

The background of the left side of the page is a blue-tinted collage. It includes a close-up of industrial stairs and railings at the top, a series of overlapping circles resembling a chain or a molecular structure in the middle, and a white wind turbine against a blue sky at the bottom.

Utfordringer ved utvidet bruk av skjønn i den økonomiske reguleringen

**Juridiske, administrative og økonomiske
utfordringer ved utvidet bruk av skjønn i den
økonomiske reguleringen av elnettselskaper –
en utredning**

Utarbeidet for NVE

Juni 2011

**Xrgia AS**

Rådmann Halmrasts vei 16

Postboks 329

1301 Sandvika

Telefon: (+47) 93 24 56 23

E-post: post@xrgia.noInternettadresse: www.xrgia.no

Foretaksregisteret: NO 987 747 218 MVA

TITTEL**Utfordringer ved utvidet bruk av skjønn i den økonomiske reguleringen****FORFATTER(E)**

Thomas Askeland (Xrgia)

Kjetil Ingeberg (Xrgia)

Ulf Larsen (Lund & Co)

Mari Kjellevold Brygfjeld (Lund & Co)

OPPDRAKSGIVER

Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE)

Rapport nr.	Dato	Rev.dato	Ant. sider			
1	01/06-11	01/06-11	39			
Prosjektleder						
Thomas Askeland						

Kort sammendrag

Rapporten tar for seg de juridiske, administrative og økonomiske konsekvenser ved utvidet bruk av skjønn i den økonomiske reguleringen av nettselskapene. Vår konklusjon er at utfordringene og negative konsekvenser av utvidet bruk av skjønn er større enn de positive effektene. Utvidet bruk av skjønn vil derfor ikke vil bidra til å forbedre reguleringen, men på en del områder kan måloppnåelsen svekkes.

I den grad bruken av skjønn skal utvides, kan det vurderes å innføre tiltak knyttet til valg av frontelskaper (tiltak 2), og eventuelt en noe lavere terskel for anvendelse av kontrollforskriftens § 8.6 (tiltak 3) for å korrigere for urimelige utslag av reguleringen.

1	SAMMENDRAG	4
2	BAKGRUNN	6
2.1	AVGRENSNINGER	7
3	DAGENS SKJØNNSUTØVELSE.....	7
3.1	KORT OM DAGENS REGULERINGSREGIME	7
3.2	RETTLIGE RAMMER FOR REGULERING AV NETTSELSKAP	8
3.2.1	<i>Rettslig grunnlag</i>	8
3.2.2	<i>Reguleringsteknikker</i>	9
3.2.3	<i>Skjønn.....</i>	10
3.2.4	<i>Periodisk regulering.....</i>	11
3.2.5	<i>Årlig ramme.....</i>	11
3.2.6	<i>NVEs fastsettelse av årlig inntektsramme.....</i>	12
3.2.7	<i>Unntak fra hovedregelen om fastsettelse av inntektsrammer.....</i>	15
3.3	FORHOLDET TIL EUS KRAV OM UAVHENGIG REGULATOR	18
3.4	NVEs SKJØNNSUTØVELSE I DAG	20
3.4.1	<i>Datagrunnlag</i>	21
3.4.2	<i>Kostnadsnormen (inkludert DEA-analyser)</i>	22
3.4.3	<i>Inntektsrammer.....</i>	23
4	UTVIDET BRUK AV SKJØNN	23
4.1	BEHOVET OG GRUNNLAGET FOR UTVIDET BRUK AV SKJØNN	23
4.2	DATAGRUNNLAG: KORRIGERE FOR ULIKE KUNDE- OG KVALITETSKRAV TIL NETTSELSKAP	24
4.3	KOSTNADSNORM: FRONTSELSKAPER OG SPEIELLE SELSKAPER.....	25
4.3.1	<i>Vurdering av hvilke selskaper som er med på å danne fronten</i>	25
4.3.2	<i>Supplerende vurdering av fastsettelsen av kostnadsnorm for spesielle nettselskap</i>	26
4.4	INNTEKTSRAMME: UTVIDET BRUK AV SKJØNN I FASTSETTELSEN AV INNTEKTSRAMMEN	27
5	VURDERING AV UTFORDRINGER KNYTTET TIL UTVIDET BRUK AV SKJØNN	28
5.1	BEHOV OG BEGRUNNELSE FOR UTVIDET BRUK AV SKJØNN.....	28
5.2	TILTAK 1: DATAGRUNNLAG: KORRIGERE FOR SPEIELLE KRAV TIL ENKELTE NETTSELSKAP	29
5.2.1	<i>Juridiske utfordringer</i>	29
5.2.2	<i>Insentiver og spill.....</i>	30
5.2.3	<i>Administrative utfordringer.....</i>	31
5.3	TILTAK 2: KOSTNADSNORM	31
5.3.1	<i>Vurdering av frontelskap</i>	31
5.3.2	<i>Supplerende vurdering av fastsettelsen av kostnadsnorm for spesielle nettselskap</i>	32
5.4	TILTAK 3: UTVIDET BRUK AV SKJØNN I FASTSETTELSEN AV INNTEKTSRAMMEN	34
5.4.1	<i>Juridiske utfordringer</i>	34
5.4.2	<i>Insentiver og spill.....</i>	34
5.4.3	<i>Administrative utfordringer.....</i>	34
6	UTFORDRINGER FOR KLAGEORGANET (OED) VED UTVIDET BRUK AV SKJØNN.....	35
7	RELEVANTE EKSEMPLER	36
8	KONKLUSJONER OG ANBEFALINGER OM VIDERE ARBEID	36

1 Sammendrag

Vi har på oppdrag fra NVE vurdert utfordringer ved utvidet bruk av skjønn i den økonomiske reguleringen av nettselskapene. Formålet med arbeidet er både å vurdere hvorvidt utvidet bruk av skjønn kan bidra til å forbedre måloppnåelsen for reguleringen, og hvilke juridiske, økonomiske og administrative utfordringer som eventuelt følger av tiltakene. Målsettingen for reguleringen er at den skal bidra til en effektiv utvikling og drift av nettet, samtidig som bransjen skal ha en rimelig avkastning over tid.

Vi har valgt å ta for oss skjønnsutøvelse både med tanke på datagrunnlaget som benyttes, fastsettelse av kostnadsnormen (særlig effektivitetsanalysen) og fastsettelsen av inntektsrammen. Videre ser vi på forhold knyttet både til prosessen frem til inntektsrammevarselet sendes ut, og mellom varsel og vedtak. Vi ser i liten grad på klageprosessen etter vedtak. Når vedtaket først er fattet, vil en klagebehandling først og fremst innebære vurdering av det skjønnet som eventuelt tidligere er utøvd, og ikke noe nytt skjønn.

Vi foreslår tre tiltak som kan utøves på de ulike områdene, og bruker eksempler for å forklare tiltakene. Eksempelvis vil datagrunnlaget for selskaper med særlig strenge kvalitetskrav fra kunder få korrigert sine inngangsdata for fastsettelse av kostnadsnormen. Vi vurderer særlig hvilke insentivvirkninger økt bruk av skjønn vil ha for selskapene, samt hvordan spillet mellom selskap og NVE påvirkes.

Utvidet bruk av skjønn er etter vår vurdering en lite egnet tilnærming for å forbedre måloppnåelsen i reguleringen. Vi begrunner denne konklusjonen både ut fra insentivvirkninger, forutsigbarhet og administrativ byrde. Når det gjelder de juridiske rammene, peker vi på at NVE har gode muligheter til å utvide bruken av skjønn uten å endre annet enn etablert praksis og gjennomføre mindre justeringer i kontrollforskriften.

Vi ser to tiltak på områder hvor NVE allerede utøver skjønn i dag, og hvor det kan vurderes en viss justering av dagens praksis. Det første er skjønnsmessig vurdering av hvilke selskaper som får være med å danne fronten i de sammenlignende effektivitetsanalysene. NVE tar allerede i dag ut enkelte selskaper av fronten med begrunnelse av at de ikke er egnet, eller at det hersker tvil om datagrunnlaget er korrekt. Vi peker på at NVE kan bidra til økt forutsigbarhet i reguleringen ved å utvide bruken av skjønn når frontsselskapene vurderes, slik at selskaper også kan tas ut dersom de i stor grad bidrar til svingninger i kostnadsnormen for andre selskaper. Dette er sannsynligvis en mer elegant måte å glatte ut de årlige svingningene enn å snitte datagrunnlaget i modellen for fastsettelse av kostnadsnormen. Insentivvirkningene er nøytrale for selskapene, samtidig som forutberegneligheten styrkes. De administrative og juridiske konsekvensene ved dette tiltaket er små.

Det andre tiltaket er en noe lavere terskel for praktisering av kf § 8.6 ved fastsettelse av inntektsrammene. Dette tiltaket har dårlige insentivvirkninger, men kan styrke rimeligheten for selskaper som kommer dårlig ut i modellen. Den største ulempen ved utvidet bruk av § 8.6 er av administrativ karakter, idet saksmengden kan bli meget høy.



For de øvrige tiltakene vi har vurdert er konklusjonen entydig i retning av begrensede eller negative insentivvirkninger, kombinert med til dels betydelige administrative kostnader både for selskapene og NVE.

Vår konklusjon er dermed at utvidet bruk av skjønn ikke i vesentlig grad vil forbedre reguleringen, men på en del områder kan svekke måloppnåelsen. I den grad bruken av skjønn skal utvides, kan det vurderes å innføre tiltak knyttet til valg av frontsselskaper (tiltak 2), og eventuelt en noe lavere terskel for anvendelse av kontrollforskriftens § 8.6 (tiltak 3) for å korrigere for urimelige utslag av reguleringen.

2 Bakgrunn

Denne rapporten er utarbeidet av konsulentselskapet Xrgia AS og Advokatfirmaet Lund & Co DA på oppdrag fra NVE. Prosjektets formål er å utrede de juridiske, økonomiske og administrative konsekvensene av utvidet bruk av skjønn i den økonomiske reguleringen. Vårt fokus er i hvilken grad utvidet bruk av skjønn kan bidra til å forbedre reguleringen i forhold til de overordnede målsettingene. Denne rapporten oppsummerer resultatene fra prosjektet, og gir også noen vurderinger av behov for videre arbeid på området.

Et viktig utgangspunkt for prosjektet er kritikken fra Nils-Henrik Mørch Von der Fehrs gjennomgang av den økonomiske reguleringen av nettselskap, publisert oktober 2010 (Von der Fehr 2010). Hovedspørsmålet som behandles i denne rapporten er hvorvidt økt bruk av skjønn kan redusere de svakheter ved den økonomiske reguleringen som von der Fehr peker på. Disse svakhetene kan deles i tre: for det første påpeker von der Fehr at regelstyrte reguleringsmodeller ikke treffer tilfredsstillende presist på alle nettselskapene i bransjen. For det andre, at DEA-resultatene ikke mekanisk kan omsettes til mål på nettselskapenes effektivitet, og dermed fastsettelse av kostnadsnormen. For det tredje, at flere forhold i reguleringen (særlig aldersfordelingen) gir en urimelig fordeling av inntektsrammen mellom selskapene. Det er særlig kritikken som retter seg mot den mekaniske anvendelsen av DEA-resultatene i fastsettelsen av inntektsrammene som belyses i vår rapport.

For å besvare problemstillingen som er reist av NVE er det nødvendig å se nærmere på hvordan NVE anvender sin skjønnssadgang i dag. Videre er det nødvendig å identifisere de juridiske rammene for skjønnsutøvelse i dagens regelverk. Vi vil med utgangspunkt i dette vurdere grunnlaget og behovet for utvidet bruk av skjønn, og en forbedring av den økonomiske reguleringen, før vi definerer et realistisk mulighetsrom for utvidet bruk av skjønn. De juridiske, økonomiske og administrative konsekvensene av utvidet skjønnsutøvelse vil så vurderes nærmere. Til slutt i rapporten oppsummerer vi med å peke på hvilke områder for skjønn vi mener eventuelt kan vurderes, i lys av tilhørende utfordringer og forbedringer i reguleringsregimet.

Det relevante regelverket ved vurderinger i denne rapporten er lov 29. juni 1990 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven), forskrift 7. desember 1990 nr. 959 om produksjon, omforming overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energilovforskriften) og forskrift nr. 302 av 11.3.1999 om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffer (kontrollforskriften). Energiloven og energilovforskriften utgjør det overordnede regelverket for den økonomiske reguleringen av nettselskap. Dette regelverket gir også NVE kompetanse til å fastsette forskrifter for bl.a. inntekter ved salg av netttjenester, jf. energilovforskriften § 9-1 bokstav c).

Formålet med den økonomiske reguleringen av nettselskaper er definert i energilovforskriften § 4-1. Her slås det fast at den økonomiske reguleringen skal sikre en samfunnsøkonomisk rasjonell kraftomsetning og nettvirksomhet gjennom å legge til rette for et effektivt kraftmarked og effektiv drift, utnyttelse og utvikling av elektrisitetsnettet. Dette formålet danner fundamentet for våre vurderinger av den økonomiske reguleringen av nettselskap og behovet for å utvide bruken av skjønn ved fastsettelse av inntektsrammene. Den økonomiske reguleringen av nettselskapenes inntekter er

fastsatt i kontrollforskriften. Etter denne forskriften skal NVE hvert år fastsette inntektsrammer for det enkelte nettselskap.

2.1 Avgrensninger

Når vi i denne rapporten snakker om skjønn, mener vi vurderinger som ikke er direkte knyttet til klart definerte modellresultater, spesifikasjoner, metoder mv. Imidlertid stilles det klare krav til at både resultatet og grunnlaget for skjønnsutøvelsen, skal kunne dokumenteres og relateres til definerte kriterier for hva regulator ønsker å oppnå.

Alle vurderinger i prosjektet vil gjøres innenfor rammene av energiloven og energilovsforskriften. Inntektsrammereguleringen vil ligge som en fast premiss og vil ikke bli utfordret i dette prosjektet. Når det gjelder kontrollforskriften, vil vi ikke vurdere denne som en begrensning for at NVE utvider sin skjønnsutøvelse. NVE har selv kompetanse til å endre denne forskriften, slik at denne ikke er til hinder for en eventuell endring i reguleringsregimet. I den forbindelse vil vi derfor påpeke eventuelt behov for tilpasninger og endringer i kontrollforskriften.

Vi ønsker videre å presisere at vi ikke vil gå inn i substansen av von der Fehrs kritikk, ei heller vurdere hvorvidt den er berettiget. Vi vil fokusere på hvorvidt utvidet bruk av skjønn kan bidra til å forbedre dagens reguleringsregime.

Hovedfokus for våre vurderinger vil være på forholdet mellom regulator og nettselskap, og den økonomiske reguleringen av nettselskapene. Forholdet mellom nettselskap og kunde, og konsekvenser for nettkundene ved endringer i den økonomiske reguleringen, vil ikke vurderes her.

En incentivbasert budsjettmodell vil omtales i forbindelse med mulige løsninger for fastsettelse av kostnadsnormen med utvidet skjønnsutøvelse. Videre vil vurderinger av uavhengighet mellom OED og NVE bli kort omtalt. Selv om disse vurderingene ikke nødvendigvis er knyttet til utvidet bruk av skjønn er det viktig å belyse eventuelle habilitetsutfordringer innenfor reguleringsregimet. Dette gjelder særlig utfordringer knyttet til eventuelle endringer i avhengighetsforholdet mellom OED og NVE som en følge av de tiltakene som foreslås i denne rapporten. Utstrakt bruk av skjønn vil også påvirke kompetansebehov og arbeidsbelastningen hos klageorganet, og dette vil også vurderes i denne utredningen.

3 Dagens skjønnsutøvelse

Innledningsvis i kapittel 3 gis en overordnet beskrivelse av inntektsrammereguleringen (3.1), og deretter en redegjørelse for gjeldende rett ved dagens reguleringsregime (3.2). Vi vil så vurdere status for dagens reguleringsregime i (3.3), og dette danner grunnlaget for de videre vurderingene i kapittel 4 og 5.

3.1 Kort om dagens reguleringsregime

El-nettet er et sammenhengende distribusjonssystem bestående av ledninger og kabler fra de steder kraften produseres og frem til de steder kraften forbrukes. Nettselskapene skal legge til rette for at alle aktører – produsenter og forbrukere – skal ha fysisk tilgang til markedet.

El-nettet er vanligvis delt i sentralnett, regionalnett og distribusjonsnett, avhengig av spenningsnivå. Av hensyn til en økonomisk rasjonell utnyttelse av el-nettet er det i praksis bare én aktør som får tillatelse til å bygge ut og drifte el-nett på et bestemt nivå i et bestemt område, gjennom såkalt områdekonsesjon, jf. energiloven § 4-1.¹ På denne måten blir områdekonsesjonærene i nettbransjen i Norge naturlige monopolister på overføring av elektrisitet i sitt leveringsområde.

Dagens reguleringsregime har som formål å regulere de naturlige monopolene for å sikre en samfunnsmessig rasjonell nettvirksomhet, jf. formålsbestemmelsen i energilovforskriften § 1-2. NVE er ansvarlig for å regulere nettselskapenes inntekter, og siden 1997 har reguleringsregimet vært basert på fastsettelse av inntektsrammer for det enkelte leveringsområdet. Den nærmere reguleringen av fastsettelse av inntektsrammer fremkommer i kontrollforskriften.

3.2 Rettslige rammer for regulering av nettselskap.

3.2.1 Rettslig grunnlag

Alle elektrisitetsselskap må ha omsetningskonsesjon, jf. energiloven § 4-1 første ledd om at *”Uten konsesjon kan ingen andre enn staten stå for omsetning av elektrisk energi”*. Selv om det ikke kan leses direkte ut fra denne bestemmelsen at denne også omfatter nettselskaper, er det forutsatt i forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 43 (1989-90) side 50 og 91, samt reflektert i energilovforskriften § 4-2 og gjennomført etter sikker praksis. I energiloven § 4-1 annet ledd er det bestemmelsens annet ledd nr. 4 at departementet kan gi nærmere vilkår om *”fastsettelse og beregning av tariffer og inntekter ved salg av nettjenester”*. I energilovforskriften § 4-1 framkommer formålet med ordningen om omsetningskonsesjoner: *”Konsesjonsordningen for omsetning av elektrisk energi har som formål å sikre en samfunnsmessig rasjonell kraftomsetning og nettvirksomhet gjennom å legge til rette for et effektivt kraftmarked og en effektiv drift, utnyttelse og utvikling av elektrisitetsnettet”*. Med dette menes at alle aktører skal gis lik markedsadgang til nettet.

Retten til nettilgang følger av energiloven § 3-3 og § 3-4 om hhv. leveringsplikt og tilknytningsplikt. Nettselskapet er forpliktet til fysisk å tilknytte alle som ønsker det til kraftnettet (nettilgang), forutsatt at kunden betaler anleggsbidrag og inngår tilknytningsavtale. Prinsippet om markedsadgang følger av energilovforskriften § 4-4 bokstav d) (vilkår for omsetningskonsesjon) hvor det fremgår at konsesjonærene *”skal sørge for markedsadgang for alle som etterspør nettjenester”*. Markedsagangen skal i henhold til samme bestemmelse gis til *”ikke-diskriminerte og objektive punkttariffer og vilkår”*.

Den praktiske utformingen av den økonomiske reguleringen av nettselskap er fastsatt i kontrollforskriften.

Det anses ikke som nødvendig å redegjøre nærmere generelt for regelverket innledningsvis. For en beskrivelse av gjeldende rett innenfor den gjeldende inntektsrammereguleringen vises det for

¹ Ingvald Falch, *Rett til nett* (2004) s. 24

eksempel til NVEs notat til Olje- og energidepartementet datert 21. oktober 2009 om *”Klager på enkeltvedtak om inntektsrammer for 2007”*, hvor punkt 1 på side 3 – 13 er av særlig relevans.

3.2.2 Regulerings teknikker

Utgangspunktet for regulering av nettselskapenes inntekter fremgår av energilovforskriften (enf.) § 4-4 bokstav b:

”Norges vassdrags- og energidirektorat fastsetter årlige inntektsrammer for den enkelte konsesjonær. Inntekten skal over tid dekke kostnadene ved drift og avskrivning av nettet, samt gi en rimelig avkastning på investert kapital gitt effektiv drift, utnyttelse og utvikling av nettet.

Hovedprinsippene for beregningen av inntektsrammen skal revurderes periodevis. Hver periode skal være minimum 5 år. Konsesjonæren skal sikres en minimumsavkastning. Konsesjonærens oppnådde avkastning skal ikke være urimelig høy.”

Det sentrale poeng fremgår av første ledd annet punktum, hvor det fremkommer at nettselskapets inntekter *”over tid [skal] dekke kostnadene ved drift og avskrivning av nettet, samt gi en rimelig avkastning på investert kapital gitt effektiv drift, utnyttelse og utvikling av nettet”*. Som påpekt av Hammer² oppstilles *”en generell norm som søker å ivareta hensynet til monopolkontroll og hensynet til kostnadseffektivitet”*.

Det har vært ulike regulerings teknikker i bruk for å ivareta disse til dels kryssende hensyn; bl.a. avkastningsregulering, målestokkregulering og maksimalprisregulering³. Som Hammer påpeker videre inneholder den norske inntektsrammereguleringen av nettselskaper elementer av alle disse regulerings teknikker:

”I Norge praktiseres inntektsrammeregulering av nettvirksomheten, som inneholder elementer av både avkastningsregulering, målestokkregulering og maksimalprisregulering. Inntektsrammereguleringen er nedfelt i tf. del IV. Den kan ses som en operasjonalisering av den generelle normen i enf. § 4-4 bokstav b) første ledd annet punktum.”

I et tidsperspektiv er reguleringen todelt. For det første fastlegger NVE periodevis hovedprinsippene for inntektsrammen, jf. enf. § 4-4 bokstav b annet ledd. For det annet fastsettes det en årlig inntektsramme ved enkeltvedtak for hvert enkelt nettselskap.

² Ulf Hammer i Falkanger/Haagensen *”Vassdrags- og energirett”* 2002 side 714.

³ Hammer ibid. side 714-715.

3.2.3 Skjønn⁴

Et sentralt tema for denne utredningen er mulighetene for utøvelse av skjønn ved den økonomiske reguleringen av nettselskapenes inntekter, herunder muligheter for skjønnsutøvelse innenfor rammene av dagens modell, men også innenfor rammene gitt i energiloven og energilovsforskriften.

Som Graver⁵ skriver betyr skjønn *„omdømme eller forstand. At en avgjørelse skal treffes på grunnlag av skjønn, betyr derfor at beslutningstakeren skal treffe den på grunnlag av vurderinger han foretar. Dette innebærer at utfallet ikke er bestemt på forhånd av andre. Hvis en avgjørelse er overlatt til en beslutningstakers skjønn, vil det si at det også er han som foretar den endelige vurdering og bedømmelse som blir bestemmende for utfallet.”*.

Når det skal undersøkes nærmere i hvilken grad dagens regelverk åpner for skjønnsutøvelse fra NVEs side, i første rekke når NVE fastsetter nettselskapenes inntektsramme, er det hensiktsmessig å knytte drøftelsene opp mot de ulike elementene i inntektsrammereguleringen. NVEs økonomiske regulering skjer i forhold til ulike parametere i forskriftene, hvorav noen bestemmelser åpner for betydelig skjønn, mens andre parametere i liten grad åpner for skjønnsmyndighet fra NVEs side. Under kapittel 3.2.4 og 3.2.5 vil vi følgelig forsøke å knytte vurderingene av NVEs skjønnsmyndighet opp mot de ulike parameterne i inntektsrammereguleringen, med hovedvekt på de elementer hvor det åpnes for betydelig skjønnsmyndighet fra NVEs side.

Før vi redegjør nærmere for våre vurderinger anses det hensiktsmessig å knytte noen merknader til begrepet fritt skjønn slik dette begrepet forstås i forvaltningsretten. Det følger av legalitetsprinsippet at forvaltningen ikke kan treffe vedtak som griper inn i borgernes rettssfære uten at dette har hjemmel i formell lov. Selv om man er utenfor legalitetsprinsippets område - det er for eksempel tale om tildeling av ytelser fra det offentliges side - må forvaltningen i det enkelte tilfellet holde seg innenfor de rammer som følger av gjeldende lover og forskrifter.

Dersom forvaltningens vedtak ikke har den nødvendige lovhjemmel, eller dersom det strider mot gjeldende lover og forskrifter, vil vedtaket kunne settes til side av domstolene. Prinsippet om at domstolene har rett til å prøve *lovligheten* av forvaltningens vedtak, er sikker, konstitusjonell sedvanerett.

Tidvis følger det direkte av loven hva vedtaket skal gå ut på; er først lovens vilkår i det enkelte tilfellet oppfylt, er forvaltningen *forpliktet* til å treffe det vedtak som loven foreskriver.

Når kompetansen er strengt lovbundet, prøves forvaltningens vedtak fullt ut. Domstolene har da - materiellrettslig sett - den samme kompetansen som forvaltningen, og kan i dommen selv slå fast hva vedtaket skal gå ut på.

⁴ De innledende bemerkninger bygger på Innjords instruktive artikkel i Jussens Venner 1996 side 161 flg.

⁵ Graver *„Alminnelig forvaltningsrett”* 3. utgave side 253.

I andre tilfeller nøyer loven seg med å trekke opp *rammene* for forvaltningens kompetanse. Innenfor disse rammene overlates det til forvaltningen å treffe avgjørelse etter *eget skjønn*; det følger med andre ord ikke av *loven* hva avgjørelsen skal gå ut på i den enkelte sak.

Når forvaltningen gis diskresjonær kompetanse til å treffe avgjørelse etter eget skjønn, begrenses også domstolenes prøvelsesrett. Domstolene kontrollerer i slike tilfeller at forvaltningen har holdt seg innenfor *lovens rammer*, at avgjørelsen bygger på en korrekt *saksbehandling* og på et riktig *faktum*, og at det ikke foreligger brudd på de *ulovfestede prinsipper* om saklighet, likhet og forsvarlighet, som vi kjenner fra den alminnelige misbrukslære. Domstolene kan imidlertid ikke sette seg i forvaltningens sted, og erstatte den *konkrete vurdering* som forvaltningen har foretatt, med sin egen. Det er dette som er kjernen i det vi vanligvis kaller *"forvaltningens frie skjønn"*. Vi forstår begrepene *skjønn* og *fritt skjønn* i oppdragsbeskrivelsen synonymt med *"forvaltningens frie skjønn"*, slik begrepet ovenfor er forklart, og som det fremgår forbeholdes begrepet vedtak i saker som gjelder enkeltvedtak, dette i motsetning til for eksempel NVEs kompetanse til å fastsette generelle retningslinjer som vil bli lagt til grunn ved avgjørelsen av enkeltsaker.

I det følgende tas det sikte på å gi en nærmere beskrivelse av NVEs skjønnsmyndighet ved reguleringen av nettselskapenes inntekter og identifisere i forhold til hvilke elementer/parametere en eventuell utvidet skjønnsmyndighet vil være aktuelt.

3.2.4 Periodisk regulering

I henhold til energilovforskriften § 4-4 bokstav b annet ledd fastsetter NVE hovedprinsippene for inntektsrammen for en reguleringsperiode av minst 5 år:

"Hovedprinsippene for beregningen av inntektsrammen skal revurderes periodevis. Hver periode skal vare minimum 5 år. Konsesjonæren skal sikres en minimumsavkastning. Konsesjonærens oppnådde avkastning skal ikke være urimelig høy."

Det er i loven eller forskriften i liten grad lagt føringer for hvilke prinsipper NVE skal legge til grunn for beregningen av inntektsrammen, det er i første rekke de generelle formålsbestemmelsene i energiloven og energilovforskriften som setter rammene for NVEs kompetanse. Det skjønn som NVE kan utøve ved den periodiske reguleringen av hovedprinsippene for inntektsrammen behandles ikke nærmere, som nevnt forbeholdet begrepet *fritt skjønn* avgjørelse av saker som gjelder enkeltvedtak.

3.2.5 Årlig ramme

Varsel

NVE sender forut for det aktuelle år ut varsel om fastsettelse av inntektsrammen for det kommende år. Varselet gir det enkelte nettselskap grunnlag for å uttale seg om fastsettelsen før vedtak fattes, og gir nettselskapene en rettesnor i forhold til årets tariffgrunnlag. Varselet må ses i sammenheng

med forvaltningens plikt til å sende varsel til en part før vedtak fattes og sørge for at saken er så godt opplyst som mulig ⁶:

”Forvaltningens plikt til å varsle parter før den treffer vedtak, er en viktig del av de bestemmelser som skal sikre partenes kontradiktoriske rettigheter. Det er nær sammenheng mellom reglene om forhåndsvarsel og forvaltningens veiledningsplikt. Det er også en sammenheng med forvaltningens plikt til å opplyse saken, da uttalelse fra parten vil bidra til å få saken bedre opplyst.”⁷

Vi går ikke nærmere inn på spørsmålet om utøvelse av skjønnsmessig myndighet i forbindelse med forhåndsvarselet. Spørsmålet om skjønn og skjønnsmessig myndighet må i første rekke knyttes til det etterfølgende enkeltvedtak hvor NVE fastsetter det enkelte nettselskaps inntektsramme.

3.2.6 NVEs fastsettelse av årlig inntektsramme

Årlig inntektsramme – to hovedelementer

Kontrollforskriften § 7-2 slår fast at NVE fastsetter årlig inntektsramme for nettselskapet etter utgangen av det enkelte kalenderår. Det er gitt nærmere regler i kontrollforskriftens kapittel 8 om NVEs fastsettelse av inntektsrammene til nettselskapene. Av bestemmelsene i kf. kapittel 8 følger at NVE fastsetter inntektsrammene basert på en rekke parametere som er mer eller mindre eksakt definert i forskriftens bestemmelser. Når NVEs kompetanse til å bruke skjønn i enkeltsaker etter gjeldende rett skal beskrives, er det etter vårt syn hensiktsmessig å se nærmere på de ulike parametere. Som NVE påpeker i notatet av 21. oktober 2009 består inntektsrammen systematisk av tre hovedelementer⁸:

”Inntektsrammene (IR) består av 3 hovedelementer: kostnadsgrunnlag (K), kostnadsnorm (K) og tillegg for investeringer (JP).”*

Siden NVE har valgt å gå bort ifra bruk av justeringsparameteren (JP), vil ikke denne bli behandlet nærmere i denne rapporten. Ved fastsettelsen av den årlige inntektsramme er det dermed to elementer som er helt sentrale; *kostnadsgrunnlaget* og *kostnadsnormen*, jf. også kontrollforskriften § 8-6 som er utgangspunktet for fastsettelsen av enkelte selskaps inntektsramme:

”§ 8-6. Fastsettelse av årlig inntektsramme for eget nett

⁶ Om forvaltningens generelle plikt til forhåndsvarsel om vedtak se for eksempel Graver i Lov og Rett 2005 side 579 flg.

⁷ Graver ibid. side 579

⁸ Se notatet punkt 2.1.

Ved fastsettelse av årlig inntektsramme skal 40 prosent av kostnadsgrunnlaget inngå i beregningen, når det er tatt hensyn til:

- a) Fastsatt referanserente jf. § 8-3 og*
- b) Referanseprisen på kraft jf. § 8-4.*

Ved fastsettelsen av årlig inntektsramme skal 60 prosent av kostnadsnormen inngå i beregningen.

Ved fastsettelsen av årlig inntektsramme skal det inngå et tillegg for investeringer, jf. § 8-5.

Norges vassdrags- og energidirektorat kan etter søknad eller på eget tiltak i særlige tilfeller fastsette inntektsrammen på annet grunnlag enn det som fremkommer av første, annet eller tredje ledd.”

Fastsettelse av kostnadsgrunnlaget

Fastsettelse av kostnadsgrunnlaget er regulert i kontrollforskriften § 8-1:

”§ 8-1. Kostnadsgrunnlag

Kostnadsgrunnlaget for det aktuelle år fastsettes med utgangspunkt i følgende innrapporterte verdier for regnskapsåret to år tilbake i tid:

- a) Inflasjonsjusterte drifts- og vedlikeholdskostnader,*
- b) avskrivninger på investert nettkapital,*
- c) bokført verdi på nettkapital per 31. desember, tillagt 1 prosent for netto arbeidskapital,*
- d) nettap i MWh,*
- e) utbetaling ved svært langvarige avbrudd, jf. § 9A-2, og*
- f) KILE-beløp, jf. § 9-1.*

Kostnader som er pådratt som følge av overtredelse av lov eller pålegg gitt i medhold av lov skal ikke inngå i kostnadsgrunnlaget.”

Om denne bestemmelsen heter det på side 7 i NVEs notat av 21. oktober 2009:

”Selv om det i kontrollforskriften § 8-1 er listet opp hvilke innrapporterte verdier kostnadsgrunnlaget skal fastsettes med utgangspunkt i, fremgår det ikke eksplisitt hvordan disse verdiene skal beregnes eller hvordan de skal innrapporteres. Det finnes ingen definisjoner i forskriften av begreper som drifts- og vedlikeholdskostnader, nettkapital og nettap, mens KILE-beløp og utbetaling ved svært langvarige avbrudd er relativt klart definert i forskriften.”

Dette åpner for skjønnsmessige vurderinger fra NVEs side, jf. det som uttales videre i NVEs nevnte notat og i forlengelsen av foregående sitat:

*”NVE har lagt til grunn at det er verdier innrapportert gjennom eRapp som skal benyttes. Det er dog ikke alle verdier i eRapp som skal benyttes i kostnadsgrunnlaget. For at en innrapportert verdi i eRapp skal være relevant å inkludere i kostnadsgrunnlaget må det dreie seg om kostnader knyttet til, utnyttelse og utvikling av selskapets **egen** nettvirksomhet. I*

*tillegg må man vurdere om det er **hensiktsmessig** å inkludere verdien i kostnadsgrunnlaget ut fra formålet med reguleringen.”*

Videre vises til det NVE legger til grunn på side 8 første avsnitt i notatet:

”Det fremgår ikke eksplisitt av kontrollforskriften hvordan nettselskapene skal beregne de aktuelle verdiene i de ulike postene i eRapp. For å avgjøre om et selskap har rapportert riktig eller ikke, må man blant annet ta stilling til om selskapenes rapportering er i tråd med regnskapsloven, god regnskapsskikk, kontrollforskriften, veiledningen til eRapp og de presiseringer som er gjort gjennom rundskriv mv. til nettselskapene.”

Selv om det ved fastsettelsen av kostnadsgrunnlaget må foretas skjønnsmessige vurderinger, anser vi imidlertid ikke denne skjønnsmyndighet for å være særlig omfattende i lys av de rammer som er trukket opp for skjønnsmyndigheten. Vi kan heller ikke se av sakspraksis at NVE utøver særlig skjønn på dette området. Ved en eventuell tvist om gyldigheten av NVEs vedtak om fastsettelse av inntektsrammen er det grunn til å tro at domstolene vil føle seg berettiget til å overprøve NVEs skjønnsmessige vurderinger, for eksempel av om rapporteringen er i samsvar med ”god regnskapsskikk”. Det er etter vår vurdering liten rom for utøvelse av skjønn innenfor bestemmelsen om fastsettelse av kostnadsgrunnlaget. Selv om begrepet er skjønnsmessig vil nok domstolene føle seg minst like kompetente som NVE til å avgjøre hva som er i samsvar med slike tradisjonelle rettslige standarder som vi finner på en rekke andre områder. Vi går imidlertid ikke nærmere inn på dette idet utvidet bruk av skjønn ikke er særlig praktisk for denne parameteren.

Fastsettelse av kostnadsnormen

Fastsettelse av kostnadsnormen er regulert i kontrollforskriften § 8-2:

”§ 8-2. Kostnadsnorm

Norges vassdrags- og energidirektorat skal årlig fastsette en kostnadsnorm for det enkelte selskap. Kostnadsnormen fastsettes på bakgrunn av sammenlignende effektivitetsanalyser som skal ta hensyn til relevante forskjeller i selskapenes rammebetingelser. I særlige tilfeller kan kostnadsnormen fastsettes etter individuelle vurderinger.

Ved fastsettelse av kostnadsnormen skal det i størst mulig utstrekning tas hensyn til relevante samfunnsøkonomiske kostnader i tillegg til selskapets egne kostnader.”

Ordlyden i kontrollforskriften § 8-2 gir NVE en betydelig grad av skjønnsfrihet til å fastsette kostnadsnormen, og således åpner kontrollforskriften § 8-2 for en betydelig skjønnskompetanse for NVE. NVE har imidlertid selv lagt til grunn at denne friheten til å anvende skjønn i fastsettelsen av kostnadsnormen er begrenset, jf. Energiavdelingens notat til Olje- og energidepartementet datert 21. oktober 2009 ”*Klager på enkeltvedtak om inntektsrammer for 2007*” side 8:

”Selv om ordlyden i § 8-2 i utgangspunktet gir NVE en betydelig grad av skjønnsfrihet ved fastsettelsen av kostnadsnormene, er denne skjønnsfriheten betydelig innskrenket ved at NVE etter en høringsprosess har fastsatt en modell for beregning av kostnadsnormen som er relativt detaljert og inngående, og gir uttrykk for en helhetlig regulering. Anvendelsen av metoder, modeller og data som NVE har fastsatt og formidlet til bransjen gjennom disse forarbeidene må antas å gi uttrykk for bindende rettsregler både for NVE og departementet, selv om den endelige modellen og anvendelsen av den ikke er formelt fastsatt i forskrifts form.”

Vi er enig i ovenstående som etter vårt syn er i samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Det vil føre for langt å gå nærmere inn på de nærmere rammer for NVEs skjønnsmessige kompetanse basert på den beskrivelse mv. som er trukket opp gjennom de beskrevne høringsprosesser, og det er heller ikke nødvendig etter vår oppfatning.

3.2.7 Unntak fra hovedregelen om fastsettelse av inntektsrammer

I kontrollforskriften er det tatt høyde for at fastsettelsen av inntektsrammen, slik den er beskrevet overfor, ikke passer inn for alle nettselskap. Det er derfor oppstilt flere unntakshjemler fra hovedregelen om fastsettelse av inntektsrammer i forskriften; § 8-6 fjerde ledd hvor NVE kan *”etter søknad eller på eget tiltak i særlige tilfeller fastsette inntektsrammen på annet grunnlag enn det som fremkommer av første, annet eller tredje ledd”*; § 8-2 første ledd siste punktum hvor kostnadsnormen *”i særlige tilfeller kan (...) fastsettes etter individuelle vurderinger”* og § 18-2 hvor NVE har hjemmel til å dispensere fra både kontrollforskriften og *”vilkår satt i konsesjoner gitt av Norges vassdrags- og energidirektorat i medhold av energiloven”*.

Vi vil behandle de ulike unntakshjemlene hver for seg. Tolkningen vil være basert på forvaltnings- og rettspraksis der slik praksis foreligger, men det må presiseres at det er få saker som er behandlet både i forvaltningsapparatet og i domstolene. Vurderingstemaet – *”særlige tilfeller”* – er i seg selv både vagt og utflytende, men det er i stor grad tradisjon for å lov-/forskriftsfeste forvaltningens dispensasjonskompetanse på denne måten. Forklaringen er selvfølgelig at det lovteknisk er vanskelig å finne gode alternativer til å definere dispensasjonskompetansen. Følgelig er det også en rekke lovbestemmelser og forskriftsbestemmelser som gir tilsvarende dispensasjonshjemmel. Til illustrasjon kan vi gjengi beskrivelsen av dispensasjonshjemmelen i plan- og bygningsloven av 1985 hos Aulstad⁹:

”Kriteriet «særlige grunner» er svært vagt og utflytende. Det gir anvisning på en skjønnsmessig vurdering som i liten grad er knyttet til rettslige kriterier. Vurderingstemaet er av planfaglig og politisk karakter, og det vil ofte være behov for lokalkunnskap for å kunne foreta en forsvarlig overveielse av om dispensasjon skal gis eller ikke. Dette er forhold som taler for at domstolene bør gjøre unntak fra hovedregelen om at de overprøver forvaltningens

⁹ Johan Greger Aulstad *”Areal og eiendomsrett s 63 - (JUB-2007-njkg-63)”*

subsumsjon, når det gjelder planforvaltningens subsumsjon under begrepet «særlige grunner» i plbl. § 7.

På den annen side uttaler forarbeidene til plbl. § 7 at kravet til «særlige grunner» først skal anses oppfylt når det foreligger en « overvekt av hensyn som taler for dispensasjon». Når de som avfattet lovutkastet så vidt klart har fremhevet at uttrykket «særlige grunner» er ment som et minstevilkår som må være oppfylt for at planmyndighetene skal ha diskresjonær myndighet til å gi dispensasjon, ville det være merkelig om domstolene ikke skal kunne overprøve om dette kravet er oppfylt i den enkelte sak. At lovgiveren forutsatte at kravet til « særlige grunner » er ment å være en del av rettsanvendelsen understøttes også av forarbeidenes understrekning av at det «ikke [skal] være en kurant sak å fravike» vedtatte bestemmelser og planer.”

Selv om dispensasjonshjemler på ulike rettsområder bruker samme uttrykk ”særlige grunner”, må selvfølgelig den konkrete dispensasjonsadgangen tolkes i lys av de rettskilder som foreligger til den aktuelle bestemmelsen, praksis mv. for eksempel plan- og bygningsretten har begrenset interesse når skjønnskompetansen etter energiloven med tilhørende forskrifter skal fastlegges.

Unntak fra fastsettelse av inntektsrammen etter alminnelige retningslinjer

Etter kontrollforskriftens § 8-6 kan altså NVE på eget tiltak eller etter søknad fastsette kostnadsnormen til nettselskaper etter individuelle vurderinger. Vilkåret for å bruke unntakshjemmelen er at det foreligger ”særlige tilfeller”. Det er opp til NVEs skjønn om og i tilfelle når unntakshjemmelen skal komme til anvendelse. I forarbeidene til kontrollforskriften er det lagt til grunn at terskelen for å benytte seg av unntakshjemmelen i § 8-6 er høy, jf. NVEs vedtak 28. mai 2010 side 3 vedr. Eidsiva netts søknad om oppjustering av inntektsramme for 2007 pga. pålagt linjerydding. Dette gir rammer for skjønnet NVE kan utøve, men vi legger til grunn at særlig NVEs praksis vil være relevant når rammene for den skjønsmessige kompetansen skal fastlegges.

Vi har fått forelagt tre saker fra NVE for perioden 2009-2011 hvor unntakshjemmelen er vurdert benyttet. Alle sakene er behandlet etter søknad fra nettselskapet, og kan dermed kategoriseres som såkalt reaktivt skjønn. Vi vil gjennomgå disse sakene i det følgende.

Hammerfest Energi Nett søkte i brev 19. mars 2009 om et tillegg i inntektsrammen fra 2007. Bakgrunnen for søknaden var virkningen av nyinvesteringer i tilknytning til Statoils anlegg på Melkøya for Hammerfest Energi Netts inntektsramme. NVE avslo søknaden for økt inntektsramme for 2007 og 2008 med den begrunnelse at de aktuelle anleggene ikke påvirket selskapets inntektsramme på en slik måte at inntektsrammen for denne perioden burde økes. NVE fant videre at inntektsrammen burde økes for 2009, da normmodellen for fastsettelse av inntektsrammen for dette året slo urimelig ut for selskapet, slik at vilkåret om at inntektsrammen skal gi nettselskapet en rimelig avkastning over tid, jf. energilovforskriften § 4-4 bokstav b) og kontrollforskriften § 7-2 ikke ville blitt oppfylt ved bruk av normmodellen. Grunnlaget for NVEs vurdering var den relativt store virkningen de anleggsbidragsfinansierte anleggene har på selskapets inntektsstrøm fra 2009 sett opp mot usikkerheten knyttet til fremtidige inntekter og risikopremien i reguleringen. Samtidig ble det varslet at også inntektsrammen for 2010 ville bli justert med samme begrunnelse.

Den andre saken gjaldt Eidsiva Netts søknad 9. mars 2010 om økt inntektsramme for 2007 på bakgrunn av ekstraordinære kostnader knyttet til linjerydding etter pålegg fra Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap (DSB). NVE avsto søknaden da direktoratet fant at det ikke forelå et særlig tilfelle som ga grunnlag for å fastsette inntektsrammen for 2007 på et annet grunnlag enn det ordinære. Det ble lagt til grunn at kostnader knyttet til linjerydding inngår i selskapets ordinære driftskostnader, og det forelå heller ikke grunnlag for å hevde at Eidsiva Nett ikke ville få en rimelig avkastning over tid. Eidsiva Nett har påklaget avgjørelsen til Olje- og energidepartementet, og klagen er oversendt til OED 27. oktober 2010 for endelig avgjørelse.

Den tredje saken gjaldt BKK Netts søknad 23. desember 2010 om økt inntektsramme på grunnlag av nyinvesteringer og tilknytning av Statoils anlegg på Kollsnes. NVE avsto søknaden ved vedtak 3. mars 2011 med den begrunnelse at de økonomiske virkningene for selskapet var for små til at inntektsrammen skulle fastsettes på særskilt grunnlag. Etter NVEs vurdering ville ikke anleggene alene forringe BKK Netts mulighet til å oppnå rimelig avkastning over tid.

Ut fra disse sakene fremkommer det at NVE legger til grunn en streng fortolkning av unntaksbestemmelsen i § 8-6 fjerde ledd. Vilkåret for oppfyllelse er for det første at det foreligger et særlig tilfelle og for det andre at dette tilfellet gjør at nettselskapet ikke oppnår en rimelig avkastning over tid, jf. energilovforskriften § 4-4 b) og kontrollforskriften § 7-2. Det kan også innfortolkes et vesentlighetskriterium ved vurderingen, dvs. at de økonomiske virkningene for nettselskapet må være av en viss størrelse. I denne forbindelse tillegges også at begrepet "over tid" er et tøyelig begrep, herunder oppstår spørsmål om begrepet viser til den enkelte reguleringsperiode eller ut over dette. Oppfatningene i juridisk teori er ulike, Hammer legger til grunn at begrepet ikke "*er tidsmessig avgrenset til reguleringsperioden slik jeg leser energilovforskriftene*"¹⁰. Hammers standpunkt er etter hva vi forstår i samsvar med NVEs egen forståelse, og en slik forståelse av begrepet gjør anvendelsesområdet for dispensasjonsbestemmelsen snevrere enn om det motsatte standpunktet legges til grunn.

Unntak fra ordinær fastsettelse av kostnadsnorm

Etter kontrollforskriften § 8-2 kan NVE fastsette kostnadsnormen etter individuelle vurderinger. Også ved denne unntakshjemmelen er det krav om at det skal foreligge "*særlige tilfeller*". Vi har ikke fått forelagt konkrete vedtak fra NVE hvor denne unntakshjemmelen er anvendt, NVE har i møte likevel opplyst at denne unntakshjemmelen anvendes ofte, særlig i forbindelse med valg av frontsselskaper for de sammenlignende effektivitetsanalysene, f.eks. hvis et nettselskap anses for å være uegnet til å definere fronten på grunn av ekstreme data. For inntektsrammevarselet i 2011 ble 18 nettselskaper i distribusjonsnettet satt til gjennomsnittseffektive fordi deres datagrunnlag ble vurdert som uegnet for de sammenlignende effektivitetsanalysene.

I tillegg anvendes også kontrollforskriften § 8-2 implisitt når kostnadsdata fra regionalnett og distribusjonsnett flyttes mellom nettnivåene. Dette gjøres gjerne for selskaper med små nettanlegg

¹⁰ Hammer ibid. side 719.

og som derfor ikke egner seg for sammenlignende effektivitetsanalyser. I inntektsrammevarselet for 2011 fikk 29 nettselskap flyttet kostnadene fra regionalnett inn i distribusjonsnettsanalysen. Kun tre nettselskap fikk kostnadene fra distribusjonsnett overført til regionalnett. NVE har kommunisert en rekke kriterier for disse sammenslåingene og vurderingene, og disse er presentert til bransjen gjennom et regneark som ble publisert for inntektsrammevarselet for 2011.

Dispensasjon fra kontrollforskriften

Kontrollforskriften § 18-2 gir NVE kompetanse til "i særlige tilfeller" å dispensere fra forskriften og vilkår fastsatt i konsesjon gitt av NVE i medhold av energiloven. Dispensasjonshjemmelen gjelder for kontrollforskriften generelt og skal etter NVEs oppfatning praktiseres strengt. Dette framkommer blant annet av NVEs vedtak 4. april 2011 hvor NVE avsto Nordlandsnetts søknad om dispensasjon fra KILE-ordningen i forbindelse med lynaktivitet. Dette vedtaket er det eneste vi har mottatt som belyser denne generelle dispensasjonshjemmelen. NVE uttaler følgende om forståelsen av bestemmelsen (vedtakets side 2):

"For at "særlige tilfeller" skal foreligge, jf. kontrollforskriften § 18-2, må de økonomiske konsekvensene være omfattende og hendelsen ekstraordinær. NVE vil først vurdere omfanget av de økonomiske konsekvensene ved de aktuelle hendelsene i forhold til virkningene av den økonomiske reguleringen over tid. I denne vurderingen bør det også ta hensyn til hvor kostnadseffektivt selskapet har vært. At et selskap har hatt lav avkastning over tid fordi de ikke har innrettet seg på en kostnadseffektiv måte bør ikke tale for at dispensasjon blir gitt."

NVE viser også til den såkalte KILE-dommen avsagt av Borgarting Lagmannsrett 26. november 2007. I dommen viser retten til at dispensasjonshjemmelen i sin helhet er underlagt forvaltningens frie skjønn. Om rammene for denne skjønnsutøvelsen uttaler domstolen at "det sentrale ved vurderingen av om dispensasjon bør gis, er hvor alvorlige de økonomiske konsekvensene den aktuelle hendelsen har vært for nettselskapet".

Etter dette fremkommer det at også dispensasjonsbestemmelsen skal anvendes strengt. Vurderingstemaet må vurderes i lys av formålet for den økonomiske reguleringen av nettselskaper, dvs. å oppnå en rimelig avkastning over tid, noe som fører til at det er de økonomiske konsekvensene for nettselskapet som er avgjørende for om dispensasjon bør gis. Endelig må det også her innfortolkes et vesentlighetskrav, dvs. at konsekvensene må være av en viss størrelse før det kan bli tale om anvendelse av dispensasjonsbestemmelsen.

3.3 Forholdet til EUs krav om uavhengig regulator

EU har siden slutten av 1990-tallet jobbet for å etablere et indre marked for elektrisitet (og andre former for energi). Virkemidlene for å skape et velfungerende marked har for det første vært å stille krav til fri markedsadgang for alle leverandører av elektrisitet og for det andre at alle markedsaktørene skal ha lik informasjon om markedet. I EU er elektrisitetsmarkedet i dag regulert gjennom direktiv 2009/72/EF (elektrisitetsdirektiv III). Direktivet erstatter direktiv 2003/54/EF

(elektrisitetsdirektiv II), og er under behandling for å bli implementert i norsk rett. Formålet med elektrisitetsdirektiv II er beskrevet i direktivets fortale pkt. 1:

"Formålet med det indre marked for elektrisitet, som siden 1999 gradvis har taget form i Fællesskabet, er at stille reelle valgmuligheder til rådighed for alle forbrugere i Den Europæiske Union, privatpersoner som erhvervsdrivende, åbne nye forretningsmuligheder og fremme handelen over grænserne, så der derved kan opnås effektiviseringsgevinster, konkurrencedygtige priser og højere servicestandarder, og at bidrage til øget forsyningssikkerhed og bæredygtighed."

Elektrisitetsdirektiv III viderefører og skjerper elektrisitetsdirektiv IIs krav til at medlemsstatene skal utpeke en uavhengig regulator, jf. fortalens pkt. 32. Videre er det beskrevet i pkt. 33 at:

"Det er nødvendig, at energireguleringsmyndigheder kan træffe afgørelser i alle reguleringsspørgsmål og være fuldt uafhængige af alle andre offentlige og private interesser, hvis det indre marked for elektrisitet skal kunne fungere efter hensigten. Dette udelukker hverken domstolkontrol eller parlamentstilsyn i overensstemmelse med medlemsstaternes forfatningsmæssige lovgivning."

Vi kommer nærmere tilbake til betydningen av denne skjerpingen i regelverket nedenfor.

Elektrisitetsdirektiv II ble gjennomført i norsk rett ved endringer i energiloven, som trådte i kraft 1. juli 2006. Etter dette direktivet er det i hovedsak lagt vekt på at regulator skal være uavhengig av de økonomiske interesser i sektoren, jf. direktivets artikkel 23:

"Medlemsstaterne udpeger et eller flere kompetente organer, der fungerer som regulerende myndigheder. Disse myndigheder skal være totalt uafhængige af interesser i elektrisitetsindustrien. De skal som led i anvendelsen af denne artikel i det mindste have ansvar for at sikre, at der ikke sker forskelsbehandling, at der er effektiv konkurrence, og at markedet fungerer effektivt (...).

Når det gjelder fastsettelse av nettariffer følger det av artikkelens pkt 2 at:

De regulerende myndigheder skal have ansvaret for fastsættelse eller godkendelse af i det mindste de metoder, der anvendes til at beregne eller fastsætte betingelser og vilkår, inden de træder i kraft, for:

a) tilslutning og adgang til nationale net, herunder transmissions- og distributionstariffer. Tarifferne eller metoderne skal være udformet således, at de nødvendige investeringer i nettene kan gennemføres på en sådan måde, at investeringerne sikrer nettenes levedygtighed".

Ved implementeringen av elektrisitetsdirektiv II så ikke lovgiver behov for å endre regelverket for NVEs kompetanse til å fastsette nettselskapenes inntektsrammer som følge av dette direktivet, da det ble antatt at Norges forpliktelser etter disse delene av direktivet allerede var oppfylt ved energiloven med forskrifter.

Som det vil fremkomme av våre juridiske vurderinger ved utvidet bruk av skjønn i kapittel 5, vil ingen av tiltakene som er foreslått medføre endringer i energiloven. Som følge av dette kan vi ikke se at en eventuell utvidet bruk av skjønn, som NVE har reist spørsmål om, vil føre til at de EØS-rettslige forpliktelsene blir brutt. Likevel må det stilles krav om at kriteriene for evt. utvidet bruk av skjønn må være transparente og ikke-diskriminerende.

Det kan nok stille seg annerledes ved implementering av elektrisitetsdirektiv III. Som nevnt ovenfor, stilles det i dette direktivet strengere krav til regulators uavhengighet, både til elektrisitetsselskapene og til det enkelte medlemslands regjering. Det gjør seg blant annet gjeldende ved at overprøving av regulators vedtak ikke lenger kan overprøves av departementet eller regjeringen, jf. direktivets artikkel 37 (17) som bestemmer at *Medlemsstaterne sørger for, at der på nasjonalt plan finnes passende mekanismer, inden for hvilke en part, der er berørt af en afgørelse truffet af en regulerende myndighed, har klageret ved et organ, der er uafhængigt af de berørte parter og af enhver regering*. Det vises til EUs fortolkningsnotat "The Regulatory Authorities" av 22. januar 2010 s. 19, hvor det uttales:

"This means that an appeal or review procedure before the government or a ministry would not be in line with provisions of the new Electricity and Gas Directives. This provision should in the view of the Commission's services not only apply to decisions of the NRA [dvs. nasjonal regulator] when exercising its powers and carrying out its duties, but also e.g. to decisions of the NRA related to the confidentiality of information".

Som det fremkommer, reiser direktivet først og fremst krav til et uavhengig klageorgan i tillegg til større transparens ved at alle avgjørelser skal begrunnes og være offentlige tilgjengelige (art. 37 nr.16). Materielt sett, stiller ikke direktivet endrede krav til regulators kompetanse. Vi kan således ikke se at en endret praktisering av fastsettelse av inntektsrammer for nettselskapene vil komme i konflikt med dette direktivet.

3.4 NVEs skjønnsutøvelse i dag

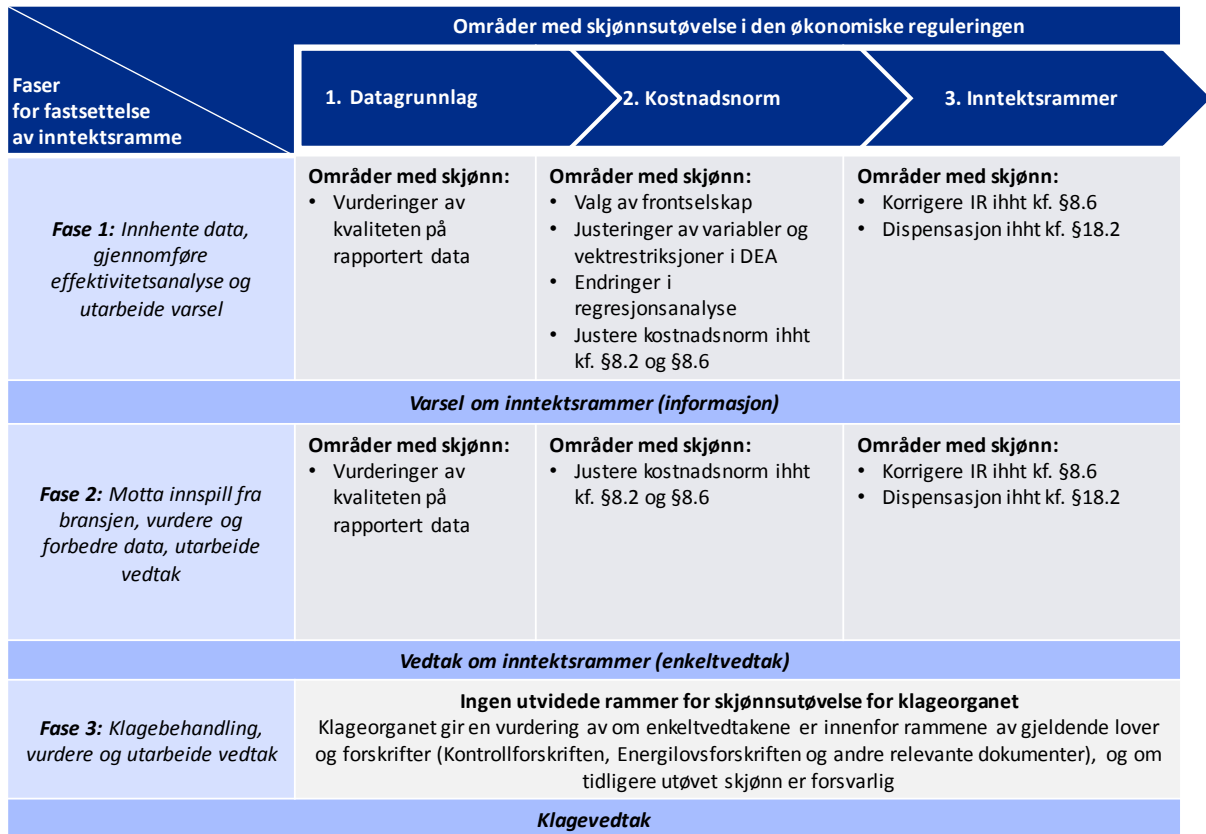
NVE utøver i dag skjønn på en rekke områder i den økonomiske reguleringen. Skjønn utøves i forbindelse med fastsettelsen av kostnadsnormen og delvis i selve fastsettelsen av inntektsrammene. For denne utredningens formål velger vi å dele skjønnsutøvelsen inn i tre områder

- 1) Datagrunnlag (herunder kostnadsgrunnlag)
- 2) Kostnadsnormen
- 3) Inntektsrammen

Skjønn utøves ulikt innenfor de forskjellige fasene av reguleringen. Det vil derfor være hensiktsmessig å dele drøftelsen av skjønnsutøvelse inn i tre faser:

- 1) Prosessen fram til inntektsrammevarselet sendes ut
- 2) Prosessen mellom inntektsrammevarsel og vedtak
- 3) Etter vedtak i forbindelse med eventuell klagebehandling. Vi vurderer det imidlertid slik at det ikke er en ytterligere skjønnsfrihet i klagebehandlingsfasen. Her vil OED derimot vurdere om vedtaket er fattet i henhold til gjeldende regler og forskrifter.

Figur 1 illustrerer inndelingene ovenfor, med hovedområdene hvor NVE utøver skjønn i dag, og i hovedtrekk hvordan skjønnnet utøves i de ulike fasene. Innholdet i figuren vil bli nærmere drøftet i kapittel 3.4.1-3.4.3.



Figur 1 Kartlegging av dagens skjønnsutøvelse

3.4.1 Datagrunnlag

Det er NVE som setter kravene til teknisk og økonomisk rapportering fra nettselskapene. Det samme gjelder for rapporteringsmetode og tidsramme. For kostnadsdata skal revisorgodkjente regnskapsdata ligge til grunn. For teknisk rapportering er det gjeldende anleggsdata og normkostnader som skal utgjøre grunnlaget. NVE gjennomfører kontroll av data og tilsyn hos enkelte selskap for å vurdere kvaliteten på de data som rapporteres. Det er opp til nettselskapene selv å rapportere korrekt data i henhold til gjeldende instruks og forskrifter.

Rapporteringskrav og rutiner er definert i kontrollforskriften del II og III, § 2-5. I tillegg har NVE utarbeidet en rekke rundskriv og retningslinjer for teknisk og økonomisk rapportering som anses å definere rammene for nettselskapenes rapportering av datagrunnlag.

Det utøves lite skjønn på datagrunnlaget da dataene i stor grad enten er revisorgodkjente, eller følger klare retningslinjer for beregning og rapportering. NVE har allikevel vide fullmakter i forskriftene til å endre hvilke data og parametere som skal rapporteres av nettselskapene. I tillegg kan NVE utøve skjønn i vurderingen av kvaliteten på de innrapporterte data. NVE gjennomfører jevnlig kontroller og tilsyn av selskaper de mener bør kvalitetssikres i forhold til innrapporterte data.

3.4.2 Kostnadsnormen (inkludert DEA-analyser)

Kostnadsnormen er en forskriftsfestet del av fastsettelsen av endelig inntektsramme for nettselskaper, og skal være et uttrykk for hva som er et effektivt kostnadsnivå for det enkelte selskap, gitt størrelsen på oppgaven. Selve beregningen av kostnadsnormen er ikke forskriftsfestet utover at den skal baseres på sammenlignende effektivitetsanalyser, jf. kontrollforskriften § 8 -2.

Historisk har NVE til en viss grad utøvd skjønn ved å endre på selve modellen for fastsettelse av kostnadsnormen, både i DEA-modellen og andre modellelementer. Fastsettelsen av kostnadsnormen for det enkelte selskap vil kunne ha effekt på andre selskaper, slik at utvalget av hvilke selskaper som får lov til å være med å danne fronten har betydning. Også på dette området utøver NVE skjønn i dag. Dette ved at enkeltelskaper som i den mekaniske analysen fremkommer som effektive likevel tas ut av fronten fordi NVE finner at de av ulike årsaker ikke passer inn. I tillegg velger NVE å flytte noen selskapers kostnader mellom regionalnett og distribusjonsnett. Dette fordi størrelsen på nettet og tilhørende kostnader blir for små til å inngå i sammenlignende effektivitetsanalyser på det relevante nettnivået. Flytting av kostnader mellom nettnivået og begrunnelser for disse er dokumentert i et eget regneark i inntektsrammevarselet for 2011.

NVE sender ut et årlig varsel om inntektsrammer for det påfølgende år til nettselskapene. Dette inntektsrammevarselet har til hensikt å gi bransjen og enkeltelskaper et presist anslag på tariffgrunnlag og forventet inntekt i det påfølgende året. Når varselet er sendt ut, anses normalt modellen for beregning av inntektsrammen å ligge fast. Imidlertid er det eksempler på at sammensetningen av frontelskaper blir endret mellom varsel og vedtak, som følge av at NVE har oppdaget feil eller har mistanke om feil i et nettselskaps datagrunnlag. Det kan også forekomme endringer som følge av endringer i rapportert datagrunnlag (retting av faktafeil), uten at dette kan kalles skjønnsutøvelse.

I hovedsak kan dermed NVEs utøvelse av skjønn grovt sett deles i to hva gjelder beregning av kostnadsnormen:

- Endringer i selve *beregningsmetodikken* eller modellen, slik som vurdering av hvilke variabler som skal inngå i årets modell, inkludere nye variabler eller ta bort gamle for å bedre reguleringen, korrigering av parametere og variabler som anvendes i regresjonsanalysen, eller vurdering av behov for korrigering av datagrunnlag for DEA-analysen
- Endringer i *datasettet*, slik som valg av frontelskaper for DEA-analysen, flytting av kostnader mellom nettnivå, samt sette nettselskap til gjennomsnittlig effektive.

NVE har også mulighet til å fastsette kostnadsnormen på friere grunnlag. Ett eksempel er selskaper som fremkommer som supereffektive, og dermed mekanisk får en kostnadsnorm som er høyere enn selskapets faktiske kostnadsgrunnlag, blir satt til 100 % effektive på skjønnsmessig grunnlag. Dette er imidlertid i stor grad en regelstyrt fastsettelse.

Metodikken som anvendes for å beregne DEA-resultatene er utviklet av NVE og er grundig dokumentert i NVEs rapport "Modell for fastsettelse av kostnadsnorm", fra 2006 (NVE 2006). DEA-modellen for beregning av DEA-resultatene ligger fast i dagens reguleringsregime, men NVE kan gjennomføre årlige justeringer av metodikk og data for å bedre reguleringen.

3.4.3 Inntektsrammer

Inntektsrammen for hvert enkelt nettselskap fastsettes delvis ved bruk av et kostnadsgrunnlag (K) og delvis ved bruk av kostnadsnormen (K*). Formelen for beregning av inntektsrammene er:

$$IR = 0,4K + 0,6K^*$$

Fastsettelsen av selve inntektsrammen gir i utgangspunktet ingen mulighet for å utøve skjønn siden den fastsettes ved en forskriftsfestet formel. NVE har imidlertid to hjemler i kontrollforskriften som åpner for muligheter til å utøve skjønn i forbindelse fastsettelse av inntektsrammen i dagens reguleringsregime. Disse er dispensasjonsbestemmelsene i kontrollforskriften §§ 18-2 og 8-6.

Kontrollforskriften § 8-6 åpner for at NVE kan fastsette kostnadsnormen for nettselskapene etter en individuell vurdering. Vilkåret for at denne unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse er at det kan dokumenteres "særlige tilfeller". NVE har en mulighet til å dispensere fra kontrollforskriften i sin helhet i § 18-2. Terskelen for å anvende denne regelen er imidlertid svært høy. Skjønnsutøvelse i forbindelse med inntektsrammene, og anvendelse av § 18-2 vil kun ha en effekt på enkeltet selskapet som dispenseres, ikke på bransjen som helhet. En nærmere gjennomgang av unntaksbestemmelsene er gjort i denne rapportens kapittel 3.2.7.

4 Utvidet bruk av skjønn

I dette kapittelet vurderer vi først behov og grunnlag for en eventuell utvidelse av bruken av skjønn (4.1), før vi peker på mulighetsområdet for å utvide dagens skjønnsutøvelse i forhold til datagrunnlag, kostnadsnorm og fastsettelse av inntektsramme (4.2 – 4.4). Vurderingene i dette kapittelet har til hensikt å konkretisere hvilke tiltak som kan være mulige å iverksette innenfor rammene av energiloven og energilovforskriften, mens vi i kapittel 5 vil redegjøre for de juridiske, økonomiske og administrative konsekvensene av disse forslagene. Når vi vurderer utvidet bruk av skjønn vil vi også vurdere eventuelle behov for tilpasninger i kontrollforskriften og annet regelverk.

4.1 Behovet og grunnlaget for utvidet bruk av skjønn

Som beskrevet i kapittel 3.4 utøver NVE i dag særlig skjønn i forbindelse med fastsettelsen av nettselskapenes kostnadsnorm og til en viss grad inntektsrammer. I utgangspunktet har NVE vide fullmakter til å utøve skjønn og gjennomføre årlige justeringer i reguleringsmodellen, selv om det ligger en klar føring om at reguleringen skal ligge fast i en 5-års periode. Det må imidlertid ansees at alle dokumenter, notater og forvaltningspraksis er bindende for NVE, og at dette dermed begrenser muligheten til å avvike fra allerede fastsatte regler og retningslinjer på årlig basis. NVE har imidlertid muligheten til å gjøre større endringer i reguleringsmodellen ved hver 5-årsperiode, jf. energilovforskriften § 4-4 bokstav b) siste ledd.

Utvidet bruk av skjønn i reguleringen er i utgangspunktet uavhengig av hvilken modell som benyttes som grunnlag for reguleringen. Selv om en annen modell kan være bedre tilrettelagt for utvidet bruk av skjønn, er en annen type mekanisk beregningsmodell for kostnadsnormen stadig vekk en modell, og vil ha de samme utfordringene med hensyn til økt bruk av skjønn som dagens modell. Dette blir også fremhevet av von der Fehr (2010). Skjønn innebærer jo nettopp at man fjerner seg fra et veldefinert mekanisk modellapparat og resultater fra dette, og heller benytter en mer dynamisk

palett av ulike modeller og vurderinger for å fatte en endelig beslutning om kostnadsnorm og andre størrelser i reguleringen.

NVE har beskrevet et eksempel på en alternativ forhandlingsbasert budsjettmodell i en rapport om videreutvikling av modell for fastsetting av kostnadsnorm for regional- og sentralnett (NVE 2010). Denne forhandlingsbaserte modellen gir rom for enda større fleksibilitet i bruken av skjønn, men reiser også en rekke nye utfordringer knyttet til kriterier som likebehandling, forutberegnelighet og samfunnsøkonomisk lønnsomhet. Vi vil ikke gå nærmere inn på implikasjonene av denne modellen her, og vil ta utgangspunkt i dagens reguleringsmodell når vi videre vurderer mulighetsområdet for utvidet bruk av skjønn.

Vårt hovedfokus for dette kapittelet er altså vurderinger av hvorvidt NVE kan forbedre dagens regulering ved å iverksette tiltak som utvider bruken av skjønn. Som ytre rammer for gjennomgangen vurderer vi mulige tiltak knyttet til både datagrunnlag (kostnadsgrunnlag), fastsettelse av kostnadsnormen og av inntektsrammen. Videre vurderer vi økt bruk av skjønn både før og etter at inntektsrammevarselet er sendt ut. Vi ser ikke på økt bruk av skjønn etter at inntektsrammevedtaket er fattet, siden dette dreier seg om en klageprosess hvor bruk av skjønn på selvstendig grunnlag ikke lenger er et tema, kun en etterprøving av det skjønnet som tidligere har blitt utøvd.

For å strukturere gjennomgangen av utfordringene knytter vi identifiserte tiltak til hver av de tre områdene for skjønn. De konkrete områdene som drøftes er:

1. Datagrunnlag:
 - Korreksjon for nettanlegg som er knyttet til særlige krav
2. Kostnadsnorm:
 - Bruk av skjønn ved fastsettelse av hvilke selskaper som får definere fronten for øvrige selskaper
 - Supplerende vurdering av fastsettelsen av kostnadsnorm for spesielle nettselskap som tas ut av den sammenlignende analysen
3. Inntektsramme:
 - Utvidet bruk av skjønn i fastsettelsen av inntektsrammen

Vi fokuserer her på skjønnsutøvelse i perioden frem til inntektsrammevedtaket fattes. Det vil kunne være forskjeller i vurderingen av de enkelte tiltakene avhengig av om skjønnet utøves før eller etter at varselet sendes ut. Vi legger i våre vurderinger til grunn at skjønnsutøvelse som skjer før inntektsrammevedtaket vil kunne påvirke alle selskaper gjennom fastsettelsen av kostnadsnorm (effektivitetsanalysen) eller kalibreringen (inntektsrammefastsettelsen).

4.2 Datagrunnlag: Korrigere for ulike kunde- og kvalitetskrav til nettselskap

Bakgrunn: Kravene til kostnadsgrunnlaget er beskrevet i kontrollforskriften § 8-1, blant annet ved fastsettelse av hvilke kostnadsarter som inngår. Kravene er videre detaljert i rapporteringsformatene som inngår i eRapp, med tilhørende dokumentasjon.

Et generelt tiltak for utvidet bruk av skjønn kan være at kostnadsgrunnlaget kan bestemmes ved skjønn for det enkelte selskap. I full bredde virker dette lite hensiktsmessig, men det er likevel

relevant å vurdere hvordan skjønn kan anvendes for å korrigere for spesielle forskjeller som ikke fanges opp, eller er vanskelige å korrigere for, i de sammenlignende effektivitetsanalysene. Et relevant særtilfelle kan være å korrigere for ulike kunde- og kvalitetskrav til nettselskap. I det følgende benytter vi dermed kvalitet som et relevant eksempel og som grunnlag for vurdering av hvorvidt bruk av skjønn er egnet for justeringer av kostnadsgrunnlaget.

Enkelte nettselskap har nettanlegg og/eller kunder med høyere kvalitetskrav enn en gjennomsnittlig nettkunde. Det gjelder for eksempel nettselskaper som har kunder innen kraftintensiv industri, eller annen virksomhet som krever stabil og god kvalitet på leveransen. Slike kundespesifikke anlegg er ofte mer kostbare både fra et investerings-, drifts- og vedlikeholdsperspektiv, og kan dermed være kostnadsdrivende for nettselskapene. Kvalitetskrav fra nettkundene av denne typen fanges ikke opp i de sammenlignende effektivitetsanalysene i dagens reguleringsregime.

Nettanlegg med gjennomgående høyere kvalitetskrav kan være finansiert både gjennom anleggsbidrag og gjennom den ordinære tariffen. Anleggsbidragsfinansierte anleggsmidler er imidlertid alltid en del av grunnlaget for de sammenlignende effektivitetsanalysene, men de er ikke en del av kostnadene som ligger til grunn for fastsettelsen av inntektsrammene.

Prinsipielt sett kan det derfor tenkes at nettselskap med kostbare nettanlegg og med høye kvalitetskrav kommer systematisk dårligere ut i effektivitetsanalysene. Dersom dette kan dokumenteres i tilstrekkelig grad kan NVE vurdere å korrigere for disse forskjellene ved å justere kostnadsgrunnlaget for å gi en mer rimelig omfordeling av inntektsramme mellom nettselskapene.

Mulig tiltak: Det kan vurderes å korrigere for disse kunde-/kvalitetsforskjellene ved å ta ut nettanlegg som har gjennomgående høye kvalitetskrav fra de sammenlignende effektivitetsanalysene. Det kan også vurderes å holde slike anlegg utenfor kostnadsgrunnlagene som ligger til grunn for fastsettelsen av inntektsrammene, og å dekke slike kostnader f.eks. på et kostpluss grunnlag. Vurderingene av hvilke anlegg som skal tas ut vil delvis baseres på objektive kriterier og delvis på utøvelse av skjønn av NVE, da det vil være vanskelig å etablere et sett klare kriterier som treffer alle nettselskapene.

Det bør også vurderes om andre forhold kan omfattes av en slik ordning. Eksempelvis kan man tenke seg at nettselskapene skal kunne søke om lignende behandling av anlegg med spesielle krav, f.eks. i forbindelse med spesielle anlegg i nettområdet, miljø- eller naturvernkrav, mv.

Gjennomføring: En slik endring i reguleringsregimet vil ikke ha innvirkning på hvordan den ordinære reguleringsmodellen fungerer, og vil derfor ikke medføre endringer i kontrollforskriften. Regulator bør imidlertid endre på notatet som beskriver modell for fastsettelsen av kostnadsnorm, og beskrive grunnleggende kriterier for hvilke kostnader som eventuelt kan trekkes ut etter skjønnsmessig vurdering.

4.3 Kostnadsnorm: Frontselskaper og spesielle selskaper

4.3.1 Vurdering av hvilke selskaper som er med på å danne fronten

Bakgrunn: NVE foretar allerede i dag skjønnsmessige vurderinger av hvilke selskaper som får være med å danne fronten i de sammenlignende effektivitetsanalysene. For distribusjonsnettet er det etablert retningslinjer for hvilke kriterier som skal legges til grunn, mens det for regional- og

sentralnettet gjøres vurderinger med utgangspunkt i selskapenes totale kostnader, jf. kapittel 3.2 i notatet “Vidareutvikling av modell for fastsettning av kostnadsnormer for regional- og sentralnett” (NVE 2010).

Det finnes tilfeller der et selskap som måles som supereffektivt er med å sette fronten for opp til 70-80 andre selskaper i distribusjonsnettanalysen. I noen tilfeller kan effekten et selskap har på fastsettelsen av andre selskapers kostnadsnorm fremstå som urimelig, selv om DEA-resultatet av selskapet selv er rimelig. NVE kan skjønnsmessig bestemme at selskapet tas ut av fronten, og dermed ikke lenger er med å sette kostnadsnormen for andre selskaper.

Det er en relativt utbredt kritikk fra selskapene at fronten settes av “for spesielle selskaper”, slik at kostnadsnormen settes for strengt.

Mulig tiltak: NVE foretar allerede i dag en omfattende skjønnsmessig vurdering av de selskapene som setter fronten for andre selskaper. Et mulig tiltak kan være å legge terskelen for når et selskap tas ut av fronten lavere, eller etter andre kriterier, enn i dag. Vi vil ikke vurdere her hvilke kriterier som bør legges til grunn for en eventuelt endret praksis, da det er viktig at en grundig analysejobb ligger til grunn for fastsettelsen av disse kriteriene.

Gjennomføring: Endret praksis for skjønn på dette området vil ikke kreve endringer i forskrifter eller gjeldende regelverk. Det er imidlertid viktig at det utarbeides klare retningslinjer og kriterier for en endret skjønnsutøvelse, og at disse kommuniseres til nettselskapene.

4.3.2 Supplerende vurdering av fastsettelsen av kostnadsnorm for spesielle nettselskap

Bakgrunn: I den årlige fastsettelsen av kostnadsnormen vurderes enkelte nettselskaper som spesielle. Dette er selskaper som av ulike årsaker har karakteristika ved sine rapporterte data som gjør dem uegnet til å få sin kostnadsnorm fastsatt gjennom den ordinære reguleringsmodellen, og disse nettselskapenes kostnadsnorm behandles derfor utenfor de sammenlignende effektivitetsanalysene.

Gruppen av spesielle selskaper i dagens praktisering er forholdsvis stabil fra år til år. Felles for selskapene som i dag kategoriseres som spesielle er at de får sin kostnadsnorm (og dermed inntektsramme) fastsatt utenfor den ordinære reguleringsmodellen, og derfor ikke står overfor de samme insentivene og kravene som andre nettselskaper. Fastsettelse av kostnadsnormen for spesielle selskap følger typisk to hovedprinsipper i dag: enten settes selskapet lik gjennomsnittlig effektivitet, eller lik 100 % effektiv (før kalibrering) dersom selskapet fremstår som supereffektivt i effektivitetsanalysen. Utvidet bruk av skjønn vil innebære en vesentlig utvidelse av paletten for hvordan kostnadsnormen fastsettes for disse spesielle nettselskapene.

Det er et begrenset antall selskaper som tas ut av analysene og settes til gjennomsnitt, i alt ca 25 selskaper i varselet for 2011. Samlet kostnadsgrunnlag er svært lavt, noe over 100 MNOK for selskapene til sammen for begge nettnivåer.

Mulig tiltak: Utvidet bruk av skjønn for spesielle selskaper kan innebære en helt eller delvis forhandlingsbasert modell for fastsettelse av inntektsrammen for nettselskap. Formålet med en slik modell vil være å styrke insentivene og kravene også for denne gruppen selskaper.

Dette tiltaket må adressere tre hovedelementer. Først, hva som er grunnlaget for at et selskap skal kategoriseres som spesielt. I dag skjer dette med grunnlag i NVEs egne vurderinger, og etter forholdsvis veldefinerte krav. En mulig utvidelse er at NVE foretar en vurdering basert på innspill fra selskapene, dvs en søknad om å behandles spesielt. Kriteriene for vurdering kan være fast definerte, men kan også være basert på at selskapet selv kan dokumentere urimelige eller uønskede utslag av reguleringen i forhold til sin egen situasjon.

For det andre må man ta stilling til hvordan vurderingene (skjønnnet) skal underbygges og dokumenteres. Bruk av alternative modeller for effektivitetsanalyser (slik som SFA) kan være en mulighet, en annen å foreta en friere fastsettelse på subjektivt grunnlag. Uansett underlag mener vi at det sentrale er å fokusere på to kriterier, i) at sluttresultatet fremstår som rimelig for selskapet, og ii) at selskapet står overfor insentiver som er i samsvar med målsettingen i reguleringen.

For det tredje må man ta stilling til hvordan prosessen skal gjennomføres. Vi ser her to hovedretninger. Den første er at NVE ensidig gjør sine vurderinger og fastsetter kostnadsnormen etter skjønn. Den andre er at de selskapene det gjelder inviteres inn i en forhandlingsbasert løsning, hvor man gjennom prosessen kan avdekke mer relevant informasjon før en skjønnbasert kostnadsnorm bestemmes.

I forbindelse med en slik alternativ modell er det avgjørende å klargjøre kriteriene for hva som er et spesielt nettselskap.

Det er viktig å understreke at tiltaket ikke innebærer å bytte ut en modellbasert fastsettelse av kostnadsnormen med en annen. Skjønn innebærer at fastsettelsen kan støttes av alternative modellberegninger, og er et resultat av enten direkte skjønnsutøvelse i NVE eller av forhandlinger og prosess mellom NVE og det enkelte selskap.

Gjennomføring: Forslaget kan i utgangspunktet gjennomføres innenfor dagens regelverk og med hjemmel i kf.§8-6. Det vil derimot være hensiktsmessig å utarbeide en beskrivelse av hvilke kriterier som legges til grunn for å klassifisere selskaper som spesielle.

Gjennomføringen innebærer typisk økt bruk av direkte forhandlinger eller dialog med nettselskapene som identifiseres som spesielle. Tiltaket har dermed klare likhetstrekk med forslaget om en forhandlingsbasert modell, men anvendt bare på selskaper som tilfredsstiller gitte krav som "spesielle".

4.4 Inntektsramme: Utvidet bruk av skjønn i fastsettelsen av inntektsrammen

Bakgrunn: NVE har allerede i dag anledning til å utøve skjønn direkte i fastsettelsen av inntektsrammen. Dette er hjemlet i kf.§8-6. NVE har imidlertid utvist en streng praksis i anvendelsen av denne hjemmelen. Prosjektgruppen har fått forelagt en sak der NVE delvis har innvilget Hammerfest Energis søknad om å få inntektsrammen fastsatt på annet grunnlag, med hjemmel i § 8-6. En rekke nettselskaper har søkt om økt inntektsramme på lignende grunnlag uten å få medhold. En kritikk mot reguleringsregimet har vært at NVE har vært for strenge i vurderingene i slike saker, og at dette oppleves som urimelig av enkelte nettselskap.

Mulig tiltak: Et mulig tiltak for å imøtekomme kritikken fra nettselskapene kan være å senke terskelen for når kf. §8-6 kommer til anvendelse. NVE vil da i større grad kunne avvike fra hovedreglene i reguleringen for å imøtekomme søknader fra nettselskap som føler seg urettmessig behandlet. Incentivene for nettselskapene til å søke om å få fastsatt inntektsrammen etter særskilt behandling vil øke. I tillegg vil det også styrke incentivene for nettselskaper til å klage til OED på vedtak fattet av NVE. Dette vil øke arbeidsbelastningen for NVE, både som saksbehandler og som saksforberedende organ i klageprosessen.

Det er vanskelig å være presis på hvordan og etter hvilke kriterier denne type skjønn kan utøves, siden grunnlaget for en søknad fra nettselskapet vil være forskjellig fra selskap til selskap. Dette peker på en generell utfordring ved denne type skjønn med lav forutberegnelighet og etterprøvbarhet. Et rimelig krav for å øke bruken av skjønn er dermed å fastsette kriterier for hva slags grunnlag som kan ligge til grunn for skjønnet. Noen relevante punkter kan være knyttet til rimelighet (avkastningsnivå, men over 2 % -grensen), eller økonomiske incentiver for gjennomføring av presumptivt samfunnsmessig rasjonelle investeringer.

Gjennomføring: NVE trenger ikke å gjennomføre noen endringer i regler og forskrifter for å iverksette dette tiltaket. En gjennomføring av dette forslaget vil kun innebære å sette til side tidligere streng praksis på området, og kommunisere klart til bransjen at anvendelsen av § 8-6 for fremtiden vil ha lavere terskel.

5 Vurdering av utfordringer knyttet til utvidet bruk av skjønn

I dette kapittelet vil vi vurdere utfordringene med de tre tiltakene som er foreslått. Vi vil vurdere de juridiske utfordringene, utfordringer knyttet til incentiver og spill (økonomiske) og administrative konsekvenser.

5.1 Behov og begrunnelse for utvidet bruk av skjønn

Utgangspunktet for vurderingen om utvidet bruk av skjønn er Von der Fehrs kritikk av dagens økonomiske reguleringsregime. Von der Fehr har i sin gjennomgang ikke konkretisert hvordan utvidet bruk av skjønn i reguleringen vil kunne bedre reguleringsmodellen, men nøyer seg med å beskrive problemene med dagens reguleringsmodell. Fokus for dette kapittelet vil derfor være å identifisere mulige tiltak som vil bidra til en bedre økonomisk regulering ved utvidet bruk av skjønn fra forvaltningens side.

Hovedformålet med den økonomiske reguleringen følger av energilovsforskriftens formål om å sikre en samfunnsmessig rasjonell nettutvikling. Dette er selve grunnsteinen i fastsettelsen av inntektsrammer. I tillegg til lovens formål er det en rekke andre hensyn som bør tas i disse vurderingene, herunder de ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper. En eventuell utvidelse i bruken av skjønn må derfor både bedre den økonomiske reguleringen i tråd med lovens formål og være praktisk gjennomførbare innenfor rammene av det forvaltningsrettslige regelverket. Vi velger derfor å vurdere mulige tiltak utfra følgende kriterier:

- **Samfunnsmessig rasjonell nettutvikling;** gi riktige incentiver, effektiv ressursutnyttelse, mv.
- **Rimelighet;** regulator må ta hensyn til både det enkelte nettselskap og bransjen som helhet.

- **Likebehandling:** krav om at like tilfeller skal behandles likt, og at ulik behandling av selskaper skal være begrunnet i saklige hensyn. Det skal kreves korrekt behandling og fordeling av inntektsramme mellom nettselskapene i bransjen
- **Forutberegnelighet;** rammevilkår bør være forutsigbare for alle nettselskap, slik at det enkelte nettselskap skal kunne forutse sin rettsstilling og planlegge utfra gjeldende regler.
- **Administrativ byrde;** effektiv saksbehandling og redusert administrativ byrde for både regulator og nettselskap

I vurderingen av de enkelte tiltakene har vi gruppert de fem kriteriene over i tre hovedgrupper:

- **Juridiske forhold** omfatter kriteriene rimelighet, likebehandling og forutberegnelighet. Man kan selvsagt stille spørsmålstegn ved de juridiske grensene for disse tre områdene, men vår oppfatning er at dersom NVEs praktisering av skjønn ligger innenfor lovverket, så er det vanskelig å argumentere mot at de tre underliggende kriteriene er oppfylt.
- **Insentiver og spill** omfatter kriteriet om samfunnsmessig rasjonell nettutvikling. Regulators oppgave – også ved utvidet bruk av skjønn – er nettopp å styrke måloppnåelsen for reguleringen. Dette dreier seg i hovedsak om å styrke insentivene for nettselskapene til å foreta de samfunnsmessig beste valgene, og å bidra til at informasjonsskjevheten mellom regulator og nettselskap ikke forskyves slik at måloppnåelsen blir svekket.
- **Administrative utfordringer** dreier seg om endringer i nødvendig ressursbruk for å gjennomføre økt bruk av skjønn under tilstrekkelig betryggende vilkår i forhold til at de to

5.2 Tiltak 1: Datagrunnlag: Korrigere for spesielle krav til enkelte nettselskap

5.2.1 Juridiske utfordringer

Det første spørsmålet som må stilles ved tiltak 1 er hvorvidt en slik form for skjønnsutøvelse kan gjøres innenfor dagens regelverk, dvs. kontrollforskriftens regelverk om fastsettelse av kostnadsnormen til det enkelte selskapet, jf. forskriftens § 8-2. Etter denne bestemmelsen skal det tas hensyn til "relevante forskjeller i selskapenes rammebetingelser". Det er imidlertid ikke nødvendig å ta i bruk unntaksbestemmelsen ved dette tiltaket, da begrepet "relevante forskjeller i selskapenes rammebetingelser" vil være dekkende for å ta hensyn til særlige krav ved fastsettelse av kostnadsnormen.

Som forutsetning for at dette tiltaket blir anvendt overfor det enkelte nettselskap må være at nettselskapet ellers ikke over tid oppnår "rimelig avkastning på investert kapital". Det følger av NVEs praksis at dette er et absolutt vilkår for anvendelse av unntakshjemlene, og det synes hensiktsmessig at vilkåret også må være oppfylt for at forskjellene i selskapenes rammebetingelser skal være "relevante".

Endelig må det vurderes om innføring av dette tiltaket kan komme i konflikt med formålet med inntektsrammereguleringen – altså om et slikt tiltak kan forhindre "effektiv drift, utnyttelse og utvikling av nettet".

Dersom NVE velger å sette i verk dette tiltaket følger det av god forvaltningsskikk at aktørene varsles før NVEs praktisering av regelverket endres. Dette kan gjøres gjennom rundskriv eller ved å sende forslag til endringer ut på høring. Hensynet til transparens og forutberegnelighet tilsier også at slikt varsel gis.

Hensynet til likebehandling og effektiv saksbehandling tilsier også at det utarbeides retningslinjer for hvordan NVE vil praktisere en korrigerende av kostnadsgrunnlaget. I vårt forslag til tiltak har vi i særlig grad fokusert på korrigerende for ulike kunde- og kvalitetskrav. Som nevnt kan det imidlertid være andre forhold som tilsier en korrigerende av kostnadsgrunnlaget, som for eksempel særlig miljø- eller naturvernkrav. Det kan synes hensiktsmessig å definere hvilke forhold som er relevante i bestemmelsens forstand. Et mulig kriterium kan være at det skal være forhold som ligger utenfor nettselskapets herredømme. Det vil si at det er kunder eller myndighetene som pålegger nettselskapet å yte en mer kostnadskrevende netttjeneste enn det som ellers er forventet.

5.2.2 Insentiver og spill

Justering av datagrunnlaget for de sammenlignende effektivitetsanalysene slik tiltaket beskriver kan gi nettselskapene styrkede incentiver til å investere i høy-kvalitetsanlegg, særlig for anleggsbidragsfinansierte, kundespesifikke anlegg. Nettselskapene vil få økte incentiver til å fokusere på spesielle forhold.

Når f.eks. kundespesifikke anleggsmidler med høye kvalitetskrav tas ut av kostnadsgrunnlaget i effektivitetsanalysen vil det medføre en omfordeling av inntektsrammene mellom nettselskapene gjennom å påvirke fastsettelsen av kostnadsnormen. Det er vanskelig å si noe generelt om fordelingsvirkningene uten å gjøre detaljerte analyser, men det er sannsynlig at disse effektene kan være store på enkeltsektorsnivå. Et sentralt poeng er at sammenhengen mellom justeringer i kostnadsgrunnlaget frem til endelig effekt i inntektsrammen er lang. Justeringer på dette grunnlaget vil være beheftet med betydelig usikkerhet i forhold til om selskapet det gjelder får en rimelig kompensasjon, eller blir overkompensert.

Generelt vil skjønnsmessig behandling av deler av kostnadsgrunnlaget bidra til en vridning i incentiver i favør av spesielle anlegg. Dette kan være en ønsket vridning dersom det bidrar til en bedre måloppnåelse (dvs at samfunnsmessig rasjonelle anlegg realiseres), men fremstår som vanskelig dokumenterbart og etterprøvbart. Det vil være en åpenbar informasjonsskjevhet i favør av selskapet i slike tilfeller. Dette gir klare incentiver til selskapet til å fremstille større enkeltinvesteringer som spesielle for derved å oppnå en gunstigere avkastning og kan dermed forrykke spillet mellom selskap og NVE.

En eventuell gjennomføring av tiltaket ville dermed neppe ha særlig gode incentiveegenskaper: Sannsynligheten for overkompensasjon er etter vår oppfatning betydelig, samtidig som effekten av tiltaket vil være usikker og dermed virke lite målrettet.

Kostnader knyttet til å identifisere, avgrense og begrunne et skjønnsmessig basert vedtak om å trekke ut spesielle anlegg fra den sammenlignende analysen er ikke trivielle. Det er selskapet selv som avdekker informasjonen som legges til grunn for identifikasjon, og dermed får en fordel som følge av informasjonsskjevhet. Videre må NVE vurdere risikoen for at det fattes skjønnsbasert vedtak om å ta ut et anlegg i ett selskap, samtidig som tilsvarende anlegg fremdeles inngår i

kostnadsgrunnlaget for andre nettselskap. Vi vil særlig peke på at risikoen for å sikre likebehandling av selskapene øker.

5.2.3 Administrative utfordringer

Tiltaket som går på å justere for særlige krav mellom nettselskap innebærer betydelige administrative utfordringer i forhold til å identifisere, avgrense og begrunne et skjønnsmessig vedtak om å trekke ut spesielle anlegg. Etter at dette er gjort, vil resten av den administrative behandlingen være forholdsvis enkel. Dersom volumet av saker blir stort, kan dette gi en betydelig administrativ merbelastning.

Et annet forhold er hvilket kunnskapsgrunnlag NVE har for å foreta den skjønnsmessige vurderingen. Avhengig av hva slags anlegg og tilfelle det dreier seg om, vil utøvelse av forsvarlig skjønn også innebære at NVE må ha tilstrekkelig kunnskap om de relevante anleggene og deres funksjonalitet i det konkrete tilfellet. Det er lett å tenke seg områder hvor NVE vil ha behov for å styrke sin kunnskap for å underbygge en forsvarlig bruk av økt skjønn.

For selskapene fremstår den administrative belastningen som mer moderat. I mange tilfeller vil selskapet uansett måtte forholde seg til detaljene i den konkrete saken, slik at nødvendig merarbeid er begrenset til utforming av en søknad eller hevelse til NVE.

Tiltaket vil kun medføre marginale justeringer i NVEs modellapparat (for beregning av inntektsrammen), og nettselskapene vil måtte rapportere og dokumentere overfor NVE hvilke kundespesifikke anlegg som bør holdes utenfor effektivitetsanalysene.

5.3 Tiltak 2: Kostnadsnorm

5.3.1 Vurdering av frontelskap

5.3.1.1 Juridiske utfordringer

Vi ser ingen rettslige utfordringer ved en endret praksis i forbindelse med skjønnsmessig vurdering av frontelskaper, forutsatt at dette ikke strider mot de rammer som er trukket opp gjennom de høringsprosesser mv., omtalt i punkt 3.2.6 ovenfor. NVE bør vurdere å publisere en klargjøring av kriteriene som tillegges vekt i den skjønnsmessige vurderingen av hvilke selskaper som tas ut av fronten i effektivitetsanalysen.

5.3.1.2 Insentiver og spill

Erfaringer fra NVEs praksis i dag tyder på at selskap som ikke selv er supereffektive, har klare incentiver til å argumentere for at enkelte frontelskaper bør tas ut av analysen. For bransjen totalt sett er dette et nullsumspill. Generelt vil de selskapene som tjener på en endring i frontelskaper framføre dette overfor NVE, mens øvrige selskaper forholder seg tause.

Dersom man tar et selskap ut av fronten, vil fronten alltid bli "snillere" i den forstand at et annet frontelskap med høyere spesifikke kostnader kommer inn som referanseselskap i stedet. I effektivitetssammenheng innebærer dette at variansen blir lavere, og at den samlede forskjellen mellom kostnadsnorm og faktiske kostnader blir mindre.

Selv om det er nærliggende å konkludere med at lavere varians i effektivitetsmålet vil gi svakere effektiviseringsinsentiver, mener vi dette trenger en viss nyansering. Dersom den reduserte variansen skyldes at NVE i større grad tar ut selskaper med usystematiske, større hopp i kostnadsgrunnlaget (siden det er frontelskaper vi snakker om vil det gjerne være unormalt lave kostnader), kan dette være med å glatte ut fronten over tid, og gi en større grad av forutsigbarhet. Dette er en egenskap ved dagens modell som von der Fehr pekte på i sin rapport. Han foreslo å glatte ut datagrunnlaget i DEA-analysene over flere år for å oppnå utjevning. Vi mener at det å ta ut frontelskaper med svært spesielle rapporterte data kan være en mer hensiktsmessig måte å oppnå denne utglattingen på. Økt bruk av skjønn knyttet til det å ta ut frontelskaper med unormalt lave kostnader i enkelte år kan dermed bidra til å forbedre forutsigbarheten i fastsettelsen av kostnadsnormen. Samtidig er det vanskelig å se at en slik praksis skulle gi vesentlige negative effekter i forhold til de grunnleggende insentivene i reguleringsmodellen.

Grensedragningen for når et selskap bør tas ut er ikke triviell. Spesielt kommer dette frem for selskaper som i seg selv ikke er spesielle, men systematisk kommer ut som supereffektive og er frontelskaper for mange andre selskaper.

Vår oppfatning er at NVE kan ha rom for å vurdere en moderat økning i bruken av skjønn i den forstand at noen flere frontelskaper kan tas ut under spesielle forhold. De to kriteriene som vi mener bør vurderes nærmere er:

- i. større, usystematiske fall i kostnadsgrunnlaget,
- ii. vedvarende supereffektivitet som i hovedsak skyldes rammevilkårsvariablene.

Begrunnelsen for det første kriteriet er gitt over, mens det andre kriteriet i realiteten setter et spørsmålstegn ved utsagnskraften av rammevilkårsvariablene som dominerende uttrykk for et nettselskaps oppgave. En økt bruk av skjønn på dette området vil ha klare likhetstrekk med å innføre vektrestriksjoner på de samme variablene.

Det ligger utenfor mandatet til dette oppdraget å trekke noen konklusjoner om hva som er rimelige vurderingskriterier ved utvidet bruk av skjønn. Vi peker først og fremst på at NVE kan vurdere en viss justering av den skjønnsmessige behandlingen av frontelskapene, i retning av å korrigere noe mer for selskaper som i stor grad påvirker kostnadsnormen. I dette ligger et implisitt kriterium om å redusere variansen i effektivitetsanalysen som følger av spesielle selskaper.

5.3.1.3 Administrative utfordringer

Gjennomføring av dette tiltaket vil i begrenset grad medføre økning i administrativ byrde for NVE. Det vil ikke medføre noen endring i administrativ byrde for nettselskapene.

5.3.2 Supplerende vurdering av fastsettelsen av kostnadsnorm for spesielle nettselskap

5.3.2.1 Juridiske utfordringer

Supplerende vurdering av fastsettelsen av kostnadsnorm for spesielle nettselskap kan også innføres uten endringer i kontrollforskriften. Det følger av forskriftens §§ 8-2 og 8-6 at NVE kan dispensere når det foreligger "særlige tilfeller". Imidlertid må de samme vilkårene som nevnt under pkt. 5.2.1 være oppfylt også i dette tilfellet.

Det grunnleggende likhetsprinsippet som gjelder i all forvaltningsvirksomhet, vil også være retningsgivende for dette tiltaket. Som nevnt ligger det likevel ikke mer i likhetsprinsippet enn at like tilfeller skal behandles likt. Prinsippet åpner også for at ulike tilfeller kan behandles ulikt, noe som illustreres av gjeldende ordning med særlig kostnadsnorm for nettselskap som anses for å være uegnet for de sammenlignende effektivitetsanalysene. I denne terminologien er disse selskapene ulike andre selskap for så vidt gjelder faktiske kostnader.

Ved siden av den faktiske utfordringen å definere hvilke særlige kostnader som kvalifiserer til en særlig kostnadsnorm, vil det også være prosessuelle og formelle utfordringer i hvordan en slik ordning for særlige tilfeller kommuniseres utad, slik at alle aktørene både gis en forutsigbarhet for hva som kan særbehandles, og at det gis muligheter for etterkontroll av at ingen særbegunstiges på et usaklig eller et urimelig grunnlag.

Mye kan tale for at en forhandlingsbasert modell vil gi større sikkerhet for at de rette tilfeller fanges opp etter vedtatte intensjoner. På den annen side kan en forhandlingsbasert modell gi noen "tilgang" til myndigheten som andre ikke får i samme grad, og dermed en påvirkningsmulighet som kan skape grunnlag for usikkerhet om likebehandling blant andre aktører. Det kan videre være prosesskapende, i den forstand at myndigheten blir pålagt mer administrasjon. Det vil også kunne være en utfordring for ivaretagelsen av et annet viktig forvaltningsprinsipp; hensynet til transparens og åpenhet.

Under enhver omstendighet bør en slik særordning for spesielle nettselskap i størst mulig grad kommuniseres utad, både for så vidt gjelder kriterier for mulig særbehandling og for så vidt gjelder krav til formalia og prosess.

5.3.2.2 Insentiver og spill

Det viktigste argumentet for å innføre supplerende vurdering av fastsettelsen av kostnadsnorm for spesielle nettselskap er at disse også får incentiver i forhold til effektive investeringer og effektiv drift. Dette vil i seg selv gi gunstige effektivitetsmessige konsekvenser for bransjen som helhet, og vil være ønskelig i forhold til reguleringsformål om samfunnsøkonomisk rasjonell nettutvikling.

En annen positiv incentivvirkning av tiltaket er at regulator vil få mer informasjon om nettselskapenes preferanser gjennom økt bruk av forhandlinger og andre reguleringsteknikker. Regulator vil gjennom utvidet dialog og forhandlinger med de spesielle nettselskapene få tilgang til mer informasjon som kan bedre reguleringsmodellen også på andre områder.

Utvalget av spesielle selskaper er et tema i seg selv. Fra et incentivsynspunkt synes det mest hensiktsmessig å fokusere på de selskapene som systematisk er spesielle, og som dermed står uten vesentlige incentiver over tid. Gevinsten ved å ta ut selskaper som på grunn av enkelthendelser er spesielle, og gi disse en annen kostnadsnorm, vil kun være knyttet til en rimelighetsbetraktning og ikke bedre incentiver. I så fall synes det mer hensiktsmessig å bruke mekanismer som beskrevet under tiltak 3 som skjønnsgrunnlag.

På overordnet nivå kan det hevdes at nettselskapene får incentiver til å fokusere på spesielle forhold i reguleringen. Det er også sannsynlig at nettselskapene vil være selektive i informasjonen de ønsker å avdekke overfor regulator. I en forhandlingssituasjon med regulator, som dette tiltaket forutsetter,

vil dette spillet mellom nettselskap og regulator i forhold til informasjonsasymmetri være svært avgjørende for fastsettelsen av inntektsrammen.

Med dagens praksis for å ta selskaper ut av den sammenlignende analysen vil den potensielle gevinsten være beskjedent. Samlet kostnadsgrunnlag for de ca 25 selskapene det gjelder er noe over 100 MNOK, eller bare ca 0,7 % av samlet kostnadsgrunnlag. Selv om en mer sofistikert modell med insentiver også for denne gruppen kan ha betydning for enkeltelskaper, er det vanskelig å se at dette vil ha nevneverdig betydning for godheten av reguleringen samlet sett.

5.3.2.3 Administrative utfordringer

Det er omfanget av selskaper som vil være bestemmende for de administrative byrdene. En utvidet adgang til å bli klassifisert som spesiell vil sannsynligvis øke antallet. Dette vil i seg selv øke den administrative byrden.

Introduksjon av supplerende vurderinger for fastsettelse av kostnadsnormen introduserer ny usikkerhet og nye kompetansebehov både for regulator og for selskapene. Vår vurdering er at dette vil virke sterkt drivende for økt administrativ byrde. Dette gjelder både i forhold til grunnleggende forståelse av grunnlaget for alternativ fastsettelse av kostnadsnorm, selve prosessen rundt fastsettelse og eventuelle klager i ettertid. Denne endringen vil også sette større krav til kompetanse hos klageorganet.

5.4 Tiltak 3: Utvidet bruk av skjønn i fastsettelsen av inntektsrammen

5.4.1 Juridiske utfordringer

Etter vårt syn er ikke forvaltningsretten til hinder for en endret praktisering av unntakshjemmelen, særlig da det en lavere terskel for bruk av dispensasjonshjemmelen presumptivt vil være til gunst for de selskapene vedtaket retter seg mot. En utfordring knyttet til dette vil være å fastsette hvor denne terskelen skal settes. Videre må aktørene, som nevnt tidligere, varsles om omlegging av praksis og hvordan dispensasjonshjemmelen nå skal anvendes.

5.4.2 Insentiver og spill

Tiltaket om å utvide bruken av unntaksbestemmelsen i kf.§8-6 vil ha relativt begrenset innvirkning på insentivene i reguleringen. Tiltaket kan oppfattes som et utvidet sikkerhetsnett for utilsiktede virkninger av reguleringen og inntektsrammefastsettelsen. Den kan også benyttes for å korrigere for uønskede fordelingseffekter knyttet til spesielle forhold i enkeltelskaper.

I den grad tiltaket påvirker insentivene, vil det mest sannsynlig være i negativ retning. En mulig konsekvens er at selskapene oppfatter tiltaket som en utvidet mulighet til å "be om tilgivelse", og dermed får sterkere insentiver til å peke på spesielle forhold som etter deres mening bør kompenseres. Så lenge dette skjer før inntektsrammevedtaket fattes, introduserer det også et utvidet rom for spill mellom selskapene i forhold til å få en større andel av den samlede inntektsrammen for eget selskap.

5.4.3 Administrative utfordringer

Hovedutfordringen ved dette tiltaket er at nettselskapene vil få betydelig sterkere insentiver til å søke om særskilt behandling i fastsettelsen av inntektsrammen, og i enda mindre grad enn i dag gi innspill til inntektsrammevarselet. Hvis sjansene for å få en spesiell vurdering øker, som i praksis kun

kan medføre en oppjustering av inntektsrammen, så er det stor sannsynlighet for at flere nettselskap vil se seg tjent med å søke om særskilt behandling, og også klage på vedtaket fattet av NVE. Dette vil igjen medføre en betydelig økning i arbeidsbelastningen for både regulator og klageorgan. Omfanget av denne økningen vil være vanskelig å beregne.

Vi konkluderer med at tiltaket mest sannsynlig vil medføre en betydelig økning i arbeidsbelastning hos både regulator, nettselskap og klageorgan.

6 Utfordringer for klageorganet (OED) ved utvidet bruk av skjønn

NVE er vedtaksorgan i forbindelse med fastsettelse av inntektsrammer, samt saksforberedende organ når vedtak påklages til OED.

En kan stille spørsmål om det vil være hensiktsmessig å opprette et uavhengig klageorgan, dvs et alternativ til klagebehandling i OED, som kun behandler klager på vedtak om fastsettelse av inntektsrammer for nettselskapene. Begrunnelsen for opprettelse av et slikt organ måtte i så fall være at nettselskapene vil kunne få en mer objektiv behandling av klagen på inntektsrammen, og et ønske om å avlaste OED. Ved å opprette et uavhengig klageorgan kan man også påse at tvister om gyldigheten av vedtak om fastsettelse av inntektsrammer løses av et organ som er sammensatt av personer som har tilstrekkelig kompetanse for å treffe vedtak i denne type saker.

Det finnes flere eksempler på at det er opprettet tilsvarende klagenemnder, feks. Klagenemnda for merverdiavgift, og Fylkesmannens fastsettelse av barnebidrag. En rekke av disse klageorganene vil være å anse som *"forvaltningsorgan som har særskilt myndighet"* i foreldelsesloven § 16 nr. 1 forstand¹¹, slik at innbringelse av tvisten for klageorganet også avbryter en eventuell foreldelsesfrist for det underliggende kravet. Tilsvarende avbrytelse av foreldelsesfristen skjer i henhold til foreldelsesloven § 16 nr. 2 a) skjer når tvisten bringes inn for *"klage- eller reklamasjonsnemnd"*¹². Klageorganet vil regelmessig være sammensatt av personer med særlig kyndighet og særlige forutsetninger for å løse tvister om saker som faller innenfor klageorganets kompetanseområde. Foreldelse er en lite aktuell problemstilling når nettselskapet bestrider gyldigheten av et vedtak om fastsettelse av inntektsramme, men problemstillingen kan tenkes å oppstå ved tarifferingstvister¹³ mellom nettselskap eller sluttbruker og nettselskap. Vi går imidlertid ikke nærmere inn på dette i denne rapporten.

Når det gjelder tvister mellom det offentlige og private i forbindelse med forvaltningstvister er likevel den klare hovedregel at tvister løses ved ordinær forvaltningsrettslig klagebehandling. Vi kan vanskelig se at det er grunn til å opprette et eget uavhengig klageorgan som følge av en utvidet bruk

¹¹ Se for eksempel opplistingen av ulike type tvisteløsningsorganer hos Røed "Foreldelse av fordringer" 2. utgave side 397.

¹² Se eksemplene hos Røed ibid. side 404-405.

¹³ Se for eksempel Borgarting lagmannsretts dom av 4. april 2005 (LB-2004-2800) dom mellom Flesberg Elektrisitetsverk AS og Buskerud Kraftnett AS.

av skjønn fra NVEs side ved fastsettelsen av inntektsrammer mv. slik vi foreslår som mulige tiltak i rapporten. Det mest nærliggende tiltak, utvidet bruk av skjønn ved fastsettelse av inntektsrammen, i realiteten en liberalisering av dispensasjonspraksis ("særlige grunner"), er en type kompetanse som etter vårt syn vil være lite hensiktsmessig å overlate til et uavhengig klageorgan. Vi er ikke kjent med at det er opprettet uavhengige klageorganer på andre områder som er gitt kompetanse til treffe tilsvarende klageavgjørelser i denne type dispensasjonssaker ("særlige grunner" e.l.). Tvert i mot er det etter vårt syn viktig av hensyn til likebehandling og forutberegnelighet for nettselskapene at klageorganet i størst mulig grad sikrer en likeartet dispensasjonspraksis, og dette sikres etter vårt syn best gjennom en ordinær klagebehandling i OED etter forutgående behandling av NVE. NVE/OED har presumptivt best oversikt over dispensasjonspraksis og mulige konsekvenser av vedtak som bryter med gjeldende dispensasjonspraksis.

Idet vi ikke ser noen grunn til å opprette et eget uavhengig klageorgan som følge av gjennomføring av de mulige tiltak som er skissert i rapporten, går vi ikke nærmere inn på spørsmål som gjelder oppnevning, sammensetning, finansiering mv. av et slik alternativt uavhengig klageorgan.

7 Relevante eksempler

Oppdragsbeskrivelsen for dette prosjektet innebærer også at vi skal identifisere mulige relevante eksempler på skjønnsutøvelse innenfor offentlig forvaltning og i forbindelse med økonomiske forhold. Gjennom arbeidet har vi identifisert flere områder der skjønn utøves, som f.eks. i Konkurransetilsynet, i Kabeltvistnemda, i Utlendingsnemda, men disse kan i liten grad sies å være relevante for NVEs skjønnsutøvelse.

Det økonomiske reguleringsregimet for nettselskapene er velutviklet og omfattende sammenlignet med andre eksempler innen offentlig forvaltning. Det har derfor vært vanskelig å identifisere eksempler på praksis som kan være relevant for reguleringen av nettselskapene.

8 Konklusjoner og anbefalinger om videre arbeid

I forhold til det juridiske handlingsrommet for NVE har vi ikke avdekket noen betydelige hindringer for utvidet bruk av skjønn i reguleringen. Selv om det på enkelte områder kan være hensiktsmessig å vurdere endringer i kontrollforskriften, dreier det juridiske grunnlaget seg først og fremst om å klargjøre og publisere prinsipper for endret praksis hos NVE, og å sørge for at endret praksis trer i kraft for saker som initieres etter et fastsatt tidspunkt.

I dette ligger at ivaretagelsen av kravene til rimelighet, forutberegnelighet og likebehandling er ivare tatt med de forslagene som er lagt frem, og de reglene som i dag gjelder for disse forholdene. Dette innebærer imidlertid ikke at selskapene er enige i at de juridiske rammene for disse forholdene er tilfredsstillende.

Når det gjelder vurderingen av insentiver og spill i forhold til økt bruk av skjønn, er bildet betydelig mer sammensatt. Det kan være et motsetningsforhold mellom insentiver og spill, ved at vi i prinsippet kan peke på en styrking av insentivene, men til en kostnad der selskapene får en endret posisjon i spillet mot regulator.

På prinsipielt grunnlag kan man hevde at mulige tiltak på områdene kostnadsgrunnlag, kostnadsnorm og inntektsramme kan gi bedre insentiver for reguleringen. Vi mener at potensialet er størst ved økt utøvelse av skjønn i fastsettelsen av kostnadsnormen, selv om vi også for dette tiltaket er tvilende til hvorvidt gevinsten er særlig stor. Begrunnelsen er at mange selskaper opplever insentivene som uforutsigbare fordi enkeltselskaper (ofte små) får en for stor vekt i sammensetningen av kostnadsnormen, og at særlig lave kostnader i enkelte år kan være med å sette normen for mange selskaper. En stabilisering av kostnadsnormen gjennom mer aktiv skjønnsutøvelse i forhold til kriterier for frontsselskaper kunne her bidratt til en mer forutsigbar regulering.

En del mindre selskaper får i dag svake insentiver til å foreta samfunnsmessige riktige valg fordi de settes til en sjablongmessig effektivitetsscore. Utvidet bruk av skjønn vil i seg selv kunne stimulere til at disse selskapene avdekker mer informasjon om seg selv, og dermed gjør det mulig å utforme mer målrettede insentivmekanismer. Vi vil dog påpeke at omfanget av disse selskapene i økonomisk forstand er liten.

Når det gjelder utvidet bruk av skjønn i fastsettelsen av kostnadsgrunnlag og av inntektsrammen er det vanskeligere å se at dette kan bedre reguleringen. Justeringer i kostnadsgrunnlaget, for eksempel på grunnlag av spesielle kvalitetskrav, gir entydig sterkere insentiver til å investere i de anleggene som trekkes ut av analysen. Samtidig svekker eller fjerner man da insentivene til effektivitet for å gjennomføre denne type investeringer. Vi mener økt bruk av skjønn ved direkte justeringer i inntektsrammen er langt bedre egnet for å oppnå omfordeling av rimelighetshensyn enn justeringer i kostnadsgrunnlaget.

Økt bruk av skjønn i inntektsrammefastsettelsen fremstår som en ren omfordelingsmekanisme, som må begrunnes ut fra rimelighetshensyn. En slik ordning vil i seg selv gi klare insentiver til å øke omfanget av klagesaker, typisk også etter at inntektsrammevedtaket er fattet.

Den administrative byrden ved de tre ulike tilnærmingene er noe forskjellig. Når det gjelder tiltak knyttet til kostnadsnorm og inntektsramme, fremstår disse som de klart mest ressurskrevende. De vil begge omfatte et potensielt stort antall selskaper, og innebærer at NVE må gjennomgå hvert enkelt tilfelle. Også for selskapene fremstår disse to tilnærmingene som ressurskrevende i form av utarbeidelse av underlag. Utvidet bruk av skjønn i fastsettelsen av kostnadsgrunnlaget fremstår også som ressurskrevende, men i noe mindre grad enn de to andre alternativene. Begrunnelsen for dette er at NVE kun trenger å foreta en vurdering av hvorvidt et anlegg eller kostnadspost skal trekkes ut, mens den videre behandlingen og beregningen av konsekvensen i stor grad er mekanisk. Også for selskapet fremstår dokumentasjonen som noe enklere, siden mye av datagrunnlaget det er tale om vil være fra regnskapet.

Utvidet bruk av skjønn i forbindelse med vurdering av frontsselskaper vil være en ren justering av dagens praksis. Både for NVE og for selskapene fremstår dette tiltaket som lite ressurskrevende i forhold til de andre alternativene.

Samlet sett er det vanskelig å se at utvidet bruk av skjønn vil gi potensial for vesentlige forbedringer i reguleringen til en akseptabel kostnad. I tabellen under indikerer vi vår samlede vurdering av hvert av områdene for økt bruk av skjønn etter de tre hovedkriteriene som er beskrevet over. Med 😊

mener vi nøytral vurdering – dvs verken noen vesentlig utfordring eller potensiell gevinst, 😊 er en positiv vurdering, mens ☹ er vesentlige ulemper eller kostnader.

#	Tiltak	Juridiske	Insentiver og spill (økonomiske)	Administrative
1	<u>Datagrunnlag</u> : Korrigere for ulike kunde- og kvalitetskrav til nettselskap	😊	☹	☹
2a	<u>Kostnadsnorm</u> : Vurdering av hvilke selskaper som er med å danne front	😊	😊😊	😊
2b	<u>Kostnadsnorm</u> : Supplerende vurdering av fastsettelsen av kostnadsnorm for spesielle nettselskap	😊	😊	☹
3	<u>Inntektsramme</u> : Utvidet bruk av skjønn i fastsettelsen av inntektsrammen	😊	☹	☹

Vi mener at utvidet bruk av skjønn vil gi vesentlige kostnader eller ulemper på tre av de fire hovedkriteriene. Med basis i vår drøfting over, er det kun utvidet bruk av skjønn ved vurdering av frontsselskaper som fremstår som et aktuelt tiltak. Styrken og omfanget av de positive virkningene av dette tiltaket fremstår imidlertid som begrenset, og representerer i seg selv ingen vesentlig omlegging av reguleringen – kun en marginal justering av gjeldende praksis.

En vurdering av mer generell karakter er hvor utøvelse av skjønn slutter, og hvor introduksjon av en alternativ modell begynner. Utøvelse av skjønn i fastsettelsen av inntektsrammen på årlig basis er den klart mest presise skjønnsutøvelsen: beslutninger knyttet til skjønn er av kort varighet – dvs ett år – og gir ikke nødvendigvis føringer for senere års behandling av det samme selskapet. For fastsettelsen av kostnadsnorm og for justering av kostnadsgrunnlag er grenseflaten mot en alternativ modell mer uklar. Det har lite for seg å foreta skjønnsmessige vurderinger på disse punktene for bare ett år. Med en gang varigheten av skjønnet forlenges, kommer man prinsipielt i en situasjon der man nærmer seg en fastlagt modell for vurdering av selskapet, bare på et annet grunnlag enn i den ordinære modellen. Dette ligger dermed nær opp til etablering av en forhandlingsbasert modell.

Konklusjon

Vår konklusjon er at utvidet bruk av skjønn ikke er løsningen på de utfordringene von der Fehr påpekte for den økonomiske reguleringen av nettselskapene. I den grad NVE allikevel ønsker å bruke skjønn for å korrigere for urimeligheter i reguleringen, vil utvidet bruk av skjønn i inntektsrammefastsettelsen være det klart mest målrettede tiltaket. Imidlertid vil dette tiltaket ha klare negative virkninger både for insentiver, forutberegnelighet og administrative byrder. Endring av praksis i vurderingen av frontsselskaper kan bidra positivt både i forhold til insentiver og rimelighet, men vurderes som et tiltak uten vesentlige endringer i insentivene i reguleringen. Styrking av



insentivene gjennom økt bruk av skjønn fremstår som en betydelig metodisk utfordring, til en betydelig kostnad i form av økt administrativ byrde.

Etter vår oppfatning er det andre deler av NVEs pågående arbeid med reguleringen som er mer egnet for å adressere de utfordringene von der Fehr har påpekt. Alderskorrigering vil kunne bidra til å redusere den systematiske fordelen som gamle nett har i dagens modell. En forhandlingsbasert modell hvor selskapene selv kan påvirke og velge de mest fordelaktige insentiver er en annen vei å gå. Vi vil blant annet peke på at elementer av menyregulering, for eksempel ved å tilby en glideskala mellom normalavkastning og vektlegging av kostnadsnormen, kan være en mulighet som kan utforskes nærmere.