

Olje og Energidepartementet  
Att.: Per Håkon Høisveen  
Postboks 9148 Dep.  
0033 OSLO

(Referanse må oppgis)  
Vår referanse: 200402067-7  
Arkivkode: S00  
Saksbehandler: Gunn Nikolaisen  
Deres referanse:  
Dato: 03.03.2005

|             |  |
|-------------|--|
| 04 1944 270 |  |
| 7 MRS 2005  |  |
| 521         |  |

### KS styrets vedtak til høring av NOU 2004-26 Hjemfall

- ./.
- Viser til samtaler med Jan Andersen-Gott vedr. ovennevnte og sender vedlagt vedtaket fra KS styrets møte 2. mars, brevet som ble sendt til kommuner, fylkeskommuner og KS bedrifts E-verksmedlemmer: Hjelp til arbeidet med høring av forslag til endringer i reglene om hjemfall og utredningen om EØS og Hjemfall av professor dr. juris Finn Arnesen.

Med vennlig hilsen

for Jan Fr. Andersen-Gott

*Gunn Nikolaisen*

Endelig vedtak bekreftet i møtet:

1. Følgende punkter sammen med KS brev "Hjelp til arbeidet med høring av forslag til endring i reglene om hjemfall" av 29 desember 2004 og professor dr juris Finn Arnesens utredning "EØS og hjemfall" av 17 januar 2005, som vedlegg oversendes OED som KS høringssvar på NOU 2004:26 Hjemfall .
2. KS er enig med det samlede utvalget når det på side 12 uttaler:  
"Vassdragene representerer fornybare og evigvarende ressurser av stor nasjonal verdi både økonomisk og miljømessig. I dag er kraftproduksjon den viktigste økonomiske utnyttelsen. Vannkraften utgjør 99 prosent av kraftproduksjonen i landet og er av grunnleggende betydning for verdiskapingen og velferden. Norge har et unikt fortrinn i å utnytte disse naturressursene til kraftproduksjon. For å sikre at vassdragsressursene blir utnyttet på best mulig måte ut fra samfunnets interesser nå og i fremtiden, er det nødvendig med et godt utbygd system av økonomiske og administrative virkemidler."
3. KS støtter mindretallets (KS, LVK og LO) uttalelse i kap. 10.4.3 hvor det bla heter "Våre vassdrag og vannkraftproduksjonen har i seg verdier som rekker langt ut over bedrifts- og samfunnsøkonomiske modeller. (.....) Disse medlemmene ser det derfor slik at verken skatte- eller konsesjonsreglene fullt ut ivaretar de sterke samfunnsmessige behov for styring og kontroll som foreligger i vannkraftsektoren. Det offentlige eierskapet har derfor en stor egenverdi. (.....) Bare gjennom omfattende offentlig eierskap kan disse verdiene sikres for senere generasjoner." Målet med KS arbeide er å legge til rette for et fortsatt sterkt kommunalt og fylkeskommunalt eierskap i vannkraftsektoren. KS konstaterer samtidig at det pt ikke foreligger noe realistisk alternativ til en hjemfallsordning for å ivareta dette. Hjemfallstiden bør fortsatt være 60 år.
4. KS mener det er behov for en grundigere avklaring av EØS-avtalens handlingsrom og av hvilke hensiktsmessige hjemfallsmodeller som etter en slik avklaring er gjennomførbare og konsekvensanalyse av disse. En slik mulig hensiktsmessig modell kan bla være et direkte kommunalt/fylkeskommunalt eierskap kombinert med utleie av drift.
5. KS mener at av de modeller som behandles i NOU 2004:26 er Transaksjonsmodellen kombinert med utleie den som best ivaretar hensiktene med en hjemfallsordning. Modellen innebærer at alle kjøpere likestilles ved at de underlegges tidsbegrenset konsesjon på 60 år, mens dagens offentlige eiere beholder sine evigvarende konsesjoner så lenge de ikke selger.
6. KS er sterkt uenig i flertallets foreslåtte modell om partielt hjemfall som gir klare insentiver til raskt salg av offentlige eierandeler. Modellen ivaretar verken de nasjonale interesser eller hensynet til dagens kommunale og fylkeskommunale eiere som ønsker å ivareta et fortsatt eierskap.

7. KS påpeker at salgspresset og nedsalget som følger av Lovtidspunktsmodellen vil føre til store inntekter for kommunesektoren innenfor en relativt kort tidsperiode. Slike inntekter kan bli avkortet mot statlige overføringer til kommunesektoren. Videre har dagens kommunalt eide kraftbedrifter gjennomgående sterk regional forankring som gir betydelige positive, økonomiske ringvirkninger for regionene. Disse ringvirkningene vil bli borte ved nedsalg og påfølgende sentralisering av driften. Til tross for at Utredningsinstruksen punktene 2.3.1 og 2.3.2 pålegger Hjemfallsutvalget og Olje- og energidepartementet å utrede de økonomiske konsekvensene for kommuner og næringsliv av Lovtidspunktsmodellen, har det ikke blitt foretatt i nevneverdig grad. Resultatet er at flertallet har fremmet en modell som KS antar vil gi betydelig negative konsekvenser uten at disse har vært forsøkt kartlagt.
8. KS beklager at Hjemfallsutvalgets mandat ikke omfatter spørsmålet om erstatningsplikt. KS mener at kommuner og fylkeskommuner skal nyte fullt grunnlovsvern etter § 105 ved en tvungen avståelse av vannfall og kraftanlegg som følge av pålegg om hjemfall. KS mener at dette spørsmålet om nødvendig bør prøves rettslig.
9. KS støtter forslaget om videreføring av vertskommunenenes rettigheter og forslaget til ny trappetrinnsregel slik et samlet utvalg går inn for.
10. KS mener det er prinsipielt og juridisk feil at de konsesjonsfrie private anleggene fra før 1909 er holdt utenfor arbeidet i Hjemfallsutvalget. KS mener at disse anleggene skal likestilles konsesjonsrettslig med øvrige anlegg med grunnlag i nye regler.

KS er også prinsipielt uenig med flertallets forslag om å forlenge eksisterende vilkår om hjemfall påhvilende privat eiere av vannfall ervervet etter 1909 og kan heller ikke se at en slik forlengelse er tilstrekkelig juridisk begrunnet.
11. Sentralstyret ber Regjeringen om å avklare med ESA hvorvidt det finnes handlingsrom for Norge å påberope seg selvstendig behandling av spørsmålet. Det vises til Ot.prp. 82 (1990-1991) og EØS-avtalen Norge har med EU.

Kommuner  
Fylkeskommuner  
KS Bedrifts everksmedlemmer

(Referanse må oppgis)  
Vår referanse: 2004/02104-1  
Arkivkode: S00  
Saksbehandler: Jan F. Andersen-Gott  
Deres referanse:  
Dato: 29.12.2004

## Hjelp til arbeidet med høring av forslag til endringer i reglene om hjemfall

Olje- og energidepartementet (OED) sendte den 1. desember 2004 ut Hjemfallsutvalgets utredning med forslag til nye regler om hjemfall i NOU 2004:26 Hjemfall på høring med svarfrist 1 mars 2005. OED har sendt høringsdokumentet til alle kommuner /fylkeskommuner og bedrifter som blir berørt av forslaget.

Flere medlemmer har bedt om at KS til hjelp i deres arbeide med høringen, sender ut en sammenfattat fremstilling av saken og med KS syn på sentrale problemstillinger, aktuelle løsninger og deres mulige konsekvenser.

I dette brevet som går til samtlige kommuner, fylkeskommuner og berørte medlemsbedrifter i KS Bedrift, redegjøres det derfor for Hjemfallsutvalgets utredning, KS' syn på utvalgets ulike forslag foruten den videre høringsprosessen. Det gis her i samsvar med forespørslene en så langt mulig sammenhengende og fullstendig fremstilling av hjemfallssaken frem til nå til hjelp for medlemmene i deres høringsarbeide.

### 1. Oppsummering av hovedpunkter og konklusjoner

- Dagens konsesjonsregler forskjellsbehandler offentlig( statlig, kommunal og fylkeskommunal) eide og privat eide kraftforetak ved at bare de private har konsesjoner med hjemfall til staten, mens de offentlige konsesjoner er evigvarende. ESA hevder at dagens forskjellsbehandling strider mot EØS-avtalen. Hjemfall som sådan er ikke i strid med EØS-avtalen
- OED hevder at EØS-avtalen ikke gjelder for vannressursforvaltningen, men har likevel nedsatt et lovutvalg for utarbeidelse av nye regler om hjemfall. Utvalget på 12 medlemmer har vært sammensatt av representanter for tre departement, kraftbransjen, prosessindustrien, fagbevegelsen, kommunesektoren og tre uavhengige.
- Et enstemmig utvalg går inn for en videreføring av hjemfallsordningen og en opphevelse av dagens forskjellsbehandling. Hele utvalget foreslår like regler for fremtidige kjøpere. Utvalget er imidlertid delt i flere fraksjoner for så vidt gjelder utformingen av nye hjemfallsregler.

- Flertallet i utvalget foreslår nye hjemfallsregler for alle eiere fra lovvedtaket ( lovtidspunktmodellen ), slik at dagens eiere alle gis nye konsesjoner på 75 år med hjemfall til staten. Videre foreslår seks av utvalgets medlemmer at eierne på hjemfallstidspunktet får beholde 1/3 som en form for kompensasjon (partielt hjemfall)
- KS' hovedmålsetning har vært å legge til rette for en videreføring av dagens offentlige eierskap, innenfor de rammer EØS-avtalen og øvrige konkurranserettslige regler setter. På denne bakgrunn har medlemmet fra KS sammen med medlemmene fra LO og LVK foreslått at nye hjemfallsregler først kommer til anvendelse ved bestemte *transaksjoner* fra eierens side, så som salg e.l. (transaksjonsmodellen). Det påpekes at den norske stat må sørge for en avklaring med ESA av hvorledes en transaksjonsmodell kan innrettes, slik at vitale nasjonale interesser blir ivaretatt samtidig som EØS-avtalen etterleves.
- Det samme mindretallet foreslår videre at dersom lovtidspunktmodellen vedtas, er det bare de offentlige eiere som på hjemfallstidspunktet blir fratatt sine opprinnelige evigvarende konsesjoner, som skal gis kompensasjon. KS med støtte fra det øvrige mindretallet påviser at flertallets forslag tilgodeser enhver konsesjonær på hjemfallstidspunktet, og dermed undergraver det offentlige eierskapet i vannkraftsektoren og hele hjemfallsordningen. KS' forslag bygger på at dersom den offentlige eieren ikke selger ut i konsesjonsperioden, men driver videre i offentlig regi, vil vedkommende kommune eller fylkeskommune lide økonomisk tap ved hjemfall til staten. Dette tapet vil kommunen ha krav på kompensasjon for etter vanlige erstatningsprinsipper. Slik erstatning innebærer ingen EØS-rettsstridig forskjellsbehandling. Erstatningen foreslås satt til 45 % av det hjemfalte anleggs verdi (rettighetsmodellen). De som lider tap er dagens kommunale og fylkeskommunale eiere som får sin eiendomsrett beskåret, ikke de som kjøper seg inn etter at ny lov er iverksatt.
- Utvalget er delt på midten for så vidt gjelder ny konsesjonstid. KS støtter en videreføring av dagens konsesjonstid på 60 år.
- Det hersker betydelig usikkerhet rundt EØS-avtalens anvendelsesområde og hvilke begrensninger den legger på Norge i forbindelse med utformingen av nye hjemfallsregler. KS med støtte fra det øvrige mindretallet ber derfor den norske stat innlede en dialog med ESA for avklaring og utforming av ny hjemfallsmodell slik Norge har gjort i en rekke andre saker .

KS vil dessuten i forbindelse med høringsprosessen foreslå at vannfall som er direkte eid av kommuner og fylkeskommuner må kunne unntas fra hjemfall siden kommuner, fylkeskommuner og staten alle er forvaltningsnivåer innen den norske stat i forhold til EØS-avtalen. Disse eierne kan så leie ut sine vannfall til sine egne selskaper eller andre

KS ser også nærmere på flere av de konklusjonene hjemfallsutvalgets flertall har sluttet seg til når det gjelder forholdene omkring EØS-avtalen, og vil komme tilbake med snarlig informasjon til medlemmene dersom det skulle fremkomme ting av interesse for det videre arbeidet med saken.

## **2. Prosessen frem til forestående høring**

### **2.1 Pålegg fra Efta Surveillance Authority ("ESA")**

ESA avga en såkalt "Reasoned Opinion" (grunnlagt uttalelse) datert 20. februar 2002. I den anføres det at dagens utforming av hjemfallsreglene i industrikonsesjonsloven av 14. desember 1917 nr 16 ("ikl") strider mot EØS-avtalen.

ESA hevder ikke at hjemfall som sådan strider mot EØS-avtalen, men at forskjellsbehandlingen ved at offentlig eide kraftselskaper unntas fra vilkår om hjemfall mens private underkastes slike vilkår, innebærer en forskjellsbehandling som strider mot EØS-avtalen artikkel 31 om fri etableringsrett og artikkel 40 om fri kapitalflyt.

OED fastholdt i brev til ESA daterte 19. april 2002 at forvaltningen av vannkraftressursene faller utenfor EØS-avtalen. OED varslet samtidig at OED av hensyn til effektiv konkurranse og ressursutnyttelse ville fremme et lovforslag om harmonisering av reglene om hjemfall for offentlige og private aktører. ESA har på bakgrunn av den varslede lovendringen stilt sin sak i bero.

### **2.2 OEDs forslag til lovendring**

OED sendte den 29. november 2002 ut et forslag om endringer i reglene om hjemfall. Forslaget gikk ut på at alle offentlig eide vannfall ervervet etter 1909 skulle hjemfalle til staten 75 år regnet fra lovendringens ikrafttredelse. Det skulle ikke ytes noen form for kompensasjon til dagens kommunale og fylkeskommunale eiere som måtte avgi sine vannfall.

### **2.3 Nedsettelse av Hjemfallsutvalget og mandatet**

OEDs forslag møtte sterk motbør fra blant annet KS. OED bestemte derfor at forslaget skulle trekkes og at det skulle nedsettes et lovutvalg. Regjeringen nedsatte ved kgl. res av 4. april 2003 Hjemfallsutvalget. Utvalget bestod av tre representanter fra staten, en representant fra hver av LO, KS, LVK, PIL, EBL, SKF (Samarbeidende kraftfylker) samt to uavhengige representanter. I tillegg ble adv. Tor Vestbakke oppnevnt som leder.

Utvalget ble gitt i mandat å finne frem til en ny modell for hjemfall. Av viktige begrensninger i mandatet nevnes det at utvalget ikke skulle fremme forslag som berørte vannfall som er ervervet før 1909, ikke behandle spørsmålet om erstatningsplikt etter Grunnloven § 105 eller foreslå opphevelse av hjemfall.

### **2.4 Hjemfallsutvalgets avlevering av utredningen**

Utvalget avleverte sin innstilling den 30. november 2004 i form av NOU 2004:26 Hjemfall. Utvalget var splittet i sine anbefalinger.

Flertallet ved PIL, EBL, SKF og de uavhengige representantene samt utvalgets leder fremmet et felles forslag. Statens representanters forslag er stor grad likt med flertallets forslag, men avviker på noen viktige punkter fra flertallets forslag. KS, LO og LVK fremmet et eget mindretallsforslag.

### **3. Utsendelse av Hjemfallsutvalgets utredning på høring**

OED sendte den 1. desember 2004 utvalgets utredning i NOU 2004:26 Hjemfall ut på høring. Departementet tar ikke standpunkt til hvorvidt de tar sikte på å fremme flertallets eller noen av mindretallenes forslag som forslag til lovendring til Stortinget. Alle forslagene er derfor like aktuelle. Høringsinstansene bes om å komme med sine kommentarer til alle forslagene.

KS vil i det følgende først gå igjennom flertallets og mindretallenes forslag før det gis en nærmere redegjørelse for KS' prinsipielle syn. Avslutningsvis vil det redegjøres for den videre høringsprosessen.

### **4. Kort redegjørelse for flertallets forslag**

En ny modell for hjemfall kan deles opp i en rekke underpunkter. Det vil her redegjøres suksessivt for flertallets syn på de ulike underpunktene. Som tidligere nevnt utgjør flertallet i utgangspunktet PIL, EBL, SKF, de uavhengige representantene og utvalgets leder. Der statens representanter og/eller KS, LO og LVK har stemt med flertallets forslag vil det bli nevnt eksplisitt. Flertallets forslag og begrunnelse er nærmere beskrevet i NOU'en kapitlene 10.1 og 10.2.

#### **4.1 Implementeringsmåte**

Flertallet inklusive statens representanter går inn for en lovtidspunktsmodell. Det innebærer at alle offentlig eide vannfall ervervet etter 1909 skal hjemfall samtidig til staten om 75 år regnet fra lovendringens ikrafttredelse, det vil mao. si i 2080.

#### **4.2 Hjemfallsvilkårets innhold**

Flertallet går inn for at kun 2/3 av vannfallet og kraftanlegget skal hjemfalle. Den resterende 1/3 skal forbli i den siste konsesjonærs eierskap uavhengig av om denne er en offentlig, privat eller utenlandsk aktør. Det oppstår med andre ord et sameie i vannfallene med anlegg mellom siste konsesjonær og staten i det hjemfall skjer. Dette alternativet omtales som partielt hjemfall.

Statens representanter fremmet et alternativ forslag hvorefter alt skulle hjemfalle, men hvor siste konsesjonær skulle ytes en økonomisk kompensasjon tilsvarende 20 % av det hjemfaltes verdi. Staten skulle ifølge forslaget stå fritt til å velge om staten i stedet ville gjøre opp ved en tilbakeføring av en eierandel på 20 % i de hjemfalte vannfall og anlegg til siste konsesjonær.

#### **4.3 Konsesjonperiodens lengde**

Flertallet inklusive statens representanter går inn for at hjemfall skal inntreffe 75 år etter lovendringens ikrafttredelse.

#### **4.4 Eksisterende private konsesjonærer**

Flertallet inklusive LOs representant går inn for at dagens private eiere som er underlagt vilkår om hjemfall, dvs. om lag 6,5 % av dagens samlede vannkraftproduksjon, skulle få

utsatt hjemfallstidspunktet. Etter deres forslag skal disse anleggene først hjemfalle på det samme tidspunkt som offentlige eieres vannfall etter lovtidspunktsmodellen skal hjemfalle, dvs etter 75 år.

#### **4.5 Vertskommunenenes andel**

Samtlige i utvalget inklusive KS, LVK og LO støttet en videreføring av vertskommunenenes rett til inntil 1/3 av verdiene som hjemfaller. Vertskommunenenes andel skal følge en trappetrinnsmodell hvoretter deres andel vil bli forholdmessig redusert jo større de hjemfalte anleggene blir. Etter trappetrinnsmodellen gis vertskommunen 33 prosent av inntil 250 GWh, 10 prosent mellom 250 og 500 GWh, 5 prosent mellom 500 og 1000 GWh og 0,5 prosent over 1000 GWh.

Alle utvalgsmedlemmene med unntak av statens representanter gikk inn for at den mellomliggende verdi mellom 1/3 og det som etter trappetrinnsmodellen skulle hjemfall til vertskommunenene, heretter skal gå til fylkeskommunen eller tilsvarende fremtidig forvaltningsnivå.

#### **4.6 Andre momenter av betydning**

EBL og PIL uttaler at de primært ville stemt for opphevelse av hele hjemfallsinstituttet dersom det var mulig. Videre uttaler EBL og SKF i sine særmerknader at de mener at innføring av vilkår om hjemfall overfor dagens kommunale og fylkeskommunale eiere utløser erstatningsplikt for staten etter Grunnloven § 105.

### **5. Kort redegjørelse for KS, LO og LVKs mindretallsforslag**

Mindretallets forslag er nærmere beskrevet i NOU'en kapittel 10.4.3. Dette kapitlet følger vedlagt her.

#### **5.1 Implementeringsmåte**

Mindretallet går prinsipielt inn for transaksjonsmodellen. Kort fortalt innebærer modellen at alle fremtidige kjøpere, enten det er offentlige selskaper, private eller utlendinger, fra nå av underkastes vilkår om hjemfall om 60 år regnet fra ervervet av vannfallet. Tilsvarende må det settes vilkår ved erverv av kvalifiserte andeler av selskaper som eier vannfall for å unngå omgåelser.

Dagens kommunale og fylkeskommunale eiere som ønsker å forbli eier, vil derimot ikke bli underkastet vilkår om hjemfall så lenge vannfallet eller selskapet forblir i deres hender.

Samtidig foreslås det åpnet for utleie fra kommunalt og fylkeskommunalt eide selskaper til private og utlendinger i maksimalt 60 år. Videre foreslås det et unntak fra vilkår om hjemfall ved fusjoner som gir samfunnsmessig ønsket omstrukturering og driftsoptimalisering.

#### **5.2 Hjemfallsvilkårets innhold**

KS, LO og LVK støtter ikke forslaget om partielt vilkår og stemte derfor for såkalt tradisjonelt hjemfall. Sistnevnte innebærer at hele vannfallet med tilknyttede anlegg hjemfaller til staten.



Dersom lovtidspunktsmodellen blir vedtatt foreslår dette mindretallet at de offentlige eierne som følge av dette blir underkastet vilkår om hjemfall og som tilslutt må avstå sine anlegg til staten, i stedet skal ha en lovfestet rett til en kompensasjon tilsvarende 45 % av vannfallene og anleggenes verdi. Kompensasjonen kan ytes økonomisk eller i form av medeierskap i de hjemfalte anlegg. Denne modellen, som er subsidiær til transaksjonsmodellen, kalles rettighetsmodellen.

### **5.3 Konsesjonsperiodens lengde**

Dette mindretallet foreslår at hjemfall skal inntre etter 60 år fra eventuelt salg.

### **5.4 Eksisterende private konsesjonærer**

KS og LVK, men ikke LO, går imot forslaget om forlengelse hjemfallstiden for dagens private konsesjonærer. Statens representanter er også imot en slik forlengelse av hjemfallstiden for dagens private konsesjonærer.

KS og LVK er også uenig i at vannfall ervervet før 1909, som hovedsak er i privat eie, og som hittil ikke er underlagt vilkår om hjemfall, skal forbli unntatt fra vilkår om hjemfall mens så godt som alle offentlig eide vannfall nå foreslås underkastes vilkår om hjemfall.

### **5.5 Vertskommunenenes andel**

EBL, PIL, de uavhengige representantene og utvalgets leder var enige med KS, LVK og LO om en videreføring av vertskommunenenes rett til inntil 1/3 av verdiene som hjemfaller og innføring av vertsregionenes rett til mellomliggende mellom trappetrinnsmodellen og 1/3-delen. Det vises derfor til punkt 3.5 over.

### **5.6 Annet**

KS uttalte i likhet med EBL og SKF at kommuner og fylkeskommuner som underkastes lovtidspunktsmodellen prinsipielt har rett til erstatning etter Grunnloven § 105.

## **6. KS' prinsipielle syn på hjemfall**

Frem til i dag har hensynet til offentlig styring og kontroll med vannkraftressursene og målet om at grunnrenteavkastningen ved utnyttelse av en begrenset ressurs som vannfall, skal tilfalle fellesskapet, i hovedsak vært ivaretatt gjennom kommunalt, fylkeskommunalt og statlig eierskap til vannkraftproduksjonen.

OED har frem til i dag tolket regelverket slik at dersom offentlige eiere selger vannfall til private eller utlendinger skal vannfallet med anlegg hjemfalle til staten etter 60 år regnet fra det tidspunktet den offentlige eieren ervervet vannfallet. Det innebærer for eksempel at dersom en offentlig eier i dag selger et vannfall som denne ervervet i 1950, til en privat aktør, vil kjøperen måtte avgi vannfallet til staten i 2010. OEDs forståelse av dagens regler om hjemfall har reelt sett gjort det umulig for kommuner og fylkeskommuner å selge til private og utlendinger.

Konkurransemyndighetene har den senere tid også stoppet Statkraft fra å kunne kjøpe mer vannkraftproduksjon fra kommunale og fylkeskommunale eiere.

Alle de aktuelle forslag til nye regler om hjemfall vil føre til en åpning for kommunalt og fylkeskommunalt nedslag innen vannkraftproduksjon til private og utlendinger. Dette gjelder særlig dersom lovtidspunktsmodellen som i seg selv legger et ytterligere salgspress på kommuner og fylkeskommuner, vedtas.

KS viser her til hjemfallsartikkelen i bladet Energi 10/02 hvor innholdet i en utredning foretatt av ECON etter oppdrag fra OED, ECON-rapport nr.20/02, er gjengitt. I artikkelen heter det blant annet:

***"Likt hjemfall kan utløse salgsras***

*Såkalt eiernøytralt hjemfall som myndighetene legger opp til, åpner for omfattende strukturendringer i norsk energiforsyning. Fritt salg av kraftverk vil føre til færre og større enheter, med stort innslag av private og utenlandske eiere. Kommuner vil selge seg ut i betydelig grad når dagens strenge og diskriminerende konsesjonsregler endres, trolig til neste år. En slik utvikling blir skissert i utredningene som ECON Senter for økonomisk analyse har laget for Olje- og energidepartementet i forbindelse med arbeidet med å endre regelverket for vannkraftkonsesjoner og hjemfall."*

Utnyttelse av naturressurser styres ikke bare gjennom vilkår om hjemfall, men også gjennom konsesjonsvilkår og lovgivningen for øvrig. I disse regelsettene kan det gis bestemmelser om hvordan vannfallene skal utnyttes. Når det gjelder avkastningen av utnyttelse av vannkraftressurser kan de til dels inndras gjennom skattelegging. Grunnloven og internasjonale forpliktelser som EØS-avtalen og den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen setter imidlertid viktige begrensninger i hvor inngripende regler som kan gis. Det vises blant annet til at EØS-avtalen nå reelt er med på å begrense utformingen av skattereglene i Norge.

Gjennom hjemfall får nasjonen den direkte eiendomsretten til vannfallene. Denne posisjonen gir sammenligningsvis omtrent ubegrenset handlingsrom for staten. Dersom tiden skulle vise at Norge ikke har behov for å la vannfallene hjemfalle er det uproblematisk å frafalle vilkår om hjemfall så lenge det skjer etter likebehandlingsprinsippene.

KS mener at fellesskapets behov for styring og kontroll foruten sikring av andel i grunnrenteinntektene, klart begrunner en videreføring av hjemfallsinstituttet fremfor en fjerning av hjemfallsinstituttet. Når det gjelder nærmere begrunnelsen for KS' støtte til videreføring av hjemfallsinstituttet vises det til NOU'en kapittel 10.4.3 punkt 3 side 153. (Side 6 i vedlegget til dette brevet)

KS' sentralstyre fattet den 17 juni 2002 prinsippvedtak om å gå inn for en videreføring av hjemfallsinstituttet. KS er derfor tilfreds med at det ikke foreslås en opphevelse av hjemfallsinstituttet.

Derimot er KS uenig i utvalgets flertalls forslag til utforming av nye regler om hjemfall. KS er av den oppfatning at flertallets forslag verken ivaretar eierkommunenes, vertskommunenes eller samfunnets interesser i tilstrekkelig grad. Etter KS' syn virker heller ikke som om flertallet har vært nevneverdig opptatt av å nå et resultat som i samsvar med kommunene og fylkeskommunenes interesser.

Det vil nedenfor fortløpende redegjøres nærmere for KS' mindretallsforslag og begrunnelsene.

## **7. Transaksjonsmodellen og dens begrunnelsen**

### **7.1 Beskrivelse av transaksjonsmodellen**

Transaksjonsmodellen er en implementeringsmåte. Med det siktes det til at den er en modell for hvordan ny regler om hjemfall kan innføres. Transaksjonsmodellen går ut på at enhver som kjøper vannkraftproduksjon etter lovendringen blir underkastet vilkår om hjemfall om 60 år regnet fra kjøpstidspunktet for det aktuelle vannfallet.

For å unngå omgåelse av regelverket må vilkår om hjemfall ikke bare utløses ved kjøp av selve vannfallene, men også ved kjøp av aksjer/andeler i selskaper som selv eller gjennom andre selskaper, eier vannfall.

Denne likestillingen mellom kjøpere gjelder uavhengig av om kjøperen er et statlig, kommunalt eller fylkeskommunalt selskap, privat eller utlending.

Når det gjelder kjøp av aksjer i selskap som enten selv eier vannfall eller gjennom andre selskaper eier vannfall, må det fastsettes hvor mange aksjer som kan tillates kjøpt før vilkår om hjemfall utløses. Dagens hjemfallslovgivning har regler om dette, men de er utdaterte.

Dersom terskelen settes til første aksje, vil vilkår om hjemfall utløses på det tidspunktet den første aksjen i selskapet eller i et av de bakenforliggende selskap, selges. En så lav terskel vil oppfattes som streng, men vil gjøre transaksjonsmodellen enkel.

Om lag 88 % av vannkraftproduksjonen tilhører i dag av kommunalt, fylkeskommunalt og statlige eide selskaper. Av de resterende 12 % i privat eie er rundt 6,5 % underlagt vilkår om hjemfall. For offentlige eiere som i dag eier det meste av kraftproduksjonen, innebærer transaksjonsmodellen at deres evigvarende konsesjoner videreføres uten vilkår om hjemfall inntil de selv velger å selge.

Samtidig foreslås det åpnet for utleie fra kommunalt og fylkeskommunalt eide selskaper til private og utlendinger i maksimalt 60 år. Leien kan fastsettes til en engangsyttelse eller en årlig leiesum. Etter utløpet av leieperioden går vannfallet tilbake til eieren.

Det ble også fremmet et forslag om unntak fra vilkår om hjemfall ved fusjoner som gir samfunnsmessig ønsket omstrukturering og driftsoptimalisering. En markedsåpning for utleie kan overflødiggjøre behovet for en unntaksbestemmelse. Se kommentarer i avsnittet nedenfor om begrunnelsen for transaksjonsmodellen.

Når det gjelder den nærmere beskrivelsen av transaksjonsmodellen vises det til KS, LO og LVKs særmerknad i NOU'en kapittel 10.4.3 punkt 2.1 side 149. (Side 2 i vedlegget til dette brevet)

### **7.2 Begrunnelsen for transaksjonsmodellen**

Både hensynene som Hjemfallsutvalget i følge Regjeringens mandat skulle vektlegge og hensynene til rimelig og rettferdig behandling tilsier at transaksjonsmodellen er den beste måten å implementere nye regler om hjemfall overfor kommunalt og fylkeskommunalt eide selskaper.

**a) Hjemfallsutvalgets mandat**

*1) Offentlig styring og kontroll*

Det er ikke behov for vilkår om hjemfall overfor kommunale og fylkeskommunale eiere slik det er overfor private og utlendinger, for å ivareta det offentliges styrings- og kontrollbehov. Kommuner og fylkeskommuner har et bredt samfunnsansvar, herunder både et miljømessig og økonomisk ansvar, overfor sine innbyggere. Det er enklere for Staten å overstyre kommunale og fylkeskommunale eiere enn private eiere dersom det skulle være nødvendig.

*2) Grunnrenteinndragning/offentlige inntekter*

Det kommunale og fylkeskommunale eierskapet gir rett til betydelige årlige økonomisk bidrag i form av utbytte og renter på ansvarlige lån. Dette mer enn kompenserer for fravær av inntekter til det offentlige gjennom hjemfall av vannfall eid av kommuner og fylkeskommuner. Kommuner og fylkeskommuner er i likhet med Staten en representant for sine innbyggere, og inntekter til dem er derfor inntekter til fellesskapet.

*3) Harmonisering av regelverket mellom aktørene*

Transaksjonsmodellen vil føre til en fullstendig likestilling av enhver potensiell kjøper av vannfall eller andeler i selskaper som eier vannfall, uavhengig av om kjøperen er et kommunalt eller fylkeskommunalt selskap, statlig selskap, privat, utlending eller kombinasjoner av forannevnte.

Enkelte anfører at transaksjonsmodellen vil ha innelåsningseffekt idet nåverdien for offentlige eiere uten vilkår om hjemfall vil være høyere enn for potensielle kjøpere som underkastes vilkår om hjemfall om 60 eller 75 år. KS viser til at transaksjonsmodellen innebærer full markedsåpning, men at den også respekterer den rettsbeskyttelse som ligger i de evigvarende konsesjoner offentlige eiere har. Bare gjennom transaksjonsmodellen er det foretatt en rimelig avbalansering av disse to hensyn. Videre vil åpningen av utleiemarkedet gi en fullstendig markedsåpning på driftssiden innen vannkraftproduksjon.

*4) Effektiv ressursbruk, verdiskapning og konkurranse*

Transaksjonsmodellen kombinert med foreslått åpning av utleiemarkedet vil gi betydelig dynamikk på driftssiden innen vannkraftproduksjon.

To eller flere kommunalt og/eller privat eide selskaper som eier vannfall og som ønsker å slå sammen sin produksjon kan opprette et nytt selskap. Det nye selskapet leier så vannfallene fra de vannfalleiende selskapene i opptil 60 år. Driftsmessig fremstår dette som en fusjon, men de bakenforliggende selskapene beholder eiendomsretten til vannfallene. Det nye selskapet, med eventuelle leiekontrakter, kan selges, fusjoneres mv. Utleieadgangen kan overflødiggjøre behovet for unntak ved fusjoner.

En åpning for utleie motvirker eventuell fare for ineffektiv drift og påfølgende samfunnsøkonomiske tap som følge av den påståtte innelåsningseffekten. Spørsmålet om man vil leie ut eller ikke er i følge økonomisk teori et spørsmål om man tror man vil tjene

mer på å drive anlegget selv enn det aktuelle leierne er villig til å by. Sistnevnte vil legge inn bud som gjenspeiler hva de tror de kan tjene på å ta over driften. Slik sikres man i teorien at den til enhver tid antatt beste aktøren driver anleggene.

5) *Forenkling av lovgivning, forutsigbarhet og transparens*

Lovtidspunktsmodellen er regelteknisk enklere. Hensynet til enkelhet må likevel avveies mot hensynet til kommunene og fylkeskommunenes ervervede rettigheter.

Transaksjonsmodellen innebærer en rimelig interesseavveining i motsetning til lovtidspunktmodellen.

Dersom terskelen for konsesjonspliktige transaksjoner settes ned mot en aksje, vil transaksjonsmodellen retts teknisk sett være forholdsvis enkel, forutsigbar og transparent.

Videre vises det til at transaksjonsmodellen i sin endelige utforming også kan gjøres gjeldende for vannfall ervervet før 1909. På denne måten vil en få et ensartet hjemfallsinstitutt som gjelder all vannkraftproduksjon i Norge. Motsetningsvis legger lovtidspunktsmodellen opp til et flersporet system i det vannfall ervervet før 1909, som hovedsak er privat eide, ( reelt ) skal fortsette å være unntatt vilkår om hjemfall.

Når flertallet viser til at de mener at transaksjonsmodellen er komplisert viser KS til at utvalgets egen utreder, tidl. høyesterettsdommer dr. juris Magnus Aarbakke, etter anmodning fra utvalget har foretatt en utredning av en mulig utforming av en transaksjonsmodell. Dr.juris Aarbakke konkluderer med at transaksjonsmodellen er mer komplisert og ressurskrevende enn lovtidspunktsmodellen, men ikke mer enn at den fint lar seg utforme og settes ut i praksis.

**b) Hensynet til dagens eiere og andre viktige hensyn**

Utvalgets mandat tar etter KS mening ikke opp alle de hensyn som må tas i betraktning. KS vil her vise til viktige punkter som i det store og hele er utelatt i NOU 2004:26 Hjemfall og som Hjemfallsutvalgets flertall har valgt å ikke vektlegge.

1) *Rimelighet*

De kommunale og fylkeskommunale e-verkenes kraftproduksjon er bygget ut og betalt av kommunene, fylkeskommunene og deres innbyggere. Dette er en form for sparing som er skjedd over lang tid. Lovtidspunktsmodellen innebærer at disse oppsparte verdiene skal overgis fra dagens kommunale og fylkeskommunale eiere til Staten om 75 år.

Uavhengig av juridisk begrunnet erstatningsplikt krever en slik tvangsavståelse en samfunnsmessig god og rimelig begrunnelse. KS kan vanskelig se at Staten bør ta over kommunenes og fylkeskommunenes verdier i større grad enn det er strengt nødvendig. Dersom det skjer må Staten i hvert fall betale en rimelig kompensasjon for det.

Det er hevdet at transaksjonsmodellen ikke er rimelig overfor et selskaps øvrige aksjonærer dersom én eller flere aksjonærer bestemmer seg for å selge en andel, slik at vilkår om hjemfall utløses. Det er hevet over tvil at transaksjonsmodellen også er bedre for de gjenværende offentlige aksjonærene enn lovtidspunktmodellen i det hjemfall vil bli beregnet fra det tidspunktet aksjeoverdragelsen utløser vilkår om hjemfall og ikke allerede fra ikrafttreddelsen av lovendringen.

## 2) *Valgfrihet*

Transaksjonsmodellen åpner for fritt salg og utleie til hvem man måtte ønske. Det er positivt at kommuner og fylkeskommuner nå vil få en reell adgang til å selge og leie ut det til hvem de måtte ønske.

## 3) *Salgspress*

Lovtidspunktsmodellen vil føre til et betydelig salgspress. Det skyldes at kraftproduksjonsanleggene en stund etter lovendringen vil begynne å miste sin verdi fordi det blir kortere til tidspunktet for hjemfall og til slutt ha en verdi lik null for både opprinnelige eier og potensielle kjøpere. For å unngå et slikt verdifall og sikre seg høyest mulig salgsspris, må kommunene og fylkeskommunene selge innen rimelig tid etter lovendringen.

Salgspresset vil, sett fra kommunale og fylkeskommunale eieres synsvinkel, forsterkes av midlertidige forhold som kan medføre irreversible salg. Som eksempler på slike forhold nevnes svak kommuneøkonomi i en periode, budsjettbalanse, konjunktorene i bransjen, tørr år/våt år, partifarge/ideologi og anbefalinger fra konsulenter og rådgivere som har selvstendig interesse i at det skjer et salg.

Sammenligningsvis legger transaksjonsmodellen det godt til rette for videre satsning på kommunalt og fylkeskommunalt eierskap innen vannkraftsektoren.

## 4) *Samfunnsmessige og økonomiske virkninger av lokalt og regionalt eierskap*

Kommuner og fylkeskommuner vektlegger også andre hensyn enn rene økonomiske hensyn i forbindelse med utøvelsen av sitt eierskap innen kraftsektoren. Eierskapet sikrer selskapet lokal tilknytning. Foruten å sikre eksisterende arbeidsplasser og næringsliv tilknyttet selskapet, er disse bedriftene viktige motorer for satsning i det lokale/regionale næringslivet. Samlet gir dette viktige positive utslag for lokalsamfunnet og regionalt i form av næringsutvikling, arbeidsplasser, kompetanse, skatteinntekter og andre ringvirkninger.

## 5) *Spredning av hjemfall*

Det er utvilsomt en fordel for formålet om offentlig styring og kontroll at hjemfall spres over tid. Et samlet hjemfall av så godt som alle vannfallene med anlegg til samme tid, slik det vil følge av lovtidspunktsmodellen, vil være en betydelig utfordring for Staten å håndtere.

# 8. Rettighetsmodellen og dens begrunnelse

## 8.1 Beskrivelse av rettighetsmodellen

For det tilfelle at lovtidspunktsmodellen skulle bli vedtatt går KS inn for at den i så fall må kombineres med rettighetsmodellen og ikke partielt hjemfall. Etter rettighetsmodellen innføres det vilkår om hjemfall om 60 år regnet fra lovendringstidspunktet. Det åpnes for at dagens eiere kan leie ut i hele perioden frem til hjemfall inntreffer.

Dagens kommunale og fylkeskommunale eiere, som etter 60 år må avstå sine vannfall og anlegg vederlagsfritt til staten, gis en lovfestet rett til en andel av anlegget eller dets verdi etter nærmere regler eller tilkjennes erstatning på hjemfallstidspunktet for det tap hjemfallet innebærer. Andelen settes til 45 % av anleggene og vannfallene eller dets verdi.

Dersom vertskommunene/regionen både mottar erstatning i kraft av å være eiere og en vertsandel for de samme vannfall og anlegg, kan den samlede utbetalingen samordnes etter nærmere regler.

## 8.2 Begrunnelse for rettighetsmodellen

KS er som tidligere nevnt av den oppfatning at hjemfall er nødvendig for å sikre nasjonal styring og kontroll foruten inndragning av grunnrenteinntekt når vannfallene går ut av offentlig eierskap. KS vil derfor på subsidiært grunnlag foretrekke lovtidspunktsmodellen fremfor opphevelse av hele hjemfallsinstituttet.

Lovtidspunktsmodellen vil like fullt representere en betydelig verdioverføring fra kommuner og fylkeskommuner til Staten. KS er derfor av den oppfatning at det er mer enn rimelig at staten kompenserer kommuner og fylkeskommuner for det tap de lider som følge av den endelige tvangsavståelsen til Staten i det vannfallene overføres fra kommuner og fylkeskommuner til staten.

Rettighetsmodellen skiller seg på et avgjørende punkt fra de andre forslag til hjemfallsmodell som er fremmet. Mens både statens forslag og forslaget om det partielle hjemfallet tilgodeser enhver konsesjonær på hjemfallstidspunktet uavhengig av hvem det er og om denne har lidt noe tap, vil rettighetsmodellen kun beskytte de som faktisk lider et tap.

Den som kjøper seg inn etter vedtagelsen av en lovtidspunktsmodell vil betale en pris som gjenspeiler at vannfallet til slutt vil hjemfalle. Denne vil således heller ikke lide noe økonomisk tap når hjemfall inntreffer.

Motsetningsvis vil dagens kommunale eiere som er unntatt vilkår om hjemfall, oppleve et absolutt tap når vannfallene vederlagsfritt skal overføres til staten. Disse fortjener derfor en kompensasjon som står i forhold til denne tvangsoverføringen av formuesverdier fra kommunal sektor til staten.

Partielt hjemfall gir reelt bare en kompensasjon på 1/3 og det til enhver som måtte være eier på hjemfallstidspunktet. Rettighetsmodellen øker denne satsen til 45 % og forbeholder den for dem som faktisk lider et tap. Kompensasjonen på 45 % kan ytes enten økonomisk eller gjennom tilbakeføring andeler i vannfallene etter hjemfallet til kommunene og fylkeskommunene.

Begrunnelsen for kompensasjon gjennom rettighetsmodellen fremfor partielt hjemfall ligger også på et annet plan. Partielt hjemfall har andre negative konsekvenser som ikke rettighetsmodellen har. De er som følger;

- partielt hjemfall gir evigvarende rettigheter til vannkraftanleggene til en ukjent gruppe konsesjonærer uavhengig av om de kan bidra til å sikre offentlig styring og kontroll eller rent faktisk svekker denne;
- partielt hjemfall reduserer den offentlige råderetten over vannkraftanleggene etter hjemfall; og

- partielt hjemfall øker dagens verdi av kraftanleggene og bidrar til økt salgspress på kort sikt.

## **9. Unntagelse av kommuner og fylkeskommuner**

### **9.1 Beskrivelse av unntaket**

KS vil her redegjøre for et alternativ som KS støtter, men som ikke var til behandling i Hjemfallsutvalget. Forslaget går ut på at kommuner og fylkeskommuner som er direkte eiere av vannfall, dvs ikke eies gjennom selskaper men av kommunene eller fylkeskommunene selv, og som nyttes til kraftproduksjon, unntas fra vilkår om hjemfall.

Unntak fra vilkår om hjemfall for kommuner og fylkeskommuner som sådan åpner for nye måter å organisere det kommunale og fylkeskommunale eierskapet til vannkraftproduksjon. Dette alternativet er særlig viktig dersom man velger lovtidspunktsmodellen.

Dersom unntaket vedtas kan kommuner og fylkeskommuner overføre vannfallene som pr i dag tilhører deres kraftselskaper, til seg selv. Er det flere kommunale og/eller fylkeskommunale medeiere i samme kraftselskap, kan de enten foreta en fordeling slik at hver blir eiere av utvalgte vannfall eller etablere et sameie i alle vannfallene. Deretter kan vannfallene leies tilbake til selskapet eller andre frem til hjemfallstidspunktet inntreffer etter lovtidspunktsmodellen. Maksimale utleietid må lovfestes til samme tidspunkt som hjemfallstidspunktet.

Etter hjemfallstidspunktet vil staten som følge av hjemfall ha en stor portefølje vannfall. Tilsvarende vil kommuner og fylkeskommuner som har leid ut fortsatt ha eiendomsretten til sine vannfall etter hjemfallstidspunktet. Videre utnyttelse av vannfallene vil bero på hva Stortinget og myndighetene gir tillatelse til.

Overdragelse av vannfall fra dagens offentlig eide selskaper til kommuner og fylkeskommuner reiser en del spørsmål som må avklares. Det nevnes kun kort spørsmål som om en eventuell unntagelse fra dokumentavgift i forbindelse med overdragelsen av vannfallene fra kommunalt eide selskaper til kommunene/fylkeskommunene kan anses som statsstøtte og avklaring overfor selskapenes kreditorer. Ingen av nevnte spørsmål er til hinder for en praktisk gjennomføring av alternativet.

### **9.2 Begrunnelse**

Begrunnelsen for unntak fra vilkår om hjemfall for vannfall med tilknyttede produksjonsanlegg som eies direkte av kommuner og fylkeskommuner er i hovedsak den samme som begrunnelsen for transaksjonsmodellen. Det vises derfor til begrunnelsen for transaksjonsmodellen. Her nevnes kort stikkord som offentlig styring og kontroll gjennom kommunalt og fylkeskommunalt eierskap og grunnrente til fellesskapet ved kommuner og fylkeskommuner gjennom utleieinntekter.

Videre vises det til at utleiemarkedet forslås fullstendig åpnet. For aktørene vil det være likegyldig om de bare leier et vannfall eller om de eier det frem til hjemfallstidspunktet. I begge tilfelle vil leieren ha kontroll over anleggene og produksjonskapasiteten frem til hjemfallstidspunktet. Kommunenes og fylkeskommunenes direkte eiendomsrett til vannfallene vil derfor ikke virke forstyrrende på markedet for omsetning av tilgang til produksjonskapasitet.



KS kan derfor vanskelig se at staten, private eller utenlandske aktører skulle ha noen innvendinger mot dette forslaget.

## **10. Forholdet mellom transaksjonsmodellen, rettighetsmodellen og unntak for kommuner og fylkeskommuner**

KS går primært inn for transaksjonsmodellen. For det tilfelle at transaksjonsmodellen ikke skulle bli vedtatt går KS inn for at lovtidspunktsmodellen kombineres med rettighetsmodellen.

Rettighetsmodellen avbøter negative konsekvenser ved lovtidspunktsmodellen og ivaretar kommunenes og fylkeskommunenes interesser i betydelig bedre grad enn partielt hjemfall. Partielt hjemfall har i seg selv negative konsekvenser som taler mot dette alternativet.

Unntak fra vilkår om hjemfall for vannfall som er i direkte eie av kommuner og fylkeskommuner må etter KS' syn vedtas uavhengig av om det blir transaksjonsmodellen eller lovtidspunktsmodellen.

Dersom lovtidspunktsmodellen med dertil hørende salgspress vedtas vil det være avgjørende at det åpnes for unntak fra vilkår om hjemfall for vannfall i direkte kommunalt og fylkekommunalt eierskap. Et slikt unntak vil legge til rette for en ny måte å organisere de kommunale og fylkeskommunale ervervede rettigheter innen vannkraftsektoren som både sikrer kommunene og fylkeskommunenes interesser og som samtidig legger til rette for effektiv konkurranse og resursutnyttelse innen vannkraftsektoren.

## **11. Hjemfallstidens lengde og tradisjonelt hjemfall**

KS går inn for at hjemfallstiden settes til 60 år og at hjemfallet omfatter hele vannfallet med anlegg. Det er en rekke grunner som taler for at 60 år er en riktigere hjemfallstid enn 75 år og at såkalt tradisjonelt hjemfall er bedre enn partielt hjemfall.

Et av de overordnede mål med vilkår om hjemfall er å sikre nasjonal styring og kontroll med vannkraftressursene. Dersom hjemfallsinstituttet skal være et egnet virkemiddel for å kunne utøve denne styringen og kontrollen må hjemfall inntreffe ved jevne mellomrom og omfatte hele vannfallet med anlegg.

Jo lenger tid som går mellom hvert hjemfall, desto dårligere blir hjemfall som styringsverktøy. Tilsvarende vil et partielt hjemfall reelt gi det offentlige mindre handlingsrom ettersom det offentlige må ta hensyn til den siste konsesjonærens medeiendomsrett i de hjemfalte vannfall med anlegg.

Dersom hjemfall settes til 75 år og man opplever et betydelig nedsalg fra offentlig sektor vil ikke neste generasjon, men tidligst generasjonen deretter, være i posisjon til å utøve styring og kontroll gjennom hjemfallsinstituttet. KS er av den oppfatning at det ville være uriktig om man fratok neste generasjon muligheten til effektiv styring og kontroll med vannkraftressursene.

Dagens regler opererer med en hjemfallstid på 60 år samt fastsetter at hjemfall omfatter hele vannfallet med anlegg. Det har ikke ført til at investorer, private som utlendinger har avstått fra å kjøpe og bygge ut vannfall der de har fått konsesjon til det.

Det er få private investorer som har en investeringshorisont som strekker seg noe særlig utover 60 år. Eventuell gjenstående tid til hjemfall samt at det omfatter hele vannfallet med anlegg vil uansett prises inn i vannfallets omsetningsverdi.

## **12. Private eiere og hjemfall**

Pr i dag er om lag 12 % av vannkraftproduksjonen i Norge privat eid. Av disse 12 % er om lag 6,5 % underkastet vilkår om hjemfall mens de resterende 5,5 % er unntatt vilkår om hjemfall.

### **12.1 Private konsesjonærer underkastet vilkår om hjemfall**

Denne gruppen vannfall omfatter vannfall som etter gjeldende konsesjoner med vilkår om hjemfall skal hjemfall engang mellom i dag og de neste 60 år alt avhengig av når konsesjonen ble gitt. Norsk Hydro ASA/Norsk Hydro Produksjon AS og Elkem ASA eier brorparten av de aktuelle vannfall.

Som tidligere nevnt foreslår flertallet en forlengelse av konsesjonene for de aktuelle vannfall slik at de, dersom lovtidspunktsmodellen vedtas, hjemfaller samtidig med de offentlig eide vannfall. Det innebærer for eksempel at Hydros anlegg med en samlet produksjonskapasitet på 3103 GWh som skulle hjemfalt i 2022 etter flertallets forslag i stedet vil hjemfall i  $(2005+75=)$  2080.

Resultatet er at statens og vertskommunenes inntekter gjennom hjemfall blir betydelig skjøvet ut i tid. Det har vært uenighet om den samlede økonomiske verdien av forslaget. De høyeste estimatene er på NOK 7,5 milliarder, mens de laveste er på NOK 1,5-3 milliarder. Videre vil statens mulighet til å utføre styring og kontroll gjennom hjemfall overfor for eksempel nevnte verk i Hydros eie først inntreffe i 2080 i stedet for 2022.

Konsesjonærene av de aktuelle vannfallene gikk inn og ervervet vannfallene vel vitende om at det ville stilles vilkår om hjemfall om 60 år. Når man kjøper noe som man vet vil hjemfall vil det også gjenspeile prissettingen.

KS er imot forslaget da det reelt sett er en overførsel fra staten og vertskommuner som mangler en tilstrekkelig begrunnelse. For de konsesjonærene det gjelder er dette såkalt "windfall gain", det vil si uventede, tilfeldige inntekter som man ikke har kalkulert med.

Videre vises det til at en slik utsettelse er skadelig for statens behov for utøvelse av styring og kontroll med privat eide vannfall.

Flertallets reelle begrunnelse så langt har vært at EØS-avtalen antagelig forplikter Norge til å forlenge konsesjonene slik at det blir en fullstendig likestilling mellom offentlige og private konsesjonærer. KS, i likhet med statens representanter, stiller seg sterkt tvilende til at det foreligger noen slik plikt.

### **12.2 Vannfall ervervet før 1909**

Denne gruppen vannfall utgjør om lag 5,5 % av den samlede kraftproduksjonen i Norge. Disse vannfallene er unntatt vilkår om hjemfall fordi de er ervervet av sine nåværende eiere før lovfestingen av hjemfallsretten i 1909.

Denne gruppen vannfall eies i hovedsak av Norsk Hydro ASA og Hafslund ASA. Som tidligere nevnt var utvalget i henhold til regjeringens mandat avskåret fra å fremme forslag om nye hjemfallsregler for disse vannfallene. Den reelle årsaken til at utvalget var avskåret fra å foreslå at disse vannfallene skulle omfattes av nye regler om hjemfall var med rimelig sikkerhet det faktum et slikt forslag ville utløst erstatningsansvar for staten etter Grunnloven § 105 om erstatning ved ekspropriasjon.

KS er uenig i den forskjellsbehandling dette fører til i det kun dagens kommunale og fylkeskommunale eiere underkastes vilkår om hjemfall mens private eiere med vannfall ervervet før 1909 fortsatt unntas fra slike vilkår.

For det første det er større behov for styring og kontroll med vannfall i private eie enn overfor vannfall i kommunalt og fylkeskommunalt eie. Videre vises det til at de argumentene som anføres for lovtidspunktsmodellen så som likebehandling, effektiv ressursutnyttelse, reell konkurranse mv. i minst like stor grad gjør seg gjeldende overfor de vannfallende det er tale om her.

Det er også vanskelig å se hvorfor anførselene om at EØS-avtalen tvinger Norge til å innføre lovtidspunktsmodellen overfor offentlige eiere ikke også gjør seg gjeldende overfor disse vannfallene.

KS mener derfor at det er uholdbart om ikke disse vannfallene underkastets de samme hjemfallsreglene som for kommunalt og fylkeskommunalt eide vannfall.

### **13. Vertskommunenes andel**

KS har sammen med LVK, LO, SKF, PIL, de uavhengige representantene samt utvalgets leder som det kommer frem under punktene 3.5 og 4.5 over, blitt enige om hvor mye som skal gå til vertskommunene og vertsregionen i forbindelse med hjemfall. Kun statens representanter er imot flertallets forslag.

Ettersom dette nå har en bred enighet om dette spørsmålet avgrenser KS seg til kun å vise til omtalen av forslaget i NOU'en kapittel 10.1.5.

### **14. Forholdet til EØS-avtalen og ESA**

#### **14.1 Generelt**

Dersom Norge ikke foretar tilfredsstillende endringer i reglene om hjemfall og således ikke etterkommer ESAs "Reasoned Opinion" er neste steg at ESA kan reise sak mot Norge for EFTA-domstolen. Det tar relativt lang tid fra anleggelse av sak til det vil foreligge en dom.

For ordens skyld gjentas det at ESA ikke hevder at hjemfall som sådan er i strid med EØS-avtalen, men at det er dagens forskjellsbehandling til fordel for offentlige eiere som strider mot EØS-avtalen.

Det er imidlertid samlet sett betydelig usikkerhet knyttet til EØS-avtalens anvendelsesområde, ESAs pålegg og hvilke begrensninger som EØS-avtalen eventuelt legger på utformingen av nye regler om hjemfall.

#### **14.2 EØS-avtalens anvendelsesområde**

OED har så langt holdt fast ved at EØS-avtalen ikke omfatter forvaltningen av Norges vannkraftressurser. Dette er også i tråd med det Stortinget ble informert om gjennom St.prp. 100 (1991-1992) i forbindelse med inngåelsen av EØS-avtalen. Dette standpunkt har staten holdt fast ved siden.

Like fullt har Regjeringen nedsatt et lovutvalg hvis flertall etter råd fra utvalgets utreder, førsteamanuensis dr.juris Olav Kolstad, har lagt til grunn at EØS-avtalen også gjelder for forvaltningen av vannkraftressursene. Dersom det er riktig at EØS-avtalen kommer til anvendelse vil dens regler medføre en betydelig innsnevring av den norske stats handlingsrom. Dette gjelder ikke bare i spørsmålet om utforming av nye regler om hjemfall, men naturressursforvaltning i bred forstand.

KS mener at dette har skapt en betydelig usikkerhet om den norske stats handlingsrom som har skapt en uholdbar situasjon. Denne usikkerheten må avklares før endelige, nye regler om hjemfall kan utformes og vedtas.

#### **14.3 EØS-avtalen om de ulike modellene**

##### *a) Transaksjonsmodellen*

EØS-avtalen har ikke tilbakevirkende kraft. Det innebærer i utgangspunktet at det ikke er nødvendig for Norge å gå inn og pålegge eksisterende eiere uten vilkår om hjemfall, vilkår om hjemfall. Transaksjonsmodellen innebærer at eksisterende eiere uten vilkår om hjemfall forblir fritatt for vilkår om hjemfall frem til de selger. Derimot blir kjøperen pålagt vilkår om hjemfall.

Utvalgets EØS-utreder mener av mer tekniske årsaker, likevel at en transaksjonsmodell antagelig vil være i strid med EØS-avtalen. Han ender således opp med at den eneste måte å videreføre hjemfallsinstituttet på, er gjennom lovtidspunktsmodellen.

Utrederens konklusjoner er beheftet med betydelig usikkerhet. Det antas at andre EØS-rettseksperter vil kunne komme til motsatt konklusjon. KS vil derfor foreta en selvstendig vurdering av utreders konklusjoner.

##### *b) Rettighetsmodellen*

Spørsmålet om rettighetsmodellens forhold til EØS-avtalen har så langt ikke vært utredet av noen.

Hovedkjernen i rettighetsmodellen er en plikt for staten til å yte en kompensasjon overfor de som faktisk lider et tap som følge av en fremtidig tvangsavståelse til Staten. Disse vil uansett ha en rett til erstatning etter Grunnloven § 105 om erstatningsplikt ved ekspropriasjon.

KS kan vanskelig se at en grunnlovsfestet rett til erstatning kan hindres av EØS-avtalen, men vil for ordens skyld få spørsmålet nærmere avklart.

c) *Unntak for vannfall i direkte eiet av kommuner og fylkeskommuner*

Heller ikke dette spørsmålet har vært utredet nærmere i forhold til EØS-avtalen. I EØS-rettslig sammenheng regnes staten, kommuner og fylkeskommuner som ulike forvaltningsnivåer innen den norske stat. Det antas derfor at det ikke er brudd på EØS-avtalen dersom man unnlater å pålegge kommuner og fylkeskommuner som sådan vilkår om hjemfall for vannfall som de måtte være direkte eiere av. KS vil også søke å få dette spørsmålet endelig avklart.

Selskaper eid av kommuner og fylkeskommuner regnes imidlertid som private i forhold til EØS-avtalen og kan derfor ikke på tilsvarende grunnlag unntas fra en hovedregel om hjemfall.

d) *Forlengelsen av hjemfallstiden for private konsesjonærer*

Utvalgets utreder konkluderer med at det vil kunne representere en ulovlig statstøtte om ikke de private konsesjonærene får forlenget sine konsesjoner slik at deres vannfall hjemfaller samtidig med de offentlige eide som foreslås underkastet lovtidspunktsmodellen. Også her er hans konklusjoner beheftet med betydelig usikkerhet.

#### **14.4 Behovet for en avklaring mot ESA**

Hjemfallssaken er en meget betydningsfull sak for Norge. EØS-utreders konklusjoner er usikre. De bærer gjennomgående preg av å være negative hver gang det er usikkerhet. Dette medfører at aktuelle modeller utelukkes fordi man overveier betydningen av å være på den absolutt sikreste siden av EØS-avtalen.

Det er behov for større grad av vilje til å legge seg opp mot yttergrensene for hva som er tillatelig, men ikke i strid med EØS-avtalens bestemmelser. Norge kan i en så viktig sak ikke bøye av for en utreders konklusjoner som innebærer betydelige begrensninger i Norges handlingsrom.

Det er meget uheldig at den norske stat til tross fra anmodninger fra KS på et så vitalt samfunnsområde som kraftforsyningen, så langt ikke har funnet det bryet verd å ta initiativ til forhandlinger med ESA med sikte på å avklare det norske handlingsrommet for så vidt gjelder nye regler om hjemfall.

Det vises til at det nærmest har vært regelen at Norge ved spørsmål eller kritikk fra ESA mot norsk lovgivning har svart med anmodning om forhandlinger. I de aller fleste tilfelle har en kommet frem til omforente løsninger hvor ESA har vist forståelse for særlige norske behov og spesielle særtrekk ved det norske samfunn.

Offentlig statistikk viser at de fleste saker er løst på et tidlig stadium i ESAs saksbehandling. I perioden 1999- 2003 er kun syv saker reist for EFTA-domstolen, mens i alt 129 saker er henlagt av ulike årsaker - ofte fordi ESA har funnet at staten har oppfylt sine forpliktelser. En henleggelse skjer gjerne etter uformelle diskusjoner med ESA om innholdet av statens forpliktelser. I ESA' årsmelding for 2003 er det uttalt på s.18 at det synkende antall åpningsbrev blant annet er resultatet av at "*an increasing number of cases are resolved by discussions between the Authority and the EFTA States at an early stage.*"

Uformelle drøftelser om innholdet av EFTA-statenes forpliktelser er følgelig en innarbeidet del av ESAs kontrollvirksomhet. Under slike prosesser har staten muligheter

til å føre reelle forhandlinger med ESA med sikte på å finne frem til en felles forståelse av hvor de EØS-rettslige grensene går. Det er på det rene at ESA ønsker slike løsninger velkommen.

KS mener derfor at staten må innlede en dialog med ESA med sikte på å finne akseptable løsninger innenfor det spillerom statene har. Dette er særlig klart fordi alle endringer i dagens ordninger vil føre med seg komplekse EØS-rettslige problemstillinger som det nettopp ville ha vært av betydning å få avklart med ESA på forhånd.

## **15. Erstatningsplikt etter Grunnloven § 105**

Lovtidspunktsmodellen vil antageligvis utløse en ikke ubetydelig erstatningsplikt for staten overfor kommuner og fylkeskommuner som må avstå fra sine vannfall med tilknyttede anlegg, etter Grunnloven § 105 om erstatning ved ekspropriasjon. OED har så langt avvist at det foreligger et erstatningsansvar. For så vidt gjelder den juridiske begrunnelsen for erstatningsplikten nøyer vi oss her med å vise til utredningen fra Simonsen Føyen Advokatfirma DA som omtales nedenfor.

Både transaksjonsmodellen ( foruten ) og en unntakelse av kommunen og fylkeskommunene som er direkte eiere fra vilkår om hjemfall vil gi dagens offentlige eiere bedre herredømme over når vilkår om hjemfall utløses og således minke presset på erstatningsspørsmålet. Tilsvarende vil den subsidiære rettighetsmodellen i seg selv fastsette at det skal ytes en betydelig erstatning, men kun til de som faktisk lider et tap.

Sammenligningsvis vil partielt hjemfall kun innebære en utdeling av en mindre erstatning til den som måtte være eier på hjemfallstidspunktet uavhengig av om denne faktisk har lidt noe tap.

## **16. Salgsinntekter og statlige overføringer til kommuner/fylkeskommuner**

Det følger av Utredningsinstruksen av 18. februar 2000 nr 108 punkt 2.3 at utvalget skal vurdere økonomiske og administrative virkninger lovforslaget utvalget vil fremme vil ha for Staten, fylkeskommuner og kommuner.

Analysen skal innholde en grundig og realistisk vurdering av hvilke samfunnsøkonomiske virkninger lovforslaget vil ha for nevnte parter herunder på deres utgifts- og inntektsforhold, i følge instruksen punkt 2.3.1.

I denne sammenheng er det klart at fylkeskommuner og kommuner berøres i betydelig grad av en lovendring. De eier om lag 40-50 % av kraftproduksjonen i Norge. Videre er de vertskommuner.

I tillegg vil den fremtidige organiseringen av kraftproduksjonen og lokaliseringen av kraftselskapenes administrasjoner ha stor betydning for næringsutviklingen i regionene foruten å påvirke regionenes inntekter gjennom skatter og avgifter. Dette skal også utredes i følge instruksen punkt 2.3.2.

Endringer i hjemfallsinstituttet vil kunne utløse nedslag fra kommunal sektor. Dette gjelder særlig dersom lovtidspunktsmodellen vedtas. Dette vil medføre betydelige

kapitalinntekter for de kommunene og fylkeskommunen som selger. Dette vil igjen øke deres kjøpekraft.

Samlet må det derfor legges til grunn at en endring av hjemfallsinstituttet vil ha store konsekvenser for den individuelle kommunes økonomi, den samlede kommuneøkonomien foruten den aggregerte etterspørselen av varer og tjenester i Norge. Dette vil igjen foranledige tiltak overfor overføringer mellom stat og kommune.

Hjemfallsutvalget har til tross for utredningsplikten etter Utredningsinstruksen i meget begrenset grad berørt og beskrevet problemstillingene. Dette skaper et usikkert informasjonsgrunnlag for den videre lovgivningsprosessen og dermed uheldig for Stortingets endelige beslutningsgrunnlag.

Som tidligere nevnt vil lovtidspunktsmodellen medføre et betydelig salgspress overfor kommunale og fylkeskommunale eiere. Dette taler entydig for at det både vil være bedre for kommunesektoren og nasjonaløkonomien om man velger transaksjonsmodellen og åpner for unntak for vilkår om hjemfall for vannfall som er i direkte kommunalt og fylkeskommunalt eierskap. Disse modellene gir jevnere inntektsstrømmer og er derfor både i et kommuneøkonomisk og et nasjonaløkonomisk perspektiv langt å foretrekke fremfor lovtidspunktsmodellen.

## **17. Høringsprosessen**

### **17.1 Høringsfrist**

OED har satt den korteste fristen som kan benyttes uten å gjøre unntak fra reglene om høringer av forslag til lovendringer. Høringsuttalelser må være mottatt av OED innen 1. mars 2005.

### **17.2 Hvem som kan avgi høringsuttalelser**

#### **a) Medlemmenes egne høringsuttalelser**

Alle kommuner, fylkeskommuner og KS Bedrifts medlemmer kan avgi egne høringsuttalelser til OED. KS og KS Bedrift ber om å få tilsendt en kopi av de høringsuttalelsene som går direkte fra medlemmene til OED, slik at KS og KS Bedrift kan ta hensyn til disse uttalelsene i sitt videre arbeid.

#### **b) KS og KS Bedrifts høringsuttalelser**

KS og KS Bedrift vil avgi høringsuttalelser og oppfordrer derfor medlemmene til å gi skriftlige og muntlige innspill til KS og KS Bedrift. Dessverre har OED, som tidligere nevnt, benyttet seg av minimumsfristen for høringer, hvilket gir våre medlemmer og KS og KS Bedrift knapp tid. KS' uttalelse må styrebehandles i KS' sentralstyre og det bes derfor om at innspill og kopier av høringsuttalelser kommer inn i så god tid som mulig før utløpet av høringsfristen.

### **17.3 Høringsdokumentet og annet grunnlagsmateriale**

OEDs høringsbrev, NOU 2004:26 Hjemfall med vedlegg er lagt ut på departementets hjemmeside. Når det gjelder selve høringsdokumentene viser KS til følgende internettadresse:

<http://www.dep.no/oed/norsk/dok/hoering/p10002039/026021-080013/dok-bn.html>

NOU'en er omfangsrik. KS vedlegger derfor dette brevet en kopi av særmerknaden til KS, LVK og LO.

Videre viser vi til *Utredning om hjemfall og endringer i reglene om hjemfall* datert mai 2002. Utredningen er utarbeidet av Simonsen Føyen Advokatfirma DA på vegne av KS og KS Bedrift. Utredningen gir en generell innføring i reglene om hjemfall. Den er lagt ut på våre internettsider : <http://www.ks.no> og <http://www.ks-bedrift.no>

#### **17.4 Seminar om hjemfall**

KS, LVK og LO arrangerer i fellesskap heldagsseminar om hjemfall den 20. januar 2005 i Folkets Hus i Oslo. Seminaret starter kl. 10.00. Program og påmelding finnes på de samme internettdressene som ovenfor:

På seminaret vil hjemfallsutvalgets innstilling bli diskutert. Seminaret avsluttes med paneldebatt med sentrale stortingspolitikere fra AP, SV, SP, H, Frp og Krf. KS oppfordrer alle berørte medlemmer om å møte opp.

#### **17.5 Kontaktperson hos KS og KS Bedrift**

Innspill, spørsmål og andre henvendelser i forbindelse med høringen av OEDs forslag bes rettet til spes.rådg. Jan Fredrik Andersen-Gott i KS Bedrift. Hans kontaktdetaljer er som følger: Epost: [jan.andersen-gott@ks.no](mailto:jan.andersen-gott@ks.no). Telefon. 24 13 29 37 / 97 09 82 83. Sistnevnte har sammen med adm.dir. Olav Ulleren og direktør Bjørn Gudbjørgrud ansvaret for KS og KS Bedrifts oppfølging av saken.

Når det gjelder mer tekniske spørsmål kan det tas kontakt med KS' rådgiver i saken, adv. Peter Aall Simonsen, Simonsen Føyen Advokatfirma DA. Hans kontaktdetaljer er som følger: Epost: [peter.aall.simonsen@simonsenfoyen.no](mailto:peter.aall.simonsen@simonsenfoyen.no). Telefon: 21 95 55 00/920 23 789.

Med vennlig hilsen

Olav Ulleren  
Adm.direktør

Jan F. Andersen-Gott  
Spesialrådgiver

Vedlegg

Kopi: LVK  
LO



# **EØS OG HJEMFALL**

**Utredning ved**

**professor dr. juris Finn Arnesen**

**Senter for europarett ved Universitetet i Oslo**

# EØS og hjemfall, vurdert

|          |                                                                                                    |           |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1</b> | <b>INNLEDNING .....</b>                                                                            | <b>3</b>  |
| 1.1      | OVERSIKT .....                                                                                     | 3         |
| 1.2      | SAMMENFATNING .....                                                                                | 3         |
| <b>2</b> | <b>SITUASJONEN I DAG .....</b>                                                                     | <b>5</b>  |
| 2.1      | INNLEDNING .....                                                                                   | 5         |
| 2.2      | ETABLERINGSREGLERES BETYDNING FOR GITTE KONSESJONER .....                                          | 6         |
| 2.2.1    | <i>Innledning.....</i>                                                                             | 6         |
| 2.2.2    | <i>Etableringsreglenes betydning for vedtak fattet før 1994 .....</i>                              | 7         |
| 2.2.3    | <i>Etableringsreglenes betydning for vedtak fattet etter 1994.....</i>                             | 7         |
| 2.2.4    | <i>Sammenfatning.....</i>                                                                          | 9         |
| 2.3      | KAPITALREGLERES BETYDNING FOR GITTE KONSESJONER .....                                              | 9         |
| 2.4      | SÆRLIG OM KONSESJONER ETTER VASSDRAGSREGULERINGSLOVEN .....                                        | 11        |
| 2.5      | SAMMENFATNING .....                                                                                | 12        |
| <b>3</b> | <b>STATSSTØTTEINNSIGELSEN .....</b>                                                                | <b>13</b> |
| 3.1      | INNLEDNING .....                                                                                   | 13        |
| 3.2      | MULIG INNVENDING: MANGLENDE HENSYNTAGEN TIL KONSEKVENSENE AV ETABLERINGS- OG KAPITALREGLERNE ..... | 14        |
| 3.3      | MULIG INNVENDING: MANGLENDE PROBLEMATISERING AV STØTTETIDSPUNKTET .....                            | 16        |
| 3.4      | MULIG INNVENDING: MANGLENDE HENSYNTAGEN TIL RELEVANTE SKATTEREGLER .....                           | 17        |
| 3.5      | MULIG INNVENDING: MANGLENDE HENSYNTAGEN TIL AT STØTTEMOTTAKERNE ER OFFENTLIGE FORETAK .....        | 18        |
| 3.6      | SAMMENFATNING .....                                                                                | 21        |
| <b>4</b> | <b>TRANSAKSJONSMODELLEN .....</b>                                                                  | <b>22</b> |
| 4.1      | INNLEDNING .....                                                                                   | 22        |
| 4.2      | HOLDBARHETEN AV ANALOGIER FRA STATSSTØTTEREGLERNE .....                                            | 22        |
| 4.3      | TRANSAKSJONSMODELLEN OG ETABLERINGSREGLERNE .....                                                  | 24        |
| 4.3.1    | <i>Innledning.....</i>                                                                             | 24        |
| 4.3.2    | <i>Forutsetning: Hjemfallsinstituttet falt bort 1. januar 1994 .....</i>                           | 25        |
| 4.3.3    | <i>Forutsetning: Hjemfall kan gjøres gjeldende for konsesjoner gitt før 1. januar 1994 .....</i>   | 25        |
| 4.4      | TRANSAKSJONSMODELLEN OG KAPITALREGLERNE .....                                                      | 28        |
| 4.4.1    | <i>Innledning.....</i>                                                                             | 28        |
| 4.4.2    | <i>Forutsetning: Hjemfallsinstituttet falt bort 1. januar 1994 .....</i>                           | 28        |
| 4.4.3    | <i>Forutsetning: Hjemfall kan gjøres gjeldende for konsesjoner gitt før 1. januar 1994 .....</i>   | 30        |
| 4.5      | TRANSAKSJONSMODELLEN OG STATSSTØTTEREGLERNE .....                                                  | 31        |

|          |                                                           |           |
|----------|-----------------------------------------------------------|-----------|
| 4.6      | SAMMENFATNING OG KONKLUSJONER .....                       | 32        |
| <b>5</b> | <b>RETTIGHETSMODELLEN .....</b>                           | <b>33</b> |
| <b>6</b> | <b>KOMMUNALT EIERSKAP .....</b>                           | <b>34</b> |
| 6.1      | INNLEDNING .....                                          | 34        |
| 6.2      | DIREKTE EIERSKAP TIL NATURRESSURSEN .....                 | 35        |
| 6.3      | UTNYTTELSEN .....                                         | 35        |
| 6.3.1    | <i>Innledning.....</i>                                    | 35        |
| 6.3.2    | <i>Statsstøttereglenes betydning for utnyttelsen.....</i> | 36        |
| 6.3.3    | <i>Utsetting av driften.....</i>                          | 37        |
| 6.4      | SAMMENFATNING .....                                       | 38        |

# 1 Innledning

## 1.1 Oversikt

Advokatfirmaet Simonsen Føyen har på vegne av Kommunenes Sentralforbund forespurt meg om å foreta en utredning av spørsmål knyttet til de konklusjoner som trekkes i NOU 2004: 26, Hjemfall – heretter *Hjemfallsutredningen*, generelt, og i trykt vedlegg 3 til utredningen, EØS-rettslig vurdering av hjemfallsinstituttet (førsteamanuensis dr. juris Olav Kolstad) – heretter *Kolstad*, spesielt.

De spørsmål jeg er bedt om å ta stilling til knytter dels an til hvilken modell som kan velges for gjennomføringen av et nytt regime. Problemstillingen er om gjennomføringen kan være transaksjonsbestemt. Alternativet er at EØS-retten krever at hjemfall innføres ved lov, med virkning fra lovgivningstidspunktet. Dette spørsmålet behandles nærmere i avsnitt 4.

I *Hjemfallsutredningen* lanseres det en modell kalt rettighetsmodellen. Kjernen i denne er etter det jeg kan forstå en kompensasjonsordning. De spørsmål denne modellen reiser i forhold til EØS-retten behandles i avsnitt 5.

Det synes temmelig åpenbart EØS-retten ikke tillater at offentlige foretak, det vil si foretak der det offentlige har bestemmende eierinnflytelse, skjermes mot hjemfall. Dette gir grunnlag for å reise spørsmålet om det kan tenkes andre organisasjonsmåter som innebærer at kommunene unngår at ressurser og anlegg de oppfatter som sine trekkes inn i statskassen. En skisse til hvordan dette kan gjøres, leveres i avsnitt 6.

Felles for drøftelsene i disse avsnittene er imidlertid at de må ta utgangspunkt i rettstilstanden slik den er i dag. Dette innebærer for det første en stillingtagen til betydningen av at EØS-avtalens regler om fri etableringsrett og fri bevegelighet for kapital har vært en del av norsk rett, med forrang for andre regler i norsk rett, siden 1. januar 1994. For det annet innebærer dette en stillingtagen til spørsmålet om den favorisering av offentlige foretak skjermingen av dem mot hjemfall innebærer er å anse som statsstøtte i EØS-rettslig forstand. Disse spørsmålene behandles i avsnittene 2 og 3 nedenfor.

## 1.2 Sammenfatning

Fremstillingen vil vise at de hjemfallsvilkår som er stillet ikke kan gjeldende gjøres i dag, da de er i strid med EØS-avtalen slik den gjelder som norsk rett. Dette medfører at for de fleste praktiske formål falt hjemfallsinstituttet bort da EØS-avtalen trådte i kraft. Fremstillingen vil også vise at dette medfører at offentlige foretak ikke kan anses å motta

statsstøtte i EØS-rettslig forstand, fordi de private foretakene, etter at EØS-avtalen trådte i kraft, rettslig sett står i samme stilling som de offentlige. Fremstillingen vil også vise at dersom man ikke aksepterer det synspunkt at hjemfallsinstituttet bortfalt da EØS-avtalen trådte i kraft, aksepterer man at de offentlige foretakene mottar statsstøtte.

Fremstillingen vil vise at gitt at hjemfallsinstituttet bortfalt 1. januar 1994, medfører EØS-retten få skranker med hensyn til innføring av et nytt hjemfallsregime gjennom en transaksjonsmodell, og norske myndigheter vil stå temmelig fritt med hensyn til den nærmere utformingen av en slik modell.

Fremstillingen vil vise at den såkalte rettighetsmodellen neppe stiller vesentlige EØS-rettslige spørsmål, forutsatt at de eiere det er på tale å gi kompensasjon er kommuner eller fylkeskommuner. Dersom modellen er slik å forstå at det er konsesjonærene selv som skal motta kompensasjonen, stiller saken seg annerledes.

Endelig vil fremstillingen vise at gitt at man ønsker å innføre et hjemfallsregime, og gitt at man ønsker en større grad av offentlig kontroll med virksomheten enn styring gjennom generelle regler alene medfører, synes en farbar vei å være å organisere utnyttelsen av kraftproduksjonen slik at fall og anlegg i offentlig eie drives av private på grunnlag av ulike former for kontrakter. En slik kontraktsbasert utnyttelsesmodell kan gjennomføres allerede i dag, innenfor rammene av gjeldende regelverk. Med hensyn til den nærmere utforming av kontraktene, eventuelt utformingen av nytt regelverk, kan organiseringen av utnyttelsen av petroleumsressursene på norsk kontinentalsokkel og de overveielser som har ledet frem til denne, synes som en tjenlig inspirasjonskilde.

## 2 Situasjonen i dag

### 2.1 Innledning

Ved drøftelsen av iversettingsalternativer for et eventuelt nytt regime, og til en viss grad i forbindelse med drøftelsen av alternative organisasjonsmåter, er det av avgjørende betydning å ha en klar formening om hva som er rettstilstanden i dag for så vidt gjelder tidsbegrensning og hjemfall i konsesjoner som allerede er gitt.

Det fremgår av *Hjemfallsutredningen*, kapittel 4 at det de senere 10-12 år har foregått betydelige omstruktureringer i kraftsektoren, blant annet ved at offentlig engasjement i kraftproduksjonen ble organisert i egne rettssubjekter, og ved at det er blitt foretatt en rekke oppkjøp og sammenslåinger. Siden 1991 har industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd gitt hjemmel for fritak fra konsesjonsplikt og forkjøpsrett 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.<sup>1</sup> Praksis har etter det jeg forstår vært at de opprinnelige vilkårene i det vesentlige videreføres. Ordningen kan likevel gi grunnlag for å diskutere om det ikke egentlig er gitt en ny ervervskonsesjon – det har jo skjedd en overføring av eiendomsretten til vannfallene – eller om dette best kan karakteriseres som en videreføring av allerede gitt konsesjoner. Antakelig er den første synsmåten den mest treffende siden det dreier seg om erverv som i utgangspunktet er konsesjonspliktige.<sup>2</sup>

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.<sup>3</sup> Det fremgår ikke av *Hjemfallsutredningen* hvor mange private foretak som er gitt fritak etter industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd etter 1. januar 1994.

Det fremgår av *Hjemfallsutredningen* at 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.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> *Hjemfallsutredningen*, avsnittene 5.2.1.7 og 5.3.3.

<sup>2</sup> Jf. for så vidt *Hjemfallsutredningen* avsnitt 5.3.3 og *Kolstad* avsnitt 2.8.2.

<sup>3</sup> *Hjemfallsutredningen*, avsnitt 5.3.1.3.

<sup>4</sup> *Hjemfallsutredningen*, s. 33. Jeg har ikke oversikt over hvor mange verk det kan dreie seg om, og heller ikke over hvorvidt alle konsesjonsbelagte verk er pålagt vilkår om hjemfall.

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 private.

Problemstillingen i det følgende er hvilke konsekvenser henholdsvis etableringsreglene og reglene om fri bevegelse for kapital, slik de gjelder som norsk rett, har for vilkår om tidsbegrensning og hjemfall i konsesjoner som allerede er gitt.

Etablerings- og kapitalreglene følger blant annet av bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel. Gjennom lov 109/1992, EØS-loven, § 1 gjelder EØS-avtalens hoveddel som norsk lov, og etter EØS-loven § 2 skal bestemmelser i norsk lov som tjener til å oppfylle forpliktelsene etter EØS-avtalen gå foran andre lovbestemmelser ved motstrid. Dette innebærer at i den grad konsesjonsvilkår er i strid med reglene i EØS-avtalens hoveddel om etableringsrett og frie kapitalbevegelser, er de også i strid med norsk lov.

## **2.2 Etableringsreglenes betydning for gitte konsesjoner**

### **2.2.1 Innledning**

Det er liten grunn til å diskutere nærmere om forskjellsbehandlingen av offentlig kontrollerte foretak, heretter offentlige foretak, og andre foretak med hensyn til vilkår om tidsbegrensning og hjemfall rammes av EØS-avtalens regler om etableringsrett, det vil si art. 31 EØS flg., det synes åpenbart at så er tilfellet. Spørsmålet er utelukkende hvilken betydning etableringsreglene har for gitte konsesjoner.

De private foretakene som har fått konsesjon etter 1. januar 1994, er etter det jeg leser av Hjemfallsutredningen 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 grunn til å gå nærmere inn på problemstillingen her.<sup>5</sup> Det skal imidlertid svært lite til før det foreligger et grenseoverskridende element. I det følgende drøftes derfor etableringsreglenes 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.

Hvorvidt de private foretakene som er gitt konsesjon med vilkår om tidsbegrensning og hjemfall etter 1. januar 1994 er beskyttet av reglene om etableringsrett eller ikke, har betydning i forhold til én av de innvendinger som kan reises mot å se forskjellsbehandlingen av offentlige og private foretak som statsstøtte til de offentlige foretakene, jf. nærmere i avsnitt 3.2 nedenfor

---

<sup>5</sup> Nærmere om kravet til grenseoverskridende element, se Fredrik Sejersted et al., EØS-rett, 2. utg., Oslo 2004 (*Sejersted et al.*), avsnittene 17.5 og 20.2.4.

### 2.2.2 Etableringsreglenes betydning for vedtak fattet før 1994

Det er enighet om at EØS-retten ikke krever 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.<sup>6</sup> Det er ikke situasjonen når det gjelder forholdet til etableringsreglene, hvor poenget er den forskjellsbehandling mellom private og offentlige foretak som skjedde da konsesjon ble gitt. Etableringsreglene krever dermed ikke at det gis regler som innebærer hjemfall for erverv der konsesjon er gitt uten slikt vilkår, og heller ikke at det gis regler som innebærer at ervervskonsesjoner som er gitt med slikt vilkår omgjøres.<sup>7</sup>

Tilbake står da spørsmålet om etableringsreglenes betydning for vilkår knyttet til erverv foretatt etter 1994 og frem til i dag.

### 2.2.3 Etableringsreglenes betydning for vedtak fattet etter 1994

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 én av to måter, eller ved en kombinasjon av disse; enten 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, slik at spørsmålet om hvordan EØS-konformitet kan oppnås med hensyn til konsesjoner gitt etter 1994 beror på norsk rett.

Det er fast praksis at offentlige foretak meddeles endelige ervervskonsesjoner, og selv om industrikonsesjonsloven hjemler vilkår om tidsbegrensning, gir den neppe hjemmel for å pålegge offentlige foretak vilkår om hjemfall.

<sup>6</sup> Se nærmere *Kolstad*, avsnitt 2.8, og også Ulf Hammer, Hans Petter Graver og Henrik Bjørnebye, EØS-avtalens betydning for industrikonsesjonslovens bestemmelser om tidsbegrenset konsesjon og hjemfall, utredning på oppdrag fra Energibedriftenes landsforening, mai 2002, (*Hammerutredningen*), avsnitt 5.2.1.

<sup>7</sup> Jeg nøyer meg med å vise til *Kolstad*, avsnitt 2.8. Jeg vil likevel melde den nyanse at EØS-avtalen ikke inneholder noe forbud mot tilbakevirkning. Poenget er at den ikke *krever* at det gripes inn i etablerte rettighetsposisjoner. Dette medfører at eventuelle skranker mot slike inngrep må søkes annetsteds, for eksempel i Grunnloven § 97.



Etter forvaltningsloven § 35 første ledd litra c kan vedtak omgjøres til ugunst for part der vedtaket må anses ugyldig. Det er imidlertid ikke åpenbart at bestemmelsen kan brukes som hjemmel for å introdusere vilkår industrikonsesjonsloven selv ikke hjemler. Ganske særlig gjelder dette når ugyldigheten, som i de foreliggende tilfellene, kan avhjelpest ved omgjøring av andre vedtak til gunst for partene i disse.<sup>8</sup> Under enhver omstendighet statuerer ikke forvaltningsloven § 35 første ledd litra c plikt til å benytte eventuell omgjøringskompetanse. En slik plikt må utledes på annet grunnlag. Et mulig grunnlag kunne være lojalitetsplikten etter art. 3 EØS. Til dette er å innvende at lojalitetsplikten ikke krever annet enn at EØS-forpliktelsene respekteres, og dette kan som nevnt gjøres ved å justere de vedtak der det er stillet vilkår om hjemfall. Heller ikke lojalitetsplikten etter EØS-avtalen innebærer dermed noen plikt til, hvis mulig, å omgjøre til ugunst for offentlige foretak.

Dette medfører at den adgang som følger av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper til å omgjøre forvaltningsvedtak til ugunst for en part, neppe rekkes så langt at den hjemler innføring av vilkår om hjemfall i konsesjoner gitt offentlige foretak etter 1994, og selv om den skulle rekke så langt, statuerer ikke EØS-avtalen noen plikt til å benytte kompetansen dersom EØS-konformitet kan oppnås på annen måte. Det skjønn EØS-retten etterlater norske myndigheter, må dermed utøves innen rammene av norsk rett, og dette medfører bortfall av hjemfallsvilkår der slikt vilkår er i strid med EØS-retten.

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 ikke er benyttet, kan ikke dette være til hinder for en omlegging av praksis. Det er likevel tvilsomt om det i dag er adgang etter reglene om omgjøring av forvaltningsvedtak til ugunst å innføre tidsbegrensning i konsesjoner som er gitt for flere år siden. Under enhver omstendighet er dette ikke forsøkt gjort.

Dette medfører at en første betingelse for at den rettstilstand etableringsreglene krever kan oppnås, er at vilkåret om hjemfall i konsesjoner gitt private etter 1994 anses ugyldig der slikt vilkår strider mot EØS-retten.

Industrikonsesjonsloven må forstås med de begrensninger som følger av EØS-rettens regler om etableringsrett slik disse er gjort til en del av norsk rett, og det medfører at det etter 1994 ikke har vært hjemmel for å stille vilkår om hjemfall overfor foretak som beskyttes av etableringsreglene.

---

<sup>8</sup> Noe annerledes, *Hammerutredningen*, avsnitt 5.3, avslutningsvis. Det påpekes imidlertid der at spørsmålet neppe er opplagt, og kan fortjene en ytterligere utredning.

Når det gjelder vilkår om tidsbegrensning, beror spørsmålet om dette også må anses ugyldig på om det er adgang til å omgjøre de konsesjoner som er gitt de offentlige foretakene, og om denne omgjøringsadgangen faktisk benyttes. Dersom det ikke er omgjøringsadgang, eller denne adgangen ikke benyttes, bortfaller også vilkåret om tidsbegrensning der dette er stillet overfor foretak som beskyttes av etableringsreglene.<sup>9</sup>

Et spørsmål jeg ikke ser grunn til å gå nærmere inn på er om de vilkår om tidsbegrensning som er satt er nulliteter, det vil si vilkår konsesjonærene ikke behøver rette seg etter, eller angripelige vilkår, det vil si vilkår som må respekteres inntil de blir angrepet.<sup>10</sup> Spørsmålet kan ha praktisk betydning dersom det innføres hjemfall for alle, slik forslaget er i Hjemfallsutredningen. Det kan da spørres om private foretak som er gitt konsesjon etter 1. januar 1994 kommer i samme stilling som offentlige foretak gitt konsesjon etter samme tidspunkt med hensyn til vern mot inngrep i etablerte rettigheter m.v.

#### **2.2.4 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 antakelig faller bort i den grad 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. Grunnlaget vil være forvaltningsloven § 35 første ledd litra c) sammenholdt med industrikonsesjonsloven § 4, som forutsetter at konsesjon kan gis med tidsbegrensning. 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 myndigheter fritt.

### **2.3 Kapitalreglenes betydning for gitte 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

<sup>9</sup> Jeg ser ikke grunn til å behandle spørsmålet om hvilken varighet konsesjonene til de offentlige foretakene må gis for å tilfredsstille etableringskravene om likebehandling. Antakelig vil dette, med mindre det også gjøres noe med konsesjonstiden for de private, bero på en konkret vurdering.

<sup>10</sup> Nærmere om problemstillingen og vurderingene i sin alminnelighet, se Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 2. utg., Oslo 2002, kapittel 29.

«investors willing to acquire shares of private undertakings intending to buy, or possessing, waterfalls for the production of energy, may be detected from doing so only by the fact that Norwegian rules treat unfavourably those undertakings as compared to public undertakings».<sup>11</sup>

Selv om dette er et vedvarende forhold, synes det 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.<sup>12</sup>

Spørsmålet stiller seg noe annerledes for den pliktposisjonen konsesjonsvilkårene etablerer, det vil si tidsbegrensning og hjemfall. For det første vil det disincentiv med hensyn til investeringer i private foretak kontra offentlige foretak tidsbegrensning og hjemfall representerer, og som ESA mener er i strid med EØS-avtalens regler om frie kapitalbevegelser, ha vedvarende virkninger i forhold til kapitalbevegelser. Dette i motsetning til bruddet på etableringsreglene – her er det forskjellsbehandlingen på konsesjonstidspunktet som er i strid med reglene. Det kan dermed hevdes at kapitalreglene, slik de gjelder i norsk rett, medfører at de vilkår som innebærer disincentiver med hensyn til investering i private foretak kontra offentlige foretak er en restriksjon på kapitalbevegelser.

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.<sup>13</sup> Et offentlig foretak opphører å være det der det offentlige kontrollerer mindre enn to tredjedeler av eier- og stemmeinnflytelsen. Dette er klart nok en restriksjon på kapitalbevegelser. Restriksjonen har et element av diskriminering, jf. favoriseringen av det offentlige og offentlige foretak,<sup>14</sup> som kan kjøpe andeler uten at dette for negative konsekvenser for konsesjonærens rett til fall og anlegg – snarere tvert i mot. Denne favoriseringen lar seg ikke begrunne på en måte som tilfredsstiller EØS-rettens krav.<sup>15</sup>

Vi ser dermed at vilkåret er ugyldig fordi det strider mot EØS-avtalens kapitalregler slik disse gjelder som norsk lov, og vilkår om hjemfall og tidsbegrensning bortfaller dermed i alle konsesjoner.<sup>16</sup> Situasjonen er egentlig ikke annerledes enn der atferdsregulerende vilkår strider mot senere lov, og at man ikke behøver respektere slike vilkår anses for så opplagt spørsmålet ikke engang er berørt i teoretiske fremstillinger.

<sup>11</sup> Reasoned opinion, 20. februar 2002, avsnitt 46.

<sup>12</sup> Slik *Kolstad*, avsnitt 2.8.1

<sup>13</sup> Sak C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*. Se premissenes pkt. 40 flg.

<sup>14</sup> Slike foretak vil per definisjon ikke være utlendinger. Det er da uten betydning at en rekke norske investorer ikke er offentlige foretak. Dette kan for så vidt forankres i Sml. 1989 s. 4035, sak C-3/88, *Kommisjonen mot Italia*, premissenes pkt. 6 til 9.

<sup>15</sup> Se for øvrig Reasoned Opinion 20. februar 2002 avsnitt III.3.

<sup>16</sup> Verken *Kolstad* eller *Hammerutredningen* diskuterer dette spørsmålet.

Forbud mot tilbakevirkning er selvfølgelig ikke til hinder for at private foretak nå får en gunstigere stilling enn de hadde da konsesjonen ble gitt.

Betydningen av kapitalreglene for konsesjoner gitt etter 1. januar 1994 er den samme som betydningen av etableringsreglene, og det vises derfor til drøftelsene i avsnitt 2.2.3, men dette har bare selvstendig betydning dersom man er uenig i den betydning kapitalreglene tillegges for allerede gitte konsesjoner.

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.

Også her kan det reises spørsmål om kapitalreglene medfører at vilkåret er en nullitet, eller bare angripelig.

## **2.4 Særlig om konsesjoner etter vassdragsreguleringsloven**

Vassdragsreguleringsloven § 2 gjør vassdragsreguleringer betinget av konsesjon. Samme lovs § 10 bestemmer at slik konsesjon kan gis en varighet 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 avstått reguleringsanlegget med tilliggende grunn og rettigheter.

Det er fast praksis at kommuner og offentlige foretak gis ubegrenset konsesjon.<sup>17</sup> 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.

---

<sup>17</sup> Hjemfallsutredningen, avsnitt 5.2.2.

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

## **2.5 Sammenfatning**

Drøftelsene har vist at rettstilstanden i dag etter alt å dømme er at i den grad det aksepteres at differensieringen mellom offentlige og private foretak med hensyn til vilkår om tidsbegrensning og hjemfall er i strid med EØS-avtalens regler om etableringsrett og fri bevegelse for kapital slik disse gjelder som norsk rett, kan de vilkår om hjemfall som er stillet ved privates erverv ikke håndheves i dag – det vil være i strid med reglene om fri bevegelse for kapital både for så vidt gjelder konsesjoner gitt før 1994 og for konsesjoner gitt etter. 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 så vel gitte konsesjoner som for konsesjoner tildelt etter dette tidspunktet.

## 3 Statsstøtteinnsigelsen

### 3.1 Innledning

Kolstad diskuterer spørsmålet om hjemfallsregimet gir offentlige aktører fordeler som rammes av forbudet mot statsstøtte i art. 61(1) EØS i avsnitt 2.9 av utredningen. Han konkluderer slik i avsnitt 2.9.6:

«Ulike vilkår om hjemfall i forhold til offentlige og private aktører vil gi offentlige aktører en lettelse i de byrder de er pålagt i forbindelse med konsesjoner etter industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven som innebærer økonomiske fordeler sammenlignet med den hjemfallspålagt private aktører pålegges under samme ordning. Denne fordelene representerer statsstøtte i artikkel 61(1)s forstand som er egnet til å vri konkurransen. De øvrige vilkår i artikkel 61(1) er også oppfylt. Da ingen av unntakene i artikkel 61(2) kommer til anvendelse og ingen av vilkårene i artikkel 61(3) er oppfylt, vil den gjeldende hjemfallsordning sannsynligvis være uforenlig med artikkel 61. Da ordningen i så fall er å betrakte som bestående støtte etter artikkel 62(1) vil ordningen kunne implementeres uhindret av statsstøttereglene inntil ESA treffer vedtak om at ordningen er uforenlig med artikkel 61.»

Det er sikker rett at fellesskapsrettens, og dermed EØS-rettens, statsstøttebegrep omfatter mer enn direkte pengeoverføringer. Også regelverk som er slik utformet at noen unngår en byrde andre pålegges kan etter omstendighetene være å anse som statsstøtte der dette korresponderer med en oppofrelse fra statens side. Det klassiske EØS-eksempelet på dette er differensiert arbeidsgiveravgift.<sup>18</sup>

Det er således ikke utelukket at det forhold at enkelte foretak nyter godt av en myndighetsskapt fordel sett i forhold til andre foretak i samme situasjon innebærer (et element av) statsstøtte. Hvorvidt dette faktisk er tilfellet, beror likevel på en nærmere vurdering der en rekke forhold inngår. Kolstad redegjør for dette i sin utredning, og jeg kan i det vesentlige tiltre hans generelle utlegninger.

Det lå utenfor Kolstads mandat å vurdere om differensieringen også innebærer statsstøtte til eiere av ukonsederte fall og andre konsesjonærer enn offentlige foretak som ikke er pålagt vilkår om hjemfall. Jeg ser ikke grunn til å gå nærmere inn i spørsmålet her, men det synes klart at de argumenter han fremfører har like stor bærekraft i relasjon til slike foretak.

Jeg mener likevel det blir anstrengt når det kommer til subsumsjonen. Årsaken til dette er at analysen har flere svakheter, og vil særlig peke på fire forhold, hvor det første er grunnleggende, mens de øvrige kan gi grunnlag for nyanseringer av Kolstads konklusjoner; manglende hensyntagen til konsekvensene av etablerings- og kapitalreglene, manglende problematisering av støttetidspunktet, manglende hensyntagen

<sup>18</sup> Se EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-6/98, 1999 EFTA Court Report p. 74.

til relevante skatteregler og endelig manglende hensyntagen til det forhold at støttemottakerne er foretak kontrollert av det offentlige. Dette behandles nærmere hver for seg i avsnittene nedenfor.

### **3.2 Mulig innvending: Manglende hensyntagen til konsekvensene av etablerings- og kapitalreglene**

Drøftelsene i avsnitt 2 viste at det må kunne legges til grunn som sikker rett at en forskjellsbehandling av offentlige foretak og private med hensyn til vilkår om tidsbegrensning og hjemfall i konsesjoner, eller fritak fra konsesjonsbehandling,<sup>19</sup> gitt etter 1. januar 1994 er i strid med etablerings- og kapitalreglene, og at disse gjelder som norsk lov. Dette medfører i sin tur at det ikke kan være tale om å se det slik at offentlige foretak er gitt en begunstiget stilling i forhold til private, og statsstøttesynspunktet bortfaller allerede på dette grunnlag for så vidt gjelder disse konsesjonene.<sup>20</sup>

Resonnementet er i korthet slik: I den grad private foretak etter 1. januar 1994 har fått ervervskonsesjoner med hjemfallsvilkår, foreligger klart nok en forskjellsbehandling. Denne forskjellsbehandlingen er i strid med EØS-avtalens regler om etableringsrett og frie kapitalbevegelser. Disse gjelder som norsk lov, jf. EØS-l. § 1, og skal ved motstrid med andre regler legges til grunn, jf. EØS-l. § 2. Det EØS-stridige ligger i forskjellsbehandlingen av offentlige og private foretak. Denne forskjellsbehandlingen er et resultat av at industrikonsesjonsloven krever at private foretaks ervervskonsesjoner skal gis for begrenset tid, og med vilkår om hjemfall, mens offentlige foretaks ervervskonsesjoner er gitt uten slike vilkår. Forskjellsbehandlingen kan bringes til opphør på to måter; enten ved at offentlige foretak gis den samme rettslige posisjon som private, eller ved at private gis den samme rettslige posisjon som offentlige foretak. Det første alternativet krever omgjøring av tildelingsvedtaket til ugunst for de offentlige foretak som er gitt ervervskonsesjon etter 1. januar 1994. Det er det neppe hjemmel for, og under enhver omstendighet er en eventuell hjemmel ikke benyttet. Da står bare den andre muligheten tilbake. Denne krever verken omgjøring eller lovendring, men følger direkte av konfliktregelen i EØS-loven § 2.

Drøftelsene i avsnitt 2.3 viste at det vil være i strid med kapitalreglene å håndheve vilkår om hjemfall og tidsbegrensning i konsesjoner gitt før 1. januar 1994, med mindre tilsvarende vilkår introduseres i tillatelser gitt offentlige foretak. Det er det pr. i dag ikke hjemmel for når det gjelder vilkår om hjemfall, og den hjemmelen som eventuelt er til å introdusere tidsbegrensning er ikke benyttet. Legges dette til grunn, medfører det at det heller ikke foreligger noen støtte når sammenligningsgrunnlaget er private foretak som er gitt konsesjon før 1. januar 1994.

<sup>19</sup> Jf. industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd. Slike fritak må rettslig sett ses som vedtak om videreføring av allerede gitt konsesjon, på samme vilkår.

<sup>20</sup> Etter det jeg kan forstå av *Hjemfallsutredningen* avsnitt 5.2.1.7, dreier dette seg om den alt overveiende delen av norsk kraftforsyning.

Som det vil fremgå av avsnitt 3.3 er det ikke åpenbart at virkningen av enkeltvedtak fattet før 1. januar 1994 skal vurderes i forhold til EØS-avtalens statsstøtteregler.

Det fremgikk av drøftelsene i avsnitt 2.2.2 at etableringsreglene ikke har konsekvenser for vilkår om tidsbegrensning og hjemfall i konsesjoner gitt før 1. januar 1994. Legges det til grunn at heller ikke kapitalreglene har betydning for disse konsesjonene, blir spørsmålet om det forhold private foretak gitt konsesjon før 1. januar 1994 må tåle tidsbegrensning og hjemfall innebærer en støtte til alle andre konsesjonærer. Dette spørsmålet har en side mot når en eventuell støtte anses gitt. Det kommer vi tilbake til i avsnitt 3.3. Spørsmålet har imidlertid også en side mot spørsmålet om hvem det skal sammenlignes med når det tas stilling til om det foreligger en begunstigelse av «enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer» etter art. 61 EØS.

Situasjonen, slik det er redegjort for i avsnitt 2, er at det 1. januar 1994 i realiteten skjedde et regimeskifte ved at enhver tilsynelatende forskjellsbehandling mellom offentlige og private foretak med hensyn til tidsbegrensning og hjemfall er brakt til opphør ved at etablerings- og kapitalreglene gjelder som norsk lov, med forrang fremfor andre lovbestemmelser. Dersom det legges til grunn at dette representerer statsstøtte til foretak som har fått konsesjon etter 1. januar 1994, innebærer dette at statsstøttereglene er til hinder for at generelle lettelsener i rammevilkår som korresponderer med oppofrelser fra staten pålegges ved erverv, med mindre disse lettelsene også gjøres gjeldende for erverv som allerede er foretatt. De lettelsene som gjøres i forhold til erverv som allerede er foretatt må imidlertid reflektere støtteelementet i forskjellsbehandlingen, men ikke mer, ellers vil det foreligge støtte til de foretak det gjøres lettelsener i forhold til. Det er ikke utelukket at statsstøttereglene har en slik virkning, og det er vel heller ikke usannsynlig at ESA, i det minste nå som organet er gjort oppmerksom på problemstillingen, vil gripe fatt i dette. Man kan i så fall se for seg en temmelig omfattende prosess knyttet til dette.

En grunn til dette er at en slik synsmåte reiser svært vanskelige beregningsmessige spørsmål. Jeg ser ikke grunn til å gå inn i disse, men vil kort nevne to forhold. For det første, et privat foretak som må tåle hjemfall stiller ikke nødvendigvis økonomisk dårligere enn ett som ikke behøver det der det private foretaket ikke er den opprinnelige konsesjonæren, men en ny. I en slik situasjon er det grunn til å anta at kjøpsprisen er påvirket av varigheten av konsesjonen og hjemfallsvilkåret. For det annet, der det skjer foregrepet hjemfall må vel dette hensyntas ved beregningen av den støtte de offentlige foretakene mottar.

Det er imidlertid ikke grunn til å anta at slike beregningsmessige vanskeligheter vil ha nevneverdig betydning ved vurderingen av om frihet fra hjemfall er å anse som statsstøtte eller ikke. Slike beregningsmessige vansker har heller ikke nevneverdig praktisk betydning der det dreier seg om eksisterende støtteordninger, siden det i slike tilfelle ikke vil være aktuelt med tilbakeføring av støtten.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Om sondringen mellom ny og eksisterende støtte, se Erling Hjelmeng, *Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte*, Oslo 2004 (*Hjelmeng*), avsnitt 3.2.2.



### 3.3 Mulig innvending: Manglende problematisering av støttetidspunktet

Legger man til grunn at en forskjellsbehandling med hensyn til vilkår om tidsbegrensning og hjemfall innebærer statsstøtte til offentlige foretak sett i forhold til private foretak som fikk konsesjon før 1. januar 1994,<sup>22</sup> gjenstår spørsmålet om når støtten anses gitt. Tre tidspunkt kan tenkes. Man kan se det slik at støtten ble gitt da konsesjonen ble gitt, at det dreier seg om en løpende støtte, eller man kan se det slik at støtten først blir gitt når det offentlige foretakets anlegg og fallrettigheter hadde hjemfalt dersom konsesjonen hadde blitt gitt på vilkår som om den hadde blitt gitt til et privat foretak.

Det er sikker rett at spørsmålet om det foreligger statsstøtte som rammes av EØS-rettens regler, må foretas på grunnlag av regelverket som gjaldt da støtten ble gitt.<sup>23</sup> Betydningen av spørsmålet ligger dermed i at dersom man ser det slik at støtten ble gitt da konsesjon ble gitt, er EØS-retten uten betydning i relasjon til støttespørsmålet for så vidt gjelder konsesjoner tildelt før 1. januar 1994. ESA kan da ikke med hjemmel i EØS-avtalens statsstøtteregler kreve forskjellsbehandlingen mellom offentlig kontrollerte og private foretak brakt til opphør for så vidt gjelder ervervskonsesjoner gitt før 1994. Denne forskjellsbehandlingen skjedde på konsesjonstidspunktet, og kun da. Et annet forhold er at den støtte forskjellsbehandlingen innebærer først kommer til uttrykk senere.

Etter det jeg kan se, adresserer ikke Kolstad spørsmålet om når støtten anses gitt. Drøftelsene hans, og ikke minst konklusjonene, indikerer likevel han anser støtten som en støtte som gis på hjemfallstidspunktet. Som det vil fremgå, er min oppfatning at det ikke er åpenbart at dette er den mest nærliggende synsmåten.

Riktignok er det slik at forskjellen mellom offentlige foretak og private med hensyn til konsesjonstid og hjemfall kommer til uttrykk på det tidspunkt hjemfall skulle skjedde hadde konsesjonen blitt gitt på de vilkår som benyttes i konsesjoner gitt private, eller til og med så lenge virksomheten pågår. Dette er likevel ikke annet enn et resultat av enkeltvedtak fattet da konsesjon ble gitt.

Poenget kan illustreres med følgende eksempel: Foretak A får i 1990 tilført et pengebeløp fra staten. Dette benyttes til å sanere gjeld, og gir selskapet langt bedre driftsmarginer enn det ellers ville hatt. Dette nyter det godt av i mange år. Foretak B får derimot på samme tidspunkt et rente- og avdragsfritt lån som skal tilbakebetales i sin helhet i 2005. Det kan synes anstrengt å se det slik at A har fått en støtte som kan være aktuell for vurdering under EØS-avtalen. Det vil ikke rokke ved dette om B først får sitt lån etter at EØS-

<sup>22</sup> I forhold til private foretak som har fått konsesjon etter 1. januar 1994, foreligger det som vist i forrige avsnitt ikke forskjellsbehandling. For ordens skyld kan det kort nevnes at det forhold at private foretak ikke påberoper seg de rettigheter de har etter gjeldende norsk rett, EØS-avtalen tatt i betraktning, selvfølgelig ikke kan medføre at offentlige foretak anses å ha mottatt statsstøtte.

<sup>23</sup> Jf. for så vidt sak C-387/92, Sml. 1994 s. I-877, *Banco Exterior de España*, premiss 8.

avtalen har trådt i kraft, eller om B får lånet på alminnelige betingelser. Et annet forhold er at Bs lån etter omstendighetene vil måtte vurderes mot statsstøttereglene.

Støtteelementet i en eventuell forskjell i rammevilkår mellom private og offentlige foretak vil under en slik synsvinkel verken være betinget av, eller et resultat av, myndighetshandlinger foretatt i relasjon til offentlige foretak etter 1. januar 1994.

Etter min oppfatning er det temmelig anstrengt å se det slik at støttevedtaket fattes på det tidspunkt hjemfall skulle skjedd om konsesjonen til det offentlige foretaket hadde vært gitt på vilkår som svarer til dem private blir pålagt om tidsbegrensning og hjemfall.

Legges det til grunn at støtten er løpende, eventuelt gis på det tidspunkt det offentlige foretakets konsesjon skulle hjemfalt hadde det blitt gitt på samme vilkår som privates, dreier det seg om en støtte som må vurderes i henhold til EØS-avtalens regler.

Også en slik synsvinkel reiser vanskelige spørsmål, som eksempelvis hvilken betydning ordningen med foregrepet hjemfall skal tillegges, samt den nærmere beregning av støtteelementet i det enkelte tilfellet. Dette er imidlertid ikke innvendinger som retter seg mot synsmåten som sådan.

Dersom man ser det slik at en unnlatelse av å stille vilkår om hjemfall i konsesjoner gitt før 1994 er å anse som statsstøtte på det tidspunkt hjemfall hadde skjedd om slikt vilkår var blitt stillet, det vil si 60 år etter ervervstidspunktet,<sup>24</sup> medfører vel dette at offentlige foretak som har fått konsesjon mellom 1944 og 1954 har mottatt statsstøtte etter at EØS-avtalen trådte i kraft. Offentlige foretak<sup>25</sup> som fikk konsesjon før 1944 har etter Kolstads synsmåte formentlig fått støtten før EØS-avtalen trådte i kraft, og berøres dermed ikke. Foretak som har fått konsesjon etter 1954, vil etter den samme synsmåten ennå ikke ha mottatt statsstøtte, eventuelt mottar de løpende støtte frem til hjemfall hadde inntruffet hadde foretaket vært privat.

### **3.4 Mulig innvending: Manglende hensyntagen til relevante skatteregler**

Etter art. 61 EØS foreligger det statsstøtte der det gis støtte av statsmidler som vrir konkurransen ved å begunstige enkelte foretak. Kolstads synspunkt er at manglende vilkår om tidsbegrensning og hjemfall i forhold til offentlige foretak, det vil si foretak nevnt i industrikonsesjonsloven § 4, innebærer en korresponderende oppofrelse fra staten når de offentlige foretakenes situasjon sammenholdes med andre foretaks stilling. Denne oppofrelsen gir de offentlige foretakene en bedre stilling i markedet enn de øvrige foretakene, og heri ligger statsstøtten.

Det kan være grunn til å reise spørsmål om den støtte dette innebærer må ses i sammenheng med det særlige skatteregime som gjelder for anlegg som hjemfaller. Slike anlegg er underkastet en særskilt skattemessig behandling, jf. lov 14/1999, skatteloven, §

<sup>24</sup> Jf. industrikonsesjonsloven § 5 fjerde ledd post 1.

<sup>25</sup> Med offentlige foretak siktes her også til forvaltningsbedrifter, jf. nærmere i avsnitt 3.5 nedenfor.

18-6 (2). Denne bestemmelsen medfører etter det jeg kan forstå at anlegg som hjemfaller er underkastet en gunstigere skattemessig behandling enn anlegg som ikke gjør det. Denne forskjellen medfører etter det jeg kan forstå at den ulikhet i økonomisk henseende forskjellsbehandling med hensyn til hjemfall medfører, langt på vei utlignes. Det er likevel ikke åpenbart at dette kan ses i sammenheng, og det er vel heller ikke klart om ulikhetene utlignes fullt ut.

Konsekvensen av at dette ikke kan ses i sammenheng, kan vel for øvrig lett bli at de særskilte avskrivningsreglene de private foretakene nyter godt av må vurderes i forhold til statsstøtteregele. Det ligger utenfor mitt mandat å gå inn i denne problemstillingen.<sup>26</sup>

### **3.5 Mulig innvending: Manglende hensyntagen til at støttemottakerne er offentlige foretak**

De foretak som nyter godt av konsesjon uten vilkår om hjemfall, er alle offentlige foretak i EØS-rettslig forstand, det vil si foretak hvor offentlige myndigheter, stat eller (fylkes)kommune, har avgjørende innflytelse i kraft av eierposisjon.<sup>27</sup>

Det synes å være bred enighet om at statsstøtteregele ikke er til hinder for at vannfallsressursene utnyttes i offentlig regi, det være seg statlig eller (fylkes)kommunal. Selv om denne virksomheten ikke skilles ut i et eget rettssubjekt, vil den være et «foretak» i relasjon til konkurranse- og statsstøtteregele. Også i en slik situasjon vil statsstøtteregele derfor ha betydning for allokeringen av ressurser til virksomheten, men det er ikke sikre holdepunkter for å hevde at statsstøtteregele er til hinder for utnyttelse av ressursene i offentlig regi.

EØS-retten er, like lite som fellesskapsretten, til hinder for en blandingsøkonomi der staten ikke bare regulerer næringslivet, men også er en aktiv deltaker i det, jf. for så vidt art. 86 EF og art. 59 EØS, som nettopp bygger på en slik forutsetning. EØS-retten krever heller ikke at det offentlige, dersom det også opptre som markedsaktør, reserverer den aktuelle sektoren for seg selv. EØS-retten er dermed ikke til hinder for at offentlige foretak konkurrerer side om side med private foretak.

Der det offentliges markedsengasjement skilles ut i et eget rettssubjekt, bidrar dette til økt transparens for så vidt gjelder kapitalbevegelser mellom offentlige myndigheter og

<sup>26</sup> For en innføring i problematikken og ESAs vurdering, se ESAs avgjørelse i den såkalte Snøhvitsaken, 31. mai 2002, Doc. No. 02-4043 I, Dec. No. 90/02/COL.

<sup>27</sup> Jf. kravet i industrikonsesjonsloven § 4 om offentlig eierskap og stemmeflertall. Nærmere om begrepet «offentlig foretak» i EU/EØS-rettslig forstand, se Finn Arnesen, Statlig styring og EØS-rettslige skranker, Oslo 1996 s. 454 flg.

offentlige foretak, og reduserer dermed mulighetene for skjult støtte. Så vel i en EØS-kontekst som i en EU-kontekst vil det derfor være å foretrekke at det offentliges markedsengasjement ble skilt ut i egne rettssubjekter, og ikke drevet som forvaltningsbedrifter.

Der utnyttelsen av fallrettighetene skjer gjennom forvaltningsbedrifter, kan det hevdes å fremstå som formalistisk å kreve at forvaltningsbedriften fratas produksjonsanleggene når det har gått så lang tid at bedriften, om den hadde vært et privat foretak, hadde måttet tåle hjemfall. Hvor formalistisk vil antakelig i noen grad bero på hvordan man ser forholdet mellom forvaltningsbedriften og produksjonsmidlene. Dersom man ser det slik at forvaltningsbedriften er en ren driftsorganisasjon, som uten å eie produksjonsanlegg m.v. driver strømproduksjon og –salg for staten, kan det være mindre nærliggende å se det slik at forvaltningsbedriften mottar statsstøtte enn der forvaltningsbedriften «eier» produksjonsmidlene.

Så lenge det vi har for øyet er forvaltningsbedrifter, statlige eller kommunale, blir dette et konstruksjonsspørsmål det er vanskelig å se at har egentlige praktiske implikasjoner.<sup>28</sup> Der virksomheten er skilt ut i et eget rettssubjekt, som er gitt varig eiendomsrett til fallrettigheter og anlegg, kan det hevdes at situasjonen er annerledes. Situasjonen her er at det offentlige foretaket er gitt midler uten at kostnadene ved dette bæres fullt ut av foretaket, og kan dermed minne om situasjonen i Arcussaken, hvor ESA fant at

«The assets transferred from A/S Vinmonopolet were ... provided on terms more favourable than a private owner would provide to an enterprise in a comparable financial and competitive position. ... This amounts to a transfer of assets from A/S Vinmonopolet, a State-owned enterprise, to Arcus without the State being compensated the full value. In conclusion, the transaction was carried out on terms which involved State aid within the meaning of Article 61 (1) of the EEA Agreement».<sup>29</sup>

Situasjonen minner også om Husbanksaken, hvor ESA fant at det forelå statsstøtte til Husbanken, med følgende begrunnelse:

«For a measure to constitute State aid in the meaning of Article 61 (1) EEA it must

1. be granted through State resources;
2. distort or threaten to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods;
3. affect trade between Contracting Parties.

<sup>28</sup> Det er for eksempel vanskelig å tenke seg – i det minste for meg, hvordan en tilbakeføring av ulovlig gitt støtte meningsfullt kan gjennomføres i et tilfelle som dette.

<sup>29</sup> EFTA Surveillance decision of 3 December 1998, Dec. no 339/98/COL, Doc. No. 98-8120-I I, avsnitt 2.1.4.

It is clear that the first condition is fulfilled in the present case, as Husbanken's framework conditions are established by the State and its financial means are derived from State resources.

Apart from a very small equity, consisting of risk and loss funds, Husbanken's core activity of providing loans for housing purposes is based on borrowings, which are obtained exclusively from the State(...) Husbanken, being a government agency financed by the State, enjoys the borrowing terms and favourable credit rating of the State (...) Husbanken also in other ways clearly enjoys the financial backing of the State Treasury, for instance by way of budget appropriations, if needed, to cover the losses it incurs on loans as well as administrative expenses. It is therefore clear that as a State institution, the Husbanken enjoys financial advantages not afforded to other providers of credit for housing purposes and which fulfill the condition referred to in point 2 above.<sup>30</sup>

Under saken gjorde så vel Norge som Island gjeldende at det ikke dreide seg om statsstøtte over hodet. Dette synspunktet ble ikke delt av EFTA-domstolen.<sup>31</sup>

Disse to sakene viser at ESA, og nok også EFTA-domstolen, vil være av den oppfatning at å fritta offentlige foretak for hjemfall er å anse som statsstøtte i EØS-avtalens forstand dersom private foretak må tåle hjemfall.

Dette har også betydning for disponeringen av hjemfalte anlegg. Disse kan antakelig ikke uten videre tas i bruk av myndighetene selv. Det må, dersom de hjemfalte anleggene skal utnyttes uten at de overføres til andre rettssubjekter, antakelig etableres ordninger som medfører at den forvaltningsbedrift som står for utnyttelsen stilles så langt mulig som private bedrifter i samme stilling. I denne sammenheng er det grunn til å fremheve direktiv 80/723/EØF,<sup>32</sup> som stiller krav til åpenhet om de økonomiske forbindelsene mellom medlemsstatene og offentlige foretak. «Foretak» i denne sammenheng omfatter også forvaltningsbedrifter, og kravene har størst betydning nettopp i forhold til disse, som ikke er skilt ut som egne rettssubjekter.<sup>33</sup>

Det er kanskje mulig å argumentere for at de offentlig kontrollerte selskapenes frihet fra tidsbegrensning og hjemfall er et utslag av «systemets logikk», men som det fremgår, holder jeg det for lite sannsynlig at en slik argumentasjon vil vinne gehør hos ESA eller EFTA-domstolen.

<sup>30</sup> Sitert etter gjengivelsen i sak E-4/97, [1999] Report of the EFTA Court s. 1, på s. 6 til 7.

<sup>31</sup> Jf. [1999] Report of the EFTA Court s. 1, på s. 13.

<sup>32</sup> EF-tidende 1980 nr. L 195 s. 35. Direktivet er omfattet av EØS-avtalen.

<sup>33</sup> Nærmere om kravene, se *Sejersted m.fl.*, avsnitt 28.3.7.

### 3.6 Sammenfatning

Drøftelsene har vist at det kan reises én temmelig grunnleggende innvending mot de resonnementer som har ført frem til det synspunkt at dagens regime innebærer statsstøtte til offentlige foretak, og tre mer tvilsomme.

Etter mitt syn leder innvendingene basert på konsekvensene av etablerings- og kapitalreglene at statsstøttesynspunktet må tilbakevises. Dette medfører i så fall at en potensielt vesentlig begrensende faktor i valget av iverksettingsordninger for et nytt regime ikke gjør seg gjeldende. Det er imidlertid grunn til å anta at det syn at det ikke er rettslig adgang til å håndheve vilkår om tidsbegrensning og hjemfall stillet før EØS-avtalen trådte i kraft, vil møte en viss motbør.

Av de øvrige innvendingene synes innvendingene basert på når støtten anses gitt å stå sterkest. Svakheten ved denne innvendingen er at de økonomiske realitetene i støtten så tydelig kommer til uttrykk først lenge etter at konsesjonen ble gitt. De to siste innvendingene, knyttet til skattereglene og det forhold at støttemottakerne er offentlige foretak, har jeg ikke videre tro på at vil vinne gehør hos ESA eller i EFTA-domstolen.

Jeg deler Kolstads vurderinger av muligheten unntak fra statsstøtteforbudet.<sup>34</sup> For fullstendighetens skyld kan legges til at protokoll 3 art. 1 nr. 2 tredje ledd til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA) åpner for at EFTA-statene etter anmodning fra en EFTA-stat enstemmig kan treffe vedtak om at en støtte må anses som forenlig med EØS-avtalen, uten hensyn til art. 61 EØS, «dersom usedvanlige omstendigheter tilsier et slikt vedtak». Bestemmelsen svarer langt på vei til art. 88 nr. 2 tredje ledd EF. Praksis i henhold til denne bestemmelsen viser at EF-domstolen er svært tilbakeholdende i vurderingen av om «usedvanlige omstendigheter tilsier» tiltaket. I forhold til ODA protokoll 3 art. 1 nr. 2 tredje ledd kommer i tillegg det kompliserende forhold inn at EFTA-domstolen neppe har kompetanse til å prøve EFTA-statenes vedtak i en slik sak. I den grad spørsmålet om hjemmel oppstår, vil dette derfor måtte finne sin løsning i EØS-komiteen.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Kolstad, avsnitt 2.9.4.

<sup>35</sup> Se nærmere Sejersted *m.fl.*, avsnitt 28.11.

## 4 Transaksjonsmodellen

### 4.1 Innledning

Transaksjonsmodellen beskrives i *Hjemfallsutredningen* pkt. 9.3.2, og kjennetegnes i korte trekk ved at innføringen av nytt hjemfallsregime skjer suksessivt, i takt med overdragelser av vannfall eller andeler i disse, eller andeler i selskap som direkte eller indirekte har eierinteresser i vannfall. Det synes som den nærmere utformingen av en transaksjonsmodell byr på flere utfordringer, samtidig som det uten videre må kunne konstateres at oppfølgingen en slik modell kan være ressurskrevende, jf. for så vidt Magnus Aarbakkes utredning,<sup>36</sup> i tillegg til å virke konserverende. Det er likevel slik at dersom man lar allerede overdragelse av én aksje utløse tidsbegrensning og hjemfall, blir ordningen temmelig enkel å så vel utforme som håndtere. Utvalgsmedlemmene Felix, Lund og Nordland har i sine særmerknader en nærmere redegjørelse for modellen, jf. *Hjemfallsutredningen* avsnitt 10.4.3, og jeg forstår modellen slik at den er basert på at konsesjoner gitt med vilkår om hjemfall videreføres uendret.

Et sentralt tema ved den nærmere utformingen av transaksjonsmodellen er spørsmålet om hvor høy transaksjonsterskelen skal være, det vil si spørsmålet om hvilke transaksjoner som skal utløse vilkår om hjemfall. Svaret på dette spørsmålet beror i noen grad på hvilket standpunkt man inntar til hva som er gjeldende rett. Dersom man legger til grunn resultatene av drøftelsene i avsnitt 2, vil de begrensninger som eventuelt følger av EØS-avtalens regler være andre enn dersom man legger til grunn at forskjellen mellom offentlige og private foretak med hensyn til tidsbegrensning og hjemfall består også etter 1. januar 1994.

De EØS-reglene som kan tenkes hindre bruk, eller i de minste stille krav til utformingen av, transaksjonsmodellen, er henholdsvis etableringsreglene, kapitalreglene og statsstøtteregele.

### 4.2 Holdbarheten av analogier fra statsstøtteregele

Analogier fra statsstøtteregele står sentralt i Kolstads resonnementer knyttet til gjennomføring av hjemfall etter transaksjonsmodellen, EØS-rettens betydning for etablerte rettighetsposisjoner, og forholdet til etablerings- og kapitalreglene. Etter min

---

<sup>36</sup> Hjemfallsplikt for offentlig eide vannfall og vannkraftanlegg, Oslo 17. mars 2004.

oppfatning er det neppe grunnlag for å trekke slike analogier, og dette redegjøres det nærmere for i det følgende.<sup>37</sup>

I EØS-avtalens regler om statsstøtte sondres det mellom nye og bestående støtteordninger. I kategorien bestående støtteordninger finner vi slike som var etablert da EØS-avtalen trådte i kraft. Tilsvarende sontring finner man i fellesskapsretten. Mens utgangspunktet for så vidt gjelder nye støtteordninger er at slik støtte ikke kan ytes med mindre den uttrykkelig er tillatt, er utgangspunktet det omvendte for så vidt gjelder bestående støtte. Støtteordninger som var etablert før EØS-avtalen trådte i kraft kan videreføres uten noen form for godkjenning fra overvåkingsorganet. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med at støtten er forenlig med EØS-avtalen. Sondringen mellom ny og bestående støtte har dermed i det vesentlige betydning i to henseende. For det første har sondringen betydning for medlemsstatenes meldeplikt; ny støtte skal meldes EU-kommisjonen/ESA. For det annet har sondringen betydning for konsekvensene for støttemottaker av at han har mottatt ulovlig støtte. Dersom det dreier seg om ny støtte, det vil si støtte som er utbetalt uten at EU-kommisjonens/ESAs samtykke foreligger, skal støtten normalt kreves tilbakeført. Dreier det seg derimot om en eksisterende støtteordning, vil EU-kommisjonens/ESAs konstatering av at støtten er ulovlig bare medføre at den ikke kan videreføres.<sup>38</sup>

Forskjellene i prosessuelle regler og i virkninger av ulovlig støtte medfører at det er av vesentlig betydning å trekke skillet mellom ny og eksisterende støtte. Skillet har imidlertid ikke betydning for lovlighetsvurderingen.

I tillegg kommer at det er en grunnleggende forskjell mellom en løpende ytelse som statsstøtte og en etablert rettslig posisjon som eiendomsrett uten hjemfall. De etablerte posisjonene er som vist ikke i strid med EØS-avtalen, mens en bestående støtte meget vel kan være det.

Det fremgår av det ovenstående at det etter min mening neppe er holdbart å slutte per analogi fra praksis knyttet til når en statsstøtte er å anse som ny statsstøtte at transaksjonsmodellen, fordi den medfører en vesentlig endring i reguleringen av eierskap til vannfall og rettigheter i vannfall, medfører en plikt til å gripe inn i etablerte rettighetsposisjoner.

Dersom man ikke deler min tilbakevisning av statsstøtteinnsigelsen, jf. avsnitt 3 foran, vil imidlertid de konsekvenser endringer i bestående støttereimer har måtte hensyntas.

<sup>37</sup> For øvrig er jeg, som det fremgår av avsnitt 2, av den oppfatning at det etter 1. januar 1994 ikke har vært rettslig adgang til å håndheve vilkår om hjemfall.

<sup>38</sup> Nærmere om dette, se *Hjelmeng*, avsnitt 3.2.



## 4.3 Transaksjonsmodellen og etableringsreglene

### 4.3.1 Innledning

Konflikten mellom industrikonsesjonslovens<sup>39</sup> regler om erverv av vannfall og fallrettigheter og EØS-avtalens etableringsregler ligger i to forhold. For det første er vurderingstemaet ved spørsmålet om konsesjon skal gis forskjellig avhengig av eierkonstellasjonen hos konsesjonssøker, jf. henholdsvis § 4 på den ene side og §§ 2 og 5 på den annen. For det annet skjer det en forskjellsbehandling med hensyn til hvor lenge konsesjonsinnehaver får nytte godt av de rettigheter konsesjonen gir. For de offentlig kontrollerte foretakene innebærer konsesjonen at ervervet er endelig, mens det for de øvrige er tidsbegrenset. Også dette er en forskjellsbehandling i strid med etableringsreglene.

Det kan uten videre konstateres at EØS-retten ikke krever gjenåpning av de konsesjonsvurderinger som er gjort før EØS-avtalen trådte i kraft.<sup>40</sup>

Det er bred enighet om at EØS-avtalen ikke krever at gripes inn i rettighetsposisjoner som er etablert før EØS-avtalen trådte i kraft,<sup>41</sup> med mindre selve rettighetsposisjonen er i strid med EØS-retten. Det er ikke situasjonen her. Det er ikke i strid med etableringsreglene at et erverv er endelig, det vil si uten hjemfall. Det er heller ikke i strid med etableringsreglene at det er knyttet vilkår om hjemfall til et erverv. Bruddet på etableringsreglene ligger i forskjellsbehandlingen, og den fant sted ved konsesjonstildelingen.

Dette medfører at etableringsreglene ikke krever at det pålegges hjemfall der ervervskonsesjon er gitt uten slikt vilkår før 1. januar 1994. Dette refereres gjerne til som et EØS-rettslig forbud mot tilbakevirkning, men kan etter min mening, i det minste i de situasjoner vi her har for øyet, bedre karakteriseres som et fravær av plikt til å gripe inn i eksisterende forhold. Fraværet av plikt til å gripe inn i etablerte rettighetsposisjoner kan i denne sammenheng også forankres i art. 125 EØS.

Aksepteres det at EØS-retten ikke krever inngrep i de erverv de ble gitt samtykke til før EØS-avtalen trådte i kraft, må dette medføre at norske myndigheter i utgangspunktet står

<sup>39</sup> Lov om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. 14. desember 1917 nr. 16.

<sup>40</sup> Dette måtte i så fall gjøres ved at man gikk inn og revurderte eventuelle konsesjonsnektelser.

<sup>41</sup> Jf. blant annet Kolstad, avsnitt 2.8 og Hammer, Graver og Bjørnebye, EØS-avtalens betydning for industrikonsesjonslovens bestemmelser om tidsbegrenset konsesjon og hjemfall, Utredning foretatt etter oppdrag fra Energibedriftenes landsforening, mai 2002 (Hammer, Graver og Bjørnebye), avsnitt 5.

fritt til å begrense EØS-tilpasningen til å omfatte disposisjoner som finner sted etter at EØS-avtalen har trådt i kraft. Dette må gjelde selv om det innebærer en videreføring av en rettsstilstand det i dag ikke er adgang til å etablere. Dette er kjernen i det vern etablerte rettighetsposisjoner har. Det er også på det rene at norske myndigheter i utgangspunktet står fritt til å bestemme om vi skal ha en hjemfallsordning i Norge. Spørsmålet blir dermed om transaksjonsmodellen gir grunn til å anta at disse utgangspunktene må fravikes.

#### **4.3.2 Forutsetning: Hjemfallsinstituttet falt bort 1. januar 1994**

Det fremgår av drøftelsene i avsnitt 2 at jeg er av den oppfatning at hjemfallsinstituttet falt bort 1. januar 1994 i den forstand at da EØS-avtalen trådte i kraft, var det ikke lenger rettslig adgang til å håndheve vilkår om hjemfall i norsk rett.<sup>42</sup>

Dersom man aksepterer dette resultatet som riktig, medfører det at etableringsreglene ikke er til hinder for å innføre hjemfall etter en transaksjonsmodell, forutsatt at modellen utformes slik at alle investorer stilles likt,<sup>43</sup> og transaksjoner i alle konsesjonærer stilles likt. Ut over dette stiller etableringsreglene ingen krav, verken med henhold til hvilke transaksjoner som utløser hjemfall, eller hvor omfattende disse transaksjonene må være. Det etableringsreglene neppe tillater, er at spørsmålet om en gitt transaksjon skal utløse hjemfall eller ikke overlates myndighetenes skjønn.

#### **4.3.3 Forutsetning: Hjemfall kan gjøres gjeldende for konsesjoner gitt før 1. januar 1994**

Legger man til grunn at de vilkår om tidsbegrensning og hjemfall som er stillet før 1. januar 1994 fremdeles står ved lag, blir spørsmålet om etableringsreglene er til hinder at det nye regimet gjennomføres etter transaksjonsmodellen.

Kolstad kan leses slik at han mener en slik skrittvis innføring transaksjonsmodellen innebærer er i strid med etableringsreglene fordi ordningen ikke er til hinder for at forskjellen mellom rettssubjekter nevnt i industrikonsesjonsloven § 4 og andre videreføres. Forutsettes det, slik Kolstad gjør, og det er gjort i dette avsnittet,<sup>44</sup> at EØS-avtalen ikke krever inngripen i de rettslige posisjoner som er etablert ved konsesjonsvedtak fattet før 1. januar 1994, overser resonnementet dette. Situasjonen med

<sup>42</sup> Jf. avsnittene Del I2.3 og Del I2.5 foran.

<sup>43</sup> Eventuelt at den forskjellbehandling som foreligger lar seg forene med EØS-rettens krav.

<sup>44</sup> Det er grunn til å minne om at drøftelsen her er subsidiær i den forstand at den forutsetter en annen rettsstilstand enn jeg mener er den gjeldende.

hensyn til hjemfall er under denne forutsetningen at rettssubjektene nevnt i industrikonsesjonsloven § 4, før EØS-avtalen trådte i kraft har en rettsstilling med hensyn til foretatte erverv som ikke trenger tilpasning til etableringsreglene; det er ikke i strid med EØS-avtalen å eie noe på ubestemt tid, like lite som det er i strid med EØS-retten å tidsbegrense retten til å eie noe. Dette innebærer at de rettslige posisjoner disse foretakene har er irrelevante ved vurderingen av om det foreligger restriksjoner i etableringsadgangen eller forskjellsbehandling med hensyn til rammene for virksomhetsutøvelsen i dag.<sup>45</sup>

I samme retning Hammer, Graver og Bjørnebye, som finner «at det ved vurderingen av om det foreligger forskjeller i etableringsadgangen og investeringsadgangen må ses bort fra konsesjoner gitt før EØS-avtalens ikrafttredelse. Hvilke vilkår disse er gitt på, og om det foreligger forskjeller på norske og utenlandske konsesjonærer omfattes ikke av EØS-avtalens regler, og har ikke betydning for vurderingen av om EØS-reglene er overtrådt ved reglene for og tildelingen av konsesjoner etter EØS-avtalens regler trådte i kraft. Dette innebærer også at endringer i eldre konsesjoner heller ikke er nødvendig av hensyn til EØS-avtalens regler.»<sup>46</sup> Som det fremgikk i avsnitt 2, er jeg likevel av den oppfatning at det gjelder enkelte modifikasjoner i dette for så vidt gjelder forholdet til kapitalreglene.

Det er mulig å lese Kolstad slik at han ikke analogiserer fra statsstøtteregele, men heller vurder om transaksjonsmodellen i seg selv rammes av etableringsreglene. En slik vurdering må gjennomføres ved å sammenligne den frihet offentlige foretak har i forhold til disposisjoner over eiendeler m.v. med den frihet andre eiere av (andeler i) vannfall har. En transaksjonsmodell som er slik utformet at enkelte transaksjoner ikke utløser vilkår om hjemfall, reiser særlige spørsmål i tilknytning til etableringsreglene, og det kan være grunn til å skille mellom fire situasjoner; salg under terskler, fusjoner mellom selskap med forskjellig eierstruktur, fusjon mellom selskap med lik eierstruktur, og fisjoner.

En transaksjonsmodell der salg under terskler, det vil si av små eierposter, ikke utløser vilkår om hjemfall, vil etter mitt syn være lite annet enn å videreføre dagens forskjellsbehandling hvor selskap dominert av offentlige eiere ikke behøver tåle hjemfallsvilkår knyttet til ervervskonsesjonen. Dette vil etter mitt syn rammes av etableringsreglene, slik at transaksjonsmodellen må være utformet slik at allerede overdragelse av én andel utløser hjemfallsvilkår.

En transaksjonsmodell som er slik utformet at fusjoner ikke utløser hjemfallsvilkår lar seg neppe heller forene med etableringsreglene. Årsaken til det er at et fusjonsforbehold

---

<sup>45</sup> Med det forbehold at kapitalreglene medfører at vilkår om hjemfall og tidsbegrensning i konsesjoner gitt før 1994 vanskelig kan håndheves i dag, jf. avsnitt Del 12.3 foran.

<sup>46</sup> Hammer, Graver og Bjørnebye, s. 46.

medfører at foretak kontrollert av det offentlige gis en fordel fremfor andre foretak, og er i realiteten lite annet enn en videreføring av dagens regime, begrenset til fusjoner.<sup>47</sup>

En transaksjonsmodell som er slik utformet at fusjoner mellom foretak med lik eierstruktur ikke utløser hjemfallsvilkår, kan nok lettere forsvares i forhold til etableringsreglene enn en transaksjonsmodell med generelt fusjonsforbehold. Hvorvidt den faktisk lar seg forsvare, er jeg likevel usikker på. Under enhver omstendighet vil jeg anta at det er temmelig sjelden forholdene vil ligge slik an at vi har å gjøre med to eller flere foretak med identisk eierstruktur. Det vil vel også være slik at dersom to eller flere foretak har identisk eierstruktur, ligger forholdene godt til rette for ulike former for samarbeid, slik at behovet for å foreta ellers hjemfallsutløsende transaksjoner er begrenset. Dette tilsier at et slikt forbehold vil ha svært begrenset praktisk betydning. Og da synes det ikke bryet verdt å gjøre noe ut av det.

Et siste spørsmål er om etableringsreglene tillater at fisjoner ikke utløser hjemfallsvilkår. Et første vurderingstema her er hvordan fisjoner i foretak som har eiendeler påheftet hjemfallsvilkår behandles. Dersom fisjon i slike selskaper krever ny konsesjonsbehandling, og dermed risiko for nye vilkår, kan det hevdes at det tilsvarende må gjelde ved fisjon i offentlig kontrollerte foretak, og at de vilkår som da vil komme, blant annet, er vilkår om hjemfall. Men dersom fisjon ikke utløser krav om konsesjonsbehandling, synes det liten grunn til at ikke fisjon i offentlig kontrollerte foretak skal vurderes på samme måte, og dermed ikke utløse hjemfallsvilkår.

Det kan ikke være tvil om at transaksjonsmodellen kan virke sementerende i den forstand at den medfører et disincensiv til å selge seg ned. Den medfører imidlertid ikke noe slikt disincensiv med hensyn til å selge seg helt ut. For vedkommende vil det være uten betydning hvilke vilkår virksomheten heretter må forholde seg til. En annen sak er at det forhold at betingelsene for virksomheten endres; det pålegges hjemfall, kan ha betydning for den pris han kan få for andelen. Men dette bringer ikke ordningen i konflikt med EØS-rettens regler om etableringsrett.

For erverver er transaksjonsmodellen nøytral; uansett hvem han er og uansett hvor han kjøper seg inn, vil han måtte tåle vilkår om hjemfall. Sett fra hans ståsted blir dette dermed i det vesentlige et prisingsspørsmål. Heller ikke dette bringer ordningen i strid med EØS-reglene om etableringsrett.

---

<sup>47</sup> Det er mulig det må gjøres forbehold for fusjoner som kan begrunnes i hensynet til optimal utnyttelse av fallressursene. Et krav da må være at fritak fra hjemfallsvilkår er nødvendig for at fusjonen kan finne sted, og at reglene om dette er slik utformet at lite eller ingenting er overlatt forvaltningens skjønnsutøvelse.

## **4.4 Transaksjonsmodellen og kapitalreglene**

### **4.4.1 Innledning**

Konflikten mellom kapitalreglene og konsesjonsvilkårene om tidsbegrensning og hjemfall ligger som vist i avsnitt 2.3 i at vilkårene om tidsbegrensning og hjemfall medfører en forskjellsbehandling mellom offentlige og private foretak som gjør investeringer i private foretak mindre attraktive enn investeringer i offentlige. Etter mitt syn medfører det at hjemfallsvilkår i konsesjoner gitt før 1994 ikke kan håndheves i dag.

Dette medfører at på samme måte som i relasjon til etableringsreglene, må spørsmålet om kapitalreglene er til hinder for innføring av hjemfall gjennom transaksjonsmodellen drøftes under to forutsetninger.

### **4.4.2 Forutsetning: Hjemfallsinstituttet falt bort 1. januar 1994**

Legger man til grunn at EØS-avtalen medfører at stilte vilkår om hjemfall ikke lenger kan håndheves, blir spørsmålet om et nytt hjemfallsregime kan innføres ved hjelp av en transaksjonsmodell, kjennetegnet ved at hjemfall først inntreffer der det skjer en overdragelse av en nærmere bestemt andel, for eksempel i konsesjonæren.

Siden de eksisterende hjemfallsvilkårene ikke kan håndheves, innebærer vel dette at det hjemfallsvilkår som utløses ved transaksjon vil ha samme innhold hva enten transaksjonen skjer i et offentlig foretak eller et privat. Spørsmålet blir dermed om en slik generell ordning rammes av kapitalreglene.

Artikkel 40 flg. EØS forbyr restriksjoner på overføringer av kapital over landegrensene. Transaksjonsmodellen innebærer at overdragelse av én andel medfører hjemfall for hele konsesjonen. Transaksjonsmodellen medfører således at situasjonen blir verre for de gjenværende, samtidig som erververen ikke får den samme rettslige posisjonen som selgeren hadde.

Med grunnlag i EF-domstolens avgjørelse i Sml. 2003 s. I-4581,<sup>48</sup> finner Kolstad at transaksjonsmodellen innebærer en restriksjon på kapitalbevegelsene fordi «enhver endring i rettsstillingen til erververen sammenlignet med de krav selgeren var underlagt som konsesjonær er å betrakte som en restriksjon».

Saken gjaldt spanske regler som gjorde visse beslutninger i privatiserte bedrifter betinget av myndighetssamtykke der den statlige eierandelen er under visse terskler. De beslutninger det var tale om var oppløsning, oppsplitting eller fusjon av foretak, overdragelse eller pantsettelse av aktiva som er sentrale for ivaretagelsen av foretakets

---

<sup>48</sup> Sak C-463/00, Kommisjonen mot Spania.

formål, overdragelse av selskapskapital som reduserer statens andel med 10 % eller mer, og kjøp av selskapsandeler som medfører besittelse av minst 10 % av selskapskapitalen.

EF-domstolen fant at dette

«påvirker situationen for den, der erhverver en kapitalandel som sådan, og derfor kan afholde investorer fra andre medlemsstater at foretage sådanne investeringer, og at de følgelig opstiller betingelser for adgangen til markedet.

Under disse omstændigheder skal det fastslås, at ordningen, der er fastsat dels på grundlag af artikel 3 stk. 2, i lov 5/1995, dels på grundlag af lovens artikel 3, stk. 1, udgør en restriktion for kapitalbevægelserne i artikel 56 EF's forstand.»<sup>49</sup>

En etter mitt syn viktig forskjell mellom de regler som var gjenstand for vurdering i Sml. 2003 s. I-4581 og transaksjonsmodellen, er at sett fra kjøpers synspunkt medførte de spanske regler et usikkerhetsmoment knyttet til hvordan myndighetene ville utøve samtykkekompetansen. I dette henseende er transaksjonsmodellen annerledes; det er på det rene at erverv bare kan skje med hjemfallsvilkår.

En annen viktig forskjell er at den usikkerhet investor utsettes for er av varig karakter. Årsaken til dette er at selv om hans erverv ikke utløser samtykkekrav, eller gjør selskapsdisposisjoner betinget av myndighetsgodkjennelse, kan senere transaksjoner ha denne virkningen. Etter transaksjonsmodellen inntreir virkningen, hjemfallsvilkår, med sikkerhet, men myndighetene får for øvrig ingen ny innflytelse over foretakets virksomhet. Den løpende innflytelse de spanske reglene medførte, finner vi med andre ord ingen parallell til i transaksjonsmodellen.

Det er visse likhetspunkter mellom de spanske reglene og transaksjonsmodellen for så vidt gjelder selgers incentiver til å selge deler av sin post. Etter så vel de spanske reglene som transaksjonsmodellen innebærer et slikt salg at betingelsene for den videre drift endres. En viktig forskjell er likevel at hvorvidt betingelsene for den videre drift vil bli endret eller ikke, vil etter de spanske reglene bero på eierkonstellasjonen og formuesstrukturen i selskapet, mens det avgjørende etter transaksjonsmodellen utelukkende er den omstendighet at det skjer en overdragelse.

Mangelen på likhetspunkter mellom situasjonen i Sml. 2003 s. I-4581 medfører at man skal være uhyre forsiktig med å slutte fra denne avgjørelsen til at en innføring av hjemfall ved en transaksjonsmodell rammes av reglene om frie kapitalbevegelser.

EF-domstolens avgjørelse i Sml. 2003 s. I-4581 føyer seg imidlertid pent inn i rekken av avgjørelser knyttet til forbudet mot restriksjoner på kapitalbevegelsene. Det dominerende trekket ved disse er at skjønnsbaserte godkjennelsesordninger alltid anses som restriksjoner på kapitalbevegelsene. Innføring av hjemfall ved transaksjonsmodellen

<sup>49</sup> Sak C-463/00, premissenes pkt 61 og 62.

er ikke en skjønnsbasert godkjennelsesordning; transaksjonsmodellen er ingen godkjennelsesordning i det hele tatt. Transaksjonsmodellen er en hendelsesbasert, men for øvrig skjønnsfri, ikrafttredelsesordning for hjemfall.

Dersom man konsentrerer oppmerksomheten om forskjellen mellom de etablerte og nykommernes situasjon, slik Kolstad synes å gjøre, og finner at en slik forskjell i nykommernes disfavør er i strid med kapitalreglene, innebærer dette at det fravær av plikt til å gripe inn i etablerte rettighetsposisjoner som følger av EØS-avtalen, samt det vern art. 125 EØS gir, nær sagt blir uten realitet. Enhver innstramming i rammeverket som kan gjøre nye investeringer mindre attraktive enn tidligere var, vil etter denne synsmåten være en restriksjon i kapitalbevegelsene. Det kan da ikke ha selvstendig betydning om hjemfall innføres etter en transaksjonsmodell eller på det samme tidspunkt for alle.

Dersom man aksepterer dette resultatet som riktig, medfører det at kapitalreglene ikke er til hinder for å innføre hjemfall etter en transaksjonsmodell, forutsatt at modellen utformes slik at alle investorer stilles likt,<sup>50</sup> og transaksjoner i alle konsesjonærer stilles likt. Ut over dette stiller kapitalreglene det krav at spørsmålet om en gitt transaksjon skal utløse hjemfall eller ikke, må fremgå direkte av regelverket, og ikke bero på konkret skjønn i den enkelte sak.

Det ligger i det ovenstående at med mindre man er av den oppfatning at hjemfall i seg selv er i strid med kapitalreglene, er heller ikke en transaksjonsinitiert innføring av hjemfall en restriksjon på kapitalbevegelsene.

#### **4.4.3 Forutsetning: Hjemfall kan gjøres gjeldende for konsesjoner gitt før 1. januar 1994**

Forutsettes det at konsesjoner gitt før 1994 er uberørt av EØS-avtalens kapitalregler, innebærer dette at man bestrider ESAs oppfatning av kapitalreglenes betydning for allerede gitte konsesjoner. Konsekvensen av dette synet kan etter det jeg forstår ikke være annet enn at en transaksjonsbasert innføring av et nytt hjemfallsregime ikke rammes av kapitalreglene, forutsatt at transaksjonsmodellen er utformet i samsvar med de retningslinjer som fremkom i avsnittet foran.

Jeg vil imidlertid understreke at det er min bestemte oppfatning at forutsetningen ikke holder.

---

<sup>50</sup> Eventuelt at den forskjellbehandling som foreligger lar seg forene med EØS-rettens krav.

## 4.5 Transaksjonsmodellen og statsstøttereglene

Kolstad drøfter transaksjonsalternativet i forhold statsstøttereglene, og finner at det ikke gir noen aktører fordeler som vurderes i forhold til statsstøttebegrepet i art. 61 (1) EØS. Han antyder likevel at innføringen av en transaksjonsmodell vil medføre en endring i grunnlaget for ordningen som medfører at den gamle ordningen heretter må vurderes som ny støtte.<sup>51</sup>

Kolstads drøftelse bygger på den forutsetning at konsesjoner gitt før 1. januar 1994 ikke berøres av andre av EØS-avtalens regler enn statsstøttereglene. Gitt denne forutsetningen, er det liten grunn til å melde uenighet med Kolstads syn. Som det har fremgått av avsnitt 2 er imidlertid jeg av den oppfatning at enhver forskjellsbehandling mellom offentlige og private foretak med hensyn til tidsbegrensning og hjemfall bortfalt 1. januar 1994. Dette medfører også at det element av statsstøtte som eventuelt lå i differensieringen mellom offentlige og private foretak ble avviklet fra samme tidspunkt.

Spørsmålet blir etter dette om en innføring av hjemfall for alle etter transaksjonsmodellen kan anses som statsstøtte. Synspunktet må i så fall være at man ved å la transaksjoner utløse hjemfall, gir de foretak der det ikke skjer transaksjoner en statsstøtte.

Mye kan tale for at de resonnementer Kolstad gjennomfører med hensyn til om offentlige foretaks frihet fra vilkår om hjemfall innebærer statsstøtte når private foretak er pålagt slikt vilkår,<sup>52</sup> kan overføres til forholdet mellom foretak der det ikke er skjedd transaksjoner og foretak der det er skjedd transaksjoner dersom transaksjonsmodellen benyttes til å innføre et hjemfallsregime.<sup>53</sup>

Det er likevel mulig å argumentere for at forskjellsbehandlingen er et utslag av gjennomføringsmodellens logikk, at det er opp til foretakene selv å stille seg slik at de utsettes for hjemfall eller ikke,<sup>54</sup> og elementet av statsstøtte under enhver omstendighet er begrenset. Siden dette, eventuelt, dreier seg om ny støtte, vil imidlertid tiltaket uansett være meldepliktig til ESA, og da får man avklart støttespørsmålet. Jeg vil på det sterkeste fraråde en gjennomføring gjennom transaksjonsmodellen uten at ESAs vurdering er innhentet.

---

<sup>51</sup> Kolstad, avsnitt 4.6

<sup>52</sup> Jf. Kolstad, avsnitt 2.9.

<sup>53</sup> Ingen av de innvendinger som ble reist i avsnitt 3 foran gjør seg gjeldende i denne sammenheng.

<sup>54</sup> For de av konsesjonærene som er børsnotert, vil likevel dette en sannhet med betydelige modifikasjoner, dersom transaksjoner i konsesjonæren skal utløse hjemfallsvilkår.



## 4.6 Sammenfatning og konklusjoner

Legger man til grunn at gjennomføringen av EØS-avtalen i norsk rett allerede i 1. januar 1994 medførte at det ikke lenger er mulig å håndheve gitte vilkår om tidsbegrensning og hjemfall, langt mindre stille nye uten at de pålegges alle, medfører dette at EØS-retten ikke legger vesentlige begrensninger på muligheten for å innføre hjemfall for alle gjennom en transaksjonsmodell, så lenge denne utformes slik at alle investorer stilles likt,<sup>55</sup> og transaksjoner i alle konsesjonærer stilles likt.

---

<sup>55</sup> Eventuelt at den forskjellbehandling som foreligger lar seg forene med EØS-rettens krav.

## 5 Rettighetsmodellen

På hjemfallsutredningens s. 152 flg. redegjøres det for et alternativ kalt rettighetsmodellen. Et viktig element i modellen er at «dagens offentlige eiere» og vertsregionen gis rett til andeler av anleggets verdi. I tillegg gis konsesjonæren rettigheter som etter det jeg forstår svarer til dem konsesjonærer til vannfall som hjemfaller til staten har.

Vurderingen av denne modellen og dens forhold til EØS-retten, må skje mot bakgrunn av rettstilstanden i dag. Som fremholdt i avsnitt 2 er situasjonen i dag at vilkår om hjemfall neppe kan håndheves overfor private foretak; det er i strid med kapitalreglene.

For så vidt gjelder de offentlige eiernes rett til andeler av anleggene eller deres verdi, reiser dette ingen EØS-rettslige spørsmål, forutsatt at det med uttrykket «offentlige eiere» siktes til kommuner og fylkeskommuner. Dette er et spørsmål om allokering av statens ressurser internt i forvaltningen, og er EØS-retten uvedkommende. En annen sak er det at statsstøtteregele kan ha betydning for hvordan kommuner og fylkeskommuner benytter midlene.

Dersom man med uttrykket «offentlige eiere» sikter til de offentlige foretakene, vil en kompensasjon til disse reise spørsmål i forhold til statsstøtteregele, i tillegg til at det antakelig må skje en likebehandling med private foretak; heller ikke disse behøver i dag rette seg etter vilkår om hjemfall. Dersom kompensasjonen forankres i erstatningsrettslige betraktninger, vil forholdet til statsstøtteregele være mindre problematisk, forutsatt selvfølgelig at den rettighetsposisjon som oppgis ikke i seg selv er å anse som statsstøtte.

Heller ikke konsesjonærenes rettigheter synes å reise spesielle EØS-rettslige spørsmål, forutsatt at de rettigheter konsesjonærene gis, ikke er andre enn dem private konsesjonærer har.

## 6 Kommunalt eierskap

### 6.1 Innledning

EØS- avtalens etableringsregler gjelder i utgangspunktet for fysiske personer. Artikkel 34 EØS bestemmer imidlertid følgende:

«Når det gjelder anvendelsen av bestemmelsene i dette kapittel, skal selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat, og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innen avtalepartenes territorium, likestilles med fysiske personer som er statsborgere i EFs medlemsstater eller EFTA-statene.

Ved selskaper skal forstås selskaper i sivil- eller handelsrettslig forstand, herunder også kooperative selskaper, samt andre juridiske personer i offentlig- eller privatretslig forstand, unntatt dem som ikke driver ervervsmessig virksomhet.»

Etableringsreglene krever likebehandling av de rettssubjekter som omfattes av denne beskrivelsen. Det er årsaken til at dagens ordning, som skiller mellom selskap der det offentlige direkte eller indirekte har dominerende innflytelse på den ene side, og selskap der slik innflytelse ikke foreligger på den annen side ikke lar seg forene med EØS-avtalens regler om etableringsrett.

Det er på det rene at verken etableringsreglene eller reglene om kapitalbevegelser er til hinder for hjemfallsregler; det er differensieringen som rammes. EØS-reglene krever heller ikke at hjemfalte ressurser reallokeres; de kan like gjerne utnyttes i offentlig regi, eller legges brakk for den saks skyld. EØS-avtalen medfører likevel at dersom en eventuell utnyttelse i det offentliges regi kanaliseres til rettssubjekter omfattet av art 34 EØS, skal det skje likebehandling av slike rettssubjekter og andre. Dette medfører at reallokeringen må skje i samsvar med de krav EØS-retten setter.

EØS-retten er nøytral med hensyn til hvilket forvaltningsnivå hjemfallet skjer til; i denne sammenheng er stat, fylkeskommune og kommune ett. Dette har konsekvenser i to retninger. For det første har dette konsekvenser for utformingen av det fremtidige regimet; EØS-retten er ikke til hinder for at ressursene etter hjemfall fordeles på de offentlige eiere som står bak dagens konsesjonsinnehavere, eller til vertskommunen for den saks skyld. Denne fordelingen er EØS-retten irrelevant.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Den såkalte «rettighetsmodellen», nærmere beskrevet i NOU 2004:26 s. 152 flg., kan synes å bygge på en tanke om å kompensere de bakenforliggende offentlige eiere og vertsregionen. Det er imidlertid vanskelig å forstå om forslagsstillerne ser for seg at konsesjonæren skal kompenseres eller om det er den bakenforliggende, offentlige eieren som skal kompenseres. Etter det jeg kan forstå er det bare det siste alternativet som lar seg forene med EØS-avtalens regler.

For det annet har dette konsekvenser for hvordan man kan innrette seg under dagens regime, og det er dette som skal behandles i det følgende. Ved denne vurderingen er imidlertid, som drøftelsene i avsnitt 3 har vist, også statsstøttereglene av betydning.

## **6.2 Direkte eierskap til naturressursen**

Det offentliges engasjement i vannkraftsektoren er i dag kanalisert til, og organisert i, egne rettssubjekter, typisk aksjeselskaper. Det overskudd virksomheten genererer, henter det offentlige ut i form av utbytte.<sup>57</sup> Naturressursen, typisk fallrettigheten, og kraftanleggene for øvrig eies ikke av den offentlige eieren, men av det offentlig eide rettssubjektet. De offentlig kontrollerte rettssubjektene har blitt tildelt ervervskonsesjoner uten at det er påheftet tidsbegrensning eller vilkår om hjemfall.

De offentlig kontrollerte rettssubjektenes frihet fra tidsbegrensning og hjemfall er foreslått avskaffet, og slik forslaget lyder, vil dette ikke bare bli gjort gjeldende i forhold til fremtidige erverv og konsesjonsbetingende omstendigheter, men også i forhold til etablerte rettighetsposisjoner.

Som nevnt, krever etableringsreglene at en hjemfallsordning utformes slik at det skjer likebehandling mellom de rettssubjekter som omfattes av art. 34 EØS. Det er imidlertid ikke noe krav etter etableringsreglene at det skjer likebehandling mellom rettssubjekter omfattet av art. 34 EØS og andre, typisk stat og kommune.

Dette innebærer at dersom dagens offentlige eiere flytter eierskapet fra de selskap som i dag har det, til det offentlige organ som eier selskapet, typisk kommunen, vil ikke EØS-reglene kreve at kommunen avstår fallrettigheter og kraftanlegg til staten.

Det er klart at en slik omorganisering av eierskapet reiser så vel selskapsrettslige som konsesjonsrettslige spørsmål. Industrikonsesjonsloven forutsetter imidlertid at kommuner og fylkeskommuner kan eie fallrettigheter, og etter det jeg kan forstå, vil en slik omorganisering ikke være noen uoverkommelig oppgave.

## **6.3 Utnyttelsen**

### **6.3.1 Innledning**

Den offentlige eieren, det vil si stat, kommune eller fylkeskommune, kan velge å utnytte ressursen i egen regi, men uten å organisere utnyttelsen i et eget rettssubjekt. For så vidt gjelder kommuner kan utnyttelsen vel også tenkes organisert som interkommunale

---

<sup>57</sup> I tillegg kommer de beløp som hentes ut gjennom skatter og avgifter, men disse er ikke en funksjon av eierrollen.

foretak. Disse er ikke egne rettssubjekter, og faller sannsynligvis utenfor nedslagsfeltet til art. 34 EØS. Utnyttelse i egen regi vil imidlertid, som vist i avsnitt 3, måtte skje i samsvar med statsstøttereglene. Betydningene av dette skisseres i avsnitt 6.3.2 nedenfor.

Dersom kommunen velger å utnytte ressursene i egen regi, vil også reglene om det offentliges anskaffelser regulere de anskaffelser som gjøres som ledd i virksomheten. Jeg ser imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

Alternativt kan kommunen sette ut driften av fall og kraftanlegg. De spørsmål dette reiser i relasjon til EØS-retten behandles i avsnitt 6.3.3.

### 6.3.2 Statsstøttereglenes betydning for utnyttelsen

Det er sikker rett at statsstøttereglene krever at det offentliges kapitalinnskudd i foretak, hva enten de er offentlige eller private, skal skje på markedsvilkår. Dette gjelder også der innskuddet skjer i realia.<sup>58</sup> Dette reiser særlige spørsmål når det offentlige eier produksjonsmidlene, jf. for så vidt drøftelsene i avsnitt 3.5 foran.

Antakelig er det grunn til å skille mellom tre problemkomplekser. Det første problemkomplekset knytter an til situasjonen der andre må tåle hjemfall. Spørsmålet her er om det forhold at det offentlige ikke selv må tåle hjemfall, har konsekvenser for hvordan utnyttelsen av ressursene organiseres internt i forvaltningen. Dersom andre heller ikke behøver tåle hjemfall, kommer spørsmålet i en annen stilling fordi det offentlige vil ha den samme rettslige tidshorisont knyttet til utnyttelsen av ressursen som private.<sup>59</sup> Meg bekjent finner man ingen gode paralleller til hjemfallsinstituttet i noen av EUs medlemsstater. Jeg er i det minste ikke kjent med at Europakommisjonen eller EF-domstolen har vurdert tilsvarende ordninger, kombinert med utnyttelse i offentlig regi. Jeg har heller ikke sett problemstillingen behandlet i litteraturen. Dette medfører at analyser av hva EØS-retten tillater nødvendigvis vil måtte være beheftet med atskillig usikkerhet. Når dette er sagt, er det likevel på det rene at i den grad det lar seg etablere ordninger som sikrer at den forvaltningsbedrift som driver kraftproduksjonen er underlagt rammebetingelser som i svarer til dem private foretak er underlagt med hensyn til avkastningskrav m.v. Som nevnt i avsnitt 3.5 kan dette antakelig oppnås dersom man velger en modell der det offentlige foretaket driver kraftproduksjonen for det offentlige, uten å «eie» anleggene. Som påpekt der er dette i det vesentlige et konstruksjonsspørsmål,

<sup>58</sup> Det er i denne sammenheng uten betydning at direktiv 80/723/EØF ikke kommer til anvendelse på finansielle forhold mellom offentlige myndigheter og offentlige foretak i energisektoren, jf. dets art. 4.

<sup>59</sup> Da vil det vel for øvrig ikke være noe behov for å drive kraftproduksjon innenfor rammene av henholdsvis stat, fylkeskommune eller kommune.

men det kan ikke utelukkes at statsstøtteregele krever at man griper til slike konstruksjoner, i det minste dersom private foretak er underlagt hjemfallsvilkår.

Det andre problemkomplekset knytter an til prisen det offentlige har betalt for produksjonsmidlene. Det er således ikke åpenbart at statsstøtteregele har de samme implikasjoner der det dreier seg om utnyttelse av anlegg som er hjemfålt og andre anlegg. Spørsmålet har betydning i forhold til de avkastningskrav som stilles til virksomheten.

Det tredje problemkomplekset knytter an til vilkårene kraft produksjonen selges på. Statsstøtteregeles betydning ligger her i at salg på bedre vilkår, i betydningen bedre for kjøper, enn markedsvilkår vil være statsstøtte, og spørsmålet om EØS-retten åpner for dette, vil bero på statsstøtteregele. Som eksempel kan nevnes at billig strøm til husholdninger ikke rammes av forbudet mot konkurransevridende statsstøtte; slik støtte påvirker ikke samhandelen, mens billig strøm til produksjonsbedrifter vil påvirke samhandelen mellom EØS, og dermed som regel rammes av art. 61 (1) EØS.

De fleste av de problemene som her er skissert, og som krever nærmere utredning enn det har vært mulig å foreta i denne sammenheng, kan unngås dersom driften av anleggene settes ut til andre.

### 6.3.3 Utsetting av driften

Gjennom en modell der driften settes ut til andre, unngås mange av de problemer som er skissert ovenfor. Modellen vil på mange måter minne om utnyttelsesmodellen for petroleumsressursene på norsk kontinentalsokkel. Her er som kjent modellen at foretak gis anledning til for egen regning og risiko og utnytte ressurser som staten eier,<sup>60</sup> samtidig som staten har et betydelig direkte økonomisk engasjement i virksomheten,<sup>61</sup> forvaltet av et eget aksjeselskap, Petroro. Også i petroleumssektoren er det slik at anlegg og ressurser tilfåller staten når konsesjonstiden er utløpt.<sup>62</sup> Det er lite i veien for å lage en tilsvarende modell på kraftsiden hvor man hensyntar at ressurseier ikke bare er staten, men også kommunene. En forutsetning er da at tildelingen av driftsoppdraget, det vil si valget av operatør om man vil, tilfredsstiller EØS-rettslige krav.

Dette innebærer at oppdraget må tildeles på grunnlag av objektive ikke-diskriminerende kriterier, og etter konkurranse.<sup>63</sup> Hvilke konkrete krav EØS-retten vil stille til tildelingen av oppdraget, vil i noen grad bero på utformingen av oppdragsmodellen. Det er således ikke vanskelig å tenke seg modeller som spenner fra,

<sup>60</sup> Jf. lov 72/1996, petroleumsloven, § 1-1 sammenholdt med § 3-3.

<sup>61</sup> Jf. petroleumsloven § 3-6, og oversikten i

<sup>62</sup> Jf. lov 72/1996, petroleumsloven, § 5-6.

<sup>63</sup> Jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-324/98, Teleaustria, Sml. 2003 s. I-10745.

rettslig sett, temmelig enkle tjenesteoppdrag på den ene side,<sup>64</sup> til mer avanserte konsesjonskontrakter og produksjonskontrakter på den annen.

Hvorvidt kontrakten omfattes av reglene om det offentlige anskaffelser eller ikke, vil i noen grad bero på utformingen av kontrakten. Kontrakten kan godt tenkes utformet som en tradisjonell tjenstekontrakt, men kan også gis form av en såkalt konsesjonskontrakt, der fortjenestepotensialet ikke ligger i vederlaget fra kommunen, men inntektene fra virksomheten.

Det er neppe utelukket at omorganiseringen kan skje gjennom såkalte sale/lease back avtaler, hvor det offentlige foretaket selger fall og anlegg til kommunen, for så å leie det tilbake. Et vilkår i forhold til statsstøttereglene vil være at vilkårene ikke er bedre for selskapet enn de ville vært om transaksjonen var foretatt mellom to kommersielle aktører. Et slikt arrangement reiser antakelig også spørsmål i forhold til reglene om det offentlige anskaffelser, men jeg ser ikke grunn til å gå inn på dette her.

Utviklingen av de nærmere modeller for forholdet mellom ressurseier og driftsselskap faller utenfor mitt mandat. I denne sammenheng er det nok å påpeke at de krav som følger av EØS-retten neppe vil være til hinder for at så vel ressursforvaltningshensyn som mer kommersielt orienterte hensyn kan ivaretas ved utnyttelsen av ressursene. EØS-retten er heller ikke til hinder for en modell der sentralt fastsatte krav kombineres med krav fastsatt av den enkelte ressurseier.

## 6.4 Sammenfatning

Drøftelsene har vist at dersom hjemfallsinstituttet innføres på nytt,<sup>65</sup> vil statsstøttereglene antakelig medføre temmelig store utfordringer med hensyn til utformingen av en modell for kraftproduksjon i statlig, fylkeskommunal, eller kommunal regi. Det forhold at disse organene ikke behøver tåle hjemfall, samtidig som offentlige foretak må det, åpner imidlertid for å organisere kraftproduksjonen på en annen måte enn det som har vært vanlig hittil, og jeg har foreslått at man søker inspirasjon og veiledning i det regelverket som gjelder utnyttelsen av petroleumsressursene på norsk kontinentalsokkel og de vurderinger som ledet frem til det.

Dersom man velger å la være å innføre hjemfallsinstituttet på nytt, synes det enklere å organisere kraftproduksjon innenfor rammene av forvaltningen, men behovet for dette bortfaller da, siden dagens organisering kan videreføres. Poenget med å løfte

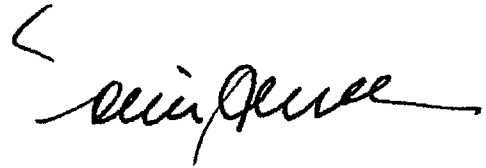
---

<sup>64</sup> Slike vil formodentlig tildeles i samsvar med de krav som følger av anskaffelsesreglene.

<sup>65</sup> Eller om man heller vil; opprettholdes.

eiendomsretten til ressurser og anlegg, er jo å skjerme dem mot konsekvensene av hjemfall kombinert med reallokering i samsvar med EØS-rettens regler.

Oslo, 17. januar 2005

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Finn Arnesen', with a stylized flourish at the end.

Finn Arnesen, professor dr. juris



**Kluge Marianne**

---

**Fra:** Kluge Marianne**Sendt:** 10. mars 2005 17:23**Til:** Kluge Marianne**Emne:** Korrigering av KS styrevedtak av 020305 ang høringssvar på NOU 2004:26 Hjemfall

-----Opprinnelig melding-----

**Fra:** Jan Andersen-Gott [mailto:jan-fredrik.andersen-gott@ks.no]**Sendt:** 9. mars 2005 14:00**Til:** Høisveen Per Håkon**Emne:** Korrigering av KS styrevedtak av 020305 ang høringssvar på NOU 2004:26 Hjemfall

Ref mail av 3 mars kl 08:25 til Per Håkon Høisveen fra Gunn Nikolaisen i KS.

1. Ved en beklagelig glipp har siste del av et vedtakspunkt falt ut i nevnte mail. Det er det som nå utgjør de to siste setningene i pkt 3 i vedlagte dok og som lyder: "KS understreker at saken ikke bør fremmes for endelig behandling før grundige konsekvensutredninger foreligger. Det gjør det umulig å behandle den i Stortingets vårsesjon." (Det som er pkt 3 i vedlagte dok var merket pkt 4 i den tidligere mailen.) Rettet versjon vil også bli oversendt pr post.

2. Jeg skylder også å gjøre oppmerksom på at vedtaket i vedlagte pkt 9 (pkt 10 i forrige mail) ang vertskommunenenes rettigheter, er blitt noe for knapt formulert i det det også er ment å støtte utvalgsflertallets forslag til fordeling på fylkeskommunen el. i tråd med det som sies i pkt 4.5 på side 5 i KS brev til medlemmene av 29 des 2004. (Vedlagt som en del av høringssvaret i forrige mail.)

Mvh

Jan F. Andersen-Gott

Følgende punkter sammen med KS brev "Hjelp til arbeidet med høring av forslag til endring i reglene om hjemfall" av 29 desember 2004 og professor dr juris Finn Arnesens utredning "EØS og hjemfall" av 17 januar 2005 som vedlegg, oversendes OED som KS høringssvar på NOU 2004:26 Hjemfall .

1. KS er enig med det samlede utvalget når det på side 12 uttaler:  
"Vassdragene representerer fornybare og evigvarende ressurser av stor nasjonal verdi både økonomisk og miljømessig. I dag er kraftproduksjon den viktigste økonomiske utnyttelsen. Vannkraften utgjør 99 prosent av kraftproduksjonen i landet og er av grunnleggende betydning for verdiskapingen og velferden. Norge har et unikt fortrinn i å utnytte disse naturressursene til kraftproduksjon. For å sikre at vassdragsressursene blir utnyttet på best mulig måte ut fra samfunnets interesser nå og i fremtiden, er det nødvendig med et godt utbygd system av økonomiske og administrative virkemidler."
2. KS støtter mindretallets (KS, LVK og LO) uttalelse i kap. 10.4.3 hvor det bla heter "Våre vassdrag og vannkraftproduksjonen har i seg verdier som rekker langt ut over bedrifts- og samfunnsøkonomiske modeller. (.....) Disse medlemmene ser det derfor slik at verken skatte- eller konsesjonsreglene fullt ut ivaretar de sterke samfunnsmessige behov for styring og kontroll som foreligger i vannkraftsektoren. Det offentlige eierskapet har derfor en stor egenverdi. (.....) Bare gjennom omfattende offentlig eierskap kan disse verdiene sikres for senere generasjoner." Målet med KS arbeide er å legge til rette for et fortsatt sterkt kommunalt og fylkeskommunalt eierskap i vannkraftsektoren. KS konstaterer samtidig at det pt ikke foreligger noe realistisk alternativ til en hjemfallsordning for å ivareta dette. Hjemfallstiden bør fortsatt være 60 år.
3. KS mener det er behov for en grundigere avklaring av EØS-avtalens handlingsrom og av hvilke hensiktsmessige hjemfallsmodeller som etter en slik avklaring er gjennomførbare og konsekvensanalyse av disse. En slik mulig hensiktsmessig modell kan bla være et direkte kommunalt/fylkeskommunalt eierskap kombinert med utleie av drift.  
  
KS understreker at saken ikke bør fremmes for endelig behandling før grundige konsekvensutredninger foreligger. Det gjør det umulig å behandle den i Stortingets vårsesjon.
4. KS mener at av de modeller som behandles i NOU 2004:26 er Transaksjonsmodellen kombinert med utleie den som best ivaretar hensiktene med en hjemfallsordning. Modellen innebærer at alle kjøpere likestilles ved at de underlegges tidsbegrenset konsesjon på 60 år, mens dagens offentlige eiere beholder sine evigvarende konsesjoner så lenge de ikke selger.
5. KS er sterkt uenig i flertallets foreslåtte modell om partielt hjemfall som gir klare incentiver til raskt salg av offentlige eierandeler. Modellen ivaretar verken de nasjonale interesser eller hensynet til dagens kommunale og fylkeskommunale eiere som ønsker å ivareta et fortsatt eierskap.

6. KS påpeker at salgspresset og nedsalget som følger av Lovtidspunktsmodellen vil føre til store inntekter for kommunesektoren innenfor en relativt kort tidsperiode. Slike inntekter kan bli avkortet mot statlige overføringer til kommunesektoren. Videre har dagens kommunalt eide kraftbedrifter gjennomgående sterk regional forankring som gir betydelige positive, økonomiske ringvirkninger for regionene. Disse ringvirkningene vil bli borte ved nedsalg og påfølgende sentralisering av driften. Til tross for at Utredningsinstruksen punktene 2.3.1 og 2.3.2 pålegger Hjemfallsutvalget og Olje- og energidepartementet å utrede de økonomiske konsekvensene for kommuner og næringsliv av Lovtidspunktsmodellen, har det ikke blitt foretatt i nevneverdig grad. Resultatet er at flertallet har fremmet en modell som KS antar vil gi betydelig negative konsekvenser uten at disse har vært forsøkt kartlagt.
7. KS beklager at Hjemfallsutvalgets mandat ikke omfatter spørsmålet om erstatningsplikt. KS mener at kommuner og fylkeskommuner skal nyte fullt grunnlovsvern etter § 105 ved en tvungen avståelse av vannfall og kraftanlegg som følge av pålegg om hjemfall. KS mener at dette spørsmålet om nødvendig bør prøves rettslig.
8. KS støtter forslaget om videreføring av vertskommunenes rettigheter og forslaget til ny trappetrinnsregel slik et samlet utvalg går inn for.
9. KS mener det er prinsipielt og juridisk feil at de konsesjonsfrie private anleggene fra før 1909 er holdt utenfor arbeidet i Hjemfallsutvalget. KS mener at disse anleggene skal likestilles konsesjonsrettslig med øvrige anlegg med grunnlag i nye regler.

KS er også prinsipielt uenig med flertallets forslag om å forlenge eksisterende vilkår om hjemfall påhvilende privat eiere av vannfall ervervet etter 1909 og kan heller ikke se at en slik forlengelse er tilstrekkelig juridisk begrunnet.
10. Sentralstyret ber Regjeringen om å avklare med ESA hvorvidt det finnes handlingsrom for Norge å påberope seg selvstendig behandling av spørsmålet. Det vises til Ot.prp. 82 (1990-1991) og EØS-avtalen Norge har med EU.