



Olje- og energidepartementet

Pr. postmottak@oed.dep.no

Deres ref:

Vår ref: 118417- 118417-55

Oslo, 9. februar 2016

HØRINGSUTTALELSE FRA LANDSSAMANSLUTNINGA AV VASSKRAFTKOMMUNAR (LVK) OM FORSLAG TIL ENDRINGER I INDUSTRIKONSESJONSLOVEN

1 INNLEDNING

Det vises til Olje- og energidepartementets høringsbrev datert 9. november 2015 om forslag til endringer i lov 14. desember 1917 om erverv av vannfall mv. («industrikonsesjonsloven» eller «ikl.»). Høringsfristen er 9. februar 2016.

Nedenfor følger LVKs høringsuttalelse.

LVK organiserer 173 kommuner berørt av vannkraftutbygging. Flere av medlemskommune har også eierinteresser i kraftforetak.

På denne bakgrunn engasjerte LVK seg i diskusjonen om hjemfallsreglene og var blant annet representert i Hjemfallsutvalget NOU 2004:26. Som følge av at Efta-domstolens avgjørelse i spørsmålet om Norge hadde anledning til å ha ulike eiertidsregler for henholdsvis private og offentlige eiere, sluttet LVK seg i 2008 til departementets forslag til de nye eierskapsbestemmelsene i industrikonsesjonsloven som sikrer det fremtidige eierskapet til de evigvarende vannkraftressursene for det norske folk. I 2009, da spørsmålet om utleie ble tatt opp, understreket LVK viktigheten av at eierskapsreglene ikke ble uthulet. Departementet har fremholdt i høringsbrevet at forslaget ikke er ment å gjøre endringer i dagens regler om at offentlige eiere skal utøve et reelt offentlig eierskap. De offentlige eierne skal da også ifølge forslaget «*beholde den hele og fulle kontroll og eierstyring over produksjonen og utnyttelse av vannressursen*»¹.

LVKs syn på det forslaget har, på samme måte som i 2009, som en grunnleggende forutsetning at det offentlige eierskapet til vannkraftressursene blir ivaretatt.

LVK ser i utgangspunktet positivt på regelendringer som kan bidra til et bedre rammeverk for industrien. Slik LVK ser kan det imidlertid reises spørsmål om departementet med sitt forslag har lyktes i å forene hensynet til det offentlige eierskapet med bedringer i rammebetingelsene for industrien på en god måte. Som det vil fremgå nedenfor, kan det reises spørsmål om forslaget slik det nå foreligger vil gjøre konsolideringsmodellen mindre konsistent, skape en mindre forutberegnelig konsesjonsordning, og dermed gjøre konsolideringsmodellen mindre gjennomslagskraftig.

¹ Høringsnotat, forslag til endringer i industrikonsesjonsloven, side 2

Det er LVKs syn at departementet kan oppnå det samme som ønskes med lovforslaget om departementet gis hjemmel til gjennom forskrift å fastsette hvilke krav som stilles til selskapsavtalen. Det er LVKs syn at en forskriftsfesting av hvilke krav som stilles til selskapsavtalen vil gi større forutberegnelighet. Ved at forslag til en forskriftsfesting av hvilke krav som vil bli stilt blir sendt på høring, vil man samtidig sikre gjennomsiktighet og innspill på de avvikene fra aksjelovens regler som ønskes innført. Nedenfor vil LVK gi utfyllende bemerkninger til lovforslaget.

2 LOVFORSLAGET

Någjeldende industrikonsesjonslov gir private adgang til å eie inntil en tredjedel av *aksjeselskaper* som eier konsesjonspliktige fallrettigheter. Lovforslaget innebærer at departementet kan gi ervervskonsesjon også til *ansvarlige selskaper* («ANS/DA») som eier konsesjonspliktige fallrettigheter, hvor private eiere kan eie inntil en tredjedel av selskapet. Endringen i lovteksten gir i seg selv ikke grunnlag for andre virkninger enn at private kan eie andeler i slike ANS/DA, dersom selskapsavtalen innfrir visse vilkår. Selskapsforholdet i ansvarlige selskaper (ANS/DA) reguleres i lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper («selskapsloven»). Et hovedtrekk med ANS/DA er at deltakerne i selskapet, i motsetning til i aksjeselskap, har et gjeldsansvar for selskapets forpliktelser. I tillegg inneholder selskapsloven i større grad *fravikelige* bestemmelser enn lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper («aksjeloven») og gir derfor et større rom for konkrete, tilpassede ordninger.

På grunn av deltakernes ansvar i ANS/DA og det begrensede ansvaret i aksjeselskaper har selskapsloven til dels vesentlig annerledes regulering av selskapsforholdet enn hva som er tilfellet etter aksjeloven. Departementet har med rette lagt til grunn at privat eierskap med inntil en tredjedel i et ANS/DA som følger de deklarasjonelle reglene i selskapsloven, ikke vil kunne få konsesjon innenfor dagens konsolideringsmodell, jf kravet til et *åpenbart reelt offentlig eierskap* i industrikonsesjonsloven § 2. Lovforslaget forutsetter at det må gjøres til dels betydelige avvik fra de deklarasjonelle reglene i selskapsloven for at en selskapsavtale skal aksepteres innenfor gjeldende konsesjonsregler. Selve lovteksten forutsetter at selskapsorganiseringen i stor grad må speile reglene i aksjeloven for at private skal gis konsesjon til erverv av andel i ANS/DA med konsesjonspliktige fallrettigheter. Dette følger også av høringsbrevet.

3 UKLARE FØLGER AV LOVFORSLAGET

3.1 Er lovforslaget EØS-robust?

Ettersom lovforslaget kun åpner for at departementet *kan* gi konsesjon til ANS/DA med private deleiere, vil forslaget som nevnt over i seg selv ikke innebære et inngrep i kravet til åpenbart reelt offentlig eierskap.

Departementet ga i lovforarbeidene til endringsloven som implementerte konsolideringsmodellen uttrykk for at EFTA-domstolens avgjørelse i E-2/06 («Hjemfallssaken») skulle forstås som at domstolen stilte:

«krav om at systemet for offentlig eierskap må være helhetlig og konsistent for at det skal kunne begrunne restriksjoner.»²

I høringsrunden tok Hydro til orde for at private skulle kunne eie andeler i ansvarlige selskaper som eide konsesjonspliktige vannfall. Hydro viste til:

«at ansvarlige selskaper gir mulighet for industrielle aktører til å ta ut kraften direkte etter eierandel. En slik uttaksrett er positiv for industrien blant annet av skattemessige grunner. Siden

² Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) side 60

departementet tillater privat erverv i aksjeselskaper er det industrielt uheldig at dette ikke også gjøres for ansvarlige selskaper.»³

På denne bakgrunn vurderte departementet muligheten for å tillate offentlig eierskap, slik det er definert i industrikonsesjonsloven, også i ansvarlige selskaper. Etter å ha vist til verdipapirhandelovens forarbeider angående tilbudsplikt, uttalte Departementet at det:

«i utgangspunktet ikke vil være mulig å ha reelt offentlig eierskap i selskaper som reguleres av selskapsloven.»⁴

Det overnevnte sitatet er gjengitt på side 9 i høringsbrevet, men meningsinnholdet er så vidt vi kan se ikke kommentert. Fordi det aktuelle lovforslaget synes å bryte med denne uttalelsen, vil dette - uten nærmere kommentarer fra departementet - kunne skape tvil om hvorvidt lovforslaget er tilstrekkelig robust. LVK ber derfor departementet om å ta opp dette forholdet i den videre prosessen slik at mulig tvil ryddes av veien.

3.2 Hvilke ordning(er) åpner lovforslaget for?

For at lovforslaget skal ha noen hensikt, må det forutsettes at departementet vil åpne for å likestille konsesjonsrettslig privat eierskap i et ANS/DA som er organisert annerledes enn et aksjeselskap. Det fremgår imidlertid ikke klart hvilke reguleringer i aksjeloven departementet mener kan fravikes, samtidig som kravet til reelt offentlig eierskap og konsolideringsmodellen overholdes.

Som nevnt over er det etter LVKs syn en svakhet ved lovforslaget at hvilke avvik som vil bli akseptert, først blir klarlagt gjennom enkeltvedtak fra Departementet. Når det reelle innholdet av lovendringen først kommer til syne gjennom *forvaltningspraksis*, blir det vanskelig å forutse hvilke selskapsavtaler i ANS/DA som vil bli akseptert av departementet. Det vil kunne gjøre dagens konsolideringsmodell mindre «helhetlig og konsistent».

3.3 Grensedragningen vil skje i forvaltningspraksis

At innholdet i lovforslaget skal fastlegges gjennom departementets godkjenning av konkrete selskapsavtaler, vil kreve betydelig selskapsrettslig kompetanse i departementet som kan synes å ligge utenfor departementets ansvarsområder for øvrig. En slik ordning vil neppe innebære noen byråkratisk forenkling, tvert i mot fremstår dette å være uhenksom. Det er LVKs syn at innføring av en forskriftshjemmel med en etterfølgende forskrift som nevnt i punkt 1, vil være et betraktelig mer egnet lovteknisk grep.

Departementet vil, dersom lovforslaget vedtas, ved hver konsesjonssøknad i realiteten bli tvunget til å ta stilling til om en «helt ny» selskapsstruktur er i tråd med kravet til offentlig eierskap og om selskapsstrukturen vil innebære en robust ordning sett i sammenheng med EFTA-domstolens avgjørelse. En slik «fra sak til sak»- praksis vil over tid kunne undergrave hensynet til transparens i konsolideringsmodellen og det nevnte kravet til helhet og konsistens. Når det i lovforslaget ikke spesifiseres hvilke ordninger som vil aksepteres, vil dette åpne for ulike ordninger for privat eierskap i selskaper som eier konsesjonspliktig vannkraft. Dette vil skape en mindre konsistent ordning. Med departementets forutsetning om at lovforslaget ikke støter an mot konsolideringsmodellen, vil LVK advare mot å innrette lovendringen som en generell unntaksbestemmelse hvis reelle innhold skal fastlegges gjennom senere forvaltningspraksis.

³ Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) side 11

⁴ Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) side 37

Den foreslåtte ordningen vil kunne åpne for en mindre konsistent struktur på eierskapet til norsk vannkraft. I det følgende pekes det på enkelte elementer som illustrerer dette.

3.4 Departementets tidligere standpunkt til en konsistent ordning

Departementets uttalte i Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) om privat eierskap i andeler i ansvarlige selskaper:

«Selv om ansvarlige selskaper i praksis har blitt ansett for å være egne konsesjonssubjekter etter industrikonsesjonsloven, er koblingen mellom eierne i et ansvarlig selskap og selve selskapet mye sterkere, enn hva som gjelder for et selskap med begrenset ansvar. Siden private ikke lenger skal kunne erverve vannfall direkte, kan de ikke få konsesjon på kjøp av andeler i ansvarlige selskaper som allerede innehar konsesjonspliktige rettigheter. Heller ikke ansvarlige selskaper med private andelseiere kan da få konsesjon for fysiske fall. Dette er nødvendig for å gjøre konsolideringsmodellen konsistent.»⁵

Det overnevnte er sitert i høringsbrevet på side 5. Departementet kommenterer imidlertid ikke uttalelsen om at en modell som gir private muligheten til å eie andeler i ansvarlig selskap i 2008 ble ansett for å gjøre modellen mindre konsistent. Dette skaper en usikkerhet omkring hvilke endrede vurderinger som er lagt til grunn for lovforslaget i dag og gir i seg selv grunnlag for å stille spørsmål ved hvorvidt modellen er tilstrekkelig konsistent.

3.5 Man risikerer at forslaget vil åpne for en ny type privat eierskap

Etter aksjelovens regler vil en eierandel på en tredjedel innebære at privat eierskap utelukkende vil være et finansielt eierskap. Lovforslaget hviler på en forutsetning om at dette i et ansvarlig selskap vil kunne fravikes gjennom selskapsavtalen i det enkelte selskap.

LVK etterlyser en nærmere begrunnelse fra departementet på at faktisk og finansielt eierskap kan likestilles innenfor gjeldende konsolideringsmodell.

4 KRAFTUTTAK SOM UTBYTTE

Bakgrunnen for lovforslaget er ifølge departementet å gi private eiere i selskaper som eier konsesjonspliktige vannfall mulighet til å ta ut kraft som utbytte. Det heter i lovforslaget videre at:

«Den ansvarlige selskapsformen legger til rette for at deltakerne kan inngå avtale om å ta ut en andel av kraftproduksjonen tilsvarende sin eierandel, mot å dekke en tilsvarende andel av det ansvarlige selskapets kostnader. Dersom private aktører kan erverve inntil 1/3 av andelene i et offentlig ansvarlig vannkraftselskap, vil det kunne gjøre det mer attraktivt å delta som minoritetsiere. Denne justeringen kan bidra til økt kapitaltilgang for de offentlige eierne. For kraftnæringen er dette positivt i perioden med store investeringer.»

Endringsforslaget fokuserer i hovedsak på at eierskap i ansvarlig selskap vil gi private aktører muligheter til å «motta kraft som til enhver tid stilles til disposisjon av den offentlige eieren tilsvarende egen eierandel

⁵ Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) side 37

som utbytte»⁶. Ønsket er, slik LVK forstår det, å gi industrien en mulighet til å etablere en sikker tilgang til billig kraft.

Departementet redegjør imidlertid ikke for hvordan en slik ordning skal kunne etableres uten å komme i konflikt med kravet til offentlig eierskap. Dersom det skal etableres en *sikker* tilgang til kraft, er man avhengig av at det etableres en ordning som vil fravike fra aksjelovens regler. En ordning som innebærer at den private eieren har en *rett* på å få ta ut kraft til kostpris, er i realiteten en avtale om *utdeling* av selskapets verdier. En slik utdeling vil etter det alminnelige flertallskrav i aksjeloven § 5-17 kreve mer enn 50 % av stemmene. En rett for den private eieren til å *kreve* å motta kraft til kostpris, vil være å gi den private eieren en rett denne ikke ville hatt etter aksjelovens alminnelige regler. I Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) side 73 går departementet langt i å antyde at slike avtaler vil være betenkelig sett opp mot kravet til åpenbart reelt offentlig eierskap:

*«Ved vurderingen av organiseringen vil det være relevant å se nærmere på om det foreligger vedtektsbestemmelser, selskapsavtaler, aksjonæravtaler eller lignende som kommer i strid med kravet til åpenbart reelt offentlig eierskap. Aktuelle eksempler på slike disposisjoner er bestemmelser som måtte fravike selskapslovgivningens normale regler om stemmerett, stemmegivning, styrerepresentasjon, **utbytterett m.v. til fordel for private eiere.**»*

LVK kan vanskelig se hvordan man skal kunne etablere en sikker rett til kraftuttak til kostpris, uten å trå denne uttalelsen for nært. LVK er ikke kjent med at departementet noen gang har godtatt en aksjonæravtale som ga den private eieren en utbytterett.

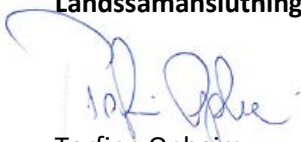
Etter aksjeloven § 8-2 første ledd andre setning kan det *«ikke besluttes utdelt høyere utbytte enn styret har foreslått eller godtar»*. Bestemmelsen forutsetter at det er *selskapets styre* som har best kontroll på hvilke midler som trengs til en forsvarlig drift av selskapet. Styrets beslutning om utbytte vil også være ansvarliggjørende på en måte som ikke vil kunne oppnås om retten til billig kraft er betingelsesløs.

5 AVSLUTNING

Det er grunnleggende for LVK at det offentlige eierskapet til vannkraftressursene videreføres. Samtidig ser LVK positivt på det uttrykte ønsket bak lovforslaget om å bedre rammebetingelsene for industrien. Det er likevel LVKs syn at lovforslaget innebærer så store usikkerhetsmomenter om forholdet til konsolideringsmodellen at departementet bør foreta ytterligere vurderinger av de spørsmål som nærværende høringsuttalelse reiser, før forslag til lovendring fremmes.

Med vennlig hilsen

Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar



Torfinn Opheim
Leder i LVK

⁶ Høringsnotat, forslag til endringer i industrikonsesjonsloven, side 2