

Olje- og energidepartementet
Postboks 8148 Dep
0033 OSLO

OLJE- OG ENERGIDEPARTEMENTET	
02 1 2951 - 126	
DATO 31 MAKS 2003	
AN 501 Vassdr. l.	EKSP.

Akershus Energi AS
Pausveien 6
1927 Rånåsfoss
Telefon 63 82 33 00
Faks 63 82 90 50
www.akershusenergi.no
post@akershusenergi.no

Bankgiro 7058.06.40301
Organisasjonsnummer
NO 976 542 606 MVA

Deres ref: 02/2296
Vår ref: 331 KOT 02/23
Vår saksbehandler: Knut Olav Tveit

Rånåsfoss, 27.03.2003

Høringsuttalelse – Forslag til endring i reglene om hjemfall

Vi viser til Olje- og energidepartementets "Hørings sak – endringer i industrikonsejnsloven og vassdragsreguleringsloven" datert 29. november 2002. Konsernet Akershus Energi (AE) er ikke oppført som direkte høringsinstans, men avgir likevel uttalelse i saken.

AE deltar i en gruppe på 16 selskap som tidligere har avgitt en juridisk betenkning til departementet i forkant av høringen. Gruppen har også utarbeidet en del juridiske betraktninger i forbindelse med høringen. Disse følger vedlagt.

Oppsummering

AE ser betydelige svakheter ved OEDs forslag som i hovedsak går ut på at alle offentlig eide kraftverk skal hjemfalle til staten etter 75 år. I praksis innebærer dette ekspropriering av nesten en hel bransje. Vi mener forslaget vil få store, negative økonomiske konsekvenser. I tillegg er forslaget svakt juridisk fundert slik at en eventuell gjennomføring kan legge til rette for årelange juridiske konflikter. Forslaget synes ikke godt nok utredet, og både eierne og bransjen er i stor grad holdt utenfor prosessen. Dette understrekes av en i utgangspunktet svært kort høringsfrist. I et spørsmål av så stor nasjonal viktighet som eierskapet til våre vannkraftressurser, er det, etter vårt syn, viktig å legge til rette for en helt annen bredde i saksbehandlingen. Vi er derfor tilfreds med at regjeringen, etter signaler fra høringsinstansene, nå nedsetter et bredt sammensatt utvalg som også kan utrede alternativer til regjeringens forslag. Utvalgets innstilling bør i størst mulig grad legge til rette for en næringspolitisk bred og bærekraftig løsning når det gjelder eierskapet til våre vannkraftressurser.

Den etterfølgende høringsuttalelsen bygd opp slik:

AE – kort historikk

Svakheter ved regjeringens forslag:

- Ikke verdinøytralt
- Juridiske
- Økonomiske
- Mangel på bred støtte

Videre prosess

Avslutning

AE – kort historikk

Konsernet Akershus Energi er heleid av Akershus fylkeskommune. Da selskapets første kraftverk sto ferdig i 1922 var det et resultat av eiers ønske om å bygge infrastruktur, og dermed legge til rette for vekst og velstand i landsdelen. Utbyggingen innebar en betydelig økonomisk risiko for fylket og dets innbyggere, og var i mange år en tyngende utgiftspost i de fylkeskommunale regnskapene. AE tjener i dag penger og forvalter store verdier, men uten eiers vilje til å tenke langsiktig på vegne av en hel region, hadde selskapet ikke hatt livets rett.

Omfanget av AEs virksomhet har gjennom årene økt kraftig gjennom en langsiktig forretningsstrategi med industribygging for øyet. Etter at den nye energiloven kom tidlig på 1990-tallet tok AE på seg arbeidet med å samordne og industrialisere mye av nettvirksomheten i Akershus. Nettet ble senere samordnet med store deler av det øvrige nettet i regionen i det som er en samfunnsøkonomisk langt bedre løsning enn utgangspunktet med mange og små nettselskap.

AEs hovedområde er nå kraftproduksjon, men selskapet har også interesser innenfor ENØK og fjernvarme. Konsernets hovedstrategi er i dag å vokse på kraftproduksjon gjennom oppkjøp av kraftverk. Dette for å samordne kraftverk / vassdrag og ta ut synergier.

Svakheter ved departementets forslag

OEDs forslag til endringer i hjemfallsreglene innebærer i praksis at 85 prosent av bransjen nærmest blir ekspropriert. Det vil si en nasjonalisering av markedsverdier for rundt 200 milliarder kroner hvorav godt over tre milliarder fra Akershus Energis eier.

For eierne av offentlige kraftverk betyr dette en umiddelbar reduksjon av nåverdiene på anleggene med anslagsvis 10-15 milliarder. En slik massiv inndragning av verdier til fordel for staten vil det i moderne tid være vanskelig å finne paralleller til.

Akershus Energi ser det slik at departementets forslag i tillegg til de store, prinsipielle betenkelighetene ved nærmest å nasjonalisere en hel bransje, også har en rekke andre svakheter:

Ikke verdinøytralt. Olje- og energidepartementet foreslår å innføre såkalt eiernøytralt hjemfall. Det vil si at alle konsesjonærer pålegges hjemfall etter samme vilkår. Ifølge OED vil dette styrke myndighetenes langsiktige handlingsrom med hensyn til ressursforvaltning, eierskap og offentlige inntekter. Samtidig, ifølge OED, vil dette legge til rette for økt effektivitet og verdiskapning i kraftsektoren. AE har forståelse for førstnevnte beveggrunner og argumentasjon, men mener bestemt at forslaget ikke vil føre til økt effektivitet og verdiskapning. Forslaget er ikke verdinøytralt fordi det ved innføring vil forringe verdier i offentlige eide kraftverk. Eventuell ny lovgivning bør være utformet slik at den sikrer selskapenes inntjeningssevne og anleggenes effektivitet – samt at bransjen gis rom for utvikling med tanke på ytterligere regional verdiskapning. Dette kan best oppnås dersom den nye ordning også er verdinøytral.

Store juridiske svakheter. Eiendomsoverføringen til staten er å sammenligne med ekspropriasjon. Grunnloven forutsetter at det i slike tilfeller skal ytes full kompensasjon. Departementet har ikke tilstrekkelig begrunnet hvorfor Grunnloven skal settes til side på dette punktet. Departementet er her i utakt med hva store deler av det ledende juridiske miljø på området har gitt uttrykk for. Den tvil som også statens fremste juridiske rådgiver, Justisdepartementets lovavdeling, har fremmet i en egen betenkning, tilsier en langt grundigere utredning av saken.

Den foreslåtte lovendring er ellers så vidtgående at dens lovlighet trolig vil bli rettslig prøvd i forhold til Grunnloven, Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK) og EØS-retten. En manglende helhetlig utredning og konsekvensanalyse vil kunne medføre at det regelverk man har, selv med de endringer som eventuelt foretas, fortsatt vil kunne være i strid med så vel nasjonalt som internasjonalt regelverk på en rekke punkter.

Et hjemfallsinstitutt i henhold til departementets foreslåtte lovendring innebærer kort og godt en uhenksom lovliggjøring. En lovendring som også kan utløse massive erstatningskrav mot staten. Når det gjelder juridiske svakheter vises det også til vedlegg.

Store negative økonomiske konsekvenser. OEDs forslag vil, slik det foreligger i dag, utvilsomt få en rekke sterkt negative økonomiske konsekvenser. Også her det mangel på gode konsekvensutredninger, men en del effekter synes likevel ganske tydelige:

- Forslaget kan virke negativt i forhold til det lokal og regional verdiskapning. Et flertall av energibedriftene er i dag eid av fylker og kommuner. Bedriftene utgjør et viktig instrument for verdiskapning i distriktene. De regionalpolitiske virkningene av en kompensasjonsfri overføring av eiendomsretten til staten er ikke utredet, men at det får konsekvenser for videre eierskap, og evne / vilje til satsning synes ganske opplagt. Regelverket og næringspolitikken bør i stedet legge forholdene til rette for vitale og desentraliserte enheter som kan bidra til lokal / regional næringsutvikling og verdiskapning.
- Snevrere økonomisk fokus kan bli resultatet. Kraftverkseiere vil i realiteten ikke bare få begrensede muligheter til å satse på nye prosjekter ved at incentivet til å investere i langsiktige og lønnsomme prosjekter forsvinner etter hvert som hjemfallet nærmer seg. De vil også kunne tvinges inn i en ganske snever og samfunnsmessig uheldig økonomisk tankegang. Noen selskap vil utelukkende kunne komme til å fokusere på høyest mulig kortsiktig avkastning, noe som også kan gå ut over

vedlikeholdsviljen og energieffektiviteten. Forslaget kan altså føre til en utvikling der kraftnæringen blir en svært snever næring hvor maksimal melking av verdier frem til hjemfall blir prioritert fremfor teknologiutvikling, vedlikehold og kompetanseoppbygging. Dette kan i sin tur redusere mulighetene for nye arbeidsplasser i distriktene ved å fremme driftsformer som ikke ivaretar samfunnsøkonomiske, distrikts- og næringspolitiske målsetninger.

- Store verdier kan settes i spill. Kommunale kraftverk er nå en evig inntektskilde for kommuner og fylkeskommuner. Dersom eierne ønsker å sikre at de også i fremtiden har en slik, varig inntektskilde, kan et alternativ være å selge kraftverkene før de taper seg alt for mye i verdi etter som hjemfall nærmer seg. Slike eier- og strukturmessige konsekvenser er ikke belyst i det eksisterende forslaget selv om muligheten for salgstras er omtalt i en rapport departementet selv har bestilt av ECON. Det vil for eksempel være åpenbart uheldig hvis brorparten av norsk vannkraftproduksjon legges ut for salg omtrent samtidig. Hva betyr det for prisene man kan håpe på å oppnå? Og hva vil det ha å si for eierstrukturen i bransjen? Og hva er konsekvensene for både kommuneøkonomien og norsk økonomi som sådan, ved at så store beløp om eventuelt settes i omløp over en relativt kort tidsperiode?
- Innføring av hjemfall for offentlig eide kraftverk er åpenbart en betydelig skjerpelse av rammevilkårene for de aktuelle selskapene. Dette finnes det støtte for i ECON-rapporten bestilt av departementet selv. Akershus Energi vil påpeke at dette betinger lettelse i grunnrenteskatten, eller andre lettelse som gir bedre kår for mulighetene til verdiskapning.
- Ved hjemfallstidspunktet blir eierne sittende med gjelden mens staten får verdiene. Gjelden må altså betales før eiendomsretten overføres. Dette kan sterkt redusere selskapenes evne til å betale utbytte til eierne i tiden før hjemfall. Samtidig kan det ytterligere forsterke muligheten for at en del kraftselskap utelukkende må fokusere på relativt snevre økonomiske forhold uten mulighet til nyskapning og langsiktig tenkning.

Forslaget mangler bred støtte. OEDs forslag har vakt sterkt negative reaksjoner i mange av de berørte miljøer. Først og fremst på grunn av sitt innhold, men også fordi relevante organer bare i liten grad er tatt med på råd. Mye tyder på at dersom forslaget blir gjennomført så kan resultatet bli årelange rettslige konflikter med krav om erstatning.

I et spørsmål av så stor nasjonal viktighet som eierskapet til våre vannkraftressurser, er det, etter AE's syn, viktig å legge til rette for en helt annen bredde og omfang i saksbehandlingen. Målsetningen for utvalget som nå settes ned, bør derfor være å jobbe frem langsiktige og bærekraftige løsninger for kraftbransjen. Her bør alle berørte parter få delta i en prosess hvor de ulike alternativene og konsekvensene utredes skikkelig, og hvor hensikten ikke minst er å finne løsninger som flest mulig av partene kan leve med. Vi vil komme tilbake til dette under vår anbefaling til videre prosess i saken.

Forslag til videre prosess

For AE synes det klart at man har et utilstrekkelig faktagrunnlag for å treffe så store beslutninger om hjemfallsinstituttet som OED la opp til i sitt høringsnotat. Verken departementets eget forslag eller de ulike alternativene til forslaget, er på langt nær utredet godt nok. Et annet spørsmål som krever nøyere studium, er hva som vil skje etter at hjemfall har funnet sted. Når det skal gjøres så store inngrep i eiendomsretten som OED foreslår, er det nødvendig å utvikle et bedre kunnskapsgrunnlag om kraftverkens videre virksomhet etter at hjemfall har inntrådt. Et annet forhold som også bør utredes nærmere, er hvordan de nye hjemfallsforslagene harmonerer med EØS-retten. OED's høringsnotat er særdeles kort på dette punkt, og det føres ingen resonnementer som underbygger departementets syn.

I et spørsmål av så stor nasjonal betydning som hjemfallsproblematikken bør konsekvenser og alternativer utredes langt grundigere enn det departementet i utgangspunktet gjorde, før saken legges frem for Stortinget. Vi er derfor tilfreds med at OED nå lytter til råd fra bransjehold og nedsetter et bredt sammensatt utvalg. Da sikrer man at alle berørte interessenter får anledning til å medvirke på en langt mer aktiv og konstruktiv måte enn det en høring av ett enkelt alternativ gir anledning til. Å gi partene mulighet til å påvirke den videre prosessen, vil også gjøre det mulig å få til en mer konstruktiv og en raskere gjennomføring av de nye regler for hjemfall. Det man muligens taper av tid i en utredningsfase, vil man ganske sikkert vinne i beslutnings- og implementeringsfasen.

Akershus Energi mener altså at alle involverte parter vil tjene på at det nå blir langt grundigere saksbehandling av hjemfallsspørsmålet. Kort fortalt kan vår holdning til forslaget oppsummeres slik:

- AE går mot det foreliggende forslag fra OED om endring av reglene om hjemfall. Verken forslaget eller alternative løsninger, er på langt nær utredet godt nok.
- Dersom forslaget likevel blir vedtatt mener vi eierne/bransjen har krav på full erstatning. Alternativet kan bli årelange rettslige konflikter.

Vi tror at et bredt sammensatt lovutvalg kan være med på å sikre størst mulig nasjonal konsensus om et så viktig spørsmål som eierskapet til våre vannkraftressurser. Slik kan det forhåpentligvis finnes en bærekraftig løsning som er fundert på høy grad av enighet blant de viktigste partene. Utvalget bør blant annet:

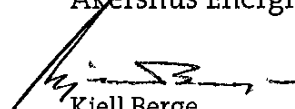
- Foreta en gjennomgripende vurdering av behovet for å endre dagens lovverk.
- Ut fra ovenstående utrede de ulike alternativene og deres ulike konsekvenser for de involverte parter.
- Gjøre en mest mulig helhetlig gjennomgang av kraftbransjens rammevilkår slik at eventuelle endringer i Industrikonsesjonsloven og Vassdragsreguleringsloven, også sees i sammenheng med eventuelle endringer i kraftbeskatningen.

Avslutning

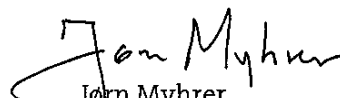
Akershus Energi anbefaler departementet å la det varslede lovutvalget få god tid til å utrede endringer i hjemsfallsreglene langt grundigere enn hva tilfellet er nå. Da øker også mulighetene for å få til en god og mest mulig omforent, løsning på denne vanskelige problematikken.

På linje med resten av næringen er Akershus Energi villig til å delta aktivt og konstruktivt i arbeidet med å finne gode, bærekraftige løsninger.

Vennlig hilsen
Akershus Energi AS



Kjell Berge
Styreleder



Jørn Myhrer
Konsernsjef

Vedlegg: Juridiske betraktninger

27. januar 03

**Juridisk prosjektets
uttalelse**
**i høringssak om forslag til endringer i industrikonsesjonsloven og
vassdragsreguleringsloven.**

Sammendrag

Et hovedinntrykk av det aktuelle lovforslaget er at arbeidet med å utforme forslag til endringer i særdeles stor grad er avhengig av det historiske utgangspunktet og at arbeidet i liten grad har vært preget av vurderinger av alternative former for lovregulering. Det er et åpenbart behov for en grundigere og mer omfattende lovutredning. En bredere lovutredning burde inkludere vurderinger av mulighetene for å legge til rette for at norske eiermiljøer, i tillegg til staten, kan ha andeler av sin formue plassert i norsk vannkraft. I en slik sammenheng bør vurderes aktuelle muligheter for at pensjonskasser og alminnelige borgere kan plassere andeler av sin formue som eiere i norsk vannkraft, selvsagt innenfor de prinsipper som gjelder i EØS-avtalen.

Eventuell lovendring som foreslått, vil medføre erstatningskrav i størrelsesorden fra 3 til 4 milliarder kroner for de 16 kraftselskaper som deltar i Juridisk prosjekt (samlet kraftproduksjon over 40 TWh).

Forslaget om innføring av et hjemfallsinstitutt, slik som foreslått, er klart problematisk i forhold til EØS-retten. Konsesjonslovgivningen i henhold til foreslåtte endringer vil inneholde et omfattende antall punkter der Norge utøver diskresjonær myndighet uten basis i forhåndskunngjorte kriterier som tilfredsstillende de EØS-rettslige utgangspunkter.

Det kan ikke bestrides at hjemfallsinstituttet, slik som foreslått i endringsloven, gir staten total kontroll i et langsiktig perspektiv på så vel eierskap som inntekter. Det er imidlertid åpenbart at departementet i forslaget til endret lovgivning ikke tar hensyn til dagens situasjon hvor lovgivningen må utformes i pakt med internasjonale konvensjoner og EØS-retten, samtidig som Grunnlovens bestemmelser iakttas.

Departementet drøfter og konkluderer at privatrettslige selskaper som driver under forretningsmessige og konkurransemessige rammebetingelser, som er eid av kommuner og fylker, ikke har Grunnlovsværn. Denne konklusjonen bestrides.

Forslaget om pålegg om tidsbegrensning og hjemfall innebærer en fremtidig tvungen avståelse av eiendom; etter Grunnloven § 105 kan dette bare skje mot full erstatning.

Historiske formål kontra dagens situasjon

Hjemfallsinstituttet kom inn først i konsesjonsvilkår og senere i konsesjonslovgivningen i en tidlig fase av utbyggingen av norske vannfall. Tre grunnleggende trekk ved samfunnsforholdene fremstår som de opprinnelige hovedbegrunnelsene for konsesjonsreglene:

- (1) Det aller meste av tilgjengelig norsk vannkraft var ikke bygget ut
- (2) Norge var en fattig nasjon med mangel på kapital til utbygging i egen regi
- (3) Man ønsket å sikre at naturrikdommene ikke kom på utenlandske hender

Man sto således overfor et valg mellom to onder – å slippe til utlendinger eller å la vannfallene forbli uutbygget,

De hensyn som har sammenheng med punktene (1) og (2) over, gjør seg ikke gjeldende i dag:

- For praktiske formål er nesten alle utnyttbare vannfall ferdig utbygget
- Norge har overskudd på kapital

I tilknytning til det hensyn som er nevnt i punkt (3) ovenfor bemerker vi følgende:

- Diskriminering av utlendinger er EØS-rettslig forbudt, og
- En total bransjenasjonalisering i statlig regi er utenkelig i all annen sammenheng.

Myndighetenes virkemidler

Departementet begrunner forslaget om innføring av hjemfall også for offentlige eiere med et ønske om å:

”... styrke myndighetenes langsiktige handlingsrom med hensyn til ressursforvaltning, eierskap og offentlige inntekter. Samtidig vil det legges til rette for økt effektivitet og verdiskapning i kraftsektoren.”

Vi kan ikke se at disse formål gjør seg gjeldende med særlig styrke, hensett til myndighetenes øvrige virkemidler:

Ressursforvaltning

- Industrikonsesjonsloven bør regulere erverv og ikke utnyttelse av vannfall. Utnyttelsen av vassdrag reguleres av en rekke andre lover for vannkraftsektoren.

- Det er hensiktsmessig å operere med et skille mellom ”erhvervsmessige vilkår”, dvs vilkår som knytter seg til selve rettighetsposisjonen som erververen får, typisk vilkår om konsesjonstid og hjemfall, og på den annen side ”operative vilkår”, konsesjonsvilkår som knytter seg til utøvelsen av virksomhet i vassdraget.
- Den eksisterende regulering av eierutnyttelsen gjennom operative vilkår fremtrer som et langt mer effektivt styringsverktøy enn en utvidelse av de ervervsmessige vilkår i form av begrenset konsesjonstid og hjemfall.

Offentlige inntekter

Det offentlige sikrer seg inntekter fra vannkraftproduksjon gjennom et komplekst skatte- og avgiftssystem:

- Konsesjonskraftordningen
- Konsesjonsavgifter
- Elavgift
- Merverdiavgift
- Grunnrenteskatt
- Naturressursskatt
- Alminnelig inntektsskatt
- Eiendomsskatt

Økt effektivitet og verdiskapning i kraftsektoren

Industrikonsesjonsloven generelt og hjemfallsinstituttet spesielt kan vanskelig sees å være noe effektivt virkemiddel for å oppnå økt effektivitet og verdiskapning og gi økt incitament til opprustning og investering.

Departementet har i sitt forslag ikke utredet en rekke detaljspørsmål som oppstår både av materiellrettslig og lovgivningsteknisk karakter. I stikkords form nevner vi:

- Situasjoner hvor kraftverk og fall eies dels av aktører som ikke berøres av lovendringen (hvor erverv er skjedd før 1909), og dels av aktører som berøres av lovendringen.
- Situasjoner der deler av vannstrengen er ervervet før 1909. Det kan her bli nødvendig med gjeninnføring av partielt hjemfall. I den forbindelse må også spørsmålet løses om hvilken del av kraftanlegget som eventuelt skal hjemfalle. Dette vil sannsynligvis være mest aktuelt i forbindelse med tilleggsutbygging, takrenneprosjekter mv.

- Situasjoner der reguleringer mv utnyttes til andre formål i kombinasjon med kraftproduksjon, for eksempel flomdemping.
- Særlige offentlig- og privatrettslige spørsmål for uttaksrett som bygger på medeiendomsrettsinstituttet.

Det eneste riktige burde være at myndighetene foretar en total revisjon av industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven, slik at man får en gjennomarbeidet, forsvarlig og varig lovregulering.

EØS-rettslige forhold som bør vurderes i tilknytning til endringer i lovverket

Departementet har mottatt et brev, datert 8. november 2002, fra advokatfirmaene ThommesenKreftingGreveLund og BA-HR som beskriver en rekke EØS-rettslige problemstillinger som det norske konsesjonssystemet reiser. OED har overhodet ikke drøftet disse innspillene i høringsutkastet, som bare inneholder én setning om mulige EØS-rettslige problemer utover den eksplisitte forskjellsbehandlingen mht adgangen til å få konsesjon, konsesjonstid og hjemfall. Vi finner derfor grunn til å gjenta enkelte sentrale forhold.

Rettskildemessige grunnprinsipper i EØS-retten

EØS-retten er et regelverk i dynamisk utvikling. Dette skyldes to forhold. For det første utvikles det en stadig mer omfattende sekundærlovgivning innenfor EU-systemet som fortløpende gjøres til en del av EØS-avtalen. For det andre har EF- og EFTA-domstolen en aktiv og selvstendig rolle i utviklingen av rettsreglene.

Utenfor de tilfeller hvor EF-/EØS-retten unntaksvis særskilt hjemler forskjellsbehandling (*hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen*), gjelder det et krav om at dersom det gjøres inngrep i de fire friheter, må tiltakene være ikke-diskriminerende og regelbaserte. Inngrep er kun tillatt hvis inngrepet skjer på basis av

”objective and stable criteria which have been made public and can be justified on imperative requirements in the general interest” (læren om tvingende allmenne hensyn)¹

EF-domstolen legger til grunn en *presumsjon* for at en skjønnshjemmel vil bli brukt i strid med fellesskapsretten der det er mulighet for det. Nasjonale inngrepsiltak må være objektivt egnet til å realisere de målsetninger som forfølges. Det følger av læren om tvingende allmenne hensyn at to typer hensyn *aldri* kan begrunne restriksjoner på de grunnleggende frihetene som

¹ Sitert fra The Communication of the Commission on certain legal aspects concerning intra-EU investment, inntatt i Official Journal of the European Communities, No C 220/15, datert 19 juli 1999).

fellesskapsretten garanterer, nemlig *økonomiske hensyn*² og *saksbehandlingshensyn* (hensynet til forenkling av forvaltningens saksbehandling/lettelse av administrative byrder).

EØS-rettens anvendelse på kraftsektoren

Generelt

Den gjeldende norske lovgivning er i stor grad problematisk i relasjon til den frie etablerings- og kapitalflyt, sammenholdt med læren om tvingende allmenne hensyn og proporsjonalitetsprinsippet. Hovedproblemet er at regelanvendelsen i stor utstrekning er basert på et myndighetsskjønn som muliggjør skjult diskriminering og heller ikke tilfredsstillende krav om kriterier som er objektive, ikke-diskriminerende og forhåndskunngjorte.

Diskresjonær myndighetsutøvelse uten basis i forhåndskunngjorte kriterier – innledning

Konsesjonslovgivningen vil i henhold til foreslåtte endringer fortsatt inneholde en rekke punkter der Norge utøver diskresjonær myndighet uten basis i forhåndskunngjorte kriterier som tilfredsstillende de EØS-rettslige utgangspunkter :

- Skjønn med hensyn til om hovedlovverket om konsesjonsbehandling skal benyttes – eller om det skal gjøres unntak i medhold av industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd.
- Hvis § 1 fjerde ledd benyttes: Skjønn med hensyn til konsesjonsunntaksvilkår, det vil si med hensyn til hvilke vilkår som skal knyttes til unntaket.
- Skjønn med hensyn til fastsettelse av konsesjonsvilkår ved erverv av konsesjonspliktige rettigheter eller 90 % eller mer av aksjene i selskap som eier slike rettigheter (dette skjønn er for øvrig det eneste som langt på vei er lovregulert).
- Skjønn med hensyn til fastsettelse av konsesjonsvilkår ved aksjeerverv (industrikonsesjonsloven § 36).
- Hvis det er fastsatt hjemfallsvilkår, utøves det ytterligere skjønn med hensyn til om det skal avtales foregrepet hjemfall eller tilbakeleie (industrikonsesjonsloven § 41), til dels under betydelig lobbyvirksomhet fra konsesjonær og lokalpolitiske interesser.
- Hvis det avtales foregrepet hjemfall eller tilbakeleie, utøves det ytterligere skjønn med hensyn til de økonomiske vilkår for dette, til dels under betydelig lobbyvirksomhet fra konsesjonær og lokalpolitiske interesser.

² Se nærmere Henrik Bull, "Det indre marked for tjenester og kapital" (2002) s 577 flg.

Industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd

Industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd lyder slik etter foreslått lovendring:

”Når særlige hensyn foreligger, kan vedkommende departement i det enkelte tilfelle gjøre unntak fra konsesjonsplikten.” (våre understreknings)

Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen for det første tar sikte på å fjerne hindringer for *samfunnsmessig ønskede* fusjoner og oppkjøp innen energiforsyningen. For det annet tar § 1 fjerde ledd sikte på at industriselskaper med vannfallsrettigheter ikke skal avstå fra fusjoner mv som er rasjonelle ut fra industrimessige hensyn på grunn av ulempene ved full konsesjonsbehandling etter industrikonsesjonsloven. Samtidig fastslås det at bestemmelsen ikke skal gi generell adgang til fritak for konsesjonsplikt ved fusjoner, men at hvert enkelt tilfelle skal vurderes konkret og at det vil kunne settes vilkår og forutsetninger for konsesjonsfritak.

Departementet har i praksis stilt vilkår ved meddelelse av unntak. Bestemmelsens forarbeider gir ingen konkrete føringer på hvilken type vilkår som kan stilles for meddelelse av unntak. Dette er i prinsippet opp til departementets skjønn.

I praksis har den diskresjonære unntaksbestemmelsen de siste 10-12 årene vært industrikonsesjonslovens hovedregel ved transaksjoner i kraftproduksjonssektoren. Transaksjonene har generelt vært betinget av unntaksvedtak etter § 1 fjerde ledd fordi en full konsesjonsbehandling og eventuelle nye operative vilkår regelmessig ville gjøre transaksjonen kommersielt ugjennomførbar. På denne bakgrunn er det etter vår oppfatning nærliggende å anta at bestemmelsen strider mot de EØS-rettslige utgangspunkter og utgjør en ulovlig restriksjon på etableringsadgangen i EØS-avtalens forstand.

Synspunktet er da at erverv av vannfallsrettigheter i norsk rett *i prinsippet* reguleres av industrikonsesjonslovens samlede regelsett om slike erverv, men *i praksis* reguleres av en knapp og vag unntaksbestemmelse med knappe forarbeider. Bestemmelsen gir alle aktører, og spesielt aktører fra andre EØS-land som ønsker å etablere seg i Norge ved kjøp av norske kraftverk, svært dårlige muligheter for å forutberegne sin rettsstilling. Bestemmelsen innebærer en *risiko* for nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. Det vises i denne forbindelse til at de samfunnsmessig ønskede fusjoner og sammenslutninger innen energiforsyningen som bestemmelsen tar sikte på å fremme, typisk vil være sammenslutninger av aktører som allerede er etablert i samme vannstreng eller samme område. Slike sammenslutninger vil kunne innebære klare driftsfordeler og mer rasjonelle og effektive enheter. Det er ikke gitt at departementet vil anse fusjoner av utenlandsbaserte selskaper med norske vannkraftprodusenter som ønskelige. Vagheten i skjønnskriteriet *”når særlige hensyn foreligger”* gir ikke noen betryggende garanti mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling.

Et annet forhold ved § 1 fjerde ledd som trolig utgjør en ulovlig restriksjon både i forhold til kapital- og etableringsreglene, er det materielle innholdet av *vilkåret* som generelt settes ved meddelelse av unntak etter § 1 fjerde ledd. Etter det store antall omorganiseringer og sammenslutninger som er gjort i det siste tiåret, er en betydelig del av norsk kraftproduksjon

påheftet § 1 fjerde ledd-vilkår. Vilkåret innebærer at *enhver aksjeoverdragelse* gir konsesjonsmyndigheten en diskresjonær kompetanse (departementet ”forbeholder seg retten”) til å foreta full konsesjonsbehandling gjeldende på grunnlag av den opprinnelige transaksjon. Dette forholdet gjør det åpenbart mindre attraktivt for utenlandske investorer å erverve aksjer i selskaper som er påheftet et slikt vilkår. Vilkåret har konserverende virkninger i forhold til eksisterende aksjonærstruktur også ved at gjenværende aksjonærer vil ha sterke incentiver til å forsøke å motvirke en aksjonærs salg av aksjer.

Vi anser det svært tvilsomt at vilkåret er legitimerbart. Når det gjelder forholdsmessigheten av vilkåret, peker vi kort på den betraktningen vedrørende sammenblanding av operative vilkår med ervervsituasjonen. Videre peker vi på at den omfattende skjønnskompetansen og de vage rammene for utøvelsen av skjønnet er problematisk. Etter fast praksis fra EF-domstolen må som nevnt en ordning av denne karakter praktiseres på grunnlag av objektive, ikke-diskriminerende og på forhånd kjente kriterier.

Ordinær konsesjonsbehandling – skjønsmessig adgang til fastsettelse av operative vilkår i tilknytning til ervervsituasjonen

Fastsettelse av nye operative vilkår vil i mange tilfeller være av stor økonomisk betydning og kan være helt avgjørende for et kraftverks lønnsomhet. Det er grunn til å tro at faren for full konsesjonsbehandling og nye operative vilkår legger en betydelig demper på forekomsten av oppkjøp, fusjoner og andre strukturendringer i kraftbransjen. I praksis ser vi at de aller fleste transaksjoner på sektoren skjer under forbehold om at det gis unntak fra konsesjonsplikt og forkjøpsrett etter industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd.

Koblingen av nye operative vilkår med selve ervervsituasjonen er trolig i seg selv en restriksjon på etableringsadgangen i EØS.

Bemerkningene ovenfor knytter seg til reglene i industrikonsesjonsloven kapittel I og forholdet til EØS-avtalens etableringsregler. Konsesjonsplikten ved aksjeervert etter industrikonsesjonsloven § 36 kan være problematisk både i forhold til etableringsreglene og kapitalreglene, avhengig av størrelsen på aksjeposten som erverves. Bestemmelsen gjelder ervert som gjør at erververen blir innehaver av mer enn 20 % og mindre enn 90 % av aksjene, partene eller stemmene i et selskap som eier konsesjonspliktige rettigheter, og gir i disse ervervsituasjonene konsesjonsmyndighetene en diskresjonær kompetanse til å fastsette vilkår om konsesjonstid og hjemfall av aksjene/partene hvis slike vilkår ikke allerede påhviler rettighetene som selskapet eier. Det kan også fastsettes ”*slike vilkår som finnes påkrevet av almene hensyn*”. Rammene for skjønnsutøvelsen er ikke fastlagt ved objektive, ikke-diskriminerende kriterier, og bestemmelsen gir svært liten forutberegnelighet for potensielle investorer fra andre EØS-land. Kompetansen til å fastsette vilkår etter § 36 benyttes i praksis svært sjelden. Bare muligheten for inngripende vilkår

og eksistensen av den omfattende skjønnskompetansen er imidlertid egnet til å gjøre investering i norske kraftselskaper mindre attraktivt.

Den foreslåtte lovendring i ny § 37 avsluttes med : ” ...*Erververen kan meddeles konsesjon uten at grunnreglene i § 2 fjerde ledd iakttas*”

Den foreslåtte lovregulering i ny § 37 vil etablere enda en ny lovregel hvor Norge utøver diskresjonær myndighet uten basis i forhåndskunngjorte kriterier som tilfredsstiller de EØS-rettslige utgangspunkter som er omtalt ovenfor.

Skjønnsmessig adgang til å inngå avtaler om foregrepet hjemfall mv

Den varslede lovendringen vil innebære at størstedelen av norske vannfall og tilknyttede anlegg vil gå over til staten på ett og samme tidspunkt i fremtiden. Det følger av dagens konsesjonsregler at konsesjonærene har plikt til å holde anleggene ”*i fullt ut driftsmessig stand*”.

En konsesjonær kan ha begrenset økonomisk egeninteresse i å foreta forsvarlig vedlikehold og ellers rasjonelle nyinvesteringer mv i kraftverk som skal hjemfalle, noe som er problematisk i forhold til hensynet til forsyningssikkerheten, samfunnsøkonomien og bedriftsøkonomien. Blant annet for å bøte på dette problemet, gir industrikonsesjonsloven § 41 hjemmel for avtaler om såkalt foregrepet hjemfall. Foregrepet hjemfall innebærer at hjemfallet skjer tidligere enn etter de opprinnelige konsesjonsvilkårene, samtidig som konsesjonæren gis adgang til å erverve eiendomsrett til fallene for en ny periode på 50 år. Alternativt kan det inngås avtale om at konsesjonæren ved utløpet av den ordinære konsesjonstid skal få bruksrett (leierett) til vannfallet og kraftverket på nærmere betingelser.

En konsesjonær har ikke noe rettskrav på en slik avtale – statens myndigheter avgjør ut fra en skjønnsmessig vurdering om avtale bør inngås. For avtaler om bruksrett etter ordinært hjemfallstidspunkt legger loven den føring på skjønnsutøvelsen at ”*[k]onsesjonæren bør vanligvis ha rett til å inngå sådan avtale om bruksrett til vannfall og anlegg som foran nevnt*”. Det er imidlertid ikke fastsatt objektive, ikke-diskriminerende og på forhånd kjente kriterier for skjønnsutøvelsen. Spørsmålet om foregrepet hjemfall, og vilkårene for dette, se neste punkt, har erfaringsmessig gitt opphav til betydelig lobbyvirksomhet fra konsesjonær og lokalpolitisk hold.

Ordningen er neppe legitimerbar i forhold til krav om kriterier som er objektive, ikke-diskriminerende og forhåndskunngjorte, og heller ikke i forhold til statsstøttereglene.

Disposisjoner over hjemfalte rettigheter

Etter at rettigheter og anlegg har hjemfalt vil staten i prinsippet ha tre handlingsalternativer. Staten kan velge å bringe kraftproduksjonen på det aktuelle stedet til opphør, å utnytte hjemfalte anlegg til kraftproduksjon i egen regi, eller å reallokere de hjemfalte rettighetene og anleggene.

Det første alternativet har ikke vært benyttet, men reiser ingen EØS-rettslige problemer, utover det som knytter seg til selve hjemfallsordningen som sådan.

Dersom staten velger å utnytte anlegg/rettigheter til kraftproduksjon i egen regi, vil dette være konkurranseutsatt økonomisk virksomhet. EØS-avtalen er ikke til hinder for at staten driver konkurranseutsatt virksomhet, men virksomheten må drives i samsvar med avtalens konkurranse-regler, herunder statsstøttereglene.

Dersom staten velger å reallokere anleggene/rettighetene til en annen aktør, må tildelingen skje innenfor rammene av EØS-avtalens etableringsregler. Det gjelder også for allokering av hjemfalte aktiva til Statkraft SF. Dette innebærer blant annet at tildelingen må skje på grunnlag av objektive, offentlig kjente og ikke-diskriminerende kriterier, noe som ikke er tilfelle. I denne forbindelse bør særskilt nevnes at det økonomiske innhold i en avtale om foregrepet hjemfall eller om tilbakeleie ikke er lovregulert, og at disse vilkår har vært gjenstand for betydelig lobbyvirksomhet fra konsesjonær og lokalpolitisk hold.

Skranker for statens adgang til gjennom ny lovgivning å gripe inn i etablerte rettigheter – forholdet til Grunnloven

Innledning – problemstilling

Forslaget forutsetter lovhjemmel – skranker for Stortingets kompetanse som lovgiver

Et pålegg om innføring av tidsbegrenset konsesjon og hjemfall med virkning for eksisterende ukonsederte eller tidsubegrensede konsesjoner vil måtte skje ved lov. Etter Grunnloven § 75 a) tilligger den lovgivende myndighet Stortinget. Som utgangspunkt står Stortinget fritt i kraft av sin forfatningsrettslige suverenitet som lovgiver. Begrensninger med hensyn til hva Stortinget kan bestemme ved lov, eller med hensyn til i hvilke utstrekning en lov kan gis anvendelse, må eventuelt utledes av Grunnloven.

Det er på det rene at det så vel etter Grunnloven § 97 som etter § 105 gjelder skranker for statens adgang til gjennom ny lovgivning erstatningsfritt å gripe inn i etablerte rettigheter.

Forholdet til Grunnloven § 105

Pålegg om hjemfall innebærer tvungen avståelse av eiendom

Et pålegg om hjemfall rettet direkte mot eksisterende konsesjonsinnehaver og eier av det aktuelle fall med tilknyttede kraftverk og reguleringsanlegg mv vil representere en tvungen avståelse av eiendom til staten som går direkte inn under § 105, som bare kan skje mot full erstatning.

Etter en rent internrettslig betraktning stiller dette seg annerledes overfor en selger av et uutbygget vannfall som får lavere salgpris fordi det ved ervervet påheftes hjemfallsvilkår på kjøpers hånd. Dette var situasjonen i saken i Rt 1918 s 401 flg hvor Høyesterett (under dissens 4-3) fant at hjemfallplikten ifølge konsesjonsloven av 1909 stod seg i forhold til Grunnloven § 105. Førstvoterende, som talsmann for flertallet, begrunnet dette med at hjemfallet rettet seg direkte mot erververen som imidlertid *"her ikke har nogen ret, som kræves"*, mens situasjonen for selger var

at lovens hjemfallsordning ikke innebar noen plikt for ham til å avgi sin eiendom. Han kunne fremdeles sitte med den og utnytte den som før, og det verdiminus som ordningen innebar på hans hånd, kunne ikke sidestilles med en tvungen eiendomsavgivelse til staten.

Når imidlertid et pålegg om hjemfall retter seg mot eksisterende eier, er dette et inngrep i kjerneområdet av § 105.

Kommuners og fylkeskommuners vern etter Grunnloven § 105

Høringsutkastet siterer store deler av Lovavdelingens uttalelse, men unnlater å sitere uttalelsens avsnitt 8, som heter ”Konklusjoner”. Leser man bare OEDs høringsutkast kan man få inntrykk av at Lovavdelingens avsnitt om at man ”for øvrig ikke [vil] utelukke uten videre at det ligger innenfor en forsvarlig grunnlovstolkning” å komme til at kommuner og fylkeskommuner ikke er vernet av Grunnloven, faktisk er Lovavdelingens konklusjon på spørsmålet. Dette er ikke riktig, og et slikt inntrykk er et resultat av selektiv sitering i Høringsutkastet. Hadde OED også sitert det avsnittet som heter ”Konklusjoner”, ville det fremkommet klart at Lovavdelingens konklusjon på dette punktet er at spørsmålet er *usikkert*. Lovavdelingen *avstår* med andre ord fra å konkludere.

Det kan synes som om OED søker å få vedtatt en lov som i utgangspunktet står i et svært tvilsomt forhold til Grunnloven. Det kan se ut til at man satser *bevisst* på å legge opp lovgivningsprosessen på en slik måte at det skal bli vanskeligst mulig for domstolene å gripe inn, ut fra en forutsetning om at Høyesterett ikke vil gripe inn og tilkjenne erstatning med mindre det er *bevet over rimelig tvil* at loven er i strid med Grunnloven. Etter vår oppfatning er denne fremgangsmåten i strid med Grunnlovens prinsipper.

De utbyggede vannfall som omfattes av den bebudede lovendring, er eiet av selskaper organisert etter privatrettslig lovgivning, som ivaretar en oppgave som ikke er lovpålagt, men som i henhold til energiloven av 1990 eksplisitt skjer under markedsmessige vilkår. Selskapene har i en slik situasjon, uavhengig av det bakenforliggende offentlige eierskap, samme vern etter Grunnloven § 105 som private aktører, sml for eksempel Rt 1999 s 138.

Det unntak i relasjon til Grunnloven § 105 som er gjort når staten overtar ansvaret for en offentligrettslig sektor som hittil har tilligget (fylkes)kommunen, er åpenbart ikke anvendelig.

Det er derfor utvilsomt at de aktuelle kraftselskaper og deres eiere vil nyte fullt grunnlovsværn etter § 105 ved en tvungen avståelse av kraftanlegg mv som følge et pålegg om hjemfall.

Berørte rettigheter for tredjemann knyttet til fallene/kraftanleggene

I forbindelse med mange større kraftutbygginger er det stiftet omfattende stedsevarige rettigheter til kraftuttak mv knyttet til kraftanleggene, undertiden klassifisert som såkalt medeiendomsrett. Det fremsatte lovforslag drøfter ikke problemstillinger knyttet til dette forholdet.

Grunnloven § 97 som skranke mot statens ensidige inngrep i en konsesjonærs rettigheter

Det er ikke grunn til her å gå nærmere inn på hvorledes et pålegg om tidsbegrensning av tidligere tidsbegrensede vassdragskonsesjoner vil stå seg i forhold til § 97. Vi begrenser oss til å påpeke at lovforslaget etter vår oppfatning vil reise åpenbare problemer i relasjon til § 97. Den foreslåtte lovendringens forhold til Grunnloven § 97 er *ikke drøftet* av departementet eller av Lovavdelingen. Det henvises i den sammenheng til brevet datert 8. november 2002 fra TKGL/BA-HR til OED.

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

EMK – status i norsk rett

Den Europeiske Menneskerettskonvensjon er *folkerettslig bindende* for staten ved at den er ratifisert av Norge. I tillegg er EMK gjort til norsk lov ved lov nr 30/1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Loven gjør EMK til noe mer enn ”bare” en konvensjon som staten er bundet av; den innebærer at EMK kan påberopes av enkeltindivider og andre norske rettssubjekter overfor norske domstoler, og at domstolene kan håndheve konvensjonens bestemmelser.

Menneskerettsloven § 3 gir bestemmelser i konvensjoner som er gjort til norsk lov *forrang* fremfor bestemmelser i annen lovgivning i tilfelle motstrid.

Bestemmelsen om vern av eiendomsretten – artikkel 1 i første tilleggsprotokoll (P1-1)

Eiendomsretten er beskyttet etter EMK. Den aktuelle bestemmelsen er artikkel 1 i første tilleggsprotokoll til EMK (P1-1), og lyder slik:

”Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

Bestemmelsen påberopes relativt ofte, og det eksisterer derfor en del praksis fra Menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD) og juridisk teori om dens nærmere innhold og rekkevidde.

Det følger av praksis fra EMD at bestemmelsen inneholder tre separate regler. Første setning i første ledd innebærer et generelt påbud om *respekt for eiendomsretten*. Annen setning i første ledd innebærer at *tvungen avståelse av eiendom* bare kan skje på visse vilkår. Annet ledd gir statene en vid adgang til å gi lovregler som har til formål å *kontrollere utnyttelsen av eiendom* i samsvar med allmenne interesser. I forhold til alle tre reglene gjelder proporsjonalitetsprinsippet og kravet om en *'fair balance'* mellom inngrepets virkning for den enkelte og de allmenne/samfunnsmessige hensyn som inngrepet skal tilgodese, jf nærmere nedenfor.³

Betydningen av proporsjonalitetsprinsippet: Tvungen avståelse av eiendom (deprivation of property) kan ikke skje uten erstatning

Det følger av P1-1 at staten ikke kan frata en fysisk eller juridisk person hans eiendeler uten at dette skjer på visse vilkår. Inngrepet må skje i det offentlige interesse, det må skje i samsvar med vilkår fastsatt i lov, og det må skje i samsvar med folkerettens alminnelige prinsipper.

I motsetning til Grunnloven § 105 gir P1-1 ikke noe påbud om *full* erstatning. Det som i praksis kreves for å oppfylle det EMK-rettslige proporsjonalitetsprinsippet, er en *rimelig* erstatning. Dette kan i enkelte tilfeller være mindre enn erstatning for eiendommens fulle markedsverdi. Det uttales i dommen som sitatet over er hentet fra at legitime målsetninger av allmenn interesse, for eksempel slike som *forfølges gjennom økonomiske reformtiltak eller tiltak som tar sikte på å oppnå større sosial rettferdighet*, kan begrunne en lavere erstatning. De eksempler som domstolen trekker frem kan synes å tale for at man ville kreve full erstatning i forbindelse med innføring av hjemfall på fall og kraftverk – et tiltak som ikke kan begrunnes med utjevningsformål/sosial rettferdighet eller lignende.

OED har imidlertid i høringssaken følgende utsagn : ” *Domstolens praksis viser at statene nyter en vid skjønnsmargin på dette området.et ønske om å styrke myndighetenes.....inntekter..... Dette er formål som må ansees som fullt ut legitime for inngrep i eiendomsretten.* ”

Det er gode grunner til å hevde det syn at OED fremfører en feilaktig vurdering av ”statenes skjønnsmargin” og en gal analyse av hvilke formål som (erstatningsfritt) kan ansees som ”fullt ut legitime for inngrep i eiendomsretten”.

Ytterligere kommentarer til foreslått lovendring

I kapittel 3.3 omtales alternative regimer :

³ Jf bl a EMD 52, *Sporrong og Lönnroth vs Sverige*.

- Lovmiddelbar innføring av eierskapsnøytralt hjemfallsinstitut (departementets anbefaling) og alternativene :
- Avvikling av hjemfallsinstitutet
- Tidsbegrensede konsesjoner uten hjemfall
- Ressurshjemfall
- Kommunalt eierskap av ressursene
- Hjemfallsopsjon
- Innføring av eierskapsnøytralt hjemfallsinstitut ved transaksjoner

Et hovedinntrykk av det aktuelle lovforslaget er at arbeidet med å utforme forslag til endringer i særdeles stor grad er avhengig av det historiske utgangspunktet og at arbeidet i liten grad har vært preget av vurderinger av ovenstående omtalte alternative former for lovregulering. Det er et åpenbart behov for en grundigere og mer omfattende lovutredning. En bredere lovutredning burde inkludere vurderinger av mulighetene for å legge til rette for at norske eiermiljøer, i tillegg til staten, kan ha andeler av sin formue plassert i norsk vannkraft. I en slik sammenheng bør vurderes aktuelle muligheter for at pensjonskasser og alminnelige borgere kan plassere andeler av sin formue som eiere i norsk vannkraft, selvsagt innenfor de prinsipper som gjelder i EØS-avtalen.

Juridisk prosjekt (16 kraftprodusenter med 40 TWh normalårsproduksjon) har beregnet at verditapet ved hjemfall utgjør ca 3 til 4 % av kraftverkernes nåverdi. Departementet hevder at endringene i industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven kan gjennomføres som foreslått, uten at det ytes erstatning til de offentlig eide kraftselskapene. Juridisk prosjekt bestrider denne vurderingen og tilkjennevir at en eventuell lovendring, slik som foreslått av departementet, tilsier et erstatningskrav for disse 16 selskaper tilsvarende ca 3 – 4 milliarder kroner.

Lovforslaget presenterer argumentasjonen og hensikten ved endringer i en lov som har sin bakgrunn i : *" der kunne befryktes at vilde fremkalde forviklinger med fremmed magt eller paa anden maade virke skadelig for norske interesser "*.

Sitat fra departementets høringsnotat : *"Et hjemfallsinstitut styrker derfor myndighetenes langsiktige handlingsrom med hensyn til ressursforvaltning, eierskap og offentlige inntekter."*

Det kan ikke bestrides at hjemfallsinstitutet, slik som foreslått i endringsloven, gir staten total kontroll i et langsiktig perspektiv på så vel eierskap som inntekter. Det er imidlertid åpenbart at departementet i forslaget til endret lovgivning ikke tar hensyn til dagens situasjon hvor lovgivningen må utformes i pakt med internasjonale konvensjoner og EØS-retten samtidig som Grunnlovens bestemmelser iaktas.

Departementet drøfter og konkluderer at privatrettslige selskaper som driver under forretningsmessige og konkurransemessige rammebetingelser og som er eid av kommuner og fylker, ikke har Grunnlovvern. Denne konklusjonen bestrides. En slik konklusjon burde i det minste understøttes av en konsekvensanalyse hva angår slike offentlig eide og konkurransemessig eksponerte selskapers generelle status. Hvordan vil selskapenes långivere reagere på ett eventuelt prinsipp om at Stortinget kan fatte særskilt lovgivning som fratager selskapenes eiendom uten erstatning i henhold til landets Grunnlov? Hvor finnes hjemmel for å fastlegge størrelsen på offentlig eierskap for at prinsippet kan anvendes? Hvilken status har Statoil ASA? Hvilken status har Hafslund ASA?

Premiss for departementets forslag er følgende :

” ...to sentrale årsaker til å beholde hjemfall som virkemiddel. Den første er knyttet til forvaltningen av knappe naturressurser og langsiktig nasjonal handlefrihet. Den andre er knyttet til offentlige inntekter gjennom grunnrenteinnbragningen.”

Det er gode lovreguleringsmuligheter for å oppnå nasjonal handlefrihet og sikre forvaltningen av utnyttelsen av utbygde kraftverk uten å ekspropriere eiendom. Det er videre et ganske vidtrekkende prinsipp å ekspropriere eiendom uten erstatning for å sikre offentlige inntekter (til staten og vertskommuner) gjennom grunnrenteinnbragning.

I departementets høringsnotat, side 54 omtales : *” For å legge til rette for at aktørene i større grad skal kunne forutse sin rettsstilling ved utløpet av konsesjonstiden, foreslås det etablert en hjemmel for Kongen til å gi forskrifter som utdypet kravet om at anlegg med bygninger og installert maskineri skal være i fullt ut driftsmessig stand ved konsesjonstidens utløp.og hvilke tiltak som anses for å være nødvendig for å sikre at lovens krav oppfylles, hører under forvaltningens skjønn. ”*

Avgjørelsen om et anlegg er i driftsmessig stand har frem til i dag blitt avgjort ved vanlig skjønn. Departementet foreslår nå at Staten selv skal avgjøre om anlegget er i fullt ut driftsteknisk stand . Denne avgjørelsen skal høre under forvaltningens frie skjønn. Det har den konsekvens at avgjørelsen kun i begrenset grad kan overprøves ved vanlige domstoler. Dersom eieren ikke følger Statens pålegg foreslås det også at Staten kan fastsette tvangsmulkt. I dag har konsesjonærene mulighet til å få rettslig prøvet eventuelle uenigheter i fortolkningen av for eksempel *”...i fullt ut driftsmessig stand...”* og en slik mulighet blir betydelig svekket hvis man aksepterer Statens suverene myndighet til å avgjøre slike spørsmål. Slike uenigheter har flere ganger dreiet seg om betydelige verdier . Denne endringen av avgjørelsesmyndighet vil påføre konsesjonærene en betydelig økonomisk risiko.

Videre erkjenner departementet at reduserte investeringsinsentiver på grunn av hjemfallsinstituttet er en relevant problemstilling. I denne sammenheng henvises til ordningen med foregrepet hjemfall som et målrettet virkemiddel. Departementet konstaterer at dette prinsippet er ressurskrevende for statens administrasjon. Derneft omtales andre virkemidler for å ivareta investeringer (side 45) : *” Det tas derfor sikte på å bruke tilstrekkelige ressurser til å utarbeide gode virkemidler med fremtidig tilgjengelig verktøy og kunnskap, slik at det mest hensiktsmessige virkemiddelet kan implementeres i god tid før spørsmålet om svekkede investeringsinsentiver får praktisk betydning. Målet er mekanismer som gir aktørene insentiver til å realisere en samfunnsøkonomisk optimal tilpasning.”*

På side 55 introduseres et nytt siste punktum i post 17 annet ledd hvor : *” konsesjonsmyndighetene gis hjemmel til de siste 15 år før konsesjonstiden utløper å kunne kreve oversikt over det enkelte anleggs stand, berunder gis innsyn i hvilke opprustninger og vedlikeholdsarbeider som er utført.”*

Her inviteres det til en endringslovgivning hvor man ikke har utredet omfanget av administrative offentlige kostnader for å sikre samfunnsøkonomisk optimal tilpasning. Hvor mange eiendommer og vedlikeholdsobjekter er involvert i en slik foreslått hjemfallsordning? Hva er risikoen for at forvaltningens skjønn medfører pålegg som medfører samfunnsmessige overinvesteringer på slutten av konsesjonsperioden – for at forvaltningens skjønn, eventuelt ved kjøp av konsulenttjenester, skal være sikre i sin vurdering av driftsmessig stand? Hvordan skal

man kvalitetssikre overføring av en virksomhets driftsmessige erfaringskompetanse til staten eller den nye virksomhet som eventuelt skal overta en tidsbegrenset konsesjon?

På side 31 refereres at det er et mål for næringspolitikken å legge til rette for å realisere en best mulig verdiskaping i næringslivet nå og i fremtiden. I denne sammenheng trekkes frem : behovet for å etablere : ”.. et effektivt marked for eierskap til kraftselskap, vannfall og kraftanlegg anses som en sentral premis i denne sammenheng. Dette tilsier for det første at alle potensielle kjøpere står overfor samme rammevilkår, og for det andre at rammevilkårene i størst mulig grad er like for eksisterende og potensielle kjøpere.”

Det er vår klare vurdering at foranstående mål for næringspolitikk, samt premis om forvaltning av utbygde vannkraftverk og inndragning av grunnrente kan ivaretas med en mer proporsjonal lovgivning .

Departementets høringsnotat drøfter relativt overfladisk ”Alternative regimer” og notatet konkluderer blant annet : ” Sammenlignet med lovendringsforslaget, vil ressurs hjemfall være lovteknisk mer komplisert og det vil være krevende å fastsette regler som ikke kan bestrides.”

Departementets konklusjon kan omtales på en annen måte : Ressurs hjemfall er et dårligere alternativ fordi det gir grunnlag for en lovgivning som er proporsjonal med formålene, men man oppnår ikke så vidtgående grunnrenteinndraging at staten tar det hele og forvaltningens skjønn avgjør alle spørsmål.

Departementets forslag til endringslovgivning er så vidtgående at det tilkjennegis at lovligheten vil bli rettslig prøvet i forhold til Grunnloven, EMK og EØS-retten. En forsvarlig utredning og vurdering av alternative lovgivningsmetoder vil kunne innebære muligheter til å foreslå en lovregulering som også kan bestå forholdene til Grunnloven, EMK og EØS-retten.

Konklusjon

Den foreslåtte lovendring er så vidtgående at dens lovlighet vil bli rettslig prøvd i forhold til Grunnloven, EMK og EØS-retten.

En manglende helhetlig utredning og konsekvensanalyse vil kunne medføre at det regelverk man har, selv med de endringer som eventuelt foretas, fortsatt vil kunne være i strid med så vel nasjonalt som internasjonalt regelverk på en rekke punkter.

Et hjemfallsinstitutt i henhold til departementets foreslåtte lovendring innebærer en uhensiktsmessig lovgivning. Eventuell lovendring som foreslått, vil medføre erstatningskrav i størrelsesorden fra 3 til 4 milliarder kroner for de 16 kraftselskaper som deltar i Juridisk prosjekt.