

Hjemfallsutvalget
Olje- og energidepartementet
Postboks 8148 Dep
0033 Oslo

Hjemfallsplikt for offentlig eide vannfall og vannkraftanlegg

1. Oppdraget og bakgrunnen for dette

Vannfall og vannkraftanlegg som eies av det offentlige er etter gjeldende lovgivning ikke undergitt hjemfallsplikt til staten, slik tilsvarende eiendeler som eies av private er. Med "det offentlige" menes i denne sammenhengen staten, fylkeskommuner, kommuner og selskaper som staten, og/eller én eller flere fylkeskommuner og/eller én eller flere kommuner eier 2/3 av selskapsandelene i.

Olje- og energidepartementet forbereder ny lovgivning som innfører hjemfallsplikt for offentlig eide vannfall og vannkraftanlegg, slik at offentlig eide eiendeler av disse slagene likestilles med privat eide eiendeler av de samme slagene. Som ledd i forberedelsene har en interdepartemental arbeidsgruppe utarbeidet et høringsnotat av 29. november 2002, hvor de gjeldende konsesjonsordninger er beskrevet og forskjellige endringsmuligheter drøftet. I høringsnotatet er også mulige endringer i ordningen med hjemfallsplikt behandlet.

Rettsteknisk kan en hjemfallsplikt for offentlig eide vannfall og vannkraftanlegg tenkes utformet på forskjellige måter. I høringsnotatet er det konkludert med at den beste løsningen vil være umiddelbart å innføre hjemfallsplikt for eiendeler som nevnt, og slik at hjemfallet aktualiseres i kraft av loven, dvs. uten administrativ behandling, på en bestemt dag en gang i fremtiden.

Som ledd i forberedelsen av ny lovgivning foreligger også Utredning om hjemfall og endringer i reglene av hjemfall av mai 2002, skrevet av Simonsen Føyen Advokatfirma DA etter oppdrag av Kommunenes Sentralforbund (KS) og KS Bedrift. I utredningen er konkludert med at hjemfallsplikt bør innføres når eiendeler som nevnt har vært gjenstand for nærmere angitte transaksjoner.

Forberedelsen av ny lovgivning videreføres av Hjemfallsutvalget.

Hjemfallsutvalget har i brev av 2003-10-20 gitt meg i oppdrag å utrede selskapsrettslige sider ved den transaksjonsmodellen som KS har fremmet forslag om. I brevet heter det blant annet:

"Hovedprinsippet ved transaksjonsmodellen er at vilkår om hjemfall innføres for vannfall og vassdragsrettigheter som ikke tidligere er underlagt slike vilkår i forbindelse med overdragelse av rettighetene. Det nærmere innholdet i hjemfallsvilkåret kan utformes på ulike måter, eksempelvis slik det i dag fremkommer av industrikonsesjonsloven § 2 fjerde ledd post 17 og vassdragsreguleringsloven § 10 nr. 4. [...]

[...]

Kraftsektoren er i dag preget av et utstrekkt offentlig eierskap til vassdragsressursene. Staten, fylkeskommuner og kommuner eier i dag mer enn 85 prosent av kraftproduksjonen i Norge. Deres kraftanlegg og fallrettigheter er gjennomgående ikke underlagt vilkår om hjemfall. Noe mindre [enn] 15 prosent av kraftproduksjonen eies av private. Av disse er 2/3 underlagt vilkår om hjemfall, mens de resterende vannfall og reguleringer er ervervet før 1906 og derfor aldri undergitt konsesjoner med vilkår om hjemfall.

Kraftselskapene er de siste ti år i stor grad omdannet til egne rettssubjekter og for det meste organisert som aksjeselskap. Det er imidlertid også andre selskapsformer som benyttes i kraftsektoren, som eksempelvis selskap med delt ansvar og interkommunale selskap. Mange kraftselskap er videre organisert i konsern, ofte med separate datterselskap for oppgaver som kraftproduksjon, omsetning og nettvirksomhet.

Den norske kraftsektoren er preget av betydelig krysseierskap og det er ikke uvanlig med en rekke bakenforliggende selskapsledd.”

Oppdraget til meg er angitt slik:

”Utredningen skal vurdere hvordan et formålstjenlig regelverk for eventuell innføring av hjemfallsvilkår i forbindelse med transaksjoner av konsesjonspliktige vannfallsrettigheter og rettssubjekter som innehar slike rettigheter kan utformes. Selskapsrettslige forhold knyttet til en transaksjonsmodell må derfor problematiseres. Fordeler og ulemper som eventuelt knytter seg til alternative modeller må beskrives. I vurderingen vil blant annet følgende momenter måtte stå sentralt:

- *modellens formål er innføring av hjemfallsvilkår i forbindelse med nye erverv*
- *modellen må være forutsigbar og enkel å håndtere både for aktørene og konsesjonsmyndighetene*
- *modellen må i størst mulig utstrekning gi konsesjonsmyndighetene mulighet til å overvåke de transaksjonene som utløser nye konsesjonsbehandlinger med innføring av hjemfallsvilkår*
- *modellen skal ikke i unødvendig grad legge beslag på ressurser hos aktørene eller myndighetene*
- *ordningen skal i minst mulig grad gi rom for omgåelser av regelverket*
- *modellen skal så langt det er mulig legge til rette for et marked for omsetning av selskapsandeler hvor samtlige fremtidige erververe likebehandles*
- *modellen bør ikke hindre samfunnsøkonomisk fornuftige omstruktureringer*

Spørsmål knyttet til EØS-rettslige og grunnlovmessige problemstillinger faller utenfor dette oppdraget. [...].”

Som underlag for oppdraget har jeg fått kopi av

- Advokatfirmaet Simonsen Føyens utredning av mai 2002 til KS og KS Bedrift
- KS’ brev til Olje- og energidepartementet av 2002-07-03
- KS’ brev til Olje- og energidepartementet av 2002-10-10
- KS’ brev til Olje- og energidepartementet av 2002-10-24
- Regjeringens høringsnotat av 2002-11-29

Slik oppdraget er formulert, dreier det seg om vannfall og rettigheter som i dag er regulert i industrikonsesjonsloven. Jeg går derfor ikke inn på vannkraftanlegg og rettigheter som er regulert i vassdragsreguleringsloven.

Jeg bruker i det følgende til dels ordet ”vannfall” om eiendommer og rettigheter som konsesjons- og hjemfallsplikt gjelder for eller kan gjelde for, men forutsetter at gjenstandene for konsesjons- og hjemfallsplikt skal være som etter den gjeldende ordning (jf. industrikonsesjonsloven § 2 nr. 17).

Jeg forutsetter at hjemfallsplikt også i den fremtidige ordning skal være knyttet til en konsesjonsordning, slik at det primære skal være en konsesjonsplikt mens en hjemfallsplikt skal være hjemlet i et konsesjonsvilkår eller iallfall være knyttet til en konsesjon. Det er imidlertid bare de hensynene som begrunner eller har betydning for hjemfallsplikt som trekkes inn i vurderingene i det følgende. Jeg finner det riktignok til dels hensiktsmessig å skrive om konsesjonsplikt, men underforstår at det knytter seg hjemfallsplikt til en konsesjon.

Imidlertid er det grunn til å peke på at regler om konsesjonsplikt ikke uten videre vil være effektive. Det selskapet som konsesjonsplikt i prinsippet inntreffer for, vil kunne være i villfarelse både om faktiske og rettslige sider ved dette. For å gjøre iallfall hjemfallsplikten effektiv, kan det være grunn til å knytte denne også direkte til de forhold som aktualiserer konsesjonsplikt. Om selskapet da av den ene eller den annen grunn unnlater å søke konsesjon, kan hjemfallsplikt aktualiseres og løpe fra inntreden av forhold som etter regelverket prinsipielt aktualiserer konsesjonsplikt. I løpet av den tid som går før hjemfallsplikten forfaller, for eksempel 60 år, vil de relevante forhold sannsynligvis komme for en dag.

Jeg skriver prinsipielt om aksjeselskaper og aksjer. De spørsmålene jeg tar opp, kan oppstå også for selskaper i andre former (ANS, DA, BA, KS m.v.) og andeler i disse. Jeg antar at de løsningene som velges for aksjeselskaper og aksjer, vil kunne tilpasses selskaper og selskapsandeler for øvrig. Dette gjelder spesielt allmennaksjeselskaper og aksjer i disse, som jeg for øvrig kommer noe inn på i avsnittene 5 og 6. Andre selskaper er kort berørt i avsnitt 10.

2. *Allment om konsesjons- og hjemfallsplikt etter en transaksjonsmodell*

Den gjeldende konsesjonsordning for vannfall går ut at hjemfallsplikt kan oppstå etter regler bygget på en transaksjonsmodell: Hjemfallsplikt kan oppstå i forbindelse med at private fysiske eller juridiske personer i privatrettslig forstand har ervervet eiendomsrett eller bruksrett til vannfall (industrikonsesjonsloven § 1 første ledd). Hjemfallsplikten er knyttet til den konsesjonsordning som gjelder for slike erverv (industrikonsesjonsloven § 2 nr. 17). Ervervet har i utgangspunktet ikke fulle rettsvirkninger (industrikonsesjonsloven § 29). Fulle rettsvirkninger får ervervet først når konsesjon er gitt og da også rettsvirkninger i henhold til konsesjonen. På den annen side kan konsesjonen behefte eiendommen med byrder, blant annet en hjemfallsplikt, som går ut på at vannfallet m.v. overføres uten vederlag til staten og den (eller de) kommune(r) hvor vannfallet ligger, etter 60 år regnet fra konsesjonens meddelelse (industrikonsesjonsloven § 2 nr. 17 jf. § 41 femte ledd). I ordningen ligger at det er en bestemmelse (et vilkår) i den gitte konsesjon som er hjemmel for hjemfallsplikt i det enkelte tilfelle.

Industrikonsesjonsloven § 36 første ledd supplerer industrikonsesjonsloven § 1 og hjemler konsesjonsplikt ved erverv av ”mer enn en femdel” av aksjene i et aksjeselskap ”som innehar

eiendomsrett eller annen rettighet som erververen ikke kunne erverve uten konsesjon". Etter industrikonsesjonsloven § 36 syvende ledd kan en konsesjon til erverv av aksjer i et aksjeselskap som nevnt og hvis vannfall m.v. ikke allerede er beheftet med hjemfallsplikt, inneholde bestemmelse om hjemfallsplikt. Når en slik hjemfallsplikt forfaller, blir staten eier av de aksjer som hjemfallsplikten omfatter. Statens stilling som eier av disse aksjene vil bero på aksjeselskapsforholdet (aksjeselskapets vedtekter) og den aksjelovgivningen som gjelder på tidspunktet for eierskiftet til aksjene.

Etter den gjeldende hjemfallsordning er statens erverv av vannfall unntatt fra konsesjonsplikt, mens erverv til fordel for det offentlige for øvrig er konsesjonspliktige, men unntatt fra hjemfallsplikt ved at konsesjoner kan gis og er gitt uten tidsbegrensning (industrikonsesjonsloven § 4 tredje ledd). Med "det offentlige for øvrig" menes i denne sammenheng kommuner, fylkeskommuner og selskaper hvor staten, fylkeskommune(r) eller kommune(r) sitter med 2/3 av eierinteressen (industrikonsesjonsloven § 4 første ledd). Både det offentlige og en del private aksjeselskaper eier dessuten vannfall som ikke er konsesjonsbehandlet fordi de var ervervet før lovgivning om konsesjonsplikt ble innført. I de opplysningene som er nevnt i punkt 1 foran, ligger at unntakene fra den alminnelige regel om hjemfallsplikt omfatter en vesentlig del av vannfallene i Norge.

Ordningen med hjemfall til staten er særegen for konsesjonsordningen etter industrikonsesjonsloven (og vassdragsreguleringsloven). Dette innebærer at det ikke uten videre kan overføres løsninger til denne konsesjonsordningen fra andre konsesjonsordninger som er hjemlet i reguleringslovgivningen.

3. *Allmenngjøring av konsesjons- og hjemfallsordningen for vannfall*

Den transaksjonsmodellen som den gjeldende konsesjons- og hjemfallsordning bygger på, med konsesjonsplikt og hjemfallsplikt i henhold til konsesjon ved direkte erverv av vannfall, må etter forutsetningen om utvidet bruk av transaksjonsmodellen bygges ut ved at unntaksreglene (i industrikonsesjonsloven § 4) oppheves. Opphevelse av unntaksreglene, i første rekke industrikonsesjonsloven § 4 tredje ledd, vil innebære at de alminnelige regler (i industrikonsesjonsloven § 1) kommer til anvendelse, med konsesjonsplikt for alle andre enn staten, og med adgang til å fastsette konsesjonsvilkår om hjemfallsplikt ved erverv av eiendomsrett eller bruksrett til vannfall.

For meg er det ikke grunn til å gå inn på de forskjellige spørsmål som en slik utvidet anvendelse av de alminnelige konsesjonsregler kan reise. Men jeg påpeker at opphevelse av unntaksreglene (allmenngjøring av konsesjonsplikten) ikke i seg selv vil ha som virkning at de aktuelle (offentlige og private) eiere av vannfall får konsesjonsplikt eller at de kan pålegges hjemfallsplikt. Konsesjonsplikt med adgang til å fastsette hjemfallsplikt vil oppstå først når et vannfall erverves av en ny eier, men altså også om den nye eier er det offentlige i den vide forstand som er nevnt (bortsett fra staten).

Jeg antar altså at prinsippet i industrikonsesjonsloven § 34 annet ledd ikke kommer til anvendelse ved opphevelse av unntaksreglene. En forutsetning for det følgende er at dette er et holdbart standpunkt, eller at løsningen fastlegges ved den endringslov som opphever unntaksreglene i industrikonsesjonsloven § 4.

Jeg forutsetter også at det ikke ellers er adgang til å revidere gitte konsesjoner til det offentlige ved å innføre vilkår om hjemfallsplikt i konsesjonene. Industrikonsesjonsloven § 4

fjerde ledd utelukker jo ikke at konsesjoner til det offentlige gjøres tidsbegrensede. I så fall kommer formentlig industrikonsesjonsloven § 2 nr. 17 til anvendelse fullt ut.

I det følgende skal jeg i punkt 4 først se på en del særspørsmål som i og for seg kan oppstå i forbindelse med aksjeselskaper som allerede er konsesjonærer eller som kan ha konsesjonsplikt. Spørsmålene tas opp her fordi de i den fremtidige ordning kan bli aktuelle for aksjeselskaper som etter industrikonsesjonsloven § 4 anses som ”det offentlige”. Spørsmålene er imidlertid aktuelle også for private aksjeselskaper med alminnelig konsesjonsplikt. Løsningene i den fremtidige ordning må bli de samme for offentlig eide og privat eide aksjeselskaper. Deretter skal jeg i punktene 5 og 6 se på en del særspørsmål som kan oppstå i forbindelse med erverv av aksjer i aksjeselskap som eier vannfall. Også her må løsningene i fremtiden bli de samme for offentlig eide og privat eide aksjeselskaper og aksjer.

Jeg presiserer at ”transaksjon” slik det brukes her, ikke er et begrep med en bestemt selskapsrettslig avgrensning. Begrepet brukes her om forskjellige hendelser som kan bli aktuelle i et selskaps ”liv”, og som kan tenkes relevante i forhold til spørsmålet om hjemfallsplikt. Hvilke hendelser som skal tillegges relevans, er et politisk spørsmål som jeg ikke tar standpunkt til. Ved lovfesting av en transaksjonsmodell må konsesjonspolitiske hensyn veies mot andre hensyn som gjør seg gjeldende i forbindelse med offentlig og privat virksomhet, for eksempel hensynet til at virksomhet i større eller mindre utstrekning bør kunne omstruktureres og omstilles uten at konsesjonsplikt og hjemfallsplikt stilles i veien. Min fremstilling bygger på den forutsetning som er gitt meg, at transaksjoner bør aktualisere konsesjonsplikt og hjemfallsplikt, og at hendelser som ikke er transaksjoner, ikke bør aktualisere konsesjonsplikt og hjemfallsplikt. Jeg kommer imidlertid både i punkt 4 og i punkt 7 inn på mulige måter å avgrense hjemfallsplikten på, som bygger på hensynet til omstrukturings- eller omstillingsbehov.

Generelt bemerkes at innføring av konsesjonsplikt og hjemfallsplikt for vannfall som tidligere ikke har vært omfattet av slike plikter og som eies av selskaper, naturligvis vil påvirke omsetningsverdien av (kursen på) aksjene i de selskapene som pålegges pliktene i negativ retning. Det dreier seg jo om en plikt for selskapene til å gi fra seg uten vederlag deres presumptivt viktigste eiendel, vannfallet. For allmennaksjeselskaper med børsnoterte aksjer vil aktualisering av konsesjonsplikt med tilhørende hjemfallsplikt omfattes av opplysningsplikten etter børsloven § 5-7 med tilhørende børsforskrift. Effekten av opplysningen vil bero blant annet på hvor lang tid det er igjen til hjemfallsplikten forfaller.

4. Selskapsrettslige transaksjoner som kan aktualisere konsesjonsplikt

4.1 Innledning

I forbindelse med selskaper som det offentlige eier aksjene i (jf. industrikonsesjonsloven § 4), og som eier vannfall som etter de gjeldende regler ikke er beheftet med hjemfallsplikt, kan det tenkes forskjellige transaksjoner som ikke uten videre kan eller bør anses som erverv i relasjon til en ny alminnelig regel om at konsesjonsplikt skal oppstå også ved det offentliges erverv av vannfall, dvs. den ordning man får ved å oppheve industrikonsesjonsloven § 4 tredje ledd, slik at industrikonsesjonsloven § 1 gjelder også for erverv til fordel for det offentlige. I de følgende punkter drøftes de viktigste av de transaksjoner som reiser særspørsmål i forhold til ervervsbegrepet i konsesjonsreglene.

De transaksjonene som omtales, er som nevnt aktuelle også for aksjeselskaper som er privat eide, og som er konsesjonærer med hjemfallsplikt etter gitte konsesjoner. I atskillig utstrekning er transaksjonene for privateide aksjeselskaper regulert ved spesielle bestemmelser i industrikonsesjonsloven. Det kan være et behov for en generell gjennomgang av reglene, med sikte på å utforme hensiktsmessige og tidsmessige regler for privateide så vel som for offentlig eide aksjeselskaper.

I den utstrekning de transaksjonene som omtales her ikke anses som konsesjonspliktige erverv, vil konsesjonsspørsmålet kunne oppstå ved senere eierskifter til aksjer i eller andre endringer i eierinteressen bak det aksjeselskapet som eier vannfall, se punkt 5 nedenfor.

4.2 Selskapsstiftelse med konsesjonspliktig eiendom som innskudd

Et vannfall kan overføres til et aksjeselskap som innskuddsobjekt ved stiftelsen av selskapet. Aksjeloven kapittel 2 gir detaljerte regler om hvorledes slike "innskudd med annet enn penger" (tingsinnskudd, apportinnskudd) skal behandles i stiftelsesdokumentene. Aksjelovens regler suppleres av alminnelige privatrettslige regler om formelle sider ved eiendomserverv, blant annet reglene om tinglysing som vilkår for rettsvern for eiendomsrett eller bruksrett.

I forhold til konsesjonsordningen er det et spørsmål om selskapets formelle erverv skal aktualisere konsesjonsplikt slik at det kan fastsettes vilkår om hjemfallsplikt, for eksempel hvis det offentlige foretar eller deltar i en aksjeselskapsstiftelse med et vannfall som innskuddsobjekt. Spørsmålet kan reises fordi en overføring til et aksjeselskap som nevnt ofte begrenser seg til en formell endring i eierinteressen, mens den reelle eierinteressen er på den samme hånd (de samme hender) som den var på tidligere, riktignok knyttet til én eller flere aksjer i aksjeselskapet. Slik vil situasjonen typisk være når et aksjeselskap stifter et heleid datterselskap som får overført et vannfall fra morselskapet som innskudd.

Et aksjeselskaps erverv av et vannfall som innskuddsobjekt bør – som etter den gjeldende konsesjonsordning – begrunne konsesjonsplikt. Det formelle eierskifte ved en aksjeselskapsstiftelse er et hensiktsmessig og lett kontrollerbart grunnlag for en konsesjonsplikt. Løsningen bør altså gjelde om det offentlige skyter et vannfall som ikke er konsesjonsbehandlet eller som ikke er beheftet med hjemfallsplikt (etter industrikonsesjonsloven § 4 fjerde ledd) inn i et nystiftet aksjeselskap mot aksjer eller til kreditering av et overkursfond, jf. aksjeloven § 3-1 første ledd. Løsningen bør også gjelde om det offentlige i forbindelse med stiftelse av et aksjeselskap overdrar et vannfall til aksjeselskapet mot annet vederlag enn aksjer. Og den bør gjelde selv om det offentlige er ene- eller hovedaksjeeier i selskapet.

4.3 Aksjekapitalforhøyelse med vannfall som innskudd

Et vannfall kan overføres til et aksjeselskap som innskuddsobjekt ved forhøyelse av aksjekapitalen i aksjeselskapet, eventuelt som overkurs eller mot annet vederlag enn aksjer. Aksjeloven kapittel 10 gir detaljerte regler om hvorledes dette skal behandles i dokumentene, regler som i hovedsak er parallelle til de regler som gjelder ved stiftelse av aksjeselskap, jf. punkt 4.2.

De spørsmål som oppstår i forhold til konsesjonsordningen for vannfall er parallelle til dem som oppstår ved stiftelse av aksjeselskap, jf. punkt 4.2 foran. Også løsningene bør være

parallele, slik at det formelle eierskifte til vannfall bør anses som erverv som utløser konsesjonsplikt for aksjeselskapet.

4.4 Fusjon (sammenslåing) av aksjeselskaper hvor ett eller begge (alle) selskapene eier vannfall

Et aksjeselskap kan slås sammen (fusjoneres) med et annet aksjeselskap. Aksjeloven kapittel 13 gir detaljerte regler om hvorledes en fusjon kan gjennomføres. Fusjonen vil kunne ha som virkning at det selskap som er det overtakende selskap i fusjonen, formelt erverver et vannfall fra det overdragende selskap i fusjonen (som til slutt oppløses). I forhold til konsesjonsordningen reises spørsmålet om det overtakende selskaps formelle erverv skal være konsesjonspliktig.

Det er ikke opplagt at alle fusjoner skal behandles likt for så vidt. Endringen i den reelle eierinteressen er ikke den samme i alle fusjonstilfelle. Minst er endringen ved fusjon av to eller flere heleide datterselskaper i et konsern og ved fusjon av morselskap og heleid datterselskap i et konsern, jf. aksjeloven §§ 13-23 og 13-24. Den enkleste løsningen er imidlertid å behandle alle fusjoner likt i utgangspunktet, slik at konsesjonsplikt oppstår. En konsesjonsplikt som aktualiseres ved enhver fusjon som omfatter et vannfall, kan nok hindre omstruktureringer som er ønskelige. Sikkerhetsventilen her bør imidlertid være en dispensasjonsbestemmelse tilsvarende industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd, se avsnitt 7.

Riktignok er fusjoner i atskillig utstrekning ikke tillagt betydning som transaksjoner i andre sammenhenger. Tydeligst er dette innen skatteretten, hvor skatteloven kapittel 11 gir hjemmel for at en fusjon ikke i skattelovens forstand anses som en "realisasjon" av et fusjonerende selskaps eiendeler og heller ikke som er realisasjon av aksjene i et fusjonerende selskap (jf. skatteloven § 9-2). Tradisjonelt bygger skattereglene på den tanke at en fusjon ikke representerer en tilstrekkelig endring i eierforholdet til selskapets eiendeler til at skatteplikt etter kapitalgevinstreglene bør utløses. Det har selvsagt også hatt betydning at skattereglene ikke skal hindre ønskelige omstruktureringer i næringslivet. Tanker som nevnt er for øvrig tillagt betydning også utenfor skatteretten. Det er et politisk spørsmål om fusjoner ikke skal tillegges betydning som transaksjoner etter konsesjonsreglene. Avgrensningen kunne i tilfelle gjøres slik den er gjort i skatteloven §§ 11-2 og 11-3.

Et aksjeselskaps deltakelse i en fusjon kan vedtas av 2/3 av kapitalen og 2/3 av stemmene i generalforsamlingen. Det kan hevdes at en beslutning om å delta i en fusjon som aktualiserer konsesjonsplikt, vil virke urimelig overfor mindretallet. Det er neppe grunn til å ta hensyn til dette ved utformingen av konsesjonsreglene. Urimeelighet som nevnt må fanges opp av de alminnelige aksjerettslige ugyldighetsregler, jf. aksjeloven § 5-21 jf. §§ 13-20 flg. Konsesjonsplikt bør ikke oppstå eller fastholdes hvis en beslutning om fusjon kjennes ugyldig.

Ved en fusjon er det i en del tilfelle et taktisk spørsmål hvilket av de deltakende aksjeselskaper som skal være det overtakende og hvilket som skal være overdragende selskap. Man unngår taktisk tilpasning for å unngå at konsesjonsplikt oppstår, hvis en fusjon aktualiserer konsesjonsplikt for det selskapet som skal eie vannfallet uten hensyn til hvilket selskap som skal være eier i fremtiden. Løsningen vil i tilfelle innebære at det ved en fusjon oppstår konsesjonsplikt også for så vidt vannfall som det overtakende selskap allerede eier.

4.5 Fisjon (deling) av aksjeselskap som eier vannfall

Et aksjeselskap kan deles (fisjonerer) i to eller flere aksjeselskaper eller almennaksjeselskaper. Aksjeloven kapittel 14 gir detaljerte regler om hvorledes en fisjon kan gjennomføres. Fisjonen vil kunne ha som virkning at det selskap som er det overtakende i fisjonen, formelt erverver et vannfall fra det overdragende selskap i fisjonen (som fortsetter etter fisjonen). I forhold til konsesjonsordningen reises spørsmålet om det (de) overtakende selskap(er)s formelle erverv skal være konsesjonspliktig(e).

Det er ikke opplagt at alle fisjoner skal behandles slikt for så vidt. Endringen i den reelle eierinteressen er ikke den samme i alle fisjonstilfelle. Minst er endringen ved fisjon hvor aksjeeieren (-ne) i det overdragende selskap også skal eie aksjene i det overtakende selskap og i samme forhold, for eksempel når et heleid datterselskap i et konsern fisjonerer i to (eller flere) heleide datterselskaper i det samme konsern. Den enkleste løsningen er imidlertid at alle fisjoner behandles likt. Som ved fusjon kan det være behov for en dispensasjonsordning, jf. punkt 4.4.

Som kjent er fisjoner i atskillig utstrekning likestilt med fusjoner innenfor skatteretten, jf. punkt 4.4. Skatteloven §§ 11-4 og 11-5 kunne eventuelt være modell for en generell unntaksordning.

Ved en fisjon er det i en del tilfelle et taktisk spørsmål hvilket selskap som skal være eier av et vannfall som har tilhørt det overdragende selskap. Man unngår taktisk tilpasning for å unngå at konsesjonsplikt oppstår hvis fisjonen utløser konsesjonsplikt det selskapet som skal eie vannfallet uten hensyn til hvilket av selskapene dette er.

4.6 Fisjon-fusjon (deling og sammenslåing) av aksjeselskaper hvor ett eller flere av aksjeselskapene eier vannfall

En fisjon av et aksjeselskap kan kombineres med en fusjon på den måten at den utfisjonerte delen slås sammen med et eksisterende selskap. Aksjeloven kapittel 14 gir detaljerte regler om hvorledes en slik fisjon-fusjon kan gjennomføres. I forhold til konsesjonsordningen reises også her spørsmålet om det (de) overtakende selskap(er)s formelle erverv skal være konsesjonspliktig(e).

Løsningen må være som i punktene 4.4 og 4.5. Også ved fisjon-fusjon kan det være behov for en dispensasjonsordning, jf. punkt 4.4.

4.7 Nedsettelse av aksjekapitalen i et aksjeselskap som eier vannfall

Et aksjeselskap som eier vannfall kan nedsette sin aksjekapital og enten slette en del av aksjene, innløse en del av aksjene eller nedsette samtlige aksjers pålydende. I de to førstnevnte fall vil de gjenværende aksjer etter at transaksjonen er gjennomført representere en større andel i eierinteressen i vannfallet enn de gjorde tidligere.

Iallfall hvis det er en vesentlig del – for eksempel 34 prosent – av aksjene som bortfaller ved nedsettelse av aksjekapitalen, er det mye som taler for at transaksjonen bør utløse konsesjonsplikt for selskapet. (Løsningen bør altså ikke være å se bortfallet av aksjer som erverv av disse aksjene for de gjenværende aksjeeiere, slik løsningen er etter industrikonsesjonsloven § 36.)

4.8 Aksjeselskap som eier vannfall erverver egne aksjer

Et aksjeselskap kan i en viss utstrekning erverve sine egne aksjer og slette disse, jf. aksjeloven §§ 9-2 flg. Slettingen innebærer at de gjenværende aksjer vil representere en større andel i eierinteressen i vannfallet enn de gjorde tidligere.

Konsesjonsspørsmålet bør løses på samme måten her som ved nedsettelse av aksjekapitalen, jf. punkt 4.7.

4.9 Oppløsning og avvikling av aksjeselskap som eier vannfall

Et aksjeselskap som eier vannfall kan oppløses og avvikles slik at vannfallet deles ut (overføres) til én eller flere av aksjeeierne, etter regler i aksjeloven kapittel 16. I forhold til konsesjonsordningen er spørsmålet om aksjeeiernes erverv aktualiserer konsesjonsplikten.

Endringen i eierinteressen er minst hvis de tidligere aksjeeiere overtar vannfallet til sameie og i samme forhold som de før eide aksjene i aksjeselskapet. Men på samme måte som ved stiftelse av aksjeselskap, jf. punkt 4.2, bør også her det formelle ervervet utløse konsesjonsplikt.

5. *Konsesjonsplikt ved eierskifte til aksjer i selskap som eier vannfall*

5.1 Innledning

Etter den gjeldende konsesjonsordning oppstår i visse tilfelle konsesjonsplikt ved erverv av aksjer i aksjeselskap som eier vannfall (industrikonsesjonsloven § 36 første ledd). Som nevnt i punkt 2, knytter konsesjonsplikten etter den gjeldende ordning seg i disse tilfelle til erverv av aksjer, ikke til erverv av vannfall. Og det er aksjeeieren som må søke konsesjon og ellers være part i konsesjonssaken, ikke aksjeselskapet. (Det kan selvsagt tenkes at også selskapet er konsesjonær i egenskap av direkte eier av vannfallet. Men som nevnt foran, vil dette ikke alltid være tilfellet.) Hjemfallsplikt for aksjene kan bare pålegges hvis ikke aksjeselskapet allerede er pålagt hjemfallsplikt vedrørende vannfallet, jf. industrikonsesjonsloven § 36 syvende ledd.

Et hovedspørsmål når det gjelder den fremtidige konsesjonsordning er om konsesjonsplikten (og dermed hjemfallsplikten) etter eierskifte til aksjer skal pålegges aksjeselskapet eller aksjeeieren. Dette spørsmålet drøftes i punkt 5.2. Den praktiske håndtering av konsesjonssaken blir forskjellig enten hjemfallsplikten pålegges selskapet eller den pålegges aksjeeieren. Men det er prinsipielt ingen ting i veien for at selskapet pålegges forskjellige saksbehandlingsforpliktelser i forbindelse med en sak om konsesjon for aksjeeieren. En del slike spørsmål berøres i punktene 5.3 flg. Forskjellene med hensyn til praktisk håndtering trenger derfor ikke bli så store.

Enten konsesjonsplikten pålegges aksjeselskapet eller aksjeeieren, oppstår det spørsmål om hvilke aksjetransaksjoner ved siden av overdragelser og andre eierskifter til aksjer som skal aktualisere konsesjonsplikten. Slike spørsmål drøftes i punkt 6.

5.2 Konsesjonsplikt for aksjeselskapet eller for aksjeerververen?

En konsesjonsplikt som oppstår ved eierskifte til én eller flere aksjer i et aksjeselskap som eier vannfall, kan – som antydnet i punkt 5.1 – tenkes pålagt enten aksjeselskapet – og vil da gjelde vannfallet som sådant – eller aksjeeieren – og vil da gjelde hans aksjer. De gjeldende konsesjonsregler (industrikonsesjonsloven § 1) og praksis i tilknytning til dem går ut på at det for et aksjeselskap som eier vannfall, oppstår konsesjonsplikt med hjemfallsplikt hvis mer enn 90 prosent av aksjene i selskapet erverves av én fysisk eller juridisk person. For erverv av aksjer i et aksjeselskap som eier vannfall oppstår konsesjonsplikt, eventuelt med hjemfallsplikt, i en del andre tilfelle, jf. punkt 5.1.

Flere grunner taler etter min mening for generelt å legge konsesjonsplikt og hjemfallsplikt som oppstår ved eierskifte til aksjer på aksjeselskapet, altså uten hensyn til om eierskiftet gjelder mer enn 90 prosent av aksjene eller en mindre andel. (Hvor terskelen for en mindre andel i tilfelle skal legges, kommer jeg tilbake til.)

For det første er det denne løsningen som treffer best ut fra de hensyn hjemfallsplikten bygger på. Det er vannfallet staten har behov for å få rådighet over, ikke aksjer i et aksjeselskap som staten forutsetningsvis vil måtte eie sammen med andre og som gir staten de rettigheter som følger av aksjeselskapsforholdet og aksjeselskapslovgivningen. De økonomiske effekter som hjemfallsordningen skal fremme, vil bare i begrenset utstrekning varetas ved at staten blir eier av aksjer i et selskap som eier vannfall. En hjemfallsplikt knyttet til aksjer vil ikke gi staten rådighet over vannfallet. For at staten etter at hjemfallet av aksjer har funnet sted skal få eierrådighet over det vannfallet som aksjeselskapet eier, må aksjeselskapet oppløses og avvikles. Staten som aksjeeier kan i tilfelle ikke etter aksjerettslige regler kreve vannfallet overført til seg, med mindre samtlige aksjeeiere stemmer for dette, jf. aksjeloven § 16-8. Mer omfattende rettigheter knyttet til statens aksje vil bety forpliktelser for de øvrige aksjeeierne, som vanskelig kan tenkes pålagt.

For det andre har aksjeselskapet i alminnelighet vesentlig bedre forutsetninger enn en aksjeeier for å gjennomføre den saksbehandling som er nødvendig for å få konsesjons- og hjemfallsplikten på plass. Som nevnt foran, kan det imidlertid være aktuelt å pålegge aksjeselskapet saksbehandlingsforpliktelser selv om et eierskifte til aksjer aktualiserer konsesjonsplikt for aksjeeieren. Slike saksbehandlingsforpliktelser måtte i hovedsak ha tilnærmet det samme innhold som saksbehandlingsreglene for aksjeselskapets erverv av vannfall vil måtte ha.

For det tredje vil det med konsesjonsplikt for aksjeselskapet ikke være nødvendig med ny konsesjonsbehandling ved senere eierskifter til aksjer eller andre endringer i eierinteressen bak aksjeselskapet. Konsesjonsspørsmålet vil for aksjeselskapet oppstå og få sin løsning ved den første transaksjonen som er konsesjonspliktig, og hjemfallsplikten vil være blitt aktuell. I allfall vil det ikke være nødvendig å pålegge hjemfallsplikt flere ganger, jf. industrikonsesjonsloven § 36 syvende ledd.

Mot konsesjonsplikt for selskapet kan innvendes at et eierskifte til aksjer i alminnelighet er en delendring i eierforholdet: En del av eierskapet endres, en del blir som før. Denne innvendingen er ikke avgjørende eller tungtveiende. En delendring kan være tilstrekkelig grunn for en konsesjonsplikt og for en hjemfallsplikt så sant delendringen gjelder en vesentlig del, jf. punkt 5.3.

En konsesjonsplikt for selskapet utelukker ikke at det etableres konsesjonsplikt også ved erverv av aksjer i aksjeselskap som eier vannfall. En konsesjonsplikt ved aksjeerverv kan

særlig være aktuell i tilfelle da en aksjetransaksjon ikke aktualiserer konsesjonsplikt for aksjeselskapet. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 6.

Så langt konsesjonsplikt ved eierskifte til aksjer legges på aksjeselskapet, kan det oppstå en del tillegsspørsmål som trenger avklaring. Noen av disse spørsmålene omtales i punktene 5.3 flg.

5.3 Hensynet til eiere av aksjer som ikke har vært gjenstand for eierskifte

Den ordningen som er skissert foran, vil – som påpekt – innebære at hjemfallsplikt kan aktualiseres og at perioden frem mot hjemfall av vannfallet kan begynne å løpe med virkning også for aksjeeiere som hele tiden har sittet med sine aksjer. Slike virkninger representerer – som hjemfallsplikt overhodet – inngrep som bare kan gjøres ved lov eller med hjemmel i lov. For aksjeeiere som nevnt representerer risikoen for at andre kan handle slik at hjemfallsplikt aktualiseres selvsagt et negativt moment. Hensynet til aksjeeiere som nevnt kan likevel ikke være avgjørende hvis det først er et samfunnsmessig behov for at hjemfallsplikt skal aktualiseres. Den avveiningen som må gjøres her, er av politisk natur.

5.4 Hvor stor endring i eierinteressen skal til for at konsesjonsplikt skal oppstå?

Hvor stor endring i eierinteressen som skjer ved et gitt eierskifte til en aksje, beror på selskapsforholdet. En enkelt aksje kan i et gitt tilfelle representere hele eierinteressen, jf. aksjeloven § 3-1 annet ledd, eller den kan representere en større eller mindre andel i denne.

I den gjeldende konsesjonsordning ligger terskelen for konsesjonsplikt ved aksjeerverv på 20 prosent av samtlige aksjer (kapital og stemmer) i et aksjeselskap som eier vannfall (industrikonsesjonsloven § 36 første ledd første punktum). Om dette er den mest hensiktsmessige løsningen av terskelspørsmålet, må vurderes.

Den løsningen som ville være enklest å praktisere, er å knytte konsesjons- og hjemfallsplikt til eierskifte til den enkelte aksje, uten hensyn til hvor liten andel i den samlede eierinteresse aksjen representerer. Men dette gir liten mening hvis opplegget skal være at konsesjonsplikt prinsipielt skal oppstå ved transaksjoner vedrørende vannfall. Den mindre andel i eierinteressen som knytter seg til en enkelt aksje, er i alminnelighet uvesentlig i forhold til vannfallet som det dreier seg om, selv om dette altså ikke alltid slår til.

Løsningen bør være at man knytter konsesjonsplikten med hjemfallsplikt for aksjeselskapet til en andel av den samlede eierinteressen som er av en viss størrelse, som representerer en vesentlig del. Andelen kan angis i et prosenttall, for eksempel ”20 prosent av eierinteressen (kapitalen og stemmene)”, eller på en mer uspesifisert måte, for eksempel ”en vesentlig del av eierinteressen (kapitalen og stemmene)”. Angivelse av den sistnevnte type har vært benyttet blant annet i eldre skattelovgivning (om ”selgende gruppe”), noe som over årene etter den litt panikkartede innføringen i 1921 reiste en rekke retts tvister, og som i 1981 førte til en systemendring, idet man gikk over til ”minst 45 pst. av aksjene i selskapet”. En slik prosentandel av eierinteressen (aksjekapitalen og stemmene) er fra et praktisk synspunkt klart å foretrekke, selv om også den har reist tvister innen skatteretten.

Når konsesjonsplikten med hjemfallsplikt skal legges på aksjeselskapet, kan det være grunn til å heve terskelen noe i forhold til de 20 prosent som gjelder etter industrikonsesjonsloven § 36 første ledd, for eksempel til 34 prosent, mer enn 50 prosent eller 67 prosent. En andel på 34

prosent gir den (de) nye aksjeeier(e) et negativt flertall i generalforsamlingen ved beslutninger i en rekke viktige selskapssaker, for eksempel i sak om vedtektsendring, sak om fusjon m.v. Et alternativ kan være ”mer enn 50 prosent”, som blant annet er grensen for etablering av konsernforhold, jf. aksjeloven § 1-3. Ved 67 prosent har det skjedd eierskifte til aksjer som til sammen gir positivt flertall ved avstemning i de fleste saker.

Det er uten videre klart at den ordningen som er skissert, vil innebære at et aksjeselskap som i utgangspunktet eies av det offentlige, for eksempel av kommuner, og etter den gjeldende ordning har konsesjon etter industrikonsesjonsloven § 4, vil kunne privatiseres over tid uten at konsesjonsplikt og hjemfallsplikt aktualiseres. De hensyn som ligger til grunn for ordningen med konsesjonsplikt og hjemfallsplikt, taler for at alminnelig konsesjonsplikt med hjemfallsplikt bør inntre når den foran nevnte andel av aksjene har gått over på private hender. Dette innebærer at den ordningen med forkjøpsrett for staten ved privatisering av en viss andel av aksjer og stemmer som er hjemlet i industrikonsesjonsloven § 4 første ledd, erstattes med en ordning med konsesjonsplikt og hjemfallsplikt.

5.5 Konsolidering (gruppering) av aksjeerverv

Hvis man lar konsesjonsplikt for et aksjeselskap som eier vannfall oppstå ved endring i eierinteressen som overstiger en viss minste andel, for eksempel 34 prosent av eierinteressen, oppstår spørsmålet om hvilke endringer som skal anses som ledd i én endring og som derfor skal telle med i relasjon til kravet om en viss prosentmessig endring i det aksjeselskapet som eier vannfall.

Slik konsolidering eller gruppering av eierskifter til aksjer er regulert ved industrikonsesjonsloven § 36 første ledd. Gruppering er vel kjent også fra skattelovgivningen så vel som annen nærings- og reguleringslovgivning. Eksempler er aksjeloven § 1-5, finansvirksomhetsloven § 2-6 jf. §§ 2-2, 2-4 og 2-5, m.v. Særlig aksjeloven § 1-5 som den mest alminnelige bestemmelse kan – iallfall i utgangspunktet – egne seg som grupperegel også i forhold til konsesjonsreglene.

Gruppering reiser så vel spørsmål om objektiv sammenheng mellom flere eierskifter som spørsmål om subjektiv sammenheng mellom flere eierskifter. Spørsmålene kan reises på overdragersiden så vel som på erverversiden. Det objektive spørsmålet oppstår enten det er bare én overdrager eller bare én erverver i samtlige eierskifter eller det er flere overdragere eller flere erververe som deltar. Det sistnevnte spørsmålet oppstår når det er flere overdragere, som enten overdrar aksjer mer eller mindre samtidig eller atskilt fra hverandre i tid, eller det er flere erververe som erverver aksjer mer eller mindre samtidig eller atskilt fra hverandre i tid.

Et mulig løsning vil være å la ethvert aksjeerverv være et ledd i en gruppe, slik at det er et rent tidsspørsmål når for eksempel 34 prosent av aksjene i et vannfalleiende selskap har skiftet eier. Denne løsningen vil imidlertid stemme dårlig med tanken om at det er transaksjoner som skal aktualisere hjemfallsplikten. Det må kreves en tidsmessig og saklig sammenheng med andre eierskifter, slik at det foreligger eierskifte til en vesentlig del av aksjene i et selskap for at gruppering skal skje.

Relevante sammenhenger som kan danne grunnlag for gruppering bør fortrinnsvis bestemmes på erverversiden. Det er gruppeerverv og ikke nødvendigvis gruppeoverdragelser som bør tillegges betydning for aksjeselskapets konsesjonsplikt.

Flere forhold kan komme i betraktning som grunnlag for gruppering. Grunnlag for gruppering kan for det første være avtale mellom flere aksjeerververe, jf. industrikonsesjonsloven § 36 første ledd annet punktum om felleserverv og om flere erverv som har skjedd etter ”forutgående innbyrdes overenskomst” mellom aksjeerververne.

For det andre kan familieforhold og andre personlige forhold være grunnlag for gruppering, jf. industrikonsesjonsloven § 36 første ledd tredje punktum og aksjeloven § 1-5.

For det tredje kan tilknytning til et selskapsforhold som deltaker eller som tillitsmann danne grunnlag for gruppering av selskapet og deltakeren/tillitsmannen, jf. industrikonsesjonsloven § 36 første ledd fjerde–sjette punktum og aksjeloven § 1-5. I motsetning til det som kan synes å følge av ordlyden i industrikonsesjonsloven § 36 første ledd fjerde–sjette punktum, bør det ikke spille noen rolle enten det er selskapet eller deltakeren/tillitsmannen som er den seneste aksjeerverver.

For det fjerde kan konsernforhold mellom selskaper i den samme selskapsform eller i forskjellige selskapsformer danne grunnlag for gruppering, jf. industrikonsesjonsloven § 36 annet ledd og aksjeloven § 1-3. Et morselskaps og et datterselskaps aksjeerverv kan derfor slås sammen.

Sammenslåing innen en gruppe aksjeeierververe bør skje når det er en tidsmessig og/eller saklig sammenheng mellom aksjeervervene. Den tidsmessige sammenheng kan fastlegges i en lovbestemmelse, som angir et tidsrom for aksjeervervene. Den saklige sammenheng kan vanskelig angis generelt, men må bero på en vurdering av den enkelte tilfelle.

5.6 Indirekte eierskap

I selskapsforhold – typisk i konsernforhold – kan eierinteressen være delt på flere ledd: Selskap A eier et vannfall, selskap B eier 50 prosent av aksjene i A, selskap C eier 50 prosent av aksjene i B osv. Når de forskjellige ledd i eierinteressen i vannfallet skal kvantifiseres i forhold til en regel om konsesjonsplikt som nevnt i punkt 5.3 foran, vil det enkleste være å multiplisere andelene i eierinteressen i hvert ledd. I eksemplet har A 100 prosent, B 50 prosent og C 25 prosent av eierinteressen i vannfallet. Men en terskel på 34 prosent vil eierskifte til 50 prosent av aksjene i C ikke utløse konsesjonsplikt for A. Den nevnte beregningsmåten knytter best an til eierinteressen bak aksjene.

Et alternativ kan være å bygge på det blokkprinsipp som følger ved praktiseringen av gjeldende konsesjonsregler. Blokkprinsippet knytter mer an til den kontrollmulighet aksjer gir. Noen avgjørende grunn til å skifte prinsipp her, er det neppe.

Den beregningsmåten som velges, bør benyttes også ved gruppering av aksjeerverv, jf. punkt 5.5. Men hvis i eksemplet både B og C skal delta i gruppen, må man unngå dobbelttelling av den samme andel i eierinteressen.

Et spørsmål ved indirekte eierskap er imidlertid hvor mange ledd som skal tillegges betydning, enten det er spørsmål om erverv eller det er spørsmål om gruppering. Grensen må her fastsettes ut fra praktiske hensyn, og jeg fremmer ikke noe forslag.

5.7 Skal konsesjonsplikt oppstå uten hensyn til hvem som erverver en aksjen?

Enten konsesjonsplikten etableres for aksjeselskapet eller for aksjeervertene, kan det være at spesielle forhold ved erververen eller spesielle trekk ved forholdet mellom overdrageren og erververen kan begrunne at konsesjonsplikt ikke oppstår. Den gjeldende ordning som tidligere unntok det offentlige som erverver fra konsesjonsplikt, og som fremdeles unntar det offentlige som erverver fra hjemfallsplikt, bygger på en slik betraktning. Eksempler på at forhold mellom overdrageren og erververen tillegges den betydning at konsesjonsplikt ikke oppstår, gir industrikonsesjonsloven § 36 femte ledd.

Innføring av generell konsesjonsplikt, jf. punkt 3 foran, innebærer at det ikke kan legges vekt på erververens forhold som grunnlag for unntak fra konsesjonsplikten. Når det offentlige – bortsett fra staten – pålegges konsesjonsplikt, er det vanskelig å se at andre erververes forhold kan begrunne unntak fra den alminnelige regel om konsesjonsplikt.

Når det gjelder spesielle forhold mellom overdrager og erverver som kan tale for et unntak fra konsesjonsplikten, står disse i en noe annen stilling. Forhold som kan være relevante i denne sammenhengen, er i første rekke slike som ved flere erverv fra tredjemann kan danne grunnlag for gruppering av ervervene, jf. punkt 5.3 foran. Som påpekt i punkt 4 foran, bør spesielle forhold mellom overdrager og erverver ikke tillegges betydning i selskapsforhold. Konsesjonsplikt bør oppstå ved erverv som kan hevdes å ha en formell karakter.

5.8 Proforma og illojale eierforhold

Når erverv av aksjer i et aksjeselskap som eier vannfall utløser konsesjonsplikt, kan man ikke se bort fra at reelle erverv av aksjer søkes tildekket ved proforma eierforhold eller ved eierforhold som kanskje er reelle, men som er gitt et innhold som ikke er lojalt mot konsesjonssystemet og representerer forøk på omgåelse av konsesjonsreglene.

Ved at unntaksreglene i industrikonsesjonsloven § 2 oppheves, jf. punkt 3, reduseres faren for slik tildekking noe, men den elimineres ikke. Det er derfor behov for en regel for aksjer med omtrent det innhold som industrikonsesjonsloven § 38 første ledd har. En sak for seg er at proformaregler og omgåelsesregler (gjennomskjæringsregler) hører til de alminnelige grunnsetninger som kan anvendes uten særskilt lovhjælp.

5.9 Saksbehandlingsplikter for vannfallseiende aksjeselskap

Når konsesjonsplikt i forbindelse med eierskifte til aksjer i aksjeselskap som eier vannfall legges på aksjeselskapet, må aksjeselskapet også pålegges plikter i forbindelse med tilretteleggelse av grunnlaget for konsesjonsbehandling. I allfall må aksjeselskapet pålegges plikter tilsvarende de som er omhandlet i industrikonsesjonsloven §§ 30–32. Det er prinsipielt ikke grunn til å ha andre regler for saker om konsesjon ved eierskifte til aksjer enn de som gjelder ved erverv av vannfall.

Men i tillegg må aksjeselskapet pålegges plikt til å holde rede på hvem som eier selskapets aksjer og om det har skjedd eierskifte til en tilstrekkelig stor andel av aksjeselskapets aksjer, jf. punkt 5.4. Disse pliktene kan oppfylles ved hjelp av aksjeeierboken, jf. aksjeloven § 4-5. For å kunne etterleve regler om gruppering, jf. punkt 5.5, må aksjeselskapet også føre notering over aksjeeiere som skal telle med i en eventuell gruppe.

Skal det tas hensyn til indirekte eierskap til vannfallet, jf. punkt 5.6, må aksjeselskapet dessuten holde rede på endringer i eierforholdet til aksjer i aksjeselskap som eier aksjer i aksjeselskapet. Dette kan gjøres ved hjelp av aksjeeierboken i det aksjeeiende selskapet. Aksjeeierboken er offentlig, jf. aksjeloven § 4-6. Det er derfor ikke nødvendig å pålegge det aksjeeiende selskap særlige forpliktelser.

Det vannfallseiede selskaps plikter må knyttes opp mot den registerordning som nok må etableres hos myndigheten, se punkt 11.

6. *Konsesjonsplikt i forbindelse med erverv av enkeltaksje og en del transaksjoner knyttet til aksje*

6.1 Innledning

I punkt 3 er omtalt en del transaksjoner som prinsipalt vedrører aksjeselskapet, men som også vedrører aksjer i aksjeselskapet, og som kan sees som transaksjoner også vedrørende disse. Eksempler er den ombytting av aksjer som finner sted ved fusjon, jf. aksjeloven § 13-2, og den ombytting av aksjer eller annen endring i eierinteressen som finner sted ved fisjon, jf. aksjeloven § 14-2. I slike tilfelle er det naturlig å regulere konsesjonsspørsmålet på selskapssiden, og la det bli med det. Det er ikke behov for å knytte konsesjonsplikt også til aksjetransaksjonene. Dette er klart så langt hjemfallsplikten pålegges selskapet, jf. foran. Men selv om konsesjonsplikt i visse tilfelle skulle pålegges aksjeeier(e), jf. punkt 6.2, bør løsningen være den samme.

Men det kan tenkes en del transaksjoner på aksjeeiersiden som reiser spørsmål om konsesjonsplikt. Noen slike transaksjoner omtales i punktene 6.2 flg.

6.2 Konsesjonsplikt ved erverv av enkeltaksje i aksjeselskap som eier vannfall?

Konsesjonsplikt ved erverv av enkeltaksje i et aksjeselskap som eier vannfall, kan ikke begrunnes med de hensyn som ligger bak hjemfallsplikten vedrørende vannfallet. Iallfall vil en hjemfallsplikt vedrørende enkeltaksje ha liten praktisk mening, jf. punkt 2. Når aksjeerverv er konsesjonspliktig etter den gjeldende konsesjonsordning, pålegges det i alminnelighet ikke hjemfallsplikt. Men hvis aksjeselskapet ikke er undergitt konsesjonsplikt, kan hjemfallsplikt pålegges vedrørende aksjen, jf. industrikonsesjonsloven § 36 syvende ledd.

En så omfattende konsesjonsplikt med hjemfallsplikt bør neppe innføres, jf. punkt 5.3. Konsesjonsplikt uten hjemfallsplikt vedrørende erverv av enkeltaksje kan derimot begrunnes i hensynet til kontroll og transparens. Konsesjonsplikten bør i tilfelle være gjenstand for dispensasjon, se punkt 7.

I forbindelse med en eventuell konsesjonsplikt ved erverv av enkeltaksje har det betydning at ethvert aksjeselskap plikter å ha aksjeeierbok, som er offentlig, jf. aksjeloven §§ 4-5 og 4-6. Aksjeeierboken oppdateres på grunnlag av meldinger om eierskifter til aksjer. Aksjeloven gir Kongen hjemmel til å forskrift å bestemme at aksjeselskapet skal sende utskrift av aksjeeierboken til konsesjonsmyndigheten. Et aksjeselskap som eier vannfall, kan således pålegges en plikt til for eksempel én gang i året å gi konsesjonsmyndigheten melding om endringer i aksjeeierboken. Se for øvrig punkt 11.

6.3 Konsesjonsplikt ved erverv av enkeltaksje som representerer indirekte eierskap

Hvis eierforholdene er organisert som nevnt i punkt 5.5, oppstår spørsmålet om konsesjonsplikt skal oppstå ved erverv av indirekte eierskap og i tilfelle i hvor mange ledd fra det aksjeselskapet som eier vannfallet.

Konsesjonsplikt ved erverv av enkeltaksje bør i utgangspunktet begrenses til erverv av aksje i vannfallseiende aksjeselskap, mens erverv av aksje i aksjeselskap som eier aksje i aksjeselskap i fjernere ledd ikke bør være konsesjonspliktige.

Det er likevel mulig at konsesjonsplikten kan strekkes til flere ledd i konsernforhold, jf. aksjeloven § 1-3. En regel om dette vil blant annet kunne fange opp endringer i eierskapet i holdingselskap.

6.4 Opsjoner og andre begrensede rettigheter vedrørende aksje?

En aksje kan være gjenstand for forskjellige slag begrensede rettigheter. Det kan være en kjøpsopsjon, en panterrett, en rett til å oppebære utbytte (for et begrenset tidsrom, jf. aksjeloven § 8-3 annet ledd) m.v. Det er et særlig spørsmål om stiftelse av slike begrensede rettigheter skal være konsesjonspliktig. Spørsmålet oppstår enten konsesjonsplikten pålegges selskapet, jf. punkt 5, eller den pålegges aksjeeieren, jf. punkt 6.2 (og 6.3).

Prinsipielt er det liten grunn til å pålegge konsesjonsplikt ved stiftelse av begrensede rettigheter som nevnt. Det vesentlige i den eierinteresse som aksjen representerer, vil i alminnelighet være i behold hos aksjeeieren. Jeg peker på at industrikonsesjonsloven § 29 annet ledd forutsetter at en "håndgivelse" ikke utløser konsesjonsplikt. En håndgivelse vil være en slags kjøpsopsjon. Tilsvarende forutsetter industrikonsesjonsloven § 2 sjette ledd at en pantsettelse ikke utløser konsesjonsplikt.

Men etter forholdene kan stiftelse av en begrenset rettighet være et tildekket aksjeerverv. Opsjonen er for eksempel bygget ut med en rett til å instruere aksjeeieren om stemmegivning i generalforsamlingen, eller med en rett til å oppebære utbytte fra aksjeselskapet. Da bør det gjelde en regel tilsvarende industrikonsesjonsloven § 38 tredje ledd. Ved kjøpsopsjoner og panterrettigheter ellers bør det gjelde en regel om tidsbegrensning som etter industrikonsesjonsloven §§ 29 annet ledd og 38 annet ledd.

6.4 Aksjeeieravtaler

En aksjeeier kan inngå avtale med en annen aksjeeier eller med en ikke-aksjeeier om utøvelsen av eller om begrensninger i rådigheten over den aksjen han eier. Det er et spørsmål om inngåelse av slik avtale skal aktualisere hjemfallsplikt. (At en aksjonæravtale kan tillegges betydning etter en regel om gruppering av aksjeerverv, er nevnt i punkt 5.4 foran.)

Prinsipielt er det liten grunn til å pålegge konsesjonsplikt ved inngåelse av avtale med aksjeeier om denne utøvelse av aksjeeierrettigheter. Men etter forholdene kan en aksjeeieravtale være et tildekket aksjeerverv. Da bør det gjelde en regel tilsvarende industrikonsesjonsloven § 38 tredje ledd.

7. *Dispensasjonsordning*

Foran er forutsatt at inntreden av hjemfallsplikt skal reguleres for den enkelte transaksjonstype som kan være aktuell. En alternativ reguleringsmåte kan være å la hjemfallsplikten aktualiseres ved ”enhver” endring i eierforholdet til vannfall eller vannkraftanlegg, men samtidig gi myndigheten hjemmel til å frafalle hjemfallsplikten i konkret dispensasjonsvedtak, jf. industrikonsesjonsloven § 1 fjerde ledd.

Dispensasjonshjemmel kan i tilfelle være særlig aktuell ved transaksjoner som i og for seg er ønskelige, og hvor aktualisering av hjemfallsplikt kan ha en innelåsningseffekt eller andre uheldige virkninger.

Slike dispensasjonsordninger er kjent innenfor skattesystemet, særlig i forbindelse med omdanning av virksomheter. I de senere år har det vært en utvikling bort fra bruk av dispensasjoner til løsninger som er bestemt i lov eller i forskrift. Dagens rettstilstand innen skatteretten fremgår av skatteloven kapittel 11 med tilhørende forskrifter.

Dispensasjonsordningen er nå begrenset til de tilfelle som er omhandlet i skatteloven § 11-22, mens en del transaksjoner som tidligere var undergitt dispensasjonsordningen, er direkte regulert i skatteloven §§ 11-1 til 11-21 eller i forskrift.

En dispensasjonsordning vil måtte omfatte en søknad, som vil kreve et arbeid fra erververens eller eierens side. Dispensasjonssøknaden vil imidlertid inngå i en konsesjonssøknad, og derfor begrense seg til en nærmere begrunnelse, dvs. en anførsel om at vilkårene for å gi dispensasjon foreligger.

Myndighetens kompetanse til å gi dispensasjon kunne neppe være ”fri”, dvs. uten føringer. Det er imidlertid vanskelig å presisere føringene på en rasjonell måte. I skatteloven § 11-22 første og annet ledd kan man finne eksempler på mulige føringer. Der er det krav at transaksjonen for det første ”er ledd i omorganisering eller omlegging av virksomhet med sikte på å gjøre den mer rasjonell og effektiv”, for det andre at ”omstendighetene i særlig grad taler for” dispensasjon, og for det tredje at ”det er påtakelig at [... dispensasjon] vil lette omorganiseringen eller omleggingen”. Det er altså tale om skjønnsmessige kriterier, men mer bestemte kan kriteriene neppe gjøres om ordningen skal være tjenlig i praksis. Det kan være grunn til å videreføre kriteriet ”særlige hensyn” som industrikonsesjonsloven § 1. fjerde ledd viser til.

8. *Omgjøring av transaksjoner*

Det vil neppe være mulig å lage et regelverk som gjør inntreden eller ikke-inntreden av hjemfallsplikt absolutt forutberegnelig for den enkelte aksjeeier. Det vil neppe heller være hensiktsmessig å benytte en dispensasjonsordning til å frafalle hjemfallsplikt i tilfelle hvor inntreden av denne er kommet overraskende. Dette kan neppe være et ”særlig hensyn”.

Et alternativ kan være at aktualisert hjemfallsplikt bortfaller dersom transaksjonen blir omgjort. En slik virkning bygger i tilfelle på en ren rimelighetsbetraktning.

9. *Kort om allmennaksjeselskaper med børsnoterte aksjer*

Når et konsesjonspliktig vannfall eies av et allmennaksjeselskap som har sine aksjer notert på børs, vil opplysning om en transaksjon som aktualiserer hjemfallsplikten selvsagt være relevant for børsen. En slik opplysning vil ha betydning for børskursen, og i økende grad etter som perioden frem mot hjemfall løper. Allmennaksjeselskapet vil derfor måtte gi opplysninger til børsen om utviklingen.

Jeg antar at dette forholdet til børsen vil måtte reguleres (og er regulert) av børslovgivningen med tilhørende forskrifter.

10. Andre eierselskaper enn aksjeselskaper

Som påpekt i avsnitt 1, er utredningen konsentrert om vannfall og vannkraftanlegg som eies av aksjeselskaper. Begrensningen er dels begrunnet i en antakelse om at de problemstillingene som kan aktualiseres for aksjeselskaper, vil kunne aktualiseres på i hovedsak tilsvarende måte ved de andre alminnelige selskapsformene, som ansvarlige selskaper (ANS, DA), kommandittselskaper (KS) og samvirkelag (BA). Det samme gjelder ved interkommunale selskaper (etter lov 29. januar 1999 nr. 6). Etter min mening er det derfor ikke nødvendig med en mer detaljert utredning for å kunne ta et prinsippstandpunkt til om det skal innføres konsesjonsplikt og hjemfallsplikt etter en transaksjonsmodell. Går man på prinsipielt grunnlag inn for en slik ordning, vil det selvsagt være nødvendig med en detaljert utredning av det regelverket som skal gjelde, også i forhold til andre selskapsformer enn aksjeselskaper.

En nærmere og presis utredning av hjemfallsplikt etter en transaksjonsmodell for slike andre selskapsformer enn aksjeselskaper ville kreve helt andre rammevilkår, særlig m.h.t. tid og innsamling av materiale, enn jeg har fått. Det måtte innsamles og gjennomgås et større eller mindre antall konkrete selskapsavtaler som viser hva eierforholdene i de forskjellige selskapene nærmere innebærer.

Jeg tilføyer også at skatteloven § 10-40 tredje ledd forutsetter at det innen vannkraftproduksjonen foreligger "selskaper og sameier som driver produksjon av vannkraft [... hvor] deltakerne selger det vesentlige av kraftproduksjonen på selvstendig basis" (produksjonsfelleskap). Ikke minst for en nærmere vurdering av slike produksjonsfelleskap ville det være nødvendig med innsamling av konkrete avtaler.

11. Kontroll med eierskap til vannfall og til selskaper som eier vannfall – behov for register over vannfall, selskaper og eiere

Uansett hvorledes konsesjons- og hjemfallsplikten for vannfall eid av aksjeselskaper og aksjeeiere avgrenses, vil konsesjonsmyndigheten ha et behov for oversikter over og kunnskap om endringer i eierforholdene til aksjeselskaper eier eller som har tilknytning til eiersiden av vannfall.

Først og fremst er det behov for et register over alle vannfall – konsesjonspliktige eiendeler – som har interesse for staten, og over eierne til disse eiendelene. Når eierne er aksjeselskaper, er det således behov for et register over aksjeeierne i disse selskapene. Et slikt register kan etableres og oppdateres på grunnlag av aksjeselskapenes aksjeeierbøker, jf. aksjeloven §§ 4-5 og 4-6. Registeret over aksjeeiere bør også omfatte fysiske og personer som er nærstående til den enkelte aksjeeier. Tilsvarende vil gjelde andre selskapsformer.

Omstendighetene ved eierskifter kan ikke fanges opp av et register, men må søkes opplyst ved opplysningsplikter for i første rekke de aksjeselskaper som er involvert, men også for andre aktører.

Med virkning fra 2004 er det ved bestemmelser i ligningsloven §§ 6-5 og 6-11 med tilhørende forskrift av 22. desember 2003 nr. 1778 etablert et sentralt aksjeeierregister for beskatningsformål. (Ordnningen har vært under utredning over lang tid, se blant annet Ot. prp. nr. 1 (1998-1999), Ot. prp. nr. 1 (2002-2003) og nærmere Ot. prp. nr. 1 (2003-2004).) Hvorvidt dette registeret vil kunne benyttes i forbindelse med praktiseringen av konsesjonslovgivningen, kan jeg ikke si. Men adgang til et aksjeeierregister vil selvsagt være et viktig hjelpemiddel.

Det vil imidlertid være nødvendig å etablere et særskilt register når formålet er å kontrollere konsesjonsplikt. For det første bør hovedgjenstanden for registreringen være vannfall (og andre konsesjonspliktige rettigheter), ikke prinsipielt selskaper eller andre eiere av vannfall m.v. Det er ressursen staten er interessert i, ikke den juridiske person som er eier. For det andre er det behov for et register som omfatter flere selskapsformer ved siden av aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.

Men ordningen etter ligningsloven viser iallfall at det er mulig å etablere et register for det formål å overvåke konsesjonsplikten. Det måtte gis bestemmelser om opplysningsplikt for eierne av vannfall m.v.

12. Regelverket

En ordning med konsesjonsplikt for vannfall – med derav følgende hjemfallsplikt – som aktualiseres ved transaksjoner som innebærer eierskifter eller endringer i eierinteressen til aksjeselskap som eier vannfall, vil kreve et forholdsvis detaljert regelverk for å være egnet overfor aksjeselskaper som etter den gjeldende ordning ikke er konsesjonærer (fordi ervervet er eldre enn lovhjemmelen for konsesjonsplikt) eller som er konsesjonærer uten hjemfallsplikt (industrikonsesjonsloven § 4 fjerde ledd).

Ordnningen vil for det første kreve en kontrollordning i det enkelte aksjeselskap, som gjør det mulig for aksjeselskapet å få opplysninger om endringer i eierinteressen bak selskapet. I første aksjeeierledd vil opplysningene kunne komme etter reglene for aksjeeierbok (for aksjeselskaper) eller reglene om aksjeeierregister (for allmennaksjeselskaper). I annet, tredje og eventuelt senere aksjeeierledd vil det være nødvendig å gi aksjeselskapet oppfordring til å kreve innsyn i aksjeeiende selskapers aksjeeierbok eller aksjeeierregister og hjemmel for å kreve opplysninger vedrørende aksjene i aksjeselskapene i disse leddene. Aksjeeierregisteret etter ligningsloven viser at selskapene har de opplysningene det kan være behov for. Dette gjelder også opplysninger om utenlandske aksjeeiere og forvaltere av aksjer i allmennaksjeselskap.

Dessuten vil ordningen kreve et administrativt kontrollsystem på myndighetsnivå, som også omfatter et register som nevnt. Dette systemet kan formentlig utvikles fra det administrative system som inngår i den gjeldende konsesjonsordning for vannfall. Men det vil være behov for en videreutvikling, slik at systemet mer effektivt kan fange opp opplysninger om endringer i eierforhold og eierinteresse bak vannfallseiende aksjeselskaper, og som kan behandle konsesjonssaker på det grunnlag som fremkommer.

Det kan være grunn til å overveie om konsesjonsordningen for vannfall bør suppleres med en adgang for de aksjeselskapene det er tale om, til å søke konsesjon – med derav følgende hjemfallsplikt – uten at det har skjedd noe erverv eller noen transaksjon vedrørende

aksjeselskapet eller eierinteressen. En slik konsesjon vil gjøre arbeidet med en kontrollordning fra aksjeselskapets side overflødig.

13. Avslutning

Det er uten videre klart at en ordning med hjemfallsplikt basert på en transaksjonsmodell, vil bli mer ressurskrevende enn en ordning med umiddelbar aktuell hjemfallsplikt. Ressursbehovet vil være større både hos aktørene innen vannkraftproduksjonen og hos myndigheten.

Oslo 2004-03-17

Magnus Aarbakke