



Energiklagenemnda

Energiklagenemndas avgjørelse 7. april 2022

Sak: 2021/1961
Klager: Agder Energi Nett AS

Energiklagenemndas medlemmer:

Nemndsleder Per Conradi Andersen, Helle Grønli og Edna Grepperud

1 Innledning

- (1) Reguleringsmyndigheten for energi (heretter «RME») fattet den 11. februar 2021 individuelt vedtak om inntektsramme for 2020 for flere selskaper, deriblant Agder Energi Nett AS. Vedtaket om fastsettelse av inntektsramme er fattet med hjemmel i forskrift om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomhet og tariffier av 11. mars 1999 nr. 302 (kontrollforskriften) § 7-2.

2 Sakens bakgrunn

- (2) RME sendte den 5. desember 2019 varsel om inntektsramme for 2020 til Agder Energi Nett AS (heretter «klager»). I varselet fremgikk det at RME ville fastsette vedtak om inntektsramme for 2020 i februar 2021. Frist for å sende inn merknader til varselet ble satt til 15. februar 2020.
- (3) Den 28. august 2020 sendte klager søknad om å få fastsatt inntektsramme på særskilt grunnlag, jf. kontrollforskriften § 8-6 fjerde ledd. Søknaden gjaldt spørsmål om å få fastsatt tillegg til inntektsrammen for årene 2020 og 2021 som følge av påløpte prosjektkostnader knyttet til Energibransjens digitaliseringsinitiativ (DIGIN, prosjektfase 2). RME godkjente ordningen i vedtak datert 10. september 2020.
- (4) RME fastsatte inntektsramme for 2020 i vedtak den 11. februar 2021. Vedtaket hadde følgende konklusjon:

«Reguleringsmyndigheten for energi (RME) vedtar med dette en inntektsramme for 2020 på 1134972 tusen kroner. Vi bruker samme metode som i varsel om inntektsramme som ble sendt dere i desember 2019. Økonomiske og tekniske data er endret for enkelte selskaper som følge av tilsyn, regnskapskontroll og andre tilbakemeldinger.»
- (5) Klager påklaget RMEs vedtak i klage datert 4. mars 2021. Det ble klaget på endringer RME hadde gjort mellom varsel om vedtak datert 5. desember 2019 og vedtaket datert

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

11. februar 2021. Klagen var begrunnet i at RME hadde gjort vesentlige endringer i datagrunnlaget fra varsel om vedtak ble sendt ut til vedtaket ble fattet, i strid med lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker datert 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 16. Klager har også anført at forskriftsendringen som lå til grunn for deler av endringene, i realiteten var gitt tilbakevirkende kraft i strid med Grunnloven § 97.

(6) Klager etterlyste status i saken den 19. oktober 2021. RME besvarte henvendelsen neste dag.

(7) RME fattet et nytt vedtak i saken den 9. november 2021, hvor deler av klagen på vedtak om inntektsramme for 2020 ble tatt til følge. Vedtaket hadde følgende konklusjon:

«Punkt 3 i klagen (også omtalt som 2b i oppsummeringen), som hevder at USLA må inngå i faktiske kostnader for 2018, tas til følge.

«Dette vedtaket innebærer at vi vil rette opp feilen i re-kalibreringen når vi skal beregne nye inntektsrammer for 2020. Der vil positive (negative) endringer i inntektsramme for 2020 vil bli lagt til (trukket fra) inntektsrammen for 2022, jf. forskrift om kontroll av nettvirksomhet § 8-6 tredje ledd.

«Vi vil først beregne nye inntektsrammer for 2020 som del av varsel om inntektsramme for 2022. De sender vi ut i desember 2021. Siste beregning av nye inntektsrammer for 2020 vil vi gjøre i forbindelse med vedtak om inntektsrammer for 2022, som vi vil fatte i februar 2023.»

(8) RME vurderte klagens punkt 1 og 2, men konkluderte med at de ikke ga grunnlag for å endre eller oppheve denne delen av vedtaket, jf. forvaltningsloven § 33 og forskrift om nettregulering og energimarkedet av 24. oktober 2019 nr. 1413 (NEM) § 2-2. Klagen og sakens dokumenter ble oversendt Energiklagenemnda ved RMEs innstilling datert 9. november 2021.

(9) Klager har i brev datert 11. november 2021 fått informasjon om saksgangen for Energiklagenemnda og frist til å inngi kommentarer til RMEs innstilling i saken eller andre merknader.

(10) Klager ble i e-post datert 10. mars 2022 igjen bedt om å inngi eventuelle kommentarer i saken. Ny frist ble satt til 24. mars 2022. Klager har ikke sendt inn kommentar til nemnda.

(11) Energiklagenemnda avholdt nemndsmøte i saken den 7. april 2022.

3 Klagers anførsler

(12) Klager har i det vesentlige anført:

Endring i kostnadsnorm

(13) Størrelsen på inntektsrammen er vesentlig mindre enn den som fremkom i RMEs forhåndsvarsel om vedtak om inntektsramme, datert 5. desember 2019. Klager erkjenner at tilsyn, regnskapskontroll og andre tilbakemeldinger kan endre den endelige inntektsrammen fra varslene, men at disse endringene vanligvis er marginale. Klagers analyse viser at vedtaket er basert på andre forutsetninger enn varselet om vedtak. Disse forskjellene er så store at det strider mot forvaltningslovens bestemmelser om

forhåndsvarsling. Klager anfører at selskapet ikke har fått ivarett sine interesser i saken jf. forvaltningsloven § 16 andre ledd. Etter klagers syn bygger vedtaket på så forskjellige forutsetninger fra varselet, at klager ikke har fått rett til å uttale seg om innholdet i vedtaket. Klager viser videre til at RMEs vedtak om inntektsramme er kroner 15.8 millioner lavere enn hva selskapet hadde grunn til å tro ut ifra forhåndsvarselet. Dette innebærer en reduksjon av selskapets resultat med 4.8 % før skatt. Manglende kontradiksjon er således en saksbehandlingsfeil som kan ha påvirket vedtakets innhold.

- (14) Klager anfører at RME har endret beregningsgrunnlaget for kostnadsnorm mellom varselet og vedtaket. RME har konstruert et datagrunnlag for Elvia AS (tidligere Hafslund Nett AS og Eidsiva Nett AS), i tillegg til å ta inn Tensio TN AS som et referanseselskap i vedtaket. Klagers syn er at endringene skaper en «*skjerpet front*» i DEA-modellen (sammenligningsmodell for effektivitet) som medfører en redusert kostnadsnorm for klager. Klager anfører at RME allerede i forkant av varselet om inntektsramme kunne anvendt det nye beregningsgrunnlaget. Klager anfører derfor at samme selskapsstruktur må gjelde i vedtaket som i varselet. Alternativt, må RME sende et korrigerert varsel i god tid før regnskapsavslutning.

Korrigerer av kostnadsgrunnlag

- (15) RME har endret kontrollforskriften med virkning fra 1. januar 2020. Endringen medfører at USLA (utbetaling ved svært langvarige avbrudd) ikke lenger kan inngå i kostnadsgrunnlaget etter forskriften § 8-1. Nettselskapene får da ikke kompensasjon for USLA fra 2018. Klager anfører at RMEs anvendelse av denne forskriftsendringen på allerede påløpte USLA-kostnader hos nettselskapene fra 2018, gir forskriften tilbakevirkende kraft i strid med Grunnloven § 97.
- (16) Da RME vedtok å fjerne USLA fra kostnadsgrunnlaget for 2020, ble kostnadsgrunnlaget kroner 19,2 millioner lavere for klager. Klager hadde faktiske USLA-kostnader på kroner 18,2 millioner for 2018. Klager anfører at disse kostnadene skal inngå i kostnadsgrunnlaget for 2020. Klager viser til at varsel om inntektsramme for 2020 ble sendt ut dagen etter at RME vedtok endringene i kontrollforskriften. Klager anfører at selskapets kostnader med å betale ut direkte erstatninger og den reduserte inntektsrammen for samme feilsituasjon er en slags dobbeltstraff uten støtte i generell forvaltningsrett. Klager viser videre til at de etter ekstremværet i 2018 (Knud 2018, Nedsnødd 2018) søkte om fastsettelse av inntektsrammen etter § 8-6 siste ledd og fikk avslag.
- (17) I 2018/2019 gjennomførte RME en høringsrunde der de foreslo å samordne KILE og USLA på en slik måte at utbetalingene knyttet til USLA skulle finansieres av KILE-kostnadene. På den måten skulle selskapene ikke lenger få regnskapsmessig «dobbelt straff» ved langvarige feilsituasjoner. Dette ble etter høringsrunden delvis forskriftsfestet med virkningstidspunkt fra 1. januar 2020 og delvis presisert gjennom endret forvaltningspraksis beskrevet i RME-rapport 1/2019.
- (18) RME bruker denne forskriftsendringen og endringen i forvaltningspraksis som begrunnelse for å trekke ut USLA-kostnadene ut av kostnadsgrunnlagene ved beregning av inntektsrammene for 2020. Klager anfører at denne forskriftsforståelsen er feil. Selskapene hadde i 2018 faktiske kostnader knyttet til USLA. Disse kostnadene må nettselskapene i sum få dekket dersom et gjennomsnittlig effektivt selskap skal kunne oppnå normalavkastning. Kontrollforskriftens § 8-6 sier at ved fastsettelse av

inntektsrammen skal 40% av kostnadsgrunnlaget inngå i beregningen. I 2018 hadde klager direkte utbetalinger til kundene som følge av langvarige avbrudd på kroner 18,2 millioner. Det er ingen grunn til at disse ikke skal inngå i kostnadsgrunnlaget ved beregning av inntektsramme for 2020. I 2020 er det ikke ført noen kostnader i regnskapet knyttet til USLA i tråd med lovendringens virkningstidspunkt. Da vil det selvfølgelig heller ikke inngå noen slik kostnad i kostnadsgrunnlaget for 2020 når inntektsrammer for 2022 skal beregnes.

- (19) RME har etter klagers syn tatt kostnadene ut av beregningene på feil grunnlag. På samme måte som endringen i kostnadsnormen er denne endringen implementert i vedtaket, men ikke i varsel om vedtak. RME oppsummerte og fastsatte forskriftsendringen 4. desember 2019. Varslene ble også sendt ut i desember 2019 uten at disse endringene var implementert.
- (20) Klager har også anført at grunnlaget for korreksjon for 2018 er feil. Også her anfører klager at USLA-kostnader fra 2018 skal inngå i kostnadsgrunnlaget.

4 Reguleringsmyndigheten for energis innstilling

- (21) I RMEs innstilling datert 9. november 2021, redegjør RME kort for sakens bakgrunn og vedtaket. RME viser til at klager mener det er tre feil med vedtaket som medfører at selskapet har fått for lav inntektsramme for 2020. RME viser til at de har gitt klager medhold i spørsmålet om grunnlaget for korreksjon for 2018, og fattet nytt vedtak som ble sendt til klager samme dag.
- (22) Med hensyn til vedtaket om inntektsramme for klager for 2020, viser RME at de vedtok inntektsramme på kroner 1 134 972 tusen den 11 februar 2021. RME viser til at det er flere trinn som inngår i beregningen av inntektsrammen og gir en kort beskrivelse av de trinnene som etter RMEs syn er særlig relevante til klagen. RME påpeker at enkelte av trinnene er bestemt i kontrollforskriften, mens andre er beskrevet i andre dokumenter fra RME. Trinnene er beskrevet på følgende måte:

- «- *Inntektsrammen for 2020 er basert på kostnader fra 2018, jf. § 8-1.*
- *Den består av 40 prosent kostnadsgrunnlag og 60 prosent kostnadsnorm, jf. § 8-6.*
- *Kostnadsgrunnlaget skal justeres for inflasjon, jf. § 8-1 og med forutsetninger om rente og kraftpris i §§ 8-3 og 8-4.*
- *Fra og med 1.1.2020 endret vi § 8-1 i forskrift om kontroll av nettvirksomhet. Tidligere sa denne at kostnader ved utbetaling ved svært langvarige avbrudd (USLA) inngikk i kostnadsgrunnlaget, men fra 2020 ble dette tatt ut av kostnadsgrunnlaget.*
- *Når RME sender varsel om inntektsramme, er ikke forutsetningene om inflasjon, rente og kraftpris kjent. Vi bruker derfor anslag for dette i varsel som vi oppdaterer når vi fatter vedtaket.*
- *I beregningen av kostnadsnorm benytter vi sammenlignende effektivitetsanalyser der de mest effektive selskapene blir referenter for de andre*

selskapene. Vi måler de andre selskaperes ressursbruk i forhold til referentenes ressursbruk.»

- (23) RME viser til at de varslet en inntektsramme på kroner 1 252 480 tusen for 2020 den 5. desember 2019. Dette var om lag kroner 120 millioner høyere enn inntektsrammen som ble vedtatt i 2020. RME forklarer at differansen hovedsakelig skyldes at kraftprisen i 2020 var betraktelig lavere enn hva RME hadde anslått i varselet. Videre var rente og inflasjon lavere enn anslagene i varselet. RME viser til at bransjen totalt fikk en inntektsramme som var kroner 2 milliarder lavere enn varslet.
- (24) Videre viser RME til at varselet inkluderte USLA i kostnadsgrunnlaget, mens det i vedtaket var trukket ut. RME viser til at USLA i 2018 utgjorde kroner 18 millioner for klager, mot kroner 35 millioner for bransjen totalt.
- (25) Med hensyn til klagers anførsel om at referanseselskapene var endret fra varsel til vedtak, viser RME til at det ikke har skjedd en endring i selskapsstrukturen fra varselet til vedtaket. RME viser til at både Hafslund Nett og Eidsiva Energi finnes som to separate selskaper i vedtaket, men at Hafslund Nett har fått navnet Elvia AS i de publiserte regnearkene. RME erkjenner at de burde ha benyttet navnet Hafslund Nett AS for å unngå misforståelser.
- (26) RME erkjenner at det har skjedd en endring i referansesettet til klager. RME viser til at det i løpet av 2020 ble avdekket feil i dataene hos Tensio TN, og at disse ble korrigert mellom varselet og vedtaket. Korreksjonen gjorde at Tensio TN sine kostnader ble 5 prosent lavere i vedtaket (resultat på 99,3 prosent) og selskapet endte derfor opp som referanseselskap i vedtaket.
- (27) Med hensyn til klagers anførsel om at USLA bør inkluderes i kostnadsgrunnlaget for 2020, viser RME til at frem til 2020 var USLA definert i kontrollforskriften 8-1 bokstave, men at dette ble fjernet ettersom KILE og USLA ble samordnet. USLA skal derfor ikke inkluderes i kostnadsgrunnlaget for 2020 jf. kontrollforskriften § 8-1 slik den lyder etter endringen.
- (28) Når det gjelder klagers anførsel om at endringene mellom varsel og vedtak er for stor til at varselet er gyldig, viser RME til at endringene følger av normal forvaltningspraksis.
- (29) RME forklarer videre at det for inntektsrammene i 2020 var større endringer mellom varsel og vedtak enn vanlig, som følge av usedvanlig lave kraftpriser. RME viser til at kraftprisen alene forklarer kroner 1,5 milliarder av nedgangen mellom varsel og vedtak for alle selskapene totalt. Når rente og inflasjon inkluderes, forklarer dette kroner 1,9 milliarder av endringen. Selv om endringene var større fra varsel til vedtak enn det som er vanlig, er RMEs syn at dette er forhold som selskapene kjenner til og tilpasser seg til hvert år. RME mener derfor at det ikke var uventet at vedtaket skulle bli lavere enn varselet.
- (30) RME er enig med klager i at de har beregnet kostnadsgrunnlaget på ulike måter i varselet og vedtaket. Endringene medførte at klagers inntektsramme ble redusert med kroner 19,2 millioner sammenlignet med varselet. Videre erkjenner RME at det ikke er ideelt at forskriftsendringen (vedtatt 4. desember 2019) kom så tett på varselet som ble sendt den 5. desember 2019. RME viser likevel til at selskapene var kjent med at USLA skulle trekkes ut av kostnadsgrunnlaget da varselet ble sendt. RME mener videre at effekten

av endringen for klager ikke er så stor at varselet er ugyldig. Varselet oppfyller forvaltningslovens krav om varsling.

5 Klagenemndas vurdering

- (31) Saken gjelder Agder Energi Nett AS' klage over RMEs vedtak om inntektsramme for året 2020 etter kontrollforskriften § 7-2 jf. forskriftens kapittel 8.
- (32) Spørsmålet i saken er for det første om RMEs vedtak om tildeling av inntektsramme for 2020 er gyldig. Klager har anført to grunnlag for ugyldighet. For det første at endringene, fra RMEs forhåndsvarsel i saken til vedtaket, er så store at forhåndsvarselet er ugyldig, jf. forvaltningsloven § 16. Klager har pekt på at referanseselskapene har endret seg fra varsel til vedtak, som følge av at RME har benyttet en annen selskapsstruktur i beregningen av kostnadsnormen i vedtaket enn i forhåndsvarselet. For det andre har klager anført at fjerning av USLA fra kostnadsgrunnlag i kontrollforskriften § 8-1, med virkning for allerede påløpte kostnader fra 2018, er i strid med forbudet mot å gi lover og forskrifter tilbakevirkende kraft, jf. Grunnloven § 97.
- (33) Klager har videre bedt om at vedtaket endres slik at de sammenlignende effektivitetsanalysene kjøres på nytt med samme sett av selskaper som i forhåndsvarselet, og at USLA-kostnader for 2018 regnes med i kostnadsgrunnlaget for fastsettelsen av inntektsrammen for 2020, både ved beregningen av kostnadsgrunnlag og kostnadsnorm.
- (34) Nemnda bemerker at klager i 2018 opplevde store og langvarige strømbrudd som følge av ekstraordinære mengder med snø (Nedsnødd 2018) og storm (Knud 2018). Dette medførte at selskapet hadde kroner 18,7 millioner til KILE-utgifter og kroner 18,2 millioner til utbetaling ved svært langvarige avbrudd (USLA). Nemnda viser til at bransjen i 2018 totalt hadde om lag kroner 35 millioner i USLA-utgifter. Klagers utgifter utgjorde dermed over halvparten av bransjens totale USLA-kostnader. Nemnda viser videre til at selskapet i 2018 søkte om dispensasjon fra KILE- og USLA-kostnader etter kontrollforskriften § 8-6 siste ledd. Denne søknaden ble avslått av NVE, og avslaget ble opprettholdt av Olje- og energidepartementet.

Forhåndsvarsel og kontradiksjon før vedtaket – endret selskapsstruktur fra varsel til vedtak

- (35) Klager anfører at endringene fra forhåndsvarselet til vedtaket er så store at selskapet ikke har kunnet ivareta sine interesser, jf. forvaltningsloven § 16 andre ledd. Etter klagers syn bygger vedtaket på så endrede forutsetninger fra varselet, at klager ikke har fått mulighet til å uttale seg om innholdet i vedtaket. Klager peker særlig på endringen av selskapsstrukturen mellom varsel og vedtak, som førte til at RME endret referansesettet i fastsettelsen av kostnadsnormen til nettselskapet. Klager viser videre til at RMEs vedtak om inntektsramme er kroner 15,8 millioner lavere enn hva selskapet hadde grunn til å tro ut ifra forhåndsvarselet. Dette innebærer en reduksjon av selskapets resultat med 4,8 % før skatt. Klager anfører at manglende kontradiksjon er en saksbehandlingsfeil som kan ha påvirket vedtakets innhold.
- (36) Det følger av forvaltningsloven § 16 at en part skal varsles før vedtak treffes og «gis høve til å uttale seg innen en nærmere angitt frist». Videre må forhåndsvarselet etter andre ledd «gjøre greie for hva saken gjelder og ellers inneholde det som anses påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan vareta sitt tarv»

- (37) Retten til kontradiksjon er sentral i forvaltningsretten, og er et av hensynene bak regelen om forhåndsvarsling i forvaltningsloven § 16 og forvaltningens utrednings- og informasjonsplikt i § 17. Når forhåndsvarselet ikke inneholder tilstrekkelig presis informasjon til at klager på forsvarlig måte kan ivareta sine interesser, kan dette utgjøre en saksbehandlingsfeil.
- (38) Spørsmålet blir om RME, på grunn av de anførte endringene i referansesettet og selskapsstrukturen, hadde en plikt til å sende et nytt forhåndsvarsel før vedtaket. Dette må etter nemndas syn bero på en konkret vurdering av endringene, i lys av karakteren av inntektsrammevedtaket generelt.
- (39) Nemnda viser til at RME fastsetter inntektsrammer for det enkelte nettselskap årlig jf. kontrollforskriften § 7-3 første punktum. Nettselskapene er kjent med, og bør forvente, at datagrunnlaget kan måtte korrigeres mellom varsel og vedtak som følge av tilsyn, regnskapskontroll og andre tilbakemeldinger. Energiklagenemnda viser her til at dette er forhold og praksis som heller ikke bestrides av klager.
- (40) I RMEs *Faktaark om økonomisk regulering av nettselskaper* dokument 2/2021 på side 1, fremgår det at inntektsrammen utgjør en stor del av den tillatte inntekten til hvert enkelt nettselskap og fungerer som et tak på hvor store inntekter et nettselskap kan ha hvert år. Nemnda legger til grunn at dokumentet oppsummerer gjeldende forvaltningspraksis fra RME. Målet med inntektsrammen er at alle inntektsrammene over tid skal dekke summen av nettselskapenes kostnader, avskrivninger og en rimelig avkastning på investert kapital. Når det gjelder selve varselets funksjon, fremgår følgende av dokument 2/2021:
- «Vi varsler nettselskapene om størrelsen på årets inntektsramme før året har startet. Dette gjør vi fordi nettselskapene skal bruke denne informasjonen når de skal fastsette neste års tariff. På det tidspunktet vet vi lite om årets faktiske verdier, og vi lager estimater for renter, inflasjon og kraftpris som brukes i beregningen av inntektsrammene.*
- Etter at året som inntektsrammen gjelder for er over, kan vi vedta endelige inntektsrammer. Da vet vi det faktiske nivået på renter, inflasjon og kraftpris.*
- I teorien vil differansen mellom varsel og vedtak om inntektsramme kun oppstå på grunn av endringer i rente, inflasjon og kraftpris. I praksis kan derimot differanser oppstå også som følge av at vi oppdager og retter opp feil i datagrunnlaget.» (nemndas understrekning)*
- (41) Nemnda viser her til at RME i sitt vedtak har tatt inn Elvia AS i referansesettet, i tillegg til å ta inn Tensio TN AS. Videre har Trøgstad Elverk AS blitt tatt ut, samt at vektningen av AS Eidefoss har blitt endret fra 22% til 7%. Endringene medfører en redusert kostnadsnorm for klager. Klager anfører at RME må benytte samme selskapsstruktur i både varsel og vedtak.
- (42) Beregningen og fastsettelsen av kostnadsnorm for det enkelte nettselskapet følger av kontrollforskriften § 8-2. Normen fastsettes på bakgrunn av «*sammenlignende effektivitetsanalyser*». Analysene skal etter bestemmelsens andre punktum ta hensyn til relevante forskjeller i rammebetingelsene hos de enkelte nettselskapene. Nemnda viser her til at Eidsiva Nett AS og Elvia AS fremdeles er to forskjellige selskap i vedtaket om

inntektsramme for 2020. Nemnda viser videre til RMEs innstilling datert 9. november 2021. Her fremgår det at det navnet kun er endret på grunn av måten databasen deres henter inn data på. Nemnda er videre enig med RME i at navnet Hafslund Nett AS burde vært benyttet for å unngå slike misforståelser. Nemnda kan likevel ikke se at selskapsstrukturen for fastsettelsen av kostnadsnormen er endret.

- (43) Nemnda bemerker at hensynet til samfunnsmessig rasjonell regulering av nettselskapene tilsier at det i enkelte tilfeller vil være nødvendig med en retting hos enkelte nettselskaper som da får korrigerende data. Nemnda viser her til RMEs innstilling som påpeker at effektivitetsresultatet for klager øker fra 79,2 til 79,8 prosent fra varsel til vedtak. Nemnda er enig med RMEs vurdering i at endringen er liten.
- (44) Nemndas syn er at både selskapsstruktur og endret sett av referanseselskap representerer en liten endring mellom varsel og vedtak. Nemnda påpeker at det sentrale formålet med forhåndsvarsel i forkant av fastsettelsen av neste års inntektsrammer, er at klager får imøtegått og påvirket faktiske forhold knyttet til opplysningene i eget kostnadsgrunnlag jf. kontrollforskriften § 8-1. Det er gjennom denne innrapporteringen at referanseselskap for kostnadsnorm etter § 8-2 blir utformet. Nemnda kan derfor ikke se at RME hadde en plikt til å sende et korrigerende forhåndsvarsel for nødvendige endringer i referanseselskap for at klager skulle ivareta sin rettsstilling jf. forvaltningsloven § 16 andre ledd. Nemnda kan heller ikke se at klager, som følge av forhåndsvarselet, har krav på at den sammenlignende effektivitetsanalysen kjøres på nytt med samme sett av selskaper som i forhåndsvarselet.
- (45) Klagers anførsel vedrørende endringene i forhåndsvarselet knytter seg imidlertid til flere forhold, deriblant endringen av kontrollforskriften § 8-1. Nemnda viser til at forhåndsvarselet ble sendt ut den 5. desember 2019, mens forskriftsendringen ble vedtatt den 4. desember 2019. Forskriftsendringen medførte forholdsvis store endringer i kostnadsgrunnlaget for klager, som følge av at klager hadde mer enn 50 % av nettselskapenes samlede USLA i 2018. Det er uheldig at USLA ble inntatt i kostnadsgrunnlaget i forhåndsvarselet, all den tid forskriften ble endret før forhåndsvarselet ble sendt ut. På denne bakgrunn er det nemnda syn at de samlede endringene fra forhåndsvarsel til vedtak for klager, medfører at RME skulle ha sendt klager et nytt forhåndsvarsel.
- (46) Det følger av forvaltningsloven § 41 at et vedtak er gyldig til tross for saksbehandlingsfeil «*når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold*». I dette ligger det ikke et krav om sannsynlighetsovervekt for at feilen har fått betydning. Det er tilstrekkelig med en ikke helt fjerntliggende mulighet, jf. RT-2009-166, der Høyesterett også uttaler:
- «Vurderingen beror på de konkrete forhold i saken, herunder hvilke feil som er begått og vedtakets karakter. Der saksbehandlingsfeilen har ledet til mangelfullt eller uriktig avgjørelsesgrunnlag på et punkt av betydning for vedtaket, eller feilen på annen måte innebærer tilsidesettelse av grunnleggende fordringer til forsvarlig behandling, skal det gjennomgående nokså lite til.»*
- (47) Selv om mangelfull varsling og kontradiksjon i mange tilfeller kan føre til ugyldighet, er dette en feil som kan repareres i klageadgangen jf. Jan Fridthjof Bernt, Norsk Lovkommentar i note 1044:

«[f]ørsteinstansens feil vil ofte være uten betydning dersom vedtaket er overprøvd ved klagebehandling. Også i denne sammenhengen vil det springende punkt bli om feilen kan antas å ha påvirket det endelige vedtak».

- (48) Energiklagenemnda viser også til Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 5. utgave 2019, side 569, hvor det fremgår at feil som skyldes manglende varsel og uttalerett, ikke vil føre til ugyldighet dersom det skjer en fornyet behandling hvor partene får mulighet til å ivareta sin rett til kontradiksjon.
- (49) Klager har gjennom klagen fått imøtegått grunnlaget for vedtaket. Dette har også kommet til uttrykk gjennom RMEs delvise omgjøring av det opprinnelige vedtaket, hvor klager fikk medhold i at RME hadde lagt til grunn feil grunnlag for korreksjon av vedtak om inntektsrammer for 2018. Etter Energiklagenemndas syn har klager fått en fornyet behandling med mulighet til å ivareta retten til kontradiksjon, og det er derfor ikke grunnlag for å konstatere ugyldighet.

Tilbakevirkende kraft og Grunnloven § 97

- (50) Klager har gjort gjeldende at RME har tatt i bruk endringen av kontrollforskriften § 8-1 av 1. januar 2020, på et forhold fra 2018. Klager anfører at dette er i strid med Grunnloven § 97 og forbudet mot å gi lover tilbakevirkende kraft.
- (51) Det følger av Grunnloven § 97 at *«ingen lov skal gis tilbakevirkende kraft»*. Nemnda viser her til at kjernen i vernet etter bestemmelsen er et vern mot lovgivning som knytter nye byrder til handlinger eller begivenheter som fant sted før lovendringen jf. blant annet Prop. 238 L (2020-2021) side 15. Nemnda viser til at tilbakevirkningsforbudet i bestemmelsen også omfatter inngrep i en posisjon eller en opparbeidet rettighet med virkning fremover i tid (såkalt uekte tilbakevirkning). Nemnda bemerker at det er en svært høy terskel for at uekte tilbakevirkning skal regnes som ulovlig. Vurderingstema i slike saker er om inngrepet er *«klart urimelig eller urettferdig»* jf. HR-2016-389-A.
- (52) Om den konkrete avveiningen mellom de vernede interessene på den ene siden, og de samfunnsmessige hensynene på den andre siden, viser Energiklagenemnda til dommens premiss 77:

«[V]urderingen må skje konkret for dem som er parter i saken, men det må kunne tas hensyn til helheten ved lovreguleringen, se avsnitt 155 i rederiskattedommen. Ved vurderingen har det betydning hvilke rettigheter eller posisjoner inngrepet gjelder, hvilket grunnlag den enkelte eller en gruppe har for sine forventninger, om inngrepet er plutselig og betydelig, og om fordelingen av byrdene rammer den enkelte eller en gruppe særlig hardt, jf. Borthen-dommen og strukturkvotedommen. De samfunnsmessige hensynene må holdes opp mot dette»

- (53) Det springende punktet er om endringen i kontrollforskriften § 8-1, som medførte at USLA-kostnader nettselskapene hadde i 2018 ikke lenger kunne tas inn i kostnadsgrunnlaget for inntektsrammen for 2020, er et inngrep som er *«klart urimelig eller urettferdig»* overfor klager.
- (54) Nemnda viser her til at forskriftsendringen den 1. januar 2020 fjernet USLA (utbetalinger for svært lange avbrudd) fra nettselskapenes kostnadsgrunnlag i kontrollforskriften § 8-1 (tidligere bokstav e). Endringen innebar ifølge RME høringsdokument nr. 6/2019 en samkjøring av USLA og KILE-ordningene. Forskriften

ble vedtatt 4. desember 2020, med ikraftsettelse den 1. januar 2020. I høringen foreslår RME følgende endringer:

«Vi foreslår at USLA-ordningen blir integrert i KILE-ordningen. Dette betyr i praksis at vi vil la USLA-beløpet komme til fradrag i KILE-beløpet som trekkes fra tillatt inntekt. På denne måten blir de to ordningene samkjørt, og husholdningenes betalingsvilje for å unngå avbrudd blir ikke overskredet. Den økonomiske virkningen av et avbrudd på nettselskapets overskudd er dermed 60 prosent av KILE-beløpet, og ikke 60 prosent av summen av KILE- og USLA-beløpene som ved gjeldende håndtering.»

- (55) Etter nemndas forståelse innebærer forskriftsendringen ikke en avvikling av USLA. Nettselskapet får fremdeles noe regnskapsmessig dekning for sine utgifter til USLA gjennom et fradrag fra KILE-kostnader som normalt trekkes fra inntektsrammen det etterfølgende året jf. kontrollforskriften § 9-1. Den økonomiske virkningen etter forskriftsendringen er derfor at et avbrudd hos nettselskapet utgjør 60% av KILE-beløpet etter at kostnader til USLA er trukket fra, og ikke 60% av summen av de samlede KILE- og USLA-kostnadene. Endringen rammer også nettselskapene ved at nettselskapets USLA-kostnader, fra 2018 etter forskriftsendringen, ikke lenger hensyntas i kostnadsgrunnlaget ved fastsettelsen av inntektsrammen for 2020 og fremover.
- (56) Nemnda viser her til at for klager utgjør de samlede endringene fra forhåndsvarselet til vedtaket en redusert inntektsramme på kroner 19,2 millioner. Forskriftsendringen alene står imidlertid ikke for hele reduksjonen. Nemnda legger her til grunn klagers beregning av 19. februar 2021, hvor klager anslår at forskriftsendringen *isolert* medførte en reduksjon av inntektsrammen på kroner 7,3 millioner. Nemnda har forståelse for at forskriftsendringen potensielt kan utgjøre store summer for selskaper som har hatt usedvanlig høye kostnader til USLA to år før forskriftsendringen trådte i kraft. For klagers tilfelle utgjorde USLA-utbetalinger over 50% av de samlede utbetalingene fra bransjen. Nemnda viser her til at Agder i 2018 opplevd ekstraordinære mengder snø, vind og flom (Nedsnødd 2018, Knud 2018). Dette bidro til USLA-utgifter på omlag kroner 18,2 millioner for klager. Før forskriftsendringen ville kostnadene til USLA bli hensyntatt ved fastsettelsen av inntektsrammen to år frem i tid. Dette er ikke lenger tilfellet og nettselskapene sitter derfor med et større netto tap for sine USLA-relaterte kostnader i 2018 og 2019.
- (57) Nemnda viser imidlertid til at formålet med inntektsrammereguleringen er at brukerne av nettet skal ha lavest mulig kostnad, og at nettselskapene *over tid skal* ha en rimelig avkastning på investert kapital dersom nettet utvikles, utbygges og drives effektivt jf. NEM § 4-3. Etter nemndas syn innebærer det konkrete reguleringsregimet at nettselskapene i enkelte år må tåle negativ avkastning. Nettselskapene sikres uansett en *«minimumsavkastning»* over 5 år jf. NEM § 4-3 andre ledd.
- (58) Den aktuelle endringen ble sendt på høring den 25. juni 2019, høringsfristen ble satt til 15. oktober samme år. Nemnda bemerker at klager var høringsinstans for den aktuelle høringen. Endringen var altså utredet, varslet og opplyst i tråd med forvaltningsloven kapittel VII. I RME rapport nr.1/2019 side 15, oppsummerer RME høringsinnspillene fra høringsinstansene til forslaget om å samordne USLA og KILE:

«Alle innspillene som har adressert endringene i USLA-ordningen støtter forslaget om å samordne USLA- og KILE-ordningene. Flere utdyper at dette er en nødvendig endring

med tanke på insentivene i ordningene. KS Bedrift og Distriktsenergi stiller spørsmålstegn ved selve USLA-ordningen, men påpeker at de støtter en samordning hvis USLA først skal være en egen ordning.»

- (59) Nemnda påpeker videre at RME i høringsdokumentet konkluderte med at endringen betydde at USLA-beløpet kommer til fradrag i KILE-beløpet, før KILE-beløpet trekkes fra tillatt inntekt. Nettselskapene var dermed klar over at USLA-beløpet heller ikke ville inngå i kostnadsgrunnlaget eller kostnadsnormmodellen etter ikraftsettelsen av endringen den 1. januar 2020. Nemndas syn er at forskriftsendringen var varslet i god tid og hadde god støtte hos høringsinstansene. Forskriftsendringene kan dermed ikke sies å komme plutselig jf. HR-2016-389-A.
- (60) Selv om klager for 2020 opplevde negativ avkastning, kan ikke nemnda se at mangel på dekning av USLA i kostnadsgrunnlaget for 2018 alene vil medføre at nettselskapet over tid ikke får en rimelig avkastning jf. NEM § 4-3. Nemnda kan dermed ikke se at forskriftsendringen alene medførte at klager ble rammet særlig hardt ved fastsettelsen av inntektsrammen i 2020. Nemnda påpeker at formålet med inntektsrammereguleringen er å gi nettselskap insentiv til å investere i nettet på en samfunnsmessig rasjonell måte. Energiklagenemnda kan etter dette ikke se at endringen i kontrollforskriften § 8-1, som medførte at USLA-kostnader nettselskapene hadde i 2018 ikke lenger kunne tas inn i kostnadsgrunnlaget for inntektsrammen for 2020, er et inngrep som er *«klart urimelig eller urettferdig»* overfor klager.
- (61) At RME har tatt i bruk endringen av kontrollforskriften § 8-1 av 1. januar 2020, på et forhold fra 2018, er etter nemndas syn ikke i strid med Grunnloven § 97 og forbudet mot å gi lover tilbakevirkende kraft. Dette medfører videre at klager ikke har krav på at USLA-kostnader for 2018 regnes med i kostnadsgrunnlaget for fastsettelsen av inntektsrammen for 2020, verken ved beregningen av kostnadsgrunnlag eller kostnadsnorm.

6 Vedtak

(62) Energiklagenemnda fatter etter dette følgende vedtak:

1. **Klagen tas ikke til følge.**
2. **Reguleringsmyndigheten for energis vedtak av 11. februar 2021 med ref. 202010382 stadfestes.**

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Vedtaket er enstemmig.

Oslo, 7. april 2022

Per Conradi Andersen
Nemndsleder

Edna Grepperud
Nemndsmedlem

Helle Grønli
Nemndsmedlem