkt 4.2.

²⁶⁸ Punkt 4.2.

²⁶⁹ Aksjeloven § 5-1, sammenlign synspunkter i svenske lovforarbeider, jf. Prop. 2008/09:216 s. 18.

nettselskapet disponerer nødvendige midler tilknyttet nettdriften klart ligge innenfor daglig ledelse.

Videre må den «daglige driften» omfatte alle avgjørelser som normalt tas i et foretak som driver nettvirksomhet, og som kan påvirke markedsforholdene. Blant annet vil det omfatte avgjørelser knyttet til håndtering av ledig kapasitet, tilknytning av kunder, anskaffelser, tariffing mv. Slike avgjørelser får direkte betydning for andre markedsaktører, og det er sentralt at nettselskapet opptre selvstendig her.²⁷⁰

På den annen side må det avgrenses mot saker som klart faller utenfor daglig drift. Av RME blir det presisert til å blant annet til å gjelde avgjørelser knyttet til overskudd, konsernbidrag, sammenslåinger og oppkjøp.²⁷¹ Videre har morselskapet – gjennom generalforsamlingen – fortsatt adgang til å avsette styret, uten nærmere begrunnelse.²⁷² I tillegg følger det av energiloven § 4-7 annet ledd annen setning at instruksforbudet ikke skal være til hinder for overordnet styring med nettselskapets økonomiske rammer.

Et særlig spørsmål er om instruksforbudet «om den daglige driften» vil være til hinder for at morselskapet gir mer generelle og overordnede føringer om virksomheten i nettselskapet. Av fremstillingsmessige hensyn vil jeg behandle dette spørsmålet i punkt 5.2.3.4, etter at jeg har sett på den positive retten til å fastsette økonomiske rammer i punkt 5.2.3.3.

5.2.3.3 Økonomiske rammer

Instruksforbudet i energiloven § 4-7 skal ikke hindre «overordnet styring» med nettselskapets «økonomiske rammer».²⁷³ Tilsvarende skal uavhengighetskravet etter eldirektivet ikke være til hinder for «egnet samordning som sikrer vern av morselskapets økonomiske og forvaltningsmessige overvåkingsrettigheter med *hensyn til avkastningen* [...] av midler investert i et datterselskap» (min kursivering).²⁷⁴

²⁷⁰ Sammenlign NEM § 4-14 første ledd.

²⁷¹ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 24

²⁷² Aksjeloven § 6-3 første ledd.

²⁷³ Energiloven § 4-7 annet ledd annen setning.

²⁷⁴ Direktiv 2009/72/EF nr. 2 bokstav c tredje setning.

Den positive reguleringen gjør unntak fra hovedregelen om at det er DSO-en selv som skal bestemme over midler som er nødvendige for å drive, vedlikeholde eller utvikle nettet.²⁷⁵ Bestemmelsen må ses i sammenheng med eiernes grunnleggende behov for å føre en viss kontroll med datterselskapets økonomiske stilling. Eierne har ofte investert en betydelig kapital i foretaket, og uten den positive reguleringen ville det vært lite attraktivt å investere i nettselskap.

Den positive reguleringen begrenser seg til «overordnet styring» med nettselskapets «økonomiske rammer».²⁷⁶ Det ligger i ordlyden at morselskapet ikke kan legge detaljerte føringer for økonomien. At morselskapet kan fastsette *økonomiske rammer* er naturlig å forstå som at det kan fastsette ytterkantene for nettselskapets pengebruk. Eldirektivet viser til å «godkjenne den årlige finansieringsplanen, eller et tilsvarende dokument» og «samlede grenser for datterselskapets gjeldsnivå» som konkrete eksempler.²⁷⁷ Av departementet blir det tolket til å gjelde godkjenning av årlige budsjetter, fastsette grenser for nettselskapets gjeldsgrad og andre styringsinstrumenter som legger *rammer* for nettvirksomhetens økonomiske handlingsrom.²⁷⁸

Ved vedtakelsen av eldirektiv III ble det tilført et nytt krav, som sier at DSO-en må «råde over de nødvendige [...] finansielle ressurser» for å drive, vedlikeholde og utvikle nettet.²⁷⁹ Ordlyden tilsier at DSO-en må herske over de økonomiske midler som *trengs* for å drive nettvirksomheten. Den engelske språkversjonen bruker formuleringen «have at its disposal», og den svenske begrepet «förfoga».²⁸⁰ En alminnelig ordlydsfortolkning tilsier at nettvirksomheten henholdsvis skal ha til disposisjon og ha tilgjengelig nødvendige økonomiske ressurser. Av kommisjonens tolkningsnotat skal «the financial plan [...] be compatible with the requirement to ensure that the DSO has sufficient financial

²⁷⁵ Direktiv 2009/72/EF nr. 2 bokstav c første setning, sammenlign punkt 4.2.

²⁷⁶ Energiloven § 4-7 annet ledd annen setning.

²⁷⁷ Direktiv 2009/72/EF nr. 2 bokstav c fjerde setning.

²⁷⁸ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 43.

²⁷⁹ Direktiv 2009/72/EF nr. 2 bokstav c annen setning, jf. første setning.

²⁸⁰ Direktiv 2009/72/EF nr. 2 bokstav c annen setning.

resources to maintain and extend the existing infrastructure».²⁸¹ Etter min oppfatning samsvarer en slik tolkning med ordlyden i direktivet.

Eldirektivet stiller dermed krav om at de økonomiske rammene må være vide nok til at nettvirksomheten kan drive, vedlikeholde og utvikle nettet. De kan dermed ikke fastsettes for snevre. Om et slikt krav kan utledes direkte av ordlyden i energiloven § 4-7, kan være noe usikkert.²⁸² I tråd med presumpsjonsprinsippet må det likevel innfortolkes.²⁸³

Etter dette har morselskapet klart en positiv rett til å fastsette yterkantene for nettselskapets pengebruk. Nettvirksomheten må likevel ha et stort nok handlingsrom for å kunne drive, vedlikeholde og utvikle nettet. Det innebærer at de økonomiske rammene ikke kan fastsettes for snevre.

5.2.3.4 Andre overordnede føringer

Et spørsmål som har vært noe diskutert, er om instruksforbudet i energiloven § 4-7 annet ledd «om den daglige driften» er til hinder for at morselskapet legger mer *generelle føringer* for nettvirksomheten.²⁸⁴ Det er ikke unormalt at konsernledelsen – eller morselskapet – utarbeider annet rammeverk enn det rent økonomiske. For eksempel kan det være ulike policyer eller strategier knyttet til etikk, kompetanseutvikling, innkjøp, bærekraft og andre mer overordnede forhold.²⁸⁵ Slike føringer er i praksis viktige styringsmidler for den helhetlige utviklingen av konsernet. Føringene vil typisk ikke gå direkte inn på operative avgjørelser, men legge rammer for hvordan virksomheten på et mer overordnet plan skal drives. I prinsippet kan man antagelig anse slike føringer som instruks «om» den «daglige driften». De legger klart rammer for hvordan den daglige driften skjer.

I energilovens forarbeider fra 2006 kommer det likevel relativt klart frem at morselskapet *vil* ha adgang til å utøve en viss sentralstyring

²⁸¹ Europakommisjonen (2010) s. 25.

²⁸² Sammenlign uttalelser i Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 42.

²⁸³ Fredriksen (2018) s. 389–390 med videre henvisninger.

²⁸⁴ Varden (2021).

²⁸⁵ Sammenlign RME rapport nr. 1/2020 s.

overfor nettvirksomheten. Det fremheves at morselskapet har «behov for å kunne utføre visse former for styringsrett overfor underliggende nettvirksomhet».²⁸⁶ Videre blir eldirektivet tolket dithen at den «tillater eieren å sikre sine interesser gjennom overordnet styring av blant annet nettvirksomhetens økonomiske rammer, styret, *generelle instruksjoner for styret* og vedtekter» (min kursivering).²⁸⁷ Her er må det understrekes at generelle instruksjoner kommer *i tillegg til økonomiske rammer*.

Uttalelsen må ses i sammenheng med alminnelige konsernrettslige utgangspunkter. Selv om det enkelte konsernselskap rettslig sett er en selvstendig juridisk enhet, vil konsernets samlede stilling ofte i praksis ha stor betydning. Dette kommer klart til uttrykk i regnskapslovgivningen, hvor morselskapet skal utarbeide konsernregnskap og årsberetning som dekker virksomheten i hele konsernet.²⁸⁸ Årsberetningen skal blant annet gi opplysninger om fremtidig utvikling, arbeidsmiljø og miljøpåvirkninger.²⁸⁹ Morselskapet har derfor et klart behov for å kunne utøve en viss styringsrett overfor datterselskapene.

Departementets tolkning har etter min oppfatning støtte i ordlyden til eldirektivets minimumskrav. Den krever kun at DSO-en har «reell rett til å treffe beslutninger» av hensyn til «eiendeler som er nødvendige for å drive, vedlikeholde eller utvikle nettet».²⁹⁰ Videre at morselskapet ikke kan «gi instruksjoner med hensyn til den daglige driften» eller «enkeltp beslutninger om bygging eller oppgradering av distribusjonsledninger».²⁹¹ Selv om den negative reguleringen er omfattende, viser den samlet at det ikke er snakk om total uavhengighet.

At det ikke er snakk om total uavhengighet har støtte i fortalen til eldirektiv II. Det fremgår at det er «viktig å skille mellom slik rettslig atskillelse og eierskapsmessig atskillelse».²⁹² Videre at reglene om

²⁸⁶ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 65.

²⁸⁷ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 42.

²⁸⁸ Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) §§ 3-2 tredje ledd og 3-3a tolvte ledd.

²⁸⁹ Regnskapsloven § 3-3a.

²⁹⁰ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 3 bokstav b første setning.

²⁹¹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 3 bokstav b femte setning.

²⁹² Direktiv 2003/54/EF fortalen nr. 8 annet ledd første setning.

selskapsmessig skille blant annet ikke hindrer «at lignende eller identiske ansettelsesvilkår anvendes i alle deler av et vertikalt integrert foretak».²⁹³ Uttalelsen gir etter min oppfatning uttrykk for at det er adgang for en viss sentralstyring.²⁹⁴ Det må understrekes at kravene på dette punkt ble videreført fra eldirektiv II til eldirektiv III.

I kommisjonens tolkningsnotat – utgitt i etterkant av vedtakelsen av eldirektiv III – blir det imidlertid uttalt at «[w]ithin the scope of the approved financial plan, the DSO must have complete independence».²⁹⁵ Tolket isolert gir uttalelsen uttrykk for at DSO-en – innenfor de økonomiske rammene – må ha fullstendig frihet ved alle forhold innad i selskapet. Isolert kan uttalelsen tas – og har til dels blitt tatt – til inntekt for at morselskapets styringsmuligheter er begrenset til de økonomiske rammene.²⁹⁶ Det er likevel vanskelig å se at det er slik uttalelsen skal forstås. Uttalelsen blir gitt under drøftelsen av hva det vil si at DSO-en skal ha «reell rett til å treffe beslutninger» av hensyn til av til ressurser som er *nødvendige* for å drive, vedlikeholde eller utvikle nettet. Et krav som igjen må ses i lys av at EØS-retten tillater andre deler av det vertikalt integrerte foretaket å eie ressurser som er nødvendige for nettdriften. En kontekstuell fortolkning tilsier at det *kun* er overfor slike ressurser at DSO-en må ha «complete independence». Tolket slik, tilfører heller ikke uttalelsen noe utover hva som følger av en alminnelig ordlydsfortolkning av direktivet. Det er grunn til å påpeke at en annen forståelse klart vil utvide eldirektivets minimumskrav på en måte som vanskelig kan forankres i ordlyden.

Samlet taler rettskildene etter min vurdering i retning av at morselskapet har adgang til å legge mer generelle føringer for nettvirksomheten, og at slike føringer ikke kan anses som instruksjer «om den daglige driften».

²⁹³ Direktiv 2003/54/EF fortalen nr. 8 annet ledd annen setning.

²⁹⁴ En slik tolkning har også støtte i forarbeidene til eldirektiv II. Her fremgår det at nettvirksomheten som minimum blir «carried out via a subsidiary company that is legally and functionally separate vis-à-vis its day to day operations from generation and sales activities of its parent company», jf. COM(2001) 125 s. 36. Henvisningen til «vis-à-vis its day to day operations» taler etter min oppfatning for at det ikke er snakk om total uavhengighet.

²⁹⁵ Europakommisjonen (2010) s. 25.

²⁹⁶ RME rapport nr. 1/2020 s. 47 og Varden (2021).

At det tillates, må ses i sammenheng med at man tillater nettvirksomheten å være organisert i samme konsern som annen konkurranseutsatt virksomhet.

Ved den nærmere vurderingen av hvilke generelle føringer morselskapet kan gi, må man se hen til det fastsatte innholdet av det negative instruksforbudet, omtalt ovenfor. Når det kommer til den løpende daglige driften, oppgradering og utbygging av nettet, og hvordan nettselskapet disponerer midler som er nødvendige for å drive, vedlikeholde eller utvikle nettet, vil morselskapet – utover de økonomiske rammene – ikke ha adgang til å gi føringer. Morselskapets instruksmyndighet er derfor begrenset. Antagelig vil morselskapet ha anledning til å gi generelle føringer om for eksempel bærekraft, likestilling, etikk og ulike overordnede målsetninger for konsernet. Når det kommer til den nærmere implementeringen av målsetningene, vil nettselskapet derimot ha stor frihet. Dette vil være en oppgave for nettselskapets styre og øvrig ledelse.

5.2.3.5 Nøytralitetsplikten

Etter NEM § 4-14 tredje ledd kan ikke morselskapet forsøke å oppnå en «særlig fordel» fra nettselskapet.²⁹⁷ Ordlyden tilsier at morselskapet ikke kan forsøke å oppnå fordeler som ikke tilkommer alle. I dette ligger at morselskapet ikke kan utøve sin myndighet som kontrollerende eier på en måte som kan gi egen konkurranseutsatt virksomhet et urettmessig konkurransefortrinn.²⁹⁸

Nøytralitetsplikten vil kunne sette ytterligere skranke for morselskapets adgang til å instruere nettvirksomheten. For integrerte foretak, hvor nettselskapet har mer enn 10 000 nettkunder, vil forbudet antagelig ikke innebære en særlig reell skranke. Som drøftelsen ovenfor har vist, er morselskapets mulighet til å involvere seg i nettvirksomheten svært begrenset. Den vil kun ha adgang til å fastsette økonomiske rammer, samt legge mer generelle og overordnede føringer for virksomheten. Det er vanskelig å finne eksempler på at slike overordnede føringer vil kunne

²⁹⁷ NEM § 4-14 tredje ledd.

²⁹⁸ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 14.

være i strid med nøytralitetsplikten. Tvilstilfeller kan likevel oppstå, og her vil nøytralitetsplikten sette absolutte skranke.

For integrerte foretak med mindre enn 10 000 nettkunder – og som dermed ikke rammes av det funksjonelle skillet i energiloven § 4-7 – vil derimot nøytralitetsplikten kunne utgjøre en reell skranke for morselskapets mulighet til å blande seg inn i nettvirksomheten. Morselskapet må sørge for at den ikke utøver myndigheten som kontrollerende eier på en måte som forhindrer nettselskapet i å opptre nøytralt og ikke-diskriminerende overfor andre markedsaktører. For eksempel kan ikke morselskapet instruere nettselskapet om å bygge ut nettet på en måte som gir eget produksjonsselskap særfordeler, i forhold til andre markedsaktører.

Det er grunn til å nevne at aksjeloven § 6-28 forbyr styret og daglig leder å etterkomme beslutninger fra generalforsamlingen i strid med loven, herunder nettselskapets nøytralitetsplikt i NEM § 4-14 første og annet ledd. Morselskapets nøytralitetsplikt i NEM § 4-14 tredje ledd har likevel en egenverdi i det den forbyr at morselskapet overhodet gir slike instruksjoner.

5.2.4 Oppsummert

Etter dette er morselskapets mulighet til å legge føringer for nettvirksomheten etter energiloven § 4-7 relativt begrenset. Morselskapet vil likevel ha adgang til å fastsette økonomiske rammer, og legge mer generelle og overordnede føringer for virksomheten. Når det kommer til den løpende daglige driften, oppgradering og utbygging av nettet, hvordan nettselskapet disponerer midler som er nødvendige for å drive, vedlikeholde eller utvikle nettet, vil morselskapet – utover de økonomiske rammene – ikke ha adgang til å gi føringer. Det kan antagelig oppstå grensetilfeller, hvor det er vanskelig å trekke linjene mellom hva som er en lovlig og ulovlig instruks. Her må hensynene til å sikre ikke-diskriminerende markedsadgang, en tilstrekkelig uavhengig nettfunksjon og effektiv konkurranse, være veiledende.²⁹⁹ Morselskapet kan ikke gi instruksjoner

²⁹⁹ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 40.

som er egnet til å gi egen konkurranseutsatt virksomhet et urettmessig konkurransefortrinn, jf. NEM § 4-14 tredje ledd.

Det kan spørres om instruksforbudet tilfører noe utover det som følger av det selskapsmessig skillet og alminnelige selskapsrettslige utgangspunkter. Som drøftet i punkt 4.3 krever energiloven § 4-6 at *hele* nettvirksomheten skilles ut i en egen juridisk enhet. Etter forarbeidene innebærer det at «nettvirksomheten organisatorisk og beslutningsmessig skal inneha reell kontroll over alle beføyelser i forhold til nettvirksomheten».³⁰⁰ Om morselskapet gjennomgående gir instruks til nettselskapet om den daglige driften er det tvilsomt at kravene til selskapsmessig skille er oppfylt. Etter selskapsrettslige utgangspunkter er det styret og daglig leder i det enkelte selskap ansvarlig for henholdsvis forvaltningen og daglig ledelse av selskapet.³⁰¹ Det er videre grunn til å nevne at Norge – før implementeringen av EU-regelverket – ikke oppstilte et instruksforbud etter den konsesjonsetablerte konsernmodellen. Muligens kan det sies å følge av konsernmodellens karakter at morselskapet ikke skal gi instruks til nettselskapet.

5.3 Uavhengig ledelse i nettforetaket

5.3.1 Innledning

Energiloven § 4-7 første ledd forbyr «[p]ersoner i ledelsen i nettforetak» å «delta i ledelsen i foretak som driver annen virksomhet innenfor det integrerte foretaket».³⁰² Bestemmelsen stiller strengere habilitetskrav enn det som følger av alminnelige selskapsrettslige utgangspunkter, hvor det avgjørende er en interessekonflikt i en konkret sak.³⁰³ Formålet er oppnå

³⁰⁰ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 65.

³⁰¹ Aksjeloven §§ 6-12 og 6-14. At en slik tolkning skal legges til grunn kan antagelig også utledes av begrepet «driver» annen virksomhet, jf. 4-7 første ledd. Om morselskapet involverer seg mer aktivt i underliggende konkurranseutsatt virksomhet, vil den fort kunne bli ansett for å drive virksomheten, og av den grunn ikke kunne sitte i nettselskapets ledelse, sammenlign punkt 4.4.

³⁰² Energiloven § 4-7 første ledd

³⁰³ Sammenlign aksjeloven § 6-27.

et klarere skille mellom monopolvirksomheten og den konkurranseutsatte virksomhet.³⁰⁴ Det skal bidra til å sikre at nettselskapets ledelse er i stand til å opptre tilstrekkelig uavhengig fra tilknyttet konkurranseutsatt virksomhets interesser.

Energilovens forbud gjennomfører eldirektivets minimumskrav om at «[p]ersoner som har ledelsesansvar» for en DSO ikke kan inngå i «foretaksstrukturer i det integrerte elektrisitetsforetaket som direkte eller indirekte har ansvar for den daglige driften av produksjon, transmisjon eller forsyning av elektrisk kraft».³⁰⁵ Forbudet etter energiloven går samtidig lengre ved at det retter seg mot *all* annen konkurranseutsatt virksomhet.

I det videre vil jeg se nærmere på hvilke dobbeltroller som er forbudte. Først vil jeg se på hvem som er personer i ledelsen i nettselskapet. Deretter vil jeg se på hvilke roller disse, etter energiloven § 4-7, ikke kan ha.

5.3.2 Personer i ledelsen i nettforetak

Energiloven § 4-7 retter seg mot «[p]ersoner i ledelsen i nettforetak».³⁰⁶ NEM § 4-17 presiserer at det omfatter «[s]tyreleder, styremedlem, daglig leder eller andre ansatte med reell beslutningsmyndighet i et nettselskap».³⁰⁷ I stor grad kodifiserer forskriftsbestemmelsen det som følger av energilovens forarbeider.³⁰⁸

Alternativene styreleder, styremedlem og daglig leder, er relativt klare og volder lite tvil. Disse vil normalt ha stor innflytelse over nettdriften, og det er sentralt at den som utøver rollen er tilstrekkelig uavhengig. Alternativet «ansatte med reell beslutningsmyndighet» er mer uklart. Henvisningen til «ansatte» gjør det naturlig å avgrense mot generalforsamlingen. Ordlyden er videre vid, og vil i prinsippet kunne omfatte en stor krets av nettselskapets ansatte. Antagelig er det vanskelig å tenke

³⁰⁴ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 40.

³⁰⁵ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav a.

³⁰⁶ Energiloven § 4-7 første ledd.

³⁰⁷ NEM § 4-17 første ledd første setning.

³⁰⁸ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 66.

seg ansatte helt uten beslutningsmyndighet, i hvert fall over begrensede deler av selskapets virksomhet. At beslutningsmyndigheten er «reell» tilsier at det må oppstilles visse kvalitative krav. Videre blir «ansatte med reell beslutningsmyndighet» fremsatt som et alternativ til daglig leder, jf. «eller andre».³⁰⁹ En kontekstuell fortolkning tilsier at vedkommende må ha lignende beslutningsmyndighet som normalt utøves av daglig leder. I forarbeidene til energiloven fremgår det at alle med «sentrale administrative og ledende funksjoner» omfattes.³¹⁰

Av kommisjonens tolkningsnotat fremgår det at «[p]ersoner som har ledelsesansvar» for DSO-en etter eldirektivet er ment å omfatte «a wider group of persons, including the operational (middle) management of the DSO».³¹¹ Forskriftsforarbeidene til NEM § 4-17 tar til orde for at det samme skal være hovedregelen etter norsk rett.³¹² Likevel med forbehold om at det vil bero på en konkret vurdering.³¹³ Om vedkommende har *faktisk* beslutningsmyndighet over forhold som får *faktisk* betydning for andre markedsaktører, taler det for at vedkommende bør omfattes.³¹⁴ I slike tilfeller vil hensynet til nøytralitet gjøre seg gjeldende, og det er sentralt at den som tar beslutningene er tilstrekkelig uavhengig. Formålsbetraktninger taler dermed for at en slik løsning skal legges til grunn.

Andre ansatte vil i prinsippet kunne omfattes av ordlyden. Av energilovens forarbeider skal ledelsesvurderingen skje «uavhengig av titler eller andre formalia».³¹⁵ Hensynene bak dobbeltrolleforbudet taler også i retning av at formelle forhold ikke bør være avgjørende. Den som tar beslutninger på vegne av nettselskapet, og som kan få betydning for andre markedsaktører, bør være en nøytral part. Likevel er det noe uheldig at man har valg en så vid ordlyd. Ved overtredelse kan RME illegge

³⁰⁹ NEM § 4-17 første ledd første setning.

³¹⁰ Prop. 35 L (2015–2016) s. 24, jf. Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 65.

³¹¹ Henholdsvis direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav a og Europakommisjonen (2010) s. 24.

³¹² RME rapport nr. 1/2020 s. 47 og NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 25.

³¹³ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 25.

³¹⁴ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 25.

³¹⁵ Prop. 35 L (2015–2016) s. 24, jf. Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 65.

overtredelsesgebyr.³¹⁶ Reglene må derfor være tilstrekkelig forutsigbare, og man bør være varsomme med å tolke hvem som har reell beslutningsmyndighet for vidt.³¹⁷ I forskriftsforarbeidene fremgår det at alternativet *primært* er ment som en unntaksregel som kommer til anvendelse om man «forsøker å omgå kravet ved å tilpasse stillingstitler til personer med et reelt ledelsesansvar».³¹⁸ Dette bør være hovedregelen. Antagelig skal det klare indikatorer til før man anser ansatte uten formelt lederansvar som en del av nettselskapets ledelse.

Konklusjonen er at *nettselskapets ledelse* normalt vil omfatte mellomledere, i tillegg til styreleder, styremedlem og daglig leder. I unntakstilfeller kan det tenkes at andre ansatte omfattes, dersom de i realiteten har lik beslutningsmyndighet som slike personer. Avgjørelsen må uansett bero på en konkret vurdering. Sentralt er om vedkommende tar beslutninger som har betydning for nettselskapets nøytralitet.

5.3.3 Forbudte dobbeltroller

Etter energiloven § 4-7 første ledd kan ikke nettselskapets ledelse «delta i ledelsen i foretak som driver annen virksomhet innenfor det integrerte foretaket».³¹⁹ Tidligere rettet forbudet seg mot at nettselskapets ledelse deltok i ledelsen i produksjons- og omsetningsvirksomhet.³²⁰ Nå gjeldende forbud retter seg mot alle foretak innenfor det integrerte foretaket som leverer varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører.³²¹

Hva det vil si å «delta i ledelsen» i foretak som driver annen virksomhet blir ikke presisert i NEM-forskriften. En alminnelig ordlyds-

³¹⁶ NEM § 8-3.

³¹⁷ Overtredelsesgebyr blir ansett som straff etter *Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter*, Roma 4. november 1950 (EMK), jf. Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 62 og Bains (2017) s. 64. EMK art 7, jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styring av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2, stiller krav om at rettstilstanden er tilstrekkelig forutsigbar, jf. HR-2016-1982-A avsnitt 38.

³¹⁸ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 26.

³¹⁹ Energiloven § 4-7 første ledd.

³²⁰ Endringslov 2006 § 4-7 annet ledd, jf. § 1-3 tredje ledd.

³²¹ Punkt 3.3.

fortolkning tilsier at de som fatter beslutninger om virksomhetens drift, omfattes. Av hensyn til sammenhengen i regelverket, så vel som hensynene som begrunner forbudet mot ledende dobbeltroller, bør det som minimum omfatte samme personkrets som NEM § 4-17 definerer som nettselskapets ledelse. Ansatte med reell beslutningsmyndighet i nettselskapet kan dermed ikke ha en stilling som gir vedkommende reell beslutningsmyndighet overfor konkurranseutsatt virksomhet.

Et praktisk viktig spørsmål er om nettselskapets ledelse kan delta i *morselskapets ledelse*, og omvendt. I konsernforhold er særlig representasjon i datterselskapenes styre et viktig styringsmiddel for samordning mellom konsernselskapene.³²² Det er i tillegg styret som sørger for informasjonsflyten mellom morselskap og datterselskap.³²³ I det videre vil jeg se nærmere på morselskapets adgang til å opptre i nettselskapets ledelse.

En første skranke for morselskapets adgang til å delta i nettselskapets ledelse, følger av at morselskapet selv ikke må drive «annen virksomhet».³²⁴ I tilfeller hvor morselskapet leverer varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører, vil ikke morselskapets ledelse kunne opptre i nettselskapets ledelse, og omvendt.³²⁵ Forarbeidene presiserer imidlertid at morselskapet *kan* tilby «administrative fellestjenester til konsernet som det er naturlig at ligger i morselskapet» uten at det skal anses som annen virksomhet.³²⁶ Uttalelsen må ses i lys av at man tillater nettvirksomheten å være organisert i samme konsern som konkurranseutsatt virksomhet. I konsernforhold vil morselskapet ofte stå ansvarlig for konsernets fellestjenester.³²⁷ Som konkrete eksempler nevner forarbeidene lønn og HR.³²⁸ Listen er likevel ikke uttømmende. Hva som er administrative tjenester, vil bli nærmere drøftet under punkt 6.2.5.

Videre er det avgjørende at morselskapet – eller den enkelte representant fra morselskapet – ikke anses for å «delta i ledelsen» i foretak

³²² Andenæs (2016) s. 41 og Thorsen s. 38.

³²³ Aksjeloven § 6-16 første ledd.

³²⁴ Energiloven § 4-7 første ledd.

³²⁵ Punkt 3.3.

³²⁶ Prop. 35 L (2015–2016) s. 23 og s. 44.

³²⁷ NOU 1996:6 s. 23 og Thorsen (1994) s. 44.

³²⁸ Prop. 35 L (2015–2016) s. 23 og s. 44.

som driver konkurranseutsatt virksomhet.³²⁹ Lovendringen som trådte i kraft 1. januar 2021 skulle – utover å utvide forbudet til å gjelde «annen virksomhet» – videreføre tidligere gjeldende rett.³³⁰

I forarbeidene fra 2006 blir det presisert at «[g]itt normal overordnet styring av underliggende virksomhet faller personer som inngår i ledelsen i morselskapet eller kontrollerende eier (herunder i styret) utenfor kravene».³³¹ Uttalelsen bekrefter utgangspunktet om at morselskapets ledelse normalt ikke inngår som en del av ledelsen i datterselskapet, men uttrykker også at det kan stille seg annerledes. Avgjørende etter forarbeidene er at «morselskap eller kontrollerende eier ikke gir instruksjoner til datterselskaper i den daglige driften, men forestår alminnelig overordnet styring av underliggende virksomhet».³³²

Forarbeidsuttalelsene må ses i sammenheng med eldirektivets forbud mot at DSO-ledelsen deltar i «foretaksstrukturer [...] som direkte eller *indirekte* har ansvar for den daglige driften av produksjon, transmisjon eller forsyning av elektrisk kraft» (min kursivering).³³³ Etter kommisjonens tolkningsnotat kan DSO-ens ledelse kun opptre i morselskapets ledelse dersom «the holding company does not take *any* day-to-day management decisions concerning the supply, production or network activity» (min kursivering).³³⁴ Morselskapet kan dermed ikke drive noe annet enn overordnet eierstyring av underliggende virksomhet. Etter min oppfatning samsvarer en slik tolkning med direktivets ordlyd.

For at en representant fra morselskapet skal kunne sitte i nettselskapets ledelse, kan dermed ikke morselskapet involvere seg i den daglige driften av underliggende konkurranseutsatt virksomhet. Det må understrekes at energiloven ikke forbyr morselskapet å instruere om den daglige driften av konkurranseutsatt virksomhet, slik den gjør i relasjon til nettvirksomheten.³³⁵ Om morselskapet involverer seg i den daglige driften vil

³²⁹ Energiloven § 4-7 første ledd.

³³⁰ Prop. 35 L (2015–2016) s. 43.

³³¹ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 65.

³³² Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 40.

³³³ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav a.

³³⁴ Europakommisjonen (2010) s. 24.

³³⁵ Energiloven § 4-7 annet ledd.

den likevel bli ansett for å delta i ledelsen av den. Ettersom energiloven § 4-7 første ledd skulle videreføre gjeldende rett, men utvide forbudet til å gjelde «annen virksomhet», må det også gjelde i relasjon til annen konkurranseutsatt virksomhet. Det kan fremstå som strengt. Samtidig fraviker det trolig ikke hva som ellers er normalt i konsernforhold.³³⁶ Etter selskapsrettslige utgangspunkter er det styret og daglig leder i det enkelte selskap som har ansvar for henholdsvis forvaltningen og daglig ledelse av selskapet.³³⁷

Av NEM § 4-17 fremgår det videre at «[d]aglig leder i et nettselskap kan ikke være daglig leder i dets morselskap eller kontrollerende eier».³³⁸ Forbudet må ses i sammenheng med instruksforbudet i energiloven § 4-7 annet ledd, drøftet ovenfor.³³⁹ Av forarbeidene fra 2016 fremgår det:

*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.*³⁴⁰

Ut ifra den siterte forarbeidsuttalelsen kunne det vært aktuelt å drøfte om *instruksforbudet* i energiloven § 4-7 annet ledd oppstiller ytterligere skranker for morselskapets adgang til å delta i nettselskapets ledelse. I utgangspunktet kan det fremstå som inkonsekvent å forby morselskapet å instruere om den daglige driften, men samtidig tillate ledende dobbeltroller. Lignende problemstillinger som ved dobbeltrolle som daglig leder kan for eksempel oppstå om representanter fra morselskapet utgjør *hele* eller *flertallet* av nettselskapets styre. Morselskapet vil da i realiteten

³³⁶ Jones (2020) s. 230.

³³⁷ Aksjeloven §§ 6-12 og 6-14. At en slik tolkning skal legges til grunn kan antagelig også utledes av begrepet «driver» annen virksomhet, jf. 4-7 første ledd. Om morselskapet involverer seg mer aktivt i underliggende konkurranseutsatt virksomhet, vil den fort kunne bli ansett for å drive virksomheten, og av den grunn ikke kunne sitte i nettselskapets ledelse, sammenlign punkt 4.4.

³³⁸ NEM § 4-17 første ledd annen setning.

³³⁹ Energiloven § 4-7 annet ledd.

³⁴⁰ Prop. 35 L (2015–2016) s. 24.

kunne ha stor adgang – gjennom representantene – til å påvirke den daglige driften i nettselskapet.³⁴¹

Det fremgår samtidig klart av lovforarbeidene fra 2016 at någjeldende energilov § 4-7 – utover utvidelsen til «annen virksomhet» – skulle videreføre tidligere gjeldende rett. Av forutberegnelighetshensyn fremstår det som svært uheldig om *instruksforbudet* skulle lagt ytterligere skranker for morselskapets adgang til å delta i nettselskapets ledelse. Om hensikten var at instruksforbudet skulle oppstille ytterligere begrensninger for muligheten til å inneha ledende dobbeltroller i morselskap og nettselskap, burde det ha kommet tydeligere frem.

Det er grunn til å nevne at RME i 2020 foreslo å innta en regel i NEM § 4-17 om at «[s]tyret i nettselskap skal ha et flertall av medlemmer som ikke deltar i ledelsen i morselskap eller kontrollerende eier».³⁴² Regelen ble likevel ikke vedtatt av departementet. I nyhetsoppdateringen på regjeringens hjemmesider – som opplyste om endringen – uttalte departementet at den «ser ikke [...] behov for å stille like strenge krav til funksjonelt skille mellom et nettselskap og et morselskap som kun ivaretar administrative fellesfunksjoner».³⁴³ Forbudet mot dobbeltrolle som daglig leder ble likevel vedtatt.

Etter dette har jeg vanskelig for å se at instruksforbudet i energiloven § 4-7 annet ledd oppstiller ytterligere begrensninger på morselskapets adgang til å delta i nettselskapets ledelse. Dette stiller samtidig krav til at ledelsen er nøye med å påse at avgjørelser blir tatt i riktig organ.³⁴⁴

Konklusjonen er at morselskapets ledelse, etter energiloven § 4-7 første ledd, kan delta i nettselskapets ledelse så lenge morselskapet (1) ikke leverer andre varer eller tjenester enn administrative fellestjenester konserninternt, og (2) ikke involverer seg i den daglige driften av underliggende konkurranseutsatt virksomhet. Etter NEM § 4-17 kan likevel ikke daglig leder i nettselskapet være daglig leder i morselskapet.

³⁴¹ Aksjeloven §§ 6-13 annet ledd og 6-25 første ledd.

³⁴² RME rapport nr. 1/2020.

³⁴³ Regjeringen (2020).

³⁴⁴ Se punkt 5.2 og 6.2.3

5.4 Andre krav til funksjonelt skille

5.4.1 Innledning

Det funksjonelle skillet slik det følger av energiloven § 4-7, begrenser seg til det ovenfor drøftete dobbeltrolleforbudet og instruksforbudet. Reglene er likevel ikke i seg selv tilstrekkelige for å gjennomføre eldirektivets minimumskrav om funksjonelt skille. I tillegg stiller eldirektivet krav om: Opprettelse av samsvarsprogram,³⁴⁵ adskillelse i kommunikasjon og merkevarerstrategi,³⁴⁶ og krav om iverksettelse av egnede tiltak for å sikre ledelsens uavhengighet.³⁴⁷

De to første kravene er i dag gjennomført i norsk rett gjennom avregningsforskriften §§ 8-1a og 8-1b, og NEM-forskriften § 4-18. Disse vil bli behandlet i henholdsvis punkt 5.4.2 og 5.4.3. Det siste kravet, om å iverksette egnede tiltak for å sikre ledelsens uavhengighet, har en mer uklar gjennomføring, og vil bli drøftet under i 5.4.3.

5.4.2 Nøytralitetsprogram- og rapport

Avregningsforskriften krever at nettselskapet oppretter interne rutiner for nøytral opptreden, utpeker en uavhengig nøytralitetsansvarlig og årlig utarbeider en nøytralitetsrapport.³⁴⁸ Reglene gjennomfører eldirektivets krav om å opprette et «samsvarsprogram».³⁴⁹ Fra og med 1. februar 2021 gjelder reglene i avregningsforskriften for *alle* nettselskap som omfattes av det selskapsmessige skillet, også de som ikke omfattes av det funksjonelle skillet i energiloven § 4-7. Formålet bak reglene er å gjøre nettselskapet selv mer bevisst, samt å skape åpenhet og transparens rundt arbeidet med nøytralitet.³⁵⁰

³⁴⁵ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav d.

³⁴⁶ Minimumskriteriet må utledes av kravet om at DSO-en skal være uavhengig i sin «organisering», jf. artikkel 26 nr. 2 første setning, og følger indirekte av direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 3 annen setning.

³⁴⁷ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav b.

³⁴⁸ Avregningsforskriften §§ 8-1a og 8-1b.

³⁴⁹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav d.

³⁵⁰ RME høringsdokument nr. 3/2020 s.12.

Avregningsforskriften krever for det første at nettselskapet utarbeider interne rutiner for å «sikre at selskapet overholder kravene til nøytral opptreden». ³⁵¹ Som minimum skal de inneholde og beskrive hvilke forpliktelser de ansatte og ledelsen har knyttet til nøytral opptreden. ³⁵² Videre skal de interne rutinene inneholde krav om «regelmessig opplæring av de ansatte og ledelsen knyttet til etterlevelse av nøytralitetskravene». ³⁵³

Utover det ovenfornevnte oppstilles det ikke nærmere krav til de interne rutinenes konkrete innhold. At opplæringsprogrammet skal holdes «regelmessig» og at de interne rutinene samlet skal «sikre» nettselskapets nøytralitet, stiller likevel visse kvantitative og kvalitative krav. Av forskriftsforarbeidene må opplæringsprogrammet sørge for at de som utfører oppgaver som kan ha innvirkning på selskapets nøytralitet, til enhver tid har tilstrekkelig og oppdatert kunnskap om nøytralitetsplikten og de interne rutinene som gjelder. ³⁵⁴ Videre at forpliktelsene for de ansatte og ledelsen bør tilpasses arbeidsoppgavene, noe som innebærer at det vil kunne være aktuelt med ulike rutiner for ulike virksomhetsområder. ³⁵⁵ Antagelig kreves det tettere oppfølging av ansatte med for eksempel kundekontakt, enn ansatte som har mer tekniske oppgaver. Nettselskapene vil likevel stå relativt fritt til å bestemme hvordan kravene skal nås.

I tillegg krever avregningsforskriften at nettselskapet utpeker en «uavhengig nøytralitetsansvarlig». ³⁵⁶ Denne skal ha i oppgave å kontrollere at nettselskapet opptre nøytralt, gjennomføre opplæringsprogrammet og være ansvarlig for å utarbeide en årlig nøytralitetsrapport. ³⁵⁷

Hva det vil si at den nøytralitetsansvarlige skal være «uavhengig» blir ikke presisert. Eldirektivet bruker betegnelsen «helt uavhengig», uten at det blir beskrevet nærmere hva det innebærer. ³⁵⁸ Etter forskrifts-

³⁵¹ Avregningsforskriften § 8-1a første ledd første setning.

³⁵² Avregningsforskriften § 8-1a første ledd annen setning.

³⁵³ Avregningsforskriften § 8-1a første ledd tredje setning.

³⁵⁴ RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 25.

³⁵⁵ RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 25.

³⁵⁶ Avregningsforskriften § 8-1a annet ledd første setning.

³⁵⁷ Avregningsforskriften § 8-1a annet ledd annen setning.

³⁵⁸ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav d fjerde setning.

forarbeidene er ikke kravet til hinder for at en av selskapets ansatte utpekes som nøytralitetsansvarlig.³⁵⁹ Om den nøytralitetsansvarlige er tilstrekkelig uavhengig vil bero på en konkret vurdering. Avgjørende etter forskriftsforarbeidene er om det foreligger forhold som «kan svekke tilliten til vedkommende sin uavhengighet».³⁶⁰ Som konkrete eksempler blir eierskap i foretak med tilknytning til energi og at man har andre roller i konsernet, trukket frem.³⁶¹

Uavhengighetskravet vil videre stille krav til hvordan den nøytralitetsansvarlige skal arbeide. Av forskriftsforarbeidene må nettselskapet være tilbakeholden med å instruere nøytralitetsansvarlig.³⁶² Videre må det settes av tilstrekkelige midler og tid, slik at den nøytralitetsansvarlige kan utføre oppgavene på en forsvarlig måte.³⁶³ Det følger videre av avregningsforskriften selv at nettselskapet må sørge for at den nøytralitetsansvarlige har tilgang til all nødvendig informasjon fra nettselskapet og underleverandører.³⁶⁴

Avregningsforskriften § 8-1b stiller nærmere krav til årlig *nøytralitetsrapport*. Rapporten skal utarbeides og offentliggjøres på nettselskapets nettsider, innen tre måneder etter årsskiftet.³⁶⁵ Her skal den være lett tilgjengelig og ligge ute i minst fem år.³⁶⁶ Videre oppstilles det åtte punkter med minimumskrav til rapportens innhold.³⁶⁷ Herunder skal nettselskapet blant annet redegjøre for opplæringsprogrammet, saker der nøytralitet har vært et tema, beslutninger hvor det er viktig å opptre nøytralt, og gi en oversikt over type markedssensitiv informasjon nettforetaket genererer eller mottar.³⁶⁸

³⁵⁹ RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 26.

³⁶⁰ RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 26.

³⁶¹ RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 26.

³⁶² RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 27.

³⁶³ RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 27.

³⁶⁴ Avregningsforskriften § 8-1a annet ledd første setning.

³⁶⁵ Avregningsforskriften § 8-1b første ledd første setning.

³⁶⁶ Avregningsforskriften § 8-1b første ledd annet setning.

³⁶⁷ Avregningsforskriften § 8-1b bokstav a til k.

³⁶⁸ Henholdsvis avregningsforskriften § 8-1b bokstav g, j, c og d.

5.4.3 Uavhengighet utad

Etter NEM § 4-18 skal nettselskapet i sin «markedsføring og kommunikasjon skille seg klart fra» andre kraftleverandører og andre foretak innenfor det integrerte foretaket.³⁶⁹ Den samme plikten gjelder også for enhver kraftleverandører og andre foretak innenfor det integrerte foretaket; de må skille seg klart fra nettselskapet i sin markedsføring og kommunikasjon.³⁷⁰ Kravet trådte i kraft samtidig med de nye adskillelseskravene, og er bakgrunnen for de mange navne-endringene som er skjedd den siste tiden. Plikten til å innrette seg inntretr 1. januar 2022.³⁷¹

Reguleringen i NEM § 4-18 må ses i sammenheng med eldirektivets krav om at den nasjonale reguleringsmyndigheten skal føre kontroll med at vertikalintegreerte DSO-er «i sin kommunikasjon og merkevarestrategi ikke skaper usikkerhet med hensyn til den separate identiteten av *forsyningsdelen* av det vertikalt integrerte foretaket» (min kursivering).³⁷² Begrepet «forsyningsdelen» må forstås som den delen av det vertikalt integrerte foretaket som driver salg av elektrisitet.³⁷³ Bestemmelsen ble tilført ved eldirektiv III, og oppstiller dermed ytterligere minimumskrav for det funksjonelle skillet. Formålet er å tilrettelegge for effektiv konkurranse i markedet for kraftomsetning.³⁷⁴ Om kraftleverandørene profileres likt som nettoperatørene, vil det kunne skape uheldige vridninger i kraftmarkedet.³⁷⁵

Også her går likevel det norske regelverket lengre enn hva eldirektivet krever. NEM-forskriften krever at nettselskapet skal skille seg klart fra *alle* foretak innenfor det integrerte foretaket – inkludert morselskapet – og *enhver* kraftleverandør.³⁷⁶ Formålet er å styrke konkurransen i flere markeder enn kraftmarkedet, og vil tilrettelegge for fremveksten

³⁶⁹ NEM § 4-18 første ledd første setning

³⁷⁰ NEM § 4-18 annet ledd første setning.

³⁷¹ Forskrift nr. 1454/2020 (Heretter: endringsforskrift NEM) kapittel II.

³⁷² Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 3 annen setning

³⁷³ Direktiv 2009/72/EF artikkel 2 nr. 19.

³⁷⁴ Sammenlign direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 9 femte setning.

³⁷⁵ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 3 første setning og Jones (2020) s. 239.

³⁷⁶ NEM § 4-18 første ledd annen setning.

av nye virksomhetsområder i energisektoren.³⁷⁷ Man ønsker å unngå forvekslingsfare, utnyttelse av nettselskapets anseelse, og at sluttbrukerne tror det er en særlig forretningsmessig forbindelse mellom nettselskapet og andre kraftleverandører eller integrert virksomhet.³⁷⁸ Reglene skal videre minske risikoen for krysssubsidierting. Når nettselskapet belastes med kostnader for felles profilering, kan det være utfordrende å avdekke om kostnadsfordelingen er riktig.³⁷⁹

Begrepene *markedsføring* og *kommunikasjon* favner i seg selv vidt. Av forskriftsbestemmelsen vil det omfatte foretaksnavn, andre forretningskjennetegn og varemerke, så vel som andre former for markedsføring og kommunikasjon.³⁸⁰ Det vil omfatte både direkte kontakt med sluttbruker og generell kontakt med publikum, som reklame, sponing og offentlige uttalelser.³⁸¹

At nettselskapet skal «skille seg klart» fra andre foretak, er naturlig å forstå som at det utad skal være en tydelig forskjell. Ved vurderingen skal det etter NEM 4-18 legges vekt på om det «foreligger fare for forveksling eller en utnyttelse av nettselskapets anseelse».³⁸² Formålet bak reglene – så vel som ordlyden – taler i seg selv for en lav terskel. Etter forskriftsforarbeidene skal en strengere terskel enn etter varemerkelovgivningen, legges til grunn.³⁸³ Det samlede helhetsinntrykket vil være avgjørende. At man har samme navn, men tilføyer «Nett AS» er ikke tilstrekkelig.³⁸⁴ Antagelig vil for eksempel identisk fargebruk og grafisk profil i visse tilfeller være egnet til å skape forveksling.

Etter dette oppstilles det relativt strenge krav til adskillelse *utad* mellom nettselskapet, og andre foretak innenfor det integrerte foretaket, så vel som enhver kraftleverandør. Det avgjørende er at det ikke foreligger

³⁷⁷ RME rapport nr. 1/2020 s. 53 og se punkt 2.4.

³⁷⁸ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 10–11.

³⁷⁹ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 11–12.

³⁸⁰ NEM § 4-18 tredje ledd.

³⁸¹ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 27.

³⁸² NEM § 4-18 fjerde ledd første setning.

³⁸³ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 28. Norsk rett går her lengre enn hva kommisjonen forutsetter at eldrektivet krever, jf. Europakommisjonen (2010) s. 27.

³⁸⁴ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 28.

en fare for forveksling. Det må nevnes at bestemmelsen i NEM § 4-18 også inneholder regler om hvem som er pliktig til å endre markedsføring og kommunikasjon, om kravene ikke blir oppfylt. For aktører *utenfor* det integrerte foretaket gjelder prinsippet om først i tid, best i rett.³⁸⁵ *Innenfor* det integrerte foretaket vil konsernet selv kunne bestemme hvem som skal endre profil.

5.4.4 Ytterligere forpliktelser etter eldirektivet?

Eldirektivet forplikter medlemslandene å treffe «egne tiltak» for å sikre at de «yrkesmessige interessene» til nettselskapets ledelse hensyntas på en måte som «sikrer at de er i stand til å opptre uavhengig».³⁸⁶ Ordlyden tilsier at tilstrekkelige tiltak må iverksettes for å sikre at nettselskapets ledelse ikke har insentiver til å vektlegge andre kommersielle hensyn, enn nettdriften. Hvilke konkrete tiltak som må til, fremgår ikke av direktivet. Det er naturlig å slutte at medlemslandene selv har en viss skjønnsmargin til å bestemme hvilke tiltak som er nødvendige. Dette støttes også av kommisjonens tolkningsnotat, hvor det fremgår at hvilke tiltak som er nødvendige må vurderes «in the light of national circumstances».³⁸⁷

Samtidig blir det i kommisjonens tolkningsnotat listet opp en del konkrete forhold, som etter kommisjonens oppfatning må tas i betraktning. Herunder lønnsstruktur, jobb-bytte, morselskapets rett til å avsette ledelsen, og at DSO-en selv – eller ledelsen – holder aksjer i tilknyttet produksjon og omsetningsvirksomhet.³⁸⁸

Ved implementeringen av eldirektiv II ble det forutsatt av departementet at direktivets krav på dette punkt ble gjennomført av andre bestemmelser i energiloven, og tilhørende forskriftsverk.³⁸⁹ Det blir vist til at den nøytralitetsplikten innebærer at «nettvirksomheten, herunder ledelsen, må gjennomføre nødvendige tiltak for å sikre at virksomheten

³⁸⁵ NEM § 4-18 tredje ledd.

³⁸⁶ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav b.

³⁸⁷ Europakommisjonen (2010) s. 24.

³⁸⁸ Europakommisjonen (2010) s. 24.

³⁸⁹ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 42.

har insentiver til å opptre ikke-diskriminerende overfor produksjons- eller omsetningsvirksomhet».³⁹⁰

Det er grunn til å påpeke at det er noe variasjon i hvordan medlemslandene har gjennomført direktivets krav på dette punkt. I Sverige har man innført et generelt forbud mot at ansatte i ledende stillinger har «løner eller andra förmåner som grundar sig på resultatet i de delar av koncernen som bedriver produktion av eller handel med el».³⁹¹ Lignende forbud finnes i Finland og Danmark.³⁹² Ved implementeringen av eldirektivet uttalte departementet at det ikke er noe i veien for at ledelsen avlønnes på konsernnivå, så lenge avlønningsmodellen ikke gir feil insitamenter.³⁹³ Antagelig vil det være i strid med nøytralitetsplikten om ledelsen avlønnes *direkte* basert på produksjons- eller omsetningsvirksomhetenes resultater. Likevel antar jeg at problemstillingen ikke er særlig praktisk.

Norsk rett gjennomfører videre kravet ved å forby nettselskapene å ha *kontroll* over konkurranseutsatt virksomhet.³⁹⁴ Forarbeidenes begrunnelse for å oppstille forbudet ligger i at «nettvirksomheten da vil få en kommersiell interesse i konkurranseutsatt virksomhet».³⁹⁵ Etter departementets egen oppfatning er det uforenlig med direktivets krav.³⁹⁶

Det må være klart at kommersielle interesser også kan oppstå om nettselskapet eier *mindre* selskapsandeler i konkurranseutsatt virksomhet. Nøytralitetsplikten etter norsk rett er vanskelig til hinder for slikt eierskap. Den vil derimot forby nettselskapet å vektlegge eventuelle kommersielle interesser den får.³⁹⁷ Det fremstår imidlertid som noe inkonsekvent at departementet selv mener det er uforenlig med direktivet at nettvirksomheten har kommersielle interesser i konkurranseutsatt

³⁹⁰ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 42.

³⁹¹ Svensk ellag 3 kap 1c §.

³⁹² Henholdsvis finsk förordning nr. 922/2006 3 §, jf, finsk elmarknadslag 60 § tredje ledd nr. 1, og BEK nr. 2242 af 29/12/2020 § 31, jf. dansk elforsyningslov § 45 stk. 4.

³⁹³ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 41.

³⁹⁴ Punkt 4.3.

³⁹⁵ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 28.

³⁹⁶ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 28.

³⁹⁷ NEM § 4-14.

virksomhet, men fortsatt tillater nettselskapene å eie mindre selskapsandeler i slik virksomhet.

Om det representerer et direktivbrudd, er likevel ikke sikkert. Direktivets ordlyd oppstiller ikke i seg selv et forbud mot at nettselskapet eier mindre selskapsandeler i konkurranseutsatt virksomhet. Departementet synes å forutsette at det er uforenlig med direktivets krav at nettvirksomheten har kommersielle interesser i konkurranseutsatt virksomhet.³⁹⁸ Departementets synspunkt har imidlertid begrenset rettskildemessig vekt ved tolkningen av hva direktivet krever. I kommisjonens tolkningsnotat blir eierskap av mindre selskapsandeler trukket frem som et forhold som bør adresseres. Samtidig blir det presisert at hvilke tiltak som er nødvendig må vurderes ut ifra de nasjonale forholdene. Det må også nevnes at kommisjonens notat ikke er rettslig bindende, og har begrenset rettskildemessig vekt.

Ved vurderingen av hvilke tiltak som er nødvendige etter eldirektivet vil de nasjonale forholdene ha betydning, jf. ovenfor. Ut fra mine undersøkelser synes det ikke å være særlig vanlig at nettselskapene eier mindre selskapsandeler i verken produksjons- eller omsetningsvirksomhet, eller annen konkurranseutsatt virksomhet. Videre plikter nettselskapene i den årlige nøytralitetsrapporten å beskrive «eventuelle eierandeler nettselskapet har i andre selskap», samt «type beslutninger hvor det er spesielt viktig å påse at krav til nøytral opptreden overholdes».³⁹⁹ Dette vil i hvert fall til en viss grad tvinge nettselskapet selv til å reflektere over slikt eierskap, og hvilke utfordringer som kan oppstå. Om det i fremtiden skulle utvikle seg en praksis hvor nettselskap i større grad eier mindre selskapsandeler i særlig produksjons- og omsetningsvirksomhet, kan det likevel spørres om dagens regulering er egnet for å «sikre» at ledelsen «er i stand til å opptre uavhengig» i tråd med eldirektivets krav.⁴⁰⁰

³⁹⁸ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 28.

³⁹⁹ Avregningsforskriften § 8-1b bokstav b og c.

⁴⁰⁰ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav c.

5.5 Oppsummering

Det funksjonelle skillet oppstiller etter dette relativt omfattende sikkerhetsmekanismer som utfyller det selskapsmessige skillet. Den samlede regulering av funksjonelt skille i Norge er til dels fragmentarisk regulert gjennom ulike forskrifter. I likhet med hva som er tilfellet ved det selskapsmessig skillet, går norsk rett også her på enkelte punkter lengre enn hva EØS-retten krever. Særlig ved at det funksjonelle skillet gjelder for et større antall nettkonsesjonærer, og retter seg mot *all* annen virksomhet.⁴⁰¹

Konkurransetsatt virksomhets mulighet til å påvirke nettselskapets handlinger blir begrenset fra flere hold. Instruksforbudet og forbudet mot ledende dobbeltroller må i stor grad ses i sammenheng. Samlet bidrar disse til å effektivisere og sikre nettselskapets faktiske uavhengighet, og at avgjørelser som gjelder nettvirksomheten, fattes internt hos nettoperatoren. Forbudet mot ledende dobbeltroller vil videre sikre at ledelsen i konkurranseutsatt virksomhet ikke fatter beslutninger basert på særlig informasjon om nettvirksomheten.

Nettselskapet vil likevel ikke være helt uavhengig. Det vil være adgang for en viss sentralstyring og samordning fra morselskapet, noe som må ses i sammenheng med at man tillater nettvirksomheten å være organisert i samme konsern som konkurranseutsatt virksomhet. Morselskapet har et klart behov for å føre en viss kontroll med nettvirksomheten. Kontrollmuligheten er likevel begrenset. Nettselskapet vil i stor grad ha operasjonell autonomi.

Nøytralitetsutfordringer vil fortsatt kunne foreligge. Når nettvirksomheten er organisert i samme konsern som konkurranseutsatt virksomhet, vil det antagelig fortsatt kjenne på et visst fellesskap og lojalitet mot konsernet som sådan. Kravet om utarbeidelse av interne rutiner for nøytralitet og årlig nøytralitetsrapport, vil antagelig bidra til å minske betenkelighetene noe. Det må antas at det vil gjøre de ansatte, så vel som ledelsen, mer bevisste på nøytralitetsproblematikken som kan oppstå. At nøytralitetsrapporten skal offentliggjøres gjør det videre lettere for

⁴⁰¹ Sammenlign direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 4.

myndighetene og andre interessenter å få innsyn i nettselskapets arbeid med nøytralitet.

Til slutt vil de nye reglene om markedsføring og kommunikasjon særlig bidra til å sikre nettselskapets uavhengighet *utad*. Nettselskapets kommunikasjon med omverdenen vil kunne påvirke konkurranseforholdene i markedet. Undersøkelser har særlig vist at strømkundene synes det er vanskelig å skille mellom nettselskap og kraftleverandører.⁴⁰² Mange har derfor holdt seg til de tradisjonelle kraftselskapene, noe som er problematisk med tanke på å øke konkurransen i kraftmarkedet. Ved å stille krav om at nettselskapet utad klart skal fremstå som en selvstendig enhet, vil det antagelig bli lettere å skille disse fra hverandre. Reglene legger videre til rette for effektiv konkurranse ved etablering av nye virksomhetsområder i energisektoren.⁴⁰³

⁴⁰² Sentio Research Norge AS (2018) s. 9.

⁴⁰³ Punkt 2.4.

6 Fellestjenester og samarbeid

6.1 Innledning

Et spørsmål som har stor praktisk betydning, er hvilken adgang det integrerte foretaket har for samarbeid og bruk av fellestjenester. *Fellestjenester* kan beskrives som ulike tjenester som er organisert internt i konsernet og som i større eller mindre grad kommer hele konsernet til gode.⁴⁰⁴ Dette kan være alt fra byggetjenester, kundeservicetjenester til IT-tjenester. Ofte vil det være morselskapet, et eget service-selskap eller servicesenter som yter slike tjenester.⁴⁰⁵ Det er heller ikke unormalt at ansvaret plasseres hos et datterselskap.⁴⁰⁶ *Samarbeid* kan på sin side beskrives som at hvert selskap utfører hver sin del av en konkret oppgave.

Gjennom fellestjenester og samarbeid vil konsernet, så vel som det enkelte konsernselskap, kunne oppnå besparelser i form av stordriftsfordeler. Dette vil igjen kunne komme samfunnet til gode i form av lavere kostnader for produktene. Ulempene ved samarbeid og fellestjenester i et integrert foretak knytter seg først og fremst til faren for krysssubsidiering og svekket nøytralitet hos nettselskapet. Ut fra markedsmessige hensyn kan det også være uheldig at nettselskapet lar tilknyttet virksomhet utføre tjenester, fremfor å la andre markedsaktører utføre tjenestene

I dette kapitlet vil jeg se nærmere på muligheten for fellestjenester og samarbeid i et integrert foretak. Drøftelsen tar utgangspunkt fra nettselskapets ståsted. Det vil si at fokuset vil ligge på i hvilken grad *nettselskapet* kan ta del i konserninterne fellestjenester og samarbeid. For andre deler av det integrerte foretaket – for eksempel produksjon og omsetning – vil det klart være en større mulighet for samarbeid og fellestjenester. Her gjør ikke de samme hensynene og regelverk seg gjeldende. I hvilken grad nettselskapet kan *yte* tjenester til andre deler av kraftkonsernet vil bli drøftet i kapittel 7, nettselskapets aktiviteter.

⁴⁰⁴ Kristoffersen (2010) delkapittel 3.3.2.

⁴⁰⁵ Kristoffersen (2010) delkapittel 3.3.2.

⁴⁰⁶ Holen (2016) s. 51.

6.2 Fellestjenester

6.2.1 Innledning

Energiloven §§ 4-6 og 4-7 oppstiller ikke i seg selv et forbud mot fellestjenester i et integrert foretak. Det selskapsmessige skillet krever imidlertid at nettselskapet selv disponerer over verdiene tilknyttet egen nettvirksomhet.⁴⁰⁷ Videre krever det funksjonelle skillet at morselskapet ikke gir instruksjer til nettselskapet om den daglige driften. Som drøftet i punkt 5.2.3.2 innebærer det at morselskapet ikke kan gi instruksjer om nettselskapets anskaffelser.

Utover dette følger begrensningene for nettselskapets mulighet til å ha fellestjenester hovedsakelig av annet regelverk. For det første vil krav til *nettselskapets egenbemanning* sette absolutte skranker for hvilke tjenester et nettselskap kan anskaffe fra andre aktører. Videre vil *nøytralitetsplikten* sette skranker for hvilke funksjoner et nettselskap kan dele med andre foretak innenfor det integrert foretaket. Noe bortgjemt i kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd oppstilles det videre en hovedregel om at alle anskaffelser nettselskapet gjør fra selskaper i samme konsern skal *konkurransesettes*.⁴⁰⁸ Fra hovedregelen er det gjort enkelte unntak i åttende ledd.⁴⁰⁹ Særlig aktuelt er unntaket for administrative tjenester.

Eldirektivet krever at nettvirksomheten skal være uavhengig i sin «organisering».⁴¹⁰ Det oppstilles likevel ikke et generelt forbud mot fellestjenester.⁴¹¹ Uavhengighetskravet – som drøftet i punkt 5.2.3 – vil sette visse skranker. Av kommisjonens tolkningsnotat må muligheten for fellestjenester vurderes konkret.⁴¹² DSO-en kan ikke «unduly rely on the services of other parts of the vertically integrated undertaking».⁴¹³ Fellestjenester må videre organiseres på en måte som reduserer konkur-

⁴⁰⁷ Punkt 4.2.

⁴⁰⁸ Kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd.

⁴⁰⁹ Kontrollforskriften § 2-8 åttende ledd.

⁴¹⁰ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 1 første setning.

⁴¹¹ Se argumentasjonen i Jones (2020) s. 227–228 og Aarseth (2005) s. 94–98.

⁴¹² Europakommisjonen (20) s. 25.

⁴¹³ Europakommisjonen (20) s. 25.

ransemessige utfordringer, samt forhindrer kryssubsidiering.⁴¹⁴ Som den videre gjennomgangen vil vise, må kravene kommisjonen legger til grunn, antas å være oppfylt. Norge går i stor grad lengre enn hva de EØS-rettslige forpliktelsene krever.

I det videre vil jeg se på skrankene som ligger for muligheten til å ha fellestjenester. Først vil jeg, i punkt 6.2.2, kort behandle krav til nettselskapets egenbemanning og egne ressurser. Deretter vil jeg, i punkt 6.2.3, se på hvilke restriksjoner nøytralitetsplikten legger for muligheten til å dele funksjoner innenfor et integrert foretaket. I punkt 6.2.4 vil jeg se på kravet om konkurranseutsettelse i kontrollforskriften. I punkt 6.2.5 vil jeg se på unntakene for eiendomstjenester og administrative tjenester.

6.2.2 Nettforetakets selvstendighet

Etter energilovforskriften § 3-6 skal nettselskapet ha tilstrekkelig *egenbemanning* «til å lede virksomheten i enhver situasjon».⁴¹⁵ I tillegg stiller kraftberedskapsforskriften visse minstekrav til nettselskapets eget personell og egne ressurser.⁴¹⁶ Kravene til egenbemanning og egne ressurser må ses i sammenheng med at nettselskapet har fått konsesjon til å drive nettvirksomhet, noe som innebærer både rettigheter og plikter. Ansvaret kan ikke settes bort til andre, og det er nettselskapet selv som må drive nettvirksomheten.⁴¹⁷ Kravene til egenbemanning og egne ressurser vil sette absolutte skranke for hva slags oppgaver et nettselskap kan sette ut til eksterne aktører.

Innenfor de nevnte kravene vil nettselskapet ha relativt stor fleksibilitet til å avgjøre om det ønsker å anskaffe egne ressurser, eller sette oppgaver ut til eksterne aktører – inkludert tilknyttede foretak i kraftkonsernet. Avgjørende etter energilovforskriften er at nettselskapet «*til enhver tid* har tilgang til personell med kompetanse innenfor nettforvaltning,

⁴¹⁴ Europakommisjonen (20) s. 25.

⁴¹⁵ Energilovforskriften § 3-6 første ledd annen setning.

⁴¹⁶ Forskrift 7. desember 2012 nr. 1157 om sikkerhet og beredskap i kraftforsyningen (kraftberedskapsforskriften) kapittel 4.

⁴¹⁷ Sammenlign NEM § 4-12 tredje ledd.

driftskontroll, tilstandskontroll og feilretting, behandling av henvendelser om tekniske forhold, samt nybygging og ombygging av elektriske anlegg» (min kursivering).⁴¹⁸ Hvordan nettselskapet får tilgang til slik kompetanse, har den i utgangspunktet en viss fleksibilitet til å bestemme selv.⁴¹⁹ Det avgjørende er at den «til enhver tid» har tilgang på opplistet kompetanse.

6.2.3 Nøytralitetsplikten

I dette delkapittelet vil jeg se på hvilke skranke nøytralitetsplikten legger for nettselskapets mulighet til å ta del i konsernets fellestjenester. NEM § 4-14 påbyr alle nettselskap å opptre «nøytralt og ikke-diskriminerende», herunder ikke gi tilknyttede foretak en «særlig fordel».⁴²⁰ At man får en «særlig» fordel innebærer, som nevnt, at man gis en fordel ikke alle får.⁴²¹

Det kan argumenteres for at tilknyttede selskap alltid vil få en fordel når de deler funksjoner med nettselskapet. Ved å dele funksjoner vil man oppnå besparelser i form av stordriftsfordeler. Forskriftsforarbeidene presiserer imidlertid at:

*Det er meningen å avgrense regelen til fordeler som et nettselskap kan gi i kraft av å drive nettvirksomhet. Stordriftsfordeler som følger ved å være del av et konsern, for eksempel at man deler på utgifter til administrative tjenester og eiendomstjenester, er ikke omfattet av regelen. Innenfor nettselskapets kjernevirksomhet derimot, skal nettselskapet ikke gi noen foretak innenfor gruppen en fordel som andre ikke kan få.*⁴²²

Det er altså kun fordeler nettselskapet gir *fordi* den driver nettvirksomhet, som rammes av nøytralitetsplikten i NEM § 4-14. Stordriftsfordeler som følger av å være organisert i konsern vil ikke være en «særlig fordel» etter

⁴¹⁸ Energilovforskriften § 3-6 første ledd første setning.

⁴¹⁹ OED høringsnotat (2014) s. 6.

⁴²⁰ NEM § 4-14 første og annet ledd.

⁴²¹ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 14.

⁴²² NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 14.

NEM § 4-14. Uttalelsen må ses i sammenheng med kontrollforskriftens krav om konkurranseutsettelse, og unntakene som er gjort for administrative tjenester og eiendomstjenester. Dette vil bli nærmere behandlet i punkt 6.2.5 og 6.2.5.

I noen tilfeller vil deling av en funksjon – altså at både konkurranseutsatt virksomhet og nettvirksomheten benytter seg av samme funksjon – i seg selv medføre at tilknyttet virksomhet gis særfordeler fra nettvirksomheten. Her vil nøytralitetsplikten sette absolutte skranke for om en funksjon kan deles, eller ikke – selv etter forutgående konkurranse. Også i forarbeidene fra 2006 blir det forutsatt at «enkelte typer eller forhold ved fellestjenester må forbys av hensyn til blant annet nettvirksomhetens nøytralitet».⁴²³

Nøytralitetsplikten er særlig aktuell som skranke i tilfeller hvor deling av en funksjon gir tilknyttet virksomhet tilgang til markedssensitiv informasjon. NEM § 4-14 nevner eksplisitt at tilknyttet virksomhet ikke må gis «tilgang til informasjon som andre aktører ikke har, og som kan utnyttes i markedet».⁴²⁴ Ordlyden tilsier at nettselskapet ikke kan gi tilknyttet virksomhet tilgang på ikke-offentlig tilgjengelig informasjon, som kan brukes til å fremme kommersiell virksomhet. Forbudet har en side mot NEM-forskriftens regler om markedsadferd og transparens, og hovedregelen om at innsideinformasjon skal gjøres tilgjengelig for alle aktører samtidig.⁴²⁵ Nøytralitetsplikten går likevel lengre, ved at den ikke begrenser seg til å gjelde informasjon som kan påvirke prisene på «engrosenergiprodukter».⁴²⁶ For eksempel vil nøytralitetsplikten også omfatte informasjon om egne nettkunder eller fremtidige anskaffelser.⁴²⁷ Slik informasjon kan potensielt utnyttes av tilknyttet virksomhet for å

⁴²³ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s. 30.

⁴²⁴ NEM § 4-14 annet ledd.

⁴²⁵ NEM kapittel 5, sammenlign forordning 2011/1227/EU (REMIT-forordningen).

⁴²⁶ NEM § 5-1 femte ledd. *Engrosenergiprodukter* blir 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», jf. NEM § 5-1 annet ledd

⁴²⁷ NVE høringsdokument nr. 8/2019.

fremme egen kommersiell virksomhet. Om en viss funksjon gir tilgang på slik informasjon, vil den som hovedregel ikke kunne deles med konkurranseutsatt virksomhet.

Det er grunn til å nevne at avregningsforskriften § 8-1 tredje ledd forbyr nettselskapet å ha felles kunde- og måleverdidatabaser med kraftleverandører. Videre forbyr den ansatte å ha tilgang på informasjon i Elhub på vegne av flere virksomheter.⁴²⁸ Nøytralitetsplikten vil kunne sette enda strengere rammer for den interne organiseringen. Nettselskapet må sørge for at tilknyttet virksomhet heller ikke på annen måte gis tilgang på markedssensitiv informasjon. Hvilke tiltak som er nødvendige, må vurderes konkret. At kundebehandlerne til nettselskapet sitter i åpent landskap, sammen med kundebehandlerne til tilknyttet kraftleverandør, vil antagelig kunne være i strid med nøytralitetsplikten.

Etter sin ordlyd nevner NEM § 4-14 kun informasjon som andre ikke har og som kan «utnyttes i markedet», som eksempel på informasjon som kan gi integrerte foretak en «særlig fordel», jf. annet ledd. Det er naturlig å forstå det slik at dersom informasjonen ikke kan utnyttes i markedet, så vil den heller ikke være egnet til å tilknytte foretak en «særlig fordel». Et praktisk eksempel kan være om det integrerte foretaket har et selvstendig konsulentfirma. Om konsulentfirmaet – etter forutgående konkurranse – utfører oppdrag for nettselskapet, kan det tenkes at det får tilgang til informasjon om for eksempel planlagte nettinvesteringer. Så lenge det foreligger tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer som sørger for at konsulentforetaket ikke selv kan utnytte informasjonen i markedet, eller at informasjonen tilflyter feil personer – for eksempel ledelsen i tilknyttet produksjonsselskap – vil det etter min oppfatning ikke være i strid med nøytralitetsplikten. Det er likevel sentralt at slike sikkerhetsmekanismer blir etablert. I praksis vil det trolig skje ved taushetserklæringer og andre kontraktsklausuler.

Lignende betraktninger gjør seg gjeldende om en alminnelig ansatt hos nettselskapet, også er ansatt hos tilknyttet konkurranseutsatt virksomhet. Reglene om funksjonelt skille forbyr i utgangspunktet ikke en

⁴²⁸ Avregningsforskriften § 8-1 femte ledd. *Elhub* er den nasjonale informasjonsløsning for måling og avregning i kraftmarkedet, jf. avregningsforskriften § 1-3 niende ledd.

slik ordning.⁴²⁹ Etter nøytralitetsplikten må nettselskapet sørge for å etablere tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer som sikrer at markeds-sensitiv informasjon ikke tilkommer konkurranseutsatt virksomhet.⁴³⁰ Hvilke sikkerhetsmekanismer som kreves, må vurderes konkret. Man kan ikke se helt bort ifra at enkelte dobbeltroller på ansettelsesnivå vil være uforenlig med nøytralitetsplikten.⁴³¹

Nøytralitetsplikten setter dermed absolutte skranke for nettselskaps mulighet til å dele en funksjon med tilknyttet virksomhet. Det vil si at konkurranseutsatt virksomhet benytter seg av samme funksjon som nettvirksomheten. Dersom deling av en viss funksjon medfører at tilknyttede selskap blir satt i en *særlig* posisjon til å dra fordeler av nettvirksomheten, vil den som utgangspunkt ikke kunne deles – selv etter forutgående konkurranse. Særlig aktuelt er tilfellet hvor deling av en funksjon gir tilgang på ikke-offentlig informasjon som kan utnyttes til å fremme kommersiell virksomhet. Dette vil også stille krav til hvordan eventuelle delte funksjoner er organisert i det integrerte foretaket.

6.2.4 Krav om konkurranse

Kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd krever at «[e]nhver anskaffelse fra andre selskaper i samme konsern, hvor kostnadene ved anskaffelsen belastes nettvirksomheten, skal så langt som mulig være basert på konkurranse».⁴³² Fra hovedregelen er det gjort unntak for «administrative tjenester», «eiendomstjenester» og «kontrakter med en anslått verdi under 100 000 kroner ekskl. mva».⁴³³ Sistnevnte unntak må ses i sammenheng med anskaffelsesregelverkets tilsvarende unntak.⁴³⁴ Formålet er å redusere rettsliggjøringen av små anskaffelser.⁴³⁵ En planlagt anskaffelse kan

⁴²⁹ Punkt 5.3.

⁴³⁰ NVE høringsdokument nr.8/2020 s. 16.

⁴³¹ Sammenlign punkt 6.3 nedenfor.

⁴³² Kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd første setning.

⁴³³ Kontrollforskriften § 2-8 åttende ledd.

⁴³⁴ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) § 2 og forsyningsforskriften § 1-1.

⁴³⁵ RME rapport nr. 63/2015 s. 14.

derimot ikke deles opp med hensikt om å unngå kravet om konkurranseutsetting.⁴³⁶

Hovedregelen i kontrollforskriften står i motsetning til anskaffelsesregelverket for øvrig, hvor det etter reglene om utvidet og omvendt egenregi, gjøres en del unntak for konserninterne anskaffelser.⁴³⁷ Formålet bak å kreve konkurranseutsettelse i kontrollforskriften er å motvirke kryssubsidiering og sikre at anskaffelser skjer til markedsvilkår.⁴³⁸ Kravet har videre en side mot nøytralitetsplikten. Hvem nettselskapet tildeler en kontrakt, bør begrunnes ut fra objektive kriterier. I ekspertrapporten *Et bedre organisert strømnett* blir det fremhevet at store og gode miljøer innen entreprenørnæringen er viktig for å håndtere fremtidig utvikling i distribusjonsnettet.⁴³⁹ Ved at nettselskapet i utgangspunktet må konkurranseutsette alle anskaffelser den gjør, vil det kunne stimulere til mer konkurranse i leverandørmarkedene, samt hindre at tilknyttede selskap blir særlig tilgodesett ved nettselskapets anskaffelser.⁴⁴⁰

I tilfeller hvor hovedregelen kommer til anvendelse, fastsettes det at «[u]tvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av slike kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier».⁴⁴¹ Etter forskriftsforarbeidene skal forsyningsforskriftens regler om gjennomføring av konkurranse, og terskelverdiene etter denne, følges.⁴⁴² På bakgrunn av oppgavens tema, vil jeg ikke gå nærmere inn på de prosessuelle reglene, men konsentrere meg om de materielle vilkårene

⁴³⁶ Sammenlign forsyningsforskriften § 5-3 fjerde ledd, jf. NVE Rapport 2015 63 s. 15.

⁴³⁷ Forsyningsforskriften § 3-5. Unntaket fra anskaffelsesregelverket gjelder for kontrakter mellom foretak i samme gruppe, og hvor «minst 80 prosent av foretakets gjennomsnittlige omsetning av enten varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider skriver seg fra henholdsvis vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter som er utført for oppdragsgiveren eller andre foretak i gruppen», jf. forsyningsforskriften § 3-5 tredje ledd. Begrunnelsen for unntaket er å forhindre at anskaffelsesregelverket påvirker hvordan oppdragsvier organiserer virksomheten, jf. Goller (2014).

⁴³⁸ RME rapport nr. 63/2015 s. 5.

⁴³⁹ OED (2014) s. 51.

⁴⁴⁰ Ved innføringen av hovedregelen om at nettselskapet selv ikke kan levere varer og tjenester i konkurranse med andre aktører, effektiviseres det ytterligere, sammenlign synspunkter i RME rapport nr. 63/2015 s. 16, jf. kapittel 7.

⁴⁴¹ Kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd annen setning

⁴⁴² RME rapport nr. 63/2015 s. 14.

for *når* en anskaffelse må konkurranseutsettes. I det videre vil jeg se nærmere på anvendelsesområdet til kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd. Unntaket for eiendomstjenester og administrative tjenester vil bli behandlet under neste punkt.

For at kontrollforskriftens § 2-8 skal komme til anvendelse må det for det første være snakk om en «anskaffelse». Begrepet blir ikke nærmere definert, men er naturlig å forstå som alle vare- eller tjenestekontrakter hvor nettselskapet står som oppdragsgiver.⁴⁴³ At det er snakk om en kontrakt innebærer en avgrensning mot tilfeller hvor eksempelvis morselskapet handler på eget initiativ.

Videre kommer kravet om konkurranseutsetting bare til anvendelse for anskaffelsen fra andre «selskaper i samme konsern».⁴⁴⁴ Hva som er et *konsern* blir ikke definert i kontrollforskriften, og blir heller ikke omtalt i forskriftsforarbeidene. Etersom bestemmelsen gjør unntak fra forsyningsforskriftens regulering, er det nærliggende å se hen til dennes gruppedefinisjon.⁴⁴⁵ For de fleste praktiske formål samsvarer definisjonen med energilovens definisjon av *integrrert foretak*.⁴⁴⁶ At kontrollforskriften ikke bruker betegnelsen «integrrert foretak» må ses i lys av at bestemmelsen ble inntatt i 2015. Energilovens dagjeldende definisjon av *vertikalt integrrert foretak*, omfattet kun grupper av foretak som drev produksjons- og omsetningsvirksomhet, i tillegg til nettvirksomhet.⁴⁴⁷ Hensikten må ha vært å også ramme tilknyttede selskap som driver annen konkurranseutsatt virksomhet.

Et aktuelt spørsmål er om konsernbegrepet i kontrollforskriften § 2-8 må begrenses til *kun* å gjelde konsern som etter energiloven defineres

⁴⁴³ Sammenlign anskaffelsesloven § 2 og forsyningsforskriften § 1-1.

⁴⁴⁴ Kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd første setning. Det er grunn til å nevne at forsyningsforskriftens øvrige unntak kommer til anvendelse for anskaffelser fra foretak *utenfor* konsernet, jf. eksempelvis forsyningsforskriften § 3-6.

⁴⁴⁵ Forsyningsforskriften § 3-5 annet ledd, jf. § 1-2 tredje ledd.

⁴⁴⁶ Forsyningsforskriften krever likevel at avgjørende innflytelse har grunnlag i «eierforhold, annen økonomisk deltakelse eller reglene som gjelder for foretaket», jf. § 1-2 tredje ledd. Som drøftet i punkt 3.2 er grunnlaget for bestemmende innflytelse etter energiloven av mindre betydning. Antagelig vil dette likevel ikke ha særlig praktisk betydning.

⁴⁴⁷ Endringslov 2006 § 1-3 tredje ledd.

som et integrert foretak.⁴⁴⁸ Ordlyden er i seg selv vid nok til å omfatte konsern som ikke driver annen virksomhet, samt anskaffelser fra foretak som ikke driver konkurranseutsatt virksomhet.

Forbudet mot krysssubsidierting i kontrollforskriften § 2-8 første ledd retter seg samtidig kun mot «konkurranseutsatt virksomhet».⁴⁴⁹ En kontekstuell fortolkning taler i retning av at kravet om konkurranse kun kommer til anvendelse når tilknyttet foretak driver konkurranseutsatt virksomhet. Det er her formålet bak reguleringen i kontrollforskriften § 2-8 gjør seg gjeldende. Som drøftet i punkt 4.3, er ikke det selskapsmessige skillet til hinder for at nettselskapet oppretter et datterselskap, som *kun* utfører oppgaver for nettselskapet. I tilfeller hvor nettselskapet foretar en anskaffelse fra et slikt datterselskap, er det vanskelig å se at begrunnelsen for å kreve konkurranseutsettelse står seg. Her vil det vanskelig oppstå en risiko for krysssubsidierting.

Særlige spørsmål oppstår ved *nettkonsern*. Her foreligger det en viss risiko for krysssubsidierting dersom selskapene foretar anskaffelser fra hverandre. Det spesielle er likevel, som drøftet i punkt 3.4, at en eventuell subsidierting ikke vil skje til fordel for annen konkurranseutsatt virksomhet, men til fordel for et annet nettselskap, som også driver monopolvirksomhet. Om reglene har til hensikt å beskytte mot slik subsidierting, er etter min vurdering usikkert. Den endelige konklusjonen bør etter min oppfatning bero på om man anser et nettkonsern som et integrert foretak eller ikke. Som drøftet i punkt 3.4, heller jeg mot at det ikke gjør det. Tilsvarende heller jeg mot at konsernbegrepet i kontrollforskriftens § 2-8 må tolkes innskrenkende for nettkonsern.

Det tredje vilkåret for at kontrollforskriften § 2-8 skal komme til anvendelse, er at «kostnadene ved anskaffelsen belastes nettvirksomheten».⁴⁵⁰ Det er naturlig å forstå vilkåret som en henvisning til det regnskapsmessige skillet, noe som støttes av forskriftsforarbeidene.⁴⁵¹ Ettersom nett-konsesjonærene – ved innføringen av de nye adskillelseskravene – ikke

⁴⁴⁸ Kapittel 3.

⁴⁴⁹ Kontrollforskriften § 2-8 første ledd første setning.

⁴⁵⁰ Kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd første setning.

⁴⁵¹ RME rapport nr. 63/2015 s. 14.

kan drive stort annet enn egen nettvirksomhet, har anvendelseskriteriet mindre praktisk betydning. Samtidig er det grunn til å være oppmerksom på at skillet mellom nettvirksomhet og «øvrig virksomhet» etter det regnskapsmessige skillet, er annerledes enn skillet mellom nettvirksomhet og «annen virksomhet» etter det selskapsmessige skillet.⁴⁵²

Til slutt vil kravet om konkurranseutsetting bare komme til anvendelse «så langt som mulig».⁴⁵³ I tilfeller hvor det ikke er mulig for nettselskapet å basere anskaffelsen på konkurranse vil det – rimelig nok – kunne anskaffe den direkte fra et tilknyttet foretak. Om konkurranse er mulig eller ikke vil bero på en konkret vurdering. Ordlyden i seg selv taler for en høy terskel. I forskriftsforarbeidene blir det presisert at unntaket er ment som en snever unntaksregel.⁴⁵⁴ Et relevant moment vil være om det finnes alternative tilbydere. Tidsperspektivet og kostnadene ved anskaffelsesprosessen vil også kunne tillegges vekt.⁴⁵⁵ I tilfeller hvor behovet for anskaffelsen er prekært – slik som i en beredskapssituasjon – kan det eksempelvis være vanskelig å gjennomføre en reell konkurranseutsetting.⁴⁵⁶ Videre er det grunn til å anta at kravet om konkurranseutsettelse ikke kommer til anvendelse for kontrakter som forsyningsforskriftens kapittel 2 gjør unntak for. For eksempel vil det – etter nærmere bestemte vilkår – gjelde forsknings- og utviklingskontrakter (FoU-kontrakter).⁴⁵⁷ Her vil det være andre hensyn som gjør seg gjeldende.

6.2.5 Administrative tjenester

6.2.5.1 Innledning

Fra kontrollforskriftens krav om konkurranseutsettelse er det gjort unntak for «administrative tjenester og eiendomstjenester», jf. kontrollforskriften § 2-8 åttende ledd. Formålet bak unntakene er å unngå kostnadskrevende dupliseringer av funksjoner som ellers er like i det

⁴⁵² Punkt 7.2.2.

⁴⁵³ Kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd første setning.

⁴⁵⁴ RME rapport nr. 63/2015 s. 12.

⁴⁵⁵ RME rapport nr. 63/2015 s. 12.

⁴⁵⁶ Sammenlign Energi Norge (2014) s. 4.

⁴⁵⁷ Forsyningsforskriften § 2-5.

integrerte foretaket.⁴⁵⁸ I rapporten *Et bedre organisert strømnett* blir det også fremhevet at et «absolutt krav om konkurranse for alle typer tjenester vil kunne hindre en hensiktsmessig organisering av interne administrative tjenester».⁴⁵⁹

I praksis har særlig hva som er *administrative tjenester* vært gjenstand for diskusjon.⁴⁶⁰ Som nevnt i punkt 5.3, følger det av energilovens forarbeider at morselskapet vil kunne levere administrative fellestjenester i konsernet, uten at det skal anses for å drive «annen virksomhet». Regelverket bygger dermed på en viss forutsetning om at det integrerte foretaket kan dele administrative funksjoner. Det er ikke nødvendigvis gitt at begrepet skal forstås likt i begge sammenhenger. Forståelsen av hva som er administrative tjenester etter kontrollforskriften § 2-8 vil likevel sette absolutte skranke for hva slags tjenester morselskapet kan levere til nettselskapet før den anses for å drive «annen virksomhet». I tilfeller hvor anskaffelsen må konkurranseutsettes, må morselskapet klart anses for å levere en vare eller tjeneste i konkurranse med andre aktører.⁴⁶¹

Det må understrekes at selv om kontrollforskriften gjør unntak fra kravet om konkurranseutsettelse for administrative tjenester og eiendomstjenester, vil forbudet mot kryssubsidiering i kontrollforskriften § 2-8 gjelde fullt ut. Kostnadene ved fellestjenestene må fordeles forholdsmessig ut fra den reelle bruken av fellestjenesten, og nettselskapet kan ikke belastes med en uforholdsmessig del.⁴⁶² I tillegg krever kontrollforskriften at alle avtaler mellom nettselskapet og andre selskaper i samme konsern skal foreligge skriftlig.⁴⁶³

I det videre vil jeg først, i punkt 6.2.5.2, si noe generelt om hva som er administrative tjenester og eiendomstjenester etter kontrollforskriften § 2-8 åttende ledd. Deretter vil jeg, i punkt 6.2.5.3, se på noen praktiske gråsoner.

⁴⁵⁸ RME rapport nr. 63/2015 s. 21.

⁴⁵⁹ OED (2014) s. 51.

⁴⁶⁰ Varden (2021).

⁴⁶¹ Punkt 3.3.

⁴⁶² Kontrollforskriften § 2-8 sjetten første setning og første ledd første setning.

⁴⁶³ Kontrollforskriften § 2-8 sjetten ledd annen setning.

6.2.5.2 Generelt om grensedragningen

Fra kravet om konkurranseutsettelse i kontrollforskriften er det for det første unntak for «administrative tjenester».⁴⁶⁴

Begrepet «administrative tjenester» er i seg selv noe vagt og kan være vanskelig å fylle med konkret innhold. I dagligtalen blir begrepet administrasjon ofte brukt til å beskrive støtteapparatet for organisasjons egentlige oppgaver.⁴⁶⁵ Forskriftsforarbeidene definerer begrepet som «funksjoner konsernet har opprettet for å understøtte de enkelte selskapenes kjerneoppgaver».⁴⁶⁶ Definisjonen tilfører vanskelig noe utover hva som følger av en alminnelig ordlydsfortolkning. Samtidig ligger det en presisering i at funksjonen må ha til *formål* å understøtte selskapenes kjerneoppgaver. Om funksjonen er opprettet med formål om å selge tjenesten til personer utenfor konsernet, vil det ikke være en administrativ tjeneste i denne sammenheng.⁴⁶⁷

Som eksempler på hva som kan være understøttende tjenester, nevner forskriftsforarbeidene «bl.a. personal, arkiv, økonomi og IKT (kontorstøtte)».⁴⁶⁸ Ordlyden viser at listen ikke er uttømmende. Ved vurderingen av hva som er administrative tjenester må man avgrense mot funksjoner som er opprettet for å *utføre* selskapets kjerneoppgaver. Hva som er et selskaps kjerneoppgaver må nødvendigvis vurderes konkret. For nettselskapet vil lovpålagte krav til hva en nettkonsesjonær skal gjøre, gi veiledning. Av forskriftsforarbeidene skal det avgrenses mot alle «nettrelaterte» tjenester – et kriterium RME også har lagt til grunn i sin tilsynsvirksomhet.⁴⁶⁹ Funksjoner som går på drift, bygging og vedlikehold av elektriske anlegg, levering av strøm, tilknytting av kunder, måling, avregning og fakturering, samt nettselskapets informasjon til sluttbrukere,

⁴⁶⁴ Kontrollforskriften § 2-8 åttende ledd.

⁴⁶⁵ Store norske leksikon (2020).

⁴⁶⁶ RME rapport nr. 63/2015 s. 20.

⁴⁶⁷ At det oppstilles som vilkår må ses i sammenheng med at forsyningsforskriftens unntak – som kontrollforskriften gjør unntak fra – kun kommer til anvendelse på >80% tilfellene, jf. forsyningsforskriften § 3-5 tredje ledd, se fotnote 432.

⁴⁶⁸ RME rapport nr. 63/2015 s. 20

⁴⁶⁹ Henholdsvis RME rapport nr. 63/2015 s. 20 og eksempelvis RME revisjonsrapport til Varanger Kraftnett AS 26. juni 2019 (snr. 201842363-6) s. 4.

vil typisk være funksjoner som går direkte inn på nettvirksomheten.⁴⁷⁰ Funksjoner som understøtter disse funksjonene igjen, vil kunne være av administrativ karakter.

Forskriftsforarbeidene presiserer videre at administrative tjenester omfatter funksjoner som «i hovedsak er like på tvers av alle konsernets virksomheter».⁴⁷¹ Uttalelsen må ses i sammenheng med formålet bak unntaket, nemlig å unngå fordyrende dupliseringer av funksjoner og systemer som ellers er like i konsernet.⁴⁷² I tilfeller hvor det kun er nettselskapet som benytter seg av tjenesten, gjør ikke hensynet seg gjeldende, og tjenesten bør konkurransesettes i tråd med hovedregelen. Om det kan oppstilles som et absolutt vilkår, er på den annen side usikkert. Et slikt krav kan vanskelig utledes av ordlyden «administrative tjenester». Hovedpoenget må være at tjenester er av en slik generisk og generell karakter at alle foretakene *kunne* ha benyttet seg av den.

Videre uttaler forskriftsforarbeidene at begrepet vil omfatte funksjoner som «ikke er av en slik karakter at en deling av disse funksjonene med andre selskap i samme konsern kan svekke nettselskapets nøytralitet».⁴⁷³ Som drøftet i punkt 6.2.3 vil nøytralitetsplikten sette absolutte skranke for hvordan eventuelle fellestjenester organiseres. I tilfeller hvor funksjonen er av en slik karakter at den objektivt sett er *egnet* til å svekke nettselskapets nøytralitet – for eksempel ved at den gir tilgang på særlig informasjon om nettvirksomheten – vil det være en indikasjon på at den også går direkte inn på den operative driften. Av den grunn må anskaffelsen også konkurransesettes.

Avgjørende etter dette for om en tjeneste er administrativ eller ikke – og dermed faller utenfor kravet om konkurransesettelse – at den er av understøttende karakter. Det må avgrenses mot funksjoner som er

⁴⁷⁰ Henholdsvis energiloven §§ 3-3, 3-4, 3-4a, avregningsforskriften §§ 7-1a og 8-1. Av forskriftsforarbeidene fremgår det også at kravet vil omfatte «nettrelaterte tjenester som kraftkommunikasjonstjenester, driftssentral, drift og vedlikehold av kunde- og informasjonssystemer, kundesentertjenester, avregnings-, tariffings- og fakturerings- og systemer, drift, vedlikehold, planlegging og bygging av nettanlegg, beredskap, mv., eller anskaffelser av slike», jf. RME rapport nr. 63/2015 s. 20.

⁴⁷¹ RME rapport nr. 63/2015 s. 20.

⁴⁷² RME rapport nr. 63/2015 s. 20.

⁴⁷³ RME rapport nr. 63/2015 s. 20

nettrelaterte, det vil si at de går direkte på den operative nettdriften. En sentral pekepinn vil antagelig være om det kreves spesialkompetanse innen nettvirksomhet for å utføre oppgaven.

I tillegg til administrative tjenester, er det gjort unntak for kravet om konkurranseutsetting i kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd for «eiendomstjenester».⁴⁷⁴ Unntaket for «eiendomstjenester» må ses i sammenheng med unntaket for administrative tjenester, og videre i lys av at det funksjonelle skillet tillater nettvirksomheten å være samlokalisert med resten av det integrerte foretaket.⁴⁷⁵ Ordlyden er i seg selv vid og vil i prinsippet omfatte enhver tjeneste som har med eiendom å gjøre. Av forskriftsforarbeidene er unntaket ment å ramme «anskaffelser eller leie av bygninger eller annen fast eiendom, samt tjenester knyttet til drift av slik eiendom som vaktmestertjenester, reparasjon, renhold og lignende».⁴⁷⁶ Selv om det ikke fremgår helt klart av ordlyden eller forskriftsforarbeidene, må det være klart at unntaket for eiendomstjenester *kun* omfatter eiendomstjenester av *understøttende* karakter. Det må avgrenses mot eiendomstjenester som går direkte inn på nettselskapets kjerneoppgaver, som for eksempel vedlikehold av nettanlegget. Unntaket vil typisk ramme tjenester knyttet til kontorlokaler, kantine ol. En annen forståelse ville undergravd hensikten med reguleringen i kontrollforskriftens § 2-8. Ved vurderingen av om en eiendomstjeneste er understøttende eller ikke, vil de samme momentene som ved vurderingen av om en tjeneste er administrativ eller ikke, inngå.

6.2.5.3 Praktiske grensetilfeller

I praksis har det blant annet vært reist en del spørsmål om IKT-tjenester, innkjøpstjenester og markedsføringstjenester, og om slike tjenester har en administrativ funksjon eller ikke.⁴⁷⁷ I det videre vil jeg se nærmere på disse funksjonene.

⁴⁷⁴ Kontrollforskriften § 2-8 åttende ledd.

⁴⁷⁵ RME rapport nr. 63/2015 s. 20.

⁴⁷⁶ RME rapport nr. 63/2015 s. 20.

⁴⁷⁷ Varden (2021) og Energi Norge (2016) s. 6–8.

Avgjørende for om en *IKT-funksjon* er av administrativ eller ikke, vil være om den er av understøttende karakter, eller går direkte inn på den operative nettdriften. I forskriftsforarbeidene blir «IKT (kontorstøtte)» nevnt som eksempel på en tjeneste som typisk vil være av understøttende karakter. På den andre siden vil IKT-tjenester som brukes til å styre nettet typisk *ikke* være av understøttende karakter. Grensedragningen kan antagelig i noen tilfeller være vanskelig. I takt med digitaliseringen av nettet, vil en stadig større andel av IKT-systemene anses som en integrert del av nettvirksomheten.⁴⁷⁸ I tilfeller hvor funksjonen gir tilgang på sensitiv informasjon om nettvirksomheten, vil det tale for at den ikke er av understøttende karakter. Særlige spørsmål oppstår når de tradisjonelt understøttende IKT-tjenestene kobles opp mot de mer driftsspesifikke IKT-tjenestene. Her vil nøytralitetsplikten sette absolutte grenser for hvordan IKT-tjenesten organiseres.⁴⁷⁹

Når det kommer til *innkjøpstjenester*, må det være klart at selve anskaffelsen av en tjeneste til nettvirksomheten, må ligge hos nettselskapet.⁴⁸⁰ Forskriftsforarbeidene uttaler også at «bygging av nettanlegg, beredskap, mv., eller *anskaffelser av slike*» (min kursivering) ikke er administrative tjenester.

Et annet spørsmål er om for eksempel morselskapet kan bidra med tilrettelegging av prosesser og generell kompetanse inn mot anskaffelsen. Slike tjenester vil ofte være like for alle konsernforetakene, og krever som regel ikke spesialkompetanse innen nettvirksomhet. Det taler for at funksjonene har en understøttende karakter, og dermed er administrative. I tilfeller hvor et tilknyttet foretak står som relevant tjenesteleverandør, kan det likevel ut fra nøytralitetshensyn være betenkelig om morselskapet bidrar inn mot prosessene. Deling av en slik funksjon kan dermed trolig objektivt sett være egnet til å svekke nettselskapet nøytralitet, noe som taler for at tjenestene ikke er administrative. Nøytralitetsplikten vil som minimum kreve at det blir etablert tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer

⁴⁷⁸ Thema Consulting Group (2019) s. 24.

⁴⁷⁹ Punkt 6.2.3.

⁴⁸⁰ Punkt 6.2.2 og punkt 5.2.3.

som sørger for at sensitiv informasjon ikke tilflyter feil aktører.⁴⁸¹ Det må videre nevnes at RME i minst tre saker har gitt pålegg om retting som følge av at tjenester knyttet til anskaffelser er anskaffet direkte konserninternt.⁴⁸² Vedtakene er imidlertid knapt begrunnet og det fremgår ikke konkret hva slags tjenester det er snakk om. Det må nevnes at den rettskildemessige vekten uansett er begrenset. Selv er jeg av den oppfatning at generelle anskaffelsesfunksjoner i utgangspunktet kan anskaffes konserninternt, så lenge det etableres tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer for å håndtere eventuell nøytralitetsproblematikk. Jeg viser her særlig til hensynene bak unntaket for administrative tjenester, nemlig å unngå fordyrende dupliseringer av funksjoner som ellers er like i konsernet.

Når det kommer til *markedsføring og kommunikasjon*, må det antagelig også gjøres et skille mellom funksjoner som har understøttende karakter og de som går direkte inn på nettvirksomheten. I det kommunikasjonsen går ut på å oppfylle informasjonsplikten etter avregningsforskriften § 8-1, må det etter min oppfatning være klart at funksjonen er knyttet til nettvirksomheten, og dermed ikke er av administrativ karakter. Om nettselskapet ønsker hjelp fra eksterne aktører til å oppfylle informasjonsplikten må det konkurranseutsettes.

I tilfeller hvor det er snakk om mer generell markedsføring, kommunikasjon og omdømmebygging, er situasjonen annerledes. NEM § 4-18 krever at nettselskapet skal «skille seg klart» fra tilknyttede foretak.⁴⁸³ De underliggende oppgavene en markedsføringsavdeling typisk består av vil på den annen side ofte være like på tvers av konsernet. Eksempelvis innkjøp av publiseringsverktøy, kommunikasjonsrådgivning og redigering av reklamemateriale. Slike tjenester er det nærliggende å anse for å ha en understøttende og administrativ karakter. Det sentrale må etter

⁴⁸¹ Punkt 6.2.3.

⁴⁸² RME vedtak til Agder Energi Nett AS 6. mai 2019 (snr.: 201709909-14) s. 1, jf. RME revisjonsrapport til Agder Energi Nett AS 4. april 2019 (snr.: 201709909-11) s. 4–5; RME vedtak til Haugaland Kraft Nett AS 28. mars 2019 (snr.: 201709855-20), jf. RME revisjonsrapport til Haugaland Kraft Nett AS 20. november 2018 (snr.: 201709855-16) s. 5–6; RME vedtak til Hålogaland Energi Nett AS 15. oktober 2019 (snr.: 201842478-11) s. 1, jf. RME revisjonsrapport til Hålogaland Energi Nett AS 28. juni 2019 (snr.: 201842478-9) s. 3.

⁴⁸³ Punkt 5.4.3.

min oppfatning være at nettselskapet *utad* skiller seg klart fra tilknyttet virksomhet. Likevel må det også her nevnes at RME i minst to saker har vedtatt pålegg om retting som følge av at tjenester knyttet til kommunikasjon og omdømmebygging ble anskaffet direkte konserninternt.⁴⁸⁴ Hvilke konkrete tjenester det er snakk om, fremgår imidlertid ikke av vedtakene. I begge sakene ble det i tillegg pålagt retting som følge av at *kundetjenester* ble anskaffet konserninternt, og det kan muligens ha en sammenheng.

Det er etter dette noe vanskelig å trekke et helt klart kategorisk skille mellom tjenester som er av administrativ karakter og de om ikke er det. Det vil bero på en konkret vurdering av funksjonens karakter. Det er videre få autoritative rettskilder som sier noe nærmere om hvilke tjenester som er administrative, og hvilke som ikke er det. I de tilfeller RME har pålagt retting er vedtakene knapt begrunnet, og den konkrete tjenestens karakter fremgår ikke uttrykkelig. Hensynet til å unngå krysssubsidierting kan tale for en restriktiv tolkning. Samtidig bør ikke reglene hindre en økonomisk lønnsom organisering av tjenester som er like i konsernet.⁴⁸⁵

6.3 Annet samarbeid

Energiloven §§ 4-6 og 4-7 inneholder ikke et generelt forbud mot *samarbeid* mellom nettselskapet og andre deler av det integrerte foretaket. Av energiloven § 4-6 annet ledd fremgår det eksplisitt at det selskapsmessige skillet ikke skal være til hinder for «samarbeid om felles driftssentral mellom nettforetak og foretak som driver produksjon av elektrisk energi eller fjernvarmevirksomhet». Som vilkår må nettselskapet ha «styring og ansvar for driftssentralens nettfunksjoner».⁴⁸⁶ Den eksplisitte tillatelsen må ses i sammenheng med at store kostnader ofte er involvert

⁴⁸⁴ RME vedtak til Haugaland Kraft Nett AS 28. mars 2019 (snr: 201709855-20) jf. RME revisjonsrapport til Haugaland Kraft Nett AS 20. november 2018 (snr.: 201709855-16) s. 5–6; RME vedtak til Hålogaland Energi Nett AS 15. oktober 2019 (snr: 201842478-11) s. 1, jf. RME revisjonsrapport til Hålogaland Energi Nett AS 28. juni 2019 (snr: 201842478-9) s. 3.

⁴⁸⁵ Sammenlign også energiloven § 1-2.

⁴⁸⁶ Energiloven § 4-6 annet ledd første setning

ved etablering av driftssentraler. Samfunnsøkonomisk er det lønnsomt å samarbeide på tvers av virksomhetsområder.⁴⁸⁷

Den eksplisitte reguleringen av samarbeid om felles driftssentral kan skape inntrykk av at annet samarbeid i utgangspunktet ikke er lovlig. Det er likevel vanskelig å se at dette må oppstilles som utgangspunktet. Det må etter min oppfatning være klart at nettselskapet kan samarbeide med andre konsernselskap, på lik linje som det kan samarbeide med selskap utenfor konsernet. Forutsetningen må være at samarbeidet faktisk skjer på *lik linje*, og i tråd med nøytralitetsplikten.⁴⁸⁸

Eksempelvis kan samarbeid om FoU-prosjekter være et praktisk eksempel på samarbeid. Som eksempel kan det vises til prosjektet Skagerak EnergiLAB, som er et samarbeid mellom blant annet Skagerak Kraft AS og Skagerak Nett AS (nå Lede AS).⁴⁸⁹ Det er nettselskapet som har det overordnede ansvaret for prosjektet. Målsetningene er blant annet å teste ut storskala solcelleanlegg, batterier i nettet og ny teknologi knyttet til smartnett.⁴⁹⁰ Så lenge samarbeidet skjer i tråd med nøytralitetsplikten, må det være greit.⁴⁹¹

Muligheten for annet samarbeid begrenses imidlertid av at nettvirksomheten må holdes selskapsmessig adskilt fra all «annen virksomhet».⁴⁹² Nettselskapet kan som den klare hovedregel ikke levere varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører.⁴⁹³ Det at nettselskapet har en svært begrenset mulighet til å *yte* tjenester til andre, vil begrense muligheten for samarbeid. Ved et eventuelt samarbeid må nettselskapet holde seg innenfor de lovlige grensene for hva et nettselskap kan yte. Dette spørsmålet vil bli nærmere behandlet i kapittel 7. I det videre vil

⁴⁸⁷ Prop. 35 L (2015–2016) s. 43.

⁴⁸⁸ NEM § 4-14 første ledd.

⁴⁸⁹ Enova (u.å.) s. 5.

⁴⁹⁰ Enova (u.å.) s. 3

⁴⁹¹ Sammenlign at forsyningsforskriften – på visse vilkår – gjør unntak fra anskaffelsesregelverket for kontrakter til FoU-formål, jf. forsyningsforskriften § 2-5. Unntaket må antagelig også gjelde for nettselskapets anskaffelser fra andre konsernforetak, se punkt 6.2.4.

⁴⁹² Energiloven § 4-6 første ledd første setning.

⁴⁹³ Punkt 3.3 og 4.2.

jeg begrense meg til å se på særreguleringen som gjelder for samarbeid om felles driftssentral.

NEM-forskriften stiller nærmere krav til samarbeid om felles driftssentral. Den forutsetter at samarbeid om driftssentral kan skje på to måter. Enten ved at nettselskapet *selger* driftssentraltjenester til det integrerte foretaket, eller som et mer *helhetlig samarbeid*, eventuelt i en kombinasjon. I det videre vil jeg se nærmere på særreglene som gjelder for samarbeid. Nettselskapets salg av driftssentraltjenester blir behandlet i punkt 7.3.3. Hva gjelder reglene om samarbeid inntreer plikten til å innrette seg 1. januar 2022, for de nettselskap som må gjennomføre større endringer i eksisterende driftssentraler for å oppfylle kravet.⁴⁹⁴

NEM § 4-15 begrenser samarbeidet til å gjelde «felles driftssentral og øvrig driftskontrollsystem».⁴⁹⁵ Hva som er *øvrig driftskontrollsystem* blir ikke presisert, men må forstås som all infrastruktur, systemer og komponenter som ivaretar driftskontrollfunksjonen.⁴⁹⁶

At samarbeidet er begrenset til å gjelde infrastruktur og systemer, innebærer en avgrensning mot det *operasjonelle arbeidet* ved driftssentralen. Det følger eksplisitt av bestemmelsen at ansatte i foretak som driver produksjon av elektrisk energi eller fjernvarmevirksomhet, ikke kan utføre driftssentraltjenester for nettselskapet.⁴⁹⁷ Videre kan kun ansatte i nettvirksomheten ha adgang til nettselskapets del av driftssentralen – noe som innebærer et krav om fysisk adskillelse.⁴⁹⁸ Ansatte i nettselskapet kan utføre driftssentraltjenester for konkurranseutsatt virksomhet etter reglene om salg av driftssentraltjenester i NEM § 4-16 – som vil bli behandlet under punkt 7.3.3.⁴⁹⁹ Fra disse utgangspunktene er det gjort unntak for «ekstraordinære situasjoner», som er ment som en henvisning til energiloven § 9-4 fjerde ledd.⁵⁰⁰ I tilfeller hvor det oppstår en beredskapssituasjon, vil aktørene kunne bistå hverandre.

⁴⁹⁴ Endringsforskrift NEM kapittel II nr. 1.

⁴⁹⁵ NEM § 4-15 første ledd.

⁴⁹⁶ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 19.

⁴⁹⁷ NEM § 4-15 tredje ledd første setning.

⁴⁹⁸ NEM § 4-15 annet ledd annen setning, jf. NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 19.

⁴⁹⁹ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 19.

⁵⁰⁰ NEM § 4-15 fjerde ledd, jf. NVE høringsdokument nr. 8/2019 nr. 8 s. 19–20.

At tillatt samarbeid avgrenses mot det operasjonelle arbeidet, må for det første ses i sammenheng med kravet til nettselskapets egenbemanning etter energilovforskriften § 3-6; nettselskapet kan ikke sette ansvaret for å lede nettvirksomheten bort til andre.⁵⁰¹ Videre må begrensningen ses i sammenheng med nøytralitetsplikten. Formålet med å utelukke samarbeid om operasjonelt arbeid, samt å kreve fysisk adskillelse, er å hindre konkurranseutsatt virksomhet i å få tilgang på markedssensitiv informasjon.⁵⁰² I tråd med utviklingen av kraftssystemet er dette et hensyn det blir et stadig større behov for å ivareta. For å kunne styre nettet effektivt, samt ta i bruk ny teknologi for dette, vil nettselskapene ha et økende behov for tilgang til informasjon fra ulike markedsaktører – eksempelvis produksjonsselskap.⁵⁰³ For muligjøre slik informasjonsutveksling, er det sentralt at markedsaktørene har tillit til nettselskapets håndtering av informasjonen.⁵⁰⁴

NEM § 4-15 krever til slutt at nettselskapet skal ha «ansvar for anskaffelse, utvikling og drift av driftskontrollsystemet og andre relevante informasjonssystem, samt tildeling av rettigheter i disse».⁵⁰⁵ Nettselskapet må dermed ha det overordnende ansvaret for driftssentralens systemer, og utdyper energilovens krav om at nettselskapet skal ha «styring og ansvar for driftssentralens nettfunksjoner».⁵⁰⁶ Produksjon- og fjernvarmevirksomhet vil kunne styre sine anlegg ved bruk av et felles system, men vil ikke ha de samme rettighetene til systemet som nettselskapet.⁵⁰⁷

NEM-forskriften stiller følgelig relativt strenge krav til hvordan samarbeid om felles driftssentral skal organiseres. I stor grad må nettselskapet ha det overordnede ansvaret ved driftssentralen. Det kan spørres om hva som egentlig er forskjellen mellom salg og samarbeid i slike tilfeller. Det som skiller samarbeid fra ordinært salg av driftssentraltjenester er antagelig at selve anlegget eies i sameie, fremfor at nettselskapet alene

⁵⁰¹ Punkt 6.2.2.

⁵⁰² Punkt 6.2.3.

⁵⁰³ RME (2020a) s. 36

⁵⁰⁴ RME (2020a) s. 36

⁵⁰⁵ NEM § 4-15 annet ledd.

⁵⁰⁶ Energiloven § 4-6 annet ledd første setning.

⁵⁰⁷ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 19.

står som eier. Videre at produksjon og fjernvarmevirksomhet kan ha egne ansatte som opererer deres fysiske adskilte del av driftssentralen.

6.4 Oppsummering

Energiloven §§ 4-6 og 4-7 oppstiller ikke i seg selv et absolutt forbud mot samarbeid og fellestjenester. Samlet er likevel muligheten for fellestjenester og samarbeid mellom nettselskapet og andre deler av det integrerte foretaket begrenset. Hovedsakelig er det som en følge av annet regelverk enn det selskapsmessige og funksjonelle skillet isolert sett.

Den største skranken for nettselskapets adgang til å samarbeide eller dele funksjoner med et integrert foretak, følger av *nøytralitetsplikten*. Nettselskapet må påse at tilknyttet konkurranseutsatt virksomhet ikke blir satt i en særlig posisjon til å utnytte nettvirksomheten, særlig ved at den gis tilgang til informasjon som andre aktører ikke har. Dette stiller blant annet krav til hvordan en eventuelt delt funksjon eller samarbeid organiseres innad i konsernet. Det må etableres tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer som sørger for at ikke-offentlig tilgjengelig informasjon ikke tilflyter personer som kan utnytte den til å fremme egen kommersiell virksomhet. Det er grunn til å nevne at denne plikten også vil gjelde overfor foretak utenfor det integrerte foretaket.

Videre vil *kravet om konkurranseutsettelse* i kontrollforskriften § 2-8 være en praktisk viktig skranke for muligheten til å ha fellestjenester. Om nettselskapet skal foreta en anskaffelse, må den som hovedregel først konkurranseutsettes. For eksempel kan ikke nettselskapet anskaffe entreprenørtjenester direkte fra tilknyttet virksomhet. Det er samtidig verdt å understreke at kravet i kontrollforskriften § 2-8 ikke oppstiller et forbud mot at nettselskapet *deler* en funksjon med konkurranseutsatt virksomhet, men stiller krav om at kontrakten først konkurranseutsettes.

Fra kravet om konkurranseutsettelse er det gjort unntak for administrative tjenester. Ved at nettselskapet kan foreta anskaffelser knyttet til for eksempel HR og lønn direkte fra andre konsernselskap, vil enkelte av stor-driftsfordelene ved å være organisert i konsern, beholdes. Den nærmere grensedragningen mellom hva som er administrative tjenester og hva

som ikke er det, kan i noen tilfeller være vanskelig å dra. Hensynene bak hovedreglen og unntakene – henholdsvis å unngå krysssubsidiering og å unngå kostnadskrevende dupliseringer av funksjoner som er like i konsernet – vil trekke hver sin vei. Det kan være vanskelig å balansere hensynene og avveie hvilke funksjoner som er administrative og hvilke som ikke er det. Av hensyn til forutberegnelighet for aktørene i bransjen bør forvaltningen etter min vurdering komme med klarere retningslinjer på dette punktet

Det kan være grunn til å stille spørsmål ved tilgjengeligheten til regelen som stiller krav om konkurranseutsettelse av konsertinterne kjøp mellom nettselskapet og andre deler av det integrerte foretaket. Som nevnt avviker kravet fra forsyningsforskriftens krav om når konserninterne tjenester skal konkurranseutsettes. Det kan da fremstå som noe uheldig at kravene er «gjemt» bort i kontrollforskriftens § 2-8 syvende og åttende ledd. For personer som ikke har oversikt over den energirettslige reguleringen vil det ikke nødvendigvis være åpenbart at kontrollforskriften § 2-8 inneholder regler som avviker fra anskaffelsesregelverket for øvrig. Antagelig kunne dette vært avhjulpet med en henvisning i forsyningsforskriften.

7 Nettforetakets aktiviteter

7.1 Innledning

Som redegjort for under punkt 4.2, krever nasjonal rett at nettvirksomheten skilles ut i en egen juridisk enhet, adskilt fra all annen virksomhet. I praksis innebærer det at den som har konsesjon for å drive nettvirksomhet, ikke kan drive annen virksomhet. På denne bakgrunn har det oppstått diskusjon rundt hva et nettselskap *kan* gjøre. Hva et nettselskap *kan* holde på med, er også et tema i eldirektiv IV.

I dette kapitlet vil jeg se nærmere på hva et nettselskap *kan* holde på med. Først vil jeg, i punkt 7.2, se på hvor skillet går mellom nettvirksomhet og annen virksomhet etter nasjonal rett. Deretter vil jeg, i punkt 7.3, se på forskriftsreguleringen i NEM § 4-16, som særlig regulerer hva et nettselskap kan tilby markedet. Til slutt vil jeg, i punkt 7.4, se på de nye reglene som er kommet med eldirektiv IV.

7.2 Skillet «nettvirksomhet» og «annen virksomhet»

7.2.1 Innledning

Etter de nye adskillelseskravenes ikrafttreden vil skillet mellom «nettvirksomhet» og «annen virksomhet» stå sentralt ved bedømmelsen av hva et nettselskap kan holde på med.⁵⁰⁸ I energilovens forarbeider blir *annen virksomhet* definert som «levering av varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører».⁵⁰⁹ Motsetningsvis er det naturlig å slutte at nettselskapet kan utøve aktivitet som *ikke* resulterer i at varer eller tjenester blir levert i konkurranse med andre aktører. For det første innebærer det at reglene – som drøftet under punkt 3.3 – ikke legger restriksjoner på nettselskapets interne aktivitet, men adgang til å *levere* noe ut.

⁵⁰⁸ Energiloven § 4-6 første ledd første setning.

⁵⁰⁹ Prop. 35 L (2015–2016) s. 40.

I dette delkapittelet vil jeg se nærmere på hvor skillet går mellom nettvirksomhet og annen virksomhet. Spørsmålet er hva slags varer og tjenester et nettselskap kan levere ut. Først vil jeg, i punkt 7.2.2, se generelt på grensedragningen. Deretter vil jeg, i punkt 7.2.3, se på noen særlige spørsmål som oppstår ved tjenester som benyttes til *lastflytting*. Til slutt vil jeg, i punkt 7.2.4, se på om nettselskapet kan stå ansvarlig for administrative fellestjenester konserninternt.

7.2.2 Nærmere om grensedragningen

Begrepet «annen virksomhet» må avgrenses mot vare- eller tjenesteleveranser som inngår som en del av det å drive «nettvirksomhet», jf. energiloven § 4-6 første ledd første setning.

For det første må det omfatte alle leveranser nettselskapet foretar til *nettkundene* i kraft av å være monopolist.⁵¹⁰ Her inngår åpenbare tjenester som tilknytting av strømkunder og transport av elektrisitet.⁵¹¹ I tillegg vil det omfatte andre vare- eller tjenesteleveranser hvor nettselskapet står i en form for monopolsituasjon i forhold til egne nettkunder.⁵¹² Som netteier og ansvarlig for AMS-målerne vil nettselskapet tilby en rekke tjenester som bare det kan tilby.⁵¹³ Det gjelder for eksempel tjenester som kontroll eller oppgradering av AMS-målere, og flytting av kraftledninger eller -stolper.

Etter energilovens forarbeider vil nettvirksomhet også kunne omfatte tjenester som blir utført for *andre enn nettkundene*.⁵¹⁴ Det innebærer at skillet mellom «nettvirksomhet» og «annen virksomhet» etter det selskapsmessige skillet, er annerledes enn skillet mellom nettvirksomhet

⁵¹⁰ Sammenlign kontrollforskriften § 1-3 13. ledd, jf. NVE veileder (2021) s. 12.

⁵¹¹ Energiloven §§ 3-3, 3-4 og 3-4a.

⁵¹² Sammenlign NVE veileder (2021) s. 12.

⁵¹³ Henholdsvis energiloven § 3-2 og avregningsforskriften § 3-1.

⁵¹⁴ Prop. 35 L (2015–2016) s. 23.

og «øvrig virksomhet» etter det regnskapsmessige skillet.⁵¹⁵ Etter det regnskapsmessige skillet vil – etter NVEs veileder for innrapportering av økonomiske og tekniske data – kun «betaling som avkreves *en kunde* som følge av vilkår satt av nettselskapet, og hvor nettselskapet kan stå i en eller annen form for monopol situasjon» (min kursivering) kunne avskrives under nettvirksomheten.⁵¹⁶ At *nettvirksomhet* etter det regnskapsmessige skillet avgrenses mot leveranser til andre enn nettkundene, må ses i sammenheng med at kostnadene som avskrives her, danner deler av grunnlaget for hva nettselskapene kan kreve i nettleie.⁵¹⁷ Derfor er det sentralt at kun kostnader knyttet til nettkundene avskrives her.

Eksplisitt fremgår av energilovens forarbeider at når det «for eksempel gjelder fellesføring av annen infrastruktur med nettselskapenes master, anser ikke departementet dette som annen virksomhet, så lenge det kun er snakk om utleie av plass i mastene».⁵¹⁸ Forarbeidsuttalelsene blir ikke nærmere begrunnet, og departementet kommer ikke med flere eksempler. Like fullt er det nærliggende å anta at begrunnelsen ligger i at nettselskapet også ved fellesføring vil stå i en form for monopol situasjon. Selv om det finnes flere typer fysisk infrastruktur, er det begrenset hvem som kan tilby slik fellesføring. I dag følger det også av bredbåndsutbyggingsloven at nettselskapene har en plikt til å tilby fellesføring etter en rimelig anmodning.⁵¹⁹

De samme betraktningene gjør seg antagelig gjeldende for andre leveranser hvor nettselskapet i realiteten står i en form for monopol situasjon, eller hvor leveransen står i en naturlig sammenheng med monopolvirksomheten. Den nærmere grensedragningen her kan være noe vanskelig, og forarbeidene gir lite veiledning. Til en viss grad vil

⁵¹⁵ Det *regnskapsmessige skillet* oppstiller syv virksomhetsområder: kraftomsetning, kraftproduksjon, transmisjonsnett, regionalnett, distribusjonsnett, tele og øvrig virksomhet, jf. kontrollforskriften § 3-1. Områdene transmisjonsnett, regionalnett og distribusjonsnett går under samlebetegnelsen *nettvirksomhet*.

⁵¹⁶ NVE veileder (2021) s. 12, sammenlign RME rapport nr. 1/2020 s. 34, jf. kontrollforskriften § 3-1 bokstav c, d og e.

⁵¹⁷ Kontrollforskriften § 13-1 bokstav g.

⁵¹⁸ Prop. 35 L (2015–2016) s. 23.

⁵¹⁹ Lov 7. mai 2020 nr. 40 om tilrettelegging for utbygging av høyhastighetsnett for elektronisk kommunikasjon (bredbåndsutbyggingsloven) § 7.

forskriftsbestemmelsen i NEM § 4-16 – som vil bli behandlet i neste delkapittel – bidra til oppklaring. Samtidig er det vanskelig å se at denne er uttømmende.⁵²⁰

For eksempel er det naturlig at et nettselskap fortsatt kan bidra med egen kapasitet inn mot FoU-prosjekter, som har en naturlig tilknytning til nettvirksomheten.⁵²¹ Her kan det for eksempel vises til prosjektet NorFlex, som er et samarbeidsprosjekt hvor flere nettselskap er involvert.⁵²² Formålet er blant annet å teste ut lokale fleksibilitetsmarkeder.⁵²³ Ved slike FoU-prosjekter vil det i realiteten være vanskelig – om ikke umulig – for andre markedsaktører å bidra med samme kapasitet. Nettselskapet står dermed i en form for monopolsituasjon. Samfunnsmessig vil det også være uheldig om nettselskap ikke kan delta i slike prosjekter.⁵²⁴ Videre kan det være naturlig at nettselskapet bistår med visse ressurser inn mot såkalte *fellesgrøfter*, for ulik infrastruktur.⁵²⁵

Før de nye adskillelseskravene ikrafttreden var det ikke uvanlig at for eksempel større nettselskap assisterte mindre nettselskap med spesialkompetanse.⁵²⁶ Etter nåværende regulering er det i utgangspunktet klart at nettselskap ikke kan tilby konsulenttjenester.⁵²⁷ Likevel kan det tenkes at nettselskapene, på enkelte områder, har opparbeidet seg en slik spesialkompetanse som gjør det vanskelig å finne andre fullgode

⁵²⁰ NEM § 4-16 oppstiller et generelt forbud mot at nettselskap «kan ikke selge eller leie ut egen kapasitet», jf. første setning. Fra den tilsynelatende absolutte hovedregelen gjøres det kun unntak for overskuddskapasitet, fiberkapasitet, bistand i beredskapssituasjoner og salg av driftssentraltjenester, jf. bokstav a til b. Bestemmelsen må likevel klart tolkes innskrenkende for det som i utgangspunktet anses som «nettvirksomhet» og ikke «annen virksomhet», jf. punkt 7.3.1.

⁵²¹ Etter kontrollforskriften § 7-3 bokstav d kan også nettselskapene få dekket kostander knyttet til forhåndsgodkjente FoU-prosjekter dekket i tillegg til årlige inntektsramme.

⁵²² Agder Energi (2019). Alle selskapene er forpliktet til å bidra med midler etter nærmere bestemt fremdrifts- og finansieringsplan, jf. Konsortieavtale for prosjekt NorFlex punkt 3.

⁵²³ Agder Energi (2019).

⁵²⁴ Sammenlign energiloven § 1-2.

⁵²⁵ Felles grøfttegravingsprosjekter vil bli behandlet nærmere i punkt 7.3.3 ved drøftelsen av overskuddskapasitet.

⁵²⁶ TrønderEnergi hørings svar (2015) s. 3.

⁵²⁷ I forarbeidene blir konsulenttjenester eksplisitt nevnt som eksempel på virksomhet som må anses som «annen virksomhet», jf. Prop. 35 L (2015–2016) s. 40.

markedsaktører. Det kan spørres om de i realiteten har en form for monopol på slik kompetanse, og at det dermed er naturlig at et nettselskap tilbyr kompetansen til andre nettselskap. Hensynet til en samfunnsmessig rasjonell kraftforsyning kan tale for en slik adgang.⁵²⁸ Likevel må rettstilstanden anses for å være uklar.

Det må videre nevnes at nettselskapene i medhold av energiloven § 3-3 har en generell plikt til å levere elektrisk energi til alle kunder innenfor dets geografiske område. Dersom en nettkunde ikke har avtale med en kraftleverandør, vil nettselskapet selv, etter nærmere bestemte regler, måtte kjøpe og videreselge elektrisitet til denne.⁵²⁹ Slikt salg må klart anses som nettvirksomhet. Det er verdt å nevne at nettselskapet i denne sammenheng har en plikt til å informere sluttbrukeren om hvordan vedkommende kan anskaffe en kraftleverandør.⁵³⁰

7.2.3 Særlig om tjenester for lastflytting

Særlige spørsmål som ligger i grensesnittet mellom nettvirksomhet og konkurranseutsatt virksomhet kan oppstå ved ulike tjenester knyttet til *lastflytting* (utjevning av nettbelastning). I bakgrunnskapittelet nevnte jeg at det grønne skiftet, med økt fornybar kraftproduksjon og økt strømforbruk, forventes å skape utfordringer for eksisterende overføringskapasitet i distribusjonsnettet.⁵³¹ Effekttuttaket (mengden strøm som blir tatt ut av nettet samtidig) vil øke. Nettselskapene vil derfor kunne ha en egeninteresse av å tilby ulike tjenester og løsninger som bidrar til lastflytting.

Det må understrekes – som drøftet tidligere – at kravet om at nettvirksomheten skal adskilles fra all annen virksomhet, ikke legger begrensninger på nettselskapets interne aktivitet. Etter gjeldende nasjonal rett vil eksempelvis nettselskapene ha anledning til å installere batterier

⁵²⁸ Energiloven § 1-2.

⁵²⁹ Avregningsforskriften § 2-1a.

⁵³⁰ Avregningsforskriften § 8-1 syvende ledd.

⁵³¹ Punkt 2.4.

i eget nett for å håndtere kapasitetsutfordringer.⁵³² Nettselskapene har videre adgang til å påvirke lastflytting – eller nettkundenes adferd – ved å stille vilkår for tilknytning av uttaks- og produksjonsenheter.⁵³³ Den 1. juli 2022 trer det også i kraft endringer i utformingen av nettleien, som har til hensikt å gi nettkundene større insentiver til å jevne ut nettbelastningen.⁵³⁴

Det kan likevel tenkes at nettselskapene ønsker å ta i bruk andre metoder for å stimulere til lastflytting. For eksempel vil den nøyaktige dataen fra AMS-målerne muliggjøre løsninger som gir forbrukene bedre kontroll over eget strømforbruk. Opp mot den innbygde HAN-porten kan man videre koble opp tilleggsutstyr som muliggjør mer avanserte formidlings- og styringsløsninger.⁵³⁵ Det må være klart at nettselskapene i utgangspunktet kan ha interesse av å tilby slike tjenester. Ved at forbrukerne får bedre kontroll og styring på eget strømforbruk, vil det kunne bidra til å jevne ut nettbelastningen.

I dag kan det også vises til at nettselskapet Elvia AS har utviklet en app-tjeneste som gir nettkundene oversikt over historisk forbruk.⁵³⁶ Det er i utgangspunktet klart at andre markedsaktører tilbyr tilsvarende app-tjenester, eksempelvis Tibber AS.⁵³⁷ Spørsmålet i det videre er om nettselskapet vil drive «annen virksomhet» når det leverer slike app-tjenester.

Her må det antagelig gjøres et skille mellom mer «enkle» app-tjenester, og mer avanserte formidlings- og styringstjenester. Med «enkle» app-tjenester siker jeg til apper som er utviklet basert på data nettselskapene allerede har fra AMS-målerne. Dette vil typisk omfatte historisk forbruk.

⁵³² Her kan det vises til at Lede AS (tidligere Skagerak Energi Nett AS) eier et batteri i forbindelse med pilotprosjektet Skagerak EnergiLAB, jf. Enova (u.å.). NVE har bekreftet at slikt eierskap er lovlig, jf. NVE vedtak til Skagerak Nett AS 23. april 2018 (snr: 201832629-2) s. 3.

⁵³³ NEM §§ 3-2 tredje ledd og 3-3 tredje ledd.

⁵³⁴ Kontrollforskriften blir endret ved forskrift 10. juni 2021 nr. 1904, som sier at tariffene skal utformes slik at de reflekterer kostnadsstrukturen i nettet. Denne fikk utsatt ikrafttreden med forskrift av 21. desember 2021 nr. 3750.

⁵³⁵ Energifakta Norge (2019)

⁵³⁶ App Store (u.d) a.

⁵³⁷ App Store (u.d) b.

Med mer avanserte formidlings- og styringstjenester siker jeg til ulike tjenester som krever at tilleggsutstyr blir koblet opp mot HAN-porten. Disse vil gi mer nøyaktige målinger og også kunne gi adgang til å styre elektronikken i hjemmet.

Når det kommer til «enkle» app-tjenester, synes det etter min oppfatning å være lite problematisk at nettselskapene tilbyr slike tjenester. Det er mulig å argumentere for at nettselskapenes distribusjon av slik informasjon vil ha en negativ markedseffekt for kommersielle aktører som ønsker å selge samme informasjon. Samtidig har nettselskapene en generell informasjonsplikt etter avregningsforskriften, og muligheten til å ha en slik app synes å samsvare godt med denne.⁵³⁸ Ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv vil det også være hensiktsmessig at slik informasjon er lett tilgjengelig for nettkundene.

Et annet spørsmål er om nettselskapene bør bruke penger på å utvikle slike «gratis» app-tjenester. I siste omgang vil det være nettkundene som finansierer tjenesten gjennom nettleien. Samtidig er det grunn til å tro at utviklingen av slike app-tjenester vil kunne være kostnadsbesparende på lengre sikt. Antagelig er det egentlig til å redusere ressursene som brukes på enkelthenvendelser. Det må likevel presiseres at om nettselskapet selv står for utviklingen av app-tjenesten, så vil det ikke kunne tilby den underliggende programvaren ut på markedet. Det vil i så fall levere en tjeneste i konkurranse med andre aktører. Antagelig er det derfor mest aktuelt at nettselskapet tar i bruk eksterne programutviklere om det ønsker å utvikle en slik tjeneste.

Etter dette konkluderer jeg med at nettselskap vil ha adgang til å levere mer «enkle» app-tjenester.

Når det kommer til mer avanserte formidlings- og styringsløsninger, som krever at tilleggsutstyr blir koblet opp mot HAN-porten, er situasjonen annerledes. Det er på det rene at det er en monopoloppgave å installere AMS-målerne, og at nettselskapene har en plikt til å åpne

⁵³⁸ Avregningsforskriften § 8-1. Nettselskapene plikter blant annet å «stille all pliktig informasjon etter dette kapitlet til disposisjon på et allment brukt elektronisk format» etter forespørsel, jf. avregningsforskriften § 8-1 sjetted ledd.

HAN-porten ved forespørsel fra nettkundene.⁵³⁹ Selve tilleggsutstyret som kobles opp mot HAN-porten vil det likevel være flere tredjepartsaktører som har anledning til og interesse av å tilby. For å oppnå effektiv konkurranse i markedet for slike tjenester, vil det være uheldig om nettselskapet også står som leverandør. Om et nettselskap tilbyr tilleggsutstyr til AMS-målerne må det etter min oppfatning anses for å levere en vare i konkurranse med andre aktører.

Lignende spørsmål oppstår ved batterier *bak* måleren. Som nevnt, er ikke det selskapsmessige skillet til hinder for at nettselskapet tar i bruk batterier i egen nettdrift. Som hovedregel kan det likevel ikke selge batterikapasiteten videre på markedet. Batterier bak måleren, altså hos sluttbrukeren, kan også være et effektivt middel for å bidra til lastflytting.⁵⁴⁰ Om nettselskapene kan tilby nettkundene å installere slike batterier er likevel mer usikkert. På den ene siden synes ikke et batteri bak måleren å skille seg så mye fra et batteri foran måleren, så lenge det kun brukes til å utjevne nettbelastningen. Det taler for at en slik leveranse vil inngå som en del av å drive nettvirksomhet. På den annen side vil det antagelig være flere aktører som kan ha interesse av – og også mulighet til – å tilby batterier til strømforbrukere. Det taler for at det ikke inngår som «nettvirksomhet». Konklusjonen er etter min oppfatning usikker.⁵⁴¹

7.2.4 Administrative tjenester

Et særlig spørsmål er om nettselskapet kan tilby administrative tjenester konserninternt. Som nevnt under punkt 5.3.3 fastslår energilovens forarbeider at morselskapet kan levere administrative fellestjenester konserninternt, uten at det skal anses for å drive annen virksomhet. Spørsmålet i det videre er om *nettselskapet* kan levere administrative fellestjenester, uten at det skal anses for å drive «annen virksomhet» etter energiloven § 4-6.

⁵³⁹ Avregningsforskriften § 4-1 første ledd.

⁵⁴⁰ Birkeland (2020) s. 13 og DNV-GL (2018) s. 17–18.

⁵⁴¹ Se likevel punkt 7.4.

Eksplicit fremgår det av forarbeidene 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*» (min kursivering).⁵⁴² Departementet begrunnelse ligger i at det er «hensiktsmessig».⁵⁴³

Forarbeidene inneholder ikke samme presisering hva gjelder nettselskapet. Det kan tale i retning av at administrative fellestjenester vil anses som annen virksomhet om de ytes av nettselskapet. I høringsrunden som lå til grunn forut for de nye adskillelseskravene, uttrykte Advokatforeningen et behov for klarhet i hvilke tjenester et nettselskap kan levere konserninternt.⁵⁴⁴ Spørsmålet ble gjengitt i proposisjonen, men likevel ikke besvart.⁵⁴⁵ Til en viss grad kan de forsterke inntrykket av at administrative tjenester vil anses som annen virksomhet om de ytes av nettselskapet.

I forarbeidene fra 2006 blir det uttalt at fellestjenester bør «som hovedregel ikke drives av nettvirksomheten, med mindre nettvirksomheten er den dominerende brukeren av tjenestene».⁵⁴⁶ Uttalelsen blir ikke nærmere begrunnet, og har uansett vanskelig overføringsverdi ved forståelsen av hva som er «annen virksomhet» etter dagens regulering. Den gir likevel uttrykk for en skeptisk holdning til at nettselskapet står ansvarlig for fellestjenester, med mindre nettselskapet selv er den største forbrukeren. Ønsket om å rendyrke nettvirksomhet – som står sentralt ved de nye adskillelseskravene – kan også tale i retning av at nettselskapet ikke bør stå ansvarlig for administrative fellestjenester.⁵⁴⁷

Likevel kan det fremstå som inkonsekvent om administrative fellestjenester skal anses som «annen virksomhet» om nettselskapet leverer tjenesten, men ikke når morselskapet leverer tjenesten. Departementets begrunnelse for at morselskapet kan tilby administrative fellestjenester

⁵⁴² Prop. 35 L (2015–2016) s. 44, sammenlign uttalelser på s. 23.

⁵⁴³ Prop. 35 L (2015–2016) s 23.

⁵⁴⁴ Advokatforeningen hørings svar (2015) s. 2.

⁵⁴⁵ Prop. 35 L (2015–2016) s 21.

⁵⁴⁶ Ot.prp. nr. 61 (2005–2006) s 30

⁵⁴⁷ Punkt 2.4.

synes i sin helhet å ligge i at det er «hensiktsmessig».⁵⁴⁸ Videre er adgangen begrenset til tjenester som det er «naturlig» at ligger hos morselskapet.⁵⁴⁹

Det er ikke unormalt at også datterselskap står ansvarlig for et konserns fellestjenester.⁵⁵⁰ I det man tillater nettvirksomheten å være organisert i konsern med konkurranseutsatt virksomhet – og i tillegg gjør unntak fra kravet om konkurranseutsettelse for administrative tjenester – kan hensynet til sammenheng i regelverket tale for at nettselskapet også kan levere administrative fellestjenester der det er «naturlig».

Et praktisk eksempel kan tenkes ved administrative IKT-tjenester. I takt med digitaliseringen av nettet vil nettselskapene ha behov for stadig mer IKT-kompetanse.⁵⁵¹ Det vil dermed være naturlig at nettselskapet selv har en stor IKT-avdeling. Videre har man sett at de tradisjonelle understøttende IKT-tjenestene blir koblet opp mot de mer driftsspesifikke IKT-tjenestene. Antagelig vil det kunne være både «naturlig» og «hensiktsmessig» at konsernets understøttende IKT-tjenester plasseres hos nettselskapet. I slike tilfeller kan nøytralitetsbetraktninger attpåtil tale i retning av at felles IKT-avdeling *bør* drives av nettselskapet.⁵⁵²

Rettskildene gir ikke et klart svar på om nettselskapene kan levere administrative tjenester eller ikke. Forarbeidene er nøye med å presisere at administrative fellestjenester ikke vil anses som annen virksomhet «i mor» og «i morselskapet», noe som taler for at dette kun gjelder for morselskapet.⁵⁵³ Hensynet til å sikre en hensiktsmessig organisering av interne fellestjenester, samt hensynet til sammenhengen i regelverket, taler likevel for at nettselskapet kan tilby administrative fellestjenester der det er «naturlig». Her kan forarbeidsuttalelsen fra 2006 være egnet til å gi veiledning. Om nettselskapet selv er den som bruker tjenesten mest, vil det være naturlig at nettselskapet har ansvaret for tjenesten konserninternt.

⁵⁴⁸ Prop. 35 L (2015–2016) s 23

⁵⁴⁹ Prop. 35 L (2015–2016) s. 43.

⁵⁵⁰ Holen (2016) s. 51.

⁵⁵¹ Thema Consulting Group (2019) s. 24.

⁵⁵² Sammenlign punkt 6.2.5.3.

⁵⁵³ Prop. 35 L (2015–2016) henholdsvis s. 23 og s. 43.

Min konklusjon er at nettselskapet har anledning til å levere administrative fellestjenester der det er «naturlig».

7.3 Salg av egen kapasitet etter NEM § 4-16

7.3.1 Innledning

NEM § 4-16 regulerer nettselskapets salg av egen kapasitet. Hovedregelen etter bestemmelsen er at nettselskap «ikke kan selge eller leie ut egen kapasitet».⁵⁵⁴ Fra den tilsynelatende absolutte hovedregelen gjøres det unntak for fire ulike *kapasitetsformer*, som nettselskapet har adgang til å tilby markedet. Nærmere bestemt, overskuddskapasitet, fiberkapasitet engros, bistand i ekstraordinære beredskapssituasjoner og driftssentral-tjenester.

Etter min oppfatning har forskriftsbestemmelsen i NEM § 4-16 fått en noe uheldig utforming. Den oppstiller etter sin ordlyd et absolutt forbud mot at nettselskap selger eller leier ut egen kapasitet, men gjør ikke unntak for et så selvsagt forhold som utleie av egen nettkapasitet. Tatt på ordet, oppstiller bestemmelsen et forbud mot at nettselskapene driver nettvirksomhet. Hovedregelen i NEM § 4-16 kan derfor ikke tas på ordet, og må tolkes innskrenkende for det som i utgangspunktet anses som «nettvirksomhet» og ikke «annen virksomhet», jf. drøftelsen i punkt 7.2. Av forskriftsforarbeidene fremgår det også at «nettselskap som utgangspunkt ikke kan selge varer eller tjenester som ikke har med egen nettvirksomhet å gjøre».⁵⁵⁵

Åpning for salg av de nevnte kapasitetsformene i NEM § 4-16 må ses i sammenheng med energilovens overordnede formål, om å sikre en samfunnsmessig rasjonell kraftforsyning.⁵⁵⁶ Samfunnsøkonomisk vil det være uheldig om ressurser står ubrukte hos nettselskapet, samtidig som andre aktører vil kunne dra nytte av ressursene.

I tillegg til å regulere nettselskapenes adgang til å selge eller leie ut egen kapasitet, oppstiller NEM § 4-16 forbud mot at nettselskapet bygger

⁵⁵⁴ NEM § 4-16 første setning.

⁵⁵⁵ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 20.

⁵⁵⁶ Energiloven § 1-2.

opp eller opprettholder kapasitet med formål om å selge, leie til eller bistå andre.⁵⁵⁷ For enkelte kapasitetsformer oppstilles det også nærmere krav til salgsprosessen.⁵⁵⁸

I det videre vil jeg først, i punkt 6.3.2, se på forbudet mot at nettselskapet bygger opp eller opprettholder kapasitet for visse formål. Det er noe usikkert om departementet har adgang til å regulere dette, og jeg finner derfor grunn til å behandle det først. Deretter vil jeg, i punkt 6.3.3, se nærmere på de ulike kapasitetsformene nettselskapet kan tilby markedet. Før jeg til slutt, i punkt 6.3.4, skal se på kravene som stilles til salgsprosessen.

7.3.2 Forbud mot å bygge opp og opprettholde kapasitet

Energiloven § 4-6 gir departementet hjemmel til å «gi forskrift om nettselskaps adgang til å selge eller leie ut egen kapasitet, herunder driftskontrollfunksjoner, overskuddskapasitet og i beredskapssituasjoner».⁵⁵⁹ En alminnelig ordlydsfortolkning tilsier at departementet kan regulere nettselskapenes adgang til å levere varer eller tjenester mot betaling.

NEM § 4-16 bestemmer at et nettselskap kan ikke «bygge opp eller opprettholde egen kapasitet med formål om å selge eller leie denne ut».⁵⁶⁰ Det kan heller ikke «bygge opp eller opprettholde egen beredskapskapasitet med formål å bistå andre» eller «bygge opp egen fiberkapasitet med formål å selge eller leie denne ut».⁵⁶¹

Det er naturlig å forstå reguleringen slik at den legger restriksjoner på nettselskapets adgang til å *besitte* eller *anskaffe* ressurser for visse formål.⁵⁶² Det er klart at en begrensning i nettselskapets adgang til å *ha*

⁵⁵⁷ NEM § 4-16 bokstav a tredje setning, bokstav b annen setning, bokstav c tredje setning.

⁵⁵⁸ NEM § 4-16 bokstav b tredje setning, bokstav c annen setning, bokstav d fjerde setning.

⁵⁵⁹ Energiloven § 4-6 annet ledd annen setning.

⁵⁶⁰ NEM § 4-16 bokstav a tredje setning.

⁵⁶¹ Henholdsvis NEM § 4-16 bokstav c tredje setning og bokstav b andre setning.

⁵⁶² Av forskriftsforarbeidene, som er utarbeidet av NVE/RME, fremgår det også klart at dette var hensikten bak reguleringen, jf. NVE høringsdokument nr.8/2019 s. 21 og RME rapport nr. 1/2020 s. 34–35.

eller *anskaffe* noe, vil utgjøre et «inngrep» som må ha hjemmel i lov.⁵⁶³ En forvaltningsmyndighet kan «ikke uten lovhjemmel definere sin egen forskriftskompetanse» eller «gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir uttrykk for».⁵⁶⁴

Spørsmålet i det videre er om departementet har gått lengre i sin maktbruk enn det hjemmelsloven gir grunnlag for, ved å regulere nettselskapets adgang til å «bygge opp eller opprettholde egen kapasitet» med formål om å selge, leie eller bistå andre.

Ved tolkningen av hva forskriftsmyndigheten har hjemmel til, står ordlyden sentralt.⁵⁶⁵ Etter ordlyden har departementet kun hjemmel til å regulere «nettforetaks adgang til å *selge* eller *leie ut* egen kapasitet» (min kursivering).⁵⁶⁶ Henvisningen til «driftskontrollfunksjoner, overskuddskapasitet og i beredskapssituasjoner» endrer ikke forståelsen. Begrepet «herunder» gjør det klart at departementet kun kan regulere slik kapasitet i tilknytning til muligheten for *salg* eller *utleie*. Jeg har vanskelig for å se at ordlyden alene gir hjemmel til å regulere nettselskapets adgang til å bygge opp eller opprettholde kapasitet for visse formål.

Andre rettskilder enn ordlyden kan etter omstendighetene tillegges vekt.⁵⁶⁷ Sentralt er om lovgiver har ment å gi forvaltningen den aktuelle kompetansen.⁵⁶⁸ Om forskriftshjemmelen sier departementet følgende i proposisjonen som ble lagt frem for Stortinget:

Det kan også være hensiktsmessig at nettselskap gis anledning til å selge eller leie ut overskuddskapasitet i begrenset omfang dersom slik virksomhet i nettselskapet i hovedsak betjener nettdriften, men i perioder eller på grunn av andre hensyn ikke benyttes 100 prosent internt. Utleie av ledig fiberkapasitet som nettselskapet har lagt og

⁵⁶³ Grunnloven § 113.

⁵⁶⁴ HR-2018-1907-A avsnitt 49 med videre henvisninger til henholdsvis HR-2017-625-A avsnitt 44 og HR-2014-1105 avsnitt 26.

⁵⁶⁵ HR-2018-1907-A avsnitt 51 med videre henvisninger til Rt-2014-1281 avsnitt 48. Se også HR-2017-625-A avsnitt 44.

⁵⁶⁶ Energiloven § 4-6 annet ledd annet setning.

⁵⁶⁷ HR-2018-1907-A avsnitt 51 med videre henvisninger til Rt-2014-1281 avsnitt 48. Se også HR-2017-625-A avsnitt 44.

⁵⁶⁸ HR-2017-625-A avsnitt 44, også Tobiassen (2019) s. 128–131.

som er nødvendig for drift av nettet, bør også av samfunnsøkonomiske hensyn kunne tillates.⁵⁶⁹

Proposisjonen gir uttrykk for at formålet med anskaffelsen eller opprettholdelsen kan og skal tillegges vekt ved vurderingen av om nettselskapet kan tilby kapasitet på markedet. Likevel er det vanskelig å finne holdpunkter for at forskriftshjemmelen skulle gi adgang til å faktisk regulere nettselskapets mulighet til å anskaffe eller opprettholde ressurser.

Prinsipielt er det en relativt stor forskjell mellom å regulere nettselskapets adgang til å ha eller anskaffe noe, og å regulere nettselskapets adgang til å tilby dette ut på markedet. NEM § 8-3 gir RME hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr til den som «forsettlig eller uaktsomt overtrer eller medvirker til overtredelse» av reguleringen i NEM § 4-16. Ved å knytte forbudet opp mot selve anskaffelsen eller opprettholdelsen, vil RME i prinsippet ha adgang til å sanksjonere allerede før kapasiteten er tilbudt markedet. Avgjørende er at RME kan føre bevis for at anskaffelsen eller opprettholdelsen er gjort med formål om å selge eller leie ut kapasiteten. Her kan det oppstå vanskelige bevisspørsmål, og det er usikkert hvordan regelverket vil bli håndhevet. Mer sentralt er at det er vanskelig å se at lovgivers hensikt har vært å gi en slik kompetanse. Etter min oppfatning synes forvaltningen her å gå lengre i sin maktbruk enn det lovgiver har gitt uttrykk for.

Den generelle oppfatningen ellers synes å være at nettselskapet, innenfor monopolreguleringen, har betydelig frihet til å avveie investering og kostnader for egen virksomhet.⁵⁷⁰ Det må nevnes at NEM § 4-16 ellers – som den senere drøftelsen vil vise – legger strenge rammer for *når* et nettselskap kan selge eller leie ut egen kapasitet. Det vil først og fremst være opp til inntektsrammereguleringen å sørge for insentiver for effektiv drift, og at nettselskapet ikke bygger opp unødig kapasitet.⁵⁷¹

Heller ikke andre bestemmelser i energiloven synes å legge direkte restriksjoner på nettselskapets adgang til å bygge opp eller opprettholde

⁵⁶⁹ Prop. 35 L (2015–2016) s. 43.

⁵⁷⁰ Sammenlign NVE rapport nr. 63/2015 s. 16 og OED (2014) s. 23.

⁵⁷¹ Kontrollforskriften § 7-2 tredje ledd.

kapasitet. Det må være klart at adskillelseskravene etter det selskapsmessige skillet først inntreer *når* det leveres varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører. Jeg har derfor vanskelig for å se at den generelle forskriftsfullmakten departementet har i energiloven § 10-6 om «gjennomføring og utfylling av loven» hjemler foreliggende regulering.

Etter min vurdering har ikke departementet hjemmel til å regulere nettselskapets adgang til å «bygge opp eller opprettholde» kapasitet med formål om å selge, leie eller bistå andre.

Det må nevnes at den alminnelige *virksomheten* av at en forskrift mangler hjemmel, er at den settes til side i den konkrete sak.⁵⁷² Øvrig regulering i NEM § 4-16 ligger klart innenfor departementets forskriftshjemmel i energiloven § 4-6 annet ledd annet punktum. Jeg har videre vanskelig for å se at forbudene mot å bygge opp eller opprettholde egen kapasitet, og reguleringen av nettselskapets adgang til å tilby kapasitet ut på markedet, henger sammen på en slik måte at NEM § 4-16 i sin helhet i så fall må settes til side.⁵⁷³

7.3.3 Nærmere om de ulike kapasitetsalternativene

7.3.3.1 Innledning

Hovedregelen etter NEM § 4-16 er, som nevnt, at nettselskap ikke kan selge eller leie ut egen kapasitet.⁵⁷⁴ Bestemmelsen selv gjør videre unntak for overskuddskapasitet i et begrenset omfang, fiberkapasitet engros, bistand i ekstraordinære beredskapssituasjoner og driftssentraltjenester.⁵⁷⁵ I det videre vil jeg se nærmere på de ulike kapasitetsalternativene.

⁵⁷² Eckhoff (2018) s. 486.

⁵⁷³ Utgangspunktet og hovedregelen etter alminnelig forvaltningsrettslige prinsipper er at ugyldigheten ikke rekker lengre enn ugyldighetsgrunnen tilsier. Dette gjelder likevel ikke dersom «forutsetningene for å opprettholde de *andre* delene svikter hvis én del faller bort» jf. Eckhoff (2018) s. 479.

⁵⁷⁴ NEM 4-16 første setning. Denne må likevel tolkes innskrenkende for det som ikke anses som «annen virksomhet», se punkt. 7.3.1 og punkt 7.2.

⁵⁷⁵ NEM § 4-16 bokstav a til b.

7.3.3.2 Overskuddskapasitet

I NEM 4-16 bokstav a blir overskuddskapasitet definert som «kapasitet som er anskaffet og opprettholdes for å dekke behovet i foretakets egen nettdrift, men som ikke fullt ut kan benyttes for dette formålet». ⁵⁷⁶ For at en overflødig ressurs skal kunne tilbys markedet, kreves det dermed årsakssammenheng mellom anskaffelsen eller opprettholdelsen av ressursen, og et behov i egen nettdrift. At det er snakk om et *behov* gjør det naturlig å avgrense mot det unødige.

Den klareste måten et nettselskap kan opparbeide overskuddskapasitet i NEM § 4-16s forstand, er ved kapasitet den er pliktig til å ha, se punkt 6.2.2. Innenfor rammene som oppstilles, har nettselskapet relativt stor frihet til å bestemme selv om den skal anskaffe egne ressurser, eller sette oppgaver ut til eksterne tjenesteytere. Valgfriheten vil påvirke terskelen for når det er et «behov» for den aktuelle ressursen i nettdriften.

I tilfeller hvor lokale eller markedsmessige forhold gjør det vanskelig for nettselskapet å drifte nettet forsvarlig uten å ansette egne folk eller selv eie visse ressurser, må det være klart at det er et reelt behov for den aktuelle kapasiteten i nettdriften. ⁵⁷⁷ Om anskaffelsen eller opprettholdelsen av slik kapasitet medfører at kapasitet i perioder står ubrukt, vil det utgjøre overskuddskapasitet i NEM § 4-16s forstand. Nettselskapet kan dermed tilby kapasiteten videre på markedet.

I tilfeller hvor nettselskapet har *mulighet* til å unngå overskuddskapasitet ved å anskaffe den aktuelle ressursen fra andre markedsaktører, blir det mer tvilsomt om det er et «behov» for kapasiteten i nettdriften. I høringsdokumentet som ligger til grunn for forskriftsbestemmelsen blir det tatt til orde for en relativt streng praktisering av reglene. Det fremgår at «det må foreligge faktorer som gjør at overskuddskapasitet ikke kan unngås» og at nettselskapet «må vurdere å leie inn ressursene de trenger for å unngå overskuddskapasitet, der dette er hensiktsmessig». ⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ NEM § 4-16 bokstav a annen setning.

⁵⁷⁷ I forskriftens forarbeider blir det påpekt at det er «rom for å ta noe hensyn til geografiske og markedsmessige forhold i praktiseringen av regelverket», se NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 21.

⁵⁷⁸ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 21.

Videre at «[b]ehovet for kapasiteten må vurderes over tid, spesielt når det gjelder personell». ⁵⁷⁹

Forskriftsforarbeider har i utgangspunktet begrenset rettskildemessig vekt. Samtidig taler ordlyden «behov» og hensynene bak regelen i seg selv for en høy terskel. Hovedregelen er at nettselskapet ikke kan levere varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører. Formålet bak reglene er å rendyrke nettvirksomheten, redusere faren for krysssubsidiering og sikre at nettselskapet ikke har andre kommersielle interesser enn nettvirksomheten. ⁵⁸⁰ Videre skal reglene bidra til effektivitet i andre markeder enn kraftmarkedet. ⁵⁸¹ Det bør derfor kun være i tilfeller hvor overskuddskapasitet ikke kan unngås, at nettselskapet kan tilby kapasiteten på markedet.

Den strenge linjen i høringsdokumentet ble i stor grad opprettholdt i den senere oppsummeringsrapporten. Likevel med enkelte modifikasjoner. For det første uttales det at «[d]en viktigste begrensingen [...] er at man ikke kan investere i overskuddskapasitet i nye bygg med formål om å leie ut». ⁵⁸² Uttalelsen gir uttrykk for at terskelen i overskuddskapasitetsvurderingen er noe lavere ved eksisterende kapasitet, enn ved fremtidige anskaffelser. Samtidig påpekes det også her at det må foretas en løpende vurdering. ⁵⁸³

Videre tar oppsummeringsrapporten til orde for at kapasitet som tilbys inn mot *felles grøftegravingsprosjekter*, kan anses som overskuddskapasitet etter NEM § 4-16. ⁵⁸⁴ Det fremgår at nettselskapet kan lede grøftegravingsprosjekter når det er «nødvendig for at nettselskapet skal kunne utføre sine oppgaver og det er naturlig at nettselskapet leder et slikt arbeid». ⁵⁸⁵ Et interessant trekk er at RME åpner opp for at «overskuddskapasitet» ikke kun omfatter kapasitet som *overflødig* i egen nettvirksomhet, men også kapasitet hvor *hensikten* er å tilby kapasitet til andre i tilknytning

⁵⁷⁹ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 21.

⁵⁸⁰ Punkt 2.3 og 2.4.

⁵⁸¹ Prop. 35 L (2015–2016) s. 12.

⁵⁸² RME rapport nr. 1/2020 s. 35.

⁵⁸³ RME rapport nr. 1/2020 s. 35.

⁵⁸⁴ RME rapport nr. 1/2020 s. 35.

⁵⁸⁵ RME rapport nr. 1/2020 s. 35.

til et konkret prosjekt som er relatert til nettvirksomheten. Som vilkår må det begrunnes i nettselskapets egne behov. For min del fremstår det som noe unaturlig å definere dette som overskuddskapasitet, noe NEM § 4-16 selv definerer som kapasitet som «ikke fullt ut kan benyttes» i egen nettdrift.⁵⁸⁶ Det må etter mitt syn være mer naturlig å anse slik bistand som en naturlig del av nettvirksomheten.⁵⁸⁷

Terskelen for å anse noe som overskuddskapasitet er etter dette relativt høy. Sentralt er at det er årsakssammenheng mellom ressursen som tilbys markedet og et reelt behov i egen nettdrift. Videre er terskelen antagelig noe lavere for allerede opparbeidet kapasitet, enn for den som i fremtiden anskaffes.

7.3.3.3 Fiberkapasitet engros

I forbindelse med egen nettdrift vil nettselskapene ha behov for å legge fiberkabler. Videre har flere energiselskap lagt fiberkabler i forbindelse med bredbåndsvirksomhet. Ved de nye adskillelseskravenes ikrafttreden må eventuell bredbåndsvirksomhet i utgangspunktet holdes selskapsmessig adskilt fra nettvirksomheten. NEM § 4-16 åpner på sin side opp for at nettselskapet kan tilby «fiberkapasitet engros».⁵⁸⁸ At salget skjer *engros* innebærer at nettselskapet ikke kan selge fibertjenester direkte til sluttbrukeren.⁵⁸⁹

Tillatelsen til å selge fiberkapasitet engros blir gitt med forbehold om at nettselskapet ikke kan «bygge opp egen fiberkapasitet med formål å selge eller leie denne ut».⁵⁹⁰ Som drøftet ovenfor, er det noe usikkert om forvaltningen har adgang til å stille dette som vilkår. Etter min oppfatning kan forbudet uansett tas til inntekt for *hva slags* fiberkapasitet nettselskapet kan tilby markedet. Dette har også støtte i energilovens forarbeider, hvor det fremgår at «[u]tleie av ledig fiberkapasitet som nettselskapet har lagt og som er nødvendig for drift av nettet, bør også av samfunnsøkonomiske

⁵⁸⁶ NEM § 4-16 bokstav a annen setning.

⁵⁸⁷ Punkt 7.2.2.

⁵⁸⁸ NEM § 4-16 bokstav b.

⁵⁸⁹ Høringsdokument nr. 8/2019 s. 22.

⁵⁹⁰ NEM § 4-16 bokstav b annen setning.

hensyn kunne tillates». ⁵⁹¹ Uttalelsen gir uttrykk for at nettselskapet ikke kan tilby fiberkapasitet som den – etter adskillelseskravenes ikrafttreden – har anskaffet til annet formål enn egen nettdrift.

Konklusjonen er at nettselskapet kan tilby fiberkapasitet som den allerede har, eller som den i fremtiden anskaffer for å dekke behov i egen nettdrift, engros.

7.3.3.4 Ekstraordinære beredskapssituasjoner

NEM § 4-16 åpner til slutt opp for at nettselskapet kan bistå andre foretak i «ekstraordinære beredskapssituasjoner». ⁵⁹² Det er ingen begrensninger hva gjelder hvem nettselskapet kan bistå, eller med hva slags kapasitet. Vilkåret er at det foreligger en «ekstraordinær beredskapssituasjon».

Hva som er en *beredskapssituasjon*, blir ikke nærmere definert. En alminnelig ordlydsfortolkning tilsier at det foreligger en plutselig eller kritisk tilstand som krever ekstra bistand. Det kan være naturlig å dra en parallell til energiloven § 9-2 og kraftberedskapsforskriften, som stiller krav til håndteringen av «ekstraordinære situasjoner», som kan føre til svikt eller bortfall i kraftforsyningen. ⁵⁹³ Forskriftsforarbeidene gjør det derimot klart at begrepet i NEM § 4-16 er ment å favne videre, og begrenses ikke til beredskapssituasjoner i kraftforsyningen. ⁵⁹⁴

At situasjonen må være *ekstraordinær* stiller likevel visse kvalitative krav til beredskapssituasjonen. Ordlyden tilsier at situasjonen må være helt spesiell eller særlig alvorlig. I forskriftsforarbeidene fremgår det at man ønsker å styrke konkurransen i markedet for beredskapstjenester. ⁵⁹⁵ I beredskapssituasjoner som ikke er ekstraordinære, forventes det at andre markedsaktører skal levere tjenestene. Ved vurderingen av om situasjonen er ekstraordinær, skal det etter forarbeidene legges vekt på hendelsens art, omfang, skadepotensiale, tjenestebehovet og om andre

⁵⁹¹ Prop. 35 L (2015–2016) s. 43.

⁵⁹² NEM § 4-16 bokstav c første setning.

⁵⁹³ Sammenlign energiloven § 9-1 fjerde ledd og kraftberedskapsforskriften

⁵⁹⁴ RME rapport nr. 1/2020 s. 36 og NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 22.

⁵⁹⁵ RME rapport nr. 1/2020 s. 36 og NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 22.

markedsaktører har adgang til å tilby kapasiteten.⁵⁹⁶ Tidsaspektet vil også ha stor betydning.⁵⁹⁷ Som konkrete eksempler nevnes brann og flom.⁵⁹⁸

Det er grunn til å anta at enhver beredskapssituasjon ofte vil innebære et visst element av noe ekstraordinært. Antagelig vil det kunne være noe vanskelig å skille de ekstraordinære beredskapssituasjonene, fra de alminnelige. Gode grunner taler for at vilkåret ikke skal tolkes for strengt, og at nettselskapene gis et visst slingringsmonn ved vurderingen av om en beredskapssituasjon er ekstraordinær eller ikke. Antagelig er det først og fremst i tilfeller hvor nettselskapet bygger opp en kommersiell beredskapstjeneste, at det vil være et klart brudd på regelen.⁵⁹⁹ I forskriftsforarbeidene fremgår det at RME vil være varsomme med å ilegge sanksjoner, og vil normalt kreve retting av interne rutiner om kriteriet ikke er oppfylt.⁶⁰⁰

7.3.3.5 Driftssentraltjenester

NEM § 4-16 åpner til slutt opp for at nettselskapet kan selge driftssentraltjenester til kraftprodusenter, foretak som driver fjernvarmevirksomhet og andre nettselskap.⁶⁰¹ Som nevnt i punkt 6.2, er kostnadene ved å etablere driftssentraler ofte store. Samfunnsøkonomisk er det rasjonelt at aktører som allerede har en driftssentral, også kan tilby tjenester fra denne til andre som har behov.

Tillatt salg av driftssentraltjenester begrenses til «overvåking av anlegg, i tillegg til koordinerende og nødvendige tiltak for operativ drift av disse».⁶⁰² Det fremgår eksplisitt at nettselskapet ikke kan ta «kommersielle beslutninger på vegne av konkurranseutsatt virksomhet».⁶⁰³ Restriksjo-

⁵⁹⁶ RME rapport nr. 1/2020 s. 36.

⁵⁹⁷ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 36.

⁵⁹⁸ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 22.

⁵⁹⁹ Sammenlign at det i utgangspunktet er forbudt for nettselskapene å «bygge opp eller opprettholde egen beredskapskapasitet med formål å bistå andre», jf. NEM § 4-16 bokstav c tredje setning.

⁶⁰⁰ RME rapport nr. 1/2020 s. 36.

⁶⁰¹ NEM § 4-16 bokstav d første og femte setning.

⁶⁰² NEM § 4-16 bokstav d annen setning.

⁶⁰³ NEM § 4-16 bokstav d, tredje setning

nene må ses i sammenheng med nøytralitetsplikten og forbudet mot at nettselskap *driver* konkurranseutsatt virksomhet. Nettselskapets rolle vil derfor være begrenset til å følge forhåndsannmeldte produksjonsplaner, instruksjoner fra produsent, og til å reagere på bud i energimarkedene.⁶⁰⁴ I tillegg til tiltak som anses «nødvendige».⁶⁰⁵ I tilfeller hvor nettselskapet selger driftssentraltjenester til et annet nettselskap vil det antagelig ha noe større frihet til å, på nærmere vilkår, ta kommersielle beslutninger.⁶⁰⁶ Her gjør ikke de samme nøytralitetsbetraktningene seg gjeldende.

7.3.4 Krav til salgsprosessen

For enkelte av kapasitetsformene stiller NEM § 4-16 nærmere krav til salgsprosessen. Det fastslås at salg av fiberkapasitet engros og driftssentraltjenester skal skje på «like og ikke-diskriminerende vilkår».⁶⁰⁷ Videre skal nettselskapet kreve et «rimelig vederlag» for tjenester levert i ekstraordinære beredskapssituasjoner.⁶⁰⁸

Det kan fremstå som noe tilfeldig at det stilles krav til salgsprosessen og vederlaget for enkelte av kapasitetsformene, men ikke alle. Det må være klart at nøytralitetsplikten og forbudet mot kryssubsidiering også vil stille krav til salgsprosessen og vederlaget, i tilfeller hvor det ikke er direkte regulert. I det videre vil jeg derfor redegjøre for krav til salgsprosess og vederlag for alle kapasitetsformene, med utgangspunkt i nøytralitetsplikten og forbudet mot kryssubsidiering.

NEM § 4-14 krever at nettselskapet skal opptre «nøytralt og ikke-diskriminerende», herunder ikke gi tilknyttede foretak en «særlig fordel».⁶⁰⁹ Dette innebærer at nettselskapet ikke kan forskjellsbehandle ved salg av egen kapasitet, uten saklig begrunnelse.

For det første kan ikke nettselskapet diskriminere på vilkår eller pris når den selger egen kapasitet. Tilknyttede foretak må ikke gis en særlig

⁶⁰⁴ RME rapport nr. 1/2020 s. 37 og NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 23.

⁶⁰⁵ NEM § 4-16 bokstav d annen setning.

⁶⁰⁶ Sammenlign NVE-notat (2018) s. 3.

⁶⁰⁷ Henholdsvis NEM § 4-16 bokstav b tredje setning og c fjerde setning.

⁶⁰⁸ NEM § 4-16 bokstav c annen setning.

⁶⁰⁹ NEM § 4-14 første og annet ledd.

fordel.⁶¹⁰ Kravet om ikke-diskriminerende adferd innebærer at alle aktører må gis lik tilgang til å kjøpe den aktuelle kapasiteten fra nettselskapet. Hvem som får kapasiteten, må vurderes ut fra objektive kriterier. Etter forskriftsforarbeidene kan ikke nettselskapet selge enerett til *fiberkapasitet*, uten at det først konkurranseutsettes.⁶¹¹ Videre fremgår det at alle som ønsker å benytte seg av nettselskapets fiberkapasitet, helst bør gis tilgang til det.⁶¹² Når det kommer til salg av *driftssentraltjenester* innebærer nøytralitetsplikten at samme tjeneste må tilbys til *alle* aktører som er tilknyttet nettselskapets anleggs- eller områdekonsesjon.⁶¹³ Tilkobling til nettselskapets driftssentral vil kunne medføre besparelser for det enkelte foretaket som kobles til. Om nettselskapet kun tilbyr slike tjenester til et fåtall aktører, vil disse få et konkurransefortrinn. Av forskriftsforarbeidene fremgår det at nettselskapene har en plikt til å utvide driftssentralen, om nødvendig.⁶¹⁴ Til slutt må nettselskapet ikke diskriminere når den vurderer eller bistår i ekstraordinære beredskapssituasjoner.

Av kontrollforskriftens § 2-8 kan ikke nettselskapet «belaste nettvirksomheten med kostnader knyttet til konkurranseutsatt virksomhet».⁶¹⁵ Dette innebærer at nettselskapet minst må kreve de kostnadene den har i forbindelse med salg, utleie eller bistand, dekket av kjøpsprisen. Dersom driftssentralen utvides, må kostnadene dekkes av inntekter fra driftssentraltjenester. Nettkundene må ikke belastes med kostnader knyttet til salg av egen kapasitet etter NEM § 4-16.

7.4 Kort om nye regler i eldirektiv IV

Ett av hovedmålene bak eldirektiv IV er å tilrettelegge for et nytt markedsdesign, som tar hensyn til teknologiutviklingen som er skjedd.⁶¹⁶

⁶¹⁰ NEM § 4-7 annet ledd.

⁶¹¹ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 22.

⁶¹² NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 22

⁶¹³ Prop. 35 L (2015–2016) s. 23 og NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 23.

⁶¹⁴ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 23.

⁶¹⁵ Kontrollforskriften § 2-8 første ledd første setning.

⁶¹⁶ Direktiv 2019/944/EU fortalen særlig punkt 2 og 9, og COM(2016) 864 s. 3–4 og 8–9.

Direktivet tilrettelegger herunder for nye markedsløsninger som kan bidra til å håndtere fremtidige utfordringer i distribusjonsnettet.

Reglene om selskapsmessig og funksjonelt skille for DSO-er fra eldirektiv III, ble videreført i eldirektiv IV.⁶¹⁷ DSO-rollen ble likevel videreutviklet. Blant annet stilles det krav om at medlemslandene skal tilrettelegge for at DSO-en har adgang til å anskaffe fleksibilitetstjenester.⁶¹⁸ Mer sentralt for denne oppgavens tematikk, er at eldirektiv IV legger begrensninger på hva en DSO *kan* holde på med. Spørsmålet om hva en DSO kan holde på med, har et direkte grensesnitt mot de tradisjonelle adskillelseskravene. Den praktiske virkningen av at en DSO ikke kan holde på med noe, er at den må adskilles fra slik aktivitet. I dette delkapittelet vil jeg se kort på de nye reglene.

For det første innfører eldirektiv IV regler om *energilagransanlegg og ladestasjoner for elektriske kjøretøy*. Det fastslås at en DSO ikke kan «eie, utvikle, forvalte eller drive» verken «ladestandere til elektriske kjøretøyer» eller «energilagranlæg». ⁶¹⁹ Etter sin ordlyd forbyr direktivet nettoperatoren å ha nærmest enhver beskjeftigelse med slike anlegg. Energilagransanlegg vil blant annet omfatte batterier.⁶²⁰

Formålet bak forbudet er å tilrettelegge for konkurranse i markedet for energilagringstjenester og ladestasjoner.⁶²¹ Ved energilagransanlegg ser man for seg at andre markedsaktører skal operere disse, og selge lagringskapasitet til dem som trenger det, inkludert nettverksopera-

⁶¹⁷ Henholdsvis direktiv 2009/72/EF artikkel 26 og direktiv 2019/944/EU artikkel 35. Det kan være grunn til å merke at hva som defineres som en «elektricitetsvirksomhet» ble endret. Fra å tidligere kun gjelde fysiske eller juridiske personer som driver produksjon, omsetning, nettvirksomhet eller kjøp av elektrisitet, omfatter det nå også aggregering, fleksibelt elforbruk og energilagring, jf. henholdsvis direktiv 2009/72/EF artikkel 2 nr. 35 og direktiv 2019/944/EU artikkel 2 nr. 57. Definisjonen av vertikalt integrert foretak omfatter likevel fortsatt kun tilfeller hvor det drives nettvirksomhet i tillegg til produksjons- eller omsetningsvirksomhet, jf. direktiv 2019/944/EU artikkel 2 (53). Adskillelsesreglene omfatter dermed ikke de nye virksomhetsområdene, jf. Jones (2020) s. 222.

⁶¹⁸ Direktiv 2019/944/EU artikkel 22

⁶¹⁹ Direktiv 2019/944/EU henholdsvis artikkel 33 nr. 2 og 36 nr. 1.

⁶²⁰ Direktiv 2019/944/EU artikkel 2 nr. 59.

⁶²¹ Direktiv 2019/944/EU artikkel 2 fortalen nr. 62, sammenlign Direktiv 2014/94/EU fortalen nr. 30.

tørene.⁶²² Dette muliggjør for eksempel at samme batteri kan tjene til både nettførmål og andre markedsførmål.⁶²³ Videre ser man for seg at kommersielle aktører vil stå for utrulling av offentlige ladestasjoner.⁶²⁴

Fra hovedregelen er det gjort enkelte unntak. For det første kan DSO-en eie *ladepunkt* «udelukkende til egen anvendelse».⁶²⁵ At de kun er til eget bruk, er det naturlig å forstå som at det ikke kan tilby tjenester fra ladepunktet ut på markedet. Videre kan medlemslandene gjøre ytterligere unntak dersom det – etter nærmere bestemte prosedyrer og på visse vilkår – ikke er andre aktuelle markedsaktører som kan tilby slike tjenester.⁶²⁶

Fra forbudet om at DSO-en ikke kan eie *energilagringsanlegg* er det anledning til å gjøre unntak for «fuldt integrerte nettkomponenter» når den nasjonale reguleringsmyndigheten har gitt sin godkjenning.⁶²⁷ Det sentrale for å oppfylle definisjonen er at komponenten kun brukes for å sikre pålitelig og sikker drift av nettet, og ikke brukes til balansering eller håndtering av kapasitetsutfordringer.⁶²⁸ Typiske eksempler er såkalte kondensatorer og svingningshjøl, som ofte er viktige komponenter for å sikre påliteligheten og synkroniseringen av nettet.⁶²⁹ For lagringsanlegg som er egnet til å håndtere kapasitetsutfordringer, er hovedregelen at DSO-en må anskaffe tjenester til dette på markedet.

Også for energilagringsanlegg har medlemslandene anledning til å gjøre unntak fra forbudet om det – etter nærmere bestemte prosedyrer og på visse vilkår – ikke er andre markedsaktører som kan tilby en tilsvarende lagringstjeneste.⁶³⁰ For energilagringsanlegg som er investert

⁶²² Direktiv 2019/944/EU artikkel 2 fortalen nr. 62.

⁶²³ Sammenlign DNV-GL for NVE (2018) s. 8–15.

⁶²⁴ Sammenlign direktiv 2014/94/EU fortalen nr. 30.

⁶²⁵ Direktiv 2019/944/EU artikkel 33 nr. 2.

⁶²⁶ Direktiv 2019/944/EU artikkel 33 nr. 3.

⁶²⁷ Direktiv 2019/944/EU artikkel 36 nr. 2.

⁶²⁸ Direktiv 2019/944/EU artikkel 2 (51).

⁶²⁹ Direktiv 2019/944/EU fortalen punkt 63. EI problematiserer om det er nødvendig med godkjenning for bruk av alle slike integrerte nettkomponenter, eller om bestemmelsen skal tolkes innskrenkende for enkelte, jf. EI (2020) s. 376. Likevel antar jeg at dette kan løses ved å stille nærmere krav i forskriftsform.

⁶³⁰ Direktiv 2019/944/EU artikkel 36 nr. 3 og 4.

i før 4. juli 2019 og tilkoblet nettet minst to år etter, som en integrert del av distribusjonssystemet, er det adgang til å gjøre ytterlige unntak fra hovedregelen. Samtidig stilles det krav om at lagringsanlegget kun benyttes for beredskapsformål, og ikke markedsformål.⁶³¹

Spørsmålet blir så hvilken betydning det vil få for norsk rett, dersom reglene – som all sannsynlighet tilsier – blir innlemmet i EØS-avtalen. Ved implementeringen av direktiver kan medlemslandene selv bestemme «formen og midlene for gjennomføringen».⁶³² Gjennomføringen må likevel skje på en måte som gjør rettstilstanden tilstrekkelig klar og utvetydig.⁶³³

Når det kommer til *energilagringsanlegg* har norske nettselskap i dag for eksempel lov til å eie og operere batterier for å håndtere kapasitetsutfordringer i eget nett.⁶³⁴ I Norge må vi derfor velge om vi ønsker å innføre et forbud, eller gjøre unntak etter de nærmere bestemte prosedyrene som kreves. Signaler fra tidligere utredninger kan tale i retning av at førstnevnte alternativ blir valgt.⁶³⁵

For regelen om *ladepunkt for elektriske kjøretøy*, er det trolig lite aktuelt å benytte seg av unntaksadgangen. Det selskapsmessige skillet etter nasjonal rett vil allerede være til hinder for at nettselskapene driver kommersiell ladestasjonsvirksomhet. Dessuten er det et uttalt mål at utviklingen av ladeinfrastruktur i Norge skal være markedsbasert.⁶³⁶

Et annet spørsmål er om det kreves en regelendring i norsk rett. De nasjonale reglene om selskapsmessig skille vil i stor grad forby at nettselskap forvalter eller driver ladepunkt for annet enn eget bruk. Om det foreligger et absolutt forbud mot at nettselskap blant annet *eier* ladepunkt til annet en eget bruk, er likevel mer usikkert.⁶³⁷ Av hensyn til forutberegnelighet bør det antagelig gjøres en regelendring også her.

⁶³¹ Direktiv 2019/944/EU artikkel 36 nr. 4.

⁶³² EØS-avtalen artikkel 7.

⁶³³ E-15/12 *Wahl* avsnitt 52 og Sejersted (2011) s. 196.

⁶³⁴ Punkt 7.2.3.

⁶³⁵ DNV-GL for NVE (2018) s. 27–28 og NVE sommerprosjekt (2020) s. 43.

⁶³⁶ Meld. St. 20 (2020–2021) s. 77–78.

⁶³⁷ Sammenlign punkt 7.3.2.

Det er videre grunn til å nevne at det ved vedtakelsen av eldirektiv IV ble innført et nytt punkt 10 i artikkel 31 om oppgavene til distribusjonssystemoperatørene:

Medlemsstaterne eller deres udpegede kompetente myndigheder kan tillade, at distributionssystemoperatører udfører andre aktiviteter end dem, der er fastsat i dette direktiv og i forordning (EU) 2019/943, hvis sådanne aktiviteter er nødvendige, for at distributionssystemoperatørerne kan opfylde deres forpligtelser i henhold til dette direktiv eller forordning (EU) 2019/943, forudsat at den regulerende myndighed har vurderet nødvendigheden af en sådan fritagelse. Dette stykke berører ikke distributionssystemoperatørernes ret til at eje, udvikle, forvalte eller drive andre net end elektricitetsnet, hvis medlemsstaten eller den udpegede kompetente myndighed har tilladt en sådan ret.

Bestemmelsen er ny og tilsvarende regulering finnes ikke i eldirektiv III.⁶³⁸ Et interessant trekk er at reglen er utformet som en unntaksregel. Den synes å forutsette en hovedregel om at DSO-en i utgangspunktet ikke kan drive annen aktivitet enn den aktiviteten enten eldirektivet selv eller elektrisitetsforordningen, påkrever eller tillater DSO-en å utføre. Hvor denne hovedregelen fremgår, er det imidlertid vanskelig å si. Som vist til i punkt 4.2 blir det forutsatt at adskillelseskravene i EU/EØS kun retter seg mot aktiviteter som i utgangspunktet faller inn under definisjonen av vertikalt integrert virksomhet. Dessuten er det klart at adskillelseskravene fortsatt kun gjelder for DSO-er med mer enn 100.000 nettkunder.⁶³⁹

At bestemmelsen faktisk legger restriksjoner på DSO-ens virksomhet, ble forutsatt av den svenske Energimarknadsinspeksjonen (EI) ved forslag til implementering av direktivet. Det blir uttalt at det nåværende regnskapsmessige skillet etter svensk rett «bör omformuleras i ellagen så att nätverksamhet inte bara ska ekonomiskt redovisas skilt från annan verksamhet utan att nätverksamhet ska bedrivas juridiskt åtskilt från annan

⁶³⁸ Sammenlign direktiv 2009/72/EF artikkel 25 nr. 7.

⁶³⁹ Direktiv 2019/944/EU artikkel 26 nr. 4.

verksamhet». ⁶⁴⁰ Videre at med den nye bestemmelsen «begränsas nu möjligheten för den systemansvarige för distributionssystem att bedriva annan verksamhet tillsammans med nätverksamheten i samma juridiska person». ⁶⁴¹ I EU-rettslig teori er det vanskelig å finne holdepunkter for den samme forståelsen. Her blir det vist til at bestemmelsen er ment å tilrettelegge for at nasjonale myndigheter kan gi DSO-en en mer aktiv rolle i elektrisitetmarkedet. ⁶⁴² Videre blir det presisert at det er usikkert om en DSO for eksempel kan drive aggregatorvirksomhet, noe som i utgangspunktet klart må regnes som noe annet enn nettvirksomhet. ⁶⁴³ Fortalen gir lite veiledning for hvordan bestemmelsen skal forstås.

Uavhengig av hvordan bestemmelsen skal forstås, må det være relativt klart at den ikke vil få særlig stor betydning for nasjonal regulering. Etter nasjonal rett vil nettselskapenes aktivitet allerede i stor grad være begrenset til kun å omfatte aktiviteter som det er pålagt å gjøre etter eldirektivet og elektrisitetsforordningen. ⁶⁴⁴

7.5 Oppsummering

Utviklingen både nasjonalt og i EU har gått i retning av at den som har ansvar for å drive nettvirksomhet, i minst mulig grad skal involveres i markeder som er egnet for konkurranse. Rollen som nettoperator skal rendyrkes, og på den måten ønsker man å tilrettelegge for effektiv konkurranse og nye virksomhetsområder i energisektoren. Reguleringsteknikken som er valgt er likevel ulik.

Den nasjonale reguleringen går langt i å forby nettselskapet å *opptre* på andre markeder enn markedet for netttjenester. Samtidig legger den ikke restriksjoner på nettselskapets interne aktivitet. Nettselskapet står dermed i utgangspunktet fritt til å bestemme hvilke ressurser det ønsker

⁶⁴⁰ EI (2020) s. 166, sammenlign Ellag (Sv) 3 kap 2 §.

⁶⁴¹ EI (2020) s. 362

⁶⁴² Jones (2020) s. 244.

⁶⁴³ Henholdsvis Jones (2020) s. 244 og direktiv 2019/944/EU artikkel 2 nr. 57, som oppstiller «aggregering» som noe annet enn «distribution».

⁶⁴⁴ Henholdsvis direktiv 2019/944/EU og forordning 2019/943/EU.

å ha internt, og hva slags teknologi det vil benytte seg av i nettdriften. På enkelte punkter er det noe uklart hva et nettselskap har adgang til å levere ut, og hvor skillet går mellom «nettvirksomhet» og «annen virksomhet». Det kan spørres om regelverket legger noe vel strenge rammer for hva et nettselskap kan holde på med. For eksempel taler gode grunner – etter min oppfatning – for at et nettselskap kan bistå et annet nettselskap med spesialkompetanse på enkelte områder. Det er likevel grunn til å tro at regelverket vil utvikles videre, etter hvert som det blir praktisert.

Den nye reguleringen i eldirektiv IV skiller seg fra de tidligere – og mer tradisjonelle – adskillelseskravene. De er utformet som mer eller mindre absolutte forbud mot at nettoperatorene involverer seg i visse aktiviteter. I motsetning til adskillelseskravene, gjelder de ikke kun for nettvirksomhet av en viss størrelse, eller krever at nettvirksomheten i utgangspunktet er organisert etter en bestemt selskapsstruktur. De legger heller ikke direkte føringer for fremtidige selskapsstrukturer. Antagelig må det ses i sammenheng med at de nye innretningene er, nettopp nye. I mindre grad finnes det en etablert tradisjon for integrasjon, som det er behov for å nøste opp i. Ved å stille absolutte forbud mot at DSO-en involverer seg i visse aktiviteter kan man til en viss grad motvirke at slike tradisjoner oppstår. Det er grunn til å tro at dette er en form for regulering man vil se mer av i fremtiden, etter hvert som nye virksomhetsformer etableres i energisektoren.

8 Avsluttende bemerkninger og refleksjoner

Formålet med avhandlingen har vært å foreta en rettsdogmatisk analyse av de organisatoriske kravene som gjelder for det energiloven betegner som et «integrert foretak».

Fremstillingen viser at det oppstilles omfattende krav for å sikre nettkonsesjonærenes nøytralitet og for å redusere risikoen for kryssubsidiering. Det er etablert flere sikkerhetsmekanismer som skal sørge for at tilknyttet konkurranseutsatt virksomhet ikke influerer nettvirksomheten. Innad i det integrerte foretaket må nettvirksomheten i stor grad handle selvstendig, og muligheten for direkte samordning og fellesordninger er begrenset.⁶⁴⁵

Den samlede reguleringen av integrerte foretak i kraftsektoren bidrar til å sikre at den som har konsesjon for å drive nettvirksomhet ikke påvirker konkurranseforholdene, verken i kraftmarkedet eller andre konkurranseutsatte markeder. Nettselskapets aktiviteter vil i stor grad være begrenset til å drifte eget strømnnett.⁶⁴⁶ Ved utførelsen av denne oppgaven må nettselskapet handle uavhengig av tilknyttet konkurranseutsatt virksomhets interesser, og også utad skille seg klart fra den.⁶⁴⁷

Opgaven har avdekket at regelverket ikke er klart i alle henseender. Til dels bærer reglene preg av vid ordlyd med lavt presisjonsnivå, slik som «annen virksomhet»,⁶⁴⁸ «administrative tjenester»⁶⁴⁹ og «driver».⁶⁵⁰ Ofte er det lett å fastslå ytterpunktene, men det oppstår gråsoner hvor det endelige innholdet i rettsreglene er vanskeligere å fastslå. Uklarheten forsterkes av at det er få autoritative rettskilder som sier noe nærmere om reglens innhold. Ofte blir man stående igjen med generelle formålsbetraktninger og rimelighetsvurderinger. Den samlede reguleringen av integrerte foretak i kraftsektoren er videre til dels fragmentarisk spredt i

⁶⁴⁵ Kapittel 5 og 6.

⁶⁴⁶ Kapittel 7

⁶⁴⁷ NEM §§ 4-14 annet ledd og 4-18.

⁶⁴⁸ Særlig punkt 3.4, 4.3 og 7.2.

⁶⁴⁹ Se punkt 6.2.5.

⁶⁵⁰ Se punkt 4.4.

ulike forskrifter, som regulerer ulike forhold. Det kan gjøre det vanskelig å få et overordnet bilde av hva som er gjeldende rett.

Regelverket kompliseres ved at energiloven §§ 4-6 og 4-7 til dels har til hensikt å gjennomføre det som tidligere fulgte av norsk konsesjonspraksis, og til dels skal gjennomføre Norges EØS-rettslige forpliktelser. For eksempel må reguleringen av det *selskapsmessige skillet* i energiloven § 4-6, forstås på bakgrunn av *konsernmodellen*, utviklet gjennom tidligere norsk konsesjonspraksis.⁶⁵¹ Den legger opp til at morselskapet skal være et rent holdingselskap, og utvikler i seg selv en ordning som har til hensikt å sikre nettkonsesjonærens uavhengighet fra tilknyttet konkurranseutsatt virksomhet. Reguleringen av det *funksjonelle skillet* i energiloven § 4-7 er på sin side et resultat av Norges forpliktelser etter eldirektivet, som i sin tur bygger på andre utgangspunkt og forutsetninger.⁶⁵² I enkelte tilfeller danner det grunnlaget for et noe utilgjengelig regelverk, hvor det tidvis er vanskelig å samordne reglene.

Som illustrasjon kan det vises til energiloven § 4-6, om selskapsmessig skille, som forbyr at morselskapet selv «driver» produksjons-, omsetnings- og fjernvarmevirksomhet.⁶⁵³ Det innebærer at *hele* driften av slik virksomhet må legges ut i et eget datterselskap.⁶⁵⁴ Energiloven § 4-7 forbyr videre kun morselskapet å gi instruks til *nettselskapet* om den daglige driften. Den eksplisitte reguleringen for nettselskapets vedkommende gir inntrykk av at morselskapet står fritt til å involvere seg i den daglige driften av produksjons-, omsetnings- og fjernvarmevirksomhet. Samtidig blir det forutsatt i forarbeidene at energiloven § 4-6 skal gjennomføre den tidligere konsernmodellen, og krever at morselskapet er et «reelt» holdingselskap.⁶⁵⁵ Om morselskapet involverer seg aktivt i forvaltningen av produksjons-, omsetnings- eller fjernvarmevirksomhet, kan det i sin tur være vanskelig å betegne holdingselskapet som reelt.⁶⁵⁶ For at morsel-

⁶⁵¹ Kapittel 4.

⁶⁵² Direktiv 2003/54/EF artikkel 15 og direktiv 2009/72/EF artikkel 26.

⁶⁵³ Energiloven § 4-6 tredje setning.

⁶⁵⁴ Punkt 4.4.

⁶⁵⁵ Punkt 4.4.

⁶⁵⁶ Sammenlign aksjeloven § 5-1.

skapets ledelse skal kunne sitte i nettselskapets ledelse – etter energiloven § 4-7 første ledd – stilles det videre krav om at morselskapet *helt* avstår fra å instruere om den daglige driften av all «annen virksomhet». ⁶⁵⁷ Samlet blir regelverket noe innfløkt og i visse tilfeller uklart.

Det er grunn til å tro at de nye adskillelseskravene er godt egnet for å stimulere til visse strukturendringer i kraftsektoren. Ved de nye adskillelseskravenes ikrafttreden, vil nettkonsesjonærenes adgang til å oppnå stordriftsfordeler ved å være integrert med konkurranseutsatt virksomhet, være begrenset. I fremtiden vil synergieffektene først og fremst være å hente ved å slå seg sammen med andre nettkonsesjonærer. I 2019 kunne man telle 115 selskap med inntektsramme, en nedgang på 28 selskap siden reglene først ble foreslått. ⁶⁵⁸ Pågående prosesser gir grunn til å tro at utviklingen vil fortsette. ⁶⁵⁹

Likevel er det fortsatt få «rene» nettselskap. ⁶⁶⁰ De fleste er integrert med annen konkurranseutsatt virksomhet. Det kan spørres om regelverket er *tilstrekkelig* for å sikre nettselskapets nøytralitet. Så lenge nettselskapet er integrert med konkurranseutsatt virksomhet, vil det være en iboende fare for diskriminering og målkonflikter. ⁶⁶¹ Til tross for omfattende regulering, er det antagelig vanskelig å kontrollere at alle sider ved regelverket overholdes, at avgjørelser faktisk blir tatt på ikke-diskriminerende grunnlag og at informasjon ikke spres i strid med nøytralitetsplikten.

I fortalen til eldirektiv III – som innførte hovedregel om eiermessig skille for transmisjonssystemoperatørene – fremheves det at:

Effektiv atskillelse kan bare sikres ved å fjerne insentivet for vertikalt integrerte foretak til å forskjellsbehandle konkurrenter med hensyn til nettilgang og investeringer. ⁶⁶²

⁶⁵⁷ Punkt 5.3.3.

⁶⁵⁸ NVE (u.å.), sammenlign punkt 2.4.

⁶⁵⁹ Eksempelvis Bjerge (2021).

⁶⁶⁰ NVE (u.å.)

⁶⁶¹ Sammenlign direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 9.

⁶⁶² Direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 9 første setning.

Eiermessig skille blir påpekt som «utvilsomt en effektiv og stabil måte å løse den iboende interessekonflikten og sikre forsyningssikkerhet på». ⁶⁶³ Begrunnelsen for å ikke stille like strenge krav til adskillelse av DSO-ene, lå i at adgangen til å forskjellsbehandle er lavere på distribusjonsnivå. ⁶⁶⁴ Det blir vist til at kapasitetsutfordringene, samt produksjons- og omsetningsinteressene, generelt er større på transmisjonsnivå. ⁶⁶⁵

I takt med elektrifiseringen av samfunnet, økt småskala fornybar kraftproduksjon, og nye forretningsområder, er de nevnte utgangspunktene i endring. I fremtiden blir det antatt at kapasitetsutfordringene særlig vil oppstå på distribusjonsnivå. ⁶⁶⁶ Ved fremveksten av nye virksomhetsområder, som lokale fleksibilitetsmarkeder, aggregatorvirksomhet og offentlige ladestasjoner, vil også muligheten for å diskriminere på distribusjonsnivå øke. Videre tar flere til orde for at nettoperatorene i distribusjonsnettene bør gis større ansvar ved driftskoordinering og planlegging av kraftsystemet. ⁶⁶⁷ Etter energiloven § 3-7 har departementet i dag hjemmel til å gi forskrift om utpeking av en *koordinerende operatør av distribusjonssystemet*. Om nettselskapene i fremtiden gis en mer aktiv rolle i kraftsystemet, vil kravene til nøytralitet skjerpes. Det er grunn til å spørre om dagens regelverk er tilstrekkelig for å sikre det.

⁶⁶³ Direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 9 annen setning.

⁶⁶⁴ Direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 26 annen setning.

⁶⁶⁵ Direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 26 annen setning.

⁶⁶⁶ Meld. St. 36 (2020–2021) s. 63.

⁶⁶⁷ Energi Norge (2014) og RME (2020).

Litteraturliste

Norske rettskilder

Lover

- 2020 Lov 19. juni 2020 nr. 95 om infrastruktur for alternativt drivstoff.
- 2020 Lov 7. mai 2020 nr. 40 om tilrettelegging for utbygging av høyhastighetsnett for elektronisk kommunikasjon (bredbåndsutbyggingsloven).
- 2018 Lov 22. juni nr. 22 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)
- 2016 Lov 27. mai 2016 nr. 18 om endringer i energiloven (skille mellom nettvirksomhet og annen virksomhet mv.) [endringslov 2016]
- Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).
- 2006 Lov 30. juni 2006 om endringer i lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven) [endringslov 2006]
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styring av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 1998 Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven).
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

- 1990 Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven).
- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Forskrifter

- 2021 Forskrift 21 desember 2021 nr. 3750 om endring i forskrift
2021 om endring i forskrift om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomhet og tariffier
Forskrift 10. juni 2021 nr. 1904 om endring av forskrift om økonomisk og teknisk rapportering for nettvirksomheten og tariffier [endringsforskrift av kontrollforskriften]
- 2020 Forskrift 30. juni 2020 nr. 1454 om endring i forskrift om nettregulering og energimarked (NEM) [endringsforskrift NEM]
- 2019 Forskrift 24. oktober 2019 nr. 1413 om nettregulering og energimarkedet (NEM)
- 2016 Forskrift 12. august nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften).
- 2012 Forskrift 7. desember 2012 nr. 1157 om sikkerhet og beredskap i kraftforsyningen (kraftberedskapsforskriften).
- 1999 Forskrift 11. mars 1999 nr. 301 om måling, avregning, fakturering av netjtjenester og elektrisk energi, nettselskapets nøytralitet mv. [avregningsforskriften]
- Forskrift 11. mars 1999 nr. 302 om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffier (forskrift om kontroll av nettvirksomheten) [kontrollforskriften]

1990 Forskrift 7. desember 1990 nr. 959 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energilovforskriften).

Lov- og forskriftsforarbeider, samt andre stortingsdokument

Meld. St. 36 (2020–2021) *Energi til arbeid – langsiktig verdiskaping fra norske energiressurser.*

Meld. St. 20 (2020–2021) *Nasjonal transportplan 2022–2033.*

NOU 1996: 6 *Arbeidstakeres stilling i konsensforhold m.v.*

Prop. 25 L (2020–2021) *Endringer i energiloven m.m. (endringer om funksjonelt skille for nettforetak)*

Prop. 35 L (2015–2016) *Endringer i energiloven (skille mellom nettvirksomhet og annen virksomhet mv.)*

Ot.prp.nr.61 (2005–2006) *Om lov om endringer i lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven)*

Ot.prp. nr. 56 (2000–2001) *Om lov om endringer i lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (energiloven)*

Ot.prp.nr.43 (1989–1990) *Om lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning og fordeling av energi m.m. (Energiloven).*

OED høringsnotat (2016) *OED. Vinterpakken – høring av regelverksforslag fra Europakommisjonen. 19. desember 2016. Tilegnelig her: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/vinterpakken---horing-av-regelverksforslag-fra-europakommisjonen/id2524840/?expand=horingsnotater> hentet 07.06.21*

- OED høringsnotat (2015) OED. *Høringsnotat. Forslag til endringer i energiloven*. 14. april 2015. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-endringer-i-energiloven-om-krav-til-selskapsmessig-og-funksjonelt-skille/id2405904/?expand=horingsnotater> hentet 07.06.21
- OED høringsnotat (2014) Olje- og energidepartementet (OED). *Høringsnotat. Forslag til opphevelse av kompetanseforskriften og endringer i energilovforskriften*. 21. oktober 2014 <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/Horing--Forslag-til-opphevelse-av-kompetanseforskriften-og-endringer-av-energilovforskriften/id2008802/?expand=horingsnotater> hentet 07.06.21
- RME rapport nr. 8/2020 RME. *Oppsummeringsrapport: høring om endringer i forskrift om kraftomsetning og netjtjenester (avregningsforskriften), forskrift om kontroll av nettvirksomhet og forskrift om elsertifikater*. RME rapport nr. 8/2020. Oslo: November 2020. Tilgjengelig her: https://publikasjoner.nve.no/rme_rapport/2020/rme_rapport2020_08.pdf hentet 07.06.21
- RME rapport nr. 1/2020 RME. *Oppsummering av høringsinnspill og forslag til endring i forskrift om nettregulering og energimarkedet (NEM)*. RME rapport nr. 1/2020. Februar 2020. Tilgjengelig her: https://publikasjoner.nve.no/rme_rapport/2020/rme_rapport2020_01.pdf hentet 07.06.21
- NVE rapport nr. 63/2015 NVE. *Endringer i forskrift om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffier. Oppsummering av høringsuttalelser og endelig forskriftstekst*. NVE rapport nr. 63/2015. Juli 2015. Tilgjengelig her: https://publikasjoner.nve.no/rapport/2015/rapport2015_63.pdf hentet 07.06.21

- RME hørings-
dokument
nr. 3/2020
- RME. *Forslag til endringer i forskrift om måling, avregning, fakturering av netjtjenester og elektrisk energi, nettselskapets nøytralitet mv., forskrift om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffer, og forskrift om elsertifikater.* RME rapport nr. 3/2020. Mai 2020. Tilgjengelig her: https://publikasjoner.nve.no/rme_hoeringsdokument/2020/rme_hoeringsdokument2020_03.pdf hentet 07.06.21
- NVE hørings-
dokument
nr. 8/2019
- NVE. *Forslag til endringer i energilovforskriften.* Nr. 8/2019. Juni 2019. NVE rapport nr. 8/2019. Tilegnelig her: https://publikasjoner.nve.no/hoeringsdokument/2019/hoeringsdokument2019_08.pdf hentet 07.06.21
- RME hørings-
dokument
nr. 3/2020
- RME. *Forslag til endringer i forskrift om måling, avregning, fakturering av netjtjenester og elektrisk energi, nettselskapets nøytralitet mv., forskrift om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffer, og forskrift om elsertifikater.* RME rapport nr. 3/2020. Mai 2020. Tilgjengelig her: https://publikasjoner.nve.no/rme_hoeringsdokument/2020/rme_hoeringsdokument2020_03.pdf hentet 07.06.21
- NVE hørings-
dokument
nr. 8/2019
- NVE. *Forslag til endringer i energilovforskriften.* Nr. 8/2019. Juni 2019. NVE rapport nr. 8/2019. Tilegnelig her: https://publikasjoner.nve.no/hoeringsdokument/2019/hoeringsdokument2019_08.pdf hentet 07.06.21

- Advokatforeningen
høringssvar
(2015)
- Advokatforeningen. *Høring av endringer i energiloven om krav til selskapsmessig og funksjonelt skille*. 25. mai 2015. https://www.regjeringen.no/contentassets/a46821714acb4ba18469443fdbac513/den-norske-advokatforening.pdf?uid=Den_norske_advokatforening.pdf hentet 07.06.21
- TrønderEnergi
høringssvar
(2015)
- TrønderEnergi. *Høringsuttalelse til forslag om endringer i energiloven*. 27. mai 2015. https://www.regjeringen.no/contentassets/a46821714acb4ba18469443fdbac513/troender-energi-nett-as.pdf?uid=Troender_Energi_Nett_AS.pdf hentet 07.06.21

Rettsavgjørelser fra Høyesterett

- HR-2021-822-A
HR-2018-1907-A
HR-2017-625-A
HR-2016-1982-A
HR-2014-1105
Rt-2010-306 (Hempel).
Rt-2000-1811 (Finanger I)

Forvaltningspraksis mv.

- Udatert NVE. Standardvilkår omsetningskonsesjon, nettvirksomhet. Oppgis på forespørsel.
- 2021 RME. «Veiledning og krav til innrapportering av økonomiske og tekniske data.» 8. mars 2021 (sist oppdatert 10. mars 2021) [NVE veileder] <https://www.nve.no/media/11737/veileder-erapp-2020.pdf> hentet: 12.06.2021

- 2019 RME. «Hålogaland Kraft Nett AS – Vedtak om pålegg om retting av avvik som ble funnet under revisjon 19.2.2019.» 15. oktober 2019. Saksnummer: 201842478-11. Tilgang via einnsyn.no.
- RME. «Oversending av revisjonsrapport – Hålogaland Kraft Nett AS.» 28. juni 2019. Saksnummer: 201842478-9. Tilgang via einnsyn.no.
- RME. «Oversending av revisjonsrapport og varsel om vedtak om retting, Varanger Kraftnett AS.» 26. juni 2019. Saksnummer: 201842363-6. Tilgang via einnsyn.no.
- RME. «Agder Energi Nett – Vedtak om retting av avvik funnet ved revisjon 6. mars 2018 og varsel om tvangsmulkt ved manglende retting.» 6. mai 2019. Saksnummer: 201709909-14. Tilgang via einnsyn.no.
- RME. «Agder Energi Nett AS – Varsel om pålegg om retting og oversendelse av Revisjonsrapport.» 4. april 2019. Saksnummer: 201709909-11. Tilgang via einnsyn.no.
- 2018 RME. «Haugaland Kraft Nett AS – Vedtak om pålegg om retting av avvik som ble funnet under revisjon 6. februar 2018.» 28. mars 2019. Saksnummer: 201709855-20. Tilgang via einnsyn.no.
- RME. «Haugaland Kraft Nett AS – Varsel om pålegg om retting av avvik som ble funnet under revisjon.» 20. november 2018. Saksnummer: 201709855-16. Tilgang via einnsyn.no.
- NVE. «Dispensasjon fra krav om at tariffen skal refereres tilknytningspunktet – Skagerak EnergiLAB.» 23. april 2018. Saksnummer: 201832629-2. Tilgang via einnsyn.no.

- NVE. «Felles driftssentral for flere nettselskaper – energilovens krav til ordningen.» NVE-notat 22. januar 2018. Referansenummer: 201800914-1. [NVE notat] Tilgjengelig her: <https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/201800914/2289575> hentet 07.06.21
- 2012 NVE. «Vedtak om overtredelsesgebyr – Trønder Energi Nett AS – Brudd på krav om funksjonelt skille, om nettselskapets nøytralitet og program for overvåking av nettselskapets nøytralitet.» 18. desember 2012. Saksnummer: 201101321-51. [TrønderEnergi-saken] Tilgang via einnsyn.no.

Internasjonale rettskilder

Traktater

- EØS Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oporto, 2. mai 1992.
- EMK Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.

EU-rettsakter

Direktiver

- Direktiv 2019/944 EU Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU [Eldirektiv IV]
- Direktiv 2014/94 EU Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2014/94/EU av 22. oktober 2014 om utbygging av en infrastruktur for alternativt drivstoff.

Direktiv 2009/72 EF	Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2009/72/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft og om oppheving av direktiv 2003/54/EF [Eldirektiv III]
Direktiv 2003/54 EF	Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2003/54/EF av 26. juni 2003 om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft og om oppheving av direktiv 96/92/EF. [Eldirektiv II]
Direktiv 1996/92 EF	Europaparlamentets- og rådsdirektiv 96/92/EF av 19. desember 1996 om felles regler for det indre marked for elektrisitet. [Eldirektiv I]

Forordninger

Forordning 2019/943 EU	Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektrisitet [elektrisitetsforordningen]
Forordning 2011/1227 EU	Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1227/2011 af 25. oktober 2011 om integritet og gennemsigtighet på engrosenergimarkedene EØS-relevant tekst [REMIT-forordningen]
Forordning 2004/139 EF	Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger («EFs fusjonsforordning») [fusjonsforordningen 2004]

Forarbeider og andre Kommisjonsdokument

COM(2016) 864	Europakommisjonen. <i>Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity (recast)</i> . 30. November 2016.
------------------	---

- Europa-
kommisjonen
(2010) Europakommisjonen. *Commission staff working paper. Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. The unbundling regime.* 22. Januar 2010. [kommisjonens tolkningsnotat] Tilgjengelig her: https://ec.europa.eu/energy/sites/default/files/documents/2010_01_21_the_unbundling_regime.pdf hentet 07.06.2021.
- Europa-
kommisjonen
(2008) Europakommisjonen. *Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings.* 16. April 2008. Publisert i Official Journal of the European Union: OJ C 95/1. [jurisdiksjonsmedelelsen]
- COM(2001)
125 Europakommisjonen. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 96/92/EC and 98/30/EC concerning common rules for the internal market in electricity and natural gas. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity.* 13. Mars 2001.

EFTA-domstolen

- E-15/12 *Wahl*
- E-1/07 *Criminal proceedings against A*
- E-4/01 *Karlsson*

EU-domstolen

C-105/12 to C-107/12	<i>Netherland v. Essent NV and others.</i>	ECLI:EU:C:2013:677
C-274/08	<i>Kommission mot Sverige.</i>	ECLI:EU:C:2009:673
T-411/07	<i>Aer Lingus Group plc v. Comission</i>	ECLI:EU:T:2010:281

Vedtak fra EØS-komiteen

EØS komiteen. *EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 4.mai 2017 om endring av EØS-avtalens vedlegg IV (Energi)*. EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 11/53, 7. februar 2019. Tilgjengelig her: <https://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/eea/other-legal-documents/adopted-joint-committee-decisions/2017 – Norwegian/093-2017n.pdf> hentet 07.06.21

Utenlandske rettskilder

Utenlandske lover

Dansk elforsyningslov	Lovbekendtgørelse 2021-05-12 nr. 984 om elforsyning [lest i Karnov Danmark]
Finsk elmarknadslag	Elmarknadslag 9.8.2013/588. [lest i Finlex Finland]
Svensk ellag	Ellag (1997:857). [lest i JUNO Sverige]

Utenlandske forskrifter

- BEK nr. 2242 af 29/12/2020. *Bekendtgørelse om varetagelse af netvirksomhedsaktiviteter.* BEK nr. 2242 af 29/12/2020 [lest i retsinformation.dk]
- Finsk förordning nr. 922/2006. *Handels- och industriministeriets förordning om operativa krav på åtskiljande av verksamheterna hos en eldistributionsnätsinnehavare.* 16. oktober 2016. Nr. 922/2006. [lest i Finlex Finland]

Utenlandske forarbeider

- Prop. 2008/09:216 *Avgränsning av elnättsverksamhet, 2008.* [lest i JUNO Sverige]

Vedtak fra utenlandsk forvaltningsmyndighet

Bundesnetzagentur. *Nichteinhaltung von Entflechtungsvorgaben gegen die E.ON Bayern AG und E.ON Energie AG.* 12. februar 2012. Saksnummer: BK7-09-014. (Tyskland) Tilgang her: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK7-GZ/2009/BK7-09-014/BK7-09-014_Beschluss_download.pdf?__blob=publicationFile&v=5 hentet 01.06.2021.

Litteratur

- Aarseth (2005) Aarseth, Hallvard Gilje. «Nye krav til skille mellom monopol- og konkurransebasert- virksomhet i kraftsektoren. Selskapsmessige og funksjonelle atskillelseskrav.» *MarLus* nr. 327, 2005.

- Agder Energi (2019) Agder Energi. «Hva er NorFlex» (2019) <https://www.ae.no/var-virksomhet/fornyelse/norflex-prosjektet/hva-er-norflex/> hentet 30.05.2021.
- Andenæs (2016) Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. 3. utg. revidert av Ole Andenæs, Stig Berge og Margrethe Buskerud Christoffersen, Oslo: Eget forlag, 2016.
- Andersen (1997) Andersen, Paul Krüger. *Studier i dansk konsernret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997.
- App Store (u.å.) a. App Store. «Elvia.» (u.d.) <https://apps.apple.com/no/app/elvia/id489836235> hentet 30.05.2021.
- App Store (u.å.) b. App Store. «Tibber – Smarter power.» (u.å.) <https://apps.apple.com/no/app/tibber-smarter-power/id1127805969> hentet 30.05.2021.
- Bains (2017) Bains, Shabneet. «Overtredelsesgebyr som sanksjon ved brudd på energi- og vannressurslovgivningen. Beviskravet og domstolenes prøvelsesrett.» *MarIus* nr. 483, 2017.
- Birkeland (2020) Inger Birkeland, Ingvild Fløtre, Linn-Anita Bergland mfl. for NVE. «Batterier i distribusjonsnett. Sommerprosjekt 2020.» NVEs referanse: 202011402. Tilgjengelig her: https://www.nve.no/media/10799/batterier-i-distribusjonsnett_studentrapport-2020.pdf hentet 30.05.2021.

- Bjerge (2021) Bjerge, Nicoline. «Har snudd om Glitre-fusjonen: – Vanker sikkert både roser og kaktuser.» *Drammen Tidende* 9. juni 2021. Tilgjengelig her: <https://www.dt.no/har-snudd-om-glitre-fusjonen-vanker-sikkert-bade-roser-og-kaktuser/s/5-57-1679240?key=2021-06-13T18%3A32%3A44.000Z%2Fretreiver%2F3325a254b39d413a507ed6c1c4694e5e73a51fd7> hentet 14.06.2021
- Bjørnebye (2020) Bjørnebye, Henrik. «Hva betyr EUs ren energi-pakke for Norge?» *Norsk klimastiftelse* rapport 3/2020 (2020). Tilgjengelig her: <https://klimastiftelsen.no/publikasjoner/hva-betyr-eus-ren-energi-pakke-for-norge/> – innhold hentet 07.06.2021.
- BKK (u.å.) BKK. «Ladeløsninger for elbil.» (2020) <https://energi.bkk.no/produktoversikt?categoryId=42a8ef9f-f07a-4583-a2d1-fe9ca75c6134> hentet 30.05.2021.
- CEER (2019a) CEER. «Implementation of TSO and DSO Unbundling Provisions – Update and Clean Energi Package Outlook» *CEER Status Review* ref: C18-LAC-02-08, 2019. Tilgjengelig her: <https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/f69775aa-613c-78a5-4d96-8fd57e6b77d4> hentet 08.06.2021.
- CEER (2019b) CEER. «New Services and DSO Involvement.» *A CEER Conclusions Paper* ref: C18-DS-46-08, 2019. Tilgjengelig her: <https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/ef4d6e46-e0a5-f4a4-7b74-a6d43e74dde8> hentet 07.06.2021.

- DNV-GL (2018) DNV-GL for NVE. *Batterier i distribusjonsnett*. Januar 2018. NVE rapport nr. 2/2018. https://publikasjoner.nve.no/rapport/2018/rapport2018_02.pdf hentet 30.05.2021.
- Eckhoff (2018) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 11. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- EI (2020) Energimarknadsinspeksjonen (EI). *Ren energi inom EI. Ett genomförande av fem rättsakter*. Ei R2020:2. Tilgjengelig her: <https://www.regeringen.se/493729/contentassets/eebaea6369864871b1e88878c6ed66d1/energimarknadsinspektionens-rapport-med-forslag-for-genomforande-av-eu-lagstiftning-pa-emarknadsområdet-samt-for-genomforande-av-vissa-delar-av-det-omarbetade-fornybartd-i-riktivet> hentet 07.06.2021.
- Embriq (2019) Embriq. «Embriq kjøper Smarthub AS og vokser videre innen drift av AMS og kritisk IoT-infrastruktur» (2019) https://embriq.no/2019/12/12/rejlers-kjoper-smarthub-as/?fbclid=IwAR2FGHNl3wKvOloHfPY9ptSEsVJy64Waf_3xGuwYJlIb5bX1wcz5RzfmRU8 hentet 30.05.2021.
- Energifakta Norge (2021) Energifakta Norge. «Et markedsbasert kraftsystem» (2021) <https://energifaktanorge.no/norsk-energiforsyning/kraftmarkedet/> hentet 30.05.2021.
- Energifakta Norge (2019) Energifakta Norge. «Et moderne og digitalt kraftsystem.» (2019) <https://energifaktanorge.no/norsk-energibruk/ny-teknologi-i-kraftsystemet/> hentet 30.05.2021.

- Energi Norge (2016) Energi Norge. «Oversikt over krav om konkurranseutsetting for anskaffelser til nettvirksomhet.» Desember 2016. Tilgjengelig her: <https://www.energinorge.no/contentassets/04d944ea40084f909dac00f5d2aaa9da/notat---oversikt-krav-til-konkurranseutsetting---desember-2016.pdf> hentet 30.05.2021.
- Energi Norge (2014) Energi Norge. «DSO-rollen. Ansvar, oppgaver og virkemidler.» 03.02.2014. Tilgjengelig her: <https://www.energinorge.no/contentassets/56f4b3153ed54d67ad382871693da83d/dso-rollen---rapport-fra-arbeidsgruppe-03022014.pdf> hentet 30.05.2021.
- Enova (u.å.) Enova. «Skagerak EnergiLab – Sluttrapport konseptutredning» (u.å.) Tilgjengelig her: <https://www.enova.no/bedrift/bygg-og-eiendom/tema/konseptutredninger/skagerak-arena/> hentet 30.05.2021.
- Fredriksen (2019) Fredriksen, Halvard Haukland og Gjermund Mathisen. «EU-rett som norsk rettskilde» I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 386–418.
- Fredriksen (2018) Fredriksen, Halvard Haukland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 3. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Goller (2014) Goller, Morten mfl. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal Norsk Forelag, 2014.

- Hammer (2002) Hammer, Ulf. «Kraftmarked og nettmonopol» I *Vassdrags- og energirett*. 3.utg. Thor Falkanger og Kjell Haagensen red., Oslo: Universitetsforlaget, 2002, side 654–746.
- Hammer (1999) Hammer, Ulf. *Tilrettelegging av kraftmarkedet*. Oslo: Cappelen akademiske forlag, 1999.
- Holen (2016) Holen, Hanne Skaarberg. «Skattemessige fradrag for sentraliserte hoved- kontortjenester». *Revisjon og regnskap* nr. 5/2016 s. 51–54.
- Jones (2020) Jones, Christopher. Revidert og oppdatert av William-James Kettlewell. «Unbundling of Distribution System Operators» I *EU Energy Law: Vol 1: The Internal Energy Market*. 5 utg. Christopher Jones og William-James Kettlewell red., Denventer: Clay & Casteels Law Publishers, 2021, side 217–263.
- Kristoffersen (2010) Kristoffersen, Arthur. «Kost-pluss-metoden til prising av konserninterne transaksjoner for skatteformål». *Utv.* 2010 s. 736. [lest i Rettsdata]
- Meeus (2018) Meeus, Leonardo og Tim Schittekatte. «New grey areas at the frontiers of European power grids» I *Electricity network regulation in the EU*. Leonardo Meeus og Jean-Michel Glachant red., Cheltenham: Edvard Elgar Publishing Limited, 2018. Side 130–150.
- Mestad (2019) Mestad, Ola. «Rettens kilder og anvendelse» I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 77–112

- Mostuen (2018) Mostuen, Gro Grytli. «Statnett og nettselskapene. Forholdet mellom den systemansvarlige i kraftsystemet og nettselskapene i lys av EU-rettens utvikling.» Masteroppgave ved Universitetet i Oslo (2018). Tilgjengelig her: <https://www.duo.uio.no/handle/10852/64300> hentet 30.05.2021.
- Naas-Bibow (2011) Naas-Bibow, Jens og Gunnar Martinsen mfl. *Energiloven med kommentarer*. 3. utg. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2011.
- NVE (u.å.) NVE. «Nøkkeltall for nettselskapene.» (u.å.) <https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/okonomisk-regulering-av-nettselskap/nokkeltall-for-nettselskapene/?ref=mainmenu> hentet 13.06.2021
- NVE (2021) NVE. «Nett.» (2021) <https://www.nve.no/energiforsyning/nett/> hentet 30.05.2021.
- NVE (2016) NVE. «Hva betyr elbiler for strømmettet». NVE rapport nr. 74/2016. Tilgjengelig her: https://publikasjoner.nve.no/rapport/2016/rapport2016_74.pdf hentet 01.06.2021.
- OED (2014) Olje- og energidepartementet (OED). «Et bedre organisert strømmett.» (Reiten-rapporten). OED rapport 5.mai 2014. Tilgjengelig her: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/oed/pdf_filer_2/ev/oed_rapport_net.pdf hentet 07.06.2021.
- Regjeringen (2020) Regjeringen. «Endringer i forskrift om nettregulering og energimarkedet.» (2020) <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/endringer-i-forskrift-om-nettregulering-og-energimarkedet/id2721649/> hentet 01.06.2021.

- RME (2020) RME. «Fra brettet til det smarte nettet – Ansvar for driftskoordinering i kraftssystemet.» RME rapport 7. mai 2020. Tilgjengelig her: <https://www.nve.no/media/9901/fra-brettet-til-det-smarte-nettet.pdf> hentet 01.06.2021.
- RME (2020a) RME. «Driftskoordinering i kraftssystemet: RMEs anbefaling» RME rapport nr. 7/2020. Tilgjengelig her: https://publikasjoner.nve.no/rme_rapport/2020/rme_rapport2020_07.pdf hentet 24.09.2021
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik. «Lovgivningsprosessen og nasjonal gjennomføring» I *EØS.rett*. 3. utg. Fredrik Sejersted, Finn Arnesen og Ole-Andreas Rognstad mfl. Oslo: Universitetsforlaget, 2011. Side 179–217.
- Sentio Research Norge AS (2018) Sentio Research Norge AS. «Forbrukerens tilpasning i strømmarkedet 2017.» NVE rapport nr. 8/2018. Tilgjengelig her: http://publikasjoner.nve.no/rapport/2018/rapport2018_08.pdf hentet 01.06.2021.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- SINTEF Energi AS (2017) SINTEF Energi AS. «Evaluering av NVEs veileder til sikkerhet i AMS.» NVE rapport nr. 44/2017. Tilgjengelig her: https://publikasjoner.nve.no/rapport/2017/rapport2017_44.pdf hentet 01.06.2021.
- Store norske leksikon (2020) Store norske leksikon. «Administrasjon.» (2020) <https://snl.no/administrasjon> hentet 30.05.2021.

- Støle (2001) Støle, Frode Norgård. *Konsernmodellen: om organisatoriske krav til skille mellom konkurranseutsatt og monopolbasert virksomhet i kraftsektoren*. Studentoppgave, UiO, 2001.
- Thema Consulting Group (2019) Thema Consulting Group. «Hvilket potensial har teknologi og organisering til å redusere strømkundenes nettleie?» *NVE ekstern rapport nr. 4/2019*. Tilgjengelig her: http://publikasjoner.nve.no/eksternrapport/2019/eksternrapport2019_04.pdf hentet 01.06.2021.
- Thorsen (1994) Thorsen, Odvar. «Styring av konsern» I *Noen sentrale emner innen norsk konsernrett*. Torvild Aakvaag, Odvar Thorsen, Magnus Aarbakke mfl. Oslo: Ad Notam Gyldendal, 1994. Side 25–55.
- Tibber (u.å) Tibber. «Gjør hjemmet ditt smartere» (u.å.) <https://tibber.com/no/smart-styring/smarthjem> hentet 30.05.2021.
- Tobiassen (2020) Tobiassen, Tomas Midttun. *Når myndighetene griper inn*. Bergen: Fagbokforlaget, 2019.
- Vislie (2015) Vislie, Jon, Vidar Christiansen, Katinka Holtsmark mfl. *Effektivitet, fordeling og økonomisk politikk*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2015
- Woxholth (2018) Woxholth, Geir. *Selskapsrett*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2018.
- Østerud (2016) Østerud, Eirik. *Materielle kontrollvurderinger i konkurranseretten*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.

Andre kilder

Offentlige registre

Aksjonærregisteret

Tilgang: <https://www.skatteetaten.no/presse/aksjeeieropplysninger/>

Skatteetaten. *Utskrift av RF-1086U 2020 fra aksjonærregisteret*. Tensio AS. Organisasjonsnummer: 922828172. 28. mai 2021.

Skatteetaten. *Utskrift av RF-1086U 2020 fra aksjonærregisteret*. Tensio TN AS. Organisasjonsnummer: 988807648. 28. mai 2021

Skatteetaten. *Utskrift av RF-1086U 2020 fra aksjonærregisteret*. Tensio TS AS. Organisasjonsnummer: 978631029. 28. mai 2021

Skatteetaten. *Utskrift av RF-1086U 2020 fra aksjonærregisteret*. Validér AS. Organisasjonsnummer: 912061159. 28. mai 2021

Brønnøysundregistrene

Brønnøysundregistrene. Nøkkelopplysninger fra Enhetsregisteret. Statnett forsikring AS, organisasjonsnummer: 979 870 140. <https://w2.brreg.no/enhet/sok/detalj.jsp?orgnr=979870140> hentet 20.05.2021.

Brønnøysundregistrene. Nøkkelopplysninger fra Enhetsregisteret. Tensio TN AS. Organisasjonsnummer: 988 807 648. <https://w2.brreg.no/enhet/sok/detalj.jsp?orgnr=988807648> hentet 31.05.2021.

Brønnøysundregistrene. Nøkkelopplysninger fra Enhetsregisteret. Tensio TS AS. Organisasjonsnummer: 978 631 029. <https://w2.brreg.no/enhet/sok/detalj.jsp?orgnr=978631029> hentet 31.05.2021.

Brønnøysundregistrene. Nøkkelopplysninger fra Enhetsregisteret. Validér AS, organisasjonsnummer: 912 061 159. <https://w2.brreg.no/enhet/sok/detalj.jsp?orgnr=912061159> hentet 20.05.2021.

Avtaler og vedtekter

Konsortieavtale for prosjekt NorFlex. 28. november 2018. Tilsendt fra Agder Energi.

Validér AS vedtekter. April 2020. Tilsendt fra Validér AS.

Foredrag

Varden (2021) Varden, Lars. «Reglene om funksjonell skille – organisering av kraftkonserner». Videokonferanse *Det årlige kurset i energi- og miljørett 2021* i regi av Juristenes utdanningscenter, 10. mars 2021.

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

