

NOTAT

Til: Distriktsenergi v/ daglig leder Knut Lockert
Fra: Kvale advokatfirma DA
Ansv. adv.: Partner Kristin Ourom
Dato: 22. januar 2020
Vedr.: **Vurdering av NVEs forslag om merkevaredifferensiering**

1. PROBLEMSTILLING OP OPPSUMMERING AV KONKLUSJON

1.1 Problemstilling

Norges vassdrags- og energidirektorats ("NVE") har i endringer i energilovforskriften nr. 8, 2019 § 4-14 ("**Forslaget**") stilt krav til markedsføring av nettselskap, hvor det er foreslått at nettselskap i sin markedsføring klart skal skille seg fra enhver kraftleverandør og alle foretak i det integrerte foretaket som nettselskapet er en del av.

Det er fra Distriktsenergi og Distriktsenergis medlemmer stilt spørsmål ved om NVE går lengre enn hva EU-retten krever hva gjelder merkevaredifferensiering.

1.2 Oppsummering av konklusjon

Overordnet er vår konklusjon at:

- Forslaget går lenger enn hva EUs tredje elmarkedsdirektiv forutsetter.
- Departementet står fritt til å vedta at bestemmelse om merkevaredifferensiering ikke skal gjelde for integrerte foretak som betjener færre enn 100.000 tilknyttede kunder.

2. RETTSLIG BAKGRUNN – SELSKAPSMESSIG OG FUNKSJONELT SKILLE

2.1 Generelt

Da endringene i energiloven i stor grad bygger på EUs elmarkedsdirektiver, finner vi innledningsvis å gi en oppsummering av bakgrunnen for innføring av selskapsmessig- og funksjonelt skille i Norge, og som ligger til grunn for Forslaget.

2.2 Selskapsmessig og funksjonelt skille etter andre elmarkedsdirektiv

Den andre energimarkedspakken ble vedtatt 26. juni 2003. Pakken ble innlemmet i EØS-avtalen 2. desember 2005.

I Artikkel 15 nr. 1 oppstiller krav om selskapsmessig skille hvor det kreves at operatørfunksjonen knyttet til nettvirksomhet innenfor en vertikalintegreert virksomhet skal være uavhengig av andre aktiviteter. Direktivet innebærer ikke plikt til eiermessig skille.

Artikkel 15 nr. 2 oppstiller funksjonelle minimumskrav til den vertikalintegreerte virksomheten, hvor det bl.a. fremkommer:

"Member States may decide not to apply paragraphs 1 and 2 to integrated electricity undertakings serving less than 100 000 connected customers, or serving small isolated systems."

Medlemslandene kunne mao unngå å vedta krav om selskapsmessig- og funksjonelt skille for vertikalintegreerte foretak med færre enn 100.000 nettkunder.

I 2005 sendte Departementet ut på høring et forslag om selskapsmessig- og funksjonelt skille¹. Forslaget gikk lenger enn kravene i andre elmarkedsdirektiv.

Etter høring ble det vedtatt en ordlyd som i dagens §§ 4-6 og 4-7. Det vil si en grense på 100.000 nettkunder for krav om selskapsmessig- og funksjonelt skille.

2.3 Selskapsmessig og funksjonelt skille etter tredje elmarkedsdirektiv

EUs tredje energimarkedspakke ble vedtatt 13. juli 2009, herunder elmarkedsdirektiv III².

Formålet med pakken var å legge til rette for et mer velfungerende indre marked for elektrisitet og naturgass. Av pakken følger blant annet krav til eiermessig skille mellom infrastruktur for energioverføring (transmisjon) og produksjon eller omsetning av energi. Det er også krav om at landene har en uavhengig reguleringsmyndighet for energisektoren og en uavhengig klagebehandling av reguleringsmyndighetens vedtak.

I tredje elmarkedsdirektiv er det gitt regler om drift av *distribusjonsnett* i artikkel 24 – 27. I artikkel 26 nr. 1 og 2 fremkommer krav til selskapsmessig- og funksjonelt skille.

I artikkel 26 nr. 4 fremkommer imidlertid:

"Medlemsstatene kan vedta å ikke anvende nr. 1, 2 og 3 på integrerte elektrisitetsforetak som betjener færre enn 100.000 tilknyttede kunder, ellers om betjener små isolerte nett".

Det oppstilles således ingen plikt i tredje elmarkedsdirektiv til å innføre selskapsmessig- og funksjonelt skille for integrerte elektrisitetsforetak med færre en 100.000 tilknyttede kunder.

2.4 Oppsummering – ikke generelt krav om selskapsmessig- og funksjonelt skille

Verken andre eller tredje elmarkedsdirektiv innfører krav til selskapsmessig- og funksjonelt skille for integrerte foretak (herunder distribusjonsnett) med færre enn 100.000 nettkunder. Det enkelte land står her fritt.

¹ Ot.prp nr. 61 (2005-2006)

² Inn tatt i Prop. 4 S (2017-2018)

3. Merkevaredifferensiering - bruk av firmanavn / kjennetegn

3.1 Forslag i energilovforskriften § 4-14

I NVEs forslag til nye forskriftsbestemmelser om selskapsmessig og funksjonelt skille har NVE i foreslått ny § 4-14 som regulerer nettselskapenes markedsføring og kommunikasjon. Forslaget til deler av ny bestemmelse har følgende ordlyd:

"§ 4-14. Markedsføring og kommunikasjon

Nettselskap skal i sin markedsføring og kommunikasjon skille seg klart fra enhver kraftleverandør og fra foretak i det integrerte foretaket som nettselskapet er en del av. Blant annet skal nettselskapets foretaksnavn, andre forretningskjennetegn og varemerke utformes slik at nettselskapet skiller seg klart fra kraftleverandører og fra andre foretak i det integrerte foretaket.

...

I vurderingen etter første og andre ledd skal det legges vekt på hvorvidt det foreligger fare for forveksling eller en utnyttelse av nettselskapets anseelse." (våre understreknings)

Departementet uttalte i Prop. 5 L 2017–2018 Endringer i energiloven (tredje energimarkedspakke)³ på side 35 mht. forskriftskompetansen:

"NVE tok i høringen opp krav om nøytralitet ved markedsføring og profilering av vertikalt integrerte nettselskap. Departementet viser til at Stortinget våren 2016 vedtok endringer i energiloven §§ 4-6 og 4-7 om krav til selskapsmessig og funksjonelt skille for alle nettforetak. Disse bestemmelsene trer i kraft 1. januar 2021. Det gjeldende regelverket gir hjemmel til å fastsette vilkår om nøytral opptreden av netteier jf. energiloven § 4-1 annet ledd nr. 3. Departementet kan ikke se at det er behov for ytterligere justeringer i § 4-1 for å sikre krav til nøytralitet. I henhold til forslaget til ny § 4-11 gis reguleringsmyndigheten kompetanse til å gi nærmere forskrifter om bl.a. nøytral opptreden av netteier."

3.2 Forholdet til EUs tredje elmarkedsdirektiv

Spørsmålet er om Forslaget i § forskriften § 4-14 går lenger enn det som fremkommer av EUs tredje elmarkedsdirektiv.

I artikkel 26 i tredje elmarkedsdirektiv fremkommer:

"Dersom operatøren av distribusjonsnett er del av et vertikalt integrert foretak, skal medlemsstatene sikre at virksomheten til operatøren av distribusjonsnett overvåkes av reguleringsmyndighet eller andre vedkommende organer slik at den ikke kan dra fordel av sin vertikale integrasjon for å vri konkurransen. Særlig skal vertikalt integrerte operatører av distribusjonsnett i sin kommunikasjon og merkevarestrategi ikke skape usikkerhet med hensyn til forsyningsdelens særskilte identitet i det vertikalt integrerte foretaket." (våre understreknings)

³ Prop. 5 L (2017–2018) Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak) Endringer i energiloven (tredje energimarkedspakke)

Bestemmelsen er generell, i så måte at den omfatter distribusjonsnettene i det vertikalt integrerte foretaket.

Materielt fremkommer at det ikke skal skapes usikkerhet rundt nettselskapets særskilte identitet. Det er ikke angitt nærmere kriterier, og det er vanskelig å lese ut av bestemmelsen at det oppstilles forbud mot bruk av samme elementer i foretaksnavn mellom nettselskap og andre foretak i det vertikalt integrerte foretaket slik NVE har lagt til grunn for forståelsen av forslaget til § 4-14 i energilovforskriften. Det er naturlig å lese artikkel 26, nr. 3 dithen at det for nettvirksomheten skal fremkomme av foretaksnavn og merkevare at det dreier seg om nettvirksomhet.

Overordnet vurderingstema i artikkel 26, nr. 3 er *"ikke kan dra fordel av"* og *"ikke skape usikkerhet"*. I foreslått forskriftstekst har NVE benyttet begrepet *"skille seg klart fra"*. Etter vår oppfatning ligger ordlyden i artikkel 26, nr. 3 nærmere begrep vi finner i dagens lovgivning for varemerke og foretaksnavn⁴, og det hadde vært nærliggende å se hen til etablert praksis rundt denne lovgivningen hvor sentrale vurderingstemaer bl.a. er hvorvidt det foreligger risiko for forveksling. Etter vår oppfatning har NVE, ved bruk av begrepet *"skille seg klart fra"*, gått lenger enn både ordlyden i artikkel 26 nr. 3 og eksisterende lovgivning for varemerke og foretaksnavn.

Som også nevnt i pkt. 2.3 over, foreligger *ingen plikt* til å innføre regler om merkevaredifferensiering, jf artikkel 26, nr. 4:

"Medlemsstatene kan vedta å ikke anvende nr. 1, 2 og 3 på integrerte elektrisitetsforetak som betjener færre enn 100.000 tilknyttede kunder, ellers om betjener små isolerte nett".

Det er verdt å merke at ordlyden i artikkel 26, nr. 3, som står under kapittel VI i tredje energimarkedsdirektiv og som gjelder for drift av *distribusjonsnett*, skiller seg fra bestemmelsen om merkevaredifferensiering som gjelder for drift av *overføringsnett*. For drift av overføringsnett er det gitt bestemmelse om varemerkedifferensiering i artikkel 17, nr. 4:

"Operatøren av overføringsnett skal ikke i sin foretaksprofil, kommunikasjon, merkevarestrategi eller lokaler skape usikkerhet med hensyn til det vertikalt integrerte foretaks særskilte identitet eller noen del av dette "

Bestemmelsen for operatør av overføringsnett (Statnett) er langt mer konkret enn bestemmelsen som er gitt for operatør av distribusjonsnett.

⁴ L26.03.2010 nr. 8 Lov om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven) § 4, og L21.06.1985 nr. 79 Lov om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn mv. (foretaksnavneloven) § 3-2, andre ledd og § 3-3

4. Konklusjon

Basert på ovennevnte, er vår konklusjon:

- Basert på EU' tredje elmarkedsdirektiv foreligger ingen plikt for Norge til å innføre krav om merkevaredifferensiering hvor nettselskapet i det integrerte foretaket har færre enn 100.000 nettkunder. Departementet står fritt til å vedta at bestemmelse om merkevaredifferensiering ikke skal gjelde for integrerte foretak som betjener færre enn 100.000 tilknyttede kunder.
- NVE går i Høringsdokument nr. 8/2019 lenger enn det som fremkommer av direktivet. Etter vår oppfatning er begrepet "skiller seg klart fra" strengere enn ordlyden i tredje elmarkedsdirektiv artikkel 26, nr. 3 og strengere enn gjeldende lovgivning for varemerke og foretaksnavn.
- Det er fullt mulig for Departementet å se bestemmelsene om funksjonelt skille og merkevaredifferensiering i sammenheng slik at krav om merkevaredifferensiering skal følge grensen for krav om funksjonelt skille.