

Olje- og energidepartementet  
Postboks 8848 Dep.  
0033 OSLO

OLJE- OG ENERGIDEPARTEMENTET	
CG 100225 - 59	
DATO - 2 MAI 2008	
AN	EKSP.

Deres ref.:  
Vår ref.: 10717217

Dato: 28.04.2008

## Høringsuttalelse til forslag om endringer i industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven.

### 1 Innledning

Olje- og energidepartementet ("OED") sendte den 14. mars 2008 ut et høringsnotat med forslag til endringer i industrikonsesjonsloven ("ikl") og vassdragsreguleringsloven, henholdsvis lov nr 16 og 17 av 14. desember 1917.

BKK AS vil innledningsvis uttrykke tilfredshet over at man har valgt å foreslå å videreføre adgangen for offentlig eide aktører til å søke om og få opphevd vilkår om hjemfall i forbindelse med kjøp av privat eide fallrettigheter underlagt vilkår om hjemfall.

Det vises her til at forslaget vil legge til rette for en videreføring og forsterkning av et sterkt regionalt eierskap med de positive nærings- og samfunnsmessige konsekvenser det har.

I tillegg vil dette åpne for en skånsom og hensynsfull håndtering av de private eieres interesser i forbindelse med en omlegging av eierskapsregulering tilknyttet vannkraftproduksjon mot et rent offentlig eierskap.

Vår høringsuttalelse vil i hovedsak gjelde nevnte forslag foruten enkelte andre sider som opptar oss særlig. Når det gjelder øvrige forslag til endringer viser vi til EBLs høringsuttalelse.

### 2 Sterkt regionalt eierskap

I utkast til ny formålsbestemmelse i ikl § 1 første ledd uttales det et mål om forvaltning av vannkraftressursene basert på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt eierskap.

Regionalt eide kraftselskaper er svært viktige aktører i næringsutviklingen i sine geografiske områder. BKK og underliggende selskaper fokuserer på god og effektiv drift og investerer i, i tillegg til ny energiproduksjon, annen relevant næringsutvikling på Vestlandet. Sterke regionale selskaper tiltrekker seg kompetanse og har kapital som gjør at disse selskapene er viktige aktører innen sine geografiske område.

For oss er det viktig at forslaget til lovendring, og rammevilkårene ellers, i tiden fremover legger til rette for en aktiv og hensiktsmessig organisert kraftbransje basert på en sterk regional forankring.

Det er derfor viktig at det legges til rette for;

- a. at regionale kraftselskaper kan kjøpe og overta privat eide fallrettigheter når disse nærmer seg hjemfall eller disse besluttes solgt; og
- b. at regelverket ikke hindrer omorganiseringer, sammenslåinger og restruktureringer på regionalt nivå og at dette ikke utløser unødige avgifter og skatter eller omfattende konsesjonsbehandlinger.

BKK støtter derfor blant annet videreføringen av adgangen til å gi unntak fra konsesjonsplikt etter ikl § 1 fjerde ledd slik at det legges til rette for hensiktsmessige sammenslåinger, omorganiseringer og restruktureringer innen kraftbransjen.

I forlengelse av dette bør OED vurdere om det igjen kan innføres adgangen til å refundere dokumentavgift i forbindelse med overskjøtinger av fallrettigheter i tilknytning til slike disposisjoner. Vi er kjent med at dette har skapt EØS-rettslige problemer i andre sammenhenger, men dette kan stille seg annerledes her ettersom det vil være en refusjon som alle vannkraftprodusenter kan nyte godt av.

### **3 Opphevelse av vilkår om hjemfall**

#### **3.1 Generelt**

Som nevnt innledningsvis er BKK tilfreds med forslaget om at det, i motsetning til hva som fulgte av den provisoriske anordningen av 10. august 2007, åpnes for at kommunalt eide selskaper kan kjøpe privat eide fallrettigheter underlagt vilkår om hjemfall for så å søke om og få opphevet disse.

Forslaget er, slik energiministeren påpekte i sitt innlegg i Dagens Næringsliv 10. april 2008, en videreføring av en regel med tilknyttet praksis som gjaldt før ikrafttredelsen av den provisoriske anordningen.

I denne sammenheng vil vi også vise til at det har skjedd få rene hjemfall i Norge. I de fleste tilfelle har den private eieren fått en eller annen form for fordel. Enten har den private eieren (i) solgt til en god pris til en offentlig eier før hjemfall inntreffer, hvoretter kjøperen har fått opphevet vilkårene, eller (ii) så har vedkommende kjøpt eller leid tilbake fallrettighetene fra Staten etter hjemfallet.

Det kan derfor være rimelig å anta at de berørte private selskapene, etter deres mening, har en berettiget forventning til at ordningen med salg til offentlige eide aktører som deretter får opphevet vilkår om hjemfall, blir videreført.

Dersom hjemfall i tiden fremover skulle ha bli fullt ut gjennomført, ville det ført til en ytterligere konsentrasjon av fallrettigheter på Statens hånd. Bestemmelsen åpner således for en motvekt gjennom en forsterking av regionalt eierskap til kraftproduksjon.

Dette vil således også bli en viktig bestemmelse for tilretteleggelsen for virksom konkurranse i kraftmarkedet.

Vi antar at mange offentlig eide kraftselskaper vil være meget interesserte i å ta over de aktuelle fallrettigheter og det vil ventelig være konkurranse mellom oss. Prisene vi vil tilby vil gjenspeile at vi vil bli eiere av fallrettighetene uten vilkår om hjemfall.

Vi som kraftselskap vil kunne tilby oppgjør til selgere i form av kontanter, kraftavtaler, medeierskap på inntil 1/3 i et produksjonsselskap og kombinasjoner av forannevnte.

Hydro og Elkem eier i dag i all hovedsak de fallrettigheter som er underkastet vilkår om hjemfall. Deres kraftproduksjon er strekt knyttet opp til den kraftintensive

industrivirksomheten til selskapene. Selskapene uttaler at videre investeringer, blant annet på Karmøy, er avhengig av tilgang til stabile kraftleveranser til konkurransedyktige og forutsigbare priser.

Vi, som er en stor aktør innen kraftproduksjon i Norge, vil i forbindelse med kjøp av fallrettigheter underkastet slike vilkår kunne tilby oppgjør i form av kraftavtaler som både prismessig og lengdemessig vil tilfredsstillende slike behov.

Ordningen vil således legge til rette for at bedrifter som Hydro og Elkem kan sikre seg langsiktige kraftkontrakter utover hjemfallstiden som i dag påhviler deres fallrettigheter, til konkurransedyktige vilkår. Dette vil igjen danne grunnlag for nye investeringer i disse selskaperes regi.

### *3.2 Juridiske sider ved forslaget*

Det har vært anført fra enkelte hold at en videreføring av ordningen vil være en "gavepakke" til Hydro og Elkem. Vi er uenig i dette.

Det er flere EØS-rettslig og grunnlovsmessig sider ved lovforslaget som medfører at det er hensiktsmessig å velge en videreføring av ordningen.

#### Gjeninnføring av bortfalte vilkår

Hydro og Elkem hevder at eksisterende vilkår om hjemfall ikke lenger kan håndheves etter ikrafttredelsen av EØS-avtalen. Staten deler ikke denne forståelsen av konsekvensen av EØS-avtalen, men slik vi forstår det, kan man heller ikke med sikkerhet utelukke at Hydro og Elkem har rett.

Dersom man velger å håndheve eksisterende hjemfallsvilkår etter en lovendring, vil Hydro og Elkem hevde at dette er en gjeninnføring av bortfalte hjemfallsvilkår.

En slik eventuell gjeninnføring skal ifølge det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet være et egnet middel for å nå målet om offentlig eierskap og samtidig ta rimelig hensyn til de private aktørers interesser. Det kan ventes at Hydro og Elkem vil mene at en gjeninnføring ikke er nødvendig for å nå målet om offentlig kontroll med kraftressursene og at det i forhold til dem er urimelig. Følgelig vil da en slik gjeninnføring være urettmessig.

De vil også kunne mene at en gjeninnføring er en ekspropriasjon som i følge Grunnloven § 105 utløser rett til full erstatning.

En videreføring av ordningen, vil, som tidligere nevnt, medføre at Hydro og Elkem vil få en betaling for fallrettighetene som gjenspeiler deres markedspris uten hjemfallsvilkår. En slik full betaling vil medføre at en gjeninnføring ikke vil kun regnes som urimelig overfor dem og således heller ikke i strid med det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsipp. Ettersom det også vil medføre at de ikke vil lide noe økonomisk tap, vil det også tilfredsstillende kravene i Grunnloven § 105.

#### Videreføring av eksisterende praksis

Dersom det er slik at Hydro og Elkem tar feil, vil selskapene likevel kunne hevde å ha en berettiget forventning til at ordningen videreføres. Ordningen har prinsipielt sett alltid vært åpen for alle private eiere som måtte eie fallrettigheter underkastet vilkår om hjemfall.

Følgelig ville en fjerning av ordningen kunne hevdes å være en forverring av disse selskaperes situasjon. Dette vil igjen reise spørsmål om det er forenlig med det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet å fjerne ordningen. Her vil Hydro og Elkem kunne hevde at det er unødvendig og urimelig å fjerne ordningen i forbindelse med å nå målet om offentlig eierskap til vannkraftressursene. Dersom det er riktig, må ordningen videreføres.

### Særlig om statsstøtte

Dersom Hydro og Elkem har rett med hensyn til adgangen til å håndheve eksisterende vilkår om hjemfall, vil en videreføring av ordningen være en rettmessig kompensasjon i tråd med proporsjonalitetsprinsippet og Grunnloven § 105, og kan således ikke regnes som statsstøtte.

Dersom man endrer premisene og legger til grunn at Staten har rett og eksisterende vilkår om hjemfall lovlig kan håndheves, vil det ikke endre konklusjonen. Ordningen representerer en langvarig praksis som prinsipielt sett har vært åpen for alle. De kommunalt eide selskaper betaler full pris i forbindelse med det som for dem er et regulært kjøp. En videreføring av ordningen er derfor ingen utdeling av statlige midler, hvilket det kreves før det kan være tale om ulovlig statsstøtte, se EØS-avtalens art 61 (1).

## **4 Langsiktige disposisjonsretter**

OED foreslår under punkt 5.5.4 å oppheve adgangen til å gi konsesjon for bruksrett og langsiktig disposisjonsrett over fallrettigheter.

### *4.1 Eksisterende avtaler*

#### Generelt

Forslaget om opphevelse av adgangen til å *overdra* langsiktige disposisjonsretter skaper problemer for BKK. BKK har gjennom årene inngått en rekke ulike typer utbyggingsavtaler hvorav enkelte etablerer denne typen rettigheter. Vi vil verken kunne overdra disse rettighetene eller mer enn 90 % av selskapene som sitter på rettighetene, ettersom kjøper ikke kan få konsesjon for ervervet.

#### Direkte medeierskap

Den enkleste form for utbyggingsavtaler er avtaler om å bygge ut og eie kraftanlegg i felleskap med andre. I noen tilfelle er vi medeiere gjennom aksjeselskaper der selskapet står som eier av fallrettighetene. Selskapet er her det primære konsesjonssubjektet etter ikl kap. 1.

I andre tilfelle eier vi en andel i selve utbyggingen i sameie eller gjennom ansvarlige selskaper. Her vil vi også være et selvstendig konsesjonssubjekt etter ikl kap 1 for den andel vi eier, se blant annet utkast til ny ikl § 37.

Fra 1995 og frem til i dag har erverv av andeler i ansvarlige selskaper ikke vært direkte lovregulert. Nå foreslås den nye § 37 som *gjeninnfører* eksplisitt lovregulering av erverv av andeler i ansvarlige selskaper. Forslaget innebærer en kodifisering av praksis, nemlig at erverv av selskapsandeler i ansvarlige selskaper konsesjonsrettslig anses å være det samme som erverv av en ideell andel i det/de vannfall som selskapet eier. Dette betyr at slike erverv av andeler konsesjonsbehandles etter industrikonsesjonsloven kapittel I. Dette er omtalt i høringsnotatet på side 58-59.

Når dette holdes opp mot endringene som foreslås i kapittel I, er konsekvensen at det ikke blir mulig å organisere kraftutbyggingsprosjekter med private deltakere som ansvarlig selskap, fordi det ikke vil være mulig å gi konsesjoner etter kapittel I til private. Dette gjelder uansett størrelsen på den private eierandelen; med andre ord også tilfeller hvor den private eierandelen er langt under 1/3.

BKK er involvert i et konkret prosjekt hvor dette vil representere en hindring for en ønskelig organisering, nemlig Kjøsnestfjorden Kraftverk. Dette er som kjent en relativt stor utbygging i Jølster i Sogn og Fjordane som vil gi en midlere årsproduksjon på om lag 240 GWh. Prosjektet er p.t. organisert i et aksjeselskap hvor Sunnfjord Energi AS er majoritetsaksjonær med 73 %, BKK eier 20 % og berørte grunneiere eier 7 % av aksjene. Det er av flere grunner ønskelig å omdanne dette aksjeselskapet til et ansvarlig selskap med delt ansvar (DA). Samtidig er det nødvendig å ha med grunneierne som

minoritetseiere i prosjektet, da gjennomføringen ellers ville blitt vesentlig vanskeliggjort. Den foreslåtte lovreguleringen vil hindre en slik omorganisering som partene ønsker. Etter BKKs oppfatning er det svært vanskelig å se noen grunn til at industrikonsesjonsloven skal gjøre forskjell på andeler i ansvarlige selskaper kontra aksjer. Det sentrale poenget i forhold til lovens formål bør være å sikre at det private eierskapet ikke overstiger 1/3, jf forslaget til § 1 første ledd og § 2 første ledd.

Vi nevner også i denne forbindelse at behandlingen av ansvarlige selskaper etter industrikonsesjonsloven ikke har vært konsekvent: På den ene siden har ansvarlige selskaper i stor utstrekning blitt tildelt konsesjoner og ansett som egne "konsesjonssubjekter". På den annen side har erverv av eierandeler i slike selskaper utløst konsesjonsplikt etter kapittel I for den som erverver andelen. Det logiske og konsekvente ville være å behandle erverv av andeler i ansvarlige selskaper på samme måte som erverv av aksjer i aksjeselskaper, jf § 36 og forslaget til ny § 39.

På denne bakgrunn er BKK av den oppfatning at den foreslåtte § 37 bør utgå, samtidig som man gjør endringer i § 36 som medfører at § 36 omfatter erverv av eierandeler/aksjer/partner i *både* aksjeselskaper mv og ansvarlige selskaper.

#### Uttaksavtaler

De mer kompliserte avtalene etablerer en form for indirekte medeierskap i kraftverk og kraftutbygginger. De etablerer en rett til en bestemt andel av produksjonen, gjerne tidsbegrenset, mot å dekke en tilsvarende andel av investeringer og løpende kostnader (uttaksavtale).

Fallrettighetene og anlegget kan formelt være eid av et felleseid utbyggingsselskap eller et selskap eid av en eller flere av deltagerne. Vi, og de øvrige deltagerne, har så en uttaksavtale med utbyggingsselskapet.

Denne typen avtaler regnes for å være langsiktige disposisjonsretter og ble gjort konsesjonspliktige ved lov av 25. juni 1999 nr 52.

#### (i) Stiftelsen av nye uttaksavtaler

I samarbeid med SFE Produksjon AS er BKK Produksjon AS involvert i et kraftutbyggingsprosjekt på sørsiden av Sognefjorden; Østerbø og Randalen kraftverk. Utbyggingen vil totalt gi en årsmiddelproduksjon på 207,5 GWh til en utbyggingspris på 2,20 kr/kWh.

Fallrettene i de vassdragene som utbyggingen omfatter ble ervervet av Sogn og Fjordane Energi AS fra Sogn og Fjordane fylkeskommune i 2002, jf vedtak om unntak fra konsesjonsplikt og forkjøpsrett fra Olje- og energidepartementet (OED) 20. november 2002. Fallrettene er senere overført til SFE Produksjon AS i forbindelse med konserndannelse, jf unntaksvedtak 3. november 2003.

Samarbeidet mellom SFE Produksjon AS og BKK Produksjon AS er organisert slik at SFE Produksjon AS skal eie kraftverkene, være konsesjonær og stå som konsesjonssøker. BKK skal på sin side ha rett til å disponere 42 prosent av kraftproduksjonen mot å dekke en tilsvarende del av utbyggings- og driftskostnadene. Bakgrunnen for denne måten å organisere samarbeidet på, er for det første at det var en praktisk håndtering i og med at SFE allerede i utgangspunktet eide fallrettighetene. I tillegg har partene vurdert dette som en forretningsmessig og industrielt hensiktsmessig måte å organisere samarbeidet på.

Denne organiseringen synes også å være problematisk i lys av det nye forslaget. BKKs rett til å disponere 42 prosent av produksjonen mot å dekke en tilsvarende andel av drifts- og kapitalkostnadene er ment å gjelde uten tidsbegrensning. Dette innebærer etter hva BKK kan se at rettigheten antagelig vil være omfattet av konsesjonsplikten for såkalte *langsiktige disposisjonsrettigheter*, jf industrikonsesjonsloven §§ 1, 4 og 5 (gjeldende lovtekst).

I OEDs høringsnotat er det foreslått å oppheve gjeldende § 5 i industrikonsesjonsloven om konsesjon for bruksrett og langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser. Samtidig utgår begrepene bruksrett og langsiktig disposisjonsrett i §§ 1 og 4. Dette er omtalt i høringsnotatet pkt 5.5.4 (side 53-54).

Her heter det blant annet at det ikke lenger vil være adgang til å stifte og overdra langsiktige disposisjonsrettigheter. Lovteknisk gjennomføres dette ved en tilføyelse i industrikonsesjonsloven § 1 annet ledd hvor det fastslås at “[e]rverv av andre rettigheter over vannfall enn eiendomsrett som nevnt i første punktum kan bare skje med hjemmel i kapittel I”, samtidig som begrepet langsiktig disposisjonsrett fjernes fra kapittel I. Etter BKKs oppfatning er det vanskelig å se noen god grunn til å innføre forbud mot å stifte langsiktige disposisjonsrettigheter for offentlige aktører. Som eksempelet med Østerbø og Randalen kraftverk viser, kan bruk av slike rettigheter i en del sammenhenger ha gode grunner for seg. BKK foreslår på denne bakgrunn at adgangen til å stifte og overdra slike rettigheter videreføres *for offentlige aktørers vedkommende*. Med begrensningen til offentlige aktører sikrer man at det åpnes for disposisjoner som er i strid med formålet med konsolideringsmodellen, jf forslaget til formålsbestemmelse i § 1 første ledd. Endringen kan eksempelvis gjøres ved at det inntas en bestemmelse i kapittel I, for eksempel som ny § 5, som lyder slik:

*“Enheter som nevnt i § 2 første ledd kan erverve langsiktige disposisjonsrettigheter til vannkraftressurser.”*

(ii) Overdragelsen av eksisterende uttaksavtaler

Slik ikl § 1 om konsesjonsplikten omfang nå foreslås formulert, og det forhold at det ikke lenger skal kunne gis konsesjon ved overdragelse av *eksisterende* avtaler om langsiktige disposisjonsretter, ser det ut til at slike avtaler ikke lenger vil kunne overdras mellom offentlig eide aktører. Det er neppe hensikten med lovforslaget.

BKK foreslår derfor at det uansett åpnes for å gi konsesjon, og således også gi unntak fra konsesjonsplikt, ved overdragelse av slike *eksisterende* avtaler, til offentlig eide aktører.

#### 4.2 Nye avtaler – hva er lovlig og ulovlig

BKK ser for seg at det i tiden fremover kan oppstå en etterspørsel etter kontrakter som kan grense opp mot langsiktige disposisjonsretter.

Investorer som ønsker eksponering mot kraftmarkedet kan etterspørre avtaler som i større eller mindre grad knyttes opp til konkrete forhold ved et eller flere bestemte kraftverk i bestemte prisområder så som tilsig, magasinfyllingsgrad på bestemte tidspunkt, når vannet slippes, utfall fra kraftverket/lokalt nett mv. For kraftverkseier er dette en måte å flytte risikoen over på andre.

Tilsvarende kan sluttbrukere som for eksempel kraftintensiv industri, som ønsker forutsigbare priser og leveringssikkerhet, men ikke driftsansvaret, ønske å ta over retten til kraftproduksjonen fra et eller flere bestemte kraftverk for en bestemt periode til en bestemt pris innen det aktuelle prisområdet.

Nevnte typer kontrakter vil raskt kunne være å regne som langsiktige disposisjonsretter og således være forbudt, i hvert fall for andre enn offentlige aktører, å inngå heretter.

På den andre siden av skalaen har man kontrakter som kun fastsetter pris, volum, lengde og uttaksprofil, og som det ikke hviler noen begrensninger på. Men, jo flere bestemmelser man setter inn i avtalen som gjør leveranse og/eller pris avhengig av bestemte forhold tilknyttet kraftleverandørens kraftverk, desto nærmere vil man kunne komme en langsiktig disposisjonsrett.

Ettersom det foreslås å forby stiftelsen av nye langsiktige disposisjonsretter, i hvert fall for andre enn offentlige aktører, blir det viktig å ha holdepunkter som man kan forholde seg til når man utformer avtaler med private aktører. Vi ber derfor OED om å angi hva som de i denne sammenheng vil bli vektlegge når de avgjør om en kontrakt anses å etablere en langsiktig disposisjonsrett eller ikke.

## 5 Utleie

Vi vil i forbindelse med utleie påpeke at dette kan være en interessant mulighet for kraftintensiv industri og aktører innen kraftbransjen som ikke er offentlig eide. For ordens skyld vises det til at, i den grad det er tale om utleie av fallrettigheter fra Staten til reduserte priser, vil det fort kunne være tale om ulovlig statsstøtte.

Utleie kan også åpne for sammenslåinger blant kommunalt eide selskaper på driftssiden, men hvor eierskapet til fallrettighetene forblir hos de opprinnelige eierne. For enkelte kan utleie også sees på som en realisasjon for en begrenset tid, for eksempel der man leier det ut for en bestemt periode mot en engangssum.

Vi gjør oppmerksom på at Gloppen kommune fikk medhold i at utleie i 20 år mot en engangssum skatterettslig skal regnes som salg, se Rt-2005-394. Det kan være at skattereglene og lengden for maksimalt tillatte utleietid bør avpasses, herunder under hensyntagende til om det ytes årlig leie eller betales en engangssum.

Ettersom det vil komme et eget forslag om utleie på et senere tidspunkt, vil vi komme tilbake med mer utførlige kommentarer når dette forslaget kommer ut på høring.

## 6 Avslutning

BKK vil gjerne være til hjelp i det videre lovarbeidet. Vi ber dere om å kontakte Rikard Solheim hos oss dersom dere har noen spørsmål. Han treffes på mobil nr 950 24 790 og pr epost på [Rikard.Solheim@bkk.no](mailto:Rikard.Solheim@bkk.no).

Med vennlig hilsen  
BKK AS



Atle Neteland  
konsernsjef



Rikard Solheim  
seniorrådgiver