

Regulering av integrerte foretak i kraftsektoren

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

Kandidatnummer: 205

Leveringsfrist: 15. juni 2021

Antall ord: 38 121



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema.....	1
1.2	Rettskildebildet og metode.....	3
1.3	Veien videre	4
2	BAKGRUNN	6
2.1	Innledning	6
2.2	Om kraftsektoren.....	6
2.3	Nøytralitet og kryssubsidiering.....	7
2.4	Bakgrunn for de nye adskillelseskravene.....	9
2.5	EU og EØS.....	12
3	INTEGRERT FORETAK.....	14
3.1	Generelt.....	14
3.2	Kontrollbegrepet	15
3.3	Hva er «annen virksomhet»	19
3.4	Særlig om nettkonsern	20
4	SELSKAPSMESSIG SKILLE.....	24
4.1	Innledning	24
4.2	Nettvirksomheten som egen juridisk enhet.....	26
4.3	Restriksjoner på hvem et nettforetak kan ha kontroll over	28
4.4	Restriksjoner på hvem som kan ha kontroll over et nettforetak	32
4.5	Oppsummering og refleksjoner.....	35
5	FUNKSJONELT SKILLE	37
5.1	Innledning	37
5.2	Instruksforbudet	38
5.2.1	Innledning.....	38
5.2.2	Hva er «instrukser».....	38
5.2.3	Forbudte instruksjoner.....	39
5.3	Uavhengig ledelse i nettforetaket.....	48
5.3.1	Innledning.....	48
5.3.2	Personer i ledelsen i nettforetak.....	48
5.3.3	Forbudte dobbeltroller	50
5.4	Andre krav til funksjonelt skille.....	54

5.4.1	Innledning	54
5.4.2	Nøytralitetsprogram- og rapport	54
5.4.3	Uavhengighet utad	56
5.4.4	Ytterligere forpliktelser etter eldirektivet?	58
5.5	Oppsummering	60
6	FELLESTJENESTER OG SAMARBEID	62
6.1	Innledning	62
6.2	Fellestjenester.....	62
6.2.1	Innledning	62
6.2.2	Nettforetakets selvstendighet.....	63
6.2.3	Nøytralitetsplikten	64
6.2.4	Krav om konkurranse	66
6.2.5	Administrative tjenester.....	69
6.3	Annet samarbeid	75
6.4	Oppsummering	77
7	NETTFORETAKETS AKTIVITETER	79
7.1	Innledning	79
7.2	Skillet «nettvirksomhet» og «annen virksomhet».....	79
7.2.1	Innledning	79
7.2.2	Nærmere om grensedragningen.....	79
7.2.3	Særlig om tjenester for lastflytting	82
7.2.4	Administrative tjenester.....	84
7.3	Salg av egen kapasitet etter NEM § 4-16.....	86
7.3.1	Innledning	86
7.3.2	Forbud mot å bygge opp og opprettholde kapasitet	87
7.3.3	Nærmere om de ulike kapasitetsalternativene	90
7.3.4	Krav til salgsprosessen	94
7.4	Kort om nye regler i eldirektiv IV	95
7.5	Oppsummering	99
8	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER OG REFLEKSJONER	101
	LITTERATURLISTE.....	104
	Norske rettskilder	104
	Internasjonale rettskilder	108
	Utenlandske rettskilder.....	110
	Litteratur	111

Andre kilder..... 116

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 «integrert foretak».¹

Det å drive strømmnett er en *monopoloppgave*. Innenfor ett område vil det kun være én aktør som driver strømmnett og som tilbyr netjtjenester. Motsetningsvis består kraftsektoren av flere *konkurransetsatte 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, noe energiloven definerer som et «integrert foretak».³ 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.⁴ For det andre er det en fare for at monopolvirksomheten belastes med kostnader tilknyttet konkurranseutsatt virksomhet.⁵

På denne bakgrunn stilles 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.⁶ Reglene ble den gang vedtatt for å oppfylle Norges forpliktelser etter eldirektiv II,⁷ men skulle samtidig kodifisere det som tidligere fulgte av norsk konsesjonspraksis.⁸

I korte trekk stiller reglene om *selskapsmessig skille* krav om nettvirksomheten skal skilles ut i en egen juridisk enhet, samt krav til eierforholdene innad i det integrerte foretaket.⁹ Reglene

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 Energiloven § 1-3 tredje ledd og se punkt 2.2.

⁴ Se punkt 2.3.

⁵ Se punkt 2.3.

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

⁷ Direktiv 2004/54/EF artikkel 15.

⁸ Se kapittel 4.

⁹ Energiloven § 4-6

om *funksjonelt skille* stiller supplerende krav som skal sikre nettselskapets faktiske uavhengighet fra andre deler av det integrerte foretaket.¹⁰ Herunder stilles det krav om uavhengig ledelse i nettselskapet, og et forbud mot at morselskapet gir visse instruksjoner til nettvirksomheten.¹¹

Den 1. januar 2021 trådte det i kraft relativt omfattende endringer i energiloven §§ 4-6 og 4-7.¹² *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.¹³ Nå gjelder det selskapsmessige skillet for alle nettkonsesjonærer, og det funksjonelle skillet for alle nettkonsesjonærer med mer enn 10 000 tilknyttede nettkunder.¹⁴ 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».¹⁵ 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 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.¹⁶ Videre tar oppgaven opp spørsmålet om *hva* et nettselskap *kan* holde på med, etter de nye adskillelseskravenes ikrafttreden.¹⁷

¹⁰ Kapittel 5.

¹¹ Energiloven § 4-7

¹² Endret ved lov nr. 18/2016 [heretter endringslov 2016]

¹³ Endringslov 2006 §§ 4-6 og 4-7.

¹⁴ Henholdsvis energiloven §§ 4-6 og 4-7 tredje ledd.

¹⁵ Energiloven §§ 4-6 og 4-7.

¹⁶ Se særlig kapittel 6.

¹⁷ Kapittel 7

1.2 Rettskildebildet og metode

Oppgaven tar opp selskapsrettslige, forvaltningsrettslige og EØS-rettslige spørsmål. Jeg tar utgangspunkt i alminnelig juridisk metode.¹⁸ En del av regelverket som skal behandles er vedtatt for å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.¹⁹ Bestemmelser i lov som gjennomfører Norges EØS-rettslige forpliktelser skal i tilfelle konflikt gå foran andre lovbestemmelser som regulerer samme forhold.²⁰ Etter prinsippet om EØS-konform tolkning og presumpsjonsprinsippet skal norske regler tolkes i lys av EØS-retten, så vidt mulig etter anerkjente tolkningsprinsipper.²¹ Ved fastleggelsen av EØS-rettens innhold, vil jeg benytte meg av EU/EØS-rettslig metode.²²

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 delegert deler av kompetansen til Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) og Reguleringsmyndigheten for energi (RME).²³ 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.²⁴

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.²⁵ 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.²⁶

¹⁸ Mestad (2019) s. 77 flg.

¹⁹ *Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde*, Oporto, 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² Fredriksen (2018) s. 291-343.

²³ 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.

²⁴ Henholdsvis Prop. 35 L (2015-2016) og Ot.prp.nr 61 (2005-2006)

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

²⁶ Mål C-274/08 *Kommission mot Sverige* avsnitt 24.

Enkelte steder vil jeg vise til *kommisjonens tolkningsnotat* om «The Unbundling Regime», som ble utgitt i etterkant av vedtakelsen av eldirektiv III.²⁷ Tolkningsnotatet er ikke rettslig bindende og kan vanskelig tillegges selvstendig vekt.²⁸ 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.²⁹ 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 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.³⁰ *Forvaltningspraksis* vil tillegges vekt etter kriteriene som er oppstilt gjennom høyesterettspraksis.³¹

Oppgaven tar opp flere *selskapsrettslige spørsmål*, eller nærmere bestemt *konsernrettslige spørsmål*. Fastleggelsen av de selskapsrettslige utgangspunkter vil kunne ha betydning for tolkingen av reglene. I oppgaven vil jeg begrense meg til å se på de selskapsrettslige utgangspunktene slik de fremgår av aksjeloven,³² juridisk teori, samt offentlig utredning om *Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.*³³

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 *integrert 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 adskillelseskravene ikrafttreden, er hvilken adgang det er for fellestjenester og samarbeid i et integrert 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

²⁷ Europakommisjonen (2010).

²⁸ Fredriksen (2019) s. 410.

²⁹ Skoghøy (2018) s. 75-76.

³⁰ Mestad (2019) s. 89.

³¹ Eriksen (2019) s. 318-331.

³² Lov 23. juni 1997 om aksjeselskaper (aksjeloven).

³³ NOU 1996:6.

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.

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 krysssubsidiering. Videre vil bakgrunnen for adskillelseskravenes 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».³⁴ Det innebærer at ressursene skal anvendes mest mulig effektivt, alle hensyn tatt i betraktning.³⁵ 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.³⁶ 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.³⁷ Markedsåpningen skjedde i praksis ved en omregulering av kraftsektoren. Produksjon og omsetning av elektrisk energi 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 videregjør elektrisiteten på *sluttbrukermarkedet*, hvor sluttbrukeren fritt kan velge kraftleverandør å tegne strømvtale med.³⁸

Det å drive *overføring* av elektrisk energi (strømnett) er på den annen siden et *naturlig monopol*.³⁹ Det er verken rasjonelt eller ønskelig at flere aktører bygger konkurrerende strømnett

³⁴ Energiloven § 1-2.

³⁵ Ot.prp. nr. 43 (1989-1990) s. 16-17 og s. 84.

³⁶ Ot.prp. nr. 43 (1989-1990) s. 16-17.

³⁷ Hammer (1999) s. 23.

³⁸ Energifakta Norge (2021).

³⁹ 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.

innenfor samme område. Samtidig med at produksjons- og omsetningsvirksomhet ble deregulert, ble nettvirksomheten underlagt streng offentlig monopolkontroll. Blant annet er nettkonsesjonærene underlagt *inntektsrammeregulering*.⁴⁰ Årlig setter RME et tak for nettselskapenes tillatte inntekt ved salg av netttjenester.⁴¹ Formålet er å gi insentiver for effektiv drift, og hindre misbruk av monopolmakten.⁴²

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.⁴³ Denne tredelte sontringen gjenspeiles ikke reglene om adskillelse hvor det kun gjøres et skille mellom nettvirksomhet på transmisjonsnivå, og all annen nettvirksomhet. For eier av transmisjonsnettet, 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.⁴⁴ 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.⁴⁵

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

⁴⁰ Forskrift 11. mars 1999 nr. 302 om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffier [heretter kontrollforskriften] del IV.

⁴¹ Kontrollforskriften §§ 7-1 og 7-2 første ledd.

⁴² Kontrollforskriften § 1-1.

⁴³ *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).

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Prop. 35 L (2015-2016) s. 5 og Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 22-24.

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 driftsstanser, 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 nettoperatøren favoriserer 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.⁴⁶ NEM-forskriften oppstiller et generelt påbud om at netteier skal «opptre nøytralt og ikke-diskriminerende».⁴⁷ Nøytralitetsplikten innebærer at enkeltaktører ikke kan gis særfordeler, uten at det kan begrunnes ut fra objektive kriterier. Herunder kan ikke netteieren gi tilknyttet konkurranseutsatt virksomhet «tilgang til informasjon som andre aktører ikke har, og som kan utnyttes i markedet».⁴⁸

Dette regelverket alene blir 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*. Kryssubsidiering 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 nettariffene (nettleien) blir høyere enn nødvendig. Nett-konsesjonærens inntektsrammeregulering – som danner grunnlaget for beregningen av nettleien

⁴⁶ Eksempelvis energiloven §§ 3-3, 3-4 og 3-4a.

⁴⁷ NEM § 4-14 første ledd.

⁴⁸ NEM § 4-14 annet ledd.

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.

– er delvis basert på 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 net tjenestene.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 slik 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.

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.

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.

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 smart-hjem 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 vind, vil i større grad kobles direkte opp til distribusjonsnett.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 distribusjonsnett. 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

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.)

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.

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 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 strømmnett* – 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 kryssubsidiering, 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 incentiver 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 incentiver til fusjoner mellom nettselskapene. Dette fremgår

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.

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.

ikke uttrykkelig av proposisjonen eller rapporten, men kommer klart mer 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 som nettvirksomhet på distribusjons- og regionalnivå.⁸¹

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.⁸² Vedtakelsen av energiloven §§ 4-6 og 4-7 i 2006 skjedde som en konsekvens av å gjennomføre direktivet.⁸³ Med visse tilføyinger, kodifiserte reglene likevel i stor grad det som fulgte

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 strukturerendringer, 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 utnyttede 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.

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. Dette er imidlertid omdiskutert, se særlig Mostuen (2018) s. 71-73 også uttalelser i Prop. 35 L (2015-2016) s. 13. Oppgaven avgrensers mot dette spørsmålet.

⁸² Direktiv 2003/54/EF artikkel 15.

⁸³ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 5.

av tidligere norsk konsesjonspraksis.⁸⁴ Kravene til selskapsmessig og funksjonelt skille er senere blitt videreført i eldirektiv III, uten større endringer.⁸⁵ Fra dette direktivet ble kravene om selskapsmessig og funksjonelt skille videreført uten endringer til eldirektiv IV.⁸⁶

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.⁸⁷ Enn så lenge er det kun eldirektiv III – som ble gitt som en del av tredje energimarkedspakke – som er rettslig forpliktende for Norge.⁸⁸ 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.

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.⁸⁹ 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 *minimumsharmonisering* 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.⁹⁰ EU-domstolen har også konkludert med at krav om eiermessig skille ikke vil være i strid med kravet om fri bevegelse av kapital.⁹¹

⁸⁴ Se kapittel 4.

⁸⁵ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26. De mindre endringene som skjedde vil bli behandlet i kapittel 5.

⁸⁶ Direktiv 2019/944/EU artikkel 35.

⁸⁷ Direktivet har vært ute på høring, jf. OED høringsnotat (2016).

⁸⁸ Denne er inntatt i vedlegg IV i EØS-avtalen, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017.

⁸⁹ Direktiv 2019/944/EU fortalen særlig punkt 2 og 9, og COM(2016) 864 s. 3-4 og 8-9.

⁹⁰ CEER (2019a) s. 31.

⁹¹ 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».⁹² 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.*⁹³

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.⁹⁴ 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.⁹⁵

Det må nevnes at hva som er et integrert foretak etter energiloven, favner videre enn eldirektivets definisjon av «vertikalt integrert foretak».⁹⁶ Denne omfatter kun foretak eller grupper av foretak som driver «transmisjon eller distribusjon» i tillegg til «produksjon eller forsyning av elektrisk kraft».⁹⁷ Forsyning av elektrisk kraft må forstås som salg av elektrisk kraft til kunder, altså omsetningsvirksomhet.⁹⁸ 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

⁹² Henholdsvis energiloven §§ 4-6 første ledd første setning og 4-7 første og annet ledd.

⁹³ Energiloven § 1-3 tredje ledd.

⁹⁴ Hensikten bak å bruke betegnelsen «foretak» er å ramme alle aktuelle organisasjonsformer, jf. Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 25.

⁹⁶ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 1.

⁹⁷ Direktiv 2009/72/EF artikkel 2 nr. 21.

⁹⁸ Direktiv 2009/72/EF artikkel 2 nr. 19.

omsetning av elektrisk energi, i tillegg til nettvirksomhet.⁹⁹ Formålet med utvidelsen av energilovens definisjon var å tilrettelegge for tilsvarende utvidelse av det selskapsmessige og funksjonelle skillet.¹⁰⁰

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 har «direkte eller indirekte kontroll med foretak i gruppen».¹⁰¹ 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.¹⁰² 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.*¹⁰³

Legaldefinisjonen har likhetstrekk med aksjeselskapslovens definisjon av når et selskap anses for å være et morselskap, og dermed danne grunnlag for et konsern.¹⁰⁴ Energilovens definisjon

⁹⁹ Endringslov 2006 § 1-3 tredje ledd.

¹⁰⁰ Prop. 35 L (2015-2016) s. 19.

¹⁰¹ Energiloven § 1-3 tredje ledd tredje setning.

¹⁰² Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

¹⁰³ Energiloven § 1-3 sjette ledd.

¹⁰⁴ 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».

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».¹⁰⁵

Energilovens kontrolldefinisjon er identisk med fusjonsforordningen artikkel 3 nr. 2, noe som må ses i sammenheng med at også eldirektivet bruker denne definisjon.¹⁰⁶ Det følger klart av energilovens forarbeider, fortalen til eldirektivet og kommisjonens tolkningsnotat, at kontrollbegrepet i energiloven og eldirektivet, skal forstås likt som etter fusjonsforordningen.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ I det videre vil jeg kun konsentrere meg om noen hovedpoeng, og viser til *Materielle kontrollvurderinger i konkurranse-retten* av Eirik Østerud for en mer dyptgående analyse.¹⁰⁹

Avgjørende for at en person har *kontroll* over et foretak er at den har «mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet».¹¹⁰ 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».¹¹¹ I kommisjonens jurisdiksjonsmeddelelse blir godkjenning av budsjetter, forretningsplan, større investeringer og utpeking av ledelsen i selskapet nevnt som eksempler.¹¹²

¹⁰⁵ Aksjeloven § 1-3 annet ledd første setning.

¹⁰⁶ Henholdsvis forordning 2004/139/EF artikkel 3 nr. 2 og direktiv 2009/72/EF artikkel 2 nr. 34.

¹⁰⁷ Henholdsvis Prop. 35 L (2015-2016) s. 40, direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 13 og Europakommisjonen (2010) s. 8.

¹⁰⁸ Den nyeste er publisert i Official Journal: OJ C 95/1 16. april 2008 [heretter Europakommisjonen (2008)]

¹⁰⁹ Østerud (2016) særlig s. 33-80.

¹¹⁰ Energiloven § 1-3 sjette ledd.

¹¹¹ Case T-411/07 *Aer Lingus Group plc v. Commission* avsnitt 63.

¹¹² Eksempelvis Europakommisjonen (2008) avsnitt 67.

Kontroll etter fusjonsforordningen kan være både positiv og negativ.¹¹³ *Positiv kontroll* foreligger om man har mulighet til å fremtvinge strategiske avgjørelser.¹¹⁴ *Negativ kontroll* foreligger om man har mulighet til å blokkere strategiske avgjørelser.¹¹⁵ 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.¹¹⁶ *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.¹¹⁷

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.¹¹⁸

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.¹¹⁹ *Felles kontroll* vil typisk foreligge om to foreldreselskap eier halvparten av aksjene hver.¹²⁰ 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 selvstendig grunnlag – dersom de er gitt særskilte rettigheter, som går utover det alminnelige minoritetsvernet.¹²¹

Kontroll kan videre oppnås gjennom *avtale*.¹²² Mest praktisk er trolig aksjonæravtaler som gir partene mulighet til å utøve *felles kontroll* over det underliggende selskapet. For at en slik avtale

¹¹³ Europakommisjonen (2008) avsnitt 54.

¹¹⁴ Europakommisjonen (2008) avsnitt 54.

¹¹⁵ Europakommisjonen (2008) avsnitt 54.

¹¹⁶ Europakommisjonen (2008) avsnitt 54.

¹¹⁷ Europakommisjonen (2008) avsnitt 62.

¹¹⁸ Europakommisjonen (2008) avsnitt 22.

¹¹⁹ Europakommisjonen (2008) avsnitt 58.

¹²⁰ Europakommisjonen (2008) avsnitt 64.

¹²¹ Europakommisjonen (2008) avsnitt 57 og avsnitt 65 flg.

¹²² Energiloven § 1-3 sjettede ledd bokstav b.

skal konstituere kontroll må den være av langsiktig karakter, slik at den faktisk innebærer en strukturell endring i markedet.¹²³ 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».¹²⁴

Energiloven nevner videre *eiendomsrett eller bruksrett til et foretaks samlede aktiva eller deler av dem*, som et aktuelt grunnlag for kontroll.¹²⁵ 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.¹²⁶ Etter standard omsetningskonsesjon for nettselskap stilles det normalt krav om at nettselskapet selv skal «disponere verdiene tilknyttet egen nettvirksomhet».¹²⁷ 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 klarest fra aksjelovens definisjon av når man har bestemmende innflytelse.¹²⁸ For eksempel nevner jurisdiksjonsmeddelelsen at økonomisk avhengighet i særskilte tilfeller kan føre til at en aktør oppnår kontroll over et selskap.¹²⁹ 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.¹³⁰ Til slutt kan et særlig avhengighetsforhold mellom flere minoritetsaksjeeiere i spesielle tilfeller føre til *faktisk felles kontroll*.¹³¹

Etter dette kan det konkluderes med at kontroll etter fusjonsforordningen, og dermed også energiloven, kan oppstå på svært mange grunnlag. Avgjørende er at samme aktør har anledning til

¹²³ Europakommisjonen (2008) avsnitt 18.

¹²⁴ Europakommisjonen (2008) avsnitt 18.

¹²⁵ Energiloven § 1-3 sjette ledd bokstav a.

¹²⁶ Østerud (2016) s. 46.

¹²⁷ Standard omsetningskonsesjon punkt 3.1.

¹²⁸ Sammenlign aksjeloven § 1-3 annet ledd.

¹²⁹ Europakommisjonen (2008) avsnitt 20.

¹³⁰ Europakommisjonen (2008) avsnitt 59.

¹³¹ Europakommisjonen (2008) avsnitt 76-80.

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.¹³² 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.¹³³ Begrepet annen virksomhet er i seg selv vidt. Henvisningen til «annen» gjør det klart at det må avgrenses mot nettvirksomhet.¹³⁴ 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».¹³⁵

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.¹³⁶ Her er det likevel i stor grad kun fantasien som setter grenser. I tillegg vil entreprenørtjenester, 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.¹³⁷ 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

¹³² Se kapittel 4 og 5.

¹³³ Energiloven § 1-3 tredje ledd annen setning.

¹³⁴ Grensen mellom «nettvirksomhet» og «annen virksomhet» vil bli nærmere drøftet i kapittel 5.

¹³⁵ Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

¹³⁶ Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

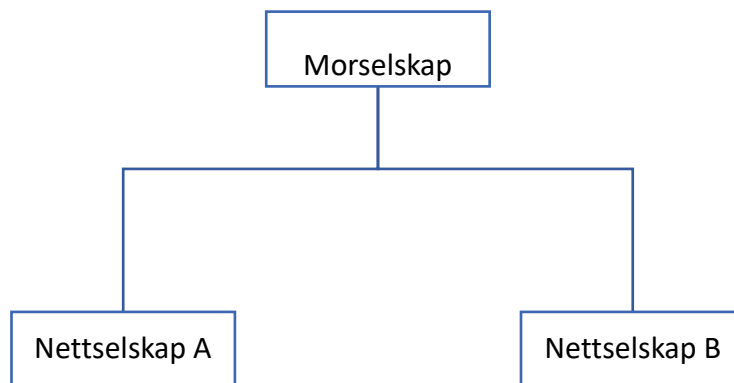
¹³⁷ I Europa har det vært en diskusjon om etablering av offentlige ladestasjoner er en nettoppgave eller en oppgave for markedsaktører, se blant annet Meeus (2018) s. 141-149. I Norge må det derimot være klart at flere aktører har adgang til å tilby slike tjenester, sammenlign Lov 19. juni 2020 nr. 95 om infrastruktur for alternativt drivstoff § 1 første ledd annen setning.

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.

Det må nevnes at det ut fra effektivitetshensyn kan være uheldig at nettforetaket bygger opp egen kapasitet, fremfor å la andre markedsaktører utføre arbeidet.¹³⁸ 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.¹³⁹ Så lenge nettselskapet ikke tilbyr kapasiteten ut på markedet vil den ikke anses for å drive annen virksomhet.¹⁴⁰

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:



¹³⁸ Sammenlign OED (2014) s. 51.

¹³⁹ Kontrollforskriften § 7-2 tredje ledd.

¹⁴⁰ 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.

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.¹⁴¹ Begge datterselskapene driver i utgangspunktet kun nettvirksomhet.¹⁴² Tensio AS er igjen eid av Nord-Trøndelag elektrisitetsverk AS, TrønderEnergi AS og Kommunal Landspensjonskasse gjensidig forsikringsselskap, med en eierprosent på henholdsvis 40, 40 og 20.¹⁴³ 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.¹⁴⁴ 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.¹⁴⁵ Annen virksomhet blir, som nevnt, definert som «levering av varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører».¹⁴⁶ 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 de 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 kommersiell virksomhet.¹⁴⁷ 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.

¹⁴¹ Aksjonærregisteret Tensio TN AS (2020) og aksjonærregisteret Tensio TS AS (2020).

¹⁴² Brønnøysundregistrene Tensio TN AS (hentet 2021) og brønnøysundregistrene Tensio TS AS (hentet 2021).

¹⁴³ Aksjonærregisteret Tensio AS (2020).

¹⁴⁴ Se drøftelsen av kontrollbegrepet i punkt 3.2.2.

¹⁴⁵ Energiloven § 1-3 tredje ledd.

¹⁴⁶ Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

¹⁴⁷ Punkt 3.2.

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).¹⁴⁸ 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 at selskapene kun driver monopolvirksomhet, og ikke ellers opptrer på et konkurranseutsatt marked, vil ikke nøytralitetsbetraktninger gjøre seg gjeldende.¹⁴⁹ Det vil kunne oppstå en risiko for kryssubsidiering. Det spesielle er likevel at en eventuell subsidiering ikke vil medføre at nettkundene indirekte finansierer konkurranseutsatt virksomhet, men at de finansierer et annet nettforetak, som også driver monopolvirksomhet. I prinsippet forbyr kontrollforskriften § 2-8 kun kryssubsidiering til fordel for «konkurranseutsatt virksomhet».¹⁵⁰ 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 kryssubsidiering er antagelig liten.

Inntrykket av forarbeidene ellers synes å være at det er viktig å realisere stordriftsfordeler mellom nettoperatorene.¹⁵¹ Fusjoner kan imidlertid være vanskelige og kostbare å reversere. Organisering som nettkonsern kan være et naturlig skritt på veien til senere fusjon. Energilovens

¹⁴⁸ RME rapport nr. 1/2020 s. 34.

¹⁴⁹ Sammenlign punkt 2.3.

¹⁵⁰ Kontrollforskriften § 2-8 første ledd første setning.

¹⁵¹ Østerud (2016) s. 34.

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.¹⁵²

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.

¹⁵² 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.¹⁵³ Videre skal nettforetaket ikke ha «direkte eller indirekte kontroll over foretak som driver annen virksomhet».¹⁵⁴ Til slutt skal ikke foretak som «driver produksjon eller omsetning av elektrisk energi eller konsesjonspliktig fjernvarmevirksomhet» ha «direkte eller indirekte kontroll» over nettforetak.¹⁵⁵

Reguleringen legger begrensninger på den alminnelige selskapsrettslige organisasjonsfriheten. Formålet er å skape klarere skille mellom monopolvirksomheten og den konkurranseutsatte virksomheten.¹⁵⁶ Dette antas å styrke nettkonsesjonærenes nøytralitet og redusere faren for krysssubsidiering.¹⁵⁷ 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.¹⁵⁸ Etter bestemmelsens tredje ledd kan departementet gi dispensasjon fra hele eller deler av kravet om selskapsmessig skille. Uttalelser i forarbeidene tyder likevel på at terskelen er høy.¹⁵⁹

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 «med hensyn til juridisk form», noe som innebærer at den skal skilles ut i egen juridisk enhet.¹⁶⁰ 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.¹⁶¹

¹⁵³ Energiloven § 4-6 første ledd første setning.

¹⁵⁴ Energiloven § 4-6 første ledd annen setning.

¹⁵⁵ Energiloven § 4-6 første ledd tredje setning.

¹⁵⁶ Prop. 35 L (2015-1016) s. 23 og Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 21-22.

¹⁵⁷ Prop. 35 L (2015-1016) s. 5.

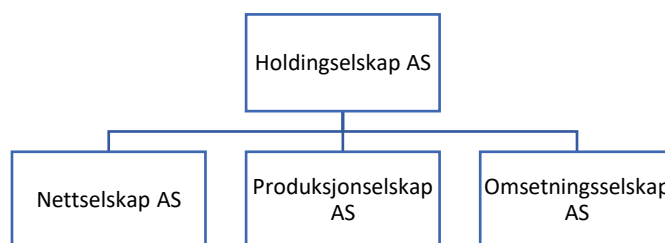
¹⁵⁸ NEM § 4-19, jf. Energiloven § 4-6.

¹⁵⁹ Kommer frem at dispensasjon vil bli vurdert om det er «nødvendig av særskilte årsaker», jf. Prop. 35 L (2015-2016) s. 43.

¹⁶⁰ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 1 første setning, jf. Europakommisjonen (2010) s. 22-23.

¹⁶¹ 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.

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*.¹⁶² 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.¹⁶³ Konsernmodellen kan illustreres slik:



Ved gjennomføringen av det selskapsmessige skillet i energiloven i 2006 ønsket man å videreføre ordningen.¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵

¹⁶² Naas-Bibow (2011) s. 105 og Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 19, jf. Ot.prp. nr. 56 (2000-2001) s. 25.

¹⁶³ 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).

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 29.

¹⁶⁵ Aksjeloven § 1-3 annet ledd.

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». ¹⁶⁶ Kravet innebærer at nettvirksomheten skal holdes selskapsmessig adskilt fra all virksomhet som leverer varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører. ¹⁶⁷ I praksis må nettvirksomhet rendyrkes i en egen juridisk enhet.

Eldirektivet krever at DSO-en skal holdes selskapsmessig adskilt fra «annen virksomhet som ikke er knyttet til distribusjon». ¹⁶⁸ 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 transmisjonsvirksomhet. ¹⁶⁹ 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. ¹⁷⁰ Det avgjørende etter energilovens forarbeider er at virksomheten organiseres som «selvstendige rettssubjekter atskilt fra bakenforliggende eiere». ¹⁷¹ De fleste foretaksformer etter norsk rett oppfyller kravet. ¹⁷² Foretaksformer som er

¹⁶⁶ Energiloven § 4-6 første ledd første setning.

¹⁶⁷ Punkt 3.3.

¹⁶⁸ Direktiv 2019/72/EF artikkel 26 nr. 1 første setning.

¹⁶⁹ 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.

¹⁷⁰ Woxholth (2018) s. 85.

¹⁷¹ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 31.

¹⁷² 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.

opprettet etter kommuneloven tilfredsstillende likevel ikke kravet, da kommunen eller fylkeskommunen hefter for deres forpliktelser.¹⁷³

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, og i kommisjonens tolkningsnotat, blir det likevel presisert at den rettslige formen må være forenlig med kravene som stilles til funksjonelt skille, og som vil bli behandlet i kapittel 5.¹⁷⁴ 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.¹⁷⁵

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.¹⁷⁶ Formålet er å sikre at den som har konsesjon for å drive nettvirksomhet også i realiteten er den som tar ansvaret.¹⁷⁷ Videre skal kravet sikre at det selskapsmessige skillet er *reelt*.¹⁷⁸

Det innebærer at ressurser, både tinglige og menneskelige, 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».¹⁷⁹ Etter standard omsetningskonsesjon skal nettselskapet «disponere verdiene tilknyttet egen nettvirksomhet, ha eget styre, egen ledelse og egne ansatte».¹⁸⁰ Det må dermed være snakk om en selvstendig organisasjon, som selv disponerer over ressursene som *trengs* for å operere nettet.

¹⁷³ Lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) § 9-1 annet ledd, jf. Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 31.

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 31 og Europakommisjonen (2010) s. 23 og

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 20.

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 29.

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 19.

¹⁷⁸ Bakgrunnen for kravene er den såkalte Narvik-saken, omtalt i Naas-Bibow s. 115-116.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 65.

¹⁸⁰ Standard omsetningskonsesjon punkt 3.1.

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 distribusjonsnettet».¹⁸¹ 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.¹⁸² 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».¹⁸³ 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».¹⁸⁴ Tidligere rettet forbudet seg mot å «eie» virksomhet innen «produksjon eller omsetning av elektrisk energi».¹⁸⁵ Hensikten bak lovendringen var å videreføre og styrke det tidligere forbudet, samt tydeliggjøre at det tidligere «eie»-begrepet knytter seg til det å ha *kontroll* over et selskap.¹⁸⁶

Formålet bak å forby nettselskapene å ha kontroll over konkurranseutsatt virksomhet, er å styrke nettselskapenes nøytralitet ved å forhindre at de har kommersielle interesser i konkurranseutsatt virksomhet.¹⁸⁷ Samtidig er det grunn til å understreke at forbudet i energiloven § 4-6 kun forbyr nettselskapet å ha *kontroll*, og er dermed ikke til hinder for at nettselskapet eier mindre selskapsandeler, som ikke gir kontroll.¹⁸⁸ I og for seg er det naturlig da reglene om selskapsmessig skille i utgangspunktet kun stiller strukturelle krav til den interne organiseringen av integrerte foretak. Problemstillingen knyttet til mindre selskapsandeler vil bli nærmere behandlet i kapittel 5, punkt 5.4.4.

¹⁸¹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 1 annen setning.

¹⁸² 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.

¹⁸³ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav c henholdsvis første og annen setning.

¹⁸⁴ Energiloven § 4-6 første ledd annen setning.

¹⁸⁵ Endringslov 2006 § 4-6 første ledd tredje setning.

¹⁸⁶ Prop. 35 L (2015-2016) s. 42. Den tidligere diskusjonen om hva som skal til for å «eie» er dermed lagt død, jf. Naas-Bibow (2011) s. 191.

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 28.

¹⁸⁸ Punkt 3.2.

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.¹⁸⁹ 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).¹⁹⁰ 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 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)*¹⁹¹

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.¹⁹² Her må det likevel 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 distribusjonsnettet. Uansett mener jeg at slikt eierskap klart 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

¹⁸⁹ Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

¹⁹⁰ Brønnøysundregistrene Statnett Forsikring AS (hentet 2021).

¹⁹¹ Prop. 35 L (2015-2016) s. 21.

¹⁹² Energiloven § 4-8.

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.¹⁹³ Her kan det vises til Validér AS, som er eid av 21 energiselskap.¹⁹⁴ 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 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».¹⁹⁵ Samtidig definerer energilovens forarbeider «annen virksomhet» som «levering av varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører».¹⁹⁶ 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.¹⁹⁷ 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 'integreert foretak'.¹⁹⁸

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.

¹⁹³ SINTEF Energi AS (2017) s. 23.

¹⁹⁴ Aksjonærregisteret Validér AS (2020).

¹⁹⁵ Brønnøysundregistrene Validér AS (hentet 2021).

¹⁹⁶ Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

¹⁹⁷ TrønderEnergi (2015) s. 3.

¹⁹⁸ Prop. 35 L (2015-2016) s. 25.

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 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».¹⁹⁹ 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».²⁰⁰ 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 aksjeerhvervet.²⁰¹ 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 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.²⁰² 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.²⁰³ 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.²⁰⁴

Så lenge nettselskapet ikke selv utøver aktiviteten er det vanskelig å se at det vil kunne oppstå spesielle målkonflikter, eller en høyere risiko for krysssubsidiering enn det som er tillatt etter dagens ordning. Muligens vil det kreve at nettselskapet har en mer tilbakeholden rolle, slik at det ikke selv «driver» virksomheten, se neste punkt.

Konklusjonen er noe usikker. 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

¹⁹⁹ Forskrift 12. august nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) § 3-6 annet ledd, jf. første ledd.

²⁰⁰ Forsyningsforskriften § 1-4 første ledd bokstav a, jf. § 1-1 bokstav b.

²⁰¹ Validér AS vedtekter § 9 annet avsnitt.

²⁰² Eksempelvis Embriqs oppkjøp av Smarthub AS, jf. Embriq (2019).

²⁰³ Se kontrolldrøftelsen i punkt 3.2.2.

²⁰⁴ Energiloven § 1-2.

såpass vid og upresis ordlyd. Selv heller jeg mot at 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 *konsernmodellen*, utviklet gjennom konsesjonspraksis.²⁰⁵ 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 kontroller nettvirksomheten.²⁰⁶ Kravet skulle dermed bidra til å sikre nettselskaps nøytralitet.

Den eneste utvidelsen, ved de nye adskillelseskravene, av energiloven § 4-6 første ledd tredje setning, var å inkludere «konsesjonspliktig fjernvarmevirksomhet».²⁰⁷ I hovedsak vil dette omfatte all omsetning fra fjernvarmeanlegg med ytelse over 10 MW (10 MJ/s).²⁰⁸ 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».²⁰⁹ 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 salget av elektrisiteten, vil morselskapet kunne etablere virksomhet innen offentlige ladestasjoner. Om morselskapet driver annen virksomhet, vil det likevel få betydning

²⁰⁵ Punkt 4.1.

²⁰⁶ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 29.

²⁰⁷ Sammenlign endringslov 2006 § 4-6 første ledd tredje setning.

²⁰⁸ Energilovforskriften § 5-1, jf. energiloven § 5-1.

²⁰⁹ Standard omsetningskonsesjon punkt 3.2 annen setning.

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.²¹⁰ 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.²¹¹

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» skulle *alle* virksomhetene «være organisert i selvstendige juridiske enheter».²¹² Av forarbeidene fra 2006 innebar kravet at også «konkurransutsatt virksomhet skal inneha [...] reell kontroll over alle beføyelser i forhold til slik virksomhet».²¹³ En alminnelig forståelse tilsier at – i likhet med hva som er tilfellet for nettselskapet – så må *hele* den konkurransutsatte virksomheten legges til en egen juridisk enhet. 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.²¹⁴ I tilfeller hvor deler av driften av POF-virksomheten ligger hos morselskapet, må morselskapet derfor anses for å *drive* den etter energiloven § 4-7 første ledd tredje setning.

²¹⁰ Punkt 3.2.

²¹¹ Sammenlign energiloven § 4-8.

²¹² Endringslov 2006 § 4-6 første ledd første og annen setning.

²¹³ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 61.

²¹⁴ Prop. 35 L (2015-2016) s. 42.

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.²¹⁵ Etter energiloven § 4-7 – som vil bli behandlet i kapittel 5 – kan ikke morselskapet gi instruks til nettselskapet «om den daglige driften».²¹⁶ Tilsvarende forbud oppstilles 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.

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».²¹⁷ 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.²¹⁸ Her er det likevel snakk om tolkning av en konkret lovbestemmelse.²¹⁹ Standard omsetningskonsesjon synes å forutsette at virksomheten i et holdingselskap må i «hovedsak knytte seg til utøvelse av eierrollen».²²⁰ 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.²²¹ I tilfeller hvor morselskapet involverer seg mer aktivt i forvaltningen av selskapet, må det 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 om den daglige driften, slik det gjøres i relasjon til nettvirksomheten. I tilfeller hvor morselskapet involverer seg mer aktivt i forvaltningen av POF-virksomheten må det likevel – etter min oppfatning – anses for å *drive* den etter energiloven § 4-6 tredje ledd første setning.

²¹⁵ Kapittel 5.

²¹⁶ Energiloven § 4-7 annet ledd.

²¹⁷ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s 65

²¹⁸ Andenæs (2016) s. 42-44.

²¹⁹ Sammenlign Rt-2010-306 (Hempel) særlig avsnitt 69.

²²⁰ 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.

²²¹ Henholdsvis aksjeloven §§ 6-12 og 6-14.

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.²²² 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.²²³ Ledelsen har en plikt til å påse at selskapet forvaltes og ledes i tråd med gjeldende regelverk, inkludert nettselskapets nøytralitetsplikt.²²⁴ Ledelsen vil videre være underlagt alminnelige selskapsrettslige habilitetsregler.²²⁵

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 krysssubsidiering. Selskapsinteressen vil i større grad rendyrkes, noe som bidrar til å minske målkonflikter og insentiver for å tilgode konkurransutsatt virksomhet.²²⁶ I noen tilfeller synes regelverket å gå noe vel langt. Gode grunner taler etter min 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.²²⁷

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.

²²² Jones (2020) s. 225 og Aarseth (2005) s. 81.

²²³ Aksjeloven kapittel 5 og 6.

²²⁴ Sammenlign § 6-28 annet ledd.

²²⁵ Aksjeloven § 6-27.

²²⁶ Sammenlign Andenæs 2016 s. 344-346.

²²⁷ Spørsmålet vil bli nærmere drøftet i punkt 5.4.4.

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.²²⁸ De selskapsrettslige rammene vil i mange tilfeller ha en mer formell karakter.²²⁹ Det vil normalt være en forventning om at ledere på ulike trinn skal identifisere seg med og ha sin lojalitet rettet mot konsernet.²³⁰ For nettselskapets nøytralitet er det utfordrende.

²²⁸ NOU 1996:6 s. 22, Andenæs (2016) s. 42 og Thorsen (1994) s. 27 flg.

²²⁹ Se særlig Thorsen (1994) s. 40 flg.

²³⁰ 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 skillett reelt.²³¹ Hensikten er å etablere ytterligere sikkerhetsmekanismer som skal sikre nettfunksjonens uavhengighet og nøytralitet.²³²

I motsetning til hva som er tilfellet ved det selskapsmessig skillet, har reguleringen av det funksjonelle skillett først og fremst sin bakgrunn i eldirektivets krav, og ikke tidligere norsk konsekvenspraksis.²³³ 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».²³⁴ Videre oppstilles det visse minstekriterier som må oppfylles for å nå kravet.²³⁵

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.²³⁶ Videre forbyr den kontrollerende eier å gi instruks til nettselskapet om den daglige driften, og om avgjørelser angående utbygging og oppgradering av nettet.²³⁷ I dag gjelder reglene for alle nettselskap som er en del av et integrert foretak, og har mer enn 10 000 nettkunder.²³⁸ Videre blir det funksjonelle skillett gjennomført i norsk rett gjennom ulike forskriftsbestemmelser.

I det videre vil jeg først ta utgangspunkt i det funksjonelle skillett 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.

²³¹ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 39.

²³² Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 39.

²³³ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 35.

²³⁴ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2.

²³⁵ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav a til d.

²³⁶ Energiloven § 4-7 første ledd.

²³⁷ Energiloven § 4-7 annet ledd.

²³⁸ 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.

5.2 Instruksforbudet

5.2.1 Innledning

Energiloven § 4-7 annet ledd lyder:

Morselskap eller kontrollerende eier i det integrerte foretaket skal ikke gi instruks 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.

Bestemmelsen griper inn i morselskapets rett til å utøve sine eierrettigheter, og det selskapsrettslige utgangspunktet om at eierne utgjør foretakets øverste myndighet.²³⁹ Formålet bak instruksforbudet er å sikre en tilstrekkelig uavhengig og selvstendig nettfunksjon.²⁴⁰ Dette forsterkes ytterligere av NEM-forskriften § 4-14, som forbyr morselskapet i å «forsøke å oppnå en særlig fordel fra det integrerte nettselskapet».²⁴¹

Energilovens instruksforbud gjennomfører eldirektivets krav om at DSO-en skal ha «reell rett til å treffe beslutninger» av hensyn til «eiendeler som er nødvendige for å drive, vedlikeholde eller utvikle nettet».²⁴² Herunder skal ikke morselskapet «gi instruks med hensyn til den daglige driften eller enkeltbeslutninger om bygging eller oppgradering av distribusjonsledninger».²⁴³

Et inngrep i morselskapets rett til å utøve sine eierrettigheter krever hjemmel i lov.²⁴⁴ I det videre vil jeg se på begrensningene som oppstilles i energiloven § 4-7, og NEM § 4-14. Først, i punkt 5.2.2, vil jeg se på hva det vil si at morselskapet gir en instruks. Deretter vil jeg, i punkt 5.3.3, se på hvilke instruks som er ulovlige etter energiloven § 4-7 annet ledd og nøytralitetsplikten i NEM § 4-14.

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 formen et morselskap kan gi en instruks på, vil være

²³⁹ Eksempelvis aksjeloven § 5-1, selskapsloven § 2-8, samvirkelova § 35

²⁴⁰ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 39.

²⁴¹ NEM § 4-14 tredje ledd.

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

²⁴³ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 3 bokstav b femte setning.

²⁴⁴ Grunnloven § 113

gjennom selskapets vedtekter eller generalforsamlingsvedtak.²⁴⁵ 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».²⁴⁶ En alminnelig forståelse av uttalelsen tilsier at andre oppfordringer fra morselskapet – enn de som er selskapsrettslig forpliktende – kan være omfattet. 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 begrunnelse.²⁴⁷ 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.²⁴⁸

I tillegg vil morselskapets styre (konsernstyret) eller daglig leder (konsernsjef) ofte ha fullmakt til å representere morselskapet i datterselskapenes generalforsamling.²⁴⁹ 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 – ila også NVE overtredelsesgebyr for at *konsernsjefen* beordret nettselskapets ledelse om å stoppe en pågående anbudsprosess.²⁵⁰ 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 instruksjoner

5.2.3.1 Innledning

Energiloven § 4-7 forbyr morselskapet å gi instruksjoner «om den daglige driften» og «om avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet».²⁵¹ Samtidig skal det ikke hindre «overordnet styring med nettforetakets økonomiske rammer».²⁵²

²⁴⁵ Aksjeloven § 5-1, jf. §§ 5-18 og 5-17.

²⁴⁶ Prop. 35 L (2015-2016) s. 24 og s. 44.

²⁴⁷ Aksjeloven § 6-3 første ledd

²⁴⁸ NOU 1996:6 s. 22-23, Andenæs (2016) s. 42 og Woxholth (2018) s. 198.

²⁴⁹ NOU 1996:6 s. 22.

²⁵⁰ 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 overvåking av nettselskapets nøytralitet.

²⁵¹ Energiloven § 4-7 annen ledd første setning.

²⁵² Energiloven § 4-7 annet ledd annen setning.

Forbudet om at kontrollerende eier ikke kan gi instruksjoner om «avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet» må anses for å være relativt klart. Begrensningen vil omfatte ulike avgjørelser knyttet til 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.²⁵³

Den andre begrensningen, om at morselskapet ikke kan gi instruksjoner «om den daglige driften» kan fremstå som mer uklar, og har i praksis vært gjenstand for en del diskusjon.²⁵⁴ 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 instruksjoner «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» 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.²⁵⁵

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».²⁵⁶ Antagelig gir det en god pekepinn på hva man

²⁵³ 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 instruksjoner 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.

²⁵⁴ Varden (2021).

²⁵⁵ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav b femte setning.

²⁵⁶ Aksjeloven § 6-14.

i alminnelighet anser som daglig drift. I TrønderEnergi-saken synes også NVE å legge kriteriet til grunn.²⁵⁷

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.²⁵⁸

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».²⁵⁹ 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».²⁶⁰ Direktivet presiserer at det vil gjelde både «menneskelige, tekniske, fysiske og finansielle ressurser».²⁶¹ Utgangspunktet er derfor at nettvirksomheten skal ha fullstendig frihet når det kommer til ressurser som *trengs* for å *drive* nettet.

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».²⁶² 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».²⁶³ 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.²⁶⁴ Videre er det grunn til å bemerke at

²⁵⁷ 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

²⁵⁸ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 40.

²⁵⁹ Prop. 35 L (2015-2016) s. 43.

²⁶⁰ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav b første setning.

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

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

²⁶³ 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.

²⁶⁴ Prop. 35 L (2015-2016) s. 43, sammenlign Ot.prp. nr. 61 s. 42.

instruksforbudet om den daglige driften – etter samme bestemmelse i eldirektivet – retter seg mot «[m]orselskapet», noe som etter ordlyden klart vil omfatte norske morselskap.²⁶⁵

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.²⁶⁶ Utgangspunktet etter norsk rett er det motsatte; det selskapsmessige skillet krever at nettselskapet selv skal *disponere* midler som er nødvendige for å drive nettvirksomheten.²⁶⁷ Etter selskapsrettslige utgangspunkter har morselskapet like fullt adgang til å gripe inn.²⁶⁸ 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 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. 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 opptrer selvstendig her.²⁶⁹

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.²⁷⁰ Videre har morselskapet – gjennom generalforsamlingen – fortsatt adgang til å avsette styret, uten nærmere begrunnelse.²⁷¹ 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 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.

²⁶⁵ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav b femte setning.

²⁶⁶ Punkt 4.2.

²⁶⁷ Punkt 4.2.

²⁶⁸ Aksjeloven § 5-1, sammenlign synspunkter i svenske lovforarbeider, jf. Prop. 2008/09:216 s. 18.

²⁶⁹ Sammenlign NEM § 4-14 første ledd.

²⁷⁰ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 24

²⁷¹ Aksjeloven § 6-3 første ledd.

5.2.3.3 Økonomiske rammer

Instruksforbudet i energiloven § 4-7 skal ikke hindre «overordnet styring» med nettselskapets «økonomiske rammer».²⁷² 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).²⁷³

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.²⁷⁴ 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».²⁷⁵ 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.²⁷⁶ 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.²⁷⁷

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.²⁷⁸ 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».²⁷⁹ 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

²⁷² Energiloven § 4-7 annet ledd annen setning.

²⁷³ Direktiv 2009/72/EF nr. 2 bokstav c tredje setning.

²⁷⁴ Direktiv 2009/72/EF nr. 2 bokstav c første setning, sammenlign punkt 4.2.

²⁷⁵ Energiloven § 4-7 annet ledd annen setning.

²⁷⁶ Direktiv 2009/72/EF nr. 2 bokstav c fjerde setning.

²⁷⁷ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 43.

²⁷⁸ Direktiv 2009/72/EF nr. 2 bokstav c annen setning, jf. første setning.

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

to ensure that the DSO has sufficient financial resources to maintain and extend the existing infrastructure».²⁸⁰ 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.²⁸¹ I tråd med presumpsjonsprinsippet bør det likevel innfortolkes.²⁸²

Etter dette har morselskapet klart en positiv rett til å fastsette ytterkantene 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.²⁸³ 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.²⁸⁴ 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 overfor nettvirksomheten. Den fremhever at morselskapet har «behov for å kunne utføre visse former for styringsrett overfor underliggende nettvirksomhet».²⁸⁵ Videre tolker den eldirektivet dithen at den «tillater eieren å sikre sine interesser gjennom overordnet styring av blant annet nettvirksomhetens økonomiske rammer, styret, *generelle instruks for styret* og vedtekter» (min kursivering).²⁸⁶ Her er må det understrekes at generelle instruks kommer *i tillegg til* økonomiske rammer.

²⁸⁰ Europakommisjonen (2010) s. 25.

²⁸¹ Sammenlign uttalelser i Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 42.

²⁸² Fredriksen (2018) s. 389-390 med videre henvisninger.

²⁸³ Varden (2021).

²⁸⁴ Sammenlign RME rapport nr. 1/2020 s.

²⁸⁵ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 65.

²⁸⁶ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 42.

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.²⁸⁷ Årsberetningen skal blant annet gi opplysninger om fremtidig utvikling, arbeidsmiljø og miljøpåvirkninger.²⁸⁸ 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».²⁸⁹ Videre at morselskapet ikke kan «gi instruks med hensyn til den daglige driften» eller «enkeltbeslutninger om bygging eller oppgradering av distribusjonsledninger».²⁹⁰ 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».²⁹¹ Videre at reglene om selskapsmessig skille blant annet ikke hindrer «at lignende eller identiske ansettelsesvilkår anvendes i alle deler av et vertikalt integrert foretak».²⁹² Uttalelsen gir etter min oppfatning uttrykk for at det er adgang for en viss sentralstyring.²⁹³ 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 på sin side uttalt at «[w]ithin the scope of the approved financial plan, the DSO must have complete independence».²⁹⁴ 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

²⁸⁷ Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) §§ 3-2 tredje ledd og 3-3a tolvte ledd.

²⁸⁸ Regnskapsloven § 3-3a.

²⁸⁹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 3 bokstav b første setning.

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

²⁹¹ Direktiv 2003/54/EF fortalen nr. 8 annet ledd første setning.

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

²⁹³ 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.

²⁹⁴ Europakommisjonen (2010) s. 25.

– og har til dels blitt tatt – til inntekt for at morselskapets styringsmuligheter er begrenset til de økonomiske rammene.²⁹⁵ 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 instruks «om den daglige driften». 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.²⁹⁶ 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.²⁹⁷

Nøytralitetsplikten vil kunne sette ytterligere skranker for morselskapets adgang til å instruere nettvirksomheten. For integrerte foretak, hvor nettselskapet har mer enn 10 000 nettkunder, vil

²⁹⁵ RME rapport nr. 1/2020 s. 47 og Varden (2021).

²⁹⁶ NEM § 4-14 tredje ledd.

²⁹⁷ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 14.

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 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 i klart 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.

5.2.3.6 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. I tillegg vil det kunne instrueres om avgjørelser knyttet til overskudd og konsernbidrag, samt beslutninger knyttet til sammenslåinger og oppkjøp.²⁹⁸ 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. 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 som er egnet til å gi egen konkurranseutsatt virksomhet et urettmessig konkurransefortrinn, jf. NEM § 4-14 tredje ledd.

²⁹⁸ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 24.

²⁹⁹ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 40.

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».³⁰⁰ Bestemmelsen stiller strengere habilitetskrav enn det som følger av alminnelige selskapsrettslige utgangspunkter.³⁰¹ Formålet er oppnå et klarere skille mellom monopolvirksomheten og den konkurransutsatte virksomhet.³⁰² Det skal bidra til å sikre at nettselskapets ledelse er i stand til å opptre tilstrekkelig uavhengig fra tilknyttet konkurransutsatt 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».³⁰³ Forbudet etter energiloven går samtidig lengre ved at det retter seg mot *all* annen konkurransutsatt 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».³⁰⁴ NEM § 4-17 presiserer at det omfatter «[s]tyreleder, styremedlem, daglig leder eller andre ansatte med reell beslutningsmyndighet i et nettselskap».³⁰⁵ I stor grad kodifiserer forskriftsbestemmelsen det som følger av energilovens forarbeider.³⁰⁶

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 seg ansatte helt uten beslutningsmyndighet, i hvert fall over begrensede

³⁰⁰ Energiloven § 4-7 første ledd

³⁰¹ Sammenlign aksjeloven § 6-27.

³⁰² Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 40.

³⁰³ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav a.

³⁰⁴ Energiloven § 4-7 første ledd.

³⁰⁵ NEM § 4-17 første ledd første setning.

³⁰⁶ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 66.

del 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».³⁰⁷ 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.³⁰⁸

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».³⁰⁹ Forskriftsforarbeidene til NEM § 4-17 tar til orde for at det samme skal være hovedregelen etter norsk rett.³¹⁰ Likevel med forbehold om at det vil bero på en konkret vurdering.³¹¹ Om vedkommende har *faktisk* beslutningsmyndighet over forhold som får *faktisk* betydning for andre markedsaktører, taler det for at vedkommende bør omfattes.³¹² I slike tilfeller vil hensynet til nøytralitet gjøre seg gjeldende, og det er sentralt at den som tar beslutningene er tilstrekkelig uavhengig. Normalt har både kommisjonens tolkningsuttalelse og forskriftsforarbeider begrenset rettskildemessig vekt. I mangel av andre konkrete rettskilder og på bakgrunn av en vid ordlyd finner jeg grunn til å tillegge dem vekt. Normalt vil derfor mellomledere i et nettselskap omfattes.

Andre ansatte vil i prinsippet kunne omfattes av ordlyden. Av energilovens forarbeider skal ledelsesvurderingen skje «uavhengig av titler eller andre formalia».³¹³ 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 ilegge overtredelsesgebyr.³¹⁴ Reglene må derfor være tilstrekkelig forutsigbare, og man bør være varsomme med å tolke hvem som har reell beslutningsmyndighet for vidt.³¹⁵ 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

³⁰⁷ NEM § 4-17 første ledd første setning.

³⁰⁸ Prop. 35 L (2015-2016) s. 24, jf. Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 65.

³⁰⁹ Henholdsvis direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav a og Europakommisjonen (2010) s. 24.

³¹⁰ RME rapport nr. 1/2020 s. 47 og NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 25.

³¹¹ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 25.

³¹² NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 25.

³¹³ Prop. 35 L (2015-2016) s. 24, jf. Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 65.

³¹⁴ NEM § 8-3.

³¹⁵ 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.

til personer med et reelt ledelsesansvar».³¹⁶ 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».³¹⁷ Tidligere rettet forbudet seg mot at nettselskapets ledelse deltok i ledelsen i produksjons- og omsetningsvirksomhet.³¹⁸ Någjeldende forbud vil rette seg mot alle foretak innenfor det integrerte foretaket, som leverer varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører.³¹⁹

Hva det vil si å «delta i ledelsen» i foretak som driver annen virksomhet blir ikke presisert i NEM-forskriften. En alminnelig ordlydsfortolkning 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.³²⁰ Det er i tillegg styret som sørger for informasjonsflyten mellom morselskap og datterselskap.³²¹ I det videre vil jeg se nærmere på morselskapets adgang til å opptre i nettselskapets ledelse.

EMK art 7, jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styring av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2, stiller krav om at rettsstilstanden er tilstrekkelig forutsigbar, jf. HR-2016-1982-A avsnitt 38.

³¹⁶ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 26.

³¹⁷ Energiloven § 4-7 første ledd.

³¹⁸ Endringslov 2006 § 4-7 annet ledd, jf. § 1-3 tredje ledd.

³¹⁹ Punkt 3.3.

³²⁰ Andenæs (2016) s. 41 og Thorsen s. 38.

³²¹ Aksjeloven § 6-16 første ledd.

En første skranke for morselskapets adgang til å delta i nettselskapets ledelse, følger av at morselskapet selv ikke må drive «annen virksomhet».³²² I tilfeller hvor morselskapet leverer varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører, vil ikke morselskapets ledelse kunne opptre i nettselskapets ledelse, og omvendt.³²³ Forarbeidene presiserer likevel at morselskapet *kan* tilby «administrative fellestjenester til konsernet som det er naturlig at ligger i morselskapet» uten at det skal anses som annen virksomhet.³²⁴ 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.³²⁵ Som konkrete eksempler nevner forarbeidene lønn og HR.³²⁶ 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 som driver konkurranseutsatt virksomhet.³²⁷ Lovendringen som trådte i kraft 1. januar 2021 skulle – utover å utvide forbudet til å gjelde «annen virksomhet» – videreføre tidligere gjeldende rett.³²⁸

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».³²⁹ 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 instruksjer til datterselskaper i den daglige driften, men forestår alminnelig overordnet styring av underliggende virksomhet».³³⁰

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).³³¹ Etter kommisjonens tolkningsnotat kan DSO-ens ledelse kun opptre i morselskapets ledelse dersom «the

³²² Energiloven § 4-7 første ledd.

³²³ Punkt 3.3.

³²⁴ Prop. 35 L (2015-2016) s. 23 og s. 44.

³²⁵ NOU 1996:6 s. 23 og Thorsen (1994) s. 44.

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

³²⁷ Energiloven § 4-7 første ledd.

³²⁸ Prop. 35 L (2015-2016) s. 43.

³²⁹ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 65.

³³⁰ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 40.

³³¹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav a.

holding company does not take *any* day-to-day management decisions concerning the supply, production or network activity» (min kursivering).³³² 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.³³³ Om morselskapet involverer seg i den daglige driften vil 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.³³⁴ Etter selskapsrettslige utgangspunkter er det styret og daglig leder i det enkelte selskap som har ansvar for henholdsvis forvaltningen og daglig ledelse av selskapet.³³⁵

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». ³³⁶ Forbudet må ses i sammenheng med instruksforbudet i energiloven § 4-7 annet ledd, drøftet ovenfor.³³⁷ 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.*³³⁸

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

³³² Europakommisjonen (2010) s. 24.

³³³ Energiloven § 4-7 annet ledd.

³³⁴ Jones (2020) s. 230.

³³⁵ 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.

³³⁶ NEM § 4-17 første ledd annen setning.

³³⁷ Energiloven § 4-7 annet ledd.

³³⁸ Prop. 35 L (2015-2016) s. 24.

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 kunne ha stor adgang – gjennom representantene – til å påvirke den daglige driften i nettselskapet.³³⁹

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 skranke 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».³⁴⁰ 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».³⁴¹ 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. Om spørsmål knyttet til nettdriften blir drøftet og tatt i morselskapets organer, vil det være i strid med instruksforbudet i energiloven § 4-7 annet ledd. Det har videre en side mot nøytralitetsplikten i NEM § 4-14 annet ledd. Nettselskapet kan ikke gi tilknyttet virksomhet en «særlig fordel», herunder tilgang på informasjon som ikke andre aktører har.³⁴² Spørsmål knyttet til nettdriften kan normalt ikke bli diskutert i morselskapets organer, om personer med en ledende rolle i konkurranseutsatt virksomhet samtidig er til stede.

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.

³³⁹ Aksjeloven §§ 6-13 annet ledd og 6-25 første ledd.

³⁴⁰ RME rapport nr. 1/2020.

³⁴¹ Regjeringen (2020).

³⁴² Se mer om nøytralitetsplikten i punkt 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 drøftede 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,³⁴³ adskillelse i kommunikasjon og merkevarestrategi,³⁴⁴ og krav om iverksettelse av egnede tiltak for å sikre ledelsens uavhengighet.³⁴⁵

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.³⁴⁶ Reglene gjennomfører eldirektivets krav om å opprette et «samsvarsprogram».³⁴⁷ 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 transparenst rundt arbeidet med nøytralitet.³⁴⁸

Avregningsforskriften krever for det første at nettselskapet utarbeider interne rutiner for å «sikre at selskapet overholder kravene til nøytral opptreden».³⁴⁹ Som minimum skal de inneholde og beskrive hvilke forpliktelser de ansatte og ledelsen har knyttet til nøytral opptreden.³⁵⁰ Videre skal de interne rutinene inneholde krav om «regelmessig opplæring av de ansatte og ledelsen knyttet til etterlevelse av nøytralitetskravene».³⁵¹

³⁴³ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav d.

³⁴⁴ 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.

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

³⁴⁶ Avregningsforskriften §§ 8-1a og 8-1b.

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

³⁴⁸ RME høringsdokument nr. 3/2020 s.12.

³⁴⁹ Avregningsforskriften § 8-1a første ledd første setning.

³⁵⁰ Avregningsforskriften § 8-1a første ledd annen setning.

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

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.³⁵² 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.³⁵³ 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».³⁵⁴ Denne skal ha i oppgave å kontrollere at nettselskapet opptrer nøytralt, gjennomføre opplæringsprogrammet og være ansvarlig for å utarbeide en årlig nøytralitetsrapport.³⁵⁵

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.³⁵⁶ Etter forskriftsforarbeidene er ikke kravet til hinder for at en av selskapets ansatte utpekes som nøytralitetsansvarlig.³⁵⁷ 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».³⁵⁸ Som konkrete eksempler blir eierskap i foretak med tilknytning til energi og at man har andre roller i konsernet, trukket frem.³⁵⁹

Uavhengighetskravet vil videre stille krav til hvordan den nøytralitetsansvarlige skal arbeide. Av forskriftsforarbeidene må nettselskapet være tilbakeholden med å instruere nøytralitetsansvarlig.³⁶⁰ Videre må det settes av tilstrekkelige midler og tid, slik at den nøytralitetsansvarlige kan utføre oppgavene på en forsvarlig måte.³⁶¹ Det følger videre av avregningsforskriften selv

³⁵² RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 25.

³⁵³ RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 25.

³⁵⁴ Avregningsforskriften § 8-1a annet ledd første setning.

³⁵⁵ Avregningsforskriften § 8-1a annet ledd annen setning.

³⁵⁶ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav d fjerde setning.

³⁵⁷ RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 26.

³⁵⁸ RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 26.

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

³⁶⁰ RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 27.

³⁶¹ RME høringsdokument nr. 3/2020 s. 27.

at nettselskapet må sørge for at den nøytralitetsansvarlige har tilgang til all nødvendig informasjon fra nettselskapet og underleverandører.³⁶²

Avregningsforskriften § 8-1b stiller nærmere krav til årlig *nøytralitetsrapport*. Rapporten skal utarbeides og offentliggjøres på nettselskapets nettsider, innen tre måneder etter årsskiftet.³⁶³ Her skal den være lett tilgjengelig og ligge ute i minst fem år.³⁶⁴ Videre oppstilles det åtte punkter med minimumskrav til rapportens innhold.³⁶⁵ 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.³⁶⁶

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.³⁶⁷ 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.³⁶⁸ Kravet trådte i kraft samtidig med de nye adskillelseskravene, og er bakgrunnen for de mange navneendringene som er skjedd den siste tiden. Plikten til å innrette seg inntretr 1. januar 2022.³⁶⁹

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).³⁷⁰ Begrepet «forsyningsdelen» må forstås som den delen av det vertikalt integrerte foretaket som driver salg av elektrisitet.³⁷¹ Bestemmelsen ble tilført ved eldirektiv III, og oppstiller dermed ytterligere minimumskrav for det funksjonelle skillet. Formålet er å tilrettelegge for effektiv konkurranse i

³⁶² Avregningsforskriften § 8-1a annet ledd første setning.

³⁶³ Avregningsforskriften § 8-1b første ledd første setning.

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

³⁶⁵ Avregningsforskriften § 8-1b bokstav a til k.

³⁶⁶ Henholdsvis avregningsforskriften § 8-1b bokstav g, j, c og d.

³⁶⁷ NEM § 4-18 første ledd første setning

³⁶⁸ NEM § 4-18 annet ledd første setning.

³⁶⁹ Forskrift nr. 1454/2020 (Heretter: endringsforskrift NEM) kapittel II.

³⁷⁰ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 3 annen setning

³⁷¹ Direktiv 2009/72/EF artikkel 2 nr. 19.

markedet for kraftomsetning.³⁷² Om kraftleverandørene profileres likt som nettoperatørene, vil det kunne skape uheldige vridninger i kraftmarkedet.³⁷³

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.³⁷⁴ Formålet er å styrke konkurransen i flere markeder enn kraftmarkedet, og vil tilrettelegge for fremveksten av nye virksomhetsområder i energisektoren.³⁷⁵ 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.³⁷⁶ Reglene skal videre minske risikoen for kryssubsidiering. Når nettselskapet belastes med kostnader for felles profilering, kan det være utfordrende å avdekke om kostnadsfordelingen er riktig.³⁷⁷

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.³⁷⁸ Det vil omfatte både direkte kontakt med sluttbruker og generell kontakt med publikum, som reklame, sponning og offentlige uttalelser.³⁷⁹

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».³⁸⁰ 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.³⁸¹ Det samlede helhetsinntrykket vil være avgjørende. At man har samme navn, men tilføyer «Nett AS» er ikke tilstrekkelig.³⁸² Antagelig vil for eksempel identisk fargebruk og grafisk profil i visse tilfeller være egnet til å skape forveksling.

³⁷² Sammenlign direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 9 femte setning.

³⁷³ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 3 første setning og Jones (2020) s. 239.

³⁷⁴ NEM § 4-18 første ledd annen setning.

³⁷⁵ RME rapport nr. 1/2020 s. 53 og se punkt 2.4.

³⁷⁶ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 10-11.

³⁷⁷ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 11-12.

³⁷⁸ NEM § 4-18 tredje ledd.

³⁷⁹ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 27.

³⁸⁰ NEM § 4-18 fjerde ledd første setning.

³⁸¹ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 28. Norsk rett går her lengre enn hva kommisjonen forutsetter at eldirektivet krever, jf. Europakommisjonen (2010) s. 27.

³⁸² NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 28.

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 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.³⁸³ *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».³⁸⁴ 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.

Etter kommisjonens tolkningsnotat fremgår det også at medlemslandene selv må vurdere hvilke tiltak som er nødvendige «in the light of national circumstances».³⁸⁵ Samtidig blir det 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.³⁸⁶ Det er grunn til å presisere at notatet ikke er rettslig bindende, har begrenset rettskildemessig vekt, og dessuten presiserer at medlemslandene selv må vurdere hvilke tiltak som er nødvendige.

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.³⁸⁷ Det blir vist til at den nøytralitetsplikten innebærer at «nettvirksomheten, herunder ledelsen, må gjennomføre nødvendige tiltak for å sikre at virksomheten har insentiver til å opptre ikke-diskriminerende overfor produksjons- eller omsetningsvirksomhet».³⁸⁸

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

³⁸³ NEM § 4-18 tredje ledd.

³⁸⁴ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav b.

³⁸⁵ Europakommisjonen (2010) s. 24.

³⁸⁶ Europakommisjonen (2010) s. 24.

³⁸⁷ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 42.

³⁸⁸ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 42.

ledende stillinger har «löner eller andra förmåner som grundar sig på resultatet i de delar av koncernen som bedriver produktion av eller handel med el».³⁸⁹ Lignende forbud finnes i Finland og Danmark.³⁹⁰ 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.³⁹¹ 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.³⁹² Forarbeidenes begrunnelse for å oppstille forbudet ligger i at «nettvirksomheten da vil få en kommersiell interesse i konkurranseutsatt virksomhet».³⁹³ Etter departementets egen oppfatning er det uforenlig med direktivets krav.³⁹⁴

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.³⁹⁵ Det fremstår likevel som noe inkonsekvent at departementet selv mener det er uforenlig med direktivet at nettvirksomheten har kommersielle interesser i konkurranseutsatt 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.³⁹⁶ Likevel har departementets oppfatning begrenset rettskildemessig vekt ved tolkningen av hva direktivet krever.

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

³⁸⁹ Svensk ellag 3 kap 1c §.

³⁹⁰ 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.

³⁹¹ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 41.

³⁹² Punkt 4.3.

³⁹³ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 28.

³⁹⁴ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 28.

³⁹⁵ NEM § 4-14.

³⁹⁶ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 28.

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».³⁹⁷ 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.³⁹⁸

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 selskapsmessige skillet, går norsk rett også her på enkelte punkter lengre enn hva eldirektivet krever. Særlig ved at det funksjonelle skillet gjelder for et større antall nettkonsepsjonærer, og retter seg mot *all* annen virksomhet.³⁹⁹

Konkurranseutsatt 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 nettoperatøren. 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. Likevel kan ikke morselskapet blande seg inn i den daglige driften, eller hvordan nettselskapet – innenfor de økonomiske rammene – disponerer midler som er nødvendige for nettdriften. Om morselskapets ledelse skal sitte i nettselskapets ledelse, er det sentralt at morselskapet heller ikke blander seg inn i den daglige driften av underliggende konkurranseutsatt virksomhet. Morselskapets myndighet – om den ønsker å sitte i nettselskapets ledelse – vil være begrenset til overordnet eierstyring.

³⁹⁷ Avregningsforskriften § 8-1b bokstav b og c.

³⁹⁸ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 2 bokstav c.

³⁹⁹ Sammenlign direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 4.

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 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.⁴⁰⁰ 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.⁴⁰¹

⁴⁰⁰ Sentio Research Norge AS (2018) s. 9.

⁴⁰¹ 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.⁴⁰² 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.⁴⁰³ Det er heller ikke unormalt at ansvaret plasseres hos et datterselskap.⁴⁰⁴ *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 kryssubsidiering og svekket nøytralitet hos nettselskapet. Ut fra markedsmessige hensyn kan det 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 samarbeid og fellestjenester i et integrert foretak. Først vil jeg se på muligheten for fellestjenester. Deretter på muligheten for samarbeid.

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 likevel at nettselskapet selv skal disponere verdiene tilknyttet egen nettvirksomhet.⁴⁰⁵ Utover dette følger begrensningene for muligheten 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. Kontrollforskriften § 2-8 om kryssubsidiering, oppstiller videre en hovedregel om at alle anskaffelser nettselskapet gjør fra selskaper i samme konsern, skal *konkurranseutsettes*.⁴⁰⁶ Fra hovedregelen er det gjort enkelte unntak.⁴⁰⁷ Særlig aktuelt er unntaket for administrative tjenester.

⁴⁰² Kristoffersen (2010) delkapittel 3.3.2.

⁴⁰³ Kristoffersen (2010) delkapittel 3.3.2.

⁴⁰⁴ Holen (2016) s. 51.

⁴⁰⁵ Punkt 4.2.

⁴⁰⁶ Kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd.

⁴⁰⁷ Kontrollforskriften § 2-8 åttende ledd.

Eldirektivet krever at nettvirksomheten skal være uavhengig i dens «organisering».⁴⁰⁸ Det oppstilles likevel ikke et generelt forbud mot fellestjenester.⁴⁰⁹ Uavhengighetskravet – som drøftet i punkt 5.2.3 – vil imidlertid sette enkelte skranker. Av kommisjonens tolkningsnotat må muligheten for fellestjenester vurderes konkret.⁴¹⁰ DSO-en kan ikke «unduly rely on the services of other parts of the vertically integrated undertaking».⁴¹¹ Fellestjenester må videre organiseres på en måte som reduserer konkurransemessige utfordringer, samt forhindrer krysssubsidiering.⁴¹² Som den videre gjennomgangen vil vise, må kravene kommisjonen legger til grunn, antas å være oppfylt.

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.

Den videre drøftelsen tar utgangspunkt fra nettselskapets ståsted. For andre deler av det integrerte foretaket vil det klart være en større mulighet for fellestjenester. I tilfeller hvor morselskapet står ansvarlig for fellestjenester som ikke er administrative, vil den likevel ikke kunne sitte i nettselskapets ledelse.⁴¹³

6.2.2 Nettforetakets selvstendighet

Etter energilovforskriften § 3-6 skal nettselskapet ha tilstrekkelig *egenbemanning* «til å lede virksomheten i enhver situasjon».⁴¹⁴ I tillegg stiller kraftberedskapsforskriften visse minstekrav til nettselskapets eget personell og egne ressurser.⁴¹⁵ 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. Ansvarer kan ikke settes bort til andre.⁴¹⁶ Kravene til egenbemanning og egne ressurser vil sette absolutte skranker for hva slags oppgaver et nettselskap kan sette ut til eksterne aktører.

⁴⁰⁸ Direktiv 2009/72/EF artikkel 26 nr. 1 første setning.

⁴⁰⁹ Se argumentasjonen i Jones (2020) s. 227-228 og Aarseth (2005) s. 94-98.

⁴¹⁰ Europakommisjonen (20) s. 25.

⁴¹¹ Europakommisjonen (20) s. 25.

⁴¹² Europakommisjonen (20) s. 25.

⁴¹³ Punkt 5.3.3.

⁴¹⁴ Energilovforskriften § 3-6 første ledd annen setning.

⁴¹⁵ Forskrift 7. desember 2012 nr. 1157 om sikkerhet og beredskap i kraftforsyningen (kraftberedskapsforskriften) kapittel 4.

⁴¹⁶ Sammenlign NEM § 4-12 tredje ledd.

Innenfor de nevnte kravene vil nettselskapet ha relativt stor fleksibilitet til å avgjøre om den ønsker å anskaffe egne ressurser, eller sette oppgaver ut til eksterne aktører – inkludert foretak innenfor det integrerte foretaket. Avgjørende etter energilovforskriften er at nettselskapet «til enhver tid har tilgang til personell med kompetanse innenfor nettforvaltning, driftskontroll, tilstandskontroll og feilretting, behandling av henvendelser om tekniske forhold, samt nybygging og ombygging av elektriske anlegg» (min kursivering).⁴¹⁷ Hvordan nettselskapet får tilgang til slik kompetanse, har den i utgangspunktet en viss fleksibilitet til å bestemme selv.⁴¹⁸ Det avgjørende er at den «til enhver tid» har tilgang på opplistet kompetanse.

6.2.3 Nøytralitetsplikten

Nøytralitetsplikten i NEM § 4-14 påbyr alle nettselskap å opptre «nøytralt og ikke-diskriminerende», herunder ikke gi tilknyttede foretak en «særlig fordel».⁴¹⁹

I noen tilfeller vil deling av en funksjon – altså at både konkurranseutsatt virksomhet og nettvirksomheten benytter seg av den samme funksjon – i seg selv medføre at tilknyttet virksomhet gis en «særlig fordel». Her vil nøytralitetsplikten sette absolutte skranker 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».⁴²⁰

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».⁴²¹ 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 reglene om markedsadferd og transparens, og hovedregelen om at innsideinformasjon skal gjøres tilgjengelig for alle aktører samtidig.⁴²² Nøytralitetsplikten går likevel lengre, ved at den ikke begrenser seg til å gjelde informasjon som kan påvirke prisene på engrosenergiprodukter.⁴²³ For eksempel vil nøytralitetsplikten også omfatte informasjon om egne nettkunder eller fremtidige anskaffelser.⁴²⁴ Slik informasjon kan potensielt utnyttes av tilknyttet virksomhet for å fremme egen kommersiell

⁴¹⁷ Energilovforskriften § 3-6 første ledd første setning.

⁴¹⁸ OED høringsnotat (2014) s. 6.

⁴¹⁹ NEM § 4-14 første og annet ledd.

⁴²⁰ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 30.

⁴²¹ NEM § 4-14 annet ledd.

⁴²² NEM kapittel 5, sammenlign forordning 2011/1227/EU (REMIT-forordningen).

⁴²³ NEM § 5-1 femte ledd.

⁴²⁴ NVE høringsdokument nr. 8/2019.

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.⁴²⁵ 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.

Nøytralitetsplikten kun er til hinder for at nettselskapet gir tilknyttet konkurranseutsatt virksomhet en «særlig fordel» i form av informasjon som kan «utnyttes i markedet».⁴²⁶ Om informasjonstilgangen ikke kan utnyttes i markedet, vil den i utgangspunktet være lovlig. 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 vanskelig 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 slik ordning.⁴²⁷ Etter nøytralitetsplikten må nettselskapet sørge for å etablere tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer som sikrer at markedssensitiv informasjon ikke tilkommer konkurranseutsatt virksomhet.⁴²⁸ Hvilke sikkerhetsmekanismer som kreves, må vurderes konkret. Man kan ikke se helt bort ifra at enkelte dobbeltroller på ansettelsesnivå vil være uforenlig med nøytralitetsplikten.⁴²⁹

⁴²⁵ Avregningsforskriften § 8-1 femte ledd. *Elhub* er den nasjonale informasjonsløsning for måling og avregning i kraftmarkedet, jf. avregningsforskriften § 1-3 niende ledd.

⁴²⁶ NEM § 4-14 annet ledd.

⁴²⁷ Punkt 5.3.

⁴²⁸ NVE høringsdokument nr.8/2020 s. 16.

⁴²⁹ Sammenlign punkt 6.3 nedenfor.

Nøytralitetsplikten setter dermed absolutte skranker for nettselskapets mulighet til å dele en funksjon med tilknyttet virksomhet. Det vil si at konkurranseutsatt virksomhet benytter seg av samme funksjon som nettvirksomheten. Det avgjørende er at tilknyttet konkurranseutsatt virksomhet ikke gis tilgang på ikke-offentlig tilgjengelig informasjon, som den kan utnytte til å fremme egen kommersiell virksomhet. Særlig vil nøytralitetsplikten stille krav til hvordan delte funksjoner organiseres 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». ⁴³⁰ Fra hovedregelen er det gjort unntak for «administrative tjenester», «eiendomstjenester» og «kontrakter med en anslått verdi under 100 000 kroner ekskl. mva». ⁴³¹ Sistnevnte unntak må ses i sammenheng med anskaffelsesregelverkets tilsvarende unntak. ⁴³² Formålet er å redusere rettsliggjøringen av små anskaffelser. ⁴³³ En planlagt anskaffelse kan derimot ikke deles opp med hensikt om å unngå kravet om konkurranseutsetting. ⁴³⁴

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. ⁴³⁵ Formålet bak å kreve konkurranseutsettelse i kontrollforskriften er å motvirke kryssubsidiering og sikre at anskaffelser skjer til markedsvilkår. ⁴³⁶ Kravet har videre en side mot nøytralitetsplikten. Hvem nettselskapet tildeler en kontrakt, bør begrunnes ut fra objektive kriterier. I ekspertrapporten *Et bedre organisert strømnnett* blir det fremhevet at store og gode

⁴³⁰ Kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd første setning.

⁴³¹ Kontrollforskriften § 2-8 åttende ledd.

⁴³² Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) § 2 og forsyningsforskriften § 1-1.

⁴³³ RME rapport nr. 63/2015 s. 14.

⁴³⁴ Sammenlign forsyningsforskriften § 5-3 fjerde ledd, jf. NVE Rapport 2015 63 s. 15.

⁴³⁵ 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).

⁴³⁶ RME rapport nr. 63/2015 s. 5.

miljøer innen entreprenørnæringen er viktig for å håndtere fremtidig utvikling i distribusjonsnettet.⁴³⁷ Ved at nettselskapet i utgangspunktet må konkurransesette alle anskaffelser den gjør, vil det kunne stimulere til mer konkurranse i leverandørmarkedene.⁴³⁸

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».⁴³⁹ Etter forskriftsforarbeidene skal forsyningsforskriftens regler om gjennomføring av konkurranse, og terskelverdiene etter denne, følges.⁴⁴⁰ På bakgrunn av oppgavens tema, vil jeg ikke gå nærmere inn på de prosessuelle reglene, men konsentrere meg om de materielle vilkårene for *når* en anskaffelse må konkurransesettes. I det videre vil jeg se nærmere på anvendelsesområdet til kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd. Unntaket for eien-
domstjenester 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.⁴⁴¹ At det er snakk om en kontrakt innebærer en avgrensning mot tilfeller hvor for eksempel morselskapet handler på eget initiativ.

Videre kommer kravet om konkurransesetting bare til anvendelse for anskaffelsen fra andre «selskaper i samme konsern».⁴⁴² Hva som er et *konsern* blir ikke definert i kontrollforskriften, og blir heller ikke omtalt i forskriftsforarbeidene. Ettersom at bestemmelsen gjør unntak fra reguleringen i forsyningsforskriften, er det nærliggende å se hen til dennes gruppe-definisjon.⁴⁴³ For de fleste praktiske formål samsvarer definisjonen med energilovens definisjon av integrert foretak.⁴⁴⁴ At kontrollforskriften ikke bruker betegnelsen *integrert foretak*, må ses i lys av at

⁴³⁷ OED (2014) s. 51.

⁴³⁸ 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.

⁴³⁹ Kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd annen setning

⁴⁴⁰ RME rapport nr. 63/2015 s. 14.

⁴⁴¹ Sammenlign anskaffelsesloven § 2 og forsyningsforskriften § 1-1.

⁴⁴² 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.

⁴⁴³ Forsyningsforskriften § 3-5 annet ledd, jf. § 1-2 tredje ledd.

⁴⁴⁴ 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.

bestemmelsen ble inntatt i 2015. Energilovens dagjeldende definisjon av *vertikalt integrert foretak*, omfattet kun grupper av foretak som drev produksjons- og omsetningsvirksomhet, i tillegg til nettvirksomhet.⁴⁴⁵ 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 som et integrert foretak.⁴⁴⁶ 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 kryssubsidiering i kontrollforskriften § 2-8 første ledd retter seg samtidig kun mot «konkurranseutsatt virksomhet».⁴⁴⁷ 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 kryssubsidiering.

Særlige spørsmål oppstår ved *nettkonsern*. Her foreligger det en viss risiko for kryssubsidiering, dersom selskapene foretar anskaffelser fra hverandre. Det spesielle er likevel, som drøftet i punkt 3.4, at en eventuell subsidiering 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 subsidiering, 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».⁴⁴⁸ Det er naturlig å forstå vilkåret som en henvisning til det regnskapsmessige skillet, noe som støttes av forskriftsforarbeidene.⁴⁴⁹ Ettersom nettkonsesjonærene – ved innføringen av de nye adskillelseskravene – ikke kan drive stort annet enn egen nettvirksomhet, har anvendelseskriteriet mindre praktisk betydning. Samtidig er det

⁴⁴⁵ Endringslov 2006 § 1-3 tredje ledd.

⁴⁴⁶ Kapittel 3.

⁴⁴⁷ Kontrollforskriften § 2-8 første ledd første setning.

⁴⁴⁸ Kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd første setning.

⁴⁴⁹ RME rapport nr. 63/2015 s. 14.

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.⁴⁵⁰

Til slutt vil kravet om konkurranseutsetting bare komme til anvendelse «så langt som mulig».⁴⁵¹ 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.⁴⁵² Et relevant moment vil være om det finnes alternative tilbydere. Tidsperspektivet og kostnadene ved anskaffelsesprosessen vil også kunne tillegges vekt.⁴⁵³ I tilfeller hvor behovet for anskaffelsen er prekært – slik som i en beredskapssituasjon – kan det eksempelvis være vanskelig å gjennomføre en reell konkurranseutsetting.⁴⁵⁴ 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).⁴⁵⁵ 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 en kostnadskrevende duplisering av funksjoner som ellers er like i det integrerte foretaket.⁴⁵⁶ I rapporten *Et bedre organisert strømnnett* blir det også fremhevet at et «absolutt krav om konkurranse for alle typer tjenester vil kunne hindre en hensiktsmessig organisering av interne administrative tjenester».⁴⁵⁷

I praksis har særlig hva som er *administrative tjenester* vært gjenstand for diskusjon.⁴⁵⁸ Etter energilovens forarbeider vil morselskapet kunne levere administrative fellestjenester, uten at

⁴⁵⁰ Punkt 7.2.2.

⁴⁵¹ Kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd første setning.

⁴⁵² RME rapport nr. 63/2015 s. 12.

⁴⁵³ RME rapport nr. 63/2015 s. 12.

⁴⁵⁴ Sammenlign Energi Norge (2014) s. 4.

⁴⁵⁵ Forsyningsforskriften § 2-5.

⁴⁵⁶ RME rapport nr. 63/2015 s. 21.

⁴⁵⁷ OED (2014) s. 51.

⁴⁵⁸ Varden (2021).

det anses for å drive «annen virksomhet».⁴⁵⁹ Regelverket bygger dermed på en 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 skranker for hva slags tjenester morselskapet kan levere til nettselskapet, før den anses for å drive «annen virksomhet». I tilfeller hvor anskaffelsen må konkurransesettes, må morselskapet klart anses for å levere en vare eller tjeneste i konkurranse med andre aktører.⁴⁶⁰

Det må understrekes at selv om kontrollforskriften gjør unntak fra kravet om konkurranseutsettelse for administrative tjenester og eiendomstjenester, vil forbudet mot krysssubsidierting 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.⁴⁶¹ I tillegg krever kontrollforskriften at alle avtaler mellom nettselskapet og andre selskaper i samme konsern skal foreligge skriftlig.⁴⁶²

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.

6.2.5.2 Generelt om grensedragningen

Fra kravet om konkurranseutsettelse i kontrollforskriften er det for det første unntak for «administrative tjenester».⁴⁶³

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.⁴⁶⁴ Forskriftsforarbeidene definerer begrepet som «funksjoner konsernet har opprettet for å understøtte de enkelte selskapenes kjerneoppgave».⁴⁶⁵ 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

⁴⁵⁹ Punkt 5.3.3.

⁴⁶⁰ Punkt 3.3.

⁴⁶¹ Kontrollforskriften § 2-8 sjette første setning og første ledd første setning.

⁴⁶² Kontrollforskriften § 2-8 sjette ledd annen setning.

⁴⁶³ Kontrollforskriften § 2-8 åttende ledd.

⁴⁶⁴ Store norske leksikon (2020).

⁴⁶⁵ RME rapport nr. 63/2015 s. 20.

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.⁴⁶⁶

Som eksempler på hva som kan være understøttende tjenester, nevner forskriftsforarbeidene «bl.a. personal, arkiv, økonomi og IKT (kontorstøtte)».⁴⁶⁷ 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 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.⁴⁶⁸ 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, vil typisk være funksjoner som går direkte inn på nettvirksomheten.⁴⁶⁹ 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».⁴⁷⁰ Uttalelsen må ses i sammenheng med formålet bak unntaket, nemlig å unngå fordyrende dupliseringer av funksjoner og systemer som ellers er like i konsernet.⁴⁷¹ I tilfeller hvor det kun er nettselskapet som benytter seg av tjenesten, gjør ikke hensynet seg gjeldende, og tjenesten bør konkurransenutsattes 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

⁴⁶⁶ 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.

⁴⁶⁷ RME rapport nr. 63/2015 s. 20

⁴⁶⁸ Henholdsvis RME rapport nr. 63/2015 s. 20 og eksempelvis RME revisjonsrapport til Varanger Kraftnett AS 26. juni 2019 (snr. 201842363-6) s. 4.

⁴⁶⁹ 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-, tarifferings og fakturerings tjenester og systemer, drift, vedlikehold, planlegging og bygging av nettanlegg, beredskap, mv., eller anskaffelser av slike», jf. RME rapport nr. 63/2015 s. 20.

⁴⁷⁰ RME rapport nr. 63/2015 s. 20.

⁴⁷¹ RME rapport nr. 63/2015 s. 20.

nettselskapets nøytralitet». ⁴⁷² Som drøftet i punkt 6.2.3 vil nøytralitetsplikten sette absolutte skranker 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 konkurransenutsettes.

Avgjørende etter dette for om en tjeneste er administrativ eller ikke – og dermed faller utenfor kravet om konkurransenutsettelse – at den er av *understøttende karakter*. Det må avgrenses mot funksjoner som er 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 konkurransenutsetting i kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd for «eiendomstjenester». ⁴⁷³ 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. ⁴⁷⁴ 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». ⁴⁷⁵ 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. ⁴⁷⁶ I det videre vil jeg se nærmere på disse funksjonene.

⁴⁷² RME rapport nr. 63/2015 s. 20

⁴⁷³ Kontrollforskriften § 2-8 åttende ledd.

⁴⁷⁴ RME rapport nr. 63/2015 s. 20.

⁴⁷⁵ RME rapport nr. 63/2015 s. 20.

⁴⁷⁶ 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.⁴⁷⁷ 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.⁴⁷⁸

Når det kommer til *innkjøpstjenester*, må det være klart at selve anskaffelsen av en tjeneste til nettvirksomheten, må ligge hos nettselskapet.⁴⁷⁹ 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 som sørger for at sensitiv informasjon ikke tilflyter feil aktører.⁴⁸⁰ 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.⁴⁸¹ Vedtakene er likevel knapt begrunnet og det fremgår ikke konkret hva slags tjenester det er snakk om. Det må nevnes

⁴⁷⁷ Thema Consulting Group (2019) s. 24.

⁴⁷⁸ Punkt 6.2.3.

⁴⁷⁹ Punkt 6.2.2.

⁴⁸⁰ Punkt 6.2.3.

⁴⁸¹ 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.

at den rettskildemessige vekten uansett er begrenset. Selv heller jeg mot at slike tjenester i utgangspunktet kan anskaffes konserninternt, så lenge det etableres tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer for å håndtere eventuell nøytralitetsproblematikk.

Når det kommer til *markedsføring og kommunikasjon*, må det også gjøres et skille mellom funksjoner som har understøttende karakter og de som går direkte inn på nettvirksomheten. I det kommunikasjonsområdet går det 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 konkurransenutsettes.

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.⁴⁸² 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 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.⁴⁸³ 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 krysssubsidiering kan tale for en restriktiv tolkning. Samtidig bør ikke reglene hindre en hensiktsmessig organisering av tjenester som ellers er like for konsernet.

⁴⁸² Punkt 5.4.3.

⁴⁸³ 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.

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. Det må i utgangspunktet være klart at nettselskapet har adgang til å samarbeide med integrerte foretak, på lik linje som den kan samarbeide med foretak utenfor det integrerte foretaket. Forutsetningen er at nettselskapet opptrer nøytralt og ikke-diskriminerende.⁴⁸⁴

Et praktisk eksempel på samarbeid kan være om FoU-prosjekter. Her kan det for eksempel vises til prosjektet Skagerak EnergiLAB, som er et samarbeid mellom blant annet Skagerak Kraft AS og Skagerak Nett AS (nå Lede AS).⁴⁸⁵ 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.⁴⁸⁶ Så lenge samarbeidet skjer i tråd med nøytralitetsplikten, må det være greit.⁴⁸⁷

Muligheten for samarbeid begrenses likevel av at nettvirksomheten må holdes selskapsmessig adskilt fra all «annen virksomhet».⁴⁸⁸ Nettselskapet kan som den klare hovedregel ikke levere varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører.⁴⁸⁹ Det vil klart begrense muligheten for annet samarbeid. Fra utgangspunktet er det likevel gjort enkelte unntak, og spørsmålet om hva et nettselskap *kan* holde på med, vil bli nærmere drøftet i kapittel 7.

Av energiloven § 4-6 fremgår det eksplisitt at det selskapsmessige skillet «er ikke til hinder for samarbeid om felles driftssentral» med foretak som driver produksjon av elektrisk energi eller fjernvarmevirksomhet.⁴⁹⁰ Som vilkår må nettselskapet ha «styring og ansvar for driftssentralens nettfunksjoner».⁴⁹¹ Den eksplisitte tillatelsen må ses i sammenheng med at store kostnader ofte er involvert ved etablering av driftssentraler. Samfunnsøkonomisk er det lønnsomt å samarbeide på tvers av virksomhetsområder.⁴⁹²

⁴⁸⁴ NEM § 4-14 første ledd.

⁴⁸⁵ Enova (u.å.) s. 5.

⁴⁸⁶ Enova (u.å.) s. 3

⁴⁸⁷ 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.

⁴⁸⁸ Energiloven § 4-6 første ledd første setning.

⁴⁸⁹ Punkt 3.3 og 4.2.

⁴⁹⁰ Energiloven § 4-6 annet ledd første setning.

⁴⁹¹ Energiloven § 4-6 annet ledd første setning

⁴⁹² Prop. 35 L (2015-2016) s. 43.

NEM-forskriften stiller nærmere krav til samarbeidet. 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 vil bli behandlet under 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.⁴⁹³

NEM § 4-15 begrenser samarbeidet til å gjelde «felles driftssentral og øvrig driftskontrollsystem».⁴⁹⁴ Hva som er *øvrig driftskontrollsystem* blir ikke presisert, men må forstås som all infrastruktur, systemer og komponenter som ivaretar driftskontrollfunksjonen.⁴⁹⁵

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.⁴⁹⁶ Videre kan kun ansatte i nettvirksomheten ha adgang til nettselskapets del av driftssentralen – noe som innebærer et krav om fysisk adskillelse.⁴⁹⁷ 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 7.3.3.⁴⁹⁸ Fra disse utgangspunktene er det gjort unntak for «ekstraordinære situasjoner», som er ment som en henvisning til energiloven § 9-4 fjerde ledd.⁴⁹⁹ I tilfeller hvor det oppstår en beredskapssituasjon, vil aktørene kunne bistå hverandre.

At tillatt samarbeid avgrenses mot det operasjonelle arbeidet, må ses i sammenheng med kravet til nettselskapets egenbemanning etter energilovforskriften § 3-6; nettselskapet kan ikke sette ansvaret for å lede nettvirksomheten bort til andre.⁵⁰⁰ 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 få tilgang på markedssensitiv informasjon.⁵⁰¹

⁴⁹³ Endringsforskrift NEM kapittel II nr. 1.

⁴⁹⁴ NEM § 4-15 første ledd.

⁴⁹⁵ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 19.

⁴⁹⁶ NEM § 4-15 tredje ledd første setning.

⁴⁹⁷ NEM § 4-15 annet ledd annen setning, jf. NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 19.

⁴⁹⁸ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 19.

⁴⁹⁹ NEM § 4-15 fjerde ledd, jf. NVE høringsdokument nr. 8/2019 nr. 8 s. 19-20.

⁵⁰⁰ Punkt 6.2.2.

⁵⁰¹ Punkt 6.2.3.

NEM § 4-15 krever videre at nettselskapet skal ha «ansvar for anskaffelse, utvikling og drift av driftskontrollsystemet og andre relevante informasjonssystem, samt tildeling av rettigheter i disse».⁵⁰² Nettselskapet må dermed ha det overordnede ansvaret for driftssentralens systemer, og utdyper energilovens krav om at nettselskapet skal ha «styring og ansvar for driftssentralens nettfunksjoner».⁵⁰³ Produksjons- og fjernvarmevirksomhet vil kunne styre sine anlegg ved bruk av et felles system, men vil ikke ha de samme rettighetene til systemet som nettselskapet.⁵⁰⁴

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 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 felles-tjenester. 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. I stor grad vil det stille 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

⁵⁰² NEM § 4-15 annet ledd.

⁵⁰³ Energiloven § 4-6 annet ledd første setning.

⁵⁰⁴ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 19.

entreprenørtjenester direkte fra tilknyttet virksomhet. Det er samtidigverdt 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 stordriftsfordelene 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. Av hensyn til forutberegnelighet for aktørene i bransjen bør forvaltningen etter min vurdering komme med en veileder her.

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 vil det innebære 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 kapittelet 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.⁵⁰⁵ I energilovens forarbeider blir *annen virksomhet* definert som «levering av varer eller tjenester i konkurranse med andre aktører».⁵⁰⁶ 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.

I dette delkapittelet vil jeg se nærmere på hvor skillet går mellom nettvirksomhet og annen virksomhet, og 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.

⁵⁰⁵ Energiloven § 4-6 første ledd første setning.

⁵⁰⁶ Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

For det første må det omfatte alle leveranser nettselskapet foretar til *nettkundene* i kraft av å være monopolist.⁵⁰⁷ Her inngår åpenbare tjenester som tilknytting av strømkunde og transport av elektrisitet.⁵⁰⁸ I tillegg vil det omfatte andre vare- eller tjenesteleveranser hvor nettselskapet står i en form for monopolsituasjon i forhold til egne nettkunder.⁵⁰⁹ Som netteier og ansvarlig for AMS-målerne vil nettselskapet tilby en rekke tjenester som bare det kan tilby.⁵¹⁰ 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*.⁵¹¹ Det innebærer at skillet mellom «nettvirksomhet» og «annen virksomhet» etter det selskapsmessige skillet, er annerledes enn skillet mellom nettvirksomhet og «øvrig virksomhet» etter det regnskapsmessige skillet.⁵¹² 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 monopolsituasjon» (min kursivering) kunne avskrives under nettvirksomheten.⁵¹³ 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.⁵¹⁴ 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».⁵¹⁵ 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 monopolsituasjon. Selv om det finnes flere typer fysisk infrastruktur, er det begrenset

⁵⁰⁷ Sammenlign kontrollforskriften § 1-3 13. ledd, jf. NVE veileder (2021) s. 12.

⁵⁰⁸ Energiloven §§ 3-3, 3-4 og 3-4a.

⁵⁰⁹ Sammenlign NVE veileder (2021) s. 12.

⁵¹⁰ Henholdsvis energiloven § 3-2 og avregningsforskriften § 3-1.

⁵¹¹ Prop. 35 L (2015-2016) s. 23.

⁵¹² Det *regnskapsmessige skillet* oppstiller syv virksomhetsområder: kraftomsetning, kraftproduksjon, transmissjonsnett, regionalnett, distribusjonsnett, tele og øvrig virksomhet, jf. kontrollforskriften § 3-1. Områdene transmissjonsnett, regionalnett og distribusjonsnett går under samlebetegnelsen *nettvirksomhet*.

⁵¹³ NVE veileder (2021) s. 12, sammenlign RME rapport nr. 1/2020 s. 34, jf. kontrollforskriften § 3-1 bokstav c, d og e.

⁵¹⁴ Kontrollforskriften § 13-1 bokstav g.

⁵¹⁵ Prop. 35 L (2015-2016) s. 23.

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.⁵¹⁶

De samme betraktningene gjør seg antagelig gjeldende for andre leveranser hvor nettselskapet i realiteten står i en form for monopolsituasjon, 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 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.⁵¹⁷

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.⁵¹⁸ Her kan det for eksempel vises til prosjektet NorFlex, som er et samarbeidsprosjekt hvor flere nettselskap er involvert.⁵¹⁹ Formålet er blant annet å teste ut lokale fleksibilitetsmarkeder.⁵²⁰ 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.⁵²¹ Videre kan det være naturlig at nettselskapet bistår med visse ressurser inn mot såkalte *fellesgrøfter*, for ulik infrastruktur.⁵²²

Før de nye adskillelseskravene ikrafttredet var det ikke uvanlig at for eksempel større nettselskap assisterte mindre nettselskap med spesialkompetanse.⁵²³ Etter nåværende regulering er det i utgangspunktet klart at nettselskap ikke kan tilby konsulenttjenester.⁵²⁴ Likevel kan det tenkes at nettselskapene, på enkelte områder, har opparbeidet seg en slik spesialkompetanse som gjør

⁵¹⁶ Lov 7. mai 2020 nr. 40 om tilrettelegging for utbygging av høyhastighetsnett for elektronisk kommunikasjon (bredbåndsutbyggingsloven) § 7.

⁵¹⁷ 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.

⁵¹⁸ Etter kontrollforskriften § 7-3 bokstav d kan også nettselskapene få dekket kostander knyttet til forhåndsgodkjente FoU-prosjekter dekket i tillegg til årlige inntektsramme.

⁵¹⁹ 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.

⁵²⁰ Agder Energi (2019).

⁵²¹ Sammenlign energiloven § 1-2.

⁵²² Felles grøftegravingsprosjekter vil bli behandlet nærmere i punkt 7.3.3 ved drøftelsen av overskuddskapasitet.

⁵²³ TrønderEnergi høringsvar (2015) s. 3.

⁵²⁴ I forarbeidene blir konsulenttjenester eksplisitt nevnt som eksempel på virksomhet som må anses som «annen virksomhet», jf. Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

det vanskelig å finne andre fullgode 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.⁵²⁵ Likevel må rettstilstanden anses for å være uklar.

Det er 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.⁵²⁶ 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.⁵²⁷

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.⁵²⁸ Effektuttaket (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 for eksempel nettselskapene ha anledning til å installere batterier i eget nett for å håndtere kapasitetsutfordringer.⁵²⁹ Nettselskapene har videre adgang til å påvirke lastflytting – eller nettkundenes adferd – ved å stille vilkår for tilknytning av uttaks- og produksjonsheter.⁵³⁰ Den 1. januar 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.⁵³¹

⁵²⁵ Energiloven § 1-2.

⁵²⁶ Avregningsforskriften § 2-1a.

⁵²⁷ Avregningsforskriften § 8-1 syvende ledd.

⁵²⁸ Punkt 2.4.

⁵²⁹ 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.

⁵³⁰ NEM §§ 3-2 tredje ledd og 3-3 tredje ledd.

⁵³¹ Kontrollforskriften blir endret ved forskrift 10. juni 2021. Må nevnes at nettselskapene allerede i dag har en viss adgang til å påvirke lastflytting ved å sette et kapasitetsledd i nettleien, jf. kontrollforskriften § 13-3 tredje ledd. Ved ikrafttredelsen av de nye endringene vil denne bli opphevet.

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 forbrukerne bedre kontroll over eget strømforbruk. Opp mot den innbygde HAN-porten kan man videre koble opp tilleggsutstyr som muliggjør mer avanserte formidlings- og styringsløsninger.⁵³² 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 vises til at nettselskapet Elvia AS har utviklet en app-tjeneste som gir nettkundene oversikt over historisk forbruk.⁵³³ Det er i utgangspunktet klart at andre markedsaktører tilbyr tilsvarende app-tjenester, eksempelvis Tibber AS.⁵³⁴ I tilfeller hvor app-tjenesten kun gir nettkundene en gratis, historisk oversikt over eget forbruk, basert på data nettselskapene allerede har fra AMS-målerne, synes det likevel å være lite problematisk at nettselskapene tilbyr en slik tjeneste. Tvert om samsvarer det godt med nettselskapets generelle informasjonsplikt etter avregningsforskriften.⁵³⁵ Det er 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.

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 HAN-porten på forespørsel fra nettkundene.⁵³⁶ 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.

⁵³² Energifakta Norge (2019)

⁵³³ App Store (u.d) a.

⁵³⁴ App Store (u.d) b.

⁵³⁵ 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 sjette ledd.

⁵³⁶ Avregningsforskriften § 4-1 første ledd.

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.⁵³⁷ 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.

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.

Eksplisitt 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).⁵³⁸ Departementet begrunnelse ligger i at det er «hensiktsmessig».⁵³⁹

Forarbeidene inneholder ikke samme presisering når det 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.⁵⁴⁰ Spørsmålet ble gjengitt i proposisjonen, men likevel ikke besvart.⁵⁴¹ Til dels forsterker det inntrykket av at administrative tjenester vil anses som annen virksomhet om de ytes av nettselskapet.

⁵³⁷ Birkeland (2020) s. 13 og DNV-GL (2018) s. 17-18.

⁵³⁸ Prop. 35 L (2015-2016) s. 44, sammenlign uttalelser på s. 23.

⁵³⁹ Prop. 35 L (2015-2016) s 23.

⁵⁴⁰ Advokatforeningen høringssvar (2015) s. 2.

⁵⁴¹ Prop. 35 L (2015-2016) s 21.

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».⁵⁴² 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.⁵⁴³

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 synes i sin helhet å ligge i at det er «hensiktsmessig».⁵⁴⁴ Videre er adgangen begrenset til tjenester som det er «naturlig» at ligger hos morselskapet.⁵⁴⁵

Det er ikke unormalt at også datterselskap står ansvarlig for konsernets fellestjenester.⁵⁴⁶ 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.⁵⁴⁷ 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.⁵⁴⁸

Konklusjonen er likevel usikker. Forarbeidene er nøye med å presisere at administrative felles-tjenester ikke vil anses som annen virksomhet «i mor» og «i morselskapet», noe som taler for

⁵⁴² Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s 30

⁵⁴³ Punkt 2.4.

⁵⁴⁴ Prop. 35 L (2015-2016) s 23

⁵⁴⁵ Prop. 35 L (2015-2016) s. 43.

⁵⁴⁶ Holen (2016) s. 51.

⁵⁴⁷ Thema Consulting Group (2019) s. 24.

⁵⁴⁸ Sammenlign punkt 6.2.5.3.

at dette kun gjelder for morselskapet.⁵⁴⁹ 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. Selv heller jeg mot at nettselskapet bør kunne 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».⁵⁵⁰ 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 driftssentraltjenester.

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».⁵⁵¹

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.⁵⁵² 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 opp eller opprettholder kapasitet med formål om å selge, leie til eller bistå andre.⁵⁵³ For enkelte kapasitetsformer oppstilles det også nærmere krav til salgsprosessen.⁵⁵⁴

⁵⁴⁹ Prop. 35 L (2015-2016) henholdsvis s. 23 og s. 43.

⁵⁵⁰ NEM § 4-16 første setning.

⁵⁵¹ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 20.

⁵⁵² Energiloven § 1-2.

⁵⁵³ NEM § 4-16 bokstav a tredje setning, bokstav b annen setning, bokstav c tredje setning.

⁵⁵⁴ NEM § 4-16 bokstav b tredje setning, bokstav c annen setning, bokstav d fjerde setning.

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».⁵⁵⁵ 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».⁵⁵⁶ Den 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».⁵⁵⁷

Det er naturlig å forstå reguleringen slik at den legger restriksjoner på nettselskapets adgang til å *besitte* eller *anskaffe* ressurser for visse formål.⁵⁵⁸ Det er klart at en begrensning i nettselskapets adgang til å *ha* eller *anskaffe* noe, vil utgjøre et «inngrep» som må ha hjemmel i lov.⁵⁵⁹ 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».⁵⁶⁰

Spørsmålet i det videre er om departementet har gått lengre i sin maktbruk enn det hjemmelsoven 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.

⁵⁵⁵ Energiloven § 4-6 annet ledd annen setning.

⁵⁵⁶ NEM § 4-16 bokstav a tredje setning.

⁵⁵⁷ Henholdsvis NEM § 4-16 bokstav c tredje setning og bokstav b andre setning.

⁵⁵⁸ 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.

⁵⁵⁹ Grunnloven § 113.

⁵⁶⁰ HR-2018-1907-A avsnitt 49 med videre henvisninger til henholdsvis HR-2017-625-A avsnitt 44 og HR-2014-1105 avsnitt 26.

Ved tolkningen av hva forskriftsmyndigheten har hjemmel til, står ordlyden sentralt.⁵⁶¹ Etter ordlyden har departementet kun hjemmel til å regulere «nettforetaks adgang til å *selge* eller *leie ut* egen kapasitet» (min kursivering).⁵⁶² 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.⁵⁶³ Sentralt er om lovgiver har ment å gi forvaltningen den aktuelle kompetansen.⁵⁶⁴ 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 som er nødvendig for drift av nettet, bør også av samfunnsøkonomiske hensyn kunne tillates.*⁵⁶⁵

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 holdepunkter 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 bevissspørsmål, og det er usikkert hvordan regelverket vil bli håndhevet.

⁵⁶¹ HR-2018-1907-A avsnitt 51 med videre henvisninger til Rt-2014-1281 avsnitt 48. Se også HR-2017-625-A avsnitt 44.

⁵⁶² Energiloven § 4-6 annet ledd annet setning.

⁵⁶³ HR-2018-1907-A avsnitt 51 med videre henvisninger til Rt-2014-1281 avsnitt 48. Se også HR-2017-625-A avsnitt 44.

⁵⁶⁴ HR-2017-625-A avsnitt 44, også Tobiassen (2019) s. 128-131.

⁵⁶⁵ Prop. 35 L (2015-2016) s. 43.

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.⁵⁶⁶ 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.⁵⁶⁷

Heller ikke andre bestemmelser i energiloven synes å legge direkte restriksjoner på nettselskapets adgang til å bygge opp eller opprettholde kapasitet. Det må være klart at adskillelseskravene etter det selskapsmessige skillet først inntreder *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 *virkingen* av at en forskrift mangler hjemmel, er at den settes til side i den konkrete sak.⁵⁶⁸ 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.⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ Sammenlign NVE rapport nr. 63/2015 s. 16 og OED (2014) s. 23.

⁵⁶⁷ Kontrollforskriften § 7-2 tredje ledd.

⁵⁶⁸ Eckhoff (2018) s. 486.

⁵⁶⁹ 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.

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.⁵⁷⁰ Bestemmelsen selv gjør videre unntak for overskuddskapasitet i et begrenset omfang, fiberkapasitet engros, bistand i ekstraordinære beredskapssituasjoner og driftssentraltjenester.⁵⁷¹ I det videre vil jeg se nærmere på de ulike kapasitetsalternativene.

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».⁵⁷² 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.⁵⁷³ 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 fore-

⁵⁷⁰ 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.

⁵⁷¹ NEM § 4-16 bokstav a til b.

⁵⁷² NEM § 4-16 bokstav a annen setning.

⁵⁷³ 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.

ligge 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». ⁵⁷⁴ Videre at «[b]ehovet for kapasiteten må vurderes over tid, spesielt når det gjelder personell». ⁵⁷⁵

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. ⁵⁷⁶ Videre skal reglene bidra til effektivitet i andre markeder enn kraftmarkedet. ⁵⁷⁷ 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». ⁵⁷⁸ 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. ⁵⁷⁹

Videre tar oppsummeringsrapporten til orde for at kapasitet som tilbys inn mot *felles grøftegravingsprosjekter*, kan anses som overskuddskapasitet etter NEM § 4-16. ⁵⁸⁰ 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». ⁵⁸¹ 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 inn mot et konkret prosjekt. 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

⁵⁷⁴ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 21.

⁵⁷⁵ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 21.

⁵⁷⁶ Punkt 2.3 og 2.4.

⁵⁷⁷ Prop. 35 L (2015-2016) s. 12.

⁵⁷⁸ RME rapport nr. 1/2020 s. 35.

⁵⁷⁹ RME rapport nr. 1/2020 s. 35.

⁵⁸⁰ RME rapport nr. 1/2020 s. 35.

⁵⁸¹ RME rapport nr. 1/2020 s. 35.

definerer som kapasitet som «ikke fullt ut kan benyttes» i egen nettdrift.⁵⁸² Det må etter mitt syn være mer naturlig å anse slik bistand som en naturlig del av nettvirksomheten.⁵⁸³

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».⁵⁸⁴ At salget skjer *engros* innebærer at nettselskapet ikke kan selge fibertjenester direkte til sluttbrukeren.⁵⁸⁵

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».⁵⁸⁶ 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 hensyn kunne tillates».⁵⁸⁷ 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 slutt opp for at nettselskapet kan bistå andre foretak i «ekstraordinære beredskapssituasjoner».⁵⁸⁸ Det er ingen begrensninger hva gjelder hvem nettselskapet kan bistå,

⁵⁸² NEM § 4-16 bokstav a annen setning.

⁵⁸³ Punkt 7.2.2.

⁵⁸⁴ NEM § 4-16 bokstav b.

⁵⁸⁵ Høringsdokument nr. 8/2019 s. 22.

⁵⁸⁶ NEM § 4-16 bokstav b annen setning.

⁵⁸⁷ Prop. 35 L (2015-2016) s. 43.

⁵⁸⁸ NEM § 4-16 bokstav c første setning.

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.⁵⁸⁹ Forskriftsforarbeidene gjør det derimot klart at begrepet i NEM § 4-16 er ment å favne videre, og begrenses ikke til beredskapssituasjoner i kraftforsyningen.⁵⁹⁰

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.⁵⁹¹ 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 markedsaktører har adgang til å tilby kapasiteten.⁵⁹² Tidsaspektet vil også ha stor betydning.⁵⁹³ Som konkrete eksempler nevnes brann og flom.⁵⁹⁴

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 først og fremst i tilfeller hvor nettselskapet bygger opp en kommersiell beredskapstjeneste, at det vil være et klart brudd på regelen.⁵⁹⁵ 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.⁵⁹⁶

⁵⁸⁹ Sammenlign energiloven § 9-1 fjerde ledd og kraftberedskapsforskriften

⁵⁹⁰ RME rapport nr. 1/2020 s. 36 og NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 22.

⁵⁹¹ RME rapport nr. 1/2020 s. 36 og NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 22.

⁵⁹² RME rapport nr. 1/2020 s. 36.

⁵⁹³ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 36.

⁵⁹⁴ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 22.

⁵⁹⁵ Sammenlign at det i utgangspunktet er forbudt for nettselskapene å «bygge opp eller opprettholde egen beredskapsskapasitet med formål å bistå andre», jf. NEM § 4-16 bokstav c tredje setning.

⁵⁹⁶ RME rapport nr. 1/2020 s. 36.

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.⁵⁹⁷ 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».⁵⁹⁸ Det fremgår eksplisitt at nettselskapet ikke kan ta «kommersielle beslutninger på vegne av konkurranseutsatt virksomhet».⁵⁹⁹ Restriksjonene må ses i sammenheng med nøytralitetsplikten og forbudet mot at nettselskap *driver* konkurranseutsatt virksomhet. Nettselskapets rolle vil derfor være begrenset til å følge forhåndsanneldte produksjonsplaner, instruksjoner fra produsent, og til å reagere på bud i energimarkedene.⁶⁰⁰ I tillegg til tiltak som anses «nødvendige».⁶⁰¹ 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.⁶⁰² 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».⁶⁰³ Videre skal nettselskapet kreve et «rimelig vederlag» for tjenester levert i ekstraordinære beredskapssituasjoner.⁶⁰⁴

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 krysssubsidiering 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 krysssubsidiering.

⁵⁹⁷ NEM § 4-16 bokstav d første og femte setning.

⁵⁹⁸ NEM § 4-16 bokstav d annen setning.

⁵⁹⁹ NEM § 4-16 bokstav d, tredje setning

⁶⁰⁰ RME rapport nr. 1/2020 s. 37 og NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 23.

⁶⁰¹ NEM § 4-16 bokstav d annen setning.

⁶⁰² Sammenlign NVE-notat (2018) s. 3.

⁶⁰³ Henholdsvis NEM § 4-16 bokstav b tredje setning og c fjerde setning.

⁶⁰⁴ NEM § 4-16 bokstav c annen setning.

NEM § 4-14 krever at nettselskapet skal opptre «nøytralt og ikke-diskriminerende», herunder ikke gi tilknyttede foretak en «særlig fordel».⁶⁰⁵ Dette innebærer at nettselskapet ikke uten saklig begrunnelse, kan forskjellsbehandle ved salg av egen kapasitet.

For det første kan ikke nettselskapet diskriminere på vilkår eller pris når den selger egen kapasitet. Tilknyttede foretak må ikke gis en særlig fordel.⁶⁰⁶ 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 konkurransesettes.⁶⁰⁷ Videre fremgår det at alle som ønsker å benytte seg av nettselskapets fiberkapasitet, helst bør gis tilgang til det.⁶⁰⁸ Når det kommer til salg av *driftssentraltjenester* innebærer nøytralitetsplikten at samme tjeneste må tilbys til *alle* aktører som er tilknyttet nettselskapets anleggs- eller områdekonsesjon.⁶⁰⁹ 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.⁶¹⁰ 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».⁶¹¹ Dette innebærer at nettselskapet minst må kreve de kostnadene den har i forbindelse med salg, utleie eller bistand, dekket av kjøpsprisen. Deres 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 hovedformålene bak eldirektiv IV er å tilrettelegge for et nytt markedsdesign, som tar hensyn til teknologiutviklingen som er skjedd.⁶¹² Direktivet tilrettelegger herunder for nye markedsløsninger som kan bidra til å håndtere fremtidige utfordringer i distribusjonsnettet.

⁶⁰⁵ NEM § 4-14 første og annet ledd.

⁶⁰⁶ NEM § 4-7 annet ledd.

⁶⁰⁷ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 22.

⁶⁰⁸ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 22

⁶⁰⁹ Prop. 35 L (2015-2016) s. 23 og NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 23.

⁶¹⁰ NVE høringsdokument nr. 8/2019 s. 23.

⁶¹¹ Kontrollforskriften § 2-8 første ledd første setning.

⁶¹² Direktiv 2019/944/EU fortalen særlig punkt 2 og 9, og COM(2016) 864 s. 3-4 og 8-9.

Reglene om selskapsmessig og funksjonelt skille for DSO-er fra eldirektiv III, ble videreført i eldirektiv IV.⁶¹³ 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.⁶¹⁴ 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 *energilagingsanlegg og ladestasjoner for elektriske kjøretøy*. Det fastslås at en DSO ikke kan «eie, utvikle, forvalte eller drive» verken «ladestander til elektriske kjøretøyer» eller «energilagranlæg».⁶¹⁵ Etter sin ordlyd forbyr direktivet nettoperatoren å ha nærmest enhver beskjeftigelse med slike anlegg. Energilagingsanlegg vil blant annet omfatte batterier.⁶¹⁶

Formålet bak forbudet er å tilrettelegge for konkurranse i markedet for energilagringstjenester og ladestasjoner.⁶¹⁷ Ved energilagingsanlegg ser man for seg at andre markedsaktører skal operere disse, og selge lagringskapasitet til de som trenger det, inkludert nettverksoperatørene.⁶¹⁸ Dette muliggjør at for eksempel samme batteri kan tjene til både nettformål og andre markedsformål.⁶¹⁹ Videre ser man for seg at kommersielle aktører vil stå for utrulling av offentlige ladestasjoner.⁶²⁰

Fra hovedregelen er det gjort enkelte unntak. For det første kan DSO-en eie *ladepunkt* «udelukkende til egen anvendelse».⁶²¹ At de kun er til eget bruk, er det naturlig å forstå som at det

⁶¹³ 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.

⁶¹⁴ Direktiv 2019/944/EU artikkel 22

⁶¹⁵ Direktiv 2019/944/EU henholdsvis artikkel 33 nr. 2 og 36 nr. 1.

⁶¹⁶ Direktiv 2019/944/EU artikkel 2 nr. 59.

⁶¹⁷ Direktiv 2019/944/EU artikkel 2 fortalen nr. 62, sammenlign Direktiv 2014/94/EU fortalen nr. 30.

⁶¹⁸ Direktiv 2019/944/EU artikkel 2 fortalen nr. 62.

⁶¹⁹ Sammenlign DNV-GL for NVE (2018) s. 8-15.

⁶²⁰ Sammenlign direktiv 2014/94/EU fortalen nr. 30.

⁶²¹ Direktiv 2019/944/EU artikkel 33 nr. 2.

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.⁶²²

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.⁶²³ 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.⁶²⁴ Typiske eksempler er såkalte kondensatorer og svingningshjul, som ofte er viktige komponenter for å sikre påliteligheten og synkroniseringen av nettet.⁶²⁵ 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 tilsvarende lagringstjeneste.⁶²⁶ For energilagringsanlegg som er investert 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.⁶²⁷

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».⁶²⁸ Gjennomføringen må likevel skje på en måte som gjør rettstilstanden tilstrekkelig klar og utvetydig.⁶²⁹

Når det kommer til *energilagringsanlegg* er det klart at norske nettselskap for eksempel har lov til å eie og operere batterier for å håndtere kapasitetsutfordringer i eget nett.⁶³⁰ I Norge må vi derfor velge om vi ønsker å innføre et forbud, eller gjøre unntak etter de nærmere bestemte

⁶²² Direktiv 2019/944/EU artikkel 33 nr. 3.

⁶²³ Direktiv 2019/944/EU artikkel 36 nr. 2.

⁶²⁴ Direktiv 2019/944/EU artikkel 2 (51).

⁶²⁵ Direktiv 2019/944/EU fortalet 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.

⁶²⁶ Direktiv 2019/944/EU artikkel 36 nr. 3 og 4.

⁶²⁷ Direktiv 2019/944/EU artikkel 36 nr. 4.

⁶²⁸ EØS-avtalen artikkel 7.

⁶²⁹ E-15/12 *Wahl* avsnitt 52 og Sejersted (2011) s. 196.

⁶³⁰ Punkt 7.2.3.

prosedyrene som kreves. Signaler fra tidligere utredninger kan tale i retning av at førstnevnte alternativ blir valgt.⁶³¹

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.⁶³²

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.⁶³³ Av hensyn til forutberegnelighet bør det antagelig gjøres en regelendring også her.

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.⁶³⁴ 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

⁶³¹ DNV-GL for NVE (2018) s. 27-28 og NVE sommerprosjekt (2020) s. 43.

⁶³² Meld. St. 20 (2020-2021) s. 77-78.

⁶³³ Sammenlign punkt 7.3.2.

⁶³⁴ Sammenlign direktiv 2009/72/EF artikkel 25 nr. 7.

definisjonen av vertikalt integrert virksomhet. Dessuten er det klart at adskillelseskravene fortsatt kun gjelder for DSO-er med mer enn 100.000 nettkunder.⁶³⁵

At bestemmelsen faktisk legger restriksjoner på DSO-ens virksomhet, ble forutsatt av den svenske Energimarknadsinspektionen (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 verksamhet».⁶³⁶ 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».⁶³⁷ 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 elektrisitetsmarkedet.⁶³⁸ 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.⁶³⁹ Fortalen gir lite veiledning for hvordan bestemmelsen skal forstås.

Uansett 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 den er pålagt å gjøre etter eldirektivet og elektrisitetsforordningen.⁶⁴⁰

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 nettoperatør 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 netjtjenester. Samtidig legger den ikke restriksjoner på nettselskapets interne aktivitet. Nettselskapet står dermed i utgangspunktet fritt til å bestemme hvilke ressurser det ønsker

⁶³⁵ Direktiv 2019/944/EU artikkel 26 nr. 4.

⁶³⁶ EI (2020) s. 166, sammenlign Ellag (Sv) 3 kap 2 §.

⁶³⁷ EI (2020) s. 362

⁶³⁸ Jones (2020) s. 244.

⁶³⁹ Henholdsvis Jones (2020) s. 244 og direktiv 2019/944/EU artikkel 2 nr. 57, som oppstiller «aggregering» som noe annet enn «distribution».

⁶⁴⁰ 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». På enkelte punkter kan det 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 «integreert 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.⁶⁴¹

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 strømmnett.⁶⁴² Ved utførelsen av denne oppgaven må nettselskapet handle uavhengig av tilknyttet konkurranseutsatt virksomhets interesser, og også utad skille seg klart fra den.⁶⁴³

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»,⁶⁴⁴ «administrative tjenester»⁶⁴⁵ og «driver».⁶⁴⁶ 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 reglenes 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 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

⁶⁴¹ Kapittel 5 og 6.

⁶⁴² Kapittel 7

⁶⁴³ NEM §§ 4-14 annet ledd og 4-18.

⁶⁴⁴ Særlig punkt 3.4, 4.3 og 7.2.

⁶⁴⁵ Se punkt 6.2.5.

⁶⁴⁶ Se punkt 4.4.

konsesjonspraksis.⁶⁴⁷ 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.⁶⁴⁸ 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.⁶⁴⁹ Det innebærer at *hele* driften av slik virksomhet må legges ut i et eget datterselskap.⁶⁵⁰ Energiloven § 4-7 forbyr videre kun morselskapet å gi instruksjer 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.⁶⁵¹ Om morselskapet involverer seg aktivt i forvaltningen av produksjons-, omsetnings- eller fjernvarmevirksomhet, kan det i sin tur være vanskelig å betegne holdingselskapet som reelt.⁶⁵² For at morselskapets 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».⁶⁵³ 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.⁶⁵⁴ Pågående prosesser gir grunn til å tro at utviklingen vil fortsette.⁶⁵⁵

⁶⁴⁷ Kapittel 4.

⁶⁴⁸ Direktiv 2003/54/EF artikkel 15 og direktiv 2009/72/EF artikkel 26.

⁶⁴⁹ Energiloven § 4-6 tredje setning.

⁶⁵⁰ Punkt 4.4.

⁶⁵¹ Punkt 4.4.

⁶⁵² Sammenlign aksjeloven § 5-1.

⁶⁵³ Punkt 5.3.3.

⁶⁵⁴ NVE (u.å.), sammenlign punkt 2.4.

⁶⁵⁵ Eksempelvis Bjerger (2021).

Likevel er det fortsatt få «rene» nettselskap.⁶⁵⁶ 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.⁶⁵⁷ 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.*⁶⁵⁸

Eiermessig skille blir påpekt som «utvilsomt en effektiv og stabil måte å løse den iboende interessekonflikten og sikre forsyningssikkerhet på». ⁶⁵⁹ Begrunnelsen for å ikke stille like strenge krav til adskillelse av DSO-ene, lå i at adgangen til å forskjellsbehandle er lavere på distribusjonsnivå.⁶⁶⁰ Det blir vist til at kapasitetsutfordringene, samt produksjons- og omsetningsinteressene, generelt er større på transmisjonsnivå.⁶⁶¹

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.⁶⁶² 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 nettoperatørene i distribusjonsnettene bør gis større ansvar ved driftskoordinering og planlegging av kraftsystemet.⁶⁶³ 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.

⁶⁵⁶ NVE (u.å.)

⁶⁵⁷ Sammenlign direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 9.

⁶⁵⁸ Direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 9 første setning.

⁶⁵⁹ Direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 9 annen setning.

⁶⁶⁰ Direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 26 annen setning.

⁶⁶¹ Direktiv 2009/72/EF fortalen punkt 26 annen setning.

⁶⁶² Meld. St. 36 (2020-2021) s. 63.

⁶⁶³ 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 10. juni 2021 (nummer ikke publisert) om endring av forskrift om økonomisk og teknisk rapportering for nettvirksomheten og tariffer [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 netttjenester 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 energiresurser.*
- Meld. St. 20 (2020-2021) *Nasjonal transportplan 2022–2033.*
- NOU 1996: 6 *Arbeidstakeres stilling i konsenforhold 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](https://publikasjoner.nve.no/rapport/2020/rme_rapport2020_08.pdf) 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 tariffes. 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 høringsdokument 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 tariffes, 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 høringsdokument nr. 8/2019 NVE. *Forslag til endringer i energilovforskriften.* Nr. 8/2019. Juni 2019. NVE rapport nr. 8/2019. Tilgjengelig her: https://publikasjoner.nve.no/hoeringsdokument/2019/hoeringsdokument2019_08.pdf hentet 07.06.21
- Advokatforeningen høringsssvar (2015) Advokatforeningen. *Høring av endringer i energiloven om krav til selskapsmessig og funksjonelt skille.* 25. mai 2015. <https://www.regjeringen.no/content->

[tassets/a46821714acb4ba184694434fdbac513/den-norske-advokatforening.pdf?uid=Den_norske_advokatforening.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/a46821714acb4ba184694434fdbac513/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/a46821714acb4ba184694434fdbac513/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/PublichedFiles/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. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity (recast)*. 30. November 2016.
- Europakommisjonen (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.
- Europakommisjonen (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 *Netherland v. Essent NV and others.* ECLI:EU:C:2013:677
C-274/08 *Kommission mot Sverige.* ECLI:EU:C:2009:673
T-411/07 *Aer Lingus Group plc v. Comission* 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 el-distributionsnätinnehavare.* 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 atskillelseskraav.» *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.» *MarLus* nr. 483, 2017.
- Birkeland (2020) Inger Birkeland, Ingvild Fløtre, Linn-Anita Bergland mfl. for NVE. «Batterier i distribusjonsnettet. Sommerprosjekt 2020.» NVEs referanse: 202011402. Tilgjengelig her: https://www.nve.no/media/10799/batterier-i-distribusjonsnettet_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](https://www.energi.no/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 distribusjonsnettet*. 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) Energimarknadsinspektionen (EI). *Ren energi inom EI. Ett genomförande av fem rättsakter*. Ei R2020:2. Tilgjengelig her: <https://www.regeringen.se/493729/contentassets/ee-baea6369864871b1e88878c6ed66d1/energimarknadsinspektionens-rapport-med-forslag-for-genomforande-av-eu-lagstiftning-pa-elmarknadsområdet-samt-for-genomforande-av-vissa-delar-av-det-omarbetade-fornybartd-i-rektivet> 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=IwAR2FGHNI3wKvOloHfPY9ptSEsVJy64Waf3xGuwYJ1Ib5bX1wcz5RzfmRU8> 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 kraftssystem.» (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 Haagenes 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 Kettelwell red., Den-
venter: 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: Edward 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 Universite-
tet 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-regu-
lering-av-nettselskap/nokkeltall-for-nettselskapene/?ref=main-
menu](https://www.nve.no/reguleringsmyndigheten/okonomisk-regu-lering-av-nettselskap/nokkeltall-for-nettselskapene/?ref=main-menu) 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/rap-
port/2016/rapport2016_74.pdf](https://publikasjoner.nve.no/rap-
port/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. Til-
gjengelig her: [https://www.regjeringen.no/globalas-
sets/upload/oed/pdf_filer_2/ev/oed_rapport_net.pdf](https://www.regjeringen.no/globalas-
sets/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 driftskoordinerer 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.
- 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. «Evaluerer 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 Holtmark 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 konkurranse-retten*. 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.