

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, selv sagt 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)<sup>1</sup>

EF-domstolen legger til grunn en *presumisjon* for at en skjønnshjemmel vil bli brukt i strid med fellesskapsretten der det er mulighet for det. Nasjonale inngrepstiltak 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

<sup>1</sup> 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).

felleskapsretten garanterer, nemlig *økonomiske hensyn*<sup>2</sup> 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 (industri-konsesjonsloven § 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.

<sup>2</sup> 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 *enbrer 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 – skjønnsmessig 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 tilfredsstillende 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 nævnt*”. 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.

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

### **Innledning – problemstilling**

#### Forslaget forutsetter lovhjemmel – skranke for Stortingets kompetanse som lovgiver

Et pålegg om innføring av tidsbegrenset konsesjon og hjemfall med virkning for eksisterende ukonsederte eller tidsbegrensede 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 skranke 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 salgspris 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 hjemfallsplikten 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 "ber 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 ørig 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 *bevisst 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 grunnlovsvern 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.<sup>3</sup>

### **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 offentliges 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 :

<sup>3</sup> Jf bl a EMD 52, *Sporrong og Lönnroth vs Sverige*.

- Lovmiddelbar innføring av eierskapsnøytralt hjemfallsinstitutt ( departementets anbefaling) og alternativene :
- Avvikling av hjemfallsinstituttet
- Tidsbegrensede konsesjoner uten hjemfall
- Ressurshjemfall
- Kommunalt eierskap av ressursene
- Hjemfallsopsjon
- Innføring av eierskapsnøytralt hjemfallsinstitutt 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 kraftverkens 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 tilkjenner 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 forulemlinger med fremmed makt eller paa anden maade virke skadelig for norske interesser "*.

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

Det kan ikke bestrides at hjemfallsinstituttet, slik som forslått 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 og som er eid av kommuner og fylker, ikke har Grunnlovsvern. 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 fratår 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 naturressuser og langsiktig nasjonal handlefrihet. Den andre er knyttet til offentlige inntekter gjennom grunnrenteinnndragningen."*

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 grunnrenteinnndragning.

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 utdyper 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 nødvendige 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. Dernest omtales andre virkemidler for å ivareta investeringer (side 45) : *" Det tas derfor sikte på å bruke tilstrekkelige ressuser til å utarbeide gode virkemidler med fremtidig tilgjengelig verktøy og kunnskap, slik at det mest bersikringsmessige virkemiddelet kan implementeres i god tid før spørsmålet om søkte 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, herunder 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 konsulenttenester, 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, uvmfall 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 reglen som ikke kan bestrides.”

Departementets konklusjon kan omtales på en annen måte : Ressurshjemfall 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.