

NOTAT

Til Energibedriftenes Landsforening v/Snorre Lamark og Trond Svartsund

Fra Advokatfirmaet Thommessen v/Gunnar Martinsen og Jens F Naas-Bibow

Dato 28. januar 2009

Ansvarlig advokat Gunnar Martinsen

VURDERING AV NVES UTKAST TIL FORSKRIFT OM KRAV TIL KOMPETANSE MV HOS ANLEGG- OG OMRÅDEKONSESJONÆRER

1 INNLEDNING OG OPPSUMMERING

Vi er bedt av Energibedriftenes Landsforening ("EBL") om å vurdere Norges vassdrags- og energidirektorats ("NVE") forslag til ny forskrift om krav til kompetanse mv hos anleggs- og områdekonsesjonærer. I dette notatet vurderer vi behovet for og den rettslige adgangen til å vedta en forskrift som foreslått.

Videre vil vi gi enkelte kommentarer til det forslag til flere endringer i energiloven som ble lagt frem av Olje- og energidepartementet ("OED") 9. desember 2008. Et av forslagene gikk ut på å endre §§ 3-1, 3-2 og 5-1 slik at den konsesjonspliktige virksomhet blir å *bygge, eie og drive* elektriske anlegg og fjernvarmeanlegg.

OEDs lovendringsforslag og NVEs forslag til forskrift medfører – både hver for seg og til sammen – vesentlige begrensninger i konsesjonærenes adgang til å ta avgjørelser om organiseringen av sin virksomhet. Da det etter vår vurdering er nødvendig å se forslagene i sammenheng, redegjør vi avslutningsvis for konsekvensene om *begge* forslag vedtas.

Kort oppsummert er våre kommentarer til de to forslagene at:

- NVE hevder at forskriften er en presisering av dagens regler og ikke innebærer endringer i forhold til dagens praktisering av regelverket. Vi er uenige i dette.
- Det er ikke *adgang* til å vedta en forskrift med det innholdet NVE legger opp til.
- Verken NVE eller OED har utredet behovet for eller konsekvenser av forslagene.
- Både hver for seg – og ikke minst *til sammen* – innebærer forslagene vesentlige begrensninger for konsesjonærenes adgang til å organisere sin virksomhet slik de finner det mest samfunnsmessig rasjonelt og effektivt.

2 DET RETTSLIGE INNHOLDET I NVES UTKAST TIL FORSKRIFT OM KRAV TIL BEMANNING MV AV KONSESJONÆRER ETTER ENERGILOVEN

2.1 Innledning

Det rettslige utgangspunktet i gjeldende regulering er at det er nødvendig med konsesjon for å bygge og drive elektriske anlegg. I dette ligger at konsesjonæren *reelt sett* må drive anlegget. Det er imidlertid på det rene at det er adgang til å sette ut utførelsen av en del oppgaver til andre tjenesteytere.

I forskriftsutkastet oppstiller NVE krav til kompetanse og bemanning hos anleggs- og områdekonsesjonærer, og egne krav til nettselskaper med inntektsramme. Ifølge NVE skal ikke forskriftsutkastet medføre endringer i forhold til gjeldende rett. Vi er imidlertid av den klare oppfatning at forskriftsutkastet innebærer mer enn bare en presisering av de krav som allerede er stilt til konsesjonærene og måten de har vært praktisert på.

2.2 Energilovens regler om bemanning – vurderingstemaet etter energiloven § 3-1 og 3-2

Hjemmel for forskriftsutkastet er energiloven § 3-4 første ledd nr 5, som gir adgang til å gi forskrifter om konsesjonærenes organisasjon og kompetanse mv.

Ved utforming av forskrifter om dette temaet må myndighetene holde seg innenfor rammene i energiloven §§ 3-1 og 3-2, som gir regler om konsesjonspliktig virksomhet. Disse bestemmelsene suppleres av forarbeidene til bestemmelsene, rammene i formålsbestemmelsen i energiloven § 1-2, bestemmelser i forskrifter etter energiloven, forvaltningspraksis og vilkår fastsatt i den enkelte konsesjon.

I korte trekk innebærer energilovens bemanningsregler at konsesjonæren *reelt sett* må drive det elektriske anlegget. Selv om ikke ordlyden i energiloven §§ 3-1 og 3-2 sier noe direkte om hvilke krav som stilles til konsesjonærene, er det helt klart at reglene gir konsesjonærene en betydelig adgang til å sette bort tjenester. Det sentrale etter reglene er om konsesjonæren har overordnet styring og kontroll med driften. Så lenge dette kravet er oppfylt har konsesjonæren frihet til å bestemme hvordan driften skal organiseres.

OED har uttalt seg en rekke ganger om rammene for adgangen til å sette bort utførelsen av tjenester til andre selskaper, og vi viser til følgende eksempler:

“Kompetanse som er av avgjørende betydning for sentrale beslutninger kan ikke kjøpes fra andre selskaper.” (Ot prp nr 61 (2005-06) side 30)

“Det sentrale vurderingstemaet er om aktøren som innehar konsesjon kan sette bort driftsoppgaver og fortsatt anses som den reelle driveren av anlegget. Det må foretas en konkret vurdering av de enkelte strukturelle endringer for å kunne fastslå om konsesjonsbestemmelsen er overholdt. Sentrale momenter ved vurderingen vil være hvor mange og hvor viktige oppgaver som settes bort. Det er ikke grunnlag for å tolke bestemmelsen som et forbud mot innkjøp av tjenester knyttet til drift og vedlikehold eller som et påbud om en bemanning av en bestemt størrelse.” (OEDs vedtak om å opprettholde NVEs avgjørelse i sak vedrørende bemanning i Agder Energi Nett AS av 4. mars 2008)

“Konsesjonsmyndigheten skal i hvert enkelt tilfelle nøye vurdere adgangen til å kjøpe tjenester fra tredjeparter ut fra hvor viktig oppgaven eller tjenesten er for virksomheten.” (Ot prp nr 61 (2005-06) side 30)

Utkastet til forskrift oppstiller faste regler som ikke gir rom for at det foretas slike individuelle og konkrete vurderinger i hvert enkelt tilfelle og med bakgrunn i forhold hos den enkelte konsesjonær. Forskriften innebærer derfor et brudd med energilovens regler om kompetanse, bemanning mv.

Det er ikke adgang til å binde opp de vurderingene som skal foretas etter energiloven §§ 3-1 og 3-2 gjennom å gi en slik forskrift. Hvis det skulle være ønskelig å gjøre endringer i reglene om bemanning hos konsesjonærene, må dette eventuelt gjøres gjennom ordinær lovbehandling.

Ved forskriftsforslaget går NVE også utenfor rammene som følger av formålsbestemmelsen i energiloven § 1-2. Konsesjonærer med tilstrekkelig kompetanse til å ivareta overordnet styring og kontroll er innenfor energiloven med forskrifter gitt adgang til å sette bort utførelsen av de øvrige oppgaver. Det er da opp til *konsesjonærene* å avgjøre hvilken organisering som er hensiktsmessig og som bidrar til å oppfylle energilovens målsetning om *“samfunnsmessig rasjonell”* utvikling og drift av kraftsystemet. Konsesjonærene er av den oppfatning at dagens organisering er den som best bidrar til å nå denne målsetningen. NVEs forskriftsutkast griper derfor inn i konsesjonærenes beslutningsdyktighet på en måte som er i strid med energilovgivningen.

2.3 NVEs forskriftsutkast er i strid med gjeldende forvaltningspraksis

NVE mener at forskriftsutkastet er i tråd med gjeldende praksis på området. Vi er imidlertid som nevnt av den oppfatning at NVEs forskriftsutkast går lenger enn det er adgang til i medhold av energilovens forskriftshjemler.

NVE har gjennom forskriftsutkastet foreslått å fravike både tidligere egen praksis og OEDs praksis på området. I kommentarene til utkastet fremholder NVE at reguleringen av egenkompetanse *“vanskelig [kan] gjøres i form av funksjonskrav, da krav til kompetanse er et virkemiddel for å sikre at ulike funksjonskrav kan oppfylles”*.

Dette er i strid med NVEs tidligere praksis, hvor direktoratet har praktisert en *klar funksjonell tilnærming* til vurderingen av om energilovgivningens krav er oppfylt. Under henvisning til at konsesjonsplikten gjelder for *bygging og drift* av anlegg har også OED uttalt at energilovens regler oppstiller funksjonelle kriterier (se Ot prp nr 61 (2005-06) side 29).

Vurderingstemaet har til nå vært om den organiseringsmodell konsesjonærene har valgt tilfredsstillende de krav til *styring, kontroll og kvalitet* som oppstilles. For eksempel ga NVE i vedtak av 13. januar 2006 om organisering av Agder Energi Nett uttrykk for at selskapets organisering var i samsvar med omsetningskonsesjonsvilkårene (som på samme måte som anleggs- og områdekonsesjonene krever at konsesjonæren har den kompetanse som er nødvendig for å drive et selvstendig nettselskap). I organiseringsmodellen som NVE vurderte besto Agder Energi Nett av *“om lag 90 ansatte, hvorav 50 tilhører netteieravdelingen”*, mens entreprenørtjenestene som ble satt ut besto av mellom 200 og 300 årsverk. Modellen ble godkjent først av NVE og senere av OED.

I vedtaket uttaler NVE videre at konsesjonsvilkårene ikke innebærer noe forbud mot tjenesteutsetting av entreprenørtjenester, og at hensikten med vilkårene er *“at nettselskapet skal ha tilstrekkelig kompetanse til å forestå driften av selskapets kjerneoppgaver”*. NVE konkluderte med at Agder Energi Nett i den valgte organisering fortsatt ville ha *“betydelig kompetanse knyttet til nettdrift internt i eget*

selskap", og at først dersom "antall ansatte i AEN reduseres vesentlig" kunne det etter NVEs vurdering "være behov for å gjøre en ny vurdering av om organiseringen tilfredsstillende konsesjonsvilkårene".

NVEs synspunkter ble gjentatt ved oversendelse av klage i saken til OED, hvor det også blant annet ble uttalt at konsesjonsvilkårene ikke må tolkes som et "forbud mot omfattende tjenesteutsetting" og at "(s)tores deler av de praktiske drift og vedlikeholdsoppgavene kan dermed overlates til andre selskap uten at dette innebærer brudd på konsesjonsvilkårene".

NVEs vedtak ble opprettholdt av OED. I OEDs vedtak oppsummeres NVEs praksis slik at direktoratet har vektlagt å "oppnå en samfunnsøkonomisk rasjonell virksomhet i tråd med energilovens formål, gjennom avveining mellom hensynet til sikkerhet og beredskap på den ene side og hensynet til kostnadseffektiv drift av nettselskapene på den andre." (vedtak om bemanning i Agder Energi Nett AS av 4. mars 2008, våre understrekninger)

NVE og OED har altså tidligere vært enige om rammene for konsesjonærenes adgang til å sette bort utførelsen av visse oppgaver. Gjennom flere vedtak og varsler ga imidlertid NVE i juni 2008 uttrykk for en avvikende oppfatning, og påla vesentlig oppbemanning i flere nettselskaper. NVEs vedtak er påklaget til OED, men endelig avgjørelse er ikke truffet.

Etter vår vurdering har forvaltningspraksis frem til NVEs siste vedtak vært i tråd med energiloven §§ 3-1 og 3-2. Det er helt klart at NVE ved det foreliggende forskriftsutkastet fraviker disse rammene på en måte som er i strid med reglene i energiloven §§ 3-1 og 3-2, og det er derfor ikke adgang til å vedta forskriften.

2.4 Ikke behov for forskriftsregulering

2.4.1 Dagens regler fungerer tilfredsstillende

Etter vårt syn er det imidlertid ikke bare slik at ikke energiloven gir adgang til å vedta en forskrift som den NVE foreslår, men det er etter det vi erfarer heller ikke behov for det.

NVE uttaler i forskriftsutkastet at det ikke "uten videre [er] gitt at effektiviteten øker ved en omfattende grad av utsetting av tjenester" (side 6). Det er selvfølgelig riktig at dette ikke er gitt, men innenfor rammene av energiloven med forskrifter, konsesjonsbestemmelser mv er dette faglige og økonomiske vurderinger som det er opp til konsesjonærene å ta. Etter det vi får opplyst mener konsesjonærene at dagens regler fungerer godt.

Energiloven med forskrifter gir som nevnt konsesjonærer som har tilstrekkelig kompetanse til å ivareta overordnet styring og kontroll adgang til å sette bort utførelsen av de øvrige oppgaver. Innenfor disse rammene er det uten betydning om personellet er tilknyttet selskapet gjennom en ansettelsesavtale eller en innleieavtale med det tjenesteytende selskapet.

NVEs hovedinnvending mot dagens praksis er at direktoratet mener at samfunnsoppgavene konsesjonærene har ikke kan ivaretas over tid når funksjonene utøves av andre enn konsesjonærens egne ansatte. NVE har imidlertid ikke hatt konkrete innvendinger mot utførelsen av enkeltoppgaver i noen selskaper. Både EBL og enkeltkonsesjonærene er videre av den oppfatning at regelverket og praktiseringen av det fungerer tilfredsstillende i dag, og at det ikke er behov for nye detaljerte bestemmelser i en ny forskrift. Vi er derfor også overrasket over at NVE i forskriftsutkastet fra september 2008 mener at det er fare for at konsesjonærene ikke kan ivareta sine oppgaver over tid, når

direktoratet i oktober 2008 fremhevet at avbruddsstatistikken viser en positiv trend og at forsyningssikkerheten er tilfredsstillende:

“Avbruddsstatistikken har vist en positiv trend de siste årene. - Det er en indikasjon på at forsyningssikkerheten i distribusjonsnettet er tilfredsstillende.” (pressemelding i forbindelse med Riksrevisjonens undersøkelse om statlig virkemiddelbruk for sikker og pålitelig overføring av kraft i distribusjonsnettet og rapport publisert i oktober 2008)

2.4.2 Ikke utfordringer med avtaler mv ved innleie

Som innvending mot å tillate omfattende utsettelse av tjenester trekker NVE videre frem at det *“generelt [vil] være vanskelig å ta høyde for alle uforutsette forhold i en avtale. Dette innebærer at det vil oppstå et stort behov for kontroll og oppfølging og ikke minst reforhandling av avtaler”* (utkastet side 6).

Eventuelle avtaletekniske utfordringer er etter vårt syn ikke relevant ved vurderingen av om det skal være adgang til å sette bort utførelsen av bestemte tjenester. Ved vurderingen av hvilke føringer som skal gjelde for konsesjonærenes virksomhet skal derimot energilovens overordnede målsetninger om samfunnsmessig rasjonell drift og utvikling av nettet være styrende.

Selskapene selv erfarer at avtafefesting gir langt bedre klarhet og tydelighet i krav til leveranse, rapportering, kostnader og fremdrift. Dermed styrkes også kvaliteten på det arbeid som utføres og forsyningssikkerheten i kraftsystemet. Ut fra det konsesjonærene og EBL opplyser, har selskapene uansett tilstrekkelig kunnskap og kompetanse til å utforme slike avtaler og til å følge opp underveis for å sikre at tjenestene gjennomføres på en god måte. Energilovens målsetninger ivaretas derfor på en god måte etter gjeldende regler om organisering av konsesjonspliktig virksomhet.

Disse synspunktene og erfaringene underbygges av en rapport utarbeidet av Det Norske Veritas på oppdrag fra enkelte nettselskaper i januar 2008. Veritas' hovedkonklusjon er *“at ansattes tilhørighet i liten grad påvirker nettselskapets evne til å gjennomføre virksomhetens sentrale oppgaver eller opprettholde styring og kontroll. Den viktigste forutsetningen for planlegging og utførelse av virksomhetens sentrale oppgaver er først og fremst relatert til i hvor stor grad nettselskapene innehar gode systemer for å sikre nødvendig styring og kontroll”* (våre understrekninger).

2.5 Særlig om de øvrige konsesjonærene enn nettselskaper med inntektsramme (utkastet § 3)

NVEs kommentarer til utkastet § 3 vedrørende regler om bemanning hos de øvrige konsesjonærer enn nettselskaper med inntektsramme er *svært kortfattede*, uklare og gir få holdepunkter for selskapene.

Blant kommentarene som gis uttaler NVE at bemanningskravene *“innebærer at personellet og kompetansen skal finnes innenfor den juridiske enheten som har konsesjonen”* (side 10). NVE presiserer deretter at det *“ikke er tilstrekkelig kun med ledelseskompetanse, men at alle selskaper også skal ha egenkompetanse innen teknisk og praktisk drift av den konsesjonspliktige virksomhet”*. Ut over dette er imidlertid kommentarene til bestemmelsen knappe, uklare og gir få holdepunkter for selskapene.

NVE redegjør videre ikke for hvordan konsesjonærene rent *praktisk* skal håndtere de endringer som forskriften medfører. Dette bør klargjøres av OED før en eventuell forskrift vedtas.

Nærmere bestemt er det for det første vanskelig å utlede noe konkret om hvilken bemanning som er nødvendig ut fra NVEs uttalelser om at *“alle selskaper også skal ha egenkompetanse innen teknisk og praktisk drift av den konsesjonspliktige virksomhet”* (utkastet side 10). Bestemmelsen gjelder for en

rekke virksomheter av svært ulik karakter. For at konsesjonærene skal ha mulighet til å forholde seg til kravene bør det imidlertid likevel presiseres *hva slags* teknisk og praktisk kompetanse som er nødvendig.

NVE knytter enkelte kommentarer til bemanningssituasjonen hos de mindre konsesjonærene, nærmere bestemt at *“(s)må selskaper vil normalt ha behov for flere enn én ansatt med tilsvarende kompetanse innen hver funksjon, og vil dermed kanskje måtte ha en større andel av den totale kompetansen på området innen eget selskap”* (utkastet side 8). Det tas imidlertid ikke stilling til hvordan de minste konsesjonærene skal innrette sin organisasjon i henhold til forslaget. Enkelte av de minste produsentene er i dag bemannet med daglig leder og få eller ingen andre ansatte. Vi har vanskelig for å se at disse selskapene har noe *ubetinget behov* for en økt bemanning. Behovet for faglig oppdatering mv kan ivaretas gjennom bransjesamlinger, etterutdanning og annen kursvirksomhet.

3 RETTSTEKNISKE FORHOLD – FORSKRIFTSUTKASTETS UTFORMING

3.1 Adgangen til å vedta en forskrift som får virkning for gitte konsesjoner

Myndighetene har en viss adgang til å gi forskrifter som griper inn i eksisterende konsesjoner. Ved vedtakelsen av forskrifter må imidlertid myndighetene holde seg innenfor rammene i hjemmelsloven, det vil i dette tilfellet særlig si hjemmelsbestemmelsen i energiloven § 3-4 nr 5, bestemmelsene om konsesjonsplikt i §§ 3-1 og 3-2 og formålsbestemmelsen i § 1-2.

Forskriftsutkastet er tematisk innenfor rammene av hjemmelsbestemmelsen i energiloven § 3-4 nr 5, ved at forskriften gir bestemmelser om *“konsesjonærens organisasjon og kompetanse, kompetanse hos den som overlates driftsoppgaver og bestemmelser som regulerer bortsettelse av drift”*.

De nærmere rammene for hva som kan fastsettes gjennom forskrift følger imidlertid som nevnt av energiloven §§ 3-1 og 3-2. Forskriftsforslaget er *ikke* innenfor rammen av disse bestemmelsene. Forskriften er heller ikke innenfor rammene i energilovens formålsbestemmelse. Det at NVE ikke har kunnet påvise konkrete forhold som ikke fungerer per i dag innebærer videre at myndighetene bør være tilbakeholdne med å endre rammevilkårene for konsesjonærene. Det er svært viktig med forutsigbarhet for energibransjen. Konsesjonærene har mye kompetanse, og også tilstrekkelig erfaring til å sikre overholdelse av regelverket. Dette viser seg ved at NVE ikke har konkrete innvendinger mot nivået på vedlikehold mv.

Vi gjør også oppmerksom på at forskriftsutkastet er i strid med gjeldende regler i avregningsforskriften § 7-4, som gir en omfattende adgang til å sette bort utførelsen av oppgavene etter avregningsforskriften. Selskapenes handlefrihet begrenses mer etter forskriftsutkastet. Hvis forskriftsutkastet blir vedtatt vil det være nødvendig å gjøre endringer i avregningsforskriften § 7-4.

3.2 Forskriftens anvendelsesområde – likebehandling og inntektsrammeregulering

NVE har tidligere antydnet at det kan bli aktuelt å ha forskjellige regler om bemanning, kompetanse mv for større og mindre selskaper.

De alminnelige forvaltningsrettslige regler krever at konsesjonærene likebehandles. Eventuelle forskjeller i reglene for større og mindre konsesjonærer krever saklig begrunnelse. Vi kan ikke se at NVE har begrunnet en eventuell forskjellsbehandling mellom større og mindre konsesjonærer på noen saklig måte.

Vi fremhever dessuten at – hvis NVEs synspunkter om at oppbemanning er nødvendig for å sikre leveringskvalitet og sikkerhet er riktige – vil en eventuell ulik anvendelse av reglene kunne ha betydning for *kundenes* leveringskvalitet og sikkerhet. Hvis NVE mener at det er nødvendig å ha slike bemanningskrav som nå er foreslått, må forskriftskravene derfor gjelde for *alle* konsesjonærer, slik at *alle kunder* gis likt utgangspunkt for leveringskvalitet og sikkerhet.

Vi understreker også at ulike krav til bemanning og kompetanse til nettselskapene vil gjøre dagens inntektsrammeregulering og fastsettelse av kostnadsnormer uegnet, ved at man dermed vil sammenligne ulike virksomheter.

3.3 Utformingen av forskriften og kommentarene

NVEs høringsdokument med kommentarer til forskriftsutkastet er uklart og kortfattet, særlig hva gjelder reglene for andre konsesjonærer enn nettselskap med inntektsramme.

Som eksempel på forskriftens uklarhet viser vi til NVEs foreslåtte bruk av begrepet "*altoverveiende del*", som brukes i forskriftsutkastet § 4 for å angi hvilken kompetanse nettselskaper med inntektsramme skal ha på enkelte områder. Etter vår vurdering er det uklart hva som legges i dette begrepet, spesielt sett opp mot at det er stor forskjell på konsesjonærenes virksomhet og størrelse. Det er etter vår vurdering klart at kommentarene til forslaget må presiseres og klargjøres før det kan klarlegges om det er grunnlag for å vedta en slik forskrift.

Vi gjør videre oppmerksom på at NVEs vedtak om såkalt kompetanse og bemanning overfor Hafslund Nett AS og Fredrikstad EnergiNett AS av 24. juni 2008 er vesentlig mer detaljerte enn forskriftsutkastet med kommentarer. Selv om forskriftsutkastet har en rekke skjønsmessige begreper og formuleringer, er forskriftsutkastet vesentlig mer detaljert enn dagens regler om bemanning. Skulle vedtakene opprettholdes og forskriften vedtas slik den foreligger, selv om det etter vår vurdering ikke er adgang til å vedta forskriften, vil NVE og OED ta avstand fra den tidligere praksis på området og fjerne seg fra energilovgivningens mer skjønsmessige regler for organisering og bemanning, som innenfor rammene overlater vesentlige organiseringsbeslutninger til konsesjonæren selv.

Dette skaper et behov for klargjøring av om detaljnivået og kravene som NVE legger opp til i sine nevnte vedtak skal oppfattes som uttrykk for rettstilstanden etter at en eventuell mer generell forskrift er vedtatt. Problemstillingen må adresseres uttrykkelig i departementets videre arbeid med forskriftsutkastet, og ved vurderingen av behovet for og utformingen av en eventuell forskrift.

3.4 Forholdet til utredningsinstruksen

Behovet for forskriftsregulering er videre *ikke undersøkt i tilstrekkelig grad*, slik reglene i instruks om utredning av konsekvenser, foreleggelse og høring ved arbeidet med offentlige utredninger, forskrifter, proposisjoner og meldinger til Stortinget av 18. februar 2000 (utredningsinstruksen) krever.

NVE mener som nevnt at forskriften er en presisering av gjeldende rett og ikke medfører endringer i reglene, og at forskriften derfor ikke vil ha nevneverdige økonomiske eller administrative konsekvenser (utkastet side 16). Dette kan antakelig være bakgrunnen for at det ikke er foretatt utredninger i forkant av at forslaget ble fremsatt.

Som vi har redegjort for tidligere i dette notatet, er vi ikke enige i at forskriften er en presisering av gjeldende rett. Konsekvensene av forskriftsutkastet *vil* være store for konsesjonærene, idet reglene vesentlig begrenser adgangen til å organisere virksomheten slik den enkelte konsesjonær selv anser det

mest hensiktsmessig og effektivt. Det kan også se ut som at forskriftsutkastet vil begrense konsesjonærenes adgang til å tilby tjenester til hverandre, for eksempel hva gjelder fortsatt utsetting av gjennomføringen av driftskontrollopgaver.

Vi viser videre til at konsesjonærene selv er av den oppfatning at dagens ordning fungerer godt, og at man oppnår de beste samfunnsmessige løsninger ved å ha en frihet i adgangen til å sette bort utførelsen av enkelte tjenester. Enkelte av nettselskapene har videre som nevnt gjennomført undersøkelser, som viser at de ansattes tilhørighet til selskapet ikke har betydning for selskapenes evne til å gjennomføre virksomhetens sentrale oppgaver eller opprettholde styring kontroll.

Før en forskrift eventuelt kan vedtas må det derfor foretas tilstrekkelige utredninger, i tråd med utredningsinstruksen, som kartlegger dagens praksis, nivået på nett, anlegg og beredskap og eventuelt behov for å gjøre forbedringer i rutiner.

I kommentarene til forskriftsutkastet fremholder NVE videre at forskriften medfører avklaringer som kan være positive for arbeidet i selskapene. Vi kan ikke se at dette er tilfelle, da forskriften og kommentarene er utformet upresist og diffust, særlig hva gjelder kravene til de konsesjonærer som ikke er nettselskap med inntektsramme. Videre er forholdet til mindre selskaper som har en for liten organisasjon til å oppfylle kravene ikke vurdert.

Hvis OED går videre med NVEs forskriftsforslag forventes det at departementet foretar vesentlige oppklaringer i utkastet og kommentarene til forskriften, slik at det blir en viss grad av forutsigbarhet for bransjen og rammene for hvilken ny praksis myndighetene ønsker å gjennomføre blir klarere for alle konsesjonærer uansett størrelse og type virksomhet.

3.5 Regelverket i Sverige og Finland

3.5.1 Innledning

Myndighetene i både Sverige og Finland har – på samme måte som myndighetene i Norge frem til nå har hatt – en funksjonell tilnærming til nettselskapenes organisering, hvor det sentrale har vært hvorvidt den organiseringsmodell som nettselskapet har valgt tilfredsstillende de krav til styring, kontroll og kvalitet som oppstilles.

Dersom norske myndigheter nå beveger seg i retning av spesifikke krav til bemanning og organisering, innebærer dette en utvikling i motsatt retning av det som er situasjonen i de to nabolandene. Vi kan ikke se at det er grunnlag for å vurdere situasjonen i Norge annerledes enn i våre naboland.

3.5.2 Krav til bemanning i nettselskaper i Sverige

Etter den svenske Ellagen kapittel 2 § 1 kan ikke nettanlegg "*byggas eller användas utan tillstånd (nätkoncession)*". Nettkonsesjon kan meddeles enten for en bestemt linje eller for et bestemt område.

Vilkårene for å kunne få nettkonsesjon fremgår av den svenske Ellagen, hvor det blant annet fremgår at "*Nätkoncession får beviljas endast den som från allmän synpunkt är lämplig (passende/kompetent til - vår anmerkning) att utöva nätverksamhet*" (kapittel 2 § 10). I Energimarknadsinspektionens (tilsvarende NVE) *Handbok för ansökan om nätkoncession* fremgår det at det i dette ligger at nettkonsesjonæren skal "*ha både teknisk och ekonomisk kompetens samt ha en sådan organisation som är avpassad för verksamheten och som inte föranleder någon sammanblanding mellan nät- och elhandelsverksamhet*".

Det fremgår videre av håndboken at man ved søknad om konsesjon skal vedlegge en egen redegjørelse om konsesjonærens organisasjon. Det fremgår av håndboken at det er vid adgang til outsourcing, men at man ved konsesjonssøknad skal gjøre rede for hvordan man i så fall gjennom avtaler har sikret seg at ulike oppgaver blir ivaretatt:

"Till ansökan skall bifogas en särskild redogörelse för sökandens organisation. Av redogörelsen skall särskilt anges hur ledningsfunktioner avseende elteknik och företagets ekonomi upprätthålls. Vidare bör det framgå hur funktionerna projektering och planering, anläggningsarbeten, drift och underhåll, mätning och rapportering, kundservice och kundtjänst är tillgodosedda. För det fall dessa funktioner inte utförs av egen personal skall sökanden visa att det genom avtal kan anses säkerställt att företaget har tillförsäkrat att funktionen kommer att utföras i erforderlig omfattning och kvalitet samt med nödvändig kompetens. Upphandlingsavtal och fördelningsnycklar med flera handlingar som utvisar hur och från vem företagets resursbehov tillgodoses skall bifogas ansökan." (våre understrekinger)

Den svenske Energimarknadsinspektionens kontaktperson for spørsmål om områdekonsesjoner, Lennart Göhl bekreftet i epost til advokatfirmaet Thommessen av 6. desember 2007 at "(o)outsourcing är mycket vanligt bland svenska nätföretag". Energimarknadsinspektionen skriver videre:

"Tillräcklig teknisk, juridisk och ekonomisk kompetens krävs inom ett nätföretag, för att företaget (och dess ledning) ska kunna planera framåt, lägga upp strategi(er) och för att kunna upphandla tjänster, och skriva adekvata avtal, där bl. a. klart definieras ansvarsfordelningen mellan beställare och entreprenör, specificeras tjänster/produkter och deras kvalitet, vad som gäller om ett avtal inte efterlevs, m.m."

Av samme Lennart Göhl er vi i epost av 19. desember 2008 også gjort kjent med den svenske Regeringen i sin avgjørelse av 22. juni 2005 i klagesak vedrørende nettkonsesjon uttalte at

"Det finns inga bestämmelser i ellagen eller underliggande författningar som anger i vilken omfattning ett nätföretag kan köpa de tjänster som krävs för nätverksamheten. De uttalanden som gjorts i förarbetena talar dock för att det bör vara möjligt att anlita externa entreprenörer eller att samarbeta beträffande vissa funktioner. I andra sammanhang, t.ex. mätning och rapportering eller åtgärder för att säkerställa driftsäkerheten, har sådana lösningar framhållits som kostnadseffektiva."

Vi viser videre til at den svenske Regeringen uttaler at det relevante ved vurderingen av om det skal gis konsesjon er søkerens allmenne kompetanse og utforming av organisasjonen som skal håndtere nettvirksomheten og eventuelle tidligere erfaringer med søkerens utøvelse av konsesjonspliktig virksomhet. I denne forbindelse vil nettselskapets effektivitet, størrelse og tilgangen på ressurser – enten i egen organisasjon eller ved innleie spille inn.

Ifølge Göhl tolker Energimarknadsinspektionen denne avgjørelsen slik at de "formelt inte kan ställa krav på ett nätföretags organisation och dess interna kompetens när vi meddelar koncessioner. Beslutet är prejudicerande."

Svenske myndigheter har med andre ord en klar funksjonell tilnærming, hvor det sentrale ikke er hvem som utfører hvilke tjenester, men at man har klare rutiner for ansvarsfordeling, styring og kontroll.

Dette er i tråd med EBL og den norske bransjens synspunkter på hva som er hensiktsmessig drift – både for nettselskaper med inntektsramme og andre konsesjonærer.

3.5.3 Krav til bemanning i nettselskaper i Finland

Etter gjeldende finske Elmarknadslagen kan ikke nettvirksomhet utøves uten konsesjon (elnätstillstånd):

"Elnätsverksamhet får endast utövas med tillstånd av elmarknadsmyndigheten (elnätstillstånd)". (Elmarknadslagen § 4)

Vilkår for å få nettkonsesjon er gitt i Elmarknadslagen og er videre presisert i Elmarknadsförordningen. Etter Elmarknadslagen § 5 skal et nettselskap ha *"tekniska, ekonomiska och organisatoriska förutsättningar att sörja för sin elnätsverksamhet"*. For å oppfylle dette kreves det at:

- 1) sökandens organisation motsvarar omfattningen och arten av nätverksamheten,*
- 2) sökanden har tillräckligt många anställda,*
- 3) sökanden har i sin anställning en sådan driftsledare samt, om sökanden utför elarbeten, en sådan elarbetsledare som uppfyller de behörighetsvillkor som föreskrivs i och med stöd av elsäkerhetslagen (410/1996),*
- 4) sökanden har ekonomiska förutsättningar för en lönsam elnätsverksamhet,*
- 5) sökanden har beslutanderätt i fråga om de medel som behövs för drift, underhåll och utveckling av elnät, samt om"*

I forhold til krav om personell i nettselskapet går ikke Elmarknadsförordningen lenger enn å oppstille krav om at nettselskapet skal ha *"tillräcklig personal"* og *"i sin tjänst en driftsledare som fyller behörskraven¹ samt, när sökande utför elarbeten, en elarbetsledare som fyller behörighetskraven"*, jf Elmarknadsförordningen § 2.

Det finske Energimarknadsverket har presisert hva som ligger i kravene til tilstrekkelig personell i epost til advokatfirmaet Thommessen av 11. desember 2007. Legal advisor Susan Hindström presiserer kravene på følgende måte:

"Thus, the applicant needs to have in its service at least an operating manager and, if the applicant carries out electrical works, an eligible manager of electrical works. In addition, the applicant has to have sufficient personnel in a way that it can take care of and be responsible for its operations and fulfil its obligations defined in Electricity Market Act and in other decrees and decisions given on the basis of Electricity Market Act. However, Energy Market Authority has not given any official guidelines regarding the requirement of sufficient personnel. In practice, in cases where part of the operations have been outsourced, in the assessment whether a grid company has sufficient personnel Energy Market Authority has considered the extent and nature of system operations. If the system operator's own organisation is thin and its statutory obligations are mainly met by buying services from service providers, in the assessment of preconditions for electricity system license also the contractual

¹ Behörskrav = kompetansekrav.

arrangements between the system operator and different service providers become essential. In such a case, the contractual arrangements should ensure that the system operator has factually at its disposal the sufficient resources necessary for taking care of the operations and that the contractual arrangements does not include any significant risks, which could endanger the proper fulfilment of system operator's statutory obligations for which the system operator ultimately is responsible. A binding decision regarding whether the preconditions for electricity system licence are met is given due to an application for electricity system licence." (våre understrekninger)

Redegjørelsen fra Energimarknadsverket viser at outsourcing er tillatt i betydelig omfang. Også finske myndigheter har en funksjonell tilnærming, og sikring av at hensyn til nødvendig styring og kontroll ivaretas – blant annet ved avtaleverket mellom nettselskapet og tjenesteyter – er ett av områdene som er gjenstand for kontroll ved betydelig bortsetting av tjenester.

4 OLJE- OG ENERGIDEPARTEMENTETS FORSLAG TIL ENDRINGER I ENERGILOVEN

OEDs forslag til endring av energiloven §§ 3-1, 3-2 og 5-1 innebærer at funksjonene eierskap og drift av elektriske anlegg og fjernvarmeselskap som hovedregel skal utføres av samme selskap. I praksis vil dette forslaget innebære en vesentlig innskrenkning i adgangen til å sette bort utførelsen av tjenester sammenlignet med i dag.

Som vi har redegjort for i dette notatet, oppstiller dagens regler funksjonskrav. Disse tillater bortsetting av tjenester, så fremt konsesjonæren beholder den bemanning som er nødvendig for reelt sett å drive anlegget, eller alternativt overfører konsesjonen til tjenesteyteren. OED mener at det er nødvendig å samle funksjonene eierskap og drift til elektriske anlegg/fjernvarmeanlegg hos ett selskap for å sikre *tilstrekkelig kontroll med elektriske anlegg*.

Vi er imidlertid av den oppfatning at både konsesjonærer og eier – hvor dette ikke er samme subjekt – har nødvendige forutsetninger for å ha tilstrekkelig kontroll med anleggene slik praksis er i dag. Konsesjonærer som innehar den kompetanse som reelt sett er nødvendig for å *drive anlegget* har også tilstrekkelig kunnskap til å fange opp eventuelle mangler ved utførelsen av tjenestene. Avtaleregulering mellom eier og driver av det elektriske anlegget/fjernvarmeanlegget kan videre sikre eierne god kontroll med anleggene, slik at begge parter vil ha de nødvendige muligheter for å gjøre endringer i driften som følge av nye regler og pålegg fra NVE. Myndighetene kan og bør oppstille krav til dokumentasjon av at disse avtalene sikrer nødvendig kontroll og pålitelig drift og ivaretar hensyn til beredskap, men det er rettslig sett ikke nødvendig å knytte kontrollen opp mot et krav om at *eierskapet* må være plassert i den enheten som driver det elektriske anlegget/fjernvarmeanlegget.

I sitt lovendringsforslag redegjør departementet helt kort for at det fortsatt vil være adgang til å inngå avtale om langtidsleie av elektriske anlegg fra *andre konsesjonærer*. Det forutsettes at leietaker da skal ha full kontroll med anleggene i leieperioden og ivareta alle rettigheter og plikter for anleggene. Denne leieadgangen utdypes imidlertid ikke ytterligere. Når departementet samtidig angir at hovedregelen er at konsesjon for eierskap og drift skal gis til én aktør, er det imidlertid etter vår oppfatning klart at den skisserte utleieadgang er for snever og ikke gir konsesjonærene tilstrekkelig organisatorisk handlefrihet slik at de kan optimalisere sin drift.

Forslaget om å samle eierskap og drift hos samme rettssubjekt vil videre få stor betydning for en rekke aktører med kraftproduksjonsvirksomhet. I dag er en rekke kraftverk organisert med én eller et fåtall

ansatte i hel- eller deltidsstillinger, som har overordnet styring og kontroll med virksomheten. Ved en slik modell utføres gjerne de øvrige tjenester av et operatørselskap, som innehar anleggskonsesjonen og forestår den praktiske driften og vedlikeholdet av kraftverket.

Etter det vi forstår, er bransjen selv av den oppfatning at slike driftsoperatørløsninger velges fordi de er samfunnsmessig og bedriftsøkonomisk rasjonelle løsninger. Løsningene medfører etter det vi er kjent med både lavere kostnader og tilgang til større kompetansemiljø, noe som etter selskapenes oppfatning trykker kvaliteten på anleggene. Når departementet nå foreslår å samle funksjonene eierskap og drift, vil imidlertid denne fleksibiliteten i valg av organiseringsform forsvinne.

Vi er imidlertid usikre på om OED ved sitt forslag tilsikter å gjøre slike endringer for kraftprodusentene. I høringsnotatet drøftes problemstillinger knyttet til utleie av *nettanlegg* under overskriften "*Forslag om eierskap til nettselskapenes eiendommer*" (høringsnotatet punkt 3.2). Behovet for å samle funksjonene eierskap til og drift av andre elektriske anlegg og fjernvarmeanlegg drøftes imidlertid ikke.

Hvis forslaget skulle fastholdes, er det behov for vesentlige presiseringer, da forslaget og kommentarene er upresise og ufullstendige. Vi viser til kommentarene under punkt 5 hvor vi redegjør for konsekvenser av NVE og OEDs forslag sett i sammenheng. Hvis OED fastholder at det er ønskelig å gjøre endringer i dagens regler, bør det etter vår oppfatning foretas en grundig vurdering av om det er ønskelig å gjøre en slik endring gjeldende for alle anleggs-, område- og fjernvarmekonsesjonærer. I høringsnotatet drøfter departementet som nevnt bare behovet for å innføre regler for nettselskapene. Hvis det primære siktemålet er å regulere organisering av nettvirksomheten, bør etter vår vurdering ikke de generelle konsesjonsreglene endres på lovnivå. I stedet bør det eventuelt vurderes om det er behov for egne regler vedrørende nettvirksomhet fastsatt på forskriftsnivå.

5 KONSEKVENSER AV FORSLAGENE SETT I SAMMENHENG

Dagens regelverk åpner for en del fleksible løsninger og gir konsesjonærene vesentlig frihet til å avgjøre hvordan egen virksomhet skal være organisert. NVEs forslag til endringer i reglene om bemanning mv hos konsesjonærene og OEDs forslag om endringer i energiloven representerer til sammen en betydelig innskrenkning i denne friheten til å organisere virksomhetene på en "*samfunnsmessig rasjonell måte*" og derved oppfylle formålet med energilovgivningen.

Lovendrings- og forskriftsforslagene vil samlet sett være svært uheldige for selskaper av alle størrelser og innen alle de ulike konsesjonspliktige områdene, men konsekvensene vil vise seg på noe forskjellig måte:

- I de senere årene har en rekke energiselskaper omorganisert sin virksomhet til konsern, og opplevd betydelige effektivitetsfordeler. Gjennom konsernstrukturen spesialiserer de enkelte selskapene sin virksomhet slik at selskapene yter spesialiserte tjenester til hverandre (og i noen grad til eksterne selskaper). Disse selskapene har også gjerne en mindre andel egne ansatte enn de ville hatt om ikke omorganiseringen til konsern hadde vært gjennomført.
- I dag er det en del nettselskaper som samarbeider om felles driftssentralløsninger. Selskapene selv opplever at både effektiviteten og beredskapen øker gjennom et slikt samarbeid, og at kompetanseutviklingen blir bedre. NVE forutsetter at det også etter forskriftsforslaget vil være adgang til å samarbeide med andre selskaper om felles driftskontrollfunksjon, men sier videre at "*selskapet må likevel selv ha egne ansatte til å dekke selskapets behov innen dette området*". Vi har derfor vanskelig for å se at det skal kunne gjennomføres noen samarbeidsformer som vil medføre reelle effektivitetsfordeler for selskapene.

THOMMESSEN

- En del mindre vannkraftprodusenter er i dag bemannet kun med daglig leder eller med daglig leder og et fåtall andre ansatte. Denne eller disse ansatte kan oppfylle dagens funksjonskrav om overordnet styring og kontroll med virksomheten. Slike selskaper kjøper gjerne inn de øvrige tjenestene fra tjenesteytere i konsernet, eller etablerer felles driftsselskaper som står for den daglige driften og vedlikeholdet. Vi har vanskelig for å se at dette er en løsning som er i tråd med NVE og OEDs forslag.
- I OEDs forslag forutsettes det som nevnt helt kort at det fortsatt skal være adgang til å inngå avtaler om langtidsleie av elektriske anlegg fra *andre konsesjonærer*. Når denne uttalelsen sammenholdes med resten av OEDs kommentarer til forslaget og begrunnelser om bakgrunnen for forslaget, har vi vanskelig for å se at OED legger opp til en omfattende adgang til å leie ut eller inn elektriske anlegg eller fast eiendom tilknyttet elektriske anlegg.
- Både innen nett og produksjon er det i dag videre en del *mindre selskaper* med kun et fåtall egne ansatte som tilfredstiller dagens bemanningsregler, men leier inn de øvrige tjenester fra andre selskaper. I en del tilfeller er de eksterne aktørene entreprenørselskap organisert i eget eller et annet energikonsern, og entreprenørene opererer normalt uten anleggs- eller områdekonsesjon.
- Forslagene vil også i stor grad begrense markedet for de tjenesteytende selskaperes oppdrag, idet det blir innført en vesentlig begrensning på adgangen til å *tilby* de aktuelle tjenestene til konsesjonspliktige virksomheter. Et mindre velfungerende marked kan medføre mindre spesialisering og dårligere kvalitet på de tjenester som leveres.
- Omfattende tjenestebortsetting hvor en konsesjonær ikke har tilstrekkelig bemanning til reelt sett å drive sitt anlegg anlegget og overføring av anleggs-/områdekonsesjon til tjenesteyter kan etter forslagene *ikke* skje.

Som nevnt tidligere i dette notatet, begrunnes forslagene med behov for ivaretagelse av kontroll med elektriske anlegg og fjernvarmeanlegg og det å sikre langsiktig utvikling og drift av den konsesjonspliktige virksomheten.

Etter vår vurdering bidrar imidlertid ikke forslagene til å nå disse målene. Begrensningene som innføres for konsesjonærenes handlefrihet innebærer at en del selskaper vil bli nødt til å foreta omorganiseringer og reversere iverksatte omstruktureringer. Selskapene selv har opplevd de gjennomførte omorganiseringene som effektive og positive.

Myndighetene er svært opptatt av å sikre god kompetanseutvikling. Dagens regler tilrettelegger imidlertid bedre for slik kompetanseutvikling enn de foreslåtte reglene, ved at fagmiljøene i dag kan samarbeide i stor utstrekning og dermed overføre kompetanse til hverandre. De forslagene som fremsettes er derfor uheldige og samfunnsmessig lite rasjonelle. Kravene til organisering som stilles etter forslagene vil også redusere den frihet og fleksibilitet konsesjonærene i dag har til å organisere sin virksomhet ut fra lokale forhold og rammebetingelser.

* * *