

Olje- og energidepartementet  
Att: Olav Bøge  
Postboks 8148 Dep  
0033 OSLO

Dato: 28.01.2016  
Vår referanse:  
Saksbehandler: Ole Th. Dønnestad

## Høringsuttalelse vedrørende forslag om endringer i Industrikonsesjonsloven

### **1 Bakgrunn**

Olje- og energidepartementet (OED) foreslår i høringsnotat 9. november 2015 endringer i industrikonsesjonsloven knyttet til private aktørers adgang til å eie eierandeler i ansvarlige selskaper (ANS og DA). Forslaget om å legge til rette for større fleksibilitet i forhold til valg av selskapsform fremstår som industrielt hensiktsmessig og støttes av Agder Energi AS (AE).

I høringsnotatet gir OED uttrykk for at de har vurdert å gjeninnføre blokkprinsippet som beregningsmåte for når et selskap er å anse som offentlig i konsesjonsrettslig sammenheng, ved vurdering av eierskap i flere ledd (eierkjeder). OED har falt ned på å videreføre gjennomstrømningsprinsippet. AE mener at OEDs standpunkt er unødvendig og uheldig da det hindrer gode industrielle og samfunnsmessige løsninger. Dette vil bli gjennomgått og underbygget i det følgende.

### **2 Utfordringer for norsk vannkraftproduksjon**

Eierskapet til norsk vannkraftproduksjon er svært fragmentert, med et omfattende deleierskap og ofte med mange forskjellige aktører i en og samme vannstreng. Etter at konsolideringsmodellen ble vedtatt er det kun offentlige eiere som nå har adgang til å erverve vannkraftverk over en hvis størrelse. Hva gjelder private aktører kan disse erverve inntil 1/3 av selskaper som eier vannkraftanlegg. Private aktører har imidlertid av historiske grunner eierskap til vannkraftverk i flere norske vassdrag. For AE sin del gjelder dette blant annet Otra-, Arendals- og Uldalsvassdraget.

Et felles eierskap til kraftverkene langs en vassdragsstreng vil bidra til mer hensiktsmessig og effektiv drift av kraftverkene og til en betydelig forenkling og bedret forvaltning av vassdraget. Dette gjelder i forhold til sikkerhetsmessige aspekter som flomberedskap og damsikkerhet, samtidig som det tilrettelegger for en miljømessig helhetlig drift av vassdragene sett opp mot vanndirektiv og de rullerende forvaltningsplanene som foreligger i den forbindelse. Industrien og samfunnet vil derfor være tjent med at det etableres mer effektive eierstrukturer på vassdragsnivå, noe som DA og ANS som selskapsform tilrettelegger for på en god måte. Det vises i den forbindelse til OEDs begrunnelse for forslaget.

Så vel myndighetene som kraftbransjen står nå overfor betydelige utfordringer fremover i tid. Dette skyldes i stor grad overkapasitet i det nordiske kraftmarkedet som har presset kraftprisene betydelig nedover, noe som vil innebære en betydelig inntektssvikt for kraftselskapene. Dette bildet vil neppe

endre seg på lang tid. Samtidig ser både kraftselskapene og myndighetene for seg at det skal foretas betydelige investeringer. Dette gjelder både innenfor nett og produksjon og knytter seg så vel til myndighetsbestemte pålegg knyttet til for eksempel dampsikkerhet, generelle opprustningsbehov og ny fornybar energiproduksjon. Dette gjør det således nødvendig både å fremskaffe ny kapital i morsom datterselskaper, samtidig som en kan tenke seg ulikt eierskap i disse selskapene for å kunne møte morgendagens krav og utfordringer.

Kravene til offentlig eierskap i kombinasjon med betydelige svekkede kontantstrømmer bidrar til betydelige finansieringsutfordringer fremover. En hensiktsmessig videreutvikling av bransjen forutsetter at bransjen gis finansiell fleksibilitet innenfor de rammer som konsolideringsmodellen legger til grunn, herunder mulighet for privat deltagelse.

AE minner om at myndighetene ved innføring av konsolideringsmodellen så faren for manglende dynamikk i kraftbransjen. Dette skulle som kjent blant annet løses ved bruk av leiemodeller. Disse modellene – etter nasjonale myndigheters valg – ble gitt en så kort varighet at de nå mange år etterpå enda ikke er benyttet. Nå skal det på ny tilrettelegges for industrielt gode løsninger, men AE frykter at OEDs standpunkt om å fastholde gjennomstrømningsprinsippet vil forhindre en hensiktsmessig og nødvendig utvikling og at den ønskede og nødvendige dynamikken ikke oppnås.

På bakgrunn av ovennevnte er det sentralt at besluttede myndighet er innforstått med at OEDs forslag om å fastholde gjennomstrømningsprinsippet er et nasjonalt valg og at det ikke er noe til hinder for at man isteden legger blokkprinsippet til grunn.

### **3 Nærmere om valget mellom blokk- og gjennomstrømningsprinsippet**

#### **3.1 Innledning**

I høringsnotatet gir som nevnt OED uttrykk for at departementet har vurdert å gjeninnføre blokkprinsippet som beregningsmåte for når et selskap er å anse som offentlig i konsesjonsrettslig sammenheng, ved vurdering av eierskap i flere ledd (eierkjeder). OED faller imidlertid ned på å videreføre gjennomstrømningsprinsippet med følgende begrunnelse:

*”Etter departementets vurdering vil et blokkprinsipp forutsette betydelig grad av skjønn for å forhindre omgåelser, gjennom eksempelvis lange eierkjeder. En slik skjønnsmessig vurdering kan gi uklarheter for det offentlige som konsesjonsmyndighet, offentlige aktører som eier vannfall og private investorer.”*

Høringsuttalelsen reiser etter AEs oppfatning tre grunnleggende spørsmål knyttet til blokk- og gjennomstrømningsprinsippet:

- Hvilke av prinsippene sikrer best forutberegneligheten for myndigheter og aktører?
- Hvilket av prinsippene sikrer best det offentliges styring og kontroll, herunder forutsetningene i konsolideringsmodellen?
- Er det andre begrunnelser for valg av prinsipp?

OED skriver i høringsnotatet at gjennomstrømningsprinsippet gir størst forutsigbarhet. AE kan vanskelig se at dette er tilfellet. Vi er tvert imot av den oppfatningen at gjennomstrømningsprinsippet svekker robustheten til konsolideringsmodellen.

### 3.2 Spørsmålet om forutberegnelighet

At gjennomstrømningsprinsippet gir større forutsigbarhet for konsesjonsmyndigheter og aktører mangler etter AEs oppfatning en begrunnelse. Gjennomstrømningsprinsippet medfører at beregningsmetoden blir betydelig mer skjønnsmessig og komplisert og innebærer en svekket forutberegnelighet for alle involverte. Vi viser i den forbindelse til OEDs egen redegjørelse for hva som ligger i gjennomstrømningsprinsippet (jfr. høringsnotatets side 12):

*”I Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) ble det lagt opp til at den matematiske eierinteressen som private eiere samlet sett har i de ulike ledd i kjeden (gjennomstrømningsprinsippet) i større grad skulle vektlegges. Dette fremgår ikke direkte av loven, men av de nevnte lovforarbeidene og konsesjonspraksis. Som en konsekvens av gjennomstrømningsprinsippet vil privat kapital i flere selskaper måtte bedømmes samlet, dersom selskapene direkte eller indirekte eier vannfall over lovens konsesjonsgrense.” (vår understrekning)*

Som det fremgår av OEDs korte redegjørelse for gjennomstrømningsprinsippet, vil det måtte fastlegges hvilken matematisk eierinteresse – ”kapital” – private aktører samlet sett har i de ulike leddene i eierkjeden. Etter vår oppfatning kan det ikke være tvilsomt at dette er et mindre forutsigbart og transparent system enn den beregningsmetoden som følger av blokkprinsippet, hvor hvert enkelt selskap vil vurderes hver for seg.

I høringsnotatet kompliseres gjennomstrømningsprinsippet ytterligere ved at den matematiske beregningen kun er noe som ”i større grad skal vektlegges”. Når det benyttes en slik formulering må det antas at OED legger til grunn at det også er andre forhold som skal vektlegges utover den rene matematikk. Hva det i så fall skal være, har vært uklart siden 2008, og fremstår fortsatt som uklart.

Vi legger til grunn at myndighetene ønsker å sikre offentlig styring og kontroll. OED legger opp til at man både skal beregne matematisk eierskap i kjede, samtidig som man også skal tolke og vurdere de private aktørenes innflytelse samlet sett. Hvorvidt dette er en annen vurdering enn den som foretas etter blokkprinsippet er uklart for AE. Vi legger imidlertid til grunn at myndighetene ikke vil tillate at noen private får styring og kontroll over noe enkelt selskap i en eierkjede, dvs. den samme bedømmelsen som etter blokkprinsippet. Hvis antagelsen er korrekt, opererer departementet med blokkprinsippet hva gjelder styring og kontroll og gjennomstrømningsprinsippet i forhold til kapital. Hvis det er noe annet som legges til grunn, må OED kommunisere hva det er slik at aktørene sikres den nødvendige forutberegnelighet. AE legger til grunn at det ikke kan være de rene omgåelsestiltfellene departementet er opptatt av, da disse vil rammes av så vel blokk- som gjennomstrømningsprinsippet.

Det er også slik etter blokkprinsippet at man forutsetter at det offentlige har styring og kontroll i hvert enkelt selskap. Dette sikrer følgelig at det ikke kan være noen andre enn de offentlige aktørene som har styring og kontroll i hele eierkjeden.

### 3.3 Konsolideringsmodellen - Spørsmålet om offentlig styring og kontroll

EFTA-domstolen uttalte i ”Hjemfallssaken” at den daværende norske ordningen med hjemfall og tidsbegrensede konsesjoner for utnyttelse av vannkraft var i strid med EØS-avtalens bestemmelser om kapitalbevegelser i artikkel 40. Dette fordi ordningen innebar en forskjellsbehandling mellom norske offentlig eide foretak på den ene siden og alle andre foretak på den andre siden.<sup>1</sup> Slik AE oppfatter det, var et viktig premiss i dommen mot Norge at den daværende konsesjonsordningen ga en manglende forutberegnelighet, og var basert på for mye skjønn. EFTA-domstolen tok imidlertid

<sup>1</sup> Domskonklusjonen lyder: “[...] Norway has infringed Articles 31 and 40 of the EEA Agreement by maintaining in force measures [...] which grant to private undertakings and all undertakings from other Contracting Parties to the EEA Agreement, a time-limited concession for the acquisition of waterfalls for energy production, with an obligation to surrender all installations to the Norwegian State without compensation at the expiry of the concession period, whereas Norwegian public undertakings benefit from concessions for an unlimited period of time.”

utgangspunkt i at EØS-avtalen tillater Norge å søke å etablere offentlig eierskap over vannkraftressurser og relaterte anlegg, forutsatt at dette gjøres på en ikke-diskriminerende og proporsjonal måte. I stedet for å likebehandle private og offentlige aktører valgte Norge å nasjonalisere hele vannkraftsektoren. Nasjonaliseringen innebar flere lovendringer, herunder en lovfesting om at norske vannkraftressurser skal være underlagt offentlig eierskap – den såkalte konsolideringsmodellen, jfr. industrikonsesjonsloven § 1.

Spørsmålet om hvorvidt blokkprinsippet kunne videreføres ved innføring av konsolideringsmodellen ble særskilt drøftet av departementet i Ot. prp. 61 (2007-2008). OED uttalte her følgende:<sup>2</sup>

*”Departementet har vurdert hvorvidt en videreføring av blokkprinsippet vil være i samsvar med konsolideringsmodellens formål om å sikre offentlig eierskap til vannkraftressursene. Gjeldende rett åpner for at det kan etableres inntil 1/3 privat eierskap i alle ledd i en større sammenhengende kjede av selskaper over det direkte vannfalleiende selskap. Etter departementets vurdering vil en videreføring av blokkprinsippet gi muligheter til omgåelser og utvanning av eierskapet som ikke vil være i samsvar med formålet om et reelt offentlig eierskap til vannkraftressursene.”*

I sin begrunnelse viser departementet til at EFTA-domstolen i avsnitt 76 i Hjemfallssaken blant annet peker på private interessers mulighet til i prinsippet å kjøpe seg opp til mer enn 1/3 som én av grunnene til at den daværende norske modellen ble kjent EØS-stridig.<sup>3</sup> I motsetning til OED kan ikke AE se at EFTA-domstolens uttalelse har noen betydning for valget mellom blokkprinsippet og gjennomstrømningsprinsippet.

Som nevnt viser departementet til avsnitt 76 i Hjemfallssaken. Det EFTA-domstolen sier i det aktuelle avsnittet er følgende:

*”Finally, the ILA does not in principle preclude private investors from obtaining more than one-third of the shares in a public undertaking in the relevant sector and thereby change its legal status from public to private within the meaning of the ILA. In such circumstances, the State may use its pre-emptive rights under the ILA. That is subject to the discretion of the competent authorities at any given time. If private ownership is allowed to surpass one-third, the hydropower resources and related installations are subject to reversion. This, however, merely makes private ownership of more than one-third of the shares in such an undertaking economically less attractive and therefore less likely to occur.” (Vår understrek.)*

Som det fremgår griper ikke EFTA-domstolen tak i selve terskelen på 1/3, og den uttaler heller ikke noe om blokkprinsippet. Etter AEs syn gir EFTA-domstolen i dette avsnittet uttrykk for sin vurdering av sannsynlige konsekvenser av en regel – nemlig at ingen privat aktør – etter daværende regler i industrikonsesjonsloven – i praksis ville erverve mer enn 1/3 av det aktuelle selskapet. EFTA-domstolen sier at hvis et selskaps status etter nasjonal rett, her industrikonsesjonsloven, endres fra et offentlig til et privat selskap (isolert sett uavhengig av vilkårene for dette), så er dette lite attraktivt for selskapet da dette utløser forkjøpsrett og mulighet for å underlegge selskapets fallrettigheter hjemfall.

Det er intet i avsnitt 76 som forbyr blokkprinsippet. Tvert imot, og som påpekt av departementet i Ot. prp. 61 (2007-2008) side 62, så vil den fortsatte adgangen for private til å eie en ikke-kontrollerende post av offentlige eide vannkraftselskaper styrke modellens forholdsmessighet i et

<sup>2</sup> Ot prp 61 (2007-2008) side 36-37.

<sup>3</sup> Ot prp 61 (2007-2008) side 60.

EØS-rettslig perspektiv, og vise at reglene ikke er strukket lenger enn det som er ansett nødvendig for å etablere et prinsipielt og reelt offentlig eierskap.<sup>4</sup>

Ved blokkprinsippet vil det offentlige ha praktisk enekontroll over alle spørsmål knyttet til drift av selskapsgruppens virksomhet, samt beslutninger knyttet til alle vesentlige strategiske spørsmål som relaterer seg til vannkraftproduksjonen. Private investorer vil først og fremst ha en finansiell interesse i sin investering og ellers nyte godt av ordinær minoritetsbeskyttelse (som ikke gir negativ kontroll). Etter vår bestemte oppfatning vil det offentlige i en slik situasjon ha den praktiske kontroll over virksomheten som enekontrollerende eier, og være i stand til å ivareta de hensyn som ligger til grunn for et ønske om offentlig eierskap. I tillegg vil det offentlige ha de nødvendige virkemidler til å ivareta andre formål enn rene avkastningskrav. Sagt på en annen måte: Vår forståelse av blokkprinsippet er at en privat eier ikke i noe ledd vil kunne blokkere det enkelte selskapets strategiske beslutninger som relaterer seg til vannkraftproduksjonen og/eller utnyttelse av vannressursene.

Departementet har i sin begrunnelse i høringsnotatet ikke gått inn og vurdert blokkprinsippet opp mot konsolideringsmodellen. Blokkprinsippet sikrer at det offentlige har styring og kontroll i hvert enkelt selskap. Blokkprinsippet vil således innebære en styrking av konsolideringsmodellen. Dette fordi hele konsolideringsmodellen bygger på at de offentlige aktørene skal ha styring og kontroll, noe man følgelig vil måtte ha dersom dette vurderes for hvert enkelt selskap. Gjennomstrømningsprinsippet bygger imidlertid på skjønsmessige vurderinger som ikke er klargjort, og skal i henhold til det opplyste sikres ved departementets oppfølging av eierskap til enhver tid, hva nå enn som måtte ligge i dette.

Blokkprinsippet vil også forenkle norske myndigheters dokumentasjon overfor eksempelvis ESA ved at kravet til et prinsipielt og reelt offentlig eierskap er tilstrekkelig ivaretatt. Gjennomstrømningsprinsippet derimot gjør det vanskeligere for OED å kontrollere – og dokumentere overfor ESA og eventuelle andre interesserte – at forutsetningen om et reelt offentlig eierskap er oppfylt i hvert enkelt tilfelle. Det er langt enklere å følge opp kravet om reelt offentlig eierskap innenfor konsolideringsmodellen ved bruk av blokkprinsippet, enn ved bruk av gjennomstrømningsprinsippet. Dette fordi blokkprinsippet ikke krever at man summerer andeler av privat eierskap i flere ledd, i tillegg til at man vil måtte vurdere en rekke andre mer eller mindre skjønsmessige og ukjente forhold, slik tilfellet er ved bruk av gjennomstrømningsprinsippet.

### 3.4 Forholdet til kapital

Slik AE leser høringsnotatet, synes det som om departementet legger til grunn at en matematisk beregning av de private kapitalinteressene i konsernet må være utslagsgivende. Dette er uavhengig av størrelsen på de underliggende kraftverkene i det enkelte aktuelle selskap mv. Vil det f.eks. være slik at 1/3 privat eierskap i et datterselskap med 100 GWh blokker et morselskap for å slippe inn private eiere i konsesjonsrettslig sammenheng dersom morselskapet har 5 TWh produksjon?

Etter AEs oppfatning er det offentlig styring og kontroll som er den grunnleggende forutsetningen for konsolideringsmodellen. Hvis begrunnelsen fra departementet knytter seg til finansiell kapital fra kraftproduksjonen, er dette en helt annen begrunnelse enn hensynet til forutberegnelighet eller hensynet til styring og kontroll. Hvis departementet ønsker å styre de offentlige eiernes adgang til å realisere eller inngå i konsolideringer med private aktører, bør departementet gjøre det klart at det

---

<sup>4</sup> Ot prp 61 (2007-2008) side 64 følger opp ved å uttrykke: "Under behandlingen for domstolen ble det fra norsk side påpekt at et offentlig eierskap på minst 2/3 av kapitalen og som innehar minst 2/3 av stemmene formelt og reelt ville være tilstrekkelig til å opprettholde full offentlig kontroll over selskapet. Her fikk Norge for øvrig støtte fra Kommisjonen, som påpekte at 2/3 eierskap medfører at de offentlige eierne kan «effectively and unambiguously exercise ownership and control». Et innslag av private minoritetsaksjonærer kan være hensiktsmessig for utviklingen av næringen, uten at det offentlige eierskapet dermed forringes. Snarere kan dette bidra til å bedre modellen EØS-rettslig, ved at det gjør den mer forholdsmessig."

er dette som er begrunnelsen slik at lovgiver er innforstått med dette. Dette ikke minst fordi begrunnelsen ene og alene vil være av nasjonal karakter og gripe unødvendig inn i de offentlige aktørenes forretningsmessige frihet og hindre nødvendig dynamikk og kapitaltilførsel til bransjen.

Det er videre viktig at denne begrunnelsen reelt kommer frem, da en begrunnelse opp mot forutberegnelighet eller av hensynet til styring og kontroll, etter AEs syn, ikke vil være i henhold til de forutsetninger som myndighetene selv har lagt til grunn i internasjonal sammenheng, jfr. Ot.prp. side 64 flg., og således være egnet til å skape usikkerhet hos beslutningstakerne

### 3.5 Omgåelsestilfeller

AE vil også minne om at myndighetene, uansett hvilket prinsipp som legges til grunn, vil måtte kontrollere at det ikke forekommer omgåelser av kravet til 2/3 offentlig eierskap. Omgåelser vil presumptivt bli slått ned på uavhengig av om man legger til grunn gjennomstrømnings- eller blokkprinsippet, men etter AEs oppfatning vil det være enklere å kontrollere at det ikke forekommer omgåelser med blokkprinsippet som grunnlag.

Poenget er at hvis det private eierskapet i et konkret tilfelle er innenfor 1/3 i hvert ledd i eierrekken, så vil vurderingen av det offentlige eierskapet etter blokkprinsippet begrenses til å kontrollere at det ikke foreligger aksjonæravtaler, vedtekter eller lignende som gir private eiere større kontroll enn det som i utgangspunktet følger av gjeldende lovgivning. Dette er de samme forholdene som må vurderes for å avgjøre om det foreligger et "reelt offentlig eierskap" etter dagens regler, jfr. industrikonsesjonsloven § 2. Gjennomføringen av blokkprinsippet vil følgelig medføre en betydelig rettteknisk forenkling sammenlignet med gjennomstrømningsprinsippet.

### 3.6 Eventuelle andre begrunnelser for gjennomstrømningsprinsippet?

AE kan vanskelig se at det foreligger andre begrunnelser for å legge gjennomstrømningsprinsippet til grunn.

## 4 Sluttkommentarer

Kraftbransjen og deler av øvrig industri er inne i en svært utfordrende periode med reduserte kontantstrømmer og økte finansieringsutfordringer. Det er mer enn på lenge et behov for løsninger som sikrer forutberegnelighet og gir nødvendige tilpasningsmuligheter for aktørene.

AE støtter departementets forslag om at det skal være mulig å etablere private minoritetselskaper også i ansvarlige selskaper. En praktisering av gjennomstrømningsprinsippet vil derimot kunne forhindre en hensiktsmessig videreutvikling av bransjen både når det gjelder etablering av effektive eierskapsstrukturer på vassdragsnivå og bærekraftige eierskapsmodeller mot industrien. Dette fordi nye industrielle løsninger på datterselskapsnivå vil måtte vurderes opp mot redusert aksjelikviditet for eierne på toppen av eierkjeden (stat, kommuner, fylkeskommuner).

En praktisering med basis i blokkprinsippet vil, etter AE sitt syn, ikke utfordre det grunnleggende kravet i konsolideringsmodellen om at det offentlige skal ha styring og kontroll i norske vannkraftverk. Blokkprinsippet vil tvert imot sikre større forutsigbarhet for myndigheter og aktører, gi en bedre offentlig styring og kontroll og således på en bedre måte understøtte de grunnleggende forutsetningene i konsolideringsmodellen.

Med hilsen  
Agder Energi AS

Tom Nysted  
konsernsjef