

Olje- og energidepartementet
Vassdragsavdelingen
Postboks 8148 Dep

0033 OSLO

OLJE- OG ENERGIDEPARTEMENTET	
041.1944-195	
DATO - 2 MARS 2005	
AN 521	EKSP.

Deres ref:

Vår ref: 118417-009

Oslo, 1. mars 2005

HJEMFALLSUTVALGETS INNSTILLING NOU 2004:26 - HØRINGSUTTALELSE

Det vises til Olje- og energidepartementets utsendelse 1. desember 2004 av NOU 2004:26 Hjemfall, og departementets høringsbrev av samme dag.

LVK representerer 153 av landets kommuner. Så godt som all vannkraftproduksjon av noen betydning foregår i LVK's medlemskommuner, og de naturinngrep som følger med enhver kraftutbygging av noe størrelse er gjort i våre kommuner. Kraftindustrien er en av Norges viktigste samfunnssektorer, den forvalter vår viktigste infrastruktur, er sentral i sikkerhetspolitisk sammenheng, gjør bruk av våre mest verdifulle naturressurser og har en årlig nytteverdi på flere milliarder kroner. Hjemfallssaken setter et grunnleggende fundament for denne næringen - eierskapet - i spill.

Det er Arbeidsutvalget i LVK sitt syn at NOU 2004:26 ikke gir det nødvendige faktiske, rettslige og økonomiske grunnlaget for å treffe de politiske beslutninger som vil være nødvendige for å sikre at kraftforsyningen også for våre etterkommere trygger vitale nasjonale verdier.

Nedenfor følger LVK's høringsuttalelse

1. Generelt om Hjemfallsutvalgets innstilling

Konsesjons - og hjemfallsreglene har vært en sterkt medvirkende årsak til dagens offentlig dominerte eierstruktur i norsk kraftforsyning. Endringer i hjemfallsreglene vil derfor ikke bare kunne påvirke denne eierstrukturen på lang sikt – på hjemfallstidspunktet – men også på kort sikt.

LVK er enig i utvalgets *enstemmige syn* om at "*Vassdragene representerer fornybare ressurser av stor nasjonal betydning*", jfr utredningen kap 6.1.1. Men når det fremmes forslag som åpenbart vil endre ett av de styringsverktøyene nasjonen har rundt naturressursen –det offentlige eierskapet – finner LVK det *kritikkverdig* at ikke utvalget har foretatt en *bred samfunnsmessig konsekvensutredning* av de endringsforslag som er satt frem.

1.2. EØS-avtalens mulige innskrenkninger av norsk handlefrihet bør utredes bedre

Som vedlegg 3 til utredningen følger en "*EØS-rettslig vurdering av hjemfallsinstituttet*", utført av førsteamanuensis dr.juris Olav Kolstad. Det fremgår av utredningen at flertallet i Hjemfallsutvalget har lagt stor vekt på denne, jfr eksempelvis flertallets kritikk av transaksjonsmodellen inntatt på s. 126, hvor det heter: "*..flertallet, alle unntatt Felix, Lund og Nordlund, (har) lagt stor vekt på at en implementering av det fremtidige hjemfallsregimet ved transaksjoner vil utgjøre en restriksjon som vil være ulovlig etter EØS-avtalen. Det vises her til vedlegg 3 kapittel 4 for en nærmere gjennomgang.*"

LVK er ikke enig i dr.juris Kolstads vurderinger knyttet til transaksjonsmodellen og EØS-avtalen.

LVK har innhentet en EØS-rettslig betenkning fra advokat ved Høyesterett, Frode Elgesem, advokatfirmaet Hjort. Denne betenkningen vedlegges nærværende høringsuttalelse i sin helhet, og her skal bare inntas følgende fra s.7:

"Som nevnt ovenfor under pkt 1 er det av sentral betydning å holde fast ved betydningen av bestemmelsen i EØS-avtalen art 125 når statens handlingsrom skal fastlegges. I Kolstads utredning er det en svakhet at det ikke holdes fast ved dette...Utgangspunktet er at hjemfallsinstituttet i seg selv kan opprettholdes uten hinder av EØS-avtalen, noe som følger av EØS-avtalen art. 125. De eiendomsrettslige ordninger er imidlertid omfattet av traktatens "grunnleggende prinsipper", særlig likebehandlingsprinsippet.

Med dette utgangspunktet er det viktig å sonde mellom tilfellene hvor den aktuelle restriksjon på EØS-avtalens friheter er en følge av forskjellsbehandling mellom utlendinger og innlendinger, og tilfeller hvor restriksjonen er hjemfallsinstituttet i seg selv. I de tilfellene hvor restriksjonen er hjemfallsinstituttet i seg selv vil EØS-avtalens art 125 få den betydning at restriksjonen ikke behøver å begrunnes ytterligere (feks i læren om tvingende

allmenne hensyn). Dette får blant annet betydning for den rettslige vurderingen av transaksjonsmodellen.

Det er (..) en grunnleggende svakhet ved Kolstads utredning av transaksjonsalternativet at den uriktig legger til grunn at den eksisterende forskjellsbehandlingen videreføres."

Advokat Elgesems betenkning inneholder en rekke øvrige kritikkpunkter mot Kolstads EØS-rettslige vurderinger, og det vises til denne.

Etter at Hjemfallsutredningen ble sendt på høring er det fra flere EØS-rettslige hold reist innvendinger mot Kolstads vurderinger. Det er også en kjensgjerning at hans vurderinger står i skarp kontrast til det syn den norske stat har gitt uttrykk for helt siden inngåelsen av EØS-avtalen, og som er referert slik i Olje- og energidepartementets høringsnotat 29.november 2002:

"Norge besvarte åpningsbrevet ved brev av 28.november 2001, hvor det ble anført at konsesjonsbestemmelsene gjelder forvaltning av naturressurser og at dette faller utenfor EØS-avtalens virkeområde. Norge anførte videre at konsesjonssystemet med tidsbegrensede konsesjoner og hjemfall er ledd i den statlige forvaltningen av eiendomsretten til vannfallene, og at det fremgår av EØS-avtalens artikkel 125 at avtalen ikke på noen måte skal berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten."

Det er ikke LVK's oppgave å ta endelig stilling til de EØS-rettslige spørsmål hjemfallssaken reiser, men den *faglige uenighet* som er avdekket, sammenholdt med den store vekt Kolstads vurderinger er tillagt av Hjemfallsutvalget flertall, tilsier at *den norske stat bør ta initiativ overfor ESA til en endelig avklaring av det EØS-rettslige handlingsrom.*

1.3. Hensynet til nasjonal sikkerhet og beredskap er ikke ivaretatt av Hjemfallsutvalgets flertall

Flertallet i Hjemfallsutvalget har overhodet ikke kommentert kraftforsyningens betydning for vår nasjonale sikkerhet og beredskap. LVK finner dette *kritikkverdig*. LVK slutter seg fullt ut til mindretallets påpekning på s. 156 om at *"I beredskapssammenheng er kraftforsyningen utpekt som en av de kritiske samfunnssektorer, jfr Sårbarhetsutvalget – NOU 2000:24....Også beredskapshensyn tilsier derfor sterk styring og kontroll med vannkraftsektoren."*

Regjeringen nedsatte ved Kgl. resolusjon 29.oktober 2004 et offentlig utvalg *"for sikring av landets kritiske infrastruktur."* Det vises i resolusjonen til at *"Tradisjonelt har beredskaps- og sikkerhetshensyn vært ansett som viktige argumenter for et statlig eierskap."* Det heter videre i mandatet at *"Utvalget (skal) vurdere hva slags infrastruktur Staten bør eie helt eller delvis"*, og av de sektorer som omtales som konkret grunnlag for utvalgets arbeid nevnes først *"kraftsektoren."*

Det er LVK's syn at kraftsektorens betydning i beredskaps- og sikkerhetssammenheng –og det offentlige eierskapets rolle – *må klarlegges før endringer i hjemfallsreglene foretas.* Regjeringen vil være *sterkt å bebreide* dersom det fremmes forslag til endringer i hjemfallsreglene som raskt endrer eierstrukturen i kraftforsyningen *før dette eierskapets betydning i beredskaps- og sikkerhetssammenheng er klarlagt.* Det innebærer at det nylig nedsatte *Beredskapsutvalget* bør ha avsluttet sitt arbeid før hjemfallssaken fremmes for Stortinget. Beredskapsutvalgets leveringsfrist er satt til 1.august 2005.

1.4. Saken er ikke moden for endelig lovvedtak nå

Det er LVK's syn at Hjemfallsutvalgets utredning *ikke gir et tilstrekkelig grunnlag for å fremme sak om hjemfallsordningen for Stortinget nå.* I en sak av så stor nasjonal betydning vil det ikke være forsvarlig å endre veletablerte ordninger for styring og kontroll med sentrale samfunnsinstitusjoner før grundige konsekvensutredninger er foretatt og før det rettslige handlingsrommet er avklart.

2. Hjemfallssaken gjelder eierskapet til vannkraftsektoren

Tradisjonelt hjemfall slik vi har hatt det i norsk rett i snart hundre år, sikrer et nasjonalt eierskap til vannkraftsektoren på lang sikt, som regel 60 år etter at konsesjon er meddelt. Men dagens ulike regler for offentlige og private konsesjonærer har også sørget for et dominerende (90 prosent) offentlig eierskap i dag.

Utvalgets mindretall har i sin særmerknad etter et grundig drøfting konkludert med at "*Det offentlige eierskapet har derfor en stor egenverdi*", jfr s. 155. Flertallet synes derimot å ha stilt seg likegyldig til hvem som måtte eie norsk kraftforsyning, jfr disse uttalelser på s. 142:

"Flertallets forslag til fremtidig hjemfallsregime kan likevel innebære økt privat eierandel i kraftsektoren...Økte direkte investeringer på tvers av landegrensene – gjennom oppkjøp eller på annen måte –skjer innenfor alle næringer. Norske direkte investeringer i utlandet har i betydelig grad vært rettet mot naturressursbaserte næringer. En eventuell økning av utlendingers eierandel i norsk kraftnæring vil derfor reflektere en allmenn utvikling med sterk vekst i grensekryssende investeringer."

LVK vil som mindretallet understreke *den egenverdi det offentlige eierskapet har.* Både hensynet til nasjonal sikkerhet og beredskap, hensynet til råderett over vitale naturverdier, hensynet til styring og kontroll med vår grunnleggende infrastruktur og hensynet til en bærekraftig forvaltning av våre mest verdifulle evigvarende naturressurser, tilsier at vår lovgivende forsamling legger til rette for en videreføring av et dominerende offentlig eierskap i vannkraftsektoren.

Denne overordnede målsetningen må balanseres opp mot de internasjonale forpliktelser Norge har påtatt seg. En slik avbalansering har dessverre ikke flertallet i Hjemfallsutvalget foretatt.

LVK vil vise til at spørsmålet om eierskapet til kraftsektoren ikke er en særnorsk debatt: I Danmark –med de energikilder det der er tale om – har det eksempelvis i lang tid versert en bred politisk debatt om det fremtidige eierskapet til dansk energiforsyning, knyttet til Vattenfalls planlagte oppkjøp av Elsam. Bare en sterk politisk vilje har sørget for et fortsatt dominerende offentlig eierskap i dansk kraftsektor. Og som kjent er Vattenfall et statlig heleid selskap, og finske Fortum et statlig majoritetseid finsk foretak.

3. Flertallets forslag til nytt hjemfallsregime vil føre til et raskt og storstilt salg til utenlandske foretak

Flertallet foreslår eiernøytrale regler med et såkalt *partielt hjemfall*, hvor hjemfallstiden settes til 75 år, og hvor *konsesjonær på hjemfallstidspunktet gis en lovbestemt rett til vannkraftanlegget eller dets verdi*.

Flertallets forslag til eiernøytrale regler vil i seg selv føre til et sterkt press på dagens kommunale og fylkeskommunale eiere om å selge sine eierandeler. Dels skyldes dette en generelt stram kommuneøkonomi og dels skyldes det at jo "lengre konsesjonstid" man selger, jo høyere blir markedsprisen. LVK viser i den forbindelse til den henvisningen mindretallet har gjort på s. 156 til ECON's utredninger for Olje- og energidepartementet.

Flertallets forslag til partielt hjemfall vil ytterligere forsterke dette salgspresset: Flertallet uttaler selv på s. 139 i utredningen at "*Dersom kommuner, fylkeskommuner eller staten beslutter å avhende sine eierandeler er det sannsynlig at den partielle eierandelen som beholdes ved hjemfallet blir reflektert i salgsprisen.*"

Denne virkningen er bekreftet i et intervju gjengitt i Dagsnytt 18 30.november 2004, med professor Atle Midttun ved Handelshøyskolen, BI. Intervjuet lød slik:

"Hvis både private og kommunale interesser får samme rett til å eie og staten først har hjemfall etter 75 år, så kan dette bety et betydelig salg av kommunale kraftverk til private aktører..Det er høyst sannsynlig at kommunene selger og det blir da til utenlandske eiere i og med at Statkraft er blokkert for videre oppkjøp av konkurransemyndighetene...

Så på den måten så kan dette forslaget føre til det stikk motsatte av hva det statlige utvalget egentlig ønsker seg?

Ja, for hvis kommunene vet at de etter 75 år må avhende ressursene til staten, så vet de også at de nå har en gullkantet mulighet til å selge ut til private interesser og få realisert verdiene av disse ressursene. Vi skal huske på at kommunene ofte har trange budsjetttrammer og har andre viktige hensyn å ivareta."

LVK vil sterkt fraråde Regjeringen å følge flertallets forslag i det videre arbeidet med saken.

Det er neppe korrekt at de ni medlemmene bak flertallets forslag ikke har hatt oversikt over de virkningene av forslaget som professor Midttun her ga uttrykk for. I alle fall for to av medlemmene, representanten for EBL og representanten for PIL er deres *primære syn* uttrykt slik på s.16:

"..disse medlemmer (mener) at en opphevelse av hjemfallsinstituttet gir den beste løsning."

4. Mindretallets forslag kombinerer markedsåpning med insentiver til fortsatt offentlig eierskap

LVK støtter mindretallets forslag til to alternative hjemfallsmodeller, den såkalte transaksjonsmodellen og den såkalte rettighetsmodellen. Riktignok vil en transaksjonsmodell som foreslått være mer administrativt krevende, men det er LVK's syn at disse administrative kostnadene vil bli *bagatellmessige* sammenholdt med de nasjonale verdier og interesser det er tale om å ta vare på.

LVK vil understreke at også dagens lovgivning er basert på en transaksjonsmodell. Den nærmere grensedracting mellom "konsesjonsfrie" transaksjoner som ikke utløser nye hjemfallsregler og transaksjoner som utløser slike regler, vil måtte foretas som et ledd i det videre lovarbeidet, men LVK støtter mindretallets forslag om at terskelen for konsesjonsplikt "*bør settes lavt,*" jfr s.150.

Mindretallet foreslår lovfestet en rett til erstatning til opprinnelig konsesjonær etter rettighetsmodellen på 45 prosent av det hjemfalte anleggs verdi. LVK støtter dette og viser til begrunnelsen om at *bare den opprinnelige konsesjonær* er i en slik posisjon på hjemfallstidspunktet at han blir fratatt verdier som er ervervet med grunnlag i tidligere lovgivning. LVK støtter mindretallet i at det her foreligger et *erstatningsvern*, i motsetning til det forslaget flertallet fremmer, hvor *hvem som helst som er konsesjonær på hjemfallstidspunktet* gis rettigheter til økonomisk vederlag. LVK kan ikke se noen saklig grunn til at de som investerer i norske vannkraftanlegg etter at nye regler er vedtatt, skal gis rettigheter etter hjemfallstidspunktet.

5. De private konsesjonærers rettigheter bør videreføres uendret

Et flertall på syv medlemmer foreslår å endre dagens konsesjoner for de private konsesjonærene, slik at disse gis nye konsesjoner på lovgivningstidspunktet på 75 år og med partielt hjemfall til staten. Flertallets begrunnelse er gjengitt slik på s.118:

"Flertallet har i sin vurdering av dette spørsmålet lagt avgjørende vekt på hva som er forenlig med EØS-avtalen og spesielt i forhold til avtalens regler om statsstøtte."

Mindretallet har et annet syn på EØS-avtalens betydning for de private konsesjonærene, og går inn for en videreføring av dagens konsesjoner.

Det syn mindretallet forfekter, har støtte i advokat Elgesems utredning, som følger som vedlegg til denne høringsuttalelsen. Advokat Elgesem uttaler blant annet:

"Utredningens(Kolstads) videre forsøk på å tilpasse en ny hjemfallsordning til statstøttereglene (slik disse utlegges i utredningen) viser at en står overfor en svært kompleks og uoversiktlig oppgave, se særlig vurderingen av kravene til konsesjonstidens lengde på s.239. Her konkluderes det med at –for å unngå at det foreligger "støtte"- må konsesjonstiden for offentlige aktører settes med utgangspunkt i når konsesjonen opprinnelig ble tildelt. Dersom dette gjøres tidsmessig identisk, vil det imidlertid ha vært ytt "støtte" til de private konsesjonærene blant annet gjennom avskrivningsreglene. Det vil være en svært krevende oppgave å lage regler som i ettertid "nuller ut" disse ulike støtteelementene, som jo har vært gitt til ulike aktører i ulike perioder og dermed i helt ulikt omfang. Dette utgangspunktet medfører vel også at den foreslåtte ordning med lik hjemfallsperiode fra lovens ikrafttreden (lovtidspunktmodellen) vil medføre "støtte" i ulikt omfang."

LVK slutter seg til dette, og tilføyer: Det vil ikke bare være vanskelig, men en *helt umulig oppgave* å etablere et regime fra et bestemt tidspunkt som likestiller alle aktører med hensyn til *samlede økonomiske rammebetingelser for ethvert anlegg i dets levetid*. Selv en beskjeden kunnskap om vannkraftsektoren vil fortelle en at ulike utbyggingstidspunkt, ulike naturgitte forutsetninger, ulike reguleringsgrader, ulike manøvreringsreglement, ulike skatteregler over tid, ulike kredittforhold over tid med mer, vil gjøre det umulig med noe krav til saklighet å søke de enkelte kraftanlegg likestilt i alle økonomiske henseende.

LVK vil vise til at flertallets standpunkt har vært bestemt av EØS-utrederens utlegning av statstøttereglernes anvendelse på vannkraftsektoren, jfr sitatet ovenfor. Flertallets syn på dette punkt må derfor antas å ha beskjeden interesse i den videre prosessen.

6. Vannfall og kraftverk ervervet før konsesjonslovgivningen av 1909 bør omfattes av nye regler

Det fremgår av Hjemfallsutvalgets utredning på s.24 at *"Vurderinger knyttet til vannfall og kraftverk ervervet før konsesjonslovgivningen av 1909 faller utenfor mandatet."* Mindretallet bestående av representantene fra LO,KS og LVK og med tilslutning fra De samarbeidende kraftfylker fremholder likevel på s.159:

"Disse medlemmer vil vise til at Regjeringen i mandatet har bedt utvalget legge vekt på "Harmonisering av regelverket mellom aktørene"

Disse medlemmer finner det på denne bakgrunn underlig at noen av aktørene – de private konsesjonærene med konsesjonsfrie anlegg- unntas allerede i mandatet fra dette harmoniseringsønsket, og uten nærmere begrunnelse. Enda mer oppsiktsvekkende blir det når flertallet i utvalget ønsker å tilgodese de private konsesjonærene med hjemfall med vesentlig forlengede konsesjonsperioder på de anlegg som er konsedert, og de private utbyggere uten konsesjon og hjemfall samtidig skal beholde sine privilegier fra tidligere tider.

Disse medlemmer kan ikke se det annerledes enn at den reelle begrunnelsen har vært et ønske om å begunstige de private konsesjonærene og ikke et ønske om regelharmonisering.”

LVK støtter det syn som her er gjengitt, og viser til at de beregninger som er inntatt i utredningen viser at forslaget innebærer verdioverføringer fra det offentlige og til de private konsesjonærer på flere milliarder kroner.

7. Vertskommunenenes interesser er tilfredsstillende ivaretatt

Et enstemmig utvalg foreslår å videreføre vertskommunenenes lovbestemte rettigheter i hjemfalte anlegg, men at gjeldende trappetrinnsmodell nedjusteres som en motvekt til at hjemfall innføres for alle anlegg. Det heter på s.135 om dette:

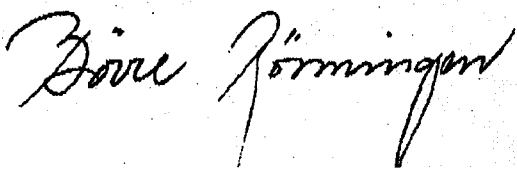
”I gjennomsnitt vil vertskommunene få en andel på mellom 10-15 prosent. For den opprinnelige modellen var gjennomsnittet på vel 20 prosent. Endringen medfører at den potensielle inntektsoverføringen til kommuner med stort kraftvolum reduseres i forhold til den opprinnelige modellen.”

Det er LVK's syn at utvalget har foretatt en rimelig avveining av hensynet til vertskommunene, og LVK gir sin tilslutning til det fremsatte forslaget.

LVK slutter seg videre til flertallets forslag til fordeling av en andel av det hjemfalte anleggs verdi begrenset oppad til en tredel, til den berørte regionen.

Med vennlig hilsen

Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar



Børre Rønningen

NOU 2004:26 HJEMFALL – BETENKNING OM EØS-RETTLIGE SPØRSMÅL

Betenkning utarbeidet av advokat Frode Elgesem, Advokatfirmaet Hjord

28. februar 2005

1. Innledning

Flertallets vurderinger av fremtidig hjemfallsordning i NOU 2004:26 Hjemfall bygger i betydelig utstrekning på førsteamanuensis dr. juris Olav Kolstads EØS-rettslige vurdering av hjemfallsinstituttet av 5. november 2004 (vedlegg 3 til NOU 2004:26). Etter LVKs syn gir utredningen på flere punkter et feilaktig bilde av de EØS-rettslige rammer som en fremtidig hjemfallsordning kan utformes innenfor. Det beskrives altså et for snevert handlingsrom for norske myndigheter.

For LVK er det av særlig betydning å få fram at lovgivers handlingsrom er vesentlig større enn det som flertallet i Hjemfallsutvalget bygger på. Dette gjelder særlig på to sentrale punkter: (1) En betydelig del av de eksisterende aktører kan hevde å være beskyttet mot at EØS-avtalen gis tilbakevirkende kraft til skade for berettigede forventninger etablert før 1. januar 2004. (2) EØS-avtalen art. 125 må uansett ha den virkningen at en ordning med hjemfall til staten *i seg selv* ikke trenger å begrunnes som egnet, nødvendig og proporsjonal for å være i samsvar med EØS-avtalen, selv om hjemfall nødvendigvis vil kunne oppfattes som en restriksjon på den frie flyt av kapital og den frie etableringsretten. Men en hjemfallsordning må stille alle investorer likt, og det er således særlig forbudet mot diskriminering som vil kunne ramme en hjemfallsordning.

Hovedvekten vil bli lagt på disse to punktene. I tillegg drøftes kort statsstøttespørsmålet og noen øvrige særspørsmål. En hovedkonklusjon for LVK er at en korrekt fastlegging av de EØS-rettslige rammene vil vise at det såkalte transaksjonsalternativet ikke støter an mot EØS-retten.

Innledningsvis kan det være grunn til å konstatere at Kolstads EØS-rettslige vurdering av hjemfallsinstituttet konkluderer med at konsesjonsreglene og hjemfallsinstituttet faller innenfor EØS-avtalens saklige virkeområde, se utredningen pkt. 2.3. Utredningen avviser således at ressursforvaltning generelt eller forvaltning av vannressursene spesielt er unntatt fra EØS-avtalens anvendelsesområde. Videre avviser utredningen at EØS-avtalen artikkel 125 om eiendomsretten hindrer anvendelse av denne avtale på industrikonsesjonslovens regler. Konklusjonen her er sammenfallende med konklusjonene i EFTAs overvåkingsorgan (ESA) sin grunngitte uttalelse av 20. februar 2002. LVK vil imidlertid minne om at spørsmålet om EØS-avtalens saklige virkeområde har vært helt grunnleggende for Statens holdning i hjemfallssaken. I NOU 1994:12 Lov om vassdrag og grunnvann heter det på s. 60:

”EØS-avtalen ser ikke ut til å få særlig stor betydning for forvaltningen av norske vassdrag og vannressurser. Gjeldende EU-bestemmelser av betydning for vannforvaltning og tilgrensende

http://hjortsharepoint/saker/118417-009/notat/n050228_eos_betenkningdoc

områder omfattes av EØS-avtalen, og et eventuelt medlemsskap i EU vil derfor ikke representere noen vesentlig endring i forhold til dagens situasjon. [...]

Når det gjelder vannkraftsektoren, kan dagens ressursforvaltning og konsesjonspolitikken stort sett opprettholdes. De lovendringene som er blitt gjennomført gjelder i hovedsak en tilpasning til prinsippet om likebehandling av borgere fra land innenfor EØS-området. Kun de bestemmelser som innebærer direkte forskjellsbehandling pga nasjonalitet er blitt endret. Myndighetenes mulighet for styring og kontroll med vannkraftsektoren er samtidig blitt styrket med utvidet adgang til forkjøpsrett. Muligheten for å fastsette konsesjonsvilkår og reglene om hjemfall til staten av kraftproduksjonsanlegg og vannfall bidrar også til at staten har god kontroll med bruken av vannressursene. Det er et grunnprinsipp i EU at ressursforvaltning er en nasjonal sak som tilligger offentlige myndigheter. Det sterke offentlige eierskap i vannkraftsektoren er forenlig med EØS-avtalen, og det samme gjelder reglene om forkjøpsrett, konsesjon og hjemfallsrett. Disse forhold berøres ikke av EØS-avtalen, og vil heller ikke berøres av et eventuelt medlemsskap i EU."

Etter LVKs oppfatning er det liten grunn til å forlate dette grunnsyn. Særlige eiendomsrettsordninger, slik som hjemfallsinstituttet, berøres ikke av EØS-avtalen forutsatt at de gjennomføres på en måte som ikke krenker grunnleggende prinsipper i fellesskapsretten. Særlig må prinsippet om likebehandling av alle EØS-borgere respekteres. I henhold til EØS-avtalens art. 125 står altså Norge – under denne forutsetning – fritt i å bestemme *omfanget* av offentlig/privat eiendomsrett.

Derimot må *utøvelsen* av denne eiendomsrett, herunder opptreden til offentlig eide foretak, skje innenfor rammene av EØS-avtalens bestemmelser om konkurranse- og statsstøtte, etableringsreglene og ikke-diskrimineringsprinsippet.

EØS art. 31 (etableringsrett), sett i lys av EØS art. 125, innebærer således at utlendinger må finne seg i vilkår for etableringsrett som følger av norske eiendomsrettsordninger, så lenge disse gjelder på lik linje med vilkår fastsatt for norske aktører. Konsesjonssystemer er ved flere anledninger blitt godtatt av EF-domstolen, og det må legges til grunn at slikt konsesjonssystem ikke krever en nærmere begrunnelse i "*tvingende allmenne hensyn*". Anvendelsen av et konsesjonssystem som på like vilkår gjelder både norske og utenlandske selskap går derfor i utgangspunktet fri såvel iht EØS art. 4, diskrimineringsforbudet, som EØS art. 31 og art. 40. I Kolstads utredning vises det til noen saker hvor EF-domstolen har vært kritisk til nasjonale konsesjonsordninger. Disse er etter LVKs syn av liten interesse for vurderingen av den norske hjemfallsordningen, jf. drøftelsen nedenfor under pkt. 5.

LVK vil også understreke at man er uenig i det syn som er hevdet av professor dr.juris Finn Arnesen om at vilkår om hjemfall generelt er ugyldige, og har vært det siden 1. januar 1994. Det ligger i dette en anførsel om at lovgivningen om hjemfall er å anse som en *nullitet* fra og med 1. januar 1994. Dette kan ikke være riktig. Det er flere måter å bringe hjemfallsordningen i harmoni med ESAs syn på. Selv om man legger ESAs syn til grunn er det altså meget vanskelig å anta at Norge ikke lenge skulle ha muligheten til å tilpasse den eksisterende ordning til det som antas å være gjeldende EØS-rett, uten å måtte ekspropriere rett til hjemfall fra de eiere som pr. 1. januar 1994 satt på tidsbegrensede konsesjoner med hjemfall.

2. Vern mot tilbakevirkning – vern om berettigede forventninger

Det synes å være enighet om at EØS-avtalen ikke kan gis tilbakevirkende kraft. Det følger således *ikke* av EØS-retten at konsesjoner gitt før 1. januar 1994 (da EØS-avtalen trådte i kraft) må endres. I utredningen skriver Kolstad på s. 228:

"Forventningene om å kunne råde som eier over vannfallet og de eiendommer, anlegg m.v. som er bygget i tilknytning til vannfallet reduseres i så stort omfang at det taler for at artikkel 40 ikke bør gis tilbakevirkende kraft i forhold til konsesjoner gitt før 1. januar 1994 ved å redusere deres varighet og gjennom pålegg om hjemfall."

Og lenger ned på samme side:

"Som lovlig etablerte "restriksjoner" vil konsesjoner gitt før 1. januar 1994 etter min oppfatning således ikke rammes av at hjemmelsreglene strider mot bestemmelser i EØS-avtalen."

LVK er enig i dette og anser at disse synspunktene er i tråd med sikker EØS-rett.

Kolstad avviser imidlertid at forbudet mot tilbakevirkning for konsesjoner gitt før 1. januar 1994 også kan gjøres gjeldende i tilfeller hvor det etter dette tidspunktet er gitt fritak for konsesjonsplikt overfor ny eier gjennom vedtak etter industrikonsesjonslovens § 1 fjerde ledd. Etter hans syn hadde Norge i slike saker en plikt til ikke å treffe vedtak som innebærer en videreføring av de restriksjoner konsesjonene representerer. LVK er uenig i dette. Kolstads utredning er på dette punkt meget overflatisk og tar ikke hensyn til de faktiske forhold omkring innføringen av industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd og de forutsetninger som aktørene har bygget på under den omstrukturering som har funnet sted.

La oss først utdype EØS-retten ytterligere. EU/EØS-retten har ved rettspraksis utviklet et prinsipp om at rettsregler ikke kan virke tilbakevirkende. Regelen er et utslag av de mer generelle og grunnleggende prinsippene om rettslig forutberegnelighet ("*legal certainty*") og beskyttelse av berettigede forventninger ("*legitimate expectations*"). Prinsippene gjelder generelt etter EU/EØS-retten, men gjelder også for nasjonale myndigheter som anvender EU/EØS-retten.

Det er vanskelig å utlede av rettspraksis helt konkrete holdepunkter for hva som skal til for at det foreligger en berettiget forventning. Noen retningslinjer kan likevel oppstilles; Om det foreligger en berettiget forventning beror på om den er rimelig og om hvorvidt en ansvarlig aktør med rimelig kunnskap og erfaring ville ha bygget på den aktuelle forventningen. Et sentralt moment er i hvilken grad myndighetene har etablert en situasjon som gjør at aktørene har en rimelig forventning om å beholde sine rettigheter. I *Weidacher* heter det i premiss 31 generelt om det rettslige utgangspunktet:

"31. Det bemærkes hertil, at det i Domstolens praksis er fastslået, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning kun kan påberåbes i forhold til fællesskabsbestemmelser, såfremt Fællesskabet selv tidligere har skabt en situation, som giver grundlag for en berettiget forventning [...]"

Saken gjaldt spørsmålet om en forordning om overgangsordninger for samhandelen med landbruksprodukter ved Østerrike, Finland og Sveriges tiltrædelse til EU, også kunne gjøres gjeldende for transaksjoner som aktører hadde utført før forordningens vedtakelse. EF-domstolen la til grunn at Kommisjonen, verken ved dets handlinger eller unnlatelse av å handle, hadde gitt uttrykk for at forordningen ikke skulle virke med tilbakevirkende kraft og at importøren "som enhver normalt agtpågivende erhvervsdrivende" måtte ha visst at Kommisjonen ved utforming av overgangsregelverk i forbindelse med nye lands tiltrædelse til EU i enkelte tilfeller måtte la forordninger få tilbakevirkende kraft.

Tilsvarende uttalelse finnes i *Irish Farmers* (i premiss 19). I *Crispoltoni* ble forordninger om maksimal garantimengde for tobakk av sorten Bright høstet i 1988, ansett ugyldige for så vidt gjaldt deres virkning bakover i tid. Forordningenes tilbakevirkende kraft ble underkjent fordi forordningene ble publisert etter at bøndene hadde tatt sine beslutninger med hensyn til produksjon det angjeldende år og etter at disse beslutningene var blitt effektivt. Aktørene hadde en berettiget forventning i å bli underrettet i god tid om tiltak som ville ha betydning for deres investeringer:

"I øvrigt har de omtvistede bestemmelser gjort indgreb i de berørte erhvervsdrivendes berettigede forventning. Skønt disse nemlig måtte anse det for forudseligt, at der ville blive truffet foranstaltninger med det formål at begrænse enhver forøgelse af tobaksproduktionen i Fællesskabet og at hæmme produktionen af sorter, der har afsætningsvanskeligheder, kunne de imidlertid forvente, at eventuelle foranstaltninger, der havde indvirkning på deres investeringer, ville blive meddelt dem rettidigt. Dette har imidlertid ikke været tilfældet."

EF-domstolen beskyttet også i *Mulder* den berettigede forventning hos en melkeprodusent som ikke hadde hatt grunnlag i de relevante forordninger til å anta at han i en ubestemt periode var forhindret i å gjenoppta melkeleveranser ved utløpet av den periode, hvor han hadde underkastet seg en forpliktelse til ikke å levere. Fra dommen hitsettes:

"Ikke desto mindre står det fast, at en sådan erhvervsdrivende, når han som i dette tilfælde er blevet tilskyndet ved en fællesskabsretsakt til at indstille markedsføringen i en begrænset periode af hensyn til almenvellet og mod betaling af en præmie, kan have en berettiget forventning om ikke ved udløbet af sin forpligtelse at blive pålagt restriktioner, som specielt berører ham, netop fordi han har udnyttet de muligheder, som fællesskabsbestemmelserne har givet ham."

"I modsætning til, hvad Kommissionen har anført, kunne en sådan fuldstændig og permanent udelukkelse i hele gyldighedsperioden for bestemmelserne om tillægsafgiften – som bevirker, at de pågældende producenter forhindres i at genoptage markedsføringen af mælk ved udløbet af femårsperioden – ikke forudses af disse producenter på det tidspunkt, da de midlertidigt påtog sig forpligtelsen til ikke at levere mælk. Det fremgår hverken af bestemmelserne eller af betragtningerne til forordning nr. 1078/77, at forpligtelsen til ikke-markedsføring i medfør af forordningen kunne indebære, at det ved dens udløb ville være umuligt at genoptage den pågældende virksomhed. En sådan virkning er følgelig i strid med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, som disse producenter kunne have til, at de bestemmelser, som de underkastede sig, havde begrænsede virkninger."

Sakene referert til foran, gir uttrykk for EF-domstolens generelle vurdering av prinsippet om berettigede forventninger, men adskiller seg fra vårt tilfelle ved at de for det første gjelder i hvilken grad nye *forordninger* kan gis tilbakevirkende kraft og for det andre fordi sakene gjelder innføring av nye krav innenfor områder som stadig er i økonomisk utvikling. Når det i enkelte av sakene ikke ble tatt hensyn til aktørenes forventning om at en bestående situasjon skulle opprettholdes, skyldes det at det her gjaldt endringer som EUs institusjoner traff innenfor rammen av sitt skjønn på felles markedsordninger, hvor formålet nettopp krever en konstant tilpasning etter endringer i den økonomiske situasjon. Dette til forskjell fra vår situasjon hvor det gjelder lovendringer som følge av feilaktig implementering av EØS-avtalens generelle bestemmelser.

Følger man utredningens synspunkt at de ulike regler som gjelder for hjemfall utgjør statsstøtte i EØS-avtalens forstand, vil virksomheter kunne vise til at myndighetenes syn og handlinger har ført til at det er skapt en berettiget forventning hos støttemottageren om at støtten var lovlig (se nedenfor). Dette er slått fast av EF-domstolen, dog slik at det i følge EF-domstolen tilkommer den nasjonale rett å vurdere om det foreligger slike omstendigheter som har gitt aktørene slike berettigete forventninger at det ikke kan oppstilles plikt til tilbakebetaling.

Selv om det generelt er slik at en eksisterende rettsregel alene ikke kan gi en privat part en berettiget forventning om at hans rettsstilling skal forbli uendret, er det etter LVKs syn helt på det rene at myndighetenes handlinger og uttalelser ga grunnlag for en berettiget forventning om at gjeldende konsesjoner skulle videreføres ved aktiv bruk av industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd. I forarbeidene til denne bestemmelsen er det for så vidt understreket at regelen i industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd ikke er ment å innføre en generell adgang til å unnta fusjoner fra konsesjonsplikt. Departementet har likevel i slike tilfeller gjennomgående gitt fritak for konsesjonsplikt og konsesjoner er videreført på opprinnelige vilkår, men med en utvidet rett til å kreve konsesjon og forkjøpsrett ved senere overdragelser. Dette var også forutsetningen. Forarbeidene viser at bestemmelsen var direkte myntet på situasjoner hvor man viderefører eierstruktur i en annen form (f.eks. hvor et kommunalt kraftverk overføres til et AS eid av den samme kommunen) og at hensikten dessuten var å lette nødvendige og ønskede omstruktureringer i markedet. Det heter uttrykkelig i Ot.prp. nr 31 (1989 – 1990) at konsesjonsbehandlingen ville være et vesentlig hinder for de sammenslutninger og omorganiseringer som nå er nødvendige for å få inn aktører med tilstrekkelig kompetanse og bærekraft i et mer effektivt kraftmarked. Videre heter det at rasjonelle fusjoner ellers ikke ville bli gjennomført fordi det ville medføre bruk av forkjøpsrett eller vilkår om hjemfall til Staten. Dette viser at det var helt klart for aktørene i markedet at bestemmelsen i industrikonsesjonslovens § 1 fjerde ledd var forutsatt brukt aktivt med sikte på å videreføre de eksisterende konsesjoner uten å pålegge ytterligere byrder. De eierskifter som har funnet sted er endog resultat av en klar oppfordring fra statens side til å gjennomføre en helt nødvendig omstrukturering i kraftmarkedet. Med mindre man var sikker på at eierskiftet ikke ville medføre hjemfall, ville overdragelsene ikke skjedd.

Videre fremgår av forarbeidene til EØS-avtalen at norske myndigheters syn på hjemfallsordningen har hele tiden vært at denne ikke ville bli berørt i nevneverdig grad av EØS-avtalen. Også av denne grunn måtte aktørene ha en berettiget forventning om at innføringen av EØS-avtalen ikke ville føre til endrete rammebetingelser. I St.prp.nr. 100 (1991-92) "Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)" heter det feks på s 20 under pkt. 1.3.9:

"Forvaltningen av norske energiresurser og hovedtrekkene i vår energipolitikk endres ikke som følge av EØS-avtalen."

Under kapittelet om vannkraft på s 166 heter det:

"Hovedtrekkene i konsesjonsbestemmelsene for vannfall vil kunne opprettholdes innenfor rammen av EØS-avtalen. Staten vil fortsatt ha forkjøpsrett ved erverv av eiendomsrett til vannfall. Erverv av eiendomsrett eller bruksrett til vannfall over en viss størrelse vil kreve konsesjon. Det vil også kreves konsesjon for overdragelse av slike rettigheter. Statens rett til hjemfall berøres heller ikke av EØS-avtalen."

Og tilsvarende under kapittelet om vannfall på s. 200:

"Den del av konsesjonslovgivningen for vannfall som gjelder ressursforvaltning, berøres ikke av EØS-avtalen."

Det sterke offentlige eierskap i vannkraftsektoren er forenlig med prinsippene i EØS-avtalen. Det samme gjelder statens forkjøpsrett ved erverv av eiendomsrett til vannfall, hjemfall til staten ved konsesjonstidens utløp og bestemmelsene om statlig forkjøpsrett og hjemfall ved aksjeoverdragelse.

Dette innebærer at hovedtrekkene i konsesjonslovgivningen for vannfall kan opprettholdes også etter inngåelsen av EØS-avtalen. Etter industrikonsesjonsloven er det imidlertid en del bestemmelser som innebærer forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet og som dermed ikke er forenlig med EØS-avtalen."

Det påpekes dog at enkelte tidligere bestemmelser i Industrikonsesjonsloven som direkte innebar forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet måtte oppheves. Dette gjaldt bl.a. bestemmelser om forskjellsbehandling av norske og utenlandske selskapers kjøp av aksjer i selskaper som hadde rettigheter etter konsesjonsloven og krav om nasjonalitet for personer som satt i selskapenes styre og om at styret skulle ha sete i Norge.

Om konsesjonslovgivningen heter det på s 378:

"EØS-avtalen hindrer ikke at konsesjonslovgivning som sådan kan videreføres. Avtalen gir adgang til å innføre nye bestemmelser for å regulere eierskap til og utnyttelse av norske naturressurser, bedrifter og finansinstitusjoner dersom det skulle være ønskelig. Forutsetningen er at bestemmelsene er basert på prinsippet om at det ikke skal forskjellsbehandles på grunnlag av nasjonalitet."

Flertallet i Stortinget sluttet seg til denne vurderingen av forholdet mellom EØS-avtalen og konsesjonslovgivningen. I Innst.S.nr. 248 (1991-92) om "Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) undertegnet i Oporto 2. mai 1992" på s 74 heter det:

"Et annet flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Høyre og Kristelig Folkeparti, viser til at den delen av konsesjonslovgivningen for vannfall som regulerer forvaltningen av vannkraften,

ikke berøres av EØS-avtalen. Flertallet legger til grunn at ordningen med offentlig eie, statens forkjøpsrett og hjemfall til staten derfor er forenlig med EØS-avtalen."

Tilsvarende uttalelser finnes i Ot.prp. nr. 82 (1991-92) om "Endringer i energilovgivningen som følge av en EØS-avtale". Det understrekes innledningsvis at enkelte tilpasninger er nødvendig, hovedsakelig som følge av prinsippet om likebehandling av borgere fra land innenfor EØS og at en del av de generelle prinsipper som er nedfelt i EØS-avtalen bl.a. vedrørende markeds- og konkurranseforhold og fri etableringsrett, også kan få anvendelse på energiområdet. Deretter gis det på side 1 uttrykk for følgende:

"De mest sentrale deler av vår energipolitikk berøres ikke, eller bare i liten grad av EØS-avtalen. Det gjelder ressursforvaltning og konsesjonspolitikkt hvor hovedlinjene i nåværende lovgivning kan opprettholdes."

Om ressursforvaltningen heter det på s. 4:

"Utbyggingsvedtakene er uavhengig av om utbygger er norsk eller utenlandsk. Ressursforvaltningen er en nasjonal sak som tilligger offentlige myndigheter. Dette forhold berøres ikke av EØS-avtalen."

Tilsvarende heter det om konsesjonspolitikkt på side 4-5:

"Hovedtrekkene i konsesjonsbestemmelsene for vannfall vil kunne opprettholdes innenfor rammen av EØS-avtalen."

Regelverkets forenlighet med EØS-avtalen ble opprettholdt i NOU 1994:12 "Lov om vassdrag og grunnvann", jf. ovenfor under pkt. 1

Som nevnt er det rettslige utgangspunktet at lovlig etablerte "restriksjoner" som følge av konsesjoner gitt før 1. januar 1994 ikke rammes av at hjemmelsreglene strider mot bestemmelser i EØS-avtalen. I lys av lovhistorien og praksis må det legges til grunn at konsesjonshavere fra før 1. januar 1994 hadde en ubetinget legitim forventning om at de eksisterende konsesjonene ville bli videreført i forbindelse med nødvendig omorganisering, og at industrikonsesjonslovens § 1, fjerde ledd ville bli brukt aktivt i denne hensikten.

Støtte for et slikt synspunkt vil man også kunne finne i direktiv 96/92/EF om liberalisering av elektrisitetmarkedet. Bestemmelsene her gjelder kun fremtidig kraftproduksjon, jf art. 4.

Den fornyede vurdering som er gjort med hjemmel i industrikonsesjonslovens 1, fjerde ledd medfører således ikke at opprinnelige rettslige posisjoner for konsesjonshaverne er fjernet vis à vis det regime som EØS-loven etablerte fra og med 1. januar 1994. Det foreligger her særlige omstendigheter – og endog en særlig oppfordring fra Statens side – som har etablert beskyttede forventninger før EØS-avtalens ikrafttreden og som det ikke kan gripes inn i. Under enhver omstendighet, selv om man skulle se det som usikkert om det også gjelder et forbud mot tilbakevirkning overfor nye eiere gjennom vedtak etter i industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd, vil den rettslige usikkerheten om dette

spørsmålet være grunn god til nok til å gi disse eierne en ekstra beskyttelse. Det må også i denne sammenheng tas høyde for at feilaktig virkning bakover i tid vil kunne gi grunnlag for erstatning for økonomisk tap.

3. Særlig om statsstøttoreglene

Innledningsvis er det grunn til å understreke at Kolstads utredning på side 243 – 244 korrekt slår fast at forbudet mot tilbakevirkende kraft også gjelder i forhold til EØS-avtalens forbud mot statsstøtte i artikkel 61. Dette innebærer at når de eksisterende konsesjonærer er beskyttet av forbudet mot inngrep i berettigede forventninger vil dette også ha virkning for statsstøttevurderingen etter EØS-avtalen artikkel 61.

Når det gjelder spørsmål om statsstøtte kan man ikke vise til vurderinger foretatt i ESAs grunngitte uttalelse fra 2002. Kolstads utredning viser også at man her er inne på et område uten konkret støtte i rettspraksis når det gjelder omfanget av støttebegrepet i EØS-avtalen art. 61(1) for denne type ordninger.

Også i forhold til statsstøttoreglene må man ta som et grunnleggende utgangspunkt at hjemfallsinstituttet i seg selv ikke er i strid med EØS-avtalen. Spørsmålet er derfor om de ulike regler som *i dag* gjelder for hjemfall, nødvendigvis utgjør statsstøtte i EØS-avtalens forstand. Her er spørsmålet om det rettslige regimet, herunder skattereglene, samlet sett medfører en forskjellsbehandling som utgjør statsstøtte. Avskrivningsreglene for kraftforetak gjør at de økonomiske ulempene som hjemfall medfører, i alle fall avdempes slik at mulighetene for å foreta investeringer blir mer like. Om dette er tilstrekkelig, krever en nærmere undersøkelse som ikke er foretatt i Kolstads utredning. Spørsmålet om regelverket tilfredsstiller statsstøtteregelelsens krav til selektivitet, synes heller ikke å være tilstrekkelig vurdert i utredningen. Fordi støtten har sitt utgangspunkt i et generelt regime der hjemfallsinstituttet som sådan er i overensstemmelse med EØS-avtalen, kan det vurderes om "støtten" kan begrunnes i de hensyn som ligger bak den generelle ordningen. I så fall er ikke selektivitetskravet oppfylt. Det er således vanskelig å uten videre slutte seg til synspunktet om at hjemfallsordningen innebærer statsstøtte i en eller annen form.

Utredningens videre forsøk på å tilpasse en ny hjemfallsordning til statsstøttoreglene (slik disse utlegges i utredningen) viser at en står overfor en svært kompleks og uoversiktlig oppgave, se særlig vurderingen av kravene til konsesjonstidens lengde på side 239. Her konkluderes det med at – for å unngå at det foreligger "støtte" – må konsesjonstiden for offentlige aktører settes med utgangspunkt i når konsesjonen opprinnelig ble tildelt. Dersom dette gjøres tidsmessig identisk, vil det imidlertid ha vært ytt "støtte" til de private konsesjonærene blant annet gjennom avskrivningsreglene. Det vil være en svært krevende oppgave å lage regler som i ettertid "nuller ut" disse ulike støtteelementene, som jo har vært gitt til ulike aktører i ulike perioder og dermed i helt ulikt omfang. Dette utgangspunktet medfører vel også at den forslåtte ordningen med lik hjemfallsperiode fra lovens ikrafttrede (lovtidspunktmodellen) vil medføre "støtte" i ulikt omfang; De som til sammen for lengre konsesjonsperiode (regnet fra opprinnelig konsesjon) enn gjennomsnittet, vil motta "støtte" slik dette er definert i utredningen. Dette kan vel gjelde både private og statlige aktører, uten at det foreligger noe forslag til hvorledes dette skal kompenseres for å unngå statsstøtteproblematikken. LVK legger til grunn at det her er tale om eksisterende støtte som kan opprettholdes inntil den er kjent ulovlig av

ESA. ESA har vid skjønnsfrihet hva gjelder eksisterende støtte og eventuelle sanksjoner eller tiltak. Statsstøtteproblematikken vil neppe bli tatt opp til vurdering av ESA dersom ordningen for øvrig bringes i overensstemmelse med EØS-retten.

4. Kort om partielt hjemfall

Forslaget om partielt hjemfall reiser noen særlige problemstillinger. På side 241 venstre spalte i utredningen spørres det om eksisterende konsesjonærer kan gis en særstilling ved nytildelinger. Under dette punktet hevdes det at EØS-avtalen ikke oppstiller noen plikt til å utlyse konsesjoner. De antydningene om EØS-rettslige krav til tildelingsprosessen som gis i utredningen er etter LVKs skjønn alt for svakt utformet. Statens praksis ved tildeling av konsesjoner til blant annet P4 og TV 2 viser at det stilles krav om likebehandling mellom eksisterende konsesjonærer og nye søkere. Dette gjelder altså ikke bare spørsmål om informasjonstilgang for potensielle søkere, men også krav til den materielle likestillingen mellom søkerne. Med forbehold av det som måtte følge av forbudet mot tilbakevirkning, vil det således være vanskelig å etablere et regime hvor eksisterende konsesjonærer gis en fortrinnsrett ved nytildelinger.

5. Nærmere om transaksjonsmodellen

Som nevnt ovenfor under pkt. 1 er det av sentral betydning å holde fast ved den betydningen av bestemmelsen i EØS-avtalen art. 125 når Statens handlingsrom skal fastlegges. I Kolstads utredning er det en svakhet at det ikke holdes fast ved dette. På side 216 i utredningen heter det:

"Ordningen med tidsbegrensede konsesjoner og hjemfallsrett, som har til resultat at eiendomsretten går tilbake til Staten, er derfor ikke i seg selv i strid med EØS-avtalen. Den nærmere utformingen av særskilte eiendomsrettslige ordninger må allikevel skje under hensyntagen til EØS-avtalens grunnleggende prinsipper. Dette innebærer at EØS-avtalens diskriminerings- og restriksjonsforbud kommer til anvendelse på den nærmere utformingen av ordningen. Dersom ordningen diskriminerer eller innebærer en restriksjon i strid med EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter, må unntak begrunnes i EØS-avtalens regler om den aktuelle "frihet" eller i læren om tvingende allmenne hensyn."

De konklusjoner som her trekkes er for bastante – det overlates for lite til Statens handlingsrom. Utgangspunktet er – noe som for så vidt legges til grunn i utredningen – at hjemfallsinstituttet i seg selv kan opprettholdes uten hinder av EØS-avtalen, noe som følger av EØS-avtalen artikkel 125. De eiendomsrettslige ordninger er imidlertid omfattet av traktatens "grunnleggende prinsipper", særlig likebehandlingsprinsippet.

Med dette utgangspunktet er det viktig å sondre mellom tilfellene hvor den aktuelle restriksjon på EØS-avtalens friheter er en følge av forskjellsbehandling mellom innlendinger og utlendinger, og tilfeller hvor restriksjonen er hjemfallsinstituttet i seg selv. I de tilfellene hvor restriksjonen er hjemfallsinstituttet i seg selv vil EØS-avtalen artikkel 125 få den betydning at restriksjonen ikke behøver å begrunnes ytterligere (f.eks. i læren om tvingende allmenne hensyn). Dette får blant annet betydning for den rettslige vurderingen av transaksjonsmodellen.

Ved vurderingen av om elementer i transaksjonsmodellen innebærer en restriksjon i seg selv (se utredningen pkt. 4.2), hevdes det innledningsvis at modellen innebærer *"en fortsettelse av forskjellsbehandling av offentlige konsesjoner gitt før 1. januar 1994 og andre konsesjonærer"*. Dette er ikke riktig fordi transaksjonsmodellen nettopp opphever den forskjellsbehandlingen mellom investorer som jo er kjernepunktet i ESAs grunngitte uttalelse vedrørende den eksisterende hjemfallsordning. Likevel viser utredningen til konklusjonen foran om at en slik forskjellsbehandling er i strid med EØS-avtalens artikkel 31 og artikkel 40. Det er således en grunnleggende svakhet ved Kolstads utredning av transaksjonsalternativet at den uriktig legger til grunn at den eksisterende forskjellsbehandling videreføres.

I utredningen foretas det en omfattende drøftelse av om det er en restriksjon på den frie flyt av kapital eller på etableringsretten at det knyttes vilkår om hjemfall til erverv over en fastsatt terskelverdi, se pkt. 4.3.1. Konklusjonen er bekreftende og utredningen går så over til å drøfte om denne restriksjonen er ulovlig, noe som også besvares bekreftende, se pkt. 4.3.2. Etter LVKs syn er denne fremgangsmåten uriktig; Dersom det er *selve hjemfallet* som utgjør restriksjonen, følger det som sagt av EØS-avtalen art. 125 at denne restriksjonen ikke trenger noen ytterligere begrunnelse, jf. ovenfor og under pkt. 1.

Det er særlig to forhold som påberopes i utredningen for å underbygge at vilkår om hjemfall etter en transaksjonsmodell likevel utgjør en restriksjon. For det første anføres det at en transaksjonsmodell vil medføre så store endringer at også *"de restriksjoner konsesjoner gitt før 1.1.1994 representerer må trekkes inn i vurderingen etter artikkel 31 og 40"*. For det andre anføres det at selve påheftet av hjemfall overfor ny eier utgjør en restriksjon som må begrunnes. Begge deler er etter LVKs syn uholdbart:

(i) Når det gjelder betydningen av nødvendige endringer i hjemmelsgrunnlaget, bygger utredningen på en praksis knyttet til skillet mellom eksisterende og ny *statsstøtte*, altså et helt annet problemfelt. Rettspraksisen er for øvrig anvendt på en uriktig måte. Spørsmålet i sakene som nevnes i utredningen har vært om en *utvidelse* av virkeområdet for eksisterende støtte fortsatt kan beskyttes som bestående støtte, eller om den er meldepliktig som ny støtte. I disse tilfellene har vedkommende støttemottaker latt støtteordningen gjelde også når virksomheten har blitt utvidet til nye forretningsområder. Dette har vært akseptert av Domstolen under forutsetning av at vedkommende selskap selv hadde kompetanse til selv å utvide sitt virkeområde. Synspunktet er at en slik utvidelse kvalifiserer som ny støtte når utvidelsen forutsetter endring på lovgivernivå. Slik sett er de foreslåtte endringene under transaksjonsmodellen under enhver omstendighet annerledes, idet de faktisk foreslår en *begrensning* av en eksisterende støtteordning. Dette kunne jo for så vidt foretaket selv ha bestemt, dersom det ønsket å donere vannfallet til staten etter en viss periode. At det gjennomføres ad lovgiver vei kan ikke være avgjørende og de formelle argumenter som anføres i utredningen er etter mitt skjønn ikke holdbare, selv ikke innenfor statsstøtteområdet som sakene egentlig gjelder.

(ii) Synspunktet om at selve påheftet av hjemfall overfor ny eier utgjør en restriksjon som må begrunnes, bygges på en rettspraksis som ikke er relevant, og er dessuten i strid med den konklusjon utredningen trekker på side 216. Dels gjelder rettspraksisen mer skjønsmessige godkjenningsordninger i forbindelse med erverv, noe som antas å kunne medføre reell fare for

forskjellsbehandling, og dels gjelder den ikke tilfeller hvor EØS-avtalen artikkel 125 (eller tilsvarende EU-regel) kommer inn i bildet; Saken i Saml. 2003 s. I-4581 *Kommisjonen mot Spania* gjaldt spørsmål om en ordning med forhåndsgodkjenning av oppkjøp av eierandeler i offentlige foretak innebar en restriksjon på den frie adgangen til markedet. Domstolen svarte i dette tilfellet at det var tilstrekkelig at ordningen påvirket situasjonen for investorene og satte opp betingelser for adgangen til markedet. En hjemfallsordning etter transaksjonsmodellen skiller seg fra begge disse sakstypene. For det første påheftes hjemfall etter denne modellen helt automatisk – d.v.s. uten noen som helst vurdering i det enkelte tilfelle. Forskjellsbehandling av investorer er derfor ikke mulig. For det andre er det grunnleggende å holde fast ved at i hjemfallssaken så er det eiendomsordningen *i seg selv* – d.v.s. kravet om påheftet av hjemfall ved salg – som utgjør restriksjonen. Dette skiller hjemfallssaken fra *Kommisjonen mot Spania* som er nevnt over: EØS-avtalen artikkel 125 medfører at den valgte eiendomsordning (her: hjemfall) ikke trenger noen ytterligere begrunnelse, selv om den ellers ville blitt betraktet som en restriksjon.

Etter dette er det reelle spørsmålet om hjemfallsordningen *gjennomføres* på en måte som medfører restriksjoner i den fri flyt av kapital eller i etableringsretten, dersom transaksjonsmodellen benyttes. Her må det tas som utgangspunkt at transaksjonsmodellen – i motsetning til dagens ordning – likestiller alle *investorer* – hva enten de er utenlandske eller innenlandske. Slik sett vil transaksjonsmodellen ikke medføre noen ulovlig restriksjon på *selve etableringen eller investeringen* – det er ingen direkte begrensning eller forskjellsbehandling når det gjelder *markedsadgangen*. Så lenge regelverket på denne måten virker likt, uansett nasjonalitet, vil man derfor vanskelig kunne si at det foreligger en restriksjon.

På den annen side må det spørres om rammevilkårene for de aktørene som konkurrerer i det markedet man ønsker å komme inn i, er så forskjellige at det i seg selv utgjør en restriksjon – altså at ulemper i forbindelse med *utførelsen* av virksomheten er så omfattende at de utgjør en restriksjon. Regler som gjelder selve utførelsen av virksomheten, vil imidlertid etter praksis vanskeligere bli ansett som restriksjoner på etableringsretten fordi virksomheten – hvis de først har fått tilgang til markedet – vil ha mindre behov for vern. For oss blir spørsmålet om forskjellen mellom aktører som fortsatt sitter med tidsubestemte eller mer langvarige konsesjoner enn den som omsettes og nye aktører blir så tyngende at de hindrer etableringer eller investeringer. I den konkrete, forretningsmessige vurderingen vil lengden av konsesjonsperioden, utformingen av avskrivningsordninger og dessuten kjøpsprisen spille inn. Disse forholdene vil regelmessig medføre at ulike rammevilkår for driften (konkret: forskjeller i konsesjonstidens lengde) ikke er av en slik karakter eller alvorlighet at de utgjør en restriksjon i EØS-rettslig forstand; Det forhold at det av historiske årsaker vil være aktører med tidsubestemte eller mer langvarige konsesjoner i markedet vil helt sikkert ikke avholde investorer fra å gå inn på eiersiden i det norske kraftmarkedet.

Neste spørsmål er om transaksjonsalternativet virker diskriminerende. Her konkluderer utredningen korrekt med at så lenge offentlige og private investorer behandles likt i forhold til fremtidige transaksjoner, så er dette antakeligvis tilstrekkelig til at ordningen anses tilstrekkelig opprinnelsesnøytral selv om offentlige aktører som eiere av vannfall som er underlagt konsesjonsregimet fra før 1. januar 1994 faktisk gis gunstigere rammebetingelser, se utredningen pkt. 4.3.2.3.

Til sist kan det spørres om transaksjonsalternativet medfører restriksjoner fordi noen aktører faktisk ikke vil selge, jf. at en kjøper som vil bli pålagt hjemfall ikke vil kunne betale en pris som tilsvarer verdien av vannfallet med evigvarende konsesjon. Dette vil muligens kunne sammenlignes med et nasjonalt forbud mot salg av offentlig eiendom. Så lenge dette ikke virker diskriminerende, kan dette ikke være problematisk i forhold til EØS-avtalen. Her vil etter mitt skjønn også EØS-avtalen art 125 spille en rolle; På samme måte som staten kan ha en hjemfallsordning, må man kunne ha en ordning som for all fremtid sikrer at eiendom forblir på statens hånd. Det forhold at ordningen ikke virker befordrende på salg er neppe et EØS-rettslig problem.

6. Kort om forholdet til miljøhensyn

Det er en svakhet ved Kolstads utredning at den ikke diskuterer de viktige miljøhensyn som gjør seg gjeldende for Norges konsesjonspolitik og den betydning dette har for forholdet mellom EØS-avtalen og hjemfallsreguleringen. Det følger av EØS-avtalen art 73 (sml EFT art 174) at *"avtalepartenes virksomhet på miljøområdet har til formål: a) å bevare, verne og forbedre miljøets kvalitet, b) å bidra til vern av menneskets helse, c) å sikre en forsiktig og fornuftig utnyttelse av naturressursene"*. EF-domstolen har i en rekke saker, særlig innenfor spørsmålet om kvantitative restriksjoner etter EFT art 28 (sml EØS-avtalen art 11), anerkjent på denne bakgrunn at miljøhensyn vil kunne rettferdiggjøre ordninger som ellers ville vært diskriminerende.

I *PreussenElectra* rettferdiggjorde miljøbeskyttelseshensyn en diskriminerende ellovgivning. Saken gjaldt tyske regler, hvoretter elforsyningsvirksomheter skulle kjøpe en viss andel strøm fra vedvarende energikilder i deres forsyningsområder. Domstolen fant at kjøpsforpliktelsen potensielt kunne hindre samhandelen, men fant den likevel forenlig med EF-traktaten fordi *"anvendelsen af vedvarende energikilder til fremstilling af elektricitet, [...] er nyttig for beskyttelsen af miljøet, for så vidt som den bidrager til reduktion af drivhusgasemissioner, som er en af hovedårsagerne til de klimaændringer, som Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater har forpligtet sig til at bekæmpe."*

Det må antas at slike hensyn også vil ha betydning i forhold til EØS-avtalen art 31 og 40 og vurderingen av om det foreligger "tvingende allmenne hensyn".