



Olje- og energidepartementet  
Postboks 8148 Dep  
0033 OSLO

Att: Ekspedisjonssjef Per Håkon Høisveen

Deres ref:

Vår ref: 118417- 55

Oslo, 4. februar 2009

## **UTLEIE AV VANNKRAFTPRODUKSJON – HØRINGSUTTALELSE FRA LVK**

Det vises til Olje- og energidepartementets høringsnotat av 7. januar 2009 med forslag om nye regler for utleie av vannkraftproduksjon. Nedenfor følger LVKs høringsuttalelse.

### **Sammendrag**

*LVK går mot departementets forslag til utleieordning. Hovedbegrunnelsen er at forslaget innebærer en reell trussel mot Stortingets lovvedtak 26. september 2008 om at landets vannkraftressurser skal være i offentlig eie, fordi utleieordningen er egnet til å undergrave det offentlige eierskapet. Forslaget legger til rette for evigvarende utleie og en reell overføring av eierrådigheten til leietakere. Departementets krav om at eier pålegges plikter om å beholde omfattende ressurser og kompetanse på det utleide kraftanlegget er utelukkende ment for å ivareta EFTA-domstolens direktiver om et konsekvent gjennomført offentlig eierskap. Slike oppkonstruerte krav innebærer sløsing med offentlige ressurser og kan ikke sikre en utleieordnings lovmessighet i forhold til EØS-avtalen.*

*Det er LVKs syn at de behov den foreslåtte leieordningen ivaretar for dagens offentlige eiere, like godt kan ivaretas ved langsiktige kraftsalgskontrakter. Da oppnås forutsigbare inntekter om ønskelig, redusert risiko ved kraftverksvirksomheten og en fortsatt sikring av det offentlige eierskapet.*

*Dersom det likevel ønskes etablert en utleieordning innenfor EØS-rettens rammer, ber LVK vurdert en utleieordning begrenset på samme måte som eierskapsbegrensningene i dagens konsesjonslov, mellom offentlige eiere.*

*LVK etterlyser en større aktivitet fra regjeringen for å ivareta industriens behov for et fremtidig industrikraftregime. En utleieordning er imidlertid like lite som hjemfallssaken, et egnet virkemiddel for å få til et slikt regime. Allerede det forhold at alle leiekontrakter må konkurransenutsettes, viser det.*

118417-55/b090204 oed br ses hjemfall

*Hensynet til å sikre den nye loven om at landets vannkraftressurser tilhører allmennheten og skal sikres gjennom offentlig eierskap, må ikke gjennom en utleieordning utsettes for EØS-rettslig tvil. Det er LVKs syn at departementets lovforslag er egnet til å skape slik tvil.*

## 1. Departementets forslag

Departementet foreslår følgende nye bestemmelser i industrikonsesjonsloven § 5 første og annet ledd:

*”Kraftverkseier kan inngå avtale med driftsoperatør om drift og vedlikehold av kraftanleggene for en periode på inntil 15 år.*

*Kraftverkseier kan inngå avtale om utleie av vannkraftproduksjon til en leietaker for en periode på inntil 15 år. Framleie er ikke tillatt.”*

Departementet har i høringsnotatet gitt følgende *presiseringer av innholdet* i lovforslaget:

- Ordningen gjelder ikke bare offentlige selskaper, men private innenlandske og utenlandske selskaper
- Selskapene skal konkurrere om leiekontrakter på like vilkår
- Eiers posisjon i leietiden må sikres
- Eier skal ha alle rettigheter og plikter opp mot offentlige myndigheter
- Eier har ansvaret for investeringer i kraftverket, men kan dele investeringskostnader og merproduksjon i leietiden
- Eier skal ha alt ansvar for konsesjons- og skatteforpliktelser
- Leietaker kan bare operere innenfor eiers konsesjon
- Leiekontrakter kan bare inngås for tidsbegrensede perioder på inntil 15 år, og slik at det må ny, åpen konkurranse til når de utløper
- Det kan ikke avtales opsjoner eller fortrinnsretter

*Som begrunnelse for lovforslaget om utleie trekker departementet frem følgende forhold:*

- En utleieordning er viktig for at kraftmarkedet skal virke
- Den vil gi en mer fleksibel kraftsektor
- Den vil være positiv for kompetanse og innovasjon
- Den vil gi grunnlag for industriell samordning og bedre drift
- Den vil være et alternativ til salg
- Den vil gi forutsigbarhet på inntektssiden og beskytte mot risiko

Den foreslåtte utleieordningen skal være en del av det nye rettslige rammeverket rundt norske vannkraftverk etter at EFTA-domstolen i dom avsagt 26. juni 2007 fastslo at de norske konsesjonsreglene for vannkraftsektoren var i strid med EØS-avtalen. Norge ble

pålagt å endre konsesjonsreglene, og ved lov 26. september 2008 nr 78 ble industrikonsesjonsloven §1 første ledd endret slik:

*”§ 1. Landets vannkraftressurser tilhører og skal forvaltes til beste for allmennheten. Dette skal sikres gjennom offentlig eierskap på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt nivå.”*

Departementet har i høringsnotatet konkludert med at den foreslåtte utleieordningen er *”fullt forenlig med EØS-avtalen”*, og begrunner dette med at utleie *“(..)skjer innenfor rammene av den offentlige eiers konsesjon og ansvar.”* Departementet utdyper dette slik på side 8 i høringsnotatet:

*”For at en utleieordning skal være konsistent med konsolideringsmodellen (de nye lovreglene om offentlig eierskap) må eier derfor ha alt konsesjonsrettslig ansvar. Det medfører at eier fortsatt må opprettholde en viss kvalifisert bemanning og kompetanse. Overlapping av bemanning og kompetanse hos eier og leietager vil fra et økonomisk synspunkt være uheldig. Det kan være ressurskrevende for konsesjonsmyndigheten å fastsette grensen for hvor stor bemanning og kompetanse eier må inneha.”*

## 2. LVKs kommentarer

### 2.1. Det offentlige eierskapet til vannkraftressursene og forholdet til EØS-avtalen er overordnede hensyn som må ivaretas

Departementet påpeker i høringsnotatet at *”Hovedinnvendingen mot utleie er at det kan rokke ved det offentlige eierskapet etter konsolideringsmodellen, fordi eier gir fra seg styringen over vannfallet og kraftverket for en tidsperiode som kan gjentas.”*

LVK er enig i det. Etter at Stortinget fastslo i industrikonsesjonsloven § 1 at Norges vannkraftressurser skal være offentlig eid, vil det være en overordnet målsetning å sørge for at en utleieordning verken strider mot dette prinsippet eller kan være egnet til å uthule det offentlige eierskapet.

Det er LVKs syn at den foreslåtte utleieordningen er egnet til å undergrave prinsippet om at norske vannkraftressurser skal være offentlig eid. Det er videre LVKs syn at lovforslaget ikke samsvarer med de forutsetninger EFTA-domstolen oppstilte for et fremtidig offentlig eierskap. Dersom en utleieordning skulle bli vedtatt som foreslått, kan det føre til at Stortingets lovvedtak fra september 2008 blir erklært å være i strid med EØS-avtalen.

EFTA-domstolen slo fast at artikkel 125 i EØS-avtalen gir EØS-statene *”rett til å bestemme hvorvidt vannkraftressurser og tilknyttede installasjoner skal være i privat eller offentlig eierskap...”*(avsnitt 72 i dommen). Domstolen stilte imidlertid opp som forutsetninger for

denne friheten at et offentlig eierskap er fullt gjennomført, og ikke bare for en "overveiende" del eller bare for "størstedelen av de relevante aktiva." (avsnitt 73)

Domstolen slo også fast at det å "retablere privat eierskap av aktiva" eller å "overføre eierskap tilbake til private foretak" vil være i strid med et konsistent regelverk om offentlig eierskap.

Lovforslaget gir eier rett til å leie ut kraftanleggene *til evig tid*. Riktignok må han hvert 15. år konkurranseutsette leieavtalen, men forslaget forhindrer ikke en prinsippbeslutning hos eier om at kraftanleggene for fremtiden skal være utleid og drevet for leietakers regning og risiko. LVK ser derfor tidsbegrensningen først og fremst som en begrensning på *leietaker og ikke på eier*. Når departementets begrunnelse for å sette leieperiodene på 15 år utelukkende er "(..) å sikre og styrke det offentlige eierskapet", illustrerer det at departementet ser på tidsbegrensningen som en begrensning i eiers rett. – LVK er ikke enig i det.

Departementet slår på side 10 i høringsnotatet fast at "*Leietaker driver kraftverket for egen regning og risiko*" samtidig som det i den påfølgende setningen opplyses at "*Eier skal fortsatt ha reell styring over kraftverket..*" – At disse utsagnene harmonerer er ikke innlysende, og dersom departementets forslag til utleieordning videreføres, bør departementet beskrive nærmere hvordan disse funksjoner samtidig kan oppnås hos leier og hos eier.

## **2.2. Oppkonstruerte krav til eier i en utleieordning kan ikke sikre det overordnede hensyn til offentlig eierskap**

For at den foreslåtte utleieordningen skal stå seg overfor EØS-avtalen og EFTA-domstolens krav, foreslår departementet at eier fortsatt skal ha alt konsesjonsrettslig ansvar, herunder ansvar for "*(..)manøvrering av vassdraget og eventuelle magasin, ansvaret for oppfylling av naturforvaltningsvilkår, ansvaret for kraftstasjonen og eventuelle reguleringsanleggs tekniske stand.*" På denne bakgrunn slår departementet fast at "*Eier må sørge for ressurser, ansatte, kompetanse og beredskap for å ivareta sitt ansvar.*"

Slike krav til eier er utelukkende motivert ut fra forholdet til EØS-avtalen. Det er LVKs syn at slike oppkonstruerte krav til kompetanse og ressurser uten noe reelt behov, er et svært sårbart system, at de permanent vil bli utsatt for press og at det – som departementet selv erkjenner – vil være "*ressurskrevende for konsesjonsmyndigheten å fastsette grensen for hvor stor bemanning og kompetanse eier må inneha.*" (s.8) – LVK ser denne delen av forslaget som en god illustrasjon av hvor tvilsom hele den foreslåtte utleieordningen er sammenholdt med EØS-avtalen og dommens krav til konsistente eierskapsregler. Den enkelte eier vil ha en permanent oppfordring til å søke redusert sine konsesjonspålagte

kostnader. Forslag som i seg selv innebærer sløsing med offentlige ressurser bør naturligvis unngås.

Forslaget viser at det kontinuerlig vil kunne reises spørsmål om utleieordningen i realiteten vil kunne virke som en uthuling av det offentlige eierskapet.

### **2.3. Første gangs leietaker vil få et betydelig konkurransefortrinn ved senere forlengelser av utleie**

Departementet fremholder at *"I forbindelse med utleie vil det være transaksjonskostnader blant annet ved at leietaker bruker ressurser på å opparbeide seg kunnskap om kraftverket."* – LVK er enig i det, men LVK kan ikke se at departementet trekker *de faktiske konsekvenser* av denne observasjonen: Når en leieperiode nærmer seg utløp, må en ny utleieavtale konkurransesettes. I den konkurransen vil eksisterende leietaker ha et betydelig *konkurransefortrinn* nettopp ved den organisasjon og kompetanse som han har ervervet seg gjennom første driftsperiode. Det vil derfor være en sterk presumsjon for at eksisterende leietaker vil få fornyet sin leieavtale for nye 15 år, og ved neste utløp vil hans konkurransefortrinn være enda tydeligere.

Det er LVKs syn at det markedet som måtte bestå av fremtidige leietakere, trolig vil legge til grunn denne type analyser for sine muligheter til å oppnå leieperioder vesentlig lenger enn 15 år. I så fall vil en utleieordning for norske vannkraftressurser kunne bli vurdert som svært attraktiv for både nasjonale og internasjonale kraftaktører og rent faktisk overføre eierskapet til vannkraftressursene til utenlandske aktører.

### **2.4. Skatteplikten bestemmes av det reelle eierforholdet og skatteretten og ikke av reguleringer i utleieordningen**

Som et ytterligere forsvarsverk i forhold til EØS-retten, forutsetter departementet at *"Eier skal ha ansvar for blant annet konsesjonskraft, konsesjonsavgifter, skatter derunder grunnrente- og naturressursskatt fra kraftverket."*(s.11)

LVK kan ikke se at departementet har redegjort for hvorledes dette skal *"forutsettes"* i en ny utleieordning. Plikt til å svare naturressursskatt og grunnrenteskatt påligger *"Eier"*, jf skatteloven §§ 18-2 og 18-3. Avgjørende for hvor skatteplikten ligger vil være hvem som anses som *reell eier i skattemessig forstand*. I LVKs brev 8. april 2008 ble det om dette blant annet vist til Ot.prp. nr 22 (1996-1997) s. 12, hvor Finansdepartementet uttalte:

*"Spørsmålet om det er eieren, leieren eller begge som skal ilignes eventuell grunnrenteskatt på det utleide kraftverket (..) I langvarige leieforhold der leietakeren likevel bærer en betydelig andel av drifts- og investeringskostnadene, kan leietakeren etter omstendig-*

*hetene bli å betrakte som reell eier i skattemessig forstand i tråd med de ordinære reglene for skattemessig behandling av leieforhold.”*

På samme måte som i skatteretten, må det legges til grunn at EØS-retten vil etterspørre *det reelle eierforholdet* dersom de allerede vedtatte eierskapsreglene skulle bli rettslig belyst. De formelle krav departementet måtte oppstille til eier og de forutsetninger departementet måtte bygge sine vurderinger på, vil da ha mindre interesse.

LVK har i samme brev også gjort departementet oppmerksom på den såkalte Gloppendommen, inntatt i Rt 2005 s. 394. Høyesterett kom her enstemmig til at skatteplikten måtte knyttes til *den reelle eier*, og leietaker Sogn og Fjordane Energiverk ble ansett som det. Saken gjaldt en utleie for 20 år av tre kraftverk, uten rett til forlengelse av leieavtalen.

## **2.5. Langsiktige kraftsalgskontrakter vil imøtekomme eierbehov for forutsigbare inntekter og redusert risiko like godt som en utleieordning**

Som en ytterligere begrunnelse for sitt forslag, viser departementet til at en utleieordning som foreslått vil være positiv for dagens offentlige eiere, og imøtekomme behov for forutsigbarhet og risikodemping hos dem.

LVK savner i høringsnotatet en drøfting av hvilke alternativ til en leieordning som foreligger for offentlige eiere. Eksempelvis burde departementet ha sammenlignet fordeler og ulemper ved at en kommune *selger kraftproduksjonen på langsiktige vilkår* i stedet for å leie ut kraftanleggene. Slik LVK ser det, kan salg av kraftproduksjon langt på vei og kanskje fullt ut imøtekomme de samme behov for forutsigbarhet, risikodemping mv som en utleieordning.

Et annet alternativ LVK har vurdert, er å etablere en utleierordning mellom de aktører som etter Stortingets lovvedtak kan meddeles konsesjon etter industrikonsesjonsloven § 1, dvs de offentlige eiere. Det vil i tilfelle imøtekomme de behov som måtte foreligge mht fleksibilitet i kraftsektoren. LVK kan ikke se at en slik utleieordning kan reise EØS-rettslige spørsmål så lenge den begrenses til dagens konsesjonærer. En slik leieordning vil ligge innenfor dagens eierskapsregler og dermed ikke innebære noen ny diskriminering eller forskjellsbehandling. Når disse aktørene kan selge kraftanleggene seg i mellom eller fusjonere sine kraftforetak, vil en leieordning som nevnt være konsistent i forhold til slike muligheter.

## **2.6. Regjeringen må understøtte industriens arbeid med et nytt industrikraftregime, men en utleieordning kan ikke favorisere kraftintensiv industri**

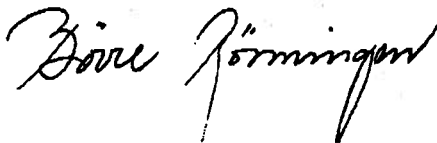
Fra flere hold er det vist til at hensynet til *kraftintensiv industri* tilsier en utleieordning, og gjerne med lengre leieavtaler enn det departementet foreslår.

Det er LVKs syn at regjeringen har et spesielt ansvar for å finne fornuftige løsninger for kraftintensiv industri i Norge, og LVK har tidligere påpekt dette overfor departementet. Det har også vært etterlyst en større aktivitet for å få avklart om den franske konsortie-modellen, som industrien selv har ivre for, kan være overførbart til Norge.

LVK finner grunn til å gjenta dette i nærværende høringsnotat. Det har også sammenheng med at den foreslåtte utleieordningen *ikke er et egnet hjelpemiddel* overfor industrien. Dette illustreres allerede av departementets understreking av at leiekontrakter må *konkurransetsettes*, både ved første gangs etablering og ved fornyelser. I slike konkurranser vil det ikke være rom for en særlig ivaretagelse av industrien, på tvers av grunnleggende konkurranseregler.

Med vennlig hilsen

Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar



Børre Rønningen  
leder



Stein Erik Stinessen  
juridisk sekretær