

Krav til skille mellom monopol- og konkurransebasert virksomhet i kraftsektoren

Kravene til selskapsmessig og funksjonelt skille i energiloven §§ 4-6 og 4-7

Kandidatnummer: 85

Antall ord: 14 602



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 Innledning.....	4
1.1 Emne og problemstilling.....	4
1.2 Bakgrunn.....	6
1.3 Avgrensning og tematikk.....	9
1.4 Rettskildebilde og metode.....	10
1.5 Videre fremstilling.....	13
2 Kravet til selskapsmessig skille.....	14
2.1 Innledning.....	14
2.2 Krav til rettslig adskillelse mellom nettvirksomhet og annen virksomhet.....	15
2.2.1 Hvilke virksomheter omfattes av kravet?.....	15
2.2.2 Nærmere om kontroll-begrepet.....	16
2.2.3 Hva innebærer kravet til rettslig skille?.....	20
2.2.4 Adskilt fra hva?.....	22
2.3 Nettforetakets kontroll over annen virksomhet.....	23
2.4 Annen virksomhets kontroll over nettforetak.....	24
2.5 Sammenfatningsvis.....	25
3 Kravet til funksjonelt skille.....	26
3.1 Innledning.....	26
3.2 Begrensninger i adgangen til å inneha ledende stillinger i både nettvirksomhet og annen virksomhet.....	27
3.2.1 Innledning.....	27
3.2.2 Hvilke personer omfattes av kravet til funksjonelt skille?.....	28
3.2.3 Hva innebærer kravet til funksjonelt skille?.....	29
3.3 Begrensninger i instruksjonsadgangen mellom morselskapet og nettvirksomheten.....	30
3.3.1 Innledning.....	30
3.3.2 Hva innebærer begrensningen i instruksjonsadgangen?.....	31
3.3.3 Nærmere grensedracting – noen særlige tilfeller.....	38
3.4 Sammenfatning.....	43
4 Avslutning.....	44
Litteraturliste.....	47

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

De siste århundrene har elektrisk kraft blitt en svært sentral del av det livet vi lever.

Hverdagen vår er bygget på en forutsetning om tilgang på strøm, og effektiv og reell tilgang på strøm forutsetter et velfungerende kraftmarked.

Markedet for elektrisk kraft består i hovedsak av tre typer aktører. Dette er for det første produsentene, som produserer og omsetter den elektriske kraften, for eksempel fra et vannkraftverk eller en vindmøllepark. For det andre består markedet av de aktørene som eier det fysiske strømmettet, og som gjennom strømmettet driver virksomhet knyttet til overføring, omforming og fordeling av strøm.¹² Den siste typen aktører er sluttbrukerne. Dette er de som endelig kjøper og forbruker den elektriske energien.

Produsentene er avhengige av tilgang til det fysiske strømmettet for å kunne selge strømmen sin i markedet. Slik tilgang kan de enten få ved å eie nettet selv, eller ved å betale netteieren for å få benytte seg av det nettet han eier. Nettvirksomheten utgjør imidlertid et naturlig monopol³, idet det på et gitt sted bare finnes ett strømmett. Dersom den som eier nettet samtidig driver produksjon av strøm, har han derfor klare insentiver for å nekte konkurrerende produsenter tilgang til nettet, og kun tillate omsetning av egen strøm.⁴ I realiteten vil netteieren da kunne benytte seg av sin monopolstilling i nettmarkedet til også å skaffe seg monopol i produksjons- og omsetningsmarkedet. Alternativt vil netteieren kunne ta høye tariffier for konkurrerende virksomheters tilgang til nettet, for så å belaste nettvirksomheten med kostnader han har tilknyttet egen produksjonsvirksomhet. Han vil da kunne selge strømmen sin til en lavere pris enn konkurrentene, som ikke har muligheten til slik inntjening

¹ Utgangspunktet for de rettslige vurderingene i denne oppgaven er lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven, enl.), slik loven fremstår etter lovendringen i 2016 (lov 27. mai 2016 nr. 18 om endringer i energiloven). Med mindre annet er særlig fremhevet, refererer henvisningene i denne oppgaven til bestemmelsene slik de lyder etter lovendringen.

² Dette er kjerneområdene i det som omtales som "nettvirksomhet", jf. enl. § 1-3 tredje ledd første punktum. Begrepet omfatter all virksomhet som naturlig hører under driften av nettet.

³ Et naturlig monopol kjennetegnes av en situasjon hvor det er så høye faste kostnader og så små marginale kostnader at det ikke vil være lønnsomt for flere enn én aktør å tilby en vare eller tjeneste. I kraftmarkedet gjelder dette for nettvirksomheten, idet det ikke vil være samfunnsøkonomisk lønnsomt å ha to parallelle strømmett.

⁴ Dersom et foretak driver både nettvirksomhet og annen virksomhet, defineres foretaket som et "integreert foretak", jf. enl. § 1-3 tredje ledd.

via nettvirksomheten. Dette vil være klart konkurransehemmende, og det er antatt at slik misbruk av monopolstilling over tid vil føre til høyere priser og en mindre effektiv ressursbruk for samfunnet.⁵ Høyere strømpriser vil samtidig gjøre tilgangen til strøm mindre reell. På et så samfunnsmessig viktig område som strømforsyning, er det derfor nødvendig å regulere markedet for å sikre reell tilgang og en mest mulig rasjonell utnyttelse av ressursene.⁶

De overordnede virkemidlene ved reguleringen av kraftmarkedet, er å skille mellom den monopolbaserte nettvirksomheten på den ene siden, og annen konkurransebasert virksomhet på den andre siden. Ved å skape reell konkurranse i produksjons- og omsetningsvirksomheten, er det antatt at man vil få den mest hensiktsmessige utnyttelsen av både økonomiske og naturlige ressurser. De mest sentrale instrumentene for åpning av konkurranse i kraftmarkedet er krav om tredjepartsadgang (TPA)⁷ til nettet, og krav om selskapsmessig og funksjonelt skille mellom nettvirksomheten og annen konkurransebasert virksomhet, herunder særlig produksjon og omsetning av strøm. Samtidig er det gitt et uttrykkelig forbud mot kryssubsidiering mellom nettvirksomhet og den konkurransebaserte virksomheten,⁸ og for nettvirksomheten gjelder et generelt krav om nøytral opptreden overfor tredjeparter.⁹

Temaet for denne oppgaven er energilovens krav til selskapsmessig og funksjonelt skille mellom den monopolbaserte nettvirksomheten og konkurransebasert produksjons- og omsetningsvirksomhet i kraftsektoren. Kravene innebærer at den monopolbaserte virksomheten både rettslig og reelt skal skilles fra annen konkurransebasert virksomhet. Formålet er å begrense insentivene til og mulighetene for misbruk av monopolmakten, og å sikre at nettvirksomheten drives på en mest mulig nøytral og samfunnsøkonomisk hensiktsmessig måte. Målet med denne oppgaven er å drøfte og analysere innholdet i kravene, for blant annet å undersøke i hvor stor grad disse bidrar til å effektivisere de overordnede formålene med reguleringen av markedet. Sentrale problemstillinger er knyttet til hvem som omfattes av kravene, samt hvilke følger kravene får for disse.

⁵ Prop. 35 L (2015-2016) s. 12.

⁶ *Ibid.* s. 38.

⁷ Krav om TPA innebærer at produsenter som ikke selv eier nettet, likevel har krav på adgang til å omsette sin strøm via nettet på nærmere angitte nøytrale og ikke-diskriminerende vilkår.

⁸ Forskrift 11 mars 1999 nr. 302 om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffen (kontrollforskriften) § 2-8 første ledd første punktum.

⁹ Forskrift 11 mars 1999 nr. 301 om måling, avregning, fakturering av nettjenester og elektrisk energi, nettselskapets nøytralitet mv. (avregningsforskriften) § 8-1 første ledd, og Prop. 35 L (2015-2016) s. 5.

1.2 Bakgrunn

Reguleringen av det norske kraftmarkedet har sitt rettslige utgangspunkt i energiloven. Da loven ble vedtatt i 1990, var den i internasjonal sammenheng svært liberal med tanke på graden av markedsåpning. Fra tidligere å ha hatt energiverk med formelt monopol på kraftomsetningen i distribusjonsnettet¹⁰, innebar loven en åpning av kraftmarkedet, med etablering av et konkurransebasert marked for produksjons- og omsetningsvirksomhet, og inngående regulering av nettvirksomhet. Den videre utviklingen av lovgivningen har skjedd med bakgrunn i den EU-rettslige reguleringen av kraftmarkedet, og flere av endringene i energiloven har skjedd med bakgrunn i nyere direktiver fra EU. I dag er det først og fremst EU som står for utviklingen av reguleringer i kraftmarkedet.¹¹

Kravene til selskapsmessig og funksjonelt skille ble for norsk retts vedkommende lovfestet ved endringen av energiloven i 2006,¹² og følger i dag av lovens §§ 4-6 og 4-7. Før endringen var lovens utgangspunkt at det skulle være et regnskapsmessig skille.¹³ Krav til selskapsmessig og funksjonelt skille ble likevel stilt som vilkår for konsesjon.¹⁴ Lovendringen innebar altså en kodifisering av tidligere konsesjonspraksis. Etter 2006-loven § 4-6 første ledd gjaldt kravene direkte overfor selskaper som hadde over 100.000 nettkunder. Ved lovendringen i 2016 ble kravene gjort generelle, slik at de også gjelder for selskaper med under 100.000 nettkunder. Endringene fra 2016 trer imidlertid ikke i kraft før 1. januar 2019. Begrunnelsen for en slik utsatt ikrafttredelse er at aktørene i markedet må ha tilstrekkelig tid til å finne egnede løsninger for nødvendige omstruktureringer.¹⁵

Kravet til selskapsmessig skille gjelder den juridiske strukturen i integrerte foretak, og formålet er å sikre et rettslig skille mellom nettvirksomheten og annen konkurransebasert

¹⁰ I Norge har det frem til i dag vært operert med tre nettnivåer: sentralnett, regionalnett og distribusjonsnett. Klassifiseringen tar utgangspunkt i spenningsnivået i nettet, hvor sentralnettet har det høyeste nivået, og distribusjonsnettet det laveste. Ved gjennomføringen av eldirektiv III vil det skje en omklassifisering av de ulike nettnivåene. Nettet skal etter dette klassifiseres enten som transmisjonsnett eller som distribusjonsnett, hvor distribusjonsnettet fremdeles er det laveste nivået. Mens transmisjonsnettet er det nettet som transporterer strømmen over lengre avstander, og gjerne strekker seg over flere fylker eller over landegrensar, strekker distribusjonsnettet seg over mindre områder, og transporterer strøm fra tilkoblingspunkter i transmisjonsnettet og ut til forbrukerne.

¹¹ Slik utviklingen er gjengitt i Ulf Hammer, *Tilrettelegging av kraftmarkedet: En studie i reguleringen av nettets koordinerende funksjoner* (Oslo 1999) s. 23.

¹² Lov 30 juni 2006 nr. 59 om endringer i energiloven.

¹³ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 23.

¹⁴ Jens Bibow og Gunnar Martinsen m.fl., *Energiloven med kommentarer* (Oslo 2011) s. 105. Konsesjon er nødvendig for å drive nettvirksomhet, jf. enl. § 3-1 første ledd første punktum, og også for å drive produksjons- eller omsetningsvirksomhet, jf. enl. § 4-1 første ledd første punktum.

¹⁵ Prop. 35 L (2015-2016) s. 22.

virksomhet. Kravet til funksjonelt skille gjelder det reelle skillet mellom nettvirksomheten og de øvrige deler av det integrerte foretaket, idet kravet regulerer hvilke personer som kan ha ledende stillinger i de enkelte delene av virksomheten, og hvilke instruksjoner som kan gis fra morselskapet til nettselskapet. Formålet med dette er å sikre at nettvirksomheten faktisk drives nøytralt og selvstendig fra de øvrige delene av foretaket.

Behovet for å ha reelle krav – i tillegg til de rettslige kravene – vises blant annet ved saksforholdet i Narvik Energi-saken.¹⁶ Her var kravet til selskapsmessig skille formelt oppfylt, idet de ulike virksomhetsområdene tilsynelatende var tillagt egne adskilte datterselskaper, underlagt et felles morselskap. Datterselskapene var imidlertid såkalte ”tomme selskaper”, uten egne aktiva og faktisk virksomhet. Videre hadde datterselskapene bare én ansatt – en administrerende direktør – og samme person hadde denne stillingen i samtlige datterselskaper. Også styrene i de ulike selskapene bestod av de samme medlemmene. Det forelå dermed ikke noe reelt skille mellom nettvirksomheten og den øvrige virksomheten. En slik organisering ble ikke godkjent av Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE), som er konsesjonsmyndighet i energisektoren,¹⁷ og selskapene ble ikke ansett å oppfylle konsesjonsvilkårene.¹⁸

Nettvirksomheten utgjør som nevnt et naturlig monopol. Naturlige monopoler kjennetegnes ofte ved at virksomheten innebærer høye faste kostnader og lave marginale kostnader, og at det ikke vil være samfunnsøkonomisk lønnsomt med mer enn én leverandør av den aktuelle varen eller tjenesten. For nettvirksomhetens vedkommende er det klart at det ikke vil være samfunnsøkonomisk lønnsomt å ha to parallelle strømmnett. I markedsøkonomien blir naturlige monopoler ansett å innebære manglende konkurranse, som videre blir ansett å føre til markedssvikt. At det oppstår en markedssvikt, innebærer at markedet selv ikke er i stand til å sikre effektiv konkurranse og ressursutnyttelse. På enkelte områder foranledninger dette reguleringer, hvor målet er å skape et mer velfungerende marked, gjerne ved økt konkurranse, for dermed å sikre en mer effektiv utnyttelse av ressursene.

Det kan enkelt forklart tenkes to ytterpunkter for reguleringen av naturlige monopoler. Det første er at monopolbaserte virksomheter eies og drives av det offentlige, som dermed vil kunne ivareta samfunnsmessige interesser. Det er imidlertid hevdet at offentlig eierskap ikke

¹⁶ Sak angående konsesjonssøknad, behandlet av NVE midt på 1990-tallet.

¹⁷ Se nå Olje- og energidepartementets vedtak 27. juni 2016 nr. 824.

¹⁸ Slik saken er gjengitt i Jens Bibow m.fl., ”Energiloven, forvaltningspraksis og EØS-retten: Organisatoriske krav til energiselskaper”, *Lov og rett* (2003) s. 581.

er den best egnede organiseringen for å oppnå en best mulig samfunnsøkonomisk utnyttelse av ressursene.¹⁹ En annen måte å regulere naturlige monopoler på, er å la private rettssubjekter eie og drifte den monopolbaserte virksomheten, underlagt offentlig regulering og kontroll. Dette er antatt å føre til en mer hensiktsmessig ressursbruk, og i energisektoren er denne reguleringsmåten valgt.²⁰

I prinsippet innebærer en slik regulering av kraftmarkedet en vekting av private og samfunnsmessige interesser. Eieren av nettvirksomheten vil vanligvis søke å maksimere avkastningen på sine investeringer, mens samfunnsmessige interesser tilsier at tilgangen til et så vitalt gode som strøm må gjøres så reell som mulig – både faktisk og økonomisk. Samtidig står hensynet til en effektiv utnyttelse av både naturressursene og økonomiske ressurser sentralt. Lovgiver må i reguleringsprosessen foreta en avveining mellom de ulike hensynene. Høyere priser på nettilgang vil gi økt avkastning for eieren, men vil gjøre strøm dyrere og dermed mindre tilgjengelig for forbrukere. Lavere priser vil kunne tilgodese forbrukeren, men for lave priser vil kunne hindre tilstrekkelig avkastning for eieren, hvilket vil kunne gjøre denne ute av stand til å foreta de nødvendige investeringer i vedlikehold og oppgradering av nettet. Det må altså finnes en balanse – en slags gyllen middelvei.

Formålet med energiloven er å ”sikre at produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte”.²¹ Av forarbeidene til loven følger det videre at hovedmålsettingen skal være å ”ivareta hensynet til forbrukernes interesse”.²² Bestemmelsene i energiloven innebærer samlet sett en omfattende regulering av energimarkedet, hvilket er ansett å være nødvendig for å sikre oppfyllelsen av disse formålene. De enkelte bestemmelser i loven vil derfor måtte leses og forstås med hensyn til de angitte formål.

Det uttalte formålet om å utnytte energiresursene på en ”samfunnsmessig rasjonell måte” må ses i sammenheng med det i forarbeidene uttrykte formål om at loven skal ”legge til rette for at organiseringen innen energiforsyningen sikrer en samfunnsøkonomisk riktig tilpasning i produksjon og forbruk”.²³ Det uttales på samme sted at ”lovreglene skal kunne nyttes for å

¹⁹ Se blant annet Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi* (Oslo, 2008) s. 421.

²⁰ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 19. Etter idé fra Knut Ivar Steinhovden, *Tredjepartsadgang til infrastruktur for transport av elektrisitet og gass* (Bergen 2015) s. 3.

²¹ Jf. enl. § 1-2.

²² Ot.prp. nr. 43 (1989-1990) s. 83.

²³ *Ibid.* s. 3.

fremme energiøkonomisering”. Dette innebærer en klar angivelse av de rettsøkonomiske perspektivene som ligger til grunn for reguleringen av energimarkedet.

Rettsøkonomi som fag innebærer en studie av hvordan juridiske og økonomiske virkemidler kan bidra til å forklare og oppfylle hverandre, herunder å vurdere juridiske spørsmål ut fra generelle målsetninger knyttet til effektiv ressursbruk.²⁴ En side av dette innebærer å bruke retten til å skape eller begrense incentiver for aktørene i et markedet, for slik å fremme ønsket eller begrense uønsket adferd.²⁵ I kraftmarkedet er målet med reguleringen i all hovedsak å begrense incentiver for misbruk av monopolmakt, og derved oppnå formålet om å utnytte ressurser på en ”samfunnsmessig rasjonell måte”, idet et uregulert monopol er antatt ikke å være i stand til dette.

1.3 Avgrensning og tematikk

Tema for denne oppgaven er som nevnt kravet til selskapsmessig og funksjonelt skille mellom monopolbasert og konkurransebasert virksomhet i markedet for elektrisk kraft. Hovedfokuset er rettsvirkningene av den norske reguleringen, med utgangspunkt i rettstilstanden etter lovendringen i 2016. Den nye ordlyden i energiloven §§ 4-6 og 4-7 trer ikke i kraft før 1. januar 2019, men de selskapene som omfattes av bestemmelsen må allerede nå iverksette prosesser angående omstrukturering, idet oppfyllelse av kravene er en forutsetning for fortsatt å kunne drive virksomhet etter ikrafttreddelsen. Av hensyn til oppgavens omfang skal det ikke foretas noen dyptgående behandling av den EU-rettslige reguleringen som sådan. EU-direktivene er imidlertid helt sentrale når man søker å klarlegge innholdet i den norske lovgivningen.

Etter selskapsretten gjelder det noen grunnleggende regler for organisering av virksomheter, og for eiers styrings- og instruksjonsadgang. Den energirettslige reguleringen innebærer imidlertid visse føringer for hvordan virksomheter kan organiseres, og visse begrensninger i hvilke instruksjoner som kan gis angående driften av nettvirksomheten. For å skape en bedre forståelse av de energirettslige kravene, gjøres det innledningsvis i de enkelte kapitlene kort rede for de selskapsrettslige utgangspunktene for organisering og eierstyring. Dette er ment å danne et bakteppe for den videre drøftelsen av de energirettslige begrensningene, som er hovedtema for oppgaven.

²⁴ Eide (2008) s. 23.

²⁵ *Ibid.* s. 421

Olje- og energidepartementet er overordnet sektormyndighet på området.²⁶ NVE har imidlertid for det aller vesentligste fått tildelegert vedtaksmyndighet, og er i praksis den som utøver det meste av den forvaltningsrettslige kompetansen på området.²⁷ Dette innebærer blant annet at det er NVE som tildeler konsesjoner, og som fører kontroll med den virksomheten som drives etter loven.²⁸ Av hensyn til oppgavens tema er det imidlertid ikke nødvendig å behandle omfanget av NVEs kompetanse som sådan.

Reguleringen av energimarkedet har sitt prinsipielle utgangspunkt i konkurranseretten, og den generelle konkurranselovgivningen fremstår på energirettens område som et bakteppe for den spesielle sektorlovgivningen. Reguleringen av den monopolbaserte nettvirksomheten i energimarkedet kan langt på vei anses å være en forlengelse av det generelle konkurranserettslige forbudet mot misbruk av dominerende stilling.²⁹ Ved misbruk av dominerende stilling er det et poeng at konkurransemyndighetene kan gripe inn overfor aktuelle aktører, uavhengig av den energirettslige reguleringen. En slik parallell og langt på vei overlappende regulering og kontroll, vil kunne føre til usikkerhet når det gjelder kontroll- og sanksjonsmyndigheter. Dette er løst ved et samarbeid mellom NVE, Finanstilsynet og Konkurransetilsynet.³⁰ Av hensyn til oppgavens tema og omfang avgrenses det mot videre behandling av generelle konkurranserettslige problemstillinger og eventuelle problemstillinger knyttet til kompetansefordelingen mellom de ulike kontrollorganene.

1.4 Rettskildebilde og metode

Rettskildebildet på energirettens område domineres av skrevne lover, forarbeider, forvaltningspraksis og reelle hensyn. Samtidig er det som nevnt klart at den norske lovgivningen langt på vei har sitt utgangspunkt i den EU-rettslige reguleringen av energimarkedet. Selv om det ikke er EU-retten som er i fokus i denne oppgaven, vil den relevante EU-retten være sentral ved forståelsen av den norske retten.

²⁶ Energiloven 2016 § 2-2 første ledd første punktum.

²⁷ Olje- og energidepartementets vedtak 27 juni 2016 nr. 824

²⁸ Dette kommer blant annet også til uttrykk i samarbeidsavtalen mellom NVE, Konkurransetilsynet og Kredittilsynet: "Samarbeid om tilsyn med kraftmarkedet. Anbefalinger om fremtidig samarbeid mellom Konkurransetilsynet, Kredittilsynet og NVE."

²⁹ Lov av 5 mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 11, sml. Treaty on the functioning of the European Union (TFEU) art. 102.

³⁰ Se note 29.

Reguleringen av kraftsektoren har sitt rettslige utgangspunkt i energiloven. Siden loven trådte i kraft 1. januar 1991 har loven blitt revidert flere ganger, og det er bestemmelsene slik de lyder etter endringen i 2016 som er gjenstand for drøftelse i denne oppgaven.

De stadige endringene i lovgivningen har hatt som formål å gi en mer hensiktsmessig regulering av energimarkedet, særlig med tanke på det grunnleggende formål om å sikre en samfunnsmessig rasjonell utnyttelse av ressursene.³¹ Formålsbetraktninger vil således være sentrale ved klargjøringen av det nærmere innholdet i de enkelte bestemmelsene. Her vil særlig formålsbestemmelsen i energiloven § 1-2 være av betydning.

Energilovforskriften³² er i utgangspunktet relevant ved forståelsen og utfyllelsen av energiloven. For problemstillinger knyttet til innholdet i §§ 4-6 og 4-7 gir forskriften imidlertid liten veiledning. Forskriften spiller derfor en beskjeden rolle i denne oppgaven. NVE er i gang med arbeidet på ny oppdatering av forskrift til energiloven, hvor temaene for denne oppgaven antagelig vil berøres. Dette arbeidet er imidlertid pr. våren 2017 fremdeles i en innledende fase, og den nye forskriften vil ikke bli tilgjengelig i tide for bruk i denne oppgaven.

Innholdet i de enkelte lovbestemmelser er behandlet i til dels omfattende forarbeider. Relevant her er særlig forarbeidene til den opprinnelige 1990-versjonen av loven, samt forarbeidene til endringslovene av hhv. 2001, 2006 og 2016.³³ Forarbeidene anses i alminnelighet å ha rettskildemessig verdi ved at de gir uttrykk for lovgivers hensikter. Enkelte av uttalelsene i forarbeidene skaper imidlertid usikkerhet ved tolkningen av de aktuelle bestemmelsene, hvilket foranledninger noen særlige vurderinger. Dette poengteres nærmere i de relevante drøftelsene nedenfor.

Gjennom NVEs vilkårsstillelse ved konsesjoner har det utviklet seg omfattende konsesjonspraksis omkring organisatoriske krav til integrerte foretak. Det er denne praksisen som har dannet utgangspunktet for den reguleringen som i dag er lovfestet.

Konsesjonspraksisen er gjort rede for i forarbeidene til senere revisjoner av loven, og vil bidra til å klargjøre innholdet i de nærmere bestemmelsene.³⁴

³¹ Prop. 35 L (2015-2016) s. 5.

³² Forskrift 7 desember 1990 nr. 959.

³³ Ot.prp.nr. 43 (1989-1990), Ot.prp.nr.56 (2000-2001), Ot.prp.nr 61 (2005-2006) og Prop. 35 L (2015-2016).

³⁴ Se særlig Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) kapittel 3.3.1.2 (s. 19 flg.) og Prop. 35 L (2015-2016) kapittel 4.1.2 (s. 15 flg.).

Ut over denne konsesjonspraksisen foreligger det lite forvaltningspraksis på området, og med unntak av TrønderEnergi-saken³⁵ fra 2012, har ikke NVE fattet vedtak i saker om brudd på kravene til selskapsmessig og funksjonelt skille. TrønderEnergi-saken gjaldt ileggelse av overtredelsesgebyr som følge av brudd på blant annet kravene til funksjonelt skille og til nettselskapets nøytralitet, og omhandler dermed tema som er særlig sentrale for denne oppgaven. I mangel på andre holdepunkter må saken langt på vei anses å gi uttrykk for rådende oppfatninger i forvaltningen.

Det finnes ingen rettspraksis som omhandler problemstillinger omkring kravene om selskapsmessig og funksjonelt skille. Eventuelle tvister avgjøres i alminnelighet ved behandling i forvaltningssystemet, med NVE som første instans. Bakgrunnen for dette kan være at aktørene langt på vei antas å etterfølge de pålegg som følger av loven og konsesjonen. Samtidig innebærer enkelte deler av reguleringen - for eksempel forbudet mot instruksjoner og det generelle kravet til nøytralitet - krav det kan være vanskelig å kontrollere etterlevelsen av. Dette vises også ved at det i forvaltningspraksis kun er konstatert ett tilfelle av overtredelse.

EU-rettslige kilder er særlig relevante for forståelsen av energiloven, idet de ulike revisjonene av energiloven langt på vei har skjedd ved gjennomføringer av EUs eldirektiver. De aktuelle artiklene i direktivene vil derfor bidra til å klargjøre innholdet i de norske bestemmelsene. Hensikten med lovendringen i 2016 var å bringe energiloven i samsvar med eldirektiv III.³⁶ Eldirektiv III er imidlertid ikke gjort til en del av EØS-avtalen enda, og er således ikke formelt implementert i norsk lov.³⁷ Utgangspunktet er likevel at dette skal skje innen noe tid, og innholdet i direktivet vil bidra til forståelsen av den norske reguleringen.

Det er verd å nevne at energimarkedet i all hovedsak består av profesjonelle aktører, samt NVE som et særlig fagorientert forvaltningsorgan. Dette må antas å ha innvirkning på reguleringsdynamikken, både ved forberedelse av nye lovendringer og forskrifter, hvor de enkelte aktørene blant annet bidrar med høringsnotater, og ved den etterfølgende forståelsen og etterlevelsen av regelverket, hvor aktørene har alle forutsetninger for å gjøre seg kjent med innholdet i de enkelte delene av reguleringen. Samtidig skjer det en kontinuerlig

³⁵ Se NVEs vedtak av 11. Desember 2012. Saken gjaldt ileggelse av overtredelsesgebyr som følge av brudd på blant annet kravet til funksjonelt skille og nøytralitetskravet.

³⁶ Prop. 35 L (2015-2016) s. 5-6.

³⁷ *Ibid.* s. 13, sml. lov 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

kommunikasjon og informasjonsutveksling mellom NVE og aktørene i markedet. En slik form for regulering i vid forstand tilsier at det ved forståelsen av de enkelte bestemmelsene kan legges større vekt på et videre spenn av rettskildefaktorer, og at det ikke kan forutsettes noen streng ordlydstolkning. Den enkelte aktørs behov for forutsigbarhet ivaretas langt på vei av deres adgang til å delta i utformingen av lovverket, samtidig som de som nevnt må antas å ha kapasitet til å gjøre seg kjent med innholdet i reguleringen. Et slikt standpunkt kommer også til uttrykk i TrønderEnergi-saken, hvor det i NVEs vedtak uttales at en stor aktør som TrønderEnergi ”burde ha alle forutsetninger for både å forstå innholdet i gjeldende regelverk og oppfylle kravene til disse”.³⁸ Hensett til reguleringens formålsrettede natur, vil formåls- og hensiktsmessighetsbetraktninger derfor være særlig relevante ved lovforståelsen.

1.5 Videre fremstilling

I det videre skal innholdet i og omfanget av kravet til selskapsmessig og funksjonelt skille analyseres. Kapittel 2 tar for seg kravet til selskapsmessig skille. Her nevnes innledningsvis de generelle selskapsrettslige utgangspunktene for organiseringen av virksomheter, før det nærmere innholdet i kravet til selskapsmessig skille drøftes. Redegjørelsen for det selskapsrettslige utgangspunktet er ment å danne et grunnlag for den videre vurderingen, hvilket vil skape en bedre forståelse for de energirettslige kravene. I kapittel 3 behandles kravet til funksjonelt skille. Også her gjøres det innledningsvis kort rede for de generelle selskapsrettslige utgangspunktene for eierstyring, med det formål å skape et faglig utgangspunkt for den videre drøftelsen. Avslutningsvis blir det i kapittel 4 trukket noen slutninger fra drøftelsene i de foregående kapitler, og det skal foretas noen vurderinger av reguleringens egnethet, samtidig som det skal vurderes hva som kan være en naturlig vei videre for reguleringen av energimarkedet, særlig med tanke på skillet mellom monopol- og konkurransebasert virksomhet.

³⁸ NVEs vedtak 11 desember 2012.

2 Kravet til selskapsmessig skille

2.1 Innledning

Det rettslige utgangspunktet for kravet til selskapsmessig skille er energiloven § 4-6, og som nevnt tidligere tas det utgangspunkt i ordlyden slik den lyder etter lovendringen i 2016.

Det følger av § 4-6 første ledd første punktum at nettvirksomhet som inngår i et ”integreert foretak” skal være ”organisert som en egen selvstendig juridisk enhet, adskilt fra annen virksomhet”. Videre følger det av bestemmelsens første ledd annet og tredje punktum at nettforetak ikke skal ha ”direkte eller indirekte kontroll over foretak som driver annen virksomhet”, og at foretak som driver ”produksjon eller omsetning av elektrisk energi eller konsesjonspliktig fjernvarmevirksomhet” ikke kan ha ”direkte eller indirekte kontroll over nettforetak”.

I selskapsretten gjelder det generelt en alminnelig organisasjonsfrihet. Denne organisasjonsfriheten innebærer at den enkelte eier selv skal kunne vurdere og bestemme hvilken organisasjonsform som er mest hensiktsmessig med tanke på den aktuelle virksomheten. Her vil særlig relevante hensyn blant annet være ansvarsforhold, styringsadgang, beskatning og omsetningsadgang, og eieren skal etter egne preferanser kunne velge den organisasjonsformen han finner best egnet. Den konkrete egnetheten for de ulike selskapsformene vil variere alt etter hvilken type virksomhet som drives, herunder hvor store investeringer som kreves, og hvor stor risiko den aktuelle virksomheten innebærer.

Det energirettlige kravet til selskapsmessig skille innebærer visse føringer for hvordan integrerte foretak skal organiseres, og avgrensar dermed mulighetene ved valget av selskapsstruktur. I det videre skal innholdet i dette kravet drøftes, og særlige problemstillinger knytter seg til hvem som omfattes av kravene, og hvilke faktiske og rettslige konsekvenser som kan utledes av kravene.

2.2 Krav til rettslig adskillelse mellom nettvirksomhet og annen virksomhet

2.2.1 Hvilke virksomheter omfattes av kravet?

Etter sin ordlyd gjelder § 4-6 første ledd første punktum for virksomhet som må anses å være et ”integrert foretak”. At en virksomhet er et integrert foretak er i loven definert som ”foretak eller en gruppe av foretak som driver overføring, omforming eller fordeling av elektrisk energi (nettvirksomhet) i tillegg til annen virksomhet”.³⁹ En ”gruppe av foretak” omfattes dersom ”en fysisk eller juridisk person kan utøve direkte eller indirekte kontroll med foretak i gruppen”.⁴⁰

Dersom et og samme selskap driver både nettvirksomhet og annen virksomhet, er det klart at dette er å anse som et integrert foretak, og at kravet om selskapsmessig skille gjøres gjeldende. For at en gruppe med selskaper skal anses å være et integrert foretak, må de aktuelle selskapene samlet drive både nettvirksomhet og annen virksomhet. I tillegg må samme fysiske eller juridiske person kunne utøve ”direkte eller indirekte kontroll” over de ulike virksomhetene. Ordlyden ”gruppe av foretak” omfatter typisk konserner, hvor morselskapet i alminnelighet anses å ha den nødvendige kontroll, og hvor de ulike virksomhetsområdene er tillagt adskilte datterselskaper. Også andre organiseringer og sammensetninger kan imidlertid tenkes.

Kravene til selskapsmessig og funksjonelt skille kan også gjøres gjeldende overfor utenlandske foretak som driver nettvirksomhet i Norge. Ved vurderingen av om kravene kommer til anvendelse, må det samlede foretakets virksomhet vurderes, også virksomheten i utlandet. Dersom foretaket driver nettvirksomhet i tillegg til annen virksomhet, er foretaket å anse som et integrert foretak, og kravene gjelder overfor hele foretaket, ikke bare virksomheten i Norge.⁴¹

Det sentrale ved vurderingen av om kravet til selskapsmessig skille kan gjøres gjeldende, er således hvorvidt det samlede foretaket driver både nettvirksomhet og annen virksomhet, og dermed kan anses å være et integrert foretak. Hva som menes med begrepet ”annen

³⁹ Energiloven § 1-3 tredje ledd første punktum.

⁴⁰ Energiloven § 1-3 tredje ledd annet punktum.

⁴¹ Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) s. 40-41.

virksomhet” gjøres det rede for i kapittel 2.2.4 nedenfor. Dersom et og samme foretak driver både nettvirksomhet og annen virksomhet, er vurderingen i utgangspunktet uproblematisk, og kravet kommer til anvendelse. Dersom det er tale om en gruppe av foretak blir vurderingen imidlertid med komplisert. Som nevnt ovenfor er utgangspunktet for vurderingen da hvorvidt det foreligger ”kontroll” mellom de enkelte foretakene. Det skal derfor i det videre gjøres nærmere rede for innholdet i kontroll-begrepet.

2.2.2 Nærmere om kontroll-begrepet

En naturlig språklig forståelse av ordlyden ”kontroll” tilsier at det må kunne utøves en viss myndighet over den andre virksomheten. Ordlyden skiller tilsynelatende ikke mellom kontroll på grunnlag av eierskap, og andre grunnlag for utøvelse av myndighet.

I energiloven 2016 § 1-3 sjette ledd er begrepet ”kontroll” definert slik:

”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.”

Den innledende formuleringen i bestemmelsen er sammenfallende med formuleringen i fusjonsforordningen⁴² artikkel 3 annet ledd, som etter forarbeidene til endringsloven av 2006 dannet grunnlaget for forståelsen av kontroll-begrepet.⁴³ Etter forarbeidene til endringsloven i 2016 var hensikten med den nye bestemmelsen å innta definisjonen fra forordningen i loven.⁴⁴ Her legges det også til grunn at eksemplene i bokstav a og b ikke er uttømmende, men at disse likevel vil være de mest aktuelle grunnlagene for kontroll. Etter bestemmelsen kan både faktiske og juridiske forhold danne grunnlag for kontroll, og det sentrale er om selskapet reelt sett kan anses å ha ”mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet”.

Innholdet i ordlyden ”avgjørende innflytelse” må i all hovedsak anses å være sammenfallende med innholdet i ordlyden ”bestemmende innflytelse” i aksjeloven § 1-3 annet ledd. Ved vurderingen av om det foreligger ”mulighet for å utøve avgjørende innflytelse” er det derfor naturlig å søke veiledning i de selskapsrettslige utgangspunktene. Formuleringen

⁴² Rådsforordning (EF) 139/2004 av 20 januar 2004. Forordningen er tatt inn i forskrift om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen kapittel XIV, jf. art. 3 annet ledd.

⁴³ Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) s. 20.

⁴⁴ Prop. 35 L (2015-2016) s. 40.

”bestemmende innflytelse” er også benyttet i forarbeidene til energiloven, hvilket gjør det naturlig å anse de to begrepene for å være likt i sitt innhold.⁴⁵ Selskapsrettslige momenter vil derfor være sentrale ved vurderingen.

2.2.2.1 Kontroll gjennom eierskap eller bruksrett til et selskaps aktiva

Etter energiloven § 1-3 bokstav a foreligger det kontroll dersom et selskap eller en person har ”eiendomsrett eller bruksrett til et foretaks samlede aktiva eller deler av dem”.

Etter denne definisjonen ville det kunne foreligge kontroll dersom et annet selskap enn nettselskapet hadde eierskapet til aktiva i nettselskapet. Kravet til selskapsmessig skille innebærer dermed at eiendomsretten til slike aktiva skal ligge til nettvirksomheten selv.⁴⁶ Eierskap til aktiva er dermed ikke en praktisk form for kontroll over nettvirksomheten.

2.2.2.2 Kontroll gjennom rettigheter eller avtaler

Videre foreligger det kontroll dersom en person eller et foretak har ”rettigheter eller avtaler som gir avgjørende innflytelse over et foretaks organer med hensyn til deres sammensetning, stemmegivning eller beslutninger”. Myndigheten til å fatte beslutninger som gjelder et foretaks organer ligger i alminnelighet til selskapets generalforsamling. Utgangspunktet er dermed at det må anses å foreligge kontroll dersom den påstått kontrollerende eieren kan utøve avgjørende innflytelse over de vedtak som treffes i generalforsamlingen.

Anledning til slik utøvelse av innflytelse over generalforsamlingens avgjørelser foreligger for det første ved eierskap til 100 % av aksjene i et selskap. Eieren disponerer da over samtlige stemmer i generalforsamlingen, hvilket gir anledning til å fastsette og endre vedtekter, og til å tilsette og avsette styremedlemmer og daglig leder.⁴⁷ Det må da klart anses å foreligge ”avgjørende innflytelse” over det eiede foretakets ”sammensetning, stemmegivning eller beslutninger”, og dermed også ”kontroll” i lovens forstand.

Det selskapsrettslige utgangspunktet for vedtak i generalforsamlingen er at det gjelder et alminnelig flertallskrav, altså at et forslag krever et flertall av de avgitte stemmer for å bli

⁴⁵ Prop. 35 L (2015-2016) s. 24.

⁴⁶ *Ibid.* s. 29.

⁴⁷ Se kapittel 3.1 nedenfor. Tilsettelse av daglig leder skjer formelt ved vedtak i styret, men generalforsamlingen har anledning til å gi instruks også ved slike vedtak. Det forutsettes for dette resonnementet at utgangspunktet om én stemme pr. aksje gjelder, og at det i avtale eller vedtekter ikke er inntatt bestemmelser som gir en avvikende stemmefordeling, sml. aksjeloven § 5-3 første ledd første punktum.

vedtatt.⁴⁸ Dersom det forutsettes at hver aksje utgjør én stemme – slik aksjelovens utgangspunkt er - må det kunne legges til grunn at det også foreligger ”bestemmende innflytelse” dersom et selskap eier mer enn 50 prosent av aksjene i et annet selskap.⁴⁹ Et slikt standpunkt er også lagt til grunn i forarbeidene til energiloven, hvor det uttales at et selskap skal anses å ha kontroll over et annet dersom det ”disponerer mer enn 50 prosent av eierandelene eller stemmerettene i den andre virksomheten”.⁵⁰

En naturlig forståelse av ordlyden ”rettigheter eller avtaler” tilsier at også andre forhold enn aksjeeie kan gi grunnlag for bestemmende innflytelse, og dermed også kontroll. Dette synes også å følge av ordlyden ”disponerer” i forarbeidene.⁵¹ Slik anledning til å disponere over stemmeretter ut over de man selv eventuelt har via egne aksjer, kan ha sitt grunnlag i blant annet avtale eller et selskaps vedtektsbestemmelser. Det kan for eksempel avtales at en person eller et selskap skal ha anledning til å disponere over en annen aksjeeiers stemmer. Dersom det kan legges til grunn at et selskap gjennom en slik aksjonæravtale disponerer mer enn 50 prosent av stemmene i generalforsamlingen, må selskapet altså anses å ha den nødvendige kontroll over det andre selskapet. Det samme må gjelde dersom det i et selskap skilles mellom stemmeberettigede og ikke-stemmeberettigede aksjer, og hvor det kontrollerende selskapet eier eller disponerer mer enn halvparten av de stemmeberettigede aksjene.

2.2.2.3 Særlig om bestemorselskaper

Etter kontroll-definisjonen foreligger det også ”kontroll” hvor den fysiske eller juridiske personen har ”indirekte [...] kontroll” over de ulike virksomhetsområdene. Slik indirekte kontroll må i alminnelighet anses å foreligge hvor det er tale om eierskap gjennom flere ledd, hvor selskap A er kontrollerende eier i selskap B, som videre er kontrollerende eier i selskap C osv. Selskap A kan da anses å være bestemorselskap til selskap C, forutsatt at det kan anses å foreligge ”kontroll” i hele selskapskjeden.

At slik indirekte kontroll er omfattet av bestemmelsen følger også av forarbeidene, hvor det uttales at ”indirekte kontroll gjennom flere selskapsnivåer kan [...] være omfattet”.⁵² I eksempelet ovenfor må altså selskap A anses å ha ”kontroll” over selskap C. Rekken med

⁴⁸ Aksjeloven § 5-17 første ledd første punktum.

⁴⁹ Aksjeloven § 5-3 første ledd første punktum.

⁵⁰ Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) s. 20.

⁵¹ *Ibid.* s. 20.

⁵² Prop. 35 L (2015-2016) s. 24.

selskaper kan i prinsippet tenkes uendelig lang, og utgangspunktet må være at så lenge det foreligger ”bestemmende innflytelse” i hvert ledd, må selskapene på toppen av kjeden anses å ha ”kontroll” over underliggende datterselskaper.

At det foreligger kontroll gjennom ett eller flere ledd, må også kunne være tilfellet hvor eierskapet til det aktuelle foretaket er spredd utover flere selskaper. Dersom eierskapet til mer enn halvparten av aksjene i et foretak er spredd utover flere søsterselskaper som har felles morselskap, kan det ikke være tvilsomt at morselskapet må anses å ha indirekte kontroll over det aktuelle foretaket. Selv om ingen av disse datterselskapene alene eier mer enn halvparten av aksjene i det aktuelle foretaket, må morselskapet samlet sett anses å kunne utøve den indirekte kontroll over foretaket. Dette kan også antas å følge av ordlyden til kontroll-definisjonen, hvorav det følger at et selskap skal anses å ha kontroll dersom det foreligger rettigheter som ”enkeltvis eller **sammen** [...] gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse” (min uthevelse) over et foretak. Dersom en spredning av aksjer innebar at man ikke kunne anse morselskapet for å ha den nødvendige kontroll, ville man ved å spre eierskapet utover de ulike datterselskapene kunne organisere seg bort fra lovens krav til selskapsmessig og funksjonelt skille. En slik forståelse ville ikke vært holdbar.

2.2.2.4 Ikke-selskapsrettslige grunnlag for kontroll

Et videre spørsmål er om det kan foreligge ”kontroll” selv om de generelle selskapsrettslige vilkårene ikke kan anses oppfylt.

Vurderingen av om det foreligger ”bestemmende innflytelse” etter aksjeloven § 1-3 annet ledd, inngår i vurderingen av om et selskap er å anse som ”morselskap” etter bestemmelsens første ledd. Det følger imidlertid av forarbeidene til energiloven at når et begrep som ”morselskap” brukes i energirettslig sammenheng, har det et mer omfattende innhold enn legaldefinisjonene i selskapslovgivningen. Det legges her til grunn at begrepene også omfatter ”andre organisasjonsformer og strukturer innenfor kraftbransjen, herunder foretak, lag, sammenslutning og konsernlignende strukturer”.⁵³ Hva som ligger i de enkelte organisasjonsformene sies det ikke noe nærmere om.

Med bakgrunn i dette er det i prinsippet ikke noe i veien for at et selskap kan anses å ha ”kontroll” også i andre tilfeller enn de som følger av selskapsrettslige bestemmelser. Som

⁵³ Ot.prp.nr 61 (2005-2006) s. 18.

nevnt ovenfor er imidlertid selskapsrettens definisjoner av kontroll-begrepet sammenfallende med definisjonen som er utgangspunktet for den energirettlige vurderingen, slik at begrepet i praksis vil omfatte de samme tilfellene etter en selskapsrettslig vurdering som etter den energirettlige. Hvorvidt et foretak skal anses å ha ”kontroll” må likevel vurderes konkret i det enkelte tilfellet, og det avgjørende må være om det påstått kontrollerende selskapet har anledning til å øve reell beslutningsmyndighet over den eiede virksomheten.

2.2.2.5 Sammenfatning

Som drøftelsene ovenfor viser, finnes det mange grunnlag for ”kontroll” i lovens forstand, og det sentrale er hvorvidt det foreligger ”bestemmende innflytelse” over den aktuelle virksomheten. Dersom man kommer til at det foreligger slik bestemmende innflytelse - og dermed også ”kontroll” i lovens forstand – og den samlede virksomheten omfatter både nettvirksomhet og annen virksomhet, er det samlede foretaket å anse som et integrert foretak, og kravet om selskapsmessig skille kommer til anvendelse.

2.2.3 Hva innebærer kravet til rettslig skille?

Hvis man etter en konkret vurdering kommer til at den aktuelle virksomheten inngår som en del av et integrert foretak, skal nettvirksomheten være ”organisert som en egen selvstendig juridisk enhet”, jf. § 4-6 første ledd første punktum.

2.2.3.1 Krav til rettslig selvstendighet

En naturlig språklig forståelse av ordlyden ”selvstendig juridisk enhet” tilsier at nettvirksomheten må organiseres i et eget rettssubjekt som er rettslig adskilt fra øvrige enheter i virksomheten.

I forarbeidene til 2006-loven uttales at ”nettvirksomheten og de konkurranseutsatte virksomhetene må være organisert som selvstendige rettssubjekter atskilt fra bakenforliggende eiere”.⁵⁴ Etter selskapsretten vil et slikt krav om selvstendighet være oppfylt for blant annet aksjeselskaper, allmennaksjeselskaper og ansvarlige selskaper. Kommunale eller fylkeskommunale lag eller foretak etter kommuneloven⁵⁵ oppfyller imidlertid ikke disse

⁵⁴ Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) s. 31.

⁵⁵ Lov om kommuner og fylkeskommuner av 25. februar 1992 nr. 107.

kravene til selvstendighet.⁵⁶ Bakgrunnen for dette er at slike foretak ikke er ansett å være tilstrekkelig adskilt fra de bakenforliggende eierne, idet de ikke er selvstendige rettssubjekter adskilt fra kommunen, men inngår som en del av kommunen som juridisk enhet.⁵⁷

Aksjeselskapsformen er den mest vanlige organisasjonsformen, men verken loven eller forarbeidene angir noe krav om organisering som aksjeselskap.⁵⁸

Det er etter dette et grunnleggende krav at nettvirksomheten tillegges en enhet som er rettslig adskilt fra annen virksomhet, og det avgjørende er at nettvirksomheten drives av en aktør som har en selvstendig juridisk stilling.⁵⁹ Dette innebærer i seg selv ikke noe forbud mot at nettvirksomheten eier eller eies av et foretak som driver annen virksomhet, så lenge de ulike virksomhetsområdene er tilstrekkelig adskilt. Slike begrensninger følger imidlertid av § 4-6 første ledd annet og tredje punktum, og det kommes tilbake til vurderingen av dette nedenfor.

2.2.3.2 Konsernmodellen

Kravet til selskapsmessig skille har i praksis blitt godtatt oppfylt ved organisering etter konsernmodellen.⁶⁰ Konsernmodellen innebærer at de ulike virksomhetsområdene tillegges egne selvstendige juridiske enheter underlagt et felles morselskap som ikke selv driver virksomhet innen produksjon eller omsetning av elektrisk energi.⁶¹



Figuren illustrerer et enkelt organisert konsern, med et morselskap og underliggende datterselskaper. Det sentrale er at de ulike virksomhetsområdene er tillagt de adskilte datterselskapene, under lagt et felles morselskap.

⁵⁶ Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) s. 31.

⁵⁷ Jf. definisjonen i Store Norske Leksikon (https://snl.no/kommunale_foretak) (lest 18. mai 2017).

⁵⁸ *Ibid.* s. 13.

⁵⁹ *Ibid.* s. 31.

⁶⁰ Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) s. 19.

⁶¹ Prop. 35 L (2015-2016) s. 16.

Konsernmodellen har sitt utgangspunkt i en konsesjonssak behandlet av NVE. Akershus energiverk (AEV) kjøpte i 1994 Oppegård kommunale energiverk (OEV). OEV var imidlertid ikke organisert som et eget rettssubjekt adskilt fra Oppegård kommune. Oppkjøpet av energiverket innebar altså et direkte erverv av OEVs virksomhet, herunder nett- og fjernvarmeanlegg, hvilket nødvendiggjorde nye konsesjoner. NVE og OED som klageorgan avsto AEVs søknad om konsesjoner, med den begrunnelse at oppkjøpet innebar økt vertikal integrasjon. I et brev til partene ble det imidlertid lagt til grunn at innvilgning av de nødvendige konsesjonssøknader kunne skje ”dersom AEV skiller ut nettvirksomheten reelt og formelt fra produksjonsvirksomheten”.⁶² Etter dette gjennomførte AEV omorganisering til konsern, med nettvirksomheten og annen virksomhet tillagt egne selvstendige rettssubjekter, underlagt et felles morselskap. Denne strukturen ble akseptert av NVE, og de nødvendige konsesjoner ble tildelt.⁶³

2.2.4 Adskilt fra hva?

Kravet om selskapsmessig skille innebærer at nettvirksomheten skal være adskilt fra ”annen virksomhet”.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden ”annen virksomhet” tilsier at all virksomhet som ikke er nettvirksomhet omfattes av bestemmelsen. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene, hvorav det følger at begrepet også omfatter ”annen virksomhet enn produksjon og omsetning av elektrisk energi”.⁶⁴ Produksjon- og omsetningsvirksomhet er de typiske tilfellene av slik ”annen virksomhet”, men ordlyden er altså ikke begrenset til å gjelde disse.

Ved vurderingen av om det er tale om ”annen virksomhet”, er det mest naturlig å ta utgangspunkt i en negativ definisjon av begrepet, og det avgjørende er om den aktuelle virksomheten kan anses å være relatert til nettvirksomheten. Dersom den aktuelle virksomheten ikke kan anses å falle inn under det som i alminnelighet hører til drift, vedlikehold eller annen naturlig del av nettvirksomheten, må det anses å være ”annen virksomhet” som skal skilles fra nettvirksomheten. Et slikt standpunkt er også lagt til grunn i forarbeidene, hvorav det følger at kravet om adskillelse ”som hovedregel gjelder mot all

⁶² Nærings- og energidepartementets brev til partene av 6. februar 1996.

⁶³ Slik saken er gjengitt i Bibow m.fl. (2003) s. 581.

⁶⁴ *Ibid.* s. 43.

annen virksomhet” enn nettvirksomhet⁶⁵, og at begrepet ”annen virksomhet” også omfatter ”annen virksomhet enn produksjon og omsetning av elektrisk energi”.⁶⁶

Formålet med å skille nettvirksomheten fra all annen virksomhet er å hindre krysssubsidiering ikke bare overfor produksjons- og omsetningsvirksomheten, men overfor alle typer konkurranseutsatt virksomhet.⁶⁷ Hensynet til å unngå krysssubsidiering og for høye nettpriser gjør seg gjeldende enten det er tale om krysssubsidiering mellom nettvirksomhet og omsetningsvirksomhet, eller mellom nettvirksomhet og annen type konkurransebasert virksomhet. De kostnader som belastes nettvirksomheten skal være reelle kostnader tilknyttet nettopp denne virksomheten. Det er derfor avgjørende at nettet drives selvstendig og uavhengig fra all annen virksomhet.

2.3 Nettforetakets kontroll over annen virksomhet

Det følger av energiloven § 4-6 første ledd annet punktum at nettforetak ikke skal ha ”direkte eller indirekte kontroll over foretak som driver annen virksomhet”.

Det er tidligere i oppgaven lagt til grunn at det avgjørende ved vurderingen av om det foreligger ”kontroll” er hvorvidt et selskap kan utøve ”bestemmende innflytelse” over et annet selskap. Videre er det ovenfor lagt til grunn at ”annen virksomhet” omfatter all virksomhet som ikke naturlig kan anses å fall inn under drift, vedlikehold eller annen aktivitet naturlig tilknyttet nettvirksomheten.

Bestemmelsen innebærer altså at nettvirksomhet ikke kan ha rettigheter som gir anledning til å utøve bestemmende innflytelse overfor foretak som driver annen virksomhet enn nettvirksomhet.

Ved lovendringen i 2016 ble ordlyden i bestemmelsen endret fra ”produksjon eller omsetning av elektrisk energi” til ”annen virksomhet”. Endringen gir bestemmelsen et videre anvendelsesområde, idet forbudet mot kontroll nå gjelder overfor alle typer annen virksomhet enn nettvirksomhet. I forarbeidene angis endringen å være en videreføring og styrking av det gjeldende forbudet.⁶⁸ Også her er formålet å styrke nettselskapers nøytralitet overfor

⁶⁵ Prop. 35 L (2015-2016) s. 42.

⁶⁶ *Ibid.* s. 43.

⁶⁷ *Ibid.* s. 5.

⁶⁸ *Ibid.* s. 42.

konkurransetsatt virksomhet, og etter lovendringen skal ikke nettvirksomhet ha kommersielle interesser i noen annen form for virksomhet.⁶⁹

2.4 Annen virksomhets kontroll over nettforetak

Det følger av energiloven § 4-6 første ledd tredje punktum at foretak som driver ”produksjon eller omsetning av elektrisk energi eller konsesjonspliktig fjernvarmevirksomhet” ikke skal ha ”direkte eller indirekte kontroll over nettforetak”.

Bestemmelsen regulerer det motsatte forhold av det som reguleres i annet punktum, idet det her er tale om begrensninger i hvilke typer virksomheter som kan ha kontroll over nettforetak.

Formuleringen ”direkte eller indirekte kontroll” er sammenfallende med formuleringen i bestemmelsens annet punktum, og innholdet er drøftet i kapittel 2.2.2 ovenfor. Det avgjørende er om selskapet kan utøve ”bestemmende innflytelse” overfor det andre selskapet.

Bestemmelsen innebærer at virksomhet som driver produksjons- eller omsetningsvirksomhet eller konsesjonspliktig fjernvarmevirksomhet ikke direkte eller indirekte kan utøve bestemmende innflytelse over nettvirksomheten. I realiteten betyr dette at foretak som selv driver slik virksomhet ikke også kan drive nettvirksomhet, og heller ikke utøve direkte eller indirekte kontroll over foretak som driver nettvirksomhet. Produksjons- eller omsetningsvirksomhet må dermed tillegges egne juridiske enheter, for eksempel som søsterselskaper til nettvirksomheten, underlagt et felles morselskap.

Et særlig poeng er her at bestemmelsens annet punktum forbyr nettforetak å ha kontroll over ”annen virksomhet”, mens tredje punktum forbyr foretak som driver ”produksjon eller omsetning av elektrisk energi eller konsesjonspliktig fjernvarmevirksomhet” å ha kontroll over nettforetak. Annet punktum gjelder altså all annen virksomhet enn nettvirksomhet, mens tredje punktum bare gjelder foretak som driver nærmere angitte typer virksomheter. En konsekvens av dette er at bestemmelsen ikke er til hinder for at morselskap eller kontrollerende eier kan drive annen virksomhet enn nettvirksomhet og produksjons- og omsetningsvirksomhet.

⁶⁹Prop. 35 L (2015-2016) s. 5.

Det gis i forarbeidene ingen forklaring på hvorfor det er ulike angivelser for hvilke typer virksomheter som kan henholdsvis kontrollere og kontrolleres av nettvirksomhet.

En sannsynlig forklaring kan være at man har ment at faren for konkurranseødeleggende opptreden er mindre overhengende i morselskaper som bare driver annen virksomhet enn produksjons- og omsetningsvirksomhet, og at det derfor ikke har vært nødvendig å forby dette. Samtidig har man sett det nødvendig å forby nettvirksomhets kontroll over annen virksomhet, idet man ikke ønsker at nettvirksomheter skal ha direkte eierinteresser i konkurranseutsatt virksomhet. At nettvirksomheten ikke kan kontrollere noen som helst form for annen virksomhet, bidrar i større grad til å sikre at nettvirksomheten drives nøytralt og selvstendig, enn om forbudet bare gjaldt overfor produksjons- og omsetningsvirksomhet.

2.5 Sammenfatning

Kravene til selskapsmessig skille innebærer at de ulike virksomhetsområdene i et integrert foretak skal være rettslig selvstendige fra hverandre, hvilket i praksis som oftest gjennomføres ved konsernmodellen. Kravet om slik rettslig adskillelse innebærer imidlertid ikke annet enn at de ulike virksomhetsområdene tillegges selvstendige juridiske enheter. Dette kan i seg selv ikke anses å være tilstrekkelig til å ivareta de ønskede formålene om reell nøytralitet og selvstendighet ved driften av nettvirksomheten, idet organiseringen fremdeles åpner for en samkjøring og felles planlegging av den samlede virksomhet, for eksempel ved investeringer og utbygginger. Hvis man i realiteten har anledning til å drive den samlede virksomheten med det formål å maksimere den samlede fortjenesten, har det liten betydning hvorvidt de ulike virksomhetene formelt er tillagt selvstendige juridiske enheter. For å oppnå større grad av reell nøytralitet og selvstendighet stilles det derfor også krav til funksjonelt skille.

3 Kravet til funksjonelt skille

3.1 Innledning

Det rettslige utgangspunktet for kravet til funksjonelt skille mellom nettvirksomhet og annen virksomhet er energiloven § 4-7. Formålet med kravet er å gjøre nøytraliteten og selvstendigheten i forholdet mellom nettvirksomheten og annen virksomhet reel, idet kravet til selskapsmessig skille i seg selv ikke er antatt å oppfylle dette i tilstrekkelig grad.

I selskapsretten gjelder det et generelt prinsipp om fri eierstyring. I aksjeselskaper utøves denne eierstyringen først og fremst gjennom generalforsamlingen, som er øverste myndighet i selskapet.⁷⁰ Generalforsamlingen består i utgangspunktet av aksjeeierne eller representanter for disse, og har myndighet til å fatte beslutninger i enhver sak som angår selskapet, herunder fastsettelse og endring av vedtekter (asl. § 5-18), tilsettelse og avsettelse av styremedlemmer (§§ 6-3 første ledd og 6-7 annet ledd), og ansettelse av daglig leder (§ 6-2 annet ledd). Videre har generalforsamlingen myndighet til å gi bindende pålegg til de øvrige selskapsorganene om deres myndighetsutøvelse, både i enkeltsaker og i alminnelighet. Generalforsamlingen har med visse forbehold også myndighet til å omgjøre underordnede organers beslutninger.⁷¹ Selv om en sak i generalforsamlingen ikke ender i en formell beslutning, vil uttalelser som fremkommer under en saksbehandling etter omstendighetene likevel kunne oppfattes som retningsgivende for de underordnede organers drift av virksomheten.

Aksjeloven gir ingen særlige bestemmelser om myndighetsfordelingen i konserner. I konserner vil imidlertid morselskapet ha rollen som aksjeeier overfor datterselskapet. Generalforsamlingen i datterselskapet vil da i alminnelighet utgjøres av representanter for det eiende selskapet, vanligvis fra morselskapets styre.⁷² På denne måten vil morselskapet ved sitt styre kunne utøve kontroll over datterselskapet, og morselskapets styre har i praksis blitt ansett å være kompetente til å fatte beslutninger i saker som er av betydning for så vel hele som for de enkelte deler av konsernet. Ved siden av å være representant for eier, kan slik myndighet antas å følge av aksjeloven § 6-12, hvorav det følger at ”forvaltningen av

⁷⁰ Idet det mest praktiske er å organisere nettvirksomhet som aksjeselskaper, tas det utgangspunkt i de bestemmelser om eierstyring som følger av lov om aksjeselskaper av 13 juni 1997 nr. 44, jf. lovens § 1-1.

⁷¹ Mads Henry Andenæs, *Selskapsrett* (Oslo 2007) s. 294.

⁷² Torhild Aakvaag mfl., *Noen sentrale emner innen norsk konsernrett*, Oslo (1994) s. 32-33.

selskapet” hører under styret.⁷³ Selv om bestemmelsen etter sin ordlyd tilsynelatende bare gjelder styrets myndighet i eget selskap, er det i teorien akseptert at myndigheten også gjelder overfor konsernet i sin helhet.⁷⁴ Styret i morselskapet vil på denne måten gjennom sin virksomhet kunne utøve en gjennomgående kontroll med den virksomhet datterselskapet driver – både overordnet og i enkeltsaker. Det er dermed anledning til å ivareta morselskapets egne interesser, og konsernets samlede virksomhet vil kunne drives med tanke på hva som gir størst samlet gevinst.

Særlig interessant i vår sammenheng er anledningen til økonomisk styring. Gjennom vedtakelse av budsjetter, budsjettoppfølging og regnskapsrapportering har styret i morselskapet styringen med økonomien i datterselskapet. Samtidig har som nevnt morselskapets styre myndighet til å fatte beslutninger i enkeltsaker som angår datterselskapet, herunder i saker som gjelder den daglige drift, og saker som gjelder enkeltinvesteringer ved for eksempel utbygginger eller oppgraderinger i virksomheten. Dette er ansvarsområder som i alminnelighet ligger til styret og den daglige ledelse i datterselskapet, men morselskapets styre kan via generalforsamlingen fatte vedtak også i slike saker.

Det følger av energiloven § 4-7 første ledd at ”personer i ledelsen i nettforetak” ikke kan ”delta i ledelsen i foretak som driver annen virksomhet innenfor det integrerte foretaket”. Videre følger det av bestemmelsens annet ledd første punktum at morselskap eller kontrollerende eier i det integrerte foretaket ikke kan ”gi instruksjoner til nettforetak om den daglige driften eller om avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet”. Dette innebærer klare begrensninger i den styringsadgangen som i utgangspunkt tilligger eieren. I det videre skal det gjøres rede for det nærmere innholdet i disse begrensningene.

3.2 Begrensninger i adgangen til å inneha ledende stillinger i både nettvirksomhet og annen virksomhet

3.2.1 Innledning

Som nevnt ovenfor er det selskapsrettslige utgangspunktet at eier via generalforsamlingen har myndighet til å tilsette og avsette personer i selskapet etter egne preferanser. Kravet til

⁷³ Tilsvarende tidligere § 8-7, jf. Aakvaag (1994) s. 33.

⁷⁴ *Ibid.* s. 38.

funksjonelt skille innebærer imidlertid en viss begrensning i denne adgangen. I det videre skal omfanget av denne begrensningen drøftes.

Etter § 4-7 første ledd gjelder kravet til funksjonelt skille overfor ”det integrerte foretaket”. Vurderingen er den samme som etter § 4-6 første ledd, og det sentrale er at det samlede foretaket driver nettvirksomhet i tillegg til annen virksomhet. Begrensningene i anledningen til å delta i ledelsen gjelder altså bare innenfor de virksomheter som drives i ett og samme integrerte foretak.

3.2.2 Hvilke personer omfattes av kravet til funksjonelt skille?

Etter sin ordlyd gjelder bestemmelsen for ”[p]ersoner i ledelsen” i nettforetaket.

Ordlyden ”personer i ledelsen” er ikke nærmere definert i loven, men en naturlig forståelse av formuleringen tilsier at bestemmelsen omfatter personer med ledende stillinger i nettforetaket. At en person har en ledende stilling må i alminnelighet innebære at han har en eller annen form for innflytelse over den daglige driften av virksomheten.

Av forarbeidene til 2006-endringen følger det at det med ”ledelsen” menes ”de personer som har reell beslutningsmyndighet i selskapet eller virksomheten”.⁷⁵ Videre følger det herav at ”personer med sentrale administrative og ledende funksjoner, uavhengig av titler eller andre formalia, er å anse som en del av ledelsen i lovens forstand”.⁷⁶ Dette tilkjennegir at det er de reelle forholdene som skal legges til grunn, og det avgjørende er hvorvidt en person reelt har innflytelse over driften av virksomheten.

Formuleringen ”sentrale administrative eller ledende funksjoner” må antas å innebære en viss avgrensning i omfanget av bestemmelsen, idet det forutsettes at den aktuelle funksjonen må være sentral. Personer med begrenset innflytelse kan dermed ikke anses omfattet. Et slikt standpunkt finner støtte i EU-rettslig litteratur, hvor det legges til grunn at det avgjørende er hvorvidt en person kan anses å ”play a significant role in the commercial decisions relevant to the operation of the business”.⁷⁷ Også her fremheves at innflytelsen må være av en viss betydning for driften av virksomheten.

⁷⁵ Ot.prp.nr 61 (2005-2006) s. 40.

⁷⁶ *Ibid.* s. 65

⁷⁷ Jones, C. (ed.), *EU Energy Law (Vol. I), The Internal energy market* (fourth edition) (Leuven 2016) s. 205.

Etter eldirektiv III omfatter kravet til funksjonelt skille ”personer, som har ansvaret for ledelsen av [nettvirksomheten]”.⁷⁸ Formuleringen gir liten veiledning i klargjøringen av den norske bestemmelsen, men også direktivbestemmelsen må kunne forstås slik at det er de reelle forhold som er avgjørende. I Note on unbundling uttaler EU-kommisjonen at bestemmelsen ikke er begrenset til å omfatte personer styret og den daglige ledelse, men at den også omfatter ”a wider group of persons, including the operational (middle) management”.⁷⁹

Med utgangspunkt i den generelle selskapsretten er det klart at bestemmelsen omfatter personer i styret og den daglige ledelse, idet dette er personer som formelt sett inngår i ledelsen i et selskap, og som alltid vil ha en form for innflytelse. Formalia er imidlertid ikke avgjørende, og det må foretas en konkret vurdering hvor det sentrale er hvorvidt vedkommende kan øve reell innflytelse over driften av virksomheten. Dette innebærer at også ledere på lavere nivåer kan omfattes av begrensningen, dersom disse etter en konkret vurdering kan anses å ha slik reell innflytelse.

3.2.3 Hva innebærer kravet til funksjonelt skille?

Etter sin ordlyd innebærer kravet at personer med ledende stillinger i nettvirksomheten ikke har anledning til å ”delta i ledelsen” i de deler av det integrerte foretaket som driver ”annen virksomhet”. Begrepet ”annen virksomhet” er nærmere drøftet under kapittel 2.2.4 ovenfor, og omfatter all virksomhet som ikke er å anse som nettvirksomhet.

En naturlig forståelse av ordlyden ”delta i ledelsen” tilsier at bestemmelsen kun omfatter verv som må anses å inngå i ledelsen i den aktuelle virksomheten. I eldirektiv III brukes imidlertid formuleringen ”indgå i virksomhedsstrukturer”.⁸⁰ Denne formuleringen har tilsynelatende et mye videre omfang enn den norske formuleringen, og omfatter etter sin ordlyd alle former for engasjement i den aktuelle virksomheten. Vurderingen vil imidlertid være den samme som ved vurderingen av ”personer i ledelsen” ovenfor, og det avgjørende må være om vedkommende anses å kunne utøve reell innflytelse over driften av virksomheten.

⁷⁸ Artikkel 14 nr. 2 bokstav a og artikkel 24 nr. 2 bokstav a.

⁷⁹ *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.* (Brussel, 22. januar 2010) (Note on unbundling).

⁸⁰ Artikkel 26 nr. 2 bokstav a.

Dersom foretaket er organisert etter konsernmodellen, vil annen virksomhet enn nettvirksomhet vanligvis drives av søsterselskaper til nettselskapet. Bestemmelsen innebærer da at en person som inngår i ledelsen i nettselskapet ikke samtidig kan inngå i ledelsen i søsterselskapet. Dette gjelder uansett hvilken type virksomhet søsterselskapet driver.

Dersom morselskapet ikke selv driver annen virksomhet, innebærer bestemmelsen etter sin ordlyd ingen begrensning i adgangen til å delta i ledelsen i både mor- og nettvirksomhet. Et slikt standpunkt finner støtte i både forarbeider og i den parallelle EU-retten. Det kan imidlertid argumenteres med at slike dobbeltroller vil være i strid med instruksjonsforbudet etter energiloven § 4-7 annet ledd første punktum. Denne problemstillingen drøftes nærmere under kapittel 3.3.2.2 nedenfor.

3.3 Begrensninger i instruksjonsadgangen mellom morselskapet og nettvirksomheten

3.3.1 Innledning

I forlengelsen av kravet om at ledende stillinger i nettvirksomheten og annen virksomhet ikke kan innehas av de samme personene, er det gitt en bestemmelse som begrenser instruksjonsadgangen for morselskap overfor datterselskap som driver nettvirksomhet.

Det følger av energiloven § 4-7 annet ledd første punktum kan ”morselskap eller kontrollerende eier” i det integrerte foretaket ikke ”gi instruksjoner til nettforetak om den daglige driften eller om avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet”.

Instruksjonsforbudet gjelder altså internt i det integrerte foretaket, og regulerer forholdet mellom morselskapet og den delen av foretaket som driver nettvirksomhet. Dette innebærer motsetningsvis at det ikke gjelder noe instruksjonsforbud i forholdet mellom morselskap og datterselskap som driver annen virksomhet enn nettvirksomhet.

Etter bestemmelsens annet punktum godtas likevel en ”overordnet styring med nettforetakets økonomiske rammer”.

Formålet med bestemmelsen er å effektivisere de nevnte kravene om selskapsmessig og funksjonelt skille. Bestemmelsen er gitt for å sikre at visse avgjørelser som gjelder virksomhet

tilknyttet nettet fattes internt i den delen av det integrerte foretaket som driver nettvirksomheten, og at disse avgjørelsene fattes på selvstendig og nøytralt grunnlag.⁸¹

Innholdet i bestemmelsen ble endret ved lovendringen i 2016, men endringen må først og fremst anses å innebære en presisering av ordlyden, og ikke noen realitetsendring.⁸² Det materielle innholdet i bestemmelsene er dermed sammenfallende, og forståelsen av bestemmelsen slik den lød før endringen vil derfor bidra til å klarlegge innholdet i den nye ordlyden.

Nedenfor gjøres det først kort rede for det nærmere omfanget av begrensningen, før det søkes foretatt en nærmere grensedragnings i enkelte typetilfeller.

3.3.2 Hva innebærer begrensningen i instruksjonsadgangen?

3.3.2.1 Om ”instrukser”

Etter sin ordlyd innebærer bestemmelsen en begrensning i morselskapets eller kontrollerende eiers adgang til å gi ”instrukser” til nettforetaket.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden ”instrukser” synes å omfatte både generelle føringer for hvordan virksomheten skal drives, og konkrete føringer for beslutninger i enkeltsaker. Ordlyden synes også å angi en terskel for hvilke meddelelser som faller innenfor bestemmelsen – enkelte anmodninger synes i utgangspunktet å falle utenfor begrensningen, og vil således kunne være tillatt. En anmodning fra morselskapet vil likevel fort kunne oppfattes som et pålegg for datterselskapet. Dette taler for at det er realiteten i kommunikasjonen fra morselskapet som må være avgjørende, og morselskapet bør unngå å ytre seg på en slik måte at det kan oppfattes som førende for datterselskapet.⁸³

Etter forarbeidene til 2016-loven er det ikke noe krav om at instruksjonen må ha noen bestemt form.⁸⁴ Dette understreker at det er realiteten ved det aktuelle forholdet som er avgjørende for om det foreligger slik instruks eller ikke. Formålet med begrensningen i instruksjonsadgangen

⁸¹ Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) s. 42 og Prop. 35 L (2015-2016) s. 25.

⁸² Jf. formuleringen i Prop. 35 L s. 24: ”Samtidig viser departementet til forslaget til nytt annet ledd (eksisterende tredje ledd) [...]”.

⁸³ Dette er også lagt til grunn i Bibow m.fl. (2011) s. 196

⁸⁴ Prop. 35 L (2015-2016) s. 24.

er å sikre at nettvirksomheten drives med en tilfredsstillende selvstendighet,⁸⁵ og etter eldirektiv III er det sentrale at nettvirksomheten skal ha ”reell beslutningskompetence uafhængigt af den vertikalt integrerede virksomhed”.⁸⁶ Det avgjørende må dermed være at nettforetaket har reell selvstendighet og beslutningsmyndighet i forhold til de øvrige enhetene av den samlede integrerte virksomheten, og morselskapet må være varsom i sin fremtoning overfor nettvirksomheten.

3.3.2.2 Særlig om dobbeltroller i mor- og nettselskapet

Som nevnt avslutningsvis i kapittel 3.2.2, innebærer ikke § 4-7 første ledd noen begrensning i anledningen til å inneha ledende roller i både mor- og nettselskapet, forutsatt at morselskapet selv ikke driver annen virksomhet. Dette må i utgangspunktet anses å følge av ordlyden i bestemmelsen. Standpunktet finner også støtte i forarbeidene, hvor det legges til grunn at bestemmelsen ”ikke vil være til hinder for at personer i ledelsen i morselskapet eller fra kontrollerende eier i den vertikalt integrerte virksomheten kan inngå i ledelsen i datterselskapet”⁸⁷, og motsetningsvis at ”dersom morselskap eller kontrollerende eier driver annen virksomhet, vil forslaget til ny § 4-7 innebære at personer i ledelsen ikke kan delta i ledelsen i nettforetaket”.⁸⁸ Med henvisning til disse formuleringene konkluderer også Bibow m.fl. med at det er adgang for personer i ledelsen i morselskapet til også å delta i ledelsen i nettvirksomheten.⁸⁹

Det kan imidlertid argumenteres med at det vil være i strid med instruksjonsforbudet å tillate personer i ledelsen i morselskapet å inneha ledende stillinger i nettvirksomheten. Det gir liten mening at en person som ikke har anledning til å instruere nettvirksomheten på vegne av morselskapet, likevel skal kunne inneha en ledende stilling i nettvirksomheten. Å tillate en slik dobbeltrolle må samtidig kunne anses å stride mot formålet til reguleringen, idet dette vil undergrave nettvirksomhetens selvstendighet i forhold til de øvrige delene av den samlede virksomheten. Dette taler isolert sett for at slike dobbeltroller må anses omfattet av instruksjonsforbudet.

⁸⁵ Dette følger gjennomgående av forarbeidene til endringslovene, se f.eks. Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) s. 42 og Prop. 35 L (2015-2016) s. 16.

⁸⁶ Artikkel 18 første punkt bokstav a. Formuleringen er videreført fra eldirektiv II artikkel 15 annet punkt bokstav c.

⁸⁷ Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) s. 40, jf. også formuleringen på s. 24.

⁸⁸ Prop. 35 L (2015-2016) s. 43.

⁸⁹ Bibow m.fl. (2011) s. 195.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden ”instrukser” synes umiddelbart ikke å omfatte slike dobbeltroller. Selv om det ovenfor legges til grunn at det ikke er avgjørende hvilken form instruksjonen fremkommer i, kan det ikke være tvil om at ordlyden i seg selv ikke forbyr slike forhold. Dette taler isolert sett for at instruksjonsforbudet ikke innebærer begrensninger i anledningen til å inneha ledende stillinger i både mor- og nettselskap.

I forarbeidene til både 2006- og 2016-revisjonene av energiloven legges det som nevnt til grunn at personer som innehar ledende stillinger i morselskapet, også kan inneha ledende stillinger i datterselskapet.⁹⁰ I forarbeidene til 2016-loven uttales imidlertid også følgende:

”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 instrukser i den daglige driften av nettforetaket.”⁹¹

Departementets gir med dette klart uttrykk for at et slikt dobbelt engasjement etter deres vurdering vil være i strid med instruksjonsforbudet. Dette taler isolert sett for at slike dobbeltroller omfattes av forbudet i bestemmelsen.

I TrønderEnergi-saken ble det konstatert brudd på kravene til funksjonelt skille – både forbudet mot dobbeltroller etter § 4-7 første ledd (tidligere annet ledd) og instruksjonsforbudet etter annet ledd (tidligere tredje ledd). Saksforholdet var at tre personer fra ledelsen i morselskapet – konsernsjef, viseadministrerende direktør og økonomisjef - også satt i styrene i datterselskapene som drev henholdsvis nettvirksomhet, omsetningsvirksomhet og produksjonsvirksomhet. Ved vurderingen av om det forelå brudd på forbudet mot dobbeltroller, var det avgjørende for NVEs vurdering at de samme personene inngikk i styret i både nettvirksomhet og annen konkurranseutsatt virksomhet.⁹² Det problematiseres her ikke at de samme personene også satt i styret i morselskapet. Ved vurderingen av om det forelå brudd på instruksjonsforbudet, var det avgjørende for NVEs vurdering at sjefen i morselskapet i kraft av å være konsernsjef hadde instruert nettvirksomheten i en sak som ble ansett å falle under ”den daglige driften” av nettet.⁹³ Heller ikke her trekkes det frem som problematisk i seg selv at samme person både var konsernsjef og styreleder i den underliggende nettvirksomheten. Tvert imot fremheves det ved denne vurderingen at det

⁹⁰ Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) s. 40.

⁹¹ Prop. 35 L (2015-2016) s. 24.

⁹² Vedtakets kapittel 2.3.2.

⁹³ *Ibid.* kapittel 2.3.3.

”avgjørende” var at instruksen ble ”gitt av Malmo som konsernsjef”.⁹⁴ Dersom NVE hadde ment at dobbeltroller i mor- og nettselskap i seg selv var i strid med instruksjonsforbudet, må det kunne forutsettes at det hadde blitt tatt opp som et moment i vurderingen av saken. Idet dette ikke er nevnt, er det naturlig å legge til grunn at NVE har ment at det var uproblematisk. Dette taler med tyngde for at dobbeltroller ikke kan anses omfattet av instruksjonsforbudet.

I eldirektiv III legges det til grunn at nettvirksomheten skal ”være uafhængig, hvad angår [...] beslutningstagning, af andre aktiviteter, der ikke vedrører [nettvirksomhet]”.⁹⁵ Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd i forholdet mellom nettvirksomheten og andre virksomheter som ikke er nettvirksomhet. Dersom det forutsettes at morselskapet ikke selv driver virksomhet, gir bestemmelsen ikke holdepunkter for å begrense anledningen til å inneha lederstillinger i både mor- og nettselskap. Dette taler isolert sett for instruksjonsforbudet ikke kan anses å innebærer noe forbud mot slike dobbeltroller.

Videre legges det i eldirektiv III til grunn at personer i ledelsen i nettforetaket ikke kan ”indgå i virksomhedsstrukturer [som] direkte eller indirekte har ansvaret for den daglige drift” av produksjons- eller omsetningsvirksomhet.⁹⁶ Dersom man kommer til at morselskapet direkte eller indirekte har ansvaret for den daglige driften av virksomheten tillagt datterselskapene, må det anses å foreligge slikt ansvar også overfor produksjons- og omsetningsvirksomheten, og personer i ledelsen i nettselskapet vil være avskåret fra å delta i ledelsen i morselskapet. Det kan imidlertid synes noe kunstig å påstå at et morselskap har direkte eller indirekte ansvar for ”den daglige driften” av et datterselskap, idet poenget med å legge en virksomhet til et datterselskap i alminnelighet er at datterselskapet skal ha dette ansvaret. En slik forståelse av ansvarsbegrepet legges også til grunn i forarbeidene til energiloven.⁹⁷ Det er også et poeng at man her benytter formuleringen ”ansvar”, og ikke ”kontroll”, slik som andre steder i reguleringen. Det kan da argumenteres med at man har ment at situasjonen skal være en annen, og at de to formuleringene ikke er ment å ha samme meningsinnhold. Utgangspunktet må etter dette være at morselskapet ikke kan anses å ha ansvaret for den daglige driften i datterselskapene, og at formuleringen i eldirektiv III dermed ikke er til hinder for dobbeltroller i mor- og nettvirksomhet.

⁹⁴ Vedtakets kapittel 2.3.3.

⁹⁵ Artikkel 14 nr. 1.

⁹⁶ Artikkel 26 nr. 2 bokstav a.

⁹⁷ Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) på s. 40: ”Departementet legger til grunn at ledelsen i morselskap eller den kontrollerende eier ikke har et direkte eller indirekte ansvar i direktivets forstand for den daglige driften i underliggende virksomhet.”

Et slikt standpunkt underbygges av uttalelsene i Note on unbundling, hvor EU-kommisjonen uttaler at dobbeltroller i mor- og nettselskap ”can only be permissible if the holding company does not take any day-to-day management decisions concerning the supply, production or network activity”.⁹⁸ Dette innebærer forutsetningsvis at dobbeltroller kan tillates dersom morselskapet ikke selv driver virksomhet.

Selv om de gjengitte direktivbestemmelsene etter sin ordlyd først og fremst må anses å være relevante ved forståelsen av energiloven § 4-7 første ledd, legges det klart opp til at dobbeltroller kan godtas forutsatt at morselskapet ikke selv driver virksomhet. Det gir liten mening om man gjennomgående skulle legge til grunn at dobbeltroller er tillatt, for så å mene at dette likevel ikke kan tillates av hensyn til instruksjonsforbudet. Det kan i denne sammenheng nevnes at det ved den danske og den svenske gjennomføringen av eldirektiv III ikke ble inntatt noe uttrykkelig instruksjonsforbud direkte i lovens ordlyd, selv om dette likevel gjelder etter det underliggende EU-direktivet.⁹⁹ Samtidig har det danske Eltilsynet i en tolkningsuttalelse uttalt at det danske forbudet mot dobbeltroller ”ikke er til hinder for, at bestyrelsesmedlemmer i et elnetselskab ligeledes kan deltage i konsernforbundne selskabers bestyrelse, med undtagelse af elhandels- og elproduktionsselskabernes bestyrelse”.¹⁰⁰ Også dette taler for at det ikke er anledning til å forstå instruksjonsforbudet slik at det også innebærer et forbud mot dobbeltroller i mor- og nettselskap.

Løsningen på problemet er usikker, men sammenfatningsvis må det være forsvarlig å konkludere med at instruksjonsforbudet ikke innebærer noen begrensning i adgangen til å inneha ledende stillinger i både mor- og nettselskap, forutsatt at morselskapet selv ikke driver virksomhet. Hovedvekten ved vurderingen er lagt på at et slikt forbud ikke følger av en naturlig forståelse av ordlyden ”instrukser”, og at det heller ikke finnes tilstrekkelige holdepunkter for å tolke ordlyden utvidende. Det er videre et poeng at det i forarbeidene gjennomgående legges til grunn at dobbeltroller kan tillates, og at heller ikke den underliggende EU-retten gir holdepunkter for å forby dette. Tvert imot legges det også i direktivene gjennomgående til grunn at slike situasjoner er uproblematiske ved de riktige forutsetningene. Det kan også nevnes at de motstridende uttalelsene i forarbeidene til

⁹⁸ Note on unbundling, s. 24.

⁹⁹ Sml. den svenske ellag (1997:857) kapittel 3 og den danske lov om elforsyning (2016-04-25 nr. 418) § 45.

¹⁰⁰ Det danske Eltilsynets avgjørelse 08.08.2012, *Formandsafgørelse om habilitetskrav til elnetselskabers ledende medarbejdere* (journalnr. 4/0602-0200-0007).

energiloven gjør at departementets uttalelse om at slike dobbeltroller vil være i strid med instruksjonsforbudet, ikke kan tillegges særlig vekt.

Hensett til formålet om å sikre nettvirksomhetens nøytralitet og selvstendighet, er det de lege lata klare holdepunkter for å påstå at adgangen til å inneha slike dobbeltroller burde være avskåret. Dersom dette tillates, vil man kunne ende opp med styrekonstellasjoner og dobbeltroller som bryter med disse overordnede formålene. Slik rettstilstanden er i dag, synes det imidlertid ikke å være tilstrekkelige holdepunkter for å konkludere med at det foreligger et slikt forbud. Dersom departementet mener at slike dobbeltroller ikke er forenelig med instruksjonsforbudet, burde dette kommet klarere til uttrykk i lovteksten, eller det bør tas inn i den kommende forskriften.

3.3.2.3 Om ”den daglige driften”

Begrensningene i instruksjonsadgangen gjelder etter bestemmelsen for det første i saker som knytter seg til ”den daglige driften” av virksomheten.

Formuleringen ”den daglige driften” må langt på vei anses å sammenfalle med den myndighet som etter aksjeselskapsloven § 6-14 ligger til selskapets daglige leder. Ved klargjøringen av begrepet er det derfor naturlig å søke veiledning i aksjeselskapsretten. Det følger av § 6-14 første ledd at daglig leder står for ”den daglige ledelse” av selskapet. Videre følger det av bestemmelsens annet ledd at den daglige ledelse ikke omfatter ”saker som etter selskapets forhold er av uvanlig art eller stor betydning”. Omfanget av den daglige ledelse defineres altså negativt.

Etter sin ordlyd er bestemmelsen svært generell, og det legges opp til at det må foretas en konkret vurdering med hensyn til ”selskapets forhold”. Av de avgjørelser som kan anses typiske når det gjelder nettvirksomheten, vil i utgangspunktet beslutninger om mindre investeringer i vedlikehold av nettet anses å være av en så beskjeden betydning at den inngår i den daglige driften av selskapet. Det går en grense mot større investeringer som må anses å være av uvanlig art eller av stor betydning for selskapet, og det må som nevnt foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

Etter eldirektiv III gjelder instruksjonsforbudet for ”aktiviteter, der er nødvendige for at drive, vedlikeholde eller utvikle” nettet.¹⁰¹ Aktiviteter som er nødvendige for å drive og å vedlikeholde nettet vil langt på vei omfattes av den daglige driften av virksomheten, med mindre disse etter en konkret vurdering må anses å være av stor betydning for selskapet. Innholdet i formuleringene ”utvikling” og ”utbygging eller oppgradering av nettet” sammenfaller i stor grad, og aktiviteter knyttet til dette må i alminnelighet anses å være av så stor betydning at de faller utenfor den daglige driften av selskapet. Dette synes også forutsatt i ordlyden i § 4-7 annet ledd første punktum, hvor formuleringen ”den daglige ledelse **eller** [...] avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet” (min utheving) er brukt.¹⁰² Dette er beslutninger som i alminnelighet faller inn under den øvrige forvaltningen av selskapet, og som dermed tilligger styret.

3.3.2.4 Om ”utbygging eller oppgradering av nettet”

Instruksjonsforbudet gjelder for ”avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet”. Slike avgjørelser må som nevnt i utgangspunktet anses å falle inn under den alminnelige forvaltningen av selskapet, som etter generelle selskapsrettslige regler tilligger styret.¹⁰³ Enkelte saker vil imidlertid også kunne være av så beskjedent omfang at det faller inn under den daglige ledelse av selskapet. Det sentrale er likevel at slike beslutninger skal fattes internt i virksomheten, og beslutningen skal baseres på nettvirksomhetenes interesser, uavhengig av de øvrige delene av det integrerte foretaket.

Ordlyden ”utbygging eller oppgradering av nettet” synes umiddelbart å omfatte avgjørelser som gjelder det eksisterende nettet, idet formuleringen langt på vei forutsetter at det allerede finnes et nett som kan bygges ut eller oppgraderes. Dermed synes ordlyden å avgrense mot blant annet oppkjøp av allerede eksisterende nettvirksomhet. Det kan argumenteres med at en slik forståelse er i tråd med formålet om å sikre nøytral drift av det allerede eiede nettet. Denne problemstillingen skal drøftes nærmere nedenfor.

3.3.2.5 Om “overordnet styring med nettforetakets økonomiske rammer”

Etter § 4-7 annet ledd annet punktum er bestemmelsens første punktum ikke til hinder for at morselskap eller kontrollerende eier kan føre en ”overordnet styring med nettforetakets

¹⁰¹ Artikkel 18 nr. 1 bokstav a.

¹⁰² Bibow m.fl. (2011) s. 196

¹⁰³ Aksjeloven § 6-12 første ledd første punktum.

økonomiske rammer”. Formålet med en slik presisering er at et morselskap skal kunne ”føre tilsyn med nettvirksomheten for så vidt gjelder avkastningen på investert kapital”.¹⁰⁴

En naturlig forståelse av ordlyden i bestemmelsen tilsier at morselskapet har anledning til å fastsette budsjetter og øvrige økonomiske rammer. I forarbeidene legges det også til grunn at styringsadgangen omfatter kontroll med grensen for nettvirksomhetens gjeldsgrad.¹⁰⁵

Formuleringen ”overordnet styring” synes samtidig å avgrense mot en mer inngående styring gjennom detaljerte budsjetter og finansieringsplaner, og det må kunne legges til grunn at det er en øvre terskel for hvor detaljerte slike økonomiske rammer kan angis fra morselskapet.

I forarbeidene legges det til grunn at det med ”økonomiske rammer” siktes til ”blant annet årlig budsjett og andre styringsinstrumenter som legger rammene for nettvirksomhetens økonomiske handlingsrom”.¹⁰⁶ Også her fremheves at det er ”rammene” for det økonomiske handlingsrommet som skal trekkes, hvilket støtter opp under synspunktet om at det må være en øvre terskel for hvor detaljert styringen kan være.

Ordlydens generelle formuleringer gjør det vanskelig å si noe mer konkret om innholdet i bestemmelsen. I det videre skal det derfor foretas nærmere grensedragninger i noen særlige tilfeller.

3.3.3 Nærmere grensedragning – noen særlige tilfeller

3.3.3.1 Innledning

Ytterpunktene for styringsadgangen er tilsynelatende klare, og det er ikke tvilsomt at det ikke kan gis noen som helst form for instruksjoner som berører det som klart må anses å inngå i nettselskapets daglige drift. Samtidig er det klart at morselskap eller kontrollerende eier kan utøve en helt overordnet styring med nettforetakets økonomiske rammer gjennom vedtakelse av budsjetter, finansieringsplaner og lignende.

Den nærmere grensedragningen byr imidlertid på utfordringer. Utgangspunktet for drøftelsene må være målet om å sikre at avgjørelser som omhandler driften av nettvirksomheten skal fattes internt i nettselskapet, uavhengig av den øvrige integrerte virksomheten.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 42.

¹⁰⁵ Ot.prp.nr. 61 (2005-2005) s. 42

¹⁰⁶ *Ibid.*

3.3.3.2 Budsjetter og finansieringsplaner

Idet morselskapet er gitt anledning til å føre en ”overordnet styring” med de økonomiske rammene, er det klart at det må gå en grense for hvor detaljert de enkelte postene i et budsjett kan være angitt, før disse må anses å komme i konflikt med instruksjonsforbudet.

Grensedragningen mellom tillatt overordnet styring og forbudte instruksjoner er ikke klar.

Kjernen i spørsmålet er hvor detaljerte slike budsjetter og finansieringsplaner kan være før de må anses å gå over til å bli instruksjoner i lovens forstand.

Etter bestemmelsen kan det som nevnt føres en ”overordnet” styring med de økonomiske rammene. En slik styring begrenses ved at det ikke kan gis instruksjoner for ”avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet”. En grense kan her tenkes mellom det at det kan gis en overordnet og generell økonomisk ramme for slik utbygging og oppgradering av nettet, men ikke angivelser av konkrete enkeltprosjekter, som skal besluttes internt i nettforetaket. En slik grensedragning finner støtte i EU-rettslig litteratur, hvor det uttales at ”any financial plan must be general in nature, without specifying individual projects”.¹⁰⁷ Et slikt standpunkt kan også leses ut av forarbeidene til energiloven, hvor det legges til grunn at begrensningen gjelder instruksjoner ”som ikke overstiger **rammene** satt i den årlige finansieringsplanen eller tilsvarende instrument” (min utheving).¹⁰⁸

Lignende formuleringer finnes også i eldirektiv III, hvorav det følger at det ikke kan gis instruksjoner om avgjørelser som ”ikke går ud over beløbene i finansieringsplanen eller i et tilsvarende instrument”.¹⁰⁹

Instruksjonsforbudet gjelder dermed først og fremst for vedtak innenfor de gitte økonomiske rammene.

¹⁰⁷ Jones (2016) s. 211.

¹⁰⁸ Ot.prp.nr. 61 (2005-2006) s. 42. Formuleringen har sitt utgangspunkt i en tilsvarende formulering i eldirektiv III art. 26 nr. 2 bokstav c.

¹⁰⁹ Artikkel 26 nr. 3 bokstav c.

Morselskap eller kontrollerende eier må imidlertid være avskåret fra å anvende budsjetter og andre økonomiske verktøy som instruksjonsverktøy, og derved omgå instruksjonsforbudet. Ved å sette grensen ved overordnet og generell angivelse av de økonomiske rammene for driften av nettvirksomheten, ivretas også hensynet til formålet med bestemmelsen.

Bestemmelsen må videre leses med bakgrunn i kravet om at nettforetaket skal besitte de nødvendige ressurser til å drive nettvirksomheten på en forsvarlig og tilstrekkelig uavhengig måte.¹¹⁰ Dette innebærer at morselskapet ikke kan underbudsjettere i den hensikt å senere skulle stille med finansiering til konkrete prosjekter, for på denne måten å kontrollere hvilke prosjekter som igangsettes.

Det er vanskelig å gi en mer konkret angivelse av grensdragningen enn det som er gjort her. Det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, hvor utgangspunktet for vurderingen er hensynet til nettvirksomhetens nøytralitet og uavhengighet.

3.3.3.3 Særlig om vesentlige enkeltinvesteringer

Et særlig spørsmål er videre om morselskapet kan gi instruksjoner i saker som gjelder enkeltinvesteringer som i det konkrete tilfellet må anses å være vesentlige.

I forarbeidene til 2006-revisjonen av energiloven uttales følgende:

”Når det gjelder enkeltinvesteringer som anses å være vesentlige i forhold til nettvirksomhetens samlede investeringsplaner, kan også morselskap eller annen kontrollerende eier ha adgang til å gi føringer på selve investeringen. For nettinvesteringer som ligger innenfor normale finansielle rammer, og ikke er vesentlige, betyr dette at nettselskapet uavhengig av den vertikalt integrerte virksomheten skal kunne treffe selvstendige beslutninger. En adgang til å gi føringer på vesentlige investeringer er også etter departementets oppfatning hensiktsmessig for å unngå at nettvirksomhetens enkeltinvesteringer i stedet styres gjennom snevre økonomiske rammer”.¹¹¹

I kommentarutgaven til energiloven legges følgende til grunn:

¹¹⁰ Et slikt krav er antatt å følge av kravet til funksjonelt skille, og kommer blant annet til uttrykk i eldirektiv III art. 26 nr. 2 bokstav c, hvorav det følger at nettvirksomheten ”skal råde over de nødvendige ressurser til at varetage disse oppgaver, herunder menneskelige, tekniske, fysiske og finansielle ressurser”. Standpunktet følges opp i Prop. 35 L (2015-2016) s. 25, hvor det uttales at det er ”avgjørende for en rasjonell nettutvikling at nettforetakene har tilstrekkelig økonomisk selvstendighet til å selv kunne fatte de rette beslutningene om utbygging og oppgradering av nettet”.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 61 (2005-2006) s. 42.

”Når forarbeidene gir uttrykk for en tolkning som innebærer et mindre inngrep i eierens alminnelige adgang til å instruere nettvirksomheten enn det som direkte følger av ordlyden, bør dette etter vår oppfatning lede til at [bestemmelsen] tolkes innskrenkende. Vår konklusjon er derfor at eier kan instruere om enkeltinvesteringer som er vesentlige i forhold til nettvirksomhetens samlede investeringsplaner, selv om disse ligger innenfor de fastsatte økonomiske rammer for nettvirksomheten”.¹¹²

Med bakgrunn i uttalelsene i forarbeidene fra 2006 er dette tilsynelatende en forsvarlig konklusjon.

En adgang til å gi instruksjoner ved vesentlige investeringer kan imidlertid ikke leses ut av ordlyden i loven. Tvert imot synes dette langt på vei å være i motstrid med lovens ordlyd, som forbyr instruksjoner ved ”avgjørelser vedrørende utbygging eller oppgradering av nettet”, likevel med forbehold om overordnet økonomisk styring. Kravet til nettvirksomhetens økonomiske selvstendighet tilsier også at det ikke gjelder noe unntak for vesentlige investeringer, idet kravet gjelder uten forbehold etter både forarbeidene og eldirektivene, jf. drøftelsen like ovenfor.

I forarbeidene til 2016-loven kommenteres uttalelsen fra 2006-forarbeidene på følgende måte:

”En slik adgang til å gi føringer på enkeltinvesteringer følger ikke av ordlyden i nåværende § 4-7. Departementet mener at dette bør fremgå klart av lovens ordlyd, og at en slik direkte involvering skal være avskåret”.¹¹³

Her går departementet tilbake på sine uttalelser i de gamle forarbeidene, og legger til grunn at det likevel ikke er anledning til å instruere selv om den aktuelle investeringen må anses å være vesentlig.

Med bakgrunn i dette må det kunne konkluderes med at instruksjonsforbudet gjelder alle avgjørelser om investeringer i utbygging eller oppgradering av nettet, også hvor disse er å anse som vesentlige.

3.3.3.4 Særlig om oppkjøp av annen nettvirksomhet

En stor del av de utvidelser av virksomheten som skjer i et nettselskap, skjer ved oppkjøpt av annen nettvirksomhet. En problemstilling blir da om morselskapet har anledning til å instruere datterselskapet når det gjelder avgjørelser relatert til slikt oppkjøp av annen nettvirksomhet.

¹¹² Bibow m.fl. (2011) s.196.

¹¹³ Prop. 35 L (2015-2016) s. 43.

Det første spørsmålet blir om slike avgjørelser kan anses å inngå i ”den daglige driften” av nettvirksomheten. Som det blir lagt til grunn ovenfor, må innholdet i formuleringen ”den daglige driften” langt på vei anses å sammenfalle med den selskapsrettslige definisjonen av den daglige leders oppgaver. Det sentrale her er hvorvidt den aktuelle saken ”etter selskapets forhold” kan anses å være ”av uvanlig art eller stor betydning”. Selv om kjøp av ny virksomhet ikke nødvendigvis trenger å være aktivitet av ”uvanlig art” for et nettselskap, må det i de aller fleste tilfeller kunne anses å være av ”stor betydning”. Dette innebærer at avgjørelser vedrørende kjøp av ny nettvirksomhet i alminnelighet faller utenfor formuleringen ”den daglige driften”.

Spørsmålet blir da om avgjørelser angående kjøp av ny nettvirksomhet kan anses omfattet av ordlyden ”utbygging eller oppgradering av nettet”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden ”utbygging [...] av nettet” innebærer at det skjer en utvidelse av det eksisterende nettet ved at det igangsettes arbeid med å bygge nytt, tilknyttet nett. Dette synes umiddelbart å avgrense mot kjøp av allerede eksisterende nett via oppkjøp av annen nettvirksomhet. Samtidig tilsier en naturlig språklig forståelse av ordlyden ”oppgradering av nettet” at det skjer en forbedring av det allerede eksisterende og eide nettet. Også dette synes å avgrense mot kjøp av allerede eksisterende nett via oppkjøp av annen nettvirksomhet.

I eldirektiv III heter det at instruksjonsforbudet gjelder ”individuelle avgjørelser om opprettelse eller oppgradering af distributionslinjer”.¹¹⁴ Ordlyden ”oprettelse eller oppgradering” er langt på vei sammenfallende med den norske formuleringen, og synes også å fokusere på det allerede eksisterende og eide nettet. Dette underbygger standpunktet om at oppkjøp av annen nettvirksomhet faller utenfor bestemmelsen.

Hensett til formålet om å sikre nødvendig selvstendighet og nøytralitet for driften av nettvirksomheten, vil det kunne argumenteres med at det ikke bør være noen forskjell mellom beslutning om å bygge ut det eksisterende nettet og beslutning om å kjøpe allerede eksisterende nett fra andre nettforetak. Dette taler for å tolke ordlyden ”utbygging” utvidende til også å omfatte slike oppkjøp.

På den annen side er det ingenting som hindrer morselskapet i selv å kjøpe opp annen nettvirksomhet, uten å gjøre dette via datterselskapet. Realiteten blir da langt på vei den samme som om den nye nettvirksomheten var kjøpt via datterselskapet, og med tanke på drift

¹¹⁴ Artikkel 26 nr. 2 bokstav c.

vil det klart være mest samfunnsøkonomisk om driften av nettet lå til samme foretak, og ikke til to adskilte foretak i samme integrerte virksomhet. Dette taler for at morselskapet bør kunne instruere datterselskapet i avgjørelser som gjelder oppkjøp av annen nettvirksomhet.

Sammenfatningsvis må dette også bli den endelige konklusjonen. Hovedvekten ved vurderingen legges på at ordlyden ikke synes å omfatte en slik form for utvidelse av virksomheten. Samtidig er forarbeider og direktiver tause om slike forhold. Standpunktet underbygges videre av at morselskapet likevel har anledning til selv å kjøpe opp slik virksomhet, for så å legge virksomheten til et datterselskap, eventuelt ved kjøp av det andre nettforetaket som sådant.

3.4 Sammenfatning

Som det fremgår ovenfor, er hovedformålet med kravet til funksjonelt skille å sikre at beslutninger som gjelder nettvirksomheten skal fattes internt i nettvirksomheten, uten hensyn til de øvrige deler av det integrerte foretaket. Ved å hindre rollesammenblanding i nettvirksomheten og annen konkurransebasert virksomhet, og ved å avskjære morselskapets instruksjonsadgang overfor nettvirksomheten, gjøres nettvirksomhetens selvstendighet og nøytralitet overfor de øvrige virksomhetsområder mer reell enn om man bare hadde hatt et krav til selskapsmessig skille.

At nøytraliteten og selvstendigheten gjøres mer reel, innebærer imidlertid ikke at reguleringen er optimal med tanke på å sikre størst mulig selvstendighet. Så lenge en aktør eier både nettvirksomhet og annen virksomhet, vil det foreligge insentiver for å maksimere den samlede virksomhetens fortjeneste.

4 Avslutning

Som denne avhandlingen viser, innebærer de energirettslige reguleringene omfattende begrensninger i adgangen til eierstyring overfor nettvirksomhet, sammenlignet med de selskapsrettslige utgangspunktene. Disse begrensningene legitimeres imidlertid av behovet for kontroll med den monopolvirksomhet som eksisterer i deler av energimarkedet.

Formålet med reguleringen er å hindre misbruk av den monopolmakt som naturlig ligger i nettvirksomheten, herunder særlig å hindre kryssubsidiering, sikre tredjepartsadgang, og ellers å sikre at nettvirksomheten drives på en nøytral og samfunnsmessig rasjonell måte. Ved å kreve selskapsmessig skille er det antatt at netteierens insentiver for kryssubsidiering mellom de ulike virksomhetsområdene blir svakere, samtidig som det blir lettere å føre løpende kontroll med virksomheten. Kravet til funksjonelt skille bidrar til å gjøre skillet mer reelt, og ved at avgjørelser som gjelder nettvirksomheten skal fattes internt uten instruksjoner fra morselskapet, søker man å sikre at driften av nettvirksomheten er nøytral og rasjonell.

Kravene til selskapsmessig og funksjonelt skille sikrer et stykke på vei at nettvirksomheten drives selvstendig fra den øvrige virksomheten i det integrerte foretaket. Dersom full nøytralitet er det endelige målet, kan kravene imidlertid ikke anses å være tilstrekkelige. Selv om nettvirksomheten rettslig og formelt drives selvstendig fra den øvrige virksomheten, vil det alltid foreligge et insentiv til å maksimere den samlede fortjenesten i et konsern. Så lenge nettvirksomheten eies av en aktør som også eier konkurransebasert virksomhet, vil det derfor foreligge et insentiv til å maksimere fortjenesten for de samlede virksomhetsområdene. Spørsmålet er derfor om det er nødvendig med mer inngripende reguleringer.

Slik rettsutviklingen har vært siden 1990, og med bakgrunn i det faktum at den ønskede nøytraliteten ikke er ansett å være tilstrekkelig oppnådd, er det naturlig å spørre seg om man etter hvert vil ta steget helt ut og kreve fullt eiermessig skille mellom nettvirksomheten og annen virksomhet. Slikt eiermessig skille innebærer at samme fysiske eller juridiske person ikke kan ha direkte eller indirekte kontroll over både nettvirksomhet og annen virksomhet.

I eldirektiv III stilles krav til eiermessig skille for de delene av strømmettet som er transmisjonsnett.¹¹⁵ Et slikt krav om eiermessig skille ble foreslått innført ved 2016-revisjonen av energiloven, men siden lovendringen i 2016 ikke innebar noen formell

¹¹⁵ Artikkel 29.

gjennomføring av direktivet, ble innføringen av kravet utsatt.¹¹⁶ En slik lovendring vil innebære at nett som defineres som transmisjonsnett overføres til Statnett SF, slik at Statnett blir eneste eier av transmisjonsnett i Norge.¹¹⁷

Bakgrunnen for at man ikke har innført et tilsvarende krav for distribusjonsnett, er at mulighetene for forskjellsbehandling av tredjeparter her er antatt å være mindre.¹¹⁸ At muligheter er mindre innebærer imidlertid ikke at de ikke er til stede, og også her vil det kunne forekomme konkurranseskadelig aktivitet, som bør foranledige en diskusjon om hvorvidt et eiermessig skille er hensiktsmessig.

Et alternativ til å innføre et fullstendig eiermessig skille, vil være å opprette en selvstendig nettoperatør, slik man har gjort med Gassco i gassmarkedet. En slik løsning innebærer at man overlater forvaltningen og driften av nettet til en operatør som er uavhengig av netteieren. For praktisk å kunne gjennomføre dette, opprettet man i gassmarkedet samtidig Gassled - et interessentskap som har det formelle eierskapet til ledningsnett, og hvor de tidligere netteierne nå eier ideelle andeler. En løsning som dette lot seg gjennomføre fordi det var et begrenset antall aktører som eide gassnettet, slik at man greide å bli enige om en slik eierskapsstruktur. For strømmarkedets vedkommende er det i dag omtrent 140 nettselskaper.¹¹⁹ Et så stort antall eiere må langt på vei anses å umuliggjøre en prosess lik den man hadde i gassektoren, idet det vil være vanskelig å få samtlige aktører til å bli enige om en måte å gjennomføre omorganiseringen på.

Hensett til formålene med reguleringen vil det kunne argumenteres med at et eiermessig skille er det mest hensiktsmessige.¹²⁰ Dette synes også å være den mest praktisk gjennomførbare løsningen. Ved et fullstendig eiermessig skille mellom nettvirksomhet og annen virksomhet forsvinner store deler av incentivet til misbruk av monopolmakten, særlig med tanke på krysssubsidierting. Dersom man innførte et slikt krav om eiermessig skille, kan man likevel tenke seg generelle konkurranserettslige problemstillinger knyttet til blant annet misbruk av dominerende stilling eller prissamarbeid, men dette er problemstillinger som alltid vil eksistere i et mer eller mindre åpent marked. Et fullstendig eiermessig skille må dermed anses

¹¹⁶ Olje- og energidepartementets høringsnotat og Prop. 35 L (2015-2016) s. 10

¹¹⁷ OEDs høringsnotat av 19 desember 2014, jf. Prop. 35 L (2015-2016) s. 13 og 30.

¹¹⁸ Eldirektiv III, fortalens avsnitt 26.

¹¹⁹ Prop. 35 L (2016-2016) s. 11.

¹²⁰ Dette er også lagt til grunn i tredje elmarkedsdirektiv, fortale, avsnitt 11, hvorav det følger at "ownership unbundling at a transmission level" er "the most effective tool by which to promote investments in infrastructure in a non-discriminatory way, fair access to the network for new entrants and transparency in the market".

å være den mest formålstjenlige og hensiktsmessige reguleringen av markedet med tanke på de hensyn reguleringen søker å ivareta.

Litteraturliste

Bøker og artikler:

- Andenæs (2007) Mads Henry Andenæs, *Selskapsrett* (Oslo 2007).
- Bibow m.fl. (2003) Jens Bibow, Gunnar Martinsen og Frode Støle, ”Energiloven, forvaltningspraksis og EØS-retten: organisatoriske krav til energiselskaper”, *Lov og rett*, 2003 s. 579-595.
- Bibow m.fl. (2011) Jens Bibow og Gunnar Martinsen, *Energiloven: med kommentarer* (Oslo 2011).
- Eide (2008) Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi* (Oslo 2008).
- Hammer (1999) Ulf Hammer, *Tilrettelegging av kraftmarkedet: En studie i reguleringen av nettets koordinerende funksjoner* (Oslo 1999).
- Jones (2016) Jones, C. (ed.), *EU Energy Law (Vol. I), The Internal energy market* (fourth edition) (Leuven 2016).
- Nesdam (2007) Anne-Karin Nesdam, *Det indre transportmarkedet – en analyse av virkemiddelbruken i den fellessapsrettslige energimarkedslovgivningen* (Oslo 2007).
- Steinhovden (2015) Knut I. Steinhovden, *Tredjepartstilgang til infrastruktur for transport av elektrisitet og gass* (Bergen 2015) (masteroppgave tilgjengelig på <https://bora.uib.no/handle/1956/11505>, lastet ned 28.02.17).
- Aakvaag m.fl. (1994) Torhild Aakvaag m.fl., *Noen sentrale emner innen norsk konsernrett* (Oslo 1994).

Norske lover:

Forvaltningsloven (1967)	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.
Energiloven (1990)	Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m.
Kommuneloven (1992)	Lov 25. februar 1992 om kommuner og fylkeskommuner.
EØS-loven (1992)	Lov 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Aksjeloven (1997)	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper
Endringslov til enl. (2001)	Lov 15. juni 2001 nr. 82 om endringer i energiloven.
Konkurranseloven (2004)	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.
Endringslov til enl. (2006)	Lov 30. juni 2006 nr. 59 om endringer i energiloven.
Endringslov til enl. (2016)	Lov 27. mai 2016 nr. 18 om endringer i energiloven.

Forskrifter:

Energilovforskriften (1990)	Forskrift 7 desember 1990 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m.
Avregningsforskriften (1999)	Forskrift 11 mars 1999 nr. 301 om måling, avregning, fakturering av netjtjenester og elektrisk energi, nettselskapets nøytralitet mv.
Kontrollforskriften (1999)	Forskrift 11 mars 1999 nr. 302 om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffier.

Lovforarbeider:

- Ot.prp. nr. 43 (1989-1990) Om lov 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. 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).
- Prop. 35 L (2015-2016) Endringer i energiloven (skille mellom nettvirksomhet og annen virksomhet mv.).

Høringer:

- (2014) Høringsnotat om forslag til endringer i energiloven, Olje- og energidepartementet (19. desember 2014)

Stortingsdokumenter:

- Meld. St. 14 (2011-2012) Olje- og energidepartementets melding til Stortinget: *Vi bygger Norge – om utbyggingen av strømmettet.*

Norske og utenlandske forvaltningsvedtak:

- (2012) Norges vassdrags- og energidirektorats vedtak 18. desember 2012 om overtredelsesgebyr – TrønderEnergi Nett AS – Brudd på krav om funksjonelt skille om nettselskapets nøytralitet og program for overvåking av nettselskapets nøytralitet.

Det danske Eltilsynets avgjørelse 8. august 2012, *Formandsafgørelse om habilitetskrav til elnetskabers ledende medarbejdere* (journalnr. 4/0602-0200-0007). (tilgjengelig på <http://energitilsynet.dk/el/afgoerelser/formandsafgoerelser/formandsafgoerelse-om-habilitetskrav-til-elnetskabers-ledende-medarbejdere/>) (lest 18. mai 2017).

(2016) Olje- og energidepartementets vedtak 27. juni 2016 nr. 824, *Delegering av myndighet etter energiloven til Norges vassdrags- og energidirektorat.*

Andre offentlige dokumenter:

(1996) Nærings- og energidepartementets brev 6. februar 1996 til partene, i anledning saken Akershus Energiverk/Oppegård kommune energiverk.

(2003) *Samarbeid om tilsyn med kraftmarkedet. Anbefalinger om fremtidig samarbeid mellom Konkurransetilsynet, Kredittilsynet og NVE* (oktober 2013).

Traktater:

TFEU Treaty on the functioning of the European Union.

EU-forordninger og direktiver:

Eldirektiv I Europaparlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF av 19 december 1996 om fælles regler for det indre marked for energi.

Eldirektiv II	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF av 26 juni 2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 96/92/EF.
Fusjonsforordningen	Rådsforordning (EF) 139/2004 av 20 januar 2004.
Eldirektiv III	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2009/72/EF av 13 juli 2009 om felles regler for det indre marked for elektrisitet og om opphevelse av direktiv 2003/54/EF

Andre EU-/EØS-dokumenter:

Note on unbundling	<i>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. (Brussel, 22. januar 2010).</i>
--------------------	---

Kilder fra Internett:

<http://www.statkraft.no/Energikilder/Vannkraft/>

https://snl.no/kommunale_foretak