

Hjemfalldommen og andre behov for nye konsesjonsforskrifter for norsk kraftindustri

Eirik Svindland¹
Varaldsøy, april 2008

Det er nå en del år siden EFTA's overvåkingsorgan fattet oppmerksomhet for den norske slappheten med å følge opp EØS avtalen. Overvåkingsorganet ba i sin tid om forklaring på hvorfor Norge mente å kunne opprettholde to særnorske ordninger:

- At den kraftkrevende industrien har langsiktige kontrakter om kraftleveranser til en pris som ligger langt under markedsprisen
- At konsesjonsbestemmelsene for vannkraftverk ikke gir alle investorer like betingelser

Svarene var ikke tilfredsstillende – verken for overvåkingsorganet eller for den private delen av den norske kraftindustrien.²

Den forrige norske regjeringen kan ha ment at overvåkingsorganets advarsler ikke var alvorlig ment, eller at overvåkingsorganets ønsker ikke var hastesaker eller at Norge ville få medhold i retten (EFTA domstolen). Den sittende regjeringen kunngjorde at den ville forhindre at alle investorer får de samme mulighetene. I "Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005 – 09" (Soria-Moria erklæringen 13. oktober 2005) står det "at våre energiresurser skal være hele folkets eie. Vi vil derfor ha et sterkt offentlig eierskap til våre vannkraftressurser og våre petroleumsforekomster. Dagens hjemfallsordning skal opprettholdes på en slik måte at offentlig og nasjonalt eierskap sikres. Vi vil også legge til rette for at de offentlig eide regionale kraftselskapene kan vokse og utvikle seg gjennom å gi muligheter for tilgang på økt offentlig egenkapital."

¹ eirik.svindland@knett.no ; telefon 53488232 / 0049-30-8513884

² Selv reagerte jeg i august 2002 i anledning av en utredning om en eventuell privatisering av Statkraft. Jeg skrev: "Nå byr det seg en sjanse til å rydde opp i loveverket. Med hensyn til konsesjonene tilbyr det seg å innføre bestemmelser som gjelder for alle og som er a) i samsvar med internasjonal standard, vannkraftkonsesjoner i andre land, ...". Det mener jeg fortsatt. Situasjonen og elementer av min oppfatning har i mellomtiden imidlertid forandret seg slik at jeg ikke kan nøye meg med å henvise til det jeg skrev den gangen.

EFTAs overvåkingsorgan reagerte med å reise traktatbruddsøksmål mot Norge 31. juli 2007. 11 måneder senere, 26. juni 2007, kom dommen i sak E-2/2007. Norge ble - som ventet - dømt til å følge traktatens regler.

Dommen mot Norge nevner industrikonsesjonslovens bestemmelser. Men, den, det vils si: begrunnelsen, er også å forstå som en leksjon om prinsippet, at norske lover skal tilsvare EØS avtalens bestemmelser. Behovet for å revidere forskriftene forkraftindustrien i Norge har dermed tre årsaker:

- De er ikke i samsvar med sentrale deler av EØS avtalen.
- De tilsvare ikke strømdirektivet 2003/54/EC som ble inkorporert i EØS avtalen 2. Desember 2005.³
- De tilsvare ikke behovet som er bestemt gjennom kombinasjonen av norsk energipolitikk og energibransjens utvikling.

Problemene bør betraktes og løses under ett. Derfor og på grunn av regjeringens reaksjon på hjemfalldommen, at den anvender den såkalte konsolideringsmodellen, har jeg skrevet følgende sammenfattende notatet om:

1. Hjemfallutvalget
2. Vassdragsreguleringsloven
3. Konsesjon i henhold til energiloven
4. Konsesjonenes løpetid
5. Innføring av strømdirektivets forskrifter
6. Forarbeider for revisjonen av energiloven
7. Naturgass og fjernvarme
8. Forskifter om magasindisponeringen
9. Friheter
10. Reaksjonen på hjemfallsdommen
11. Høringsnotatet Hjemfall
12. Offentlig eierskap til vannressurser
13. Unntak for gårdbrukerens ressurser
14. Håndhevelse av forkjøpsrett
15. Statstøtte med konsolideringsmodellen
16. Overføring fra selskapers eie til offentlig eie
17. Modell for et nytt konsesjonsregime
18. Overgang til nye konsesjonsbestemmelser

Problemene og svarene som beskrives er argumenter for mitt råd:

³ Dette direktivet erstattet et direktiv 96/92/EC som ikke ble fulgt opp med en revisjon av norske lover.

A. Føy til industrikonsesjonsloven og til vassdragskonsesjonsloven en artikkel som sier at det ikke vil bli gitt nye konsesjoner i henhold til denne loven – det vil si: med det siste hjemfallet i henhold til vedkommende lov vil den gå ut på dato.

B. Bygg ut vannressursloven slik at den også får regler om offentlig forkjøpsrett og blir en fullverdi lov om konsesjoner for reguleringer i vassdrag – både for vannfall og elveløp. Det er ikke bare kraftverk som vil gi behov for å forandre elveløp.

C. Skriv energiloven om slik at den

- Innholder adekvate bestemmelser om gassforsyning og fjernvarme
- Tilsvare EØS avtalen og relevante direktiver

D. Bruk et av energilovens kapitler eller en særlov som ramme for å innføre bestemmelsene om de to komplementære konsesjonene som tilsvare nasjonale behov, er i samsvar med internasjonal praksis og tilfredsstillende kravene i henhold til EØS-avtalen: (D.1), tillatelsen til å bygge og drive kraftverket, og (D.2) tillatelsen til å ha en tilsvarende leiekontrakt med ressursens eier.

I et kort tillegg skisserer jeg, hvordan industrikraftproblemet kan løses på grunnlag av tysk praksis og i forbindelse med Direktiv 2003/96/EC, artikkel 2 og 15, om skatt på energivarer og elektrisk strøm.

1. Hjemfallutvalget

Regjeringen Bondevik II nedsatte våren 2003 et offentlig utvalg som fikk som oppdrag

1. "å utrede en videreført hjemfallsordning og hvordan den bør utformes"
2. " å vurdere og redegjøre for konsekvensene av å oppheve instituttet"
3. "å belyse ulike sider knyttet til gjeldende regelverk for konsesjonsvarighet og vilkår om hjemfall, herunder virkningene av varigheten på konsesjonene for den nasjonale styring og kontroll med vannkraftressursene
4. "å vurdere behovet for å endre dagens regelverk og utformingen av et fremtidig hjemfallsregime"

Utvalget skulle i sitt arbeide legge vekt på:

- Langsiktig nasjonal handlefrihet, styring og kontroll med forvaltningen av vannkraftressursene
- Hensynet til offentlige inntekter
- God ressursbruk, verdiskaping og konkurranse i et velfungerende kraftmarked
- Harmonisering av regelverket mellom aktørene

- Konsekvenser for eierstruktur og inntektsfordeling
- Forenkling av lovgivningen
- Forutsigbarhet og transparens når det gjelder kriterier for konsesjonsvedtak"

Kriteriene er hensiktsmessige. De er imidlertid også av det slaget at de kan tale for forskjellige løsninger. De må altså vektlegges og det forårsaker uenigheter mellom personer med forskjellige interesser eller oppfatninger. Resultatet var tilsvarende. Innstillingen fra utvalget var delt på sentrale områder.

Mitt problem med utredningen er at det ble lagt lite vekt på behovet for å gi aktørene et nytt modernisert regleverk. Utvalgets mandat var øyensynlig den grunnleggende årsaken for denne mankoen; i stedet for å vurdere hele konsesjonsregimet, inklusive bestemmelser som gjelder for aktører som invester i andre typer kraftverk enn vannfallkraftverk, måtte utvalget nøye seg med å utarbeide forslag for endringer i de to lovene om industrikonsesjoner og vassdragsreguleringer.

Min enighet med utredningen angår det enstemmige vedtaket om at det "ønsker å åpne for at alle vannfallsrettigheter med vilkår om hjemfall kan leies ut. ... Det samme gjelder avtaler om langsiktige disposisjonsrett til vannkraft." (NOU 2004:26, side 21). Men, utvalget var for skeptisk til muligheten for å gjennomføre en slik reform. Det var i den forbindelsen mest opptatt av faren for en omgåelse av hjemfallsordningen (side 123/124). Jeg betrakter løsningen med leiekontrakter derimot som konseptet til et nytt, robust konsesjonsregime som tilsvarende EØS avtalens kriterier, muliggjør at landets viktige vannkraftressurser forvaltes til det felles beste, gir ressursenes brukere fornuftige betingelser og også sikrer at ressurseierne får konsesjonsinntekter. Bestemmelsene om kontraktene mellom eiere og brukere utgjør da den ene halvdel av et, gjengs konsesjonsregime. Bestemmelsene om tillatelsen til å bygge og bruke et kraftverk er regimets andre del. I lovverket bør de to delene holdes ifra hverandre. De er vesensforskjellige med hensyn til administrative, rettslige og økonomiske spørsmål.

2. Vassdragsreguleringsloven

EFTA domstolen har i sak E-2/2006 bekreftet at EØS avtalen impliserer innføringen av transparente, ikke-diskriminerende bestemmelser med hensyn til retten til å ha og bruke eiendom i Norge. Kravet gjelder alle former for eiendom og økonomisk aktivitet i som ikke eksplisitt har blitt tatt ut av EFTA-avtalen. Industrikonsesjonsloven (Lov nr. 16/1917), som utløste sak E-2/2006 er et av flere eksempler på at norske lover ikke tilsvarende EØS avtalen.

Industrikonsesjonsloven inneholder bestemmelser om konsesjon for å kjøpe og eie vannfall ("vannfall eller stryk"). Det kan debatteres, om den er grunnlaget for alle vannkraftkonsesjoner. At en høydeforskjell er nødvendig for at vannet i et vassdrag skal flyte i en retning og muliggjøre vannkraft, er selvfølgelig et faktum. Det er imidlertid ikke

selvinnlysende at bestemmelser om "vannfall og stryk" derfor også gjelder for de delene av et vassdrag som vanligvis ikke oppfatt som "vannfall og stryk". Især ikke når det tas i betrakt at lovgiveren anså det for nødvendig å ha en spesiell lov om konsesjoner for å forandre vassdraget slik at det kan brukes til kraftproduksjon.

For folk flest vil vassdragsreguleringsloven (Lov nr. 17/1917) være det nærliggende grunnlaget for en kraftverkskonsesjon, hvis en elv skal utnyttes på et sted hvor man ikke kan henvise til et vannfall eller stryk. Derfor ser jeg i denne loven ikke bare som et hensiktsmessig tillegg som angår forandringen av vassdraget, mens til industrikonsesjonsloven vedrører kraftverket. Det vil si at konsesjonsbestemmelsene er uklare eller ufullstendige med hensyn til tradisjonelle kraftverk i elveløp.

Som grunnlag for en form for konsesjon er vassdragsreguleringsloven på det samme viset problematisk som industrikonsesjonsloven:

- Når industrikonsesjonslovens § 4 tillater at søkeren får en konsesjon på ubegrenset tid gir også vassdragsreguleringsloven - i henhold til § 10,2 – tillatelse til å gi en konsesjon uten tidsbegrensning. Til andre søkere skal konsesjonen gis for et bestemt tidsrom av inntil 60 år (§ 10,1).
- Når konsesjonen i henhold til § 10,1 gis for 60 år, "har staten rett til å kreve avstått uten godtgjørelse reguleringsanlegget ...", når konsesjonen utløper (§ 10,4).

Antatt at konsesjonsmyndighetene har to søknader til behandling. Begge søkere ønsker å forandre et kort stykke av et flatt elveløp for å bygge et konvensjonelt kraftverk i en elv (som produserer grunnlast ved hjelp av vannføringen i en elv). Begge søkere har de nødvendige rettighetene i henhold til § 13 i vannressursloven (Lov 18/2000). Når den ene søkeren i dette tilfellet får en konsesjon uten tidsbegrensning, mens den andre får en konsesjon for 60 år og eventuelt også blir konfrontert med et krav om "hjemfall" i henhold til § 10,4, da er problemet for EFTAs tilsynsorgan nøyaktig det samme som i tilfelle av et hjemfall i henhold til industrikonsesjonsloven. Dessuten er det noe vanskelig å forklare hvorfor det skal være nødvendig å frasi seg eiendomsretten for å få lov til å bygge ut og nytte egen eiendom.

I høringsnotatet Hjemfall (side 9) henvises det til, at i industrikonsesjonslovens tilfelle har denne rådighetsinnskrenkningen blitt behandlet og akseptert av Høyesterett:

"Høyesterett la til grunn i plenumssaken fra 1918 at hjemfallsinstituttet innebar en rådighetsinnskrenking for den private grunneier som vederlagsfritt måtte aksepteres. Høyesteretts flertall viste til at grunneieren ikke hadde noen plikt til å selge, men fortsatt kunne utnytte eiendommen som før. Hjemfallsordningen ble ansett for å være i tråd med Grunnloven."

Nå har EFTA-domstolen med dommen i sak E-2/2007 påvist at ikke enhver norsk avgjørelse har evig gyldighet. Også muligheten for at det stilles krav om hjemfall, når en privat grunneier ønsker konsesjon i henhold til vassdragsreguleringsloven, er neppe i samsvar med EØS avtalens påbud om likebehandling av alle investorer – selv om det i EØS avtalen Art. 125 heter at "denne avtalen skal ikke på noen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten." Problemet, som jeg kommer tilbake til nedenfor, er at avtalen nødvendigvis berører eiendomsrettslige beføyelser.

La meg nå forandre eksemplet på det viset, at den ene søkeren har en kondisjonert avtale om å kjøpe den nødvendige bruksretten til vannet. Da det ikke er rettigheter i et vannfall eller stryk som kjøpes, er det ikke evident at industrikonsesjonsloven kan anvendes og at staten har en forkjøpsrett. Da vannressursloven ikke inneholder tilsvarende forkjøpsrettbestemmelser og Lov Nr. 98/2003 "Om konsesjon ved erverv av fast eiendom" (konsesjonsloven), heller ikke gir et grunnlag for å hevde allmennhetens rett til å tre inn i en slik kontrakt, foreligger det øyensynlig en forskjell mellom den som vil kjøpe bruksretten til et vannfall og en som vil kjøpe den samme form forbruksrett et annet sted langs elven – enda ett eksempel på diskriminerende bestemmelser.

- Hvis konsesjonen i henhold til vassdragsreguleringsloven gis for en kortere tid enn 60 år, får utbyggeren – på grunnlag av 60 år amortisasjonstid – en erstatning for de anlegg som må overdras til staten. Tilbehør innløses i dette tilfellet for den tekniske verdien eller etter skjønn (§ 10,5).

Da det overhode ikke gis erstatning hvis overdragelsen skjer etter 60 år, foreligger det en forskjell som på den ene siden diskriminerer mot den som har 60 år konsesjon og på den andre siden reduserer sannsynligheten for at en konsesjon gis for mindre enn 60 år. Hvordan rettfærdiggjøres det, at det ikke generelt gis erstatning for eiendom som må overdras? Det er – på tross av Høyesteretts oppfattelse i 1918 – ikke en overdragelse i henhold til en avtale som har blitt forhandlet og sluttet mellom likestilte partnere. Det er dessuten et problem som antakeligvis oppstod, fordi lovgiverne ikke la tilstrekkelig merke til hensiktsmessigheten i å skille mellom eiendomsretten og positiv beskrevne bruksrettigheter; hittil blir byggingen av et vannkraftverk, også som konsesjon, primært satt i forbindelse med et ressurskjøp og eiendomsrett, i stedet for en ressursbruk og leieavtale.

3. Konsesjon i henhold til energiloven

Energiloven, Lov Nr. 50/1990, inneholder bestemmelser om en konsesjon som gis for et begrenset tidsrom av inntil 30 år (§ 2-2). Et anlegg "for produksjon, omforming, overføring, og fordeling av elektrisk energi med høy spenning, kan ikke bygges eller drives uten" denne konsesjonen. "Det samme gjelder ombygging eller utvidelse av bestående anlegg." (§ 3-1). Bestemmelsene gjelder ikke for statens anlegg. (§ 1-4)

Et kraftverk i Norge kan altså ha tre konsesjoner - en i henhold til industrikonsesjonsloven, en i henhold vassdragsreguleringsloven og en i henhold til energiloven. Den siste er for et tidsrom av inntil 30 år. Når et kraftverk ikke drives med vannkraft vil det kun ha konsesjon for 30 år, mens kraftverk i vassdrag kan regne med en lengre konsesjonsperiode. Dette er likeledes en forskjellbehandling som etter mitt skjønn ikke er i tråd med EØS rettens bestemmelser.

Argumentet for at rammebetingelsene for vannkraftverk skal være de samme som for gasskraftverk o.s.v., altså at konsesjonsreglene skal være uavhengig av teknologien som kommer til bruk, er først og fremst at kraftverkene produserer og mater det samme produktet, elektrisk energi, inn i nettet. Det vil dermed være en forbudt subsidiering av en gruppe konkurrenter, hvis en form for kraftverk får gunstigere betingelser enn andre. Derfor var det behov for spesielle direktiver, da det ble politisk enighet om å fremme bruken av fornybare primærenergier og av kombinerte varme- og kraftproduksjoner. Et praktisk tilleggsargument er at det oppstår uenigheter om avgrensninger når reglenes anvendelse er avhengig av variable klassifikasjoner.

Dette kravet om likebehandling utelukker selvfølgelig ikke at forarbeidene og mulighetene for å få en konsesjon kan være sterkt avhengig av prosjektets størrelse, lokalisering og teknologi, men det er forskjeller som kommer på grunnlag av lokalsamfunnets holdning og forskrifter for arealplanlegging og byggetillatelse. Det er regjeringens forskrifter for kraftverk(-eiere) som ikke skal være diskriminerende.

4. Konsesjonenes løpetid

Jeg antar at regelen skal være at alle kraftverkkonsesjoner gis for et bestemt tidsrom og at den maksimale løpetiden er den samme i alle tilfellene.

På grunnlag av de gjeldende forskriftene og på grunnlag av internasjonal praksis mener jeg at det er hensiktsmessig å gi kraftverkkonsesjoner for et tidsrom av inntil 30 år. Det tidsrommet er i dag den korteste av tre mulige tidsbegrensninger. Konsesjonen i henhold til Energiloven er følgelig den reelle konsesjonen. Denne oppfatningen er allerede tatt med i de to andre lovene; ved lov nr. 62/1992 fikk industrikonsesjonsloven en tilføyelse (§ 5a) som lyder: "Vilkårene for konsesjon etter denne lov kan tas opp til alminnelig revisjon etter 30 år," og likeledes heter det nå i vassdragskonsesjonsloven (§ 10,3): "Vilkårene for konsesjonen tas opp til alminnelig revisjon etter 30 år."

Jeg ser problemet som kan oppstå for vannkraftprosjekter. Store forandringer av vassdrag kan kreve så mye kapital at prosjektet kalkuleres med en lengre amortisasjonsperiode enn 20 – 25 år. Dermed kan slike prosjekter bli uaktuelle, hvis konsesjonenes løpetid begrenses til maksimalt 30 år.

Det faktum, at konsesjonssøknader for gigantiske prosjekter møter større motstand enn små prosjekter, viser grunnlaget for det prinsipielle argumentet mot å ta spesielle hensyn til en kraftverksteknologi. I kraftindustrien - som i andre bransjer – skal spørsmålet, om et prosjekt skal gjennomføres, ikke avgjøres på annet grunnlag enn investorens forventninger og gjeldende bestemmelser. Bestemmelsene kan si at særs store prosjekter må godkjennes av regjeringen eller Stortinget, men i øvrige henseende bør de gi alle investorer et enhetlig grunnlag for å stille en konsesjonssøknad. Det er ikke bare EØS retten som taler for dette standpunktet som impliserer struktureffekter i den forstand, at forskriftene har en innflytelse på prosjektenes design. Enhver lovgivning om rammebetingelser for næringslivet – for eksempel også bestemmelser som skiller mellom aksepterte og ulovlige arbeidsbetingelser – har slike struktureffekter. Det er det vesentlige argumentet for den gjengse oppfatningen, at politisk organ bør ha en annen målsetning enn å løse problemene til en spesiell investor, når det vurderer om et regelverk er hensiktsmessig eller ikke. Derfor er det ikke gitt, at konsesjoner skal gis for mer enn 30 år fordi noen gigantiske vannkraftprosjekter ellers kan bli kommersielt ulønnsomme.

5. Innføring av strømdirektivets forskrifter

Jeg har henvist til EUs andre strømdirektiv – direktivet 2003/54/EC. Det erstattet 96/92/EC. Medlemslandene fikk frist frem til 1. juli 2004 med å gjennomføre nødvendige reformer. Fra og med 2. desember 2005 er dette direktivet også en bestanddel av EØS-avtalen. Innføringen i det norske lovverket utestår.

To av direktivets artikler gir føringer for prosedyren som kan føre frem til at det gis en kraftverkskonsesjon; begge forskriftene gjelder for alle typer kraftverk som skal forsyne det offentlige nettet:

- Artikkel 6 om konsesjonssøknader; søknaden skal vurderes, aksepters eller avslås på grunnlag av publiserte regler om kriterier og prosedyren
- Artikkel 7 om prosedyren når en autorisert myndighet utlyser en konsesjon

EU har detaljerte rammeforskrifter for begge prosedyrene:

1. Directive 2004/17/EC Coordination of procurement procedures of entities operating in water, energy, transport and postal services,
2. Directive 2004/18/EC Coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public services contracts.

Det første inneholder bestemmelser om reglene angående søknader (artikkel 6), det andre om utlysinger (artikkel 7).

Når de norske bestemmelsene revideres i henhold til føringene i strømdirektivet, bør det dessuten tas hensyn til de følgende dokumentene:

1. Direktivet om å fremme elektrisitet som produseres med fornybar energi (2001/77/EC). Dette direktivet ble 8. juli 2005 inkorporert i EØS avtalen.
2. Direktivet om å sikre kraftforsyningen (2005/89/EC). Dette direktivet trådte i kraft 24. februar i år. Det er enda ikke inkorporert i EØS avtalen, men i EUR-Lex listen står det med tilføyelsen at det er relevant i EØS sammenheng.
3. EU kommisjonens Rapport om "Energipolitikk for Europa", datert 10.01.2007, som beskriver linjene for eventuelle endringer av EUs bestemmelser.

6. Forarbeider for revisjonen av energiloven

Regjeringspartiene har i Soria Moria erklæringen kunngjort at "regjeringen vil foreta en evaluering av energiloven der blant annet lovens betydning for kraftbalansen, strømprisene og strukturen i kraftbransjen skal gjennomgås, med sikte på endringer som kan sikre bedre utnyttelse og bruk av eksisterende produksjon, samt ny kraftproduksjon." På dette grunnlaget ga OED en rekke personer og firmaer i oppdrag å skrive i alt ni utredninger om spørsmål tilknyttet evalueringen av energiloven.

Direktivet om å fremme elektrisitet som produseres med fornybar energi fikk stor oppmerksomhet – jeg sikter her især til Advokatfirmaet Schjødts utredning om "EØS avtalens regler om statstøtte anvendt på visse former for driftstøtte (feed-in) til produksjon av fornybar elektrisitet", utredningen om "Innmatningsordning for fornybar elektrisitet" fra ECON Analyse og Utredningen om "EU-rettslige rammer for revisjon av energiloven" fra Senter for europarett ved UiO. De to førstnevnte utredningene har gitt konkrete forslag om utformingen av den planlagte støtteordningen (som må lovbestemmes). Den sistnevnte er en utførlig, lettlest og god beskrivelse av relevante bestemmelser i EØS avtalen og relevante EU direktiver, men den peker dessverre ikke på konkrete mangler i norske lover.

Mitt helhetsinntrykk, på grunnlag av temabeskrivelsene for de utredningene som OED ga i oppdrag for å forberede revisjonen av Energiloven og på grunnlag av teksten i de leverte rapportene, er at

1. EU retten tas til kjenne uten at oppdragsgiveren får særlige innspill om konsekvenser for formuleringer in norske lover
2. fagmiljøet har lite oppmerksomhet for annet enn norske syn på problemer i Norge; jeg mener å se en tendens til "navlebeskuelse"⁴

⁴ Eller, hvordan skal jeg ellers forstå at det ikke finnes henvisninger til de nevnte kravene i strømdirektivets artikkel 6 og 7 i den ellers interessante, utførlige utredningen om "Vilkår for ny kraftproduksjon" som ECON Pøry har levert i samarbeid med SWECO Grøner?

Regjeringen og Stortinget har selvfølgelig muligheten til å ignorere relevante EØS bestemmelser eller å minimere deres innpass i norske lover - i stedet for å følge opp med tekster som tilsvarer avtalens intensjoner –, men det eksisterer i hvert fall to argumenter for å følge avtalens intensjoner når/hvis det ikke skal være tvil om EØS-tilknyttingen: (1) Både myndighetene og kraftindustrien vil være tjent med en energipolitikk som gjennomføres med så konsistente og transparente forskrifter som bestemmelsene i EU direktivene om strøm- og gassforsyningen. (2) Hvis regjeringen og Stortinget mener at føringene fra EØS-avtalen blokkerer så vitale nasjonale interesser at Norge ikke vil følge avtalens intensjoner, må først dette rettsproblemet løses – avtalen endres eller oppheves; konflikter om traktatbrudd er unødvendige.

7. Naturgass og fjernvarme

Som deler av energipolitikken ble det i "Soria Moria erklæringen" kunngjort at: "Innenfor våre internasjonale klimaforpliktelser må en større del av naturgassen som utvinnes på norsk sokkel tas i bruk innenlands til industri-, energi- og transportformål. Regjeringens mål er at Norge skal bli verdensledende i miljøvennlig bruk av gass."

- "Regjeringen vil legge til rette for økt bruk av vannbåren varme, og etablere gode finansieringsordninger for fjernvarme og bioenergi. ...
- Staten gjennom et statlig selskap deltar i finansieringen av infrastruktur for transport av naturgass, sammen med kommersielle aktører, og at det gjennom dette legges til rette for CO₂-fjerning og transport
- Et statlig selskap får i ansvar å skape en verdikjede for transport og injeksjon av CO₂
- Konesjonene som er gitt for gasskraft skal stå ved lag"

Norge skal altså øke bruken av gass og fjernvarme på et vis som minner litt om fotsporene til EU land hvor

- industribedrifter og i private husholdninger konsumerer store mengder naturgass
- Gas brukes som brensel i varmekraftverk
- Det er vanlig at tettsteder har en kollektiv varmforsyning som ofte er basert på en kombinert varme- og kraftproduksjon.

Behovet for adekvate, EØS konforme forskrifter om gass og fjernvarme fikk imidlertid lite oppmerksomhet i forbindelse med utredningene som OED ga i oppdrag. Rapporten fra CREAM om "Regulering av fjernvarme" et typisk eksempel på den kritiserte navlebeskuelsen; den nevner verken CHP problematikken, eller EU/EØS forskrifter om reguleringer som angår kjøp og salg av fjernvarme.

I Energiloven, Lov Nr. 50/19990, har jeg forgjeves lett etter de nødvendige forskriftene om gass og fjernvarme. Jeg fant lite om fjernvarme, ingen ting om den ledningsbundne gassforsyningen, som i EU sammenheng er gjenstand for like utførlige forskrifter som strømforsyningen.

Det tilbyr seg å bruke nye energilover ifra EU som orientering når det norske lovverket revideres. Med aktiv støtte fra EU har noen av medlemslandene fått moderne lover om slike kollektive forsyningssystemer.⁵

Dette betyr overhode ikke, at energiloven må få et flerdoblet omfang. Som medlem av et EU Team har jeg selv en gang skrevet utkastet til en helt ny nasjonal energilov – 31 artikler på mindre enn 25 sider (med samme format som den foreliggende teksten).

8. Forskifter om magasindisponeringen

Etter å ha tatt til kjenne at det i forbindelse med evalueringen av energiloven også diskuteres om det skal innføres nye regler for disponeringen av vannmagasiner og etter å ha lest Multiconsults "Rapport om rammer for magasindisponeringen" og rapporten fra SINTEF Energiforskning⁶ "Om magasindisponeringen før og etter energiloven" har jeg fått inntrykk av at to av de energipolitisk sentrale spørsmålene har fått for lite oppmerksomhet: Er forsyningssikkerheten tilstrekkelig i det praktiserte systemet for produksjon, salg og kjøp av elektrisk energi? Er krafthandelen en årsak for at forsyningssikkerhet kan oppstå?

Mitt inntrykk er, at forsyningssystemet som sådan ikke utelukker en så ulykkelig kombinasjonen av salg til gode priser, gale prognoser om vanntilslaget og utilstrekkelige kabelforbindelser til utlandet, at forsyningsproblemet i form av politisk uønskete prisendringer og et forbigående behov for rasjonerings/ forbruksinnskrenkninger kan forekomme. Men, hvis styringsmaktene mener at det ville være nødvendig å sikre kraftforsyningen ved hjelp av en kollektiv styring av kraftverkene – en samkjøring – når reservene i vannmagasinene er kommet under et visst kritisk nivå, er en regulering av krafteksporten en alternativ og sannsynligvis også en bedre strategi.

Et argument mot en regulering vedrørende vannmagasinene ligger i den geografiske fordelingen av produksjonskapasitet, overføringskapasiteter og forbruk. På grunn av denne ujevne fordelingen ville det være behov for en forskrift som

⁵ EU har nylig fornyet dette regelverket og forårsaket arbeider med små forandringer av de nasjonale lovene; gassdirektivet, 2003/55/EC, erstattet direktivet med nummer 98/30/EC. CHP direktivet 2004/8/EU har mye av det samme formålet som direktivet om strøm produsert med fornybar energi. Det er et tillegg til direktivet 92/42/EEC. De nevnte direktivene om offentlige oppdrag og om prosedyren for konsesjonssøknader gjelder for alle saker i forbindelse med utbyggingen av gass- og fjernvarmeforsyninger.

⁶ SINTEF Energiforskning baserte sammenligningene før og etter energiloven på et resultat fra økonomisk likevektsteori som ikke gjelder i den foreliggende saken – det vil si: likevektsmodellen tar ikke hensyn til regimeforandringens vesentlige kjennetegn.

- gir alle kraftprodusenter medskyld, når enkelte har brukt for mye av magasinene
- fordeler skaden på et vis som ikke kan bestemmes på forhånd

Det vil ikke bare være politisk vanskelig å få i stand et flertall for en konkret løsning av det slaget, men også et rettslig problem.

Det vis si: Forskrifter for disponeringen av kraftverkernes vannmagasiner kan bidra til å sikre kraftverkernes drift. Men, bruken av slike forskrifter må være koblet med en bestemmelse om bruken av den kraften som produseres, hvis et slikt regime også skal bidra til å sikre kraftforsyningen for norske forbrukere. Det ville altså være en sak som faller inn under anvendelsen av EØS avtalens kapittel 4 (artikkel 112 - 114) og strømdirektivets artikkel 24.

Begge grunnlagene er en unntaksregel som gir medlemslandene mulighet til å bremse den fysiske handelen med naboland – forbigående og i samarbeide med EØS komiteen – når det foreligger en forsyningskrise. Artikkelen er enstydig i det hensende at det kun er et krisetiltak. Regelen er at en fullstendig, ikke-diskriminerende og uhindret tilgang til nettet i andre medlemsland skal være garantert gjennom nasjonal lovgivning. Forskjellen mellom denne målsetningen og realiteten motiverte EU statene til å vedta en særskilt forordning om grenseoverskridende handel med elektrisitet (EC No 1228/2003).

9. Friheter

Jeg har heftet meg ved en liten forskjell mellom dommen i sak E-2/2006 og diskusjonen i Norge. I Norge står forskjellen mellom konsesjonene til private og offentlige selskaper i fokus. Domstolen hadde imidlertid aldri befattet seg med denne forskjellen hvis det ikke likeledes hadde vært en diskriminering mot alle potensielle investorer ifra andre EØS land. Dommens grunnlag er at EØS avtalen krever en likebehandling med hensyn til EØS-borgernes friheter – i dette tilfellet:

- retten til å etablere seg innenfor avtalens område (især artikkel 31)
- kapitalens frie flyt innenfor avtalens område (især artikkel 40)

Jeg er enig med domstolens vurdering av situasjonen og påpeker derfor at kapitalens frie flyt er en analogi til frihandelen innenfor traktatens område.

Strømdirektivet beror på den oppfatningen at elektrisk energi er et industriprodukt som faller inn under Roma-traktatens bestemmelser om frie varebevegelser innenfor fellesmarkedet. På meg virker det som om en nedfelling i den norske energiloven utestår: Enda står det i Lov nr. 50/1990: "Uten konsesjon kan ingen andre enn staten foreta utførsel eller innførsel av elektrisk energi. I konsesjonen kan det settes vilkår dersom det finnes påkrevet av allmenne hensyn" (§ 4-2).

Bestemmelsen (§ 4-2) kan anses for å være sovende, fordi den refererer til bilaterale fysiske kontrakter som ikke lenger brukes når krafthandelen gjennomføres med hjelp av børshandel og finansielle kontrakter (under finansmarkedsdirektiver). Men faktum er at den vil gripe ved første anledning, når to partnere ønsker å inngå en bilateral fysisk kontrakt; for eksempel for å ha et sikkert grunnlag for sertifisering av en norsk vannkrafteksport som fornybar energi.⁷ Derfor påstår jeg, at hvis denne bestemmelsen ikke oppheves i forbindelse med revisjonen av energiloven, må det regnes med at en aktør vil klage, av prinsipielle grunner eller på grunn av en avslått konsesjonssøknad, og at EFTAs overvåkingsorgan vil ta seg av saken.

Norsk energipolitikk må altså bygge på en antagelse om at det norske strømmarkedet blir sterkere nytt til nabolandene og til kontinentet enn det er i dag. Konsekvensen er entydig: Hvis regjeringen ikke tillater en utbygging av norske kraftverkskapasiteter som forsterker Norges rolle som eksportnasjon, vil prisen i Norge sterkere enn i dag bli bestemt av kartellet/oligopolet i Tyskland.

10. Reaksjonen på hjemfalldommen.

Regjeringens reaksjon på dommen i sak E-2/2006 var først å gi uttrykk for at den var skuffet. Deretter ble, med virkning fra og med 10. August 2007, en "Provisorisk anordning om offentlig eierskap til vannkraften" vedtatt. Teksten lyder:

§ 1. Formålet med denne provisoriske anordningen er å bringe lov av 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. i samsvar med EØS-retten som tolket i EFTA-domstolens dom av 26. juni 2007 i sak E-2/06, inntil Stortinget kan gjøre de nødvendige lovendringer.

§ 2. Landets vannkraftressurser skal tilhøre allmennheten og forvaltes til det felles beste. Dette skal sikres ved en eierstruktur basert på prinsippet om offentlig eierskap på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt nivå.

§ 3. Det skal ikke gis konsesjoner til erverv av eiendomsrett, bruksrett eller langsiktig disposisjonsrett til vannfall etter loven §§ 2 og 5.

§ 4. Avtale om erverv som medfører at 2/3 av kraftanlegget ikke lenger disponeres av statsforetak, norske kommuner eller fylkeskommuner er ugyldig. Det samme gjelder avtale om erverv i aksjeselskap, andelslag og andre sammenslutninger som medfører at 2/3 av kapitalen og stemmene ikke lenger eies av statsforetak, en eller flere kommuner eller fylkeskommuner.

§ 5. Det skal ikke inngås avtaler om erverv av eiendomsrett eller bruksrett etter loven § 41 første, annet og tredje ledd.

⁷ Etter mitt skjønn er det problematisk å sertifisere strøm som kjøpes på en børs, hvor prisen fastsettes på grunnlag av alle tilbud og hele etterspørselen, og hvor tilbudene også kommer ifra atomkraftverk og andre varmekraftverk – som på Nordpool. Den eventuelle utveien er, å få sertifisert, at man har kjøpt ut av den kvoten som fornybar kraft utgjorde.

§ 6. Anordningen trer i kraft straks.

Anordningen bringer industrikonsesjonsloven i samsvar med hjemfalldommen ved å innføre et tidsbegrenset forbud mot å gi konsesjoner i henhold til den samme loven. Dermed fikk regjeringen tid til å bli enig om lovforslag som opphever EØS problemet. Mer har ikke skjedd. Derfor deler jeg ikke Regjeringens syn var at den på dette viset brakte hjemfallsordningen i samsvar med dommen i EFTA-domstolen og EØS-avtalen. At anordningen dessuten gjentar Soria-Moria erklæringen – "at våre energiresurser skal være hele folkets eie" – må forstås som et hint om regjeringens planer med hensyn til problemløsningen.

11. Høringsnotatet Hjemfall:

Fredag 14. mars 2008, ble det gjennom nyhetssendinger kunngjort at OED har lagt et lovforslag på høring som har det formålet at dommen i sak E-2/2006 skal etterkommes. Med den siterte anordningen som utgangspunkt måtte det forventes at forslaget bidrar til en nasjonal, offentlig kontroll over vannressursene. Det vil si at OED skal ha arbeidet med et optimeringsproblem som er kjennetegnet ved at EØS kravet er eksternt fastsatt, det er en restriksjon for andre avgjørelser. Med utgangspunkt i denne oppfatningen av problemet lastet jeg høringsnotatet ned fra departementets nettside og leste det. Resultatet, det vil si: mitt inntrykk - er at lovforslaget ikke tilsvarer oppgaven som regjeringen har gitt seg selv:

Det er enda ukjent, hvordan og når regjeringen vil gjennomføre det kunngjorte politiske programmet - at landets vannkraftsressurser skal overføres til offentlig eie. Er det hensiktsmessig å argumentere med offentlig eiendom, når det ikke er bestemt, hvordan landets vannressurser skal overføres til offentlig eiendom? Er det hensiktsmessig å la forretningsforetak representere det offentlige, når foretakene kan ha private minoritetsaksjonærer og når selskapene kan bindes inn i konserner ved hjelp av langsiktige avtaler? I teksten som har til hensikt å forklare lovendringsforslagene vedgår OED at der bestemmelsene om private medeiere medfører definisjons- og avgrensingsproblemer. Mitt syn på saken er, at problemet går dypere. Forskjellen mellom offentlig eie og eie gjennom foretak som er i offentlig eie er i den foreliggende saken så vesentlig at lovforslaget bør revurderes. Bortsett fra det politiske problemet, at det ikke er i samsvar med EØS-avtalens intensjoner, hvis selskaper fra andre EØS-land og likeledes private norske selskaper utelukkes fra å bruke norske vannressurser, med en lov som gjør bruken av vannressursene til et privileg for selskaper i offentlig norsk eie, kommer ny konflikter med EØS retten som jeg beskriver nedenfor (avsnitt 15).

Den såkalte konsolideringsmodellen gir ikke et grunnlag for en analyse av spørsmålet om hvordan dommen mot Norge bør håndteres; den er et spesielt svar. Derfor bør modellen også betraktes i lys noen spørsmål om norsk energipolitikk og EØS tilknytning – for eksempel: Er det hensiktsmessig å "løse" hjemfallproblemet ved å utelukke at private investorer får en tidsbegrenset konsesjon for et vannfallkraftverk, når de samme investorene

kan få en konsesjon for å anvende en annen kraftverksteknologi? Er det hensiktsmessig å utelukke private investorer fra å bruke vannressurser når private investorer blir bedet om å bidra til utnyttelsen av nasjonens gassressurser? Mine svar er at det vil være en lite hensiktsmessig, unødvendig forskjellbehandling. Dessuten: Hva skal nå være lovhjemmelen for å gi en konsesjon til et privat eller offentlig eid foretak som vil regulere et elveløp for et annet formål enn å bygge store magasiner foran et vannfallkraftverk?

Fokuset på konsolideringsmodellen har øyensynlig forsinket, men ikke forhindre at OED også utarbeider en konsesjonsmodell som har utgangspunkt i forskjellen mellom eiendomsrett og tidsbegrenset bruksrett. Jeg sikter her til kunngjøringer i høringsnotatet om at det vil komme et lovforslag om utleie av vannfall og kraftverk og at vassdragsreguleringsloven vil bli skrevet om slik at den blir eiernøytral. I mine øyer er det et konsept som både rettslig og politisk er mer bærekraftig enn konsolideringsmodellen – og, det er dessuten et konsept som gjør konsolideringsmodellen overflødig. Altså: Hvorfor diskuteres nå et overflødig lovforslag?

12. Offentlig eierskap til vannressurser

Med hensyn til det foreliggende hjemfallproblemet er jeg enig med regjeringen og Hjemfallutvalgets flertall i at det ikke er nasjonaløkonomisk eller politisk hensiktsmessig å løse det foreliggende konsesjonsproblemet på det viset at bestemmelsen om hjemfall bortfaller – altså at private selskaper får en evigvarende konsesjon som da gir evigvarende eiendomsrett.

Den nasjonale kontrollen over en evigvarende ressurs er så viktig at slike ressurser i andre land tilhører allmennheten i henhold grunnloven. Der, også i EU stater, bruker man særlover for å bestemme, hvordan de nasjonale ressursene kan nyttes – hvordan råderetten er fordelt mellom staten, regioner og kommuner, hvordan konsesjoner for benyttelsen av disse ressursene fordeles og hvilke unntak det finnes for privat eiendom.

Det foreliggende lovutkastet tilsvarer ikke en slik løsning på eierproblemet. Det er i forbindelse med en diskusjon om dette lovutkastet ikke dissens om anvendelsen av EØS avtalens art. 125 – at Norge selv bestemmer landets regler om eiendom. Problemet var og er fortsatt en dissens om regler som bestemmer bruken av eiendom.

En systematisk oppmerksomhet for behovet for offentlig eierskap til vannkraften hadde utelukkert at norske myndigheter ville ha tillatt at private foretak fikk erverve/kjøre vannfall/fallrettigheter – sannsynligvis hadde konsesjonene for å bygge kraftverk i stedet blitt anvendelser av den internasjonalt vanlige modellen som går ut på at konsesjonen defineres som leiekontrakt for en bruksrett.

Hvis jeg skal forklare, hvordan problemet oppstod, vil jeg tenke tilbake i tiden og fastslå at gårdbrukerne siden "Arilds tid" eier vassdrag. Det var altså en håndhevelse av den private eiendomsretten som medførte at kraftselskaper fikk kjøpe vannfall og bruksretten til vannfall. Og det var Stortingets forsiktighet som vi har å takke for at det ble nødvendig å ha en konsesjon for å kjøpe vannfall og at konsesjoner fikk gyldighet for et begrenset tidsrom. At denne tidsbegrensningen ble opphevet for de fleste av landets kraftselskaper, var åpenbart et coup som bare kan forklares i lys av det politiske klimaet i 50 årene.

Men, store deler av landets vannressurser er fortsatt privat eiendom og fortsatt ikke i bruk for kraftproduksjon. Anordningen og lovforslaget har gitt disse private eierne, antakeligvis også et av regjeringspartiene, behov for en presisering. De tre første spørsmålene er: Skal prinsippet om offentlig eierskap på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt nivå gjelde for alle vannkraftressurser, eller kun vannfall? Er det hensiktsmessig å bruke konsesjonsbehovet som kriterium for å avgrense de vannressurser som skal overføres i offentlig eie? Hvordan skal overføringen skje – skrittvis i forbindelse med hjemfall, ved håndhevelse av forkjøpsrett eller ved hjelp av ekspropriasjoner?

13. Unntak for gårdbrukerens ressurser

I den utstrekning det er ønskelig å fremme næringsgrunnlaget i Utkant-Norge ser jeg et argument for å la bønder beholde en praktisk relevant mulighet til å nytte vassdrag på egen grunn. Dette gjelder både for vannfallene og for elveløpene. På grunn av effektivitetsforskjellen mellom vannfall og vannføringen som sådan er det tvilsomt at det er hensiktsmessig å bruke den eksisterende grensen for en fritakelse fra behovet for en vannfallskonsesjon som kriterium for å beskrive de ressursene som skal overføres til offentlig eie. Dessuten mener jeg at også de minste kraftverkene skal være gjenstand for en form for konsesjon, hvis de skal levere strøm inn i det offentlige nettet.

Jeg ville lovfeste at vannretten er en rett som er bundet til gårdsbruket – som derfor ikke kan bli gjenstand for et salg eller annen form for fradeling, men eieren skal kunne leie ut bruksretten for inntil et bestemt antall år (som en lov må fastsette). I viltloven (1981 nr 38) er det en analog bestemmelse om at jaktretten er knyttet til grunneiendommen og at den ikke kan leies ut for et tidsrom som overskrider 10 år. Jeg har i imidlertid først og fremst den landbrukspolitiske situasjonen i det 19 årh. i tankene. For å sikre næringsgrunnlaget på gårdsbruk ble det i 1863 (skogloven) innført et forbud mot salg av bruksretten til skogen. Korollaren er at tillatelsen til å benytte en slik vannressurs ikke kan forbindes med krav om "hjemfall" til staten eller kommunen.

Da grensen mellom to gårder utmark ofte går i en elv, må det selvfølgelig være en mulighet for at naboer i fellesskap bruker en slik ressurs. Analogien mellom et partnerskap og et annet forretningsforetak tilsier at også utenforstående må få delta med kapitalinnskudd. Det er altså behov for å tillate foretaksformer som faller inn under selskapsretten. Derfor mener jeg

at det kun skal være en eiere som har rett til å benytte ressursen uten å gjøre det i henhold til en formell tidsbegrenset leieavtale med eierne. Det betyr igjen at det er behov for lovbestemmelser om slike kontrakter – i hvert fall med hensyn til kontraktens maksimale løpetid.

Poenget med disse lovbestemmelsene er at de skal tilfredsstillende EØS avtalens krav om transparens og likebehandling og at de derved skal gi et grunnlag for kjøp og salg av andeler i et selskap som har investert i slike små kraftverk. Reglene skal heller ikke forhindre at store selskapene investerer i små vannkraftverk. Det vesentlige er at rettighetene ikke selges eller fradeles på annet vis enn som andeler av den lovbestemte leiekontrakten (som for øvrig faller inn under min forståelse for behovet for konsesjonsregler).

14. Håndhevelse av forkjøpsrett

På hvilket vis skal vassdrag som er over den fastsatte kritiske størrelsen overføres til offentlig eierskap? Svaret på dette spørsmålet vil i fremtiden bli viktigere enn hittil.

Hvis en elv er brukbar for kraftproduksjon, vil behovet for elektrisk energi og gode priser for fornybar energi, som vannkraft, i mange tilfeller medføre at eieren vil ønske å ta den i bruk – gjerne i kompaniskap med et norsk eller utenlandsk kraftselskap. Hvis det da ikke foreligger et hensiktsmessig, transparent regelverk som sier, (a) hvilke vassdrag er inkludert i programmet om offentlig eierskap, og dessuten (b) gir en forskrift for prosessen som da skal føre til eierskiftet, kan en slik grunneier og/eller den eventuelle partneren forårsake nye problemer med EFTAs overvåkingsorgan.

Industrikonsesjonslovens §§ 6, 9 og 10 gir staten og fylkeskommunen forkjøpsrett når et vannfall eller bruksretten selges og kjøperen i henhold til lovens § 1 må ha en konsesjon.⁸ I vassdragsreguleringsloven er det ingen tilsvarende forskrifter om forkjøpsrett – kun forskrifter om overdragelse til staten når konsesjonsperioden går ut. Bestemmelsen om overdragelse griper også når grunneieren vil gjennomføre utbyggingen i egen regi.

At den som verken må eller vil kjøpe et vannfall eller annen vannrett må betale for retten til å bygge et kraftverk på egen eiendom ved å fraskrive seg den samme eiendomsretten er en betingelse som i annen sammenheng anses for å være en utillatelig utpressing. At forskriftene referer til et tidspunkt som ligger langt inne i fremtiden, reduserer problemets praktiske betydning for den eieren som søker om konsesjon, men det opphever ikke det prinsipielle problemet.

⁸ I § 10 er det føyd til en bestemmelse om at kommunen har rett til å tre inn, hvis staten og fylkeskommunen ikke benytter seg av deres fortrinnsrett, men denne bestemmelsen referer til en "bruksleiekontrakt" som er noe helt annet "erverv" i henhold til §§ 6, 9 og første setning i § 10.

Min mening er derfor at, hvis det er meningen at alle vannressurser over en kritisk størrelse skal overføres til offentlig eierskap på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt nivå, da er behov for formell ekspropriasjon av disse vassdragene. Om det lar seg gjennomføre, vet jeg ikke. Det vil i alle tilfelle også vedrøre vassdragene nedenfor de installerte kraftverkene. Elvene som flyter til og fra de større sjøene kan bli svært dyre, hvis reglene om ekspropriasjoner skal følges.

At alle vassdrage i stedet fredes kan neppe være en alternativ strategi. Det ville utelukke at de elevene tas i bruk som er mindre verneverdige. Det vil dessuten vanskeliggjøre den ombyggingen av eksisterende anlegg, som nå er politisk ønsket. Og det ville reise spørsmål om de mindre vassdragene kan utelates, uten å komme i konflikt med regelen om likehandeling – det vil si at regjeringen kommer i konflikt med det egne energipolitiske programpunktet, at den vil "i større grad utnytte potensialet som ligger i opprusting av eksisterende vannkraftverk og i bygging av små- mini- og mikrokraftverk."

15. Statsstøtte med konsolideringsmodellen

I høringsnotatet (side 75) informeres det om at OED har vurdert om konsolideringsmodellen tangerer EØS-avtalens regler om statsstøtte. Resultatet er: "Etter departementets syn foreligger det ikke noen elementer av statsstøtte i EØS-rettslig forstand ved reglene om eierskap til vannkraften, verken slik de har vært utformet frem til nå eller slik de vil bli etter gjennomføringen av konsolideringsmodellen." Det argumenteres på følgende vis:

- 1) "For at noe skal være omfattet av forbudet mot offentlig støtte er det blant annet vilkår om at det må gis en selektiv økonomisk fordel av statsmidler. Det legges til grunn at forskjellen i eierregulering av offentlige og private selskaper ikke i seg selv utgjør statsstøtte. Den fordel det måtte være å få tildelt en tidsbestemt konsesjon (uten hjemfall) er et resultat av de rettigheter og plikter som følger av vilkårene i konsesjonen som ligger til grunn for ervervet av eierrettighetene.

Argumentet (1) gjelder hittil – og om fremtiden hevdes det:

- 2) "Konsolideringsmodellen vil eliminere eventuell statsstøtteproblematikken for fremtiden ved at kun offentlige selskaper kan få konsesjoner. Modellen regulerer adgangen til å erverve vannfall, og dette kan ikke ansees som noen tildeling av noen økonomisk fordel gitt av statsmidler til bestemte aktører."

Av (1) følger ikke (2). Problemet blir nå, at ikke bare selskaper i offentlig norsk eie ønsker å bruke den norske ressursen. Hvis disse andre foretakene utelukkes, hvis kun selskaper i norsk offentlig eie skal få nye konsesjoner for å nytte vannkraftressursene, blir det, etter mitt skjønn, gitt en konkurransefordel som er innbefattet i begrepet "statsstøtte." Jeg henviser her til teksten i "Europa-Glossary":

State aid***The glossary is being updated given the recent signing of the Treaty of Lisbon.***

State aid means action by a (national, regional or local) public authority, using public resources, to favour certain undertakings or the production of certain goods. A business that benefits from such aid thus enjoys an advantage over its competitors. Control of state aids thus reflects the need to maintain free and fair competition within the European Union.

Aid which is granted selectively by Member States or through state resources and which may affect trade between Member States or distort competition is therefore prohibited (Article 87 of the Treaty establishing the European Community). State aid may nonetheless be permitted if justified by objectives of general interest: aid to promote the development of disadvantaged areas or for services of general economic interest, small and medium-sized enterprises, research and development, environmental protection, training, employment and culture.

The European Commission has the task of keeping under review state aid granted by the Member States, whether planned or already operational, in order to ensure that it does not distort competition.

The Commission and the Court of Justice have placed a very broad interpretation on the concept of "aid" as regards the body granting it (the state itself, a regional or local authority, a body over which the state exercises a dominant influence, directly or indirectly, a private company or a publicly owned company operating under private law, etc.), its form (direct or indirect aid, such as relief of a firm's financial burdens) and its purpose.

EØS-avtalens Art. 61 har en mer kortfattet tekst med det samme innholdet. Der omtales "støtte gitt av statsmidler i enhver form"

Problemet som OED åpenbart ikke har villet ta hensyn til, er at strømforsyningen for tiden ikke er organisert som en offentlig tjeneste (som utføres av forsyningsselskaper med regionalt monopåol og ansvar). Kraftselskapene i norsk offentlig eie er kommersielle foretak som konkurrerer med foretak fra inn- og utland om leveringer til konsumenter i inn- og utland. De vil få en beskyttet konkurranseposisjon på markedet for strøm fra fornybare energikilder, hvis andre selskaper ikke skal få bruke den samme energikilden. Konsolideringsmodellen eliminerer altså ikke forskjellbehandlingen, som EØS-avtalen ikke tillater; den gir forskjellbehandlingen det største av alle mulige formater.

16. Overføring fra selskapers eie til offentlig eie.

Jeg tar her utgangspunkt i kunngjøringen om at landets vannkraftressurser "skal tilhøre allmennheten og forvaltes til det felles beste. Dette skal sikres ved en eierstruktur basert på prinsippet om offentlig eierskap på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt nivå". Når dette gjennomføres må det tas hensyn til EØS bestemmelsen om likebehandling – reglene må gjelde for alle private eiere.

Hvem skal i den forbindelsen regnes for å være en "privat" eier? Spørsmålet må besvares på grunnlag av den rettslige statusen til den som har eiendomsretten eller bruksretten til ressursen. Derfor mener jeg å kunne påstå, at alle foretakene som er organisert som kapitalselskaper og konkurrerer som kraftleverandører, må likebehandles på det grunnlaget

at de regnes for å være private. Med andre ord: Et aksjeselskap i offentlig eie er verken en "offentlig" bruker eller en offentlig eier av en eiendoms- eller bruksrett – især ikke på grunnlag av statutter som tillater at private aksjonærer kan holde en varierende del av aksjene.⁹ Det er eieren som er stat, fylkeskommune eller kommune. Følgelig er det etter mitt skjønn utelukket – og en vesentlig brist i regjeringens håndtering av hjemfallsaken - at slike foretak får beholde rettighetene i vassdrag som egen eiendom, hvis andre private eiere må gi tilsvarende rettigheter ifra seg.

En enkel, politisk fordelaktige løsning er å gå frem på følgende vis:

1. De vedrørte foretakene deles først i to selskaper
2. Det ene selskapet, rettighetsselskapet som skal være 100 % i offentlig eie, overtar kun eiendomsretten til vannfall og gir bruksretten i forbindelse med en leiekontrakt for et bestemt antall år til det andre selskapet, produksjonsselskapet, som beholder alle (andre) rettigheter, ansvar, kontrakter, anlegg, hus m.m. Leiekontrakten for vannfallet vil, i likhet med mange leiekontrakter for boliger, også inneholde bestemmelser om det som skjer, når kontrakttiden utløper - erstatninger for investeringer o.s.v.
3. Den offentlige eieren trer deretter inn i leiekontrakten ved å løse opp rettighetsselskapet.

Resultatet er en løsning for dilemmaet med hensyn til håndteringen av hjemfalldommen. Selskapene det gjelder får en avtale som tilsvarer gjengse forestillinger om konsesjonsavtaler og som kan oppheve forskjellen til foretak i privat eie.

I første omgang, så lenge den nye avtalen er gyldig, er det for produksjonsselskapene i offentlig eierskap ikke viktig, om de formelt eier eller leier fallrettighetene som de bruker. For den offentlige eieren er omvandlingen derimot en fordel. Ved å sikre allmennhetens eierskap til vannkraften i vassdrag, opphever den grunnlaget for bestemmelsen om 2/3 offentlig eierskap og den unngår at bestemmelsene om "offentlig eierskap" gir en åpning for enda en anklage om forskjellsbehandling. Dermed får offentlige eierne den samme handlefrihet og de samme markedsbetingelser som eierne i private selskaper.

I annen omgang, når leieavtalene utgår, får produksjonsselskapene valget mellom A) å motta erstatning for anleggene og B) å gi et bedre bud for konsesjonen enn eventuelle konkurrenter. Forandringen vil ikke nødvendigvis være til selskapenes ugunst: (1) det er bruksretten som er forutsetningen for kraftproduksjonen; (2) kombinasjonen av eiendomsrett og offentlige eiere medfører i dag restriksjoner som et slikt produksjonsselskap ikke bør ha; (3) leieavtalen kan gi fornuftige betingelsene for en

⁹ Den fastsatte grensen for private deltakelser, 1/3, er viktig med hensyn til vedtektsendringer, men overhode ikke en andel som er nødvendig for å utøve en betraktelig innflytelse på et aksjeselskap..

eventuell erstatning for investeringer; og (4) leiekontrakten kan ha en bestemmelse som motvirker eieren(e)s tendens til å stille varierende krav om bidrag til finansieringer.

Som løsning på det foreliggende hjemfallsproblemet anser jeg den skisserte fremgangsmåten for å være enklere og mindre problematisk for de offentlige eierne enn den fremgangsmåten som Hjemfallsutvalgets flertal har anbefalt; det unngås for eksempel å overføre store verdier til private selskaper som i dag har konsesjon med 60 år konsesjonsperiode. Som grunnlag for å revidere hele regelverket for kraftverkskonsesjoner gir den skisserte fremgangsmåten dessuten i et mer bærekraftig grunnlag enn det lovforslaget som nå er lagt ut til høring. Jeg mener at det også er en bedre løsning enn modellene som Hjemfallutvalget utdypet uenigheter om.

17. Modell for et nytt konsesjonsregime

I en rapport datert 16. februar 2006 om fremskritt og problemer med hensyn til å innføre EØS avtalens regler om energiforsyningen i nasjonal praksis skrev EFTAs overvåkingsorgan at det er tre vesentlige problemer i Norge:

1. Hjemfallsaken
2. Industrikraftforsyningen
3. "Entry barriers in generation, amongst others, caused by government regulations". (EFTA Surveillance Authority, Energy Sector Inquiry, Preliminary Report 16. February 2006, p. 10)

Om det sistnevnte problemet vil jeg heller si at det skyldes en mangel på transparente og enhetlige reguleringer.

På grunnlag av de problemer og oppfatninger jeg har beskrevet i dette notatet, mener jeg at det vil være både politisk og rettslig hensiktsmessig å innføre et nytt konsesjonsregime som har det følgende mønsteret:

- i. Et kraftverk som mater produksjonen inn i det offentlige nettet skal ha to konsesjoner:
 - A. En tillatelse ifra staten til å bygge og drive kraftverket
 - B. En tillatelse til å ha en tilsvarende leiekontrakt med ressursens eier
- ii. Begge konsesjonene gis for det samme begrensede tidsrommet som er inntil 30 år
- iii. Begge konsesjonene gis i henhold til transparente, ikke-diskriminerende forskrifter som er i samsvar med strømdirektivets bestemmelser.
- iv. Forskriftene setter også rammer for konsesjonsavgiftene som
 - A. Tilfaller staten for å få og bruke konsesjonen for kraftverket
 - B. Tilfaller ressursens eier,

Ressursens eier har altså krav på en årlig leieavgift for bruksretten. Forskriften om leieavtalen er selvfølgelig irrelevant når eieren selv bygger og driver kraftverket.

- v. Dette gjelder for alle kraftverktyper.
- vi. Når kraftverket bruker vannkraft er det enstydig hvilken ressurs som brukes og hvem som er eieren. For kraftverk som for eksempel fyres med gass, for kraftverks som drives med vindkraft, for bølgekraftverk o.s.v. er det behov for en definisjon av den ressursen som skal gi grunnlaget for kravet om den leieavgiften som tilfaller ressursens eier. Den vanlige løsningen, som også tilbyr seg i Norge, er å si at leieavgiften i dette tilfellet tilfaller kommunen fordi kommunale rettigheter brukes – kraftverkprosjektet er avhengig av kommunens samtykke. En tilsvarende tolking av kommunens rettigheter er nå grunnlaget for at kommuner i Vest-Norge ønsker å få en konsesjonsavgift for fiskeoppdrettsanlegg langs kommunens kyststrekning. For tilhørende gassledninger, høyspenningsledninger og fjernvarmerør kan også kommunens veirettigheter begrunne en kommunal konsesjonsavgift (eksplisitt i for eksempel den tyske energiloven).
- vii. Forskriftene for konsesjonsavtalen med ressurseieren skal bestemme det som skjer når konsesjonen utløper; den skal gi nødvendige føringer for prosedyren og for den erstatningen for anlegg som konsesjonæren eventuelt må overlate til den som i fremtiden vil disponere denne ressursen. Det finnes mange varianter av slike avtaler. Den enkleste betegnes som en BOT (Build-Operate-Transfer), hvis det er avtalens første skritt at kraftverket bygges, og som en ROT (Repair-Operate-Transfer), hvis konsesjonæren skal overta et eksisterende anlegg.
- viii. For kraftverk som er baser på forbrenning av gass eller et annet materiale – og derfor har en meget mer begrenset levetid enn vannkraftverk – bør konsesjonsavtalen ha bestemmelser om at konsesjonæren skal nedbygge og fjerne anlegget når konsesjoner utløper uten at en ny konsesjon gis for dette anlegget.
- ix. Når økologiske hensyn betinger at bestemte former for strømproduksjon skal fremmes med en form for offentlig støtte, er det viktig å ta konsesjonens tidshorisont i betrakt. Et forsøk på å se 10, 20 eller 30 år frem i tiden ender med den innsikten at vi vet ganske lite om det fremtidige behovet eller grunnlaget for en støtteordning som vedtas i dag. I kombinasjon med prinsippet om at konsesjonsregimet angår alle kraftverk, taler denne usikkerheten mot en støtte i form av privilegier med hensyn til konsesjonen og for en støtteordning som har innflytelse på de forventete salgsinntektene.

Jeg mener at hvis Stortinget nøyer seg med å revidere industrikonsesjonsloven og vassdragskonsesjonsloven slik som OED nå har foreslått i høringsnotatet, vil det følge flere klager og dommer i Norges disfavør. Det er behov for investeringen i kraftverk og nettet. En grundig modernisering av det norske lovverket – inklusive energiloven - vil bidra til en raskere realisering. Både kraftindustrien og energipolitikken vil derfor være tjent med konsistente, transparente rammevilkår i samsvar med EUs direktiver.

18. Overgang til nye konsesjonsbestemmelser

Ovenfor EFTAs overvåkingsorgan ville jeg argumentere med det anerkjente prinsippet om rettssikkerhet med hensyn til lovbestemmelser. Nye lover skal ikke være tilbakevirkende – ex post facto er utelukket. Dette prinsippet betinger at EØS avtalen og – tilsvarende – nye lover ikke forandrer de konsesjonsavtalene som ble inngått på et tidligere tidspunkt. Kontrakter med hjemfallbestemmelse fører altså fortsatt til et hjemfall. Problemet som foreligger er dermed begrenset til å innføre regler som kommer til anvendelse når nye konsesjoner gis. I Hjemfallutvalgets utredning betegnes dette som Transaksjonsmodellen.

Men, hva er en ny konsesjon? Det enkleste og etter mitt skjønn eneste riktige svaret er at det er en konsesjon som gis i henhold til et lovbestemt krav om en konsesjonssøknad, inklusive bestemmelsen om når en tidligere tildelt konsesjon blir ugyldig. Men, det er et problem å bruke denne definisjonen i forbindelse med strømdirektivets artikler 6 og 7:

1. Artikkel 7 kommer til anvendelse når et foretak ønsker å bygge et nytt kraftverk.
2. Artikkel 6 kommer til anvendelse når den ansvarlige myndigheten utlyser en bestemt konsesjon - fordi den ønsker at et bestemt kraftverk blir bygget eller fordi den vil at et eksisterende anlegg skal brukes videre etter at den gyldige konsesjonen for dette anlegget utløper.
3. Søknaden om konsesjon for en ombygging eller utvidelse av et bestående anlegg kan strategisk brukes slik at kravet om utlysning av en utgående konsesjon omgås. Det synes å være særs relevant når konsesjonen til vannkraftverk går ut. Hvordan skal slike tilfeller håndteres?

Dett er altså ikke praktisk uviktig, å spørre etter regelen som skal gi et svar på spørsmålet om hva som skal anses for å være en ny konsesjon som skal gis i henhold til Strømdirektivets regler. Etter mitt skjønn skal artikkel 7 i det minste anvendes når et hjemfall vil gi staten eiendomsretten til et regulert vannfall (inklusive kraftstasjon) og staten ikke vil bruke dette anlegget i egen regi. Men jeg ser likeledes behovet for å etablere et konsesjonsregime som ikke vanskeliggjør reinvesteringer, særs kapitalkrevende moderniseringer av eksisterende anlegg.

Tillegg om industrikraft

Det er en del av "Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005 – 09" (Soria-Moria erklæringen 13. oktober 2005) at regjeringen vil "utrede og etablere et eget industrikraftmarked. Et slikt marked skal gjennom objektive kriterier sikre lik konkurranse om den kraft som legges ut i markedet gjennom auksjon."

Utredningen har øyensynlig stoppet realiseringen av dette programpunktet. Konseptet, at kraften skal kjøpes gjennom auksjoner på et konkurransemarked, har både økonomiske og rettslige mangler.

Det rettslige problemet er at, hvis etableringen av et eget industrikraftmarked skal gi industrien en prisfordel, må kraftprodusenter forpliktes til å selge kraft for en lavere pris enn de ellers vil få. Bestemmelsen som sikrer en slik prisforskjell til fordel for noen industribedrifter ville være en form for statsstøtte som EØS avtalen forbyr. At kraftprodusenter får pålegg om å levere kraft til en pris som ligger under markedsprisen ville likeledes være i strid med EØS retten. Og, hvis det hadde eksistert et slikt spesialmarked for store industrileveranser, da ville det være i strid med avtalens bestemmelser om fri varehandel å utelukke kjøpere fra andre deler av EØS. Dermed ville markedet opphøre å støtte norsk industri.

Det økonomiske problemet er at industrien, hvis den er særdeles kraftkrevende, behøver en langsiktig prissikkerhet som den ikke får når kraften må kjøpes på markedsauksjoner og prissikkerheten skal innføres ved hjelp av markedet for finansielle kontrakter. Alternativet, at industribedrifter og kraftprodusenter – som tidligere - inngår langsiktige bilateral avtaler, vil gi den nødvendige prissikkerheten og begge parter fordeler som de ser når de inngår kontrakten. Problemet er at de slutter kontrakten på grunnlag av forventningen om fremtiden. Kontrakten er altså en spekulasjon med hensyn til utviklinger i den lange kontraktperioden; hvis kontrakten har en fast pris, og at prissikkerheten går tapt i den utstrekning kontrakten gir anledning til en prisjustering. Problemet er vel kjent ifra boliglån. Det kan ikke løses en gang for alle. Allikevel har EU kommisjonen på sitt arbeidsprogram at den vil fremme et forslag til et direktiv som skal forbedre kjøpernes situasjon i forhold til leverandørene (Det er en reaksjon på markedsstrukturproblemer som ikke nødvendigvis foreligger i Norge).

Selv ville jeg – som representant for regjeringspartiene eller kraftkrevende industri – undersøke om en industribedrift kan få vesentlige fordeler ved å ha et eget kraftverk som, i henhold til konsesjonen, kun har lov til å produsere for en bedriftens eget behov. Da et slikt kraftverk vil være en del av bedriftens interne produksjonsanlegg, bør det være mulig å frita

denne kraftproduksjonen fra konsesjonsavgiften til staten (og også fra kommunale avgifter, hvis kommunen tilbyr det) uten å komme i strid med EØS avtalens forbud mot statsstøte.

Det er mer enn ett argument som taler for at det er mulig å fritta bedrifter fra konsesjonsavgifter på kraft som produseres og brukes i bedriftens egen produksjonsprosess:

1. Tilbudet kan formuleres som en ikke-diskriminerende regel. Når enhver bedrift i Norge i prinsippet har muligheten til å dekke eget kraftbehov, vil det ikke foreligge en statstøtte som strider imot EØS avtalens bestemmelser.
2. Elektrisk energi er et av de mange produktene som brukes i produksjonsprosesser og som kan produseres internt i bedriften. Valget avgjøres på grunnlag av økonomiske overveielser. Som regel er det ikke forbundet med at en spesiell avgift må betales eller bortfaller. Valget mellom å kjøpe kraften eller å være – til dels – selvforsynt kan gis på like vis, altså uten at kraften må anses for å være et råstoff som den industrielle forbrukeren må betale en særavgift for.
3. Strøm er en energivare. Forbruket beskattes i henhold til den nasjonale energiskatteloven og særlover. De tyske energivareprodusentene fikk et fritak for den delen av produksjonen som de selv forbruker (Energiesteuergesetz, §§ 26 – 29).
4. I Tyskland betaler energiprodusentene en særskatt – strømskatten – for den kraften de leverer. Skatten håndheves som en salgs omsetningsavgift. Selgeren krever altså en refusjon av kjøperen. Industribedrifter kan søke om en fritakelse eller en redusert skattesats. De fritas, hvis deres produksjon er forbundet med et forholdsvis stort strømforbruk (Stromsteuergesetz § 9a og 10).
5. Elektrisk strøm som hovedsakelig brukes for en kjemisk reduksjon, for elektrolyse eller i metallindustrienes prosesser og elektrisk strøm som utgjør mer enn 50 % av ferdigproduktets verdi er ikke gjenstand for EUs regler om skatt på energivarer og elektrisk strøm. (Direktiv 2003/96/EC, artikkel 2). Dette direktivet, som i EUR-Lex listen har tilføyelsen at det er relevant i EØS sammenheng, tillater dessuten at det gis fritak for vannkraft (artikkel 15). Kombinasjonen av begge grunnlagene for en fritakelse er særdeles aktuell i den foreliggende saken
6. Tilleggsargumentet, som kan brukes ovenfor Finansdepartementet, er at det er verdiskapingen i bedriften som er gjenstand for den viktigste beskatningen og at strømavgifter er en fradragsberettiget utgiftspost; skatteskylden øker når bedriften tjener på å øke graden av vertikal integrasjon.

Modellens vesentlige element, at bedriften ikke selger kraft på markedet, forhindrer ikke at kraftverket kan ligge langt i fra bedriftens øvrige produksjonsanlegg. Strømdirektivet gir bedriften valget mellom å bygge en egen direkte kraftlinje (artikkel 22) og å forlange tredjepartstilgang til det offentlige nettet (artikkel 20).