

Olje- og energidepartementet
Pb. 8148 Dep.
0033 OSLO

OLJE- OG ENERGIDEPARTEMENTET	
OS 100225 - 68	
DATO - 2 MAI 2008	
AN	EKSP.

(Referanse må oppgis)
Vår referanse: 08/00714-6
Arkivkode: S04 &00
Saksbehandler: Cici Landgraff
Deres referanse:
Dato: 30.4.2008

Høring - forslag til endringer i industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven

Hovedstyret i KS har behandlet høringsnotatet av 14. mars 2008 og har nedenstående kommentarer.

KS vil fremme innspill til OEDs arbeid med nye og forbedrede regler for utleie av vannkraftproduksjon innen utgangen av mai 2008.

1 INNLEDNING

KS viser til Olje- og energidepartementets høringsnotat om forslag til endringer i industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven. Det er bred enighet om at landets vannkraftressurser skal tilhøre allmennheten og forvaltes på en måte som ivaretar fellesskapets interesser. Departementets lovforslag innebærer at det offentlige eierskap på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt nivå styrkes. Alt i alt er KS meget tilfreds med departementets konsolideringsmodell. Etter KS' oppfatning balanserer denne løsningen hensynet til et sterkt offentlig eierskap, Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og verts- og eierkommunenes legitime interesser på en hensiktsmessig måte. Det er likevel noen forhold i lovforslaget og avledete endringer som bør klargjøres og/eller endres.

2 NY FORMÅLSBESTEMMELSE - INDUSTRIKONSESJONSLOVEN § 1 FØRSTE LEDD

2.1 GENERELT

KS mener at det er positivt at formålet om offentlig eierskap i form av statlig, fylkeskommunalt og kommunalt eierskap nå klart uttales i loven. En slik bestemmelse gjør det klart hvilke hensyn som kan vektlegges ved tolkningstilfeller om forståelsen av de konkrete lovreglene i industrikonsesjonsloven.

2.2 MÅL OM STERKT LOKALT OG REGIONALT OFFENTLIG EIERSKAP

Når det gjelder fremtidig eierstruktur i bransjen vises det til at Statkraft anses som en dominerende aktør av konkurransemyndighetene og at ytterligere oppkjøp i regi av dette selskapet vil true en virksom konkurranse i kraftmarkedet og således en optimal ressursutnyttelse.

Videre vises det til at lokalt og regionalt eide kraftselskaper er svært viktige aktører i næringsutviklingen i sine geografiske områder. Disse selskapene er i alminnelighet godt drevet og satser og investerer i tillegg til videreutvikling av energiproduksjon på annen næringsutvikling i sitt nærmiljø.

Det er derfor viktig at det i tiden fremover legges til rette for aktivt, hensiktsmessig organisert og spredt *kommunalt* eierskap.

Følgelig må det i forlengelse av formålsparagrafen legges til rette for;

- (i) at kommunalt eide selskaper kan kjøpe og overta privat eide fallrettigheter når disse nærmer seg hjemfall eller disse besluttes solgt; og
- (ii) bytting, omorganiseringer/restruktureringer og oppløsning av krysseierskap innenfor kraftbransjen for å sikre en hensiktsmessig organisering med sterkt lokalt og regionalt eierskap - uten at dette utløser gevinstbeskatning, dokumentavgifter og konsesjonsbehandlinger.

3 OFFENTLIG EIERSKAP – DEFINISJON OG SKJØNN

3.1 OEDs FORSLAG

I departementets forslag holdes det fast ved at kravet om offentlig eierskap er tilfredsstilt der offentlige aktører eier 2/3 eller mer av det aktuelle selskapet, dvs. det samme krav som følger av aksjelovgivningen for vedtak om vedtektsendringer, fusjon mv.

Begrunnelsen er at ved en slik terskel har man full kontroll over selskapet og således faktisk kontroll over vannkraftressursene.

Departementet hevder at kontrollkriteriet har svakheter i to relasjoner;

- (i) kommunale eiere binder seg gjennom aksjonæravtaler eller vedtekter som sikrer private minoritetseiere større innflytelse enn det som ellers ville fulgt av selskapslovgivningen; og
- (ii) det reelle eierskapet blir utvannet dersom det offentlige i en konsernstruktur kun eier 2/3 av 2/3, mens resten eies av private, da det rent matematisk gir en indirekte offentlig eierprosent kapitalmessig på 4/9.

Følgelig foreslår departementet innstramminger som består i at det ikke er nok å være 2/3 eid av offentlige aktører. I tillegg kreves det at;

- (i) organiseringen av selskapet er forenlig med kravet til offentlig eierskap; og

(ii) at bakenforliggende eierskap også må være med på å sikre et reelt offentlig eierskap.

Kravene gjelder både på det tidspunktet det søkes om konsesjon og i tiden etter dersom det skjer endringer som påvirker organiseringen eller eierskapet, se utkast til ny industrikonsesjonslov §§ 2 første ledd og 3.

3.2 KS' KOMMENTARER

3.2.1 Generelt

KS støtter denne klargjøringen av kravet om offentlig eierskap. Presiseringen er nødvendig fordi uten et reelt offentlig eierskap kan spørsmålet om ulovlig diskriminering mellom offentlige og private aktører etter EØS-avtalen dukke opp igjen.

3.2.2 Forutberegnelighet

De foreslåtte regler gir imidlertid anvisning på et skjønn som kan gi opphav til tolkningstvil for de som skal forholde seg til regelverket.

Hensynet til forutberegnelighet tilsier at det i forarbeidene gjøres nærmere rede for hva man mener er uforenlige aksjonæravtalebestemmelser og vedtekter. Departementet bør blant annet klargjøre lovligheten av forhold som er vanlig å regulere i aksjonæravtaler og/eller vedtekter og som berører private medeiere. Vi nevner som eksempler bestemmelser om fordeling av styreplasser, avtaler om kraftuttak, krav om enstemmighet ved større investeringer og utbytte policy.

KS foreslår at det åpnes for adgang til å kunne innhente forhåndsuttalelser fra energimyndighetene til endringer som man er usikker på om vil bli ansett for å være i overensstemmelse eller i strid med kravet til offentlig eierskap slik man kan gjøre i tilknytning til skattespørsmål.

Det er en kjensgjerning at jo strammere adgangen er til å inngå aksjonæravtaler/vedtekter som tilgodeser private minoritetsaksjonærer, desto mer skeptisk vil private aksjonærer/deltagere være. Dette vil igjen kunne påvirke muligheten for å selge og prisen på aksjene/andelene som vurderes solgt. Følgelig bør man heller ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å sikre reell offentlig kontroll.

3.2.3 Særlige forhold

I enkelte sammenhenger er det rimelig med tilpasninger når det gjelder forholdet mellom offentlig og privat eiendom. I forbindelse med utbygging av råfall kan det være aktuelt å ta med private medeiere med inntil 1/3 eierskap der private enten eier hele eller deler av fallrettighetene og/eller skyter inn risikovillig kapital.

I slike tilfelle vil det kunne være nødvendig, for å få til en avtale med fallrettseier og/eller medinvestor, at man i aksjonæravtaler og/eller vedtekter tar inn bestemmelser som skaper forutberegnelighet for fallrettseieren/medinvestoren for eksempel i form av bestemmelser om godkjenning av budsjetter, håndtering av budsjettoverskridelser og utbytte. KS ber om at det i forarbeidene spesifiseres at denne typen bestemmelser ikke er til hinder for at selskapet tilfredsstillt kravene til offentlig eierskap.

4 UNNTAK FRA KONSESJONSPLIKT – REFUSJON AV AVGIFTER

4.1 VIDEREFØRING AV UNNTAKSBESTEMMELSEN I INDUSTRIKONSESJONSLOVEN § 1 FJERDE LEDD

KS støtter videreføringen av adgangen til å gi unntak fra konsesjonsplikt, slik at det legges til rette for hensiktsmessige byttehandler, omorganiseringer/restruktureringer og oppløsning av krysseierskap innen kraftbransjen.

Unntak fra konsesjonsplikt medfører at det ikke vil være anledning til å gi nye vilkår som ellers ville blitt stilt ved en full konsesjonsbehandling. Revisjoner av eksisterende konsesjoner og konsesjonsvilkår basert på transaksjoner, ville uansett medført en revisjonspraksis basert på tilfeldige intervaller.

Adgangen til å revidere allerede gitte konsesjoner er nedfelt i industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven. KS anser det som hensiktsmessig at NVE pålegges å gjennomføre revisjoner slik dagens lovgivning åpner for.

4.2 REFUSJON AV DOKUMENTAVGIFT

KS oppfordrer departementet til å vurdere å gjeninnføre adgangen til å refundere dokumentavgift i forbindelse med overskjøtinger av fallrettigheter.

KS er kjent med at refusjon av dokumentavgift har skapt utfordringer i forhold til statsstøttereguleringen i forbindelse med omorganiseringer av statlige selskaper. Departementet anmodes om å se nærmere på om gjeninnføring av avgiftsrefusjon reelt sett kan betraktes som statsstøtte.

5 OPPHEVELSE AV VILKÅR OM HJEMFALL

5.1 GENERELT

I motsetning til hva som fulgte av den provisoriske anordningen av 10. august 2007, er det i lovforslaget åpnet for at kommunalt eide selskaper kan kjøpe privat eide fallrettigheter underlagt vilkår om hjemfall for så å søke om og få opphevet slike vilkår. Dette er KS tilfreds med. Ordningen er reelt en videreføring av gjeldende praksis fram til vedtagelsen av den provisoriske anordningen.

Alternativet er at hjemfall gjennomføres og fallrettighetene tilfaller Staten som allerede eier Statkraft. Dette vil føre til en ytterligere konsentrasjon av kraftproduksjonen på Statens hender. De nordiske konkurransemyndighetene har sist i en rapport avgitt i september 2007, ”Capacity for Competition”, rapport no. 1/2007, uttrykt bekymring for slik markedskonsentrasjon og krysseierskap.

Den aktuelle gjeninnføringen av adgangen for offentlige erververe til å få opphevet eksisterende vilkår om hjemfall, vil være en viktig bestemmelse for tilretteleggelsen for spredt kommunalt eierskap og virksom konkurranse i kraftmarkedet slik vi har påpekt nødvendigheten av i tilknytning til foreslåtte formålsbestemmelse.

Oppgjør vil kunne skje ved at selger tilbys medeierskap på inntil 1/3 i et produksjonsselskap, kontanter alene eller kontanter i kombinasjon med langsiktige kraftkontrakter. Mange lokale og regionale kraftselskaper vil være meget interessert i å ta over de aktuelle fallrettigheter og det vil ventelig være konkurranse mellom slike selskaper.

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.

5.2 RELEVANT FAKTISK OG JURIDISK BEGRUNNELSE FOR FORSLAGET

5.2.1 Generelt

Enkelte i de økonomiske fagmiljøene har hevdet at dette er en "gavepakke" fra Staten til Hydro og Elkem ettersom deres anlegg ellers ville hjemfalt vederlagsfritt til Staten.

Dette gir et fortegnert bilde av konsekvensene av forslaget. Det skyldes dels faktiske forhold og dels juridiske forhold. De aktuelle forhold er som følger;

(a) Faktiske forhold

Forslaget er en videreføring av praksis før den provisoriske anordningen ble vedtatt den 10. august 2007. Adgangen til å selge til offentlig eid aktør, som så får hjemfallsvilkåret opphevet, har således vært tilgjengelig for alle private eiere som har eid fallrettigheter underkastet hjemfallsvilkår fram til det midlertidige oppholdet som fulgte av den provisoriske anordningen. Selskapene det gjelder vil kunne hevde å ha en berettiget forventning til at ordningen blir videreført.

(b) Juridiske forhold

- (i) Hydro og Elkem hevder at eksisterende vilkår om hjemfall ikke lenger kunne håndheves etter 1994 som følge av ikrafttreddelsen av EØS-avtalen. KS deler ikke denne forståelsen av konsekvensen av ikrafttreddelsen av EØS-avtalen, men det kan heller ikke med sikkerhet utelukkes at Hydro og Elkem har rett.
- (ii) Dersom Hydro og Elkem skulle ha rett, vil en håndhevelse av eksisterende hjemfallsvilkår etter en lovendring kunne sies å være en gjeninnføring av bortfalte hjemfallsvilkår i forbindelse med å nå målet om offentlig eierskap.
- (iii) En gjennomføring av målet om offentlig eierskap skal iht. til EØS-retten søkes nådd gjennom en ikke-diskriminerende fremgangsmåte som samtidig tar rimelig hensyn til de private aktørers interesser (*proporsjonalitetsprinsippet*). Hydro og Elkem vil kunne hevde at en gjeninnføring ikke er avgjørende for å nå målet om offentlig eierskap og at det i forhold til dem er urimelig.
- (iv) En gjeninnføring kan også hevdes å være en ekspropriasjon som utløser rett til erstatning etter Grunnloven § 105.
- (v) Muligheten til å selge til offentlig eid aktør som vil få vilkåret om hjemfall opphevet, før hjemfall inntreffer, vil utløse en betaling for fallrettighetene som gjenspeiler deres markedspris. Følgelig vil Hydro og Elkem ha et alternativ som gir full kompensasjon som gjør at (i) en gjeninnføring ikke vil kun regnes som urimelig og (ii) tilfredsstillende Grunnloven § 105.

5.2.2 Særlig om statsstøtte

I tillegg har enkelte stilt spørsmål om en opphevelse av vilkår om hjemfall kan være ulovlig statsstøtte til Hydro og Elkem da de som følge av opphevelsen av vilkårene vil få en helt annen pris for fallrettighetene enn uten opphevelse av vilkårene. KS mener at det er klart at dette heller ikke kan innebære statsstøtte.

Det er flere vilkår som alle må være oppfylt før det foreligger statsstøtte som er forbudt etter EØS-avtalens art 61 (1). Vi vil her begrense oss til å trekke fram det grunnleggende vilkåret om at det må være utdeling av offentlige midler. I høringsnotatet legges det opp til en videreføring av en etablert praksis som har vært åpen for alle private eiere av vannfall underkastet vilkår om hjemfall og de kommunalt eide bedrifter som kjøper fallrettighetene. Det sentrale er at de betaler markedspris for fallrettighetene. Det er således ikke mulig å påvise noen utdeling av offentlige midler.

Dersom det er riktig at eksisterende vilkår ikke lenger kan håndheves etter ikrafttredelsen av EØS-avtalen, vil betaling til Hydro og Elkem som gjenspeiler at kjøper får opphevet vilkår om hjemfall, kun være en rettmessig kompensasjon. Dette kan ikke være statsstøtte i strid med EØS-avtalen.

KS er enig med departementet i at konsolideringsmodellen vil fjerne tvil om hjemfallsordningens forhold til statsstøtteregelverket for framtiden i og med at det kun er offentlige virksomheter som kan få konsesjon. Lovutkastet regulerer adgangen til å erverve vannfall. Dette kan ikke anses som statsstøtte som er uforenlig med EØS-avtalen

5.3 VERTSKOMMUNENE

Adgangen til å selge til offentlig eide aktører som så får opphevet vilkår om hjemfall, medfører at vertskommuner ikke vil få en andel i fallrettighetenes verdier slik de ellers ville fått ved regulært hjemfall, se industrikonsesjonsloven § 41 femte ledd.

I utkastet til ny industrikonsesjonsloven 2 tredje ledd post 22 legges det opp til at det i forbindelse med et slikt salg, kan stilles nye konsesjonsvilkår om blant annet konsesjonskraft, konsesjonsavgifter og næringsfond. Slike fordeler vil ikke fullt ut kompensere for det som ellers ville tilfalt vertskommunen i forbindelse med et hjemfall.

På denne bakgrunn anmoder KS om at departementet vurderer om vertskommunene bør få en rimelig andel i de aktuelle anlegg eller deres verdi i forbindelse med en opphevelse av vilkår om hjemfall, se industrikonsesjonsloven § 41 femte ledd.

6 FORBUD MOT STIFTELSE AV BEGRENSEDE RETTIGHETER

6.1 FORSLAG

I høringsnotatet punkt 5.5.4 foreslås det å oppheve adgangen til å gi konsesjon for bruksrett og langsiktig disposisjonsrett over fallrettigheter.

6.2 BRUKSRETT

Slik KS ser det vil en eventuell adgang til utleie langt på vei være en form for bruksrett. Ettersom det åpnes for utleie, vil opphevelsen av adgangen til å gi konsesjon for nye avtaler om bruksrett til fallrettigheter ha mindre betydning. KS viser derfor her til de kommentarer KS vil komme med i tilknytning til utleie, se punkt 8.

6.3 LANGSIKTIGE DISPOSISJONSRETTER

6.3.1 Eksisterende avtaler

Forslaget om opphevelse av adgangen til å stifte og overdra langsiktige disposisjonsretter er problematisk for kommuner og kommunalt eide kraftselskaper.

En rekke kommuner har gjennom årene inngått ulike typer utbyggingsavtaler. I sin enkleste og vanligste form er dette avtaler om å bygge ut og eie noe i fellesskap.

De mer kompliserte avtaler etablerer en form for finansielt medeierskap i kraftverk og kraftutbygginger. De etablerer ingen direkte medeierrett i fallrettighetene, men gir for eksempel en evigvarende rett til en bestemt andel av produksjonen mot å dekke en tilsvarende andel av påløpte kostnader. Det er vanlig å omtale slike ordninger som "avtalekraft". Denne typen avtaler ble gjennom innføringen av konsesjonsplikt for langsiktige disposisjonsretter ved lov av 25. juni 1999 nr 52 gjort konsesjonspliktige.

KS har ingen oversikt over omfanget og ettersom de ikke tidligere var omfattet av noen konsesjonsplikt, finnes de heller ikke registrert i noen sentrale, offentlige registre. Omfanget antas å være ikke ubetydelig.

Tilsvarende er KS kjent med at det eksisterer kraftleveringsavtaler av denne typen tilknyttet konkrete kraftverk med private som rettighetshavere. Heller ikke her kjenner vi til noen oversikt.

Slik industrikonsesjonsloven § 1 om konsesjonspliktens omfang foreslås formulert sammenholdt med det forhold at det ikke lenger skal kunne gis konsesjon ved overdragelse av eksisterende avtaler om langsiktige disposisjonsretter, antas det at eksisterende avtaler om avtalekraft ikke lenger vil kunne overdras mellom offentlig eide aktører. Det kan neppe være hensikten med lovforslaget.

KS foreslår derfor at det åpnes for å gi konsesjon. På den måten kan det gis unntak fra konsesjonsplikt ved overdragelse av slike eksisterende avtaler til offentlig eide aktører.

6.3.2 Klargjøring av grensen mot lovlige avtaler

KS ser behov for at det klargjøres hva som skal anses som avtaler om langsiktige disposisjonsretter og hva som er lovlige, konsesjonsfrie, kraftavtaler.

Det er gjennom blant annet Nord Pool et etablert system for standardiserte kraftavtaler som ikke er tilknyttet noe konkret kraftverk. På den andre siden av skalaen har man avtaler som gir rett til kraft fra en bestemt kraftstasjon etter en nærmere avtalt prismodell og som gjelder i ubegrenset tid.

Mellom disse ytterpunktene kan man utforme og inngå avtaler som i større eller mindre grad knyttes opp til konkrete forhold ved et eller flere bestemte kraftverk så som tilsig, magasinfyllingsgrad på bestemte tidspunkt, når vannet slippes, utfall fra kraftverket/lokalt nett mv. Slike avtaler vil i ulik grad kunne overføre risikoen fra kraftverkseier til avtalemotparten. For eier kan avtalene til slutt gå så langt at de reelt styrer bestemte kraftstasjoner ut fra sitt innhold.

Slike avtaler vil kunne skape et medeierskap i bestemte kraftstasjoner. KS antar at de avtalene som går lengst vil være å anse som langsiktige disposisjonsretter som det etter lovforslaget ikke lenger vil være anledning til å stifte.

Etter KS' syn bør departementet søke å gi retningslinjer i odelstingsproposisjonen slik at aktørene vet hva slags avtaler som er lovlig å stifte og hva som heretter er forbudt. Videre bør det også her kunne innhentes forhåndsuttalelser fra energimyndighetene til avtaler som man er usikker på om vil bli bedømt som i overensstemmelse eller i strid med forbudet mot å stifte nye langsiktige disposisjonsretter.

6.3.3 Overdragelse av konsesjonskraft

En rekke kommuner har overdratt sine rettigheter til konsesjonskraft til kraftselskaper de er medeiere i. KS mener at slike avtaler bør betraktes som avtaler om plikt til fortløpende videresalg av konsesjonskraft til kraftselskapet.

Etter det KS forstår har man så langt ikke ansett slike videresalgsavtaler som konsesjonspliktige. Rent språklig er det vanskelig å definere slike videresalgsavtaler som avtaler om langsiktige disposisjonsretter over fallrettigheter. KS ber departementet om å klargjøre hvilken konsekvens lovforslaget vil ha for adgangen til å videreselge konsesjonskraft på langsiktige avtaler med bundet pris.

7 KONSESJONSPLIKTENS NEDRE GRENSE

Eksisterende grense for konsesjonsplikt, og således grense for hva som heretter kun kan erverves av offentlige eiere, er etter lovendringen av 25. juni 2005 nr 56 økt til 4000 naturhestekrefter.

KS vil foreslå at denne grensen heves noe, slik at den blir i bedre samsvar med definisjonen av småkraft. Småkraft er ifølge regjeringen et satsingsområde både for å bedre kraftbalansen, for å fremme fornybar energi og som et distriktpolitisk instrument. Grensen på 4000 naturhestekrefter vil medføre at flere potensielle småkraftprosjekter ikke vil bli realisert.

Etter KS' oppfatning vil en moderat heving ikke ha noen negativ innvirkning på den offentlige kontroll over kraftressursene som konsesjons- og hjemfallsreglene er ment å dekke.

8 UTLEIE

OED skriver under punkt 5.3 avslutningsvis at en utleieordning reiser en rekke særskilte problemstillinger og ettersom den ikke utgjør kjernen i konsolideringsmodellen, vil Regjeringen fremme et forslag om nye utleieregler i et eget lovforslag. Under punkt 5.5


redegjør så OED for en rekke momenter som vil være relevante i forbindelse med en utforming av en slik modell og ber om høringsinstansenes innspill.

Vedtatt mot 2 stemmer, Frp stemte for eget forslag til vedtak:

”KS ønsker å avskaffe hjemfallsinstituttet og dermed åpne for et fritt marked for erverv av vannfall og kraftverk. KS følger derved opp ESAs regelverk slik at det blir likebehandling mellom offentlig og privat eide kraftverk.”

Det har vært satt meget kort høringsfrist for foreliggende lovforslag og KS har prioritert å kommentere de forslagene som først vil bli vedtatt. Ettersom vi oppfatter at utleieordning vil bli vedtatt på et senere tidspunkt, vil KS derfor sende et separat innspill for så vidt gjelder utleieordningen innen utløpet av mai 2008.

Med vennlig hilsen



Halvdan Skard



Olav Ulleren