

Finn Arnesen
Professor dr.juris
Senter for europarett
Universitetet i Oslo

OLJE- OG ENERGIDEPARTEMENTET	
0411944-191	
DATO - 2 MARS 2005	
AN	EKSP.
521	

Oslo, 24.02.2005

Besøksadresse:
Domus Media, Karl Johans gt. 47

Postadresse:
Postboks 6706, St. Olavs plass
0130 Oslo

Telefon (+ 47) 22 85 96 13
Telefax (+ 47) 22 85 96 10
e-post: finn.arnesen@jus.uio.no

Olje- og energidepartementet

Postboks 8148
Dep 0033 Oslo

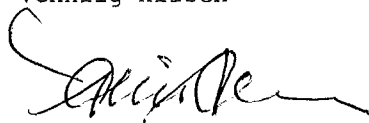
Høring – NOU 2004 26 Hjemfall

Høring – NOU 2004: 26 Hjemfall

Jeg viser til Olje- og energidepartementets invitasjon til høringsuttalelser knyttet til NOU 2004: 26 Hjemfall, datert 1. desember 2004.

Vedlagt følger en uttalelse fra undertegnede.

Vennlig hilsen



Høringsuttalelse til NOU 2004: 26 Hjemfall

Av professor dr. juris Finn Arnesen, Senter for Europarett, Universitetet i Oslo

En grunnleggende mangel ved NOU 2004: 26 Hjemfall er at utredningen ikke tar stilling til konsekvensene i norsk rett av at dagens ordning er i strid med reglene om etableringsrett og fri bevegelighet for kapital. Dette medfører at de analyser som gjøres i tilknytning til EØS-avtalens regler om statsstøtte gjøres på sviktende premisser. Dette medfører igjen at utvalgets anbefalinger ikke har en tilstrekkelig forankring. En neste innvending er at industrikonsesjonsloven nok inneholder en rekke andre elementer som reiser EØS-rettslige spørsmål enn dem oppmerksomheten i NOU 2004: 26 er konsentrert om. En tredje innvending er at utredningen i liten grad tar stilling til hva man ønsker oppnådd gjennom reguleringen av eierposisjoner til fall og kraftverk, og om et hjemfallsregime er det best egnede virkemiddel til å oppnå disse målsettingene. Denne høringsuttalelsen er konsentrert om de rettslige spørsmålene knyttet til nå-situasjonen, men avsluttes med enkelte synspunkter med hensyn til hvordan man bør gå frem ved utformingen av et nytt regime.

1 Innledning

Industrikonsesjonsloven § 1 bestemmer at uten konsesjon kan ingen andre enn staten erverve eiendomsrett til vannfall av en viss størrelse med full rettsvirkning.¹ Loven behandler imidlertid private foretak og andre forskjellig med hensyn til så vel betingelsene for å få konsesjon som de vilkår konsesjon blir gitt på.

Industrikonsesjonsloven § 2 bestemmer at foretak og personer under særlige omstendigheter kan få ervervskonsesjon på nærmere bestemte vilkår. Konsesjonen gis for et bestemt tidsrom på inntil 60 år, og ved

¹ Lov 14. desember 1917 nr. 17 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. (ikl.)

konsesjonstidens utløp skal vannfall og anlegg tilfalle staten vederlagsfritt, såkalt hjemfall.²

Industrikonsesjonsloven § 4 bestemmer at statsforetak, norske kommuner og fylkeskommuner samt foretak der minst 2/3 av kapital og stemmer eies av statsforetak, norske kommuner eller fylkeskommuner, heretter kalt offentlige foretak, kan gis ervervskonsesjon når ikke allmenne hensyn taler mot det. Konsesjonen kan gis på ubegrenset tid,³ og det synes ikke å være hjemmel for å pålegge vilkår om hjemfall der konsesjonen gis for begrenset tid.⁴

Det følger av ikl. § 34 at dersom et foretak ikke lenger er offentlig, eksempelvis på grunn av salg av aksjer fra offentlige eiere til private, skal det skje ny konsesjonsbehandling, og konsesjonen vil omgjøres fra å være tidsbegrenset til å bli tidsbegrenset. Omvendt gjelder at dersom et offentlig foretak kjøper seg opp i et selskap som er gitt konsesjon etter ikl. § 2, kan det søke om omgjøring av konsesjonen til å gjelde på § 4-vilkår, det vil si konsesjon uten tidsbegrensning og hjemfall. Dette innebærer en favorisering av offentlige foretak som investorer.

Denne forskjellsbehandlingen har EFTAs overvåkingsorgan, ESA, funnet i strid med art. 31 flg. og art. 40 flg. EØS;⁵ bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel om henholdsvis etableringsrett og fri bevegelighet for kapital,⁶

² Jf. ikl. § 2 post 17.

³ Jf. ikl. § 4 tredje ledd.

⁴ Jf. henvisningen i ikl. § 4 fjerde ledd til ikl. § 2, hvor post 17 utelates fra oppregningen, og nærmere Carlos A. Urquieta, *Industrikonsesjonsloven: Offentlig styring av fallrettigheter og EØS-rettslige skranker*, MarIus nr. 296, Oslo 2003 (*Urquieta*), s. 121.

⁵ Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 2. mai 1992.

⁶ Se Grunnlagt uttalelse 20. februar 2002. Åpningsskrivet i saken er datert 27. juni 2001, og ESAs standpunkt svarer langt på vei til synspunkter gjort gjeldende av Henrik Bjørnebye, *Overdragelse av fallrettigheter – EØS-rettslige rammer for statens styringskompetanse*, IUSEF nr. 36, Oslo 2000 (*Bjørnebye*). Åpningsskriv, grunnlagt uttalelse, og norske myndigheters svar på disse er tatt inn som vedlegg i *Urquieta*. Også *Urquieta* finner at det foreligger EØS-strid.

fordi skillet systematisk faller ut til ulempe for utenlandske investorer. ESA har tatt de forberedende skrittene til traktatbruddssak mot Norge, men stevning er ikke tatt ut.

Gjennom EØS-loven § 1 er EØS-avtalens hoveddel gitt lovs kraft i Norge,⁷ og etter samme lovs § 2 skal bestemmelser som tjener til å oppfylle forpliktelsene etter avtalen gå foran andre bestemmelser i norsk rett. Dette medfører at brudd på forpliktelsene etter EØS-avtalen ikke bare har en folkerettslig dimensjon, men også en internrettslig.⁸ Det er denne internrettslige dimensjonen som ikke adresseres i NOU 2004: 26, men som er temaet i det følgende. Siktemålet er å drøfte virkningene av EØS-strid for rettighets- og pliktposisjoner i henhold til allerede gitte ervervskonsesjoner. Fremstillingen er strukturert slik at det først redegjøres for nå-situasjonen, avsnittene 3 til 6. Perspektivet er her statisk i den forstand at virkningene av EØS-strid drøftes på grunnlag av gjeldende rett. I avsnitt 7 skisserer jeg mulige modeller for en fremtidig regulering. Perspektivet her er dynamisk i den forstand at jeg også trekker inn lovendringer som virkemiddel for å oppnå EØS-konformitet.

2 Omstruktureringene i kraftsektoren

Det har de siste 10-12 årene foregått betydelige omstruktureringer i kraftsektoren, blant annet ved at offentlig engasjement i kraftproduksjonen er blitt organisert i egne rettssubjekter, og ved at det er foretatt en rekke oppkjøp og sammenslåinger. Disse disposisjonene utløser konsesjonsplikt

⁷ Lov 109/1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

⁸ I det følgende legges det til grunn at det er samsvar mellom EØS-avtalens bestemmelser slik de forstås som folkerettslige forpliktelser og EØS-avtalens bestemmelser forstått som bestemmelser i norsk rett. Se for øvrig Fredrik Sejersted m.fl., EØS-rett, 2. utg. Oslo 2004, (*Sejersted m.fl.*) avsnitt 9.1.

etter lovens hovedregel,⁹ men siden 1991 har ikl. § 1 fjerde ledd gitt hjemmel for fritak fra blant annet konsesjonsplikt ved erverv av rettigheter som faller inn under hovedregelen i bestemmelsens første ledd. Slikt fritak er gitt i forbindelse med de fleste overdragelser og omorganiseringer i kraftsektoren de siste årene. Praksis har etter det jeg forstår vært at de opprinnelige vilkårene i det vesentlige har blitt videreført. Det er likevel på det rene at vedtaket etter ikl. § 1 fjerde ledd reelt er å likestille med en ny ervervskonsesjon etter ikl. § 2 eller § 4, og derfor må ligge innenfor de rammer som følger av gjeldende rett på vedtakstidspunktet.

Etter 1994, da EØS-avtalen trådte i kraft, er det etter det jeg kan se gitt ervervskonsesjoner til to private foretak, Norsk Hydro og Norske Skog. Konsesjonene gjelder for 50 år, og er påheftet vilkår om hjemfall.¹⁰ Jeg har ikke oversikt over hvor mange private foretak som er gitt fritak etter industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd etter 1. januar 1994.

Vi har dermed den situasjon at det lar seg hevde at det også etter at EØS-avtalen trådte i kraft er gitt ervervskonsesjon til så vel private som offentlige foretak, og at det har skjedd en forskjellsbehandling ved at det ikke er knyttet vilkår om tidsbegrensning eller hjemfall til de offentlige foretakenes erverv, mens det er det til de privates.

Konsesjonsbelagte private verk har en produksjonskapasitet på vel 7,5 TWh/år. Dette utgjør 6,5 % av årlig produksjonskapasitet. Det er således en temmelig begrenset del av norsk kraftproduksjon som skjer i slike verk, og det er dermed også en temmelig begrenset andel av kraftverkene i Norge som, eventuelt, hjemfaller.¹¹ Den resterende

⁹ Omorganisering anses som nytt erverv av vannfall, jf. uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling til Olje- og energidepartementet av 12. mai 1986. Erverv av andel i selskap med begrenset ansvar som har rettigheter som nevnt i ikl. § 1 reguleres i utgangspunktet av ikl. kap. V og § 36. Etter Olje- og energidepartementets praksis vurderes likevel erverv av mer enn 90 % av aksjene i slike selskap etter ikl. kap. I, jf. også uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling til Olje- og energidepartementet av henholdsvis 28. april og 28. november 1986.

¹⁰ Jf. NOU 2004: 26 Hjemfall, avsnitt 5.3.1.3.

¹¹ NOU 2004: 26 Hjemfall, s. 33.

produksjonskapasiteten er fordelt mellom staten, gjennom Statkraft, og kommunene med om lag en halvpart på hver.¹²

3 Etableringsreglenes betydning for tildelte konsesjoner

3.1 Innledning

EØS-retten krever ikke at det gripes inn i rettighets- eller pliktposisjoner etablert før EØS-avtalen trådte i kraft, med mindre selve rettighets- eller pliktposisjonen er i strid med EØS-retten. Problemet i forhold til etableringsreglene er den forskjellsbehandling som skjer av offentlige og private foretak når konsesjon gis, ikke innholdet i de posisjoner som tildeles. Dette medfører at etableringsreglene ikke krever at det gripes inn i de konsesjoner som ble gitt før EØS-avtalen trådte i kraft.

Tilbake står da spørsmålet om etableringsreglenes betydning for vilkår knyttet til ervervskonsesjoner og vedtak fattet med hjemmel i inkl. § 1 fjerde ledd etter 1994 og frem til i dag.

Industrikonsesjonsloven krever at det stilles vilkår om tidsbegrensning og hjemfall der det gis konsesjon til private,¹³ og tillater tidsbegrensning der det gis konsesjon til offentlige foretak.¹⁴ Loven gir ikke hjemmel for å pålegge

¹² Kommunene og fylkeskommunene eier om lag 42 % av produksjonskapasiteten, mens staten, gjennom Statkraft, direkte og indirekte eier vel 45 %. Regnes statens øvrige eierinteresser inn, i hovedsak statens eierandel i Norsk Hydro og eierinteresser gjennom Folketrygdfondet, stiger dette tallet til 49 %, og privat og utenlandsk eierskap utgjør da 9 %, og kraftverk med hjemfallsvilkår 5 %, jf. NOU 2004: 26 Hjemfall s. 33.

¹³ Jf. inkl. § 2 post 17.

¹⁴ Jf. inkl. § 4 tredje ledd, motsetningsvis.

offentlige foretak vilkår om hjemfall.¹⁵ Det er fast praksis at offentlige foretak gis konsesjon på ubegrenset tid.

Det kan være grunn til å understreke at verken hjemfall eller fravær av hjemfall er i strid med etableringsreglene. Bruddet på etableringsreglene består i at enkelte foretak er pålagt vilkår om hjemfall mens andre ikke er det, uten at forskjellsbehandlingen kan forsvares på EØS-rettslig grunnlag. Dette medfører at EØS-konformitet kan oppnås på tre måter; ved at offentlige foretak pålegges vilkår som svarer til dem som er pålagt private, ved at privates vilkår tilpasses slik at de tilsvarer de vilkår som er pålagt offentlige foretak, eller ved at det foretas justeringer både i vilkår pålagt private og i vilkår pålagt offentlige, slik at resultatet blir likhet. Hvilken variant som velges, er EØS-retten uvedkommende.

Med mindre man går veien om lovendring,¹⁶ må EØS-konformitet søkes oppnådd gjennom adgangen til å omgjøre forvaltningsvedtak. Omgjøring til gunst, det vil si å frafalle vilkår om tidsbegrensning og hjemfall, er neppe videre problematisk, rettslig sett.¹⁷

Problemstillingen i det følgende er dermed om det er adgang etter forvaltningsrettslige regler til å omgjøre vedtak til ugunst for offentlige foretak.

De private foretakene som har fått konsesjon etter 1. januar 1994, er etter det jeg leser av NOU 2004: 26 Hjemfall de norske selskapene Norsk Hydro og Norske Skog, som begge domineres av norske eiere. For disse selskapene gjør det seg neppe gjeldende noe grenseoverskridende element, og det er da ikke åpenbart at de kan påberope seg EØS-rettens etableringsregler overfor norske myndigheter. Sagt med andre ord er det ikke åpenbart at selskapene inngår i den personkrets etableringsreglene beskytter. Jeg ser ikke

¹⁵ Se *Urquieta* s. 121 og NOU 2004: 26 Hjemfall s. 55.

¹⁶ De spørsmål dette reiser, behandles nærmere i avsnitt 7.

¹⁷ Plikten etter ikl. § 2 post 17 til å stille vilkår om tidsbegrensning og hjemfall bortfaller som følge av EØS-l. §§ 1 og 2.

grunn til å gå nærmere inn på problemstillingen her.¹⁸ Det skal imidlertid svært lite til før det foreligger et grenseoverskridende element. I det følgende drøftes derfor etableringsreglens betydning for gitte posisjoner under den forutsetning at de private foretak som er gitt konsesjon etter 1. januar 1994 inngår i den personkrets etableringsreglene beskytter.

3.2 Omgjøring etter forvaltningsloven § 35 første ledd litra c

Etter forvaltningsloven § 35 første ledd litra c,¹⁹ kan vedtak omgjøres der vedtaket må anses ugyldig. Slik omgjøringsadgang foreligger også når bare deler av et vedtak må anses ugyldig.

Et første problem blir da å ta stilling til hvilke vedtak som er ugyldige; vedtakene rettet til private foretak, vedtakene rettet til offentlige foretak, eller begge kategorier. I utgangspunktet står antakelig forvaltningsmyndighetene fritt til å bestemme hva som konstituerer usaklig forskjellsbehandling, og dermed hvilke vedtak eller deler av vedtak som anses ugyldige. Det vil nok likevel være slik at den part som er gitt den beste stillingen gjerne vil ha et sterkere vern mot omgjøring enn den som er gitt den dårligere, slik at likebehandling lettest oppnås gjennom omgjøring til gunst for den part som er dårlig behandlet. Ved vurderingen av forvaltningsmyndighetenes frihet til å velge hvilke vedtak som skal anses ugyldige, vil muligheten for å oppnå EØS-konformitet være av betydning.

Det synes temmelig klart at fvl. § 35 første ledd litra c ikke kan brukes som hjemmel for å introdusere vilkår det ellers ikke er hjemmel for. Som nevnt gir industrikonsesjonsloven ikke hjemmel for å pålegge offentlige foretak vilkår om hjemfall. Dette medfører at omgjøringsadgangen etter fvl. § 35 første ledd litra c ikke kan benyttes for å introdusere vilkår om hjemfall

¹⁸ Nærmere om kravet til grenseoverskridende element, se *Sejersted et al.*, avsnittene 17.5 og 20.2.4.

¹⁹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

i konsesjoner gitt offentlige foretak. Konsekvensen av dette er at dersom det ikke finnes andre grunnlag for omgjøring til ugunst for offentlige foretak, må løsningen bli at vilkår om hjemfall i konsesjoner gitt private faller bort. Annen mulighet til å oppnå EØS-konformitet finnes ikke.

Noe annerledes stiller det seg med en omgjøring til ugunst i form av å introdusere tidsbegrensning. Industrikonsesjonsloven hjemler vilkår om tidsbegrensning i konsesjoner gitt offentlige foretak, og selv om hjemmelen hittil ikke er benyttet, kan ikke dette være til hinder for at det nå introduseres vilkår om tidsbegrensning. Det kan likevel reises spørsmål om tidsfaktoren er av betydning. De vedtak det er aktuelt å omgjøre er etter hvert temmelig gamle, og det kan kanskje hevdes at den omgjøringsadgang som en gang forelå er bortfalt på grunn av den tid som er gått. Konsekvensen av et slikt syn vil være at vilkår om tidsbegrensning i konsesjoner gitt private faller bort.

3.3 Omgjøring etter alminnelige forvaltningsrettslige regler

Adgangen til omgjøring etter alminnelige forvaltningsrettslige regler beror på en avveining av de hensyn som taler for omgjøring og de hensyn som taler mot. Heller ikke omgjøringsadgangen etter alminnelige forvaltningsrettslige regler rekker imidlertid så langt at den gir adgang til å introdusere vilkår det ellers ikke er hjemmel for. Dette medfører at den omgjøring som kan komme på tale, er introduksjon av vilkår om tidsbegrensning i konsesjoner gitt offentlige foretak. De hensyn som taler for en slik omgjøringsadgang er i første rekke hensynet til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, herunder lojalitetsplikten etter art. 3 EØS. Mot å statuere en slik omgjøringsadgang taler hensynet til de offentlige foretakene, som jo har innrettet seg på at de har fått konsesjon uten tidsbegrensning. Hensynet til de offentlige foretakene kan likevel varetas gjennom utmåling av konsesjonstidens lengde.

Konklusjonen blir etter dette at alminnelige forvaltningsrettslige regler neppe gir en vesentlig videre omgjøringsadgang enn den som følger av fvl. § 35 første ledd litra c, likevel slik at det ikke er nødvendig å ta stilling til hvilke vedtak som må anses ugyldige, og vel også slik at tidsfaktoren spiller en noe mindre rolle.

3.4 Betydningen av at omgjøringsadgangen ikke er benyttet

Den omgjøringsadgang det er redegjort for foran, er ikke benyttet. Dette gir grunnlag for å reise spørsmålet om hva utfallet blir dersom innehaveren av en konsesjon med vilkår om tidsbegrensning og hjemfall i dag går til fastsettelsessøksmål og krever dom for at vilkårene ikke er bindende for ham.²⁰

Ved vurderingen av dette spørsmålet synes det hensiktsmessig å behandle hver vilkårstype for seg. Fremstillingen har vist at det er hjemmel for å introdusere vilkår om tidsbegrensning i konsesjoner gitt offentlige foretak. Dette innebærer at forvaltningsmyndighetene har et skjønn med hensyn til hvordan EØS-konformitet skal oppnås. Domstolene har da ikke generell adgang til å bestemme hvilken konsesjon det skal gjøres endringer i, men må nøye seg med å statuere ugyldighet. Et slikt standpunkt er godt i samsvar med resonnementene i Rt. 2001 s. 995, hvor det ble uttalt at «dom på positivt vedtak krever særskilt hjemmel».²¹ Og slik hjemmel finnes ikke.

Saken stiller seg noe annerledes for så vidt gjelder hjemfallsvilkår. Her er situasjonen at det i dag ikke er hjemmel for å pålegge offentlige foretak vilkår om hjemfall. En dom på ugyldighet med hensyn til stilte hjemfallsvilkår vil derfor i realiteten også være en dom på positivt vedtak.

²⁰ Det forutsettes at kravene etter lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten i tvistemål til aktuell rettslig interesse § 54 er tilfredsstilt.

²¹ Rt. 2001 s. 995, på s. 1004.

Og da kan det synes som unødvendig formalisme ikke å avsi dom for realiteten.

3.5 Sammenfatning

Drøftelsene har vist at EØS-avtalens regler om etableringsrett ikke har betydning for vilkår, eller fravær av vilkår, om tidsbegrensning og hjemfall i konsesjoner gitt før 1. januar 1994.

Drøftelsene har også vist at EØS-avtalens regler om etableringsrett ikke har betydning for fravær av vilkår om hjemfall i konsesjoner gitt etter 1. januar 1994, men at vilkår om hjemfall i slike konsesjoner neppe kan håndheves der konsesjonæren er beskyttet av reglene om etableringsrett.

For så vidt gjelder vilkår om tidsbegrensning, kan likestilling mellom offentlige og private foretak oppnås ved at det introduseres tidsbegrensning i de konsesjoner som er gitt offentlige foretak. Alternativt kan vilkår om tidsbegrensning falle bort i de konsesjoner som er gitt private etter 1. januar 1994. I valget mellom disse mulighetene stiller EØS-retten norske forvaltningsmyndigheter fritt. Dersom norske domstoler skal ta stilling til gyldigheten av vilkår om tidsbegrensning utelukkende pålagt private foretak, må resultatet bli at også slike vilkår anses ugyldige. Dette er likevel ikke ensbetydende med at private foretaks konsesjoner er tidsubegrensete.

4 Kapitalreglens betydning for tildelte konsesjoner

Konflikten mellom EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for kapital og hjemfallsreglene ligger i henhold til EFTAs overvåkingsorgan blant annet i det forhold at

«investors willing to acquire shares of private undertakings intending to buy, or possessing, waterfalls for the production of energy, may be deterred from

doing so only by the fact that Norwegian rules treat unfavourably those undertakings as compared to public undertakings».²²

Selv om dette er et vedvarende forhold, synes det å være enighet om at heller ikke kapitalreglene krever at det gripes inn i etablerte rettighetsposisjoner der disse posisjonene ikke i seg selv er i strid med kapitalreglene.

Plikt til å tåle tidsbegrensning og hjemfall medfører imidlertid en vedvarende favorisering av investeringer i offentlige foretak kontra investeringer i private. Dette mener ESA er i strid med EØS-avtalens regler om frie kapitalbevegelser. Vi ser her en forskjell fra bruddet på etableringsreglene – her er det bare forskjellsbehandlingen på konsesjonstidspunktet som er i strid med reglene. Det kan dermed hevdes at kapitalreglene, slik de gjelder i norsk rett, medfører at de regler som innebærer disincentiver for investering i private foretak kontra offentlige foretak er en restriksjon på kapitalbevegelsene, og dermed i strid med EØS-avtalens kapitalregler slik de er gjennomført i norsk rett. Dette innebærer at det neppe er nødvendig å skille mellom konsesjoner gitt før 1994 og konsesjoner gitt etter.

For det annet fant EF-domstolen i Sml. 2002 s. I-4731 at nasjonale regler som begrenset utlendingers eierandel i privatiserte selskaper utgjorde en restriksjon på bevegelsen av kapital over landegrensene.²³ Etter industrikonsesjonsloven opphører et offentlig foretak å være et offentlig foretak der det offentlige kontrollerer mindre enn to tredjedeler av eier- og stemmeinnflytelsen.²⁴ Foretaket vil da bli pålagt vilkår om tidsbegrensning og hjemfall.²⁵ Regelverket begrenser dermed andelen aksjer kontrollert av private eiere i offentlige foretak, og har et element av indirekte nasjonalitetsbestemt diskriminering. Dette kommer til uttrykk ved at det offentlige og offentlige foretak kan kjøpe andeler uten at dette får negative

²² Grunnlagt uttalelse 20. februar 2002, avsnitt 46.

²³ Sak C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*. Se premissenes pkt. 40 flg.

²⁴ Jf. ikl. § 4.

²⁵ Jf. nærmere *Bjørnebye*, s. 102 flg.

konsekvenser for konsesjonærens rett til fall og anlegg – snarere tvert i mot. Slike foretak vil per definisjon ikke være utlendinger. Det er da uten betydning at en rekke norske investorer ikke er offentlige foretak.²⁶ Denne favoriseringen lar seg ikke begrunne på en måte som tilfredsstillende EØS-rettens krav.²⁷

Vi ser dermed at vilkårene om tidsbegrensning og hjemfall er ugyldige fordi de strider mot EØS-avtalens kapitalregler slik disse gjelder som norsk lov. Situasjonen er egentlig ikke annerledes enn der atferdsregulerende vilkår strider mot senere lov, og at slike vilkår er ugyldige anses for så opplagt at spørsmålet ikke engang er berørt i teoretiske fremstillinger av norsk forvaltningsrett. Forbud mot tilbakevirkning er selvfølgelig ikke til hinder for at private foretak nå får en gunstigere stilling enn de hadde da konsesjonen ble gitt.

Det ovenstående medfører at for så vidt gjelder forholdet til kapitalreglene, er det neppe grunn til å skille mellom konsesjoner gitt før og konsesjoner gitt etter 1. januar 1994. I begge kategorier medfører det forhold at EØS-avtalen gjelder som norsk lov med forrang for andre bestemmelser i norsk lov at vilkår om tidsbegrensning og hjemfall neppe kan håndheves, dog slik at vilkårene om tidsbegrensning kan håndheves dersom tilsvarende vilkår innføres i de offentlige foretakenes konsesjoner.

5 Særlig om konsesjoner tildelt i henhold til vassdragsreguleringsloven

Vassdragsreguleringsloven § 2 gjør vassdragsreguleringer betinget av konsesjon.²⁸ Samme lov 10 bestemmer at slik konsesjon kan gis en varighet

²⁶ Dette kan for så vidt forankres i Sml. 1989 s. 4035, sak C-3/88, *Kommisjonen mot Italia*, premissenes pkt. 6 til 9.

²⁷ Se for øvrig Grunnlagt uttalelse 20. februar 2002 avsnitt III.3.

²⁸ Lov 14. desember 1917 nr. 17 om vassdragsreguleringer.

på inntil 60 år, likevel slik at statsforetak, kommuner og aksjeselskap hvor stat, statsforetak eller kommune eier minst 2/3 av stemmer og kapital kan gis konsesjon på ubegrenset tid. Etter § 10 nr. 4 kan staten ved konsesjonstidens utløp kreve reguleringsanlegget med tilliggende grunn og rettigheter avstått. En forskjell mellom hjemfall etter industrikonsesjonsloven og hjemfall etter vassdragsreguleringsloven, er dermed at vurderingen av hvorvidt hjemfall skal skje eller ikke etter vassdragsreguleringslovens system skjer ved konsesjonstidens utløp, ikke når konsesjon gis.

Det er fast praksis at kommuner og offentlige foretak gis ubegrenset konsesjon.²⁹ Dette medfører at hjemfall ikke blir aktuelt. Loven åpner imidlertid for tidsbegrensning, og i slike tilfeller gjelder ikke særlige regler for statens adgang etter § 10 nr. 4 til å kreve hjemfall. Dette medfører at vassdragsloven ikke er til hinder for hjemfall også fra kommuner og offentlige foretak.

Disse forskjellene mellom vassdragsreguleringslovens regler og industrikonsesjonslovens medfører at det synes enklere å oppnå likebehandling, samtidig som spørsmålet om hvorvidt hjemfall skjer vil bero på et vedtak i forbindelse med konsesjonstidens utløp, og ikke som ved konsesjoner gitt med hjemmel i industrikonsesjonsloven, automatisk.

Med disse forbeholdene blir analysen av vassdragsreguleringslovens regler om tidsbegrensning og hjemfall sammenfallende med analysen av de tilsvarende regler i industrikonsesjonsloven.

6 Sammenfatning og konsekvenser

6.1 Sammenfatning

Drøftelsene har vist at dersom differensieringen mellom offentlige og private foretak med hensyn til vilkår om tidsbegrensning og hjemfall er i strid med

²⁹ NOU 2004: 26 Hjemfall, avsnitt 5.2.2.

EØS-avtalens regler om etableringsrett og fri bevegelighet for kapital slik disse gjelder som norsk rett, kan de vilkår om hjemfall som er satt ved privates erverv ikke håndheves i dag. Vilkår om tidsbegrensning vil bare kunne håndheves i den utstrekning slike vilkår også introduseres i konsesjoner gitt offentlige foretak.

For så vidt angår konsesjoner gitt etter 1. januar 1994, vil det i tillegg være i strid med reglene om etableringsrett å håndheve vilkår om hjemfall. Vilkår om tidsbegrensning i disse konsesjonene vil bare kunne håndheves i den grad slikt krav introduseres i konsesjoner gitt offentlige foretak etter 1. januar 1994.

Samlet sett viser drøftelsene at hjemfallsinstituttet slik det følger av industrikonsesjonsloven i realiteten ble avskaffet 1. januar 1994, med virkning for konsesjoner tildelt både før og etter dette tidspunktet.

6.2 Konsekvenser

I NOU 2004: 26 Hjemfall konkluderer 1. amanuensis dr. juris Olav Kolstad at det regime som følger av industrikonsesjonsloven utgjør statsstøtte omfattet av EØS-avtalens forbud mot slik støtte. Den grunnleggende premisse for denne konklusjonen er den forskjellsbehandling som skjer mellom offentlige og private foretak. Drøftelsene foran har vist at denne premissen ikke holder.

Dette medfører likevel ikke at ikke statsstøttereglene vil være en begrensende faktor ved utformingen av et nytt regime, men det eksisterende regimet har i det minste ikke det ved seg at det innebærer statsstøtte.

7 Avhjelp av eksisterende EØS-strid ved lovgivning

7.1 Innledning

EØS-retten er ikke til hinder for hjemfall; det er forskjellsbehandlingen som rammes. Forholdet til etableringsreglene vil bli brakt i orden dersom offentlige foretak likestilles med private, eller omvendt.

Dersom man bestemmer seg for å gi lovregler om hjemfall ved alle overdragelser av fall og anlegg, og eventuelt ved nærmere kvalifiserte transaksjoner av andeler i eierne av slike formuesobjekter,³⁰ blir spørsmålet om det også må foretas endringer med virkning for tildelte konsesjoner. Ved behandlingen av dette spørsmålet synes det formålstjenlig å skille mellom konsesjoner meddelt etter 1994, det vil si etter at EØS-avtalen trådte i kraft, og konsesjoner meddelt før.

7.2 Konsesjoner gitt etter 1. januar 1994

Forskjellsbehandlingen mellom offentlige og private foretak i konsesjoner tildelt etter 1994 rammes av så vel etableringsreglene som reglene om fri bevegelighet for kapital. Forholdet til etableringsreglene kan avhjelpes ved at private og offentlige foretak stilles likt med hensyn til tidsbegrensning og hjemfall. Hvorvidt det introduseres hjemfall med virkning for eksisterende konsesjoner eller ikke, er EØS-rettslig sett uten betydning, slik at eventuelle begrensninger og konsekvenser må fastlegges på grunnlag av norsk rett. EØS-rettslig er det neppe noe i veien for at konsesjonene opprettholdes som tidsbegrensede, men slik at tidsbegrensning og hjemfall utløses ved

³⁰ Eksempelvis ved transaksjoner som medfører avgjørende kontroll i foretaket; typisk 51 % av kapitalen eller stemmene.

overdragelse av fall, anlegg, og eierposisjoner som gir avgjørende innflytelse i konsesjonæren.

Velger man å innføre tidsbegrensning og hjemfall med virkning for konsesjoner gitt etter 1994, gir dette grunnlag for å reise spørsmålet om dette er å anse som ekspropriasjon. Spørsmålet oppstår både i forhold til konsesjoner gitt med vilkår om tidsbegrensning og hjemfall, men hvor vilkårene ikke kan håndheves, og i forhold til opprinnelig tidsubegrensede konsesjoner.

7.3 Avvikling av den særstilling offentlige foretak har i egenskap av å være offentlige foretak

Etter industrikonsesjonslovens bestemmelser har offentlige foretak en fordel vis a vis private foretak i egenskap av å være offentlige foretak. Fordelen kommer som nevnt til uttrykk på to måter. For det første er vurderingstemaet ved vurderingen av om konsesjon skal gis lempeligere. For det annet har offentlige foretak en fordel ved oppkjøp, dels ved at deres kjøp av andeler i offentlige foretak som er konsesjonærer ikke har betydning for konsesjonærens rettigheter etter konsesjonen, og dels ved at deres kjøp av andeler i private foretak som er konsesjonærer kan medføre at stilte vilkår om tidsbegrensning og hjemfall suspenderes.³¹ EØS-retten krever at denne særstillingen avvikles.

7.4 Konsesjoner gitt før 1994

Spørsmålet her er om EØS-retten krever at det gjøres endringer i de vilkår om tidsbegrensning og hjemfall som er satt i konsesjoner gitt før 1994.

Forutsetter vi at offentlige og private foretak likestilles med hensyn til nye erverv, jf. drøftelsene i avsnittet foran, blir spørsmålet utelukkende om EØS-

³¹ Jf ikkl. § 27, og nærmere *Urquieta* s. 115, med videre henvisninger.

retten er til hinder for at enkelte konsesjoner er tidsbegrensede, og med hjemfallsvilkår, mens andre ikke er det.

En slik forskjell er neppe i strid med reglene om fri bevegelighet for kapital når adgangen til å kjøpe seg inn i konsesjonærene, og virkningene av at man har kjøpt seg inn, er de samme for alle aktører. Den indirekte forskjellsbehandlingen av utenlandske investorer er da opphørt. Forskjellen er heller ikke i strid med reglene om etableringsrett, siden det er forskjellsbehandlingen på konsesjonstidspunktet som må vurderes i forhold til EØS-retten, og EØS-retten ikke var gjeldende norsk rett da konsesjon ble gitt.

I NOU 2004: 26 Hjemfall hevdes det at differensieringen mellom offentlige og private foretak med hensyn til tidsbegrensning og hjemfall i eksisterende konsesjoner er statsstøtte,³² og dermed må bringes til opphør dersom ESA forlanger det.³³ Legger man dette til grunn, blir spørsmålet for det første om opprettholdelsen av denne forskjellen er å anse som statsstøtte når tidsbegrensning er knyttet til konsesjonen, og ikke avledet av kategorien foretak som innehar den. Besvares dette spørsmålet bekræftende, blir det neste spørsmålet om avviklingen av de offentlige foretakenes særstilling er å anse som en endring i en bestående støtteordning, og derfor ikke kan iverksettes uten forutgående samtykke fra ESA.

Blant de vilkår som må være oppfylt for at tiltak skal kunne karakteriseres som statsstøtte er at tiltaket begunstiger enkelte foretak eller produksjonen av bestemte varer, jf. EØS-avtalen art. 61. Dette selektivitetskravet er neppe tilfredsstilt der det formuesobjekt fordelen knytter seg til er omsettelig, skjønnsutøvelsen ved fordelingen av så vel tidsbegrensede som

³² Se særlig Olav Kolstads utredning «EØS-rettslig vurdering av hjemfallsinstituttet», trykt vedlegg nr. 3 til NOU 2004: 26, avsnitt 2.9.

³³ Det kan reises innvendinger mot standpunktet og de resonnerer som leder frem til det. Det er imidlertid ikke nødvendig å gå inn i dette her.

tidsbegrensede konsesjoner ikke var EØS-stridig,³⁴ og eventuell myndighetskontroll med erververe er knyttet til deres forutsetninger for å utføre den aktivitet konsesjonen gir grunnlag for.³⁵

Forutsettes det at opprettholdelsen av så vel tidsbegrensede konsesjoner med hjemfallsvilkår som tidsbegrensede konsesjoner er statsstøtte, dreier det seg antakelig om en så vidt inngripende endring i en bestående støtteordning – blant annet blir kretsen av potensielle støttemottakere en annen – at ESAs samtykke er nødvendig.

7.5 Utforming av nedslagsfeltet for en ny hjemfallsordning

Bestemmer man seg for å beholde hjemfallsinstituttet, blir et første spørsmål om visse eiere, uhindret av EØS-retten, kan unntas fra vilkår om hjemfall. I debatten om forslagene i NOU 2004: 26 Hjemfall, har det blitt hevdet at en hjemfallsordning som omfatter alle, er et ran av kommunene. Jeg vil ikke ta stilling til hvorvidt karakteristikken er dekkende. Spørsmålet i det følgende er om EØS-avtalen tillater en hjemfallsordning som er slik utformet at kommunene slipper å avgi verdier til staten.

EØS-avtalen art 34 angir hvilke rettssubjekter som er omfattet av reglene om etableringsrett. Et fellesstrekk ved disse er at det dreier seg om andre rettssubjekter enn offentlige organer. Dette medfører at etableringsreglene ikke er til hinder for at offentlige organer gis en særstilling i forhold til personer og foretak.³⁶ Forholdet til kapitalreglene er også uproblematisk der eiendomsretten til visse formuesobjekter forbeholdes det offentlige. Hvilket nivå i den offentlige forvaltning eiendomsretten legges til, er EØS-retten uvedkommende. Det er således ingen ting i veien for en hjemfallsordning

³⁴ EØS-avtalen var enten ikke-eksisterende eller ikke bindende på det tidspunkt konsesjonene ble gitt.

³⁵ Vurderingstemaene vil typisk være kompetanse og økonomisk stilling.

³⁶ Problemet i dag er særbehandlingen av offentlig kontrollerte foretak.

som er slik utformet at kommuner og fylkeskommuner er unntatt hjemfallsvilkår.

Statsstøtteregele vil antakelig vanskeliggjøre drift av fallene i offentlig regi, i det minste der kraften tilbys i markedet. EØS-reglene er imidlertid ikke til hinder for at utnyttelsen av fall og anlegg organiseres i et konsesjonssystem, eksempelvis etter mønster av det konsesjonssystem vi finner for oljevirkosmheten på norsk kontinentalsokkel. Med hensyn til hvordan en slik ordning kan utformes innenfor rammene av EØS-avtalen, vil antakelig også direktiv 94/22/EF, det såkalte oljedirektivet, kunne gi nyttig veiledning. Grunnlaget for en slik ordning ligger allerede i inkl. § 5.

EØS-retten er heller ikke til hinder for at forvaltningen av de offentlige eierinteressene legges til et eget forvaltningsselskap, slik Petoro AS er forretningsfører for statens direkte økonomiske engasjement i oljevirkosmheten.

8 Et nytt regime

Reguleringen av kraftsektoren er uoversiktlig. Det er også grunn til å anta at det ikke bare er reglene om hjemfall som reiser spørsmål i forhold til EØS-rettens krav. Det kan derfor være grunn til å ta hele reguleringen opp til fornyet vurdering, ikke bare hjemfallsreglene.

Ved utformingen av et eventuelt nytt regime, vil de krav EØS-retten setter være til å håndtere. Heller enn å fokusere på hvilke rammer EØS-retten setter, bør man nå konsentrere seg om spørsmålet om hva man egentlig vil med reguleringen av eierposisjoner i kraftsektoren. Å foreslå hjemfall for alle om 75 år, slik det gjøres i NOU 2004: 26, er knapt noe svar på de grunnleggende spørsmål og utfordringer reguleringen av utnyttelsen av en uuttømmelig, stasjonær, kraftressurs reiser. Og selv bortsett fra dette, synes utredningen og dens anbefalinger lite egnet som grunnlag for utformingen av et nytt, EØS-konformt regime.