

PROFESSOR DR. JURIS

FREDRIK SEJERSTED

Senter for europarett

Karl Johans gt 47
Postboks 6706 St. Olavs plass, 0130 Oslo
Tlf.: 22 85 95 31
fredrik.sejersted@jus.uio.no

Olje- og energidepartementet

v/ekspedisjonssjef Per Håkon Høisveen

Oslo, 28. august 2008

EØS-rettslig vurdering av forslaget fra Norsk Industri om at Hydro og Elkem skal få forlenget sine konsesjoner frem til 2060

Ved henvendelse i går har OED bedt meg om en skriftlig redegjørelse for de EØS-rettslige råd jeg i den senere tid har gitt departementet i forbindelse med det siste forslaget fra Norsk Industri til en "alternativ modell" i hjemfallssaken og de skriftlige uttalelser som Olav Kolstad og Erling Hjelmeng har avgitt i de siste dager til støtte for dette.

Min bakgrunn i hjemfallssaken er som departementet er kjent med at jeg som advokat hos Regjeringsadvokaten hadde ansvar for den fra 2002 og frem til jeg sluttet i desember 2007. Herunder var jeg Norges advokat i saken for EFTA-domstolen i 2006-7, og jeg var også med på å utforme "konsolideringsmodellen" for sikring av det offentlige eierskapet til vannkraften sommeren 2007, samt den provisoriske anordningen av august 2007. Etter at jeg gikk tilbake til universitetet, har jeg vært engasjert som juridisk rådgiver for OED på saken.

De følgende vurderinger må derfor leses i lys av min tidligere og nåværende rolle i saken, som rådgiver for regjeringen.

Før jeg går inn på en konkret EØS-rettslig vurdering av forslaget fra Norsk Industri, er det nødvendig å minne om tre grunnleggende forhold.

(1) Regjeringens konsolideringsmodell er den som best sikrer det grunnleggende prinsipp om offentlig eierskap til landets vannkraftressurser. Alle andre alternative modeller som har vært lansert, inkludert den siste, vil svekke omfanget av det offentlige eierskap sammenlignet med regjeringens forslag.

(2) I dommen fra juni 2007 slo EFTA-domstolen fast at den tidligere eierreguleringen til vannkraften var i strid med EØS-avtalen. EFTA-domstolen godtok at Norge kan bygge sin lovgivning på et prinsipp om offentlig eierskap. Men da må det gjennomføres konsistent. Det

er enten/eller. Enten må man liberalisere eller stramme inn. Det er ikke mulig etter EØS-retten å ha et system for offentlig eierskap til vannkraften samtidig som man viderefører betydelige elementer av privat eierskap, herunder gjennom nye konsesjoner eller forlengelse til de private utover eksisterende konsesjonsperioder. Dersom man gjør det, risikerer man å sette hele modellen i fare – og dermed også grunnprinsippet om offentlig eierskap.

(3) Det nye forslaget fra Norsk Industri er det siste i en rekke alternative modeller som de private aktørene har fremmet. Felles for disse er at de vil svekke det offentlige eierskapet. Felles er videre at de vil gi dagens private eiere (i hovedsak Elkem og Hydro) nye økonomiske fordeler, utover det som følger av deres eksisterende konsesjoner. De private aktørene har ikke noe rettslig krav verken etter EØS-retten eller andre regler på slike fordeler, som nødvendigvis vil måtte gis på fellesskapets bekostning. De berørte selskaper har heller ikke hatt noen berettiget forventning om slike fordeler, verken da konsesjonene opprinnelig ble gitt eller da EØS-avtalen i sin tid trådte i kraft.

Det må videre påpekes at de berørte selskapene (Hydro og Elkem) i regjeringens forslag allerede har fått en meget betydelig økonomisk fordel fra staten ved at den såkalte ”omgjøringsadgangen” er foreslått videreført – hvilket staten rettslig sett ikke var forpliktet til å gjøre. Dette er det redegjort for i Ot.prp. nr. 61 på s. 55-56, og som det fremgår der dreier det seg om meget betydelige verdier, som i stor grad antas å tilfalle de berørte selskapene. Regjeringen har slik sett allerede vist stor vilje til å komme de berørte selskaper i møte, og det er galt når den kritiseres for manglende kompromissvilje.

Det er ikke mulig å vurdere saken korrekt uten å være klar over disse grunnleggende forholdene.

Jeg går deretter over til å kommentere det siste innspillet fra Norsk Industri, så langt jeg er gjort kjent med det.

Hovedinnholdet i forslaget synes å være at dagens private konsesjonærer (Hydro og Elkem) skal få forlenget sine konsesjonsperioder frem til 2060. Dette vil innebære til dels meget betydelige forlengelser, avhengig av hva varigheten for de enkelte eksisterende konsesjonene er. For de kraftverk som Hydro allerede har fått foregrepet hjemfall for, vil forlengelsen være beskjedent. For andre kraftverk, som etter gjeldende konsesjoner hjemfaller til fellesskapet på 2020-tallet, vil forlengelsen være betydelig, og innebære en stor økonomisk overføring.

Hovedpoenget rettslig og faktisk vil altså være at konsesjonsperiodene forlenges, til dels vesentlig, sammenlignet med eksisterende konsesjonsvilkår, og uten at selskapene betaler noe ekstra for denne verdioverføringen.

Dette forslaget er nå spilt inn i den politiske prosess, og søkt underbygget med juridiske uttalelser fra Kolstad og Hjelmeng. Ut fra de dokumenter jeg har sett er det imidlertid ikke hevdet at Hydro og Elkem har noe rettslig krav på slike forlengelser. Det eneste som drøftes er om staten i det hele tatt har *adgang* etter EØS-retten til å vedta en slik ordning.

Forholdet er altså at Norsk Industri har lansert en ordning som vil gi Hydro og Elkem fordeler som de ikke har rettslig krav på, men som man mener de bør få ut fra andre hensyn.

På samme plan er det mitt syn at de tyngste og viktigste motargumentene mot forslaget er av ikke-juridisk karakter – at det vil svekke det offentlige eierskapet til vannkraftressursene, og at det vil gi de berørte selskaper en uberettiget fordel på fellesskapets bekostning.

Ut fra de hensyn som begrunner offentlig eierskap til landets vannkraftressurser, bør forslaget derfor kunne avvises uten at det er nødvendig å gå inn på spørsmålet om det etter EØS-retten er lov til å gi selskapene denne fordelene eller ikke.

Når det er sagt, er forslaget etter mitt syn også meget problematisk i forhold til EØS-retten.

Grunnen er at da EFTA-domstolen i sin dom fra juni 2007 underkjente de tidligere norske hjemfallsreglene, så var det fordi de ikke på en tilstrekkelig konsistent måte oppfylte prinsippet om offentlig eierskap. EFTA-domstolen slo fast i premissene 72-73 at Norge for så vidt kan ha et restriktivt hjemfallsregime begrunnet ut fra hensynet til offentlig eierskap, men at dette da må gjennomføres konsekvent. Deretter påpekte den at tidligere norsk rett ikke var konsekvent nok, og pekte i den forbindelse bl.a. på at det (i) var adgang til å gi nye private konsesjoner, og (ii) var adgang til å forlenge eksisterende private konsesjoner gjennom såkalt "foregrepet hjemfall" etter lovens § 41 (se premissene 74-75).

Dette ble derfor endret i den provisoriske anordningen fra august 2007 og proposisjonen fra mai 2008 – slik at det ikke lenger er adgang verken til å gi nye private konsesjoner eller til å forlenge eksisterende konsesjoner gjennom "foregrepet hjemfall".

Det er vanskelig å se annet enn at forslaget fra Norsk Industri nettopp vil være et brudd med de kriterier EFTA-domstolen har oppstilt. En utsettelse til 2060 vil antagelig kreve en ny tillatelse for perioden utover opprinnelig hjemfallstidspunkt, da gjeldende konsesjoner utløper. Alternativt vil man i det minste måtte endre de eksisterende konsesjonene, slik at de formelt og reelt vesentlig forlenges (i den forbindelse vil antagelig også en rekke andre vilkår måtte revideres og vurderes på nytt). Om dette formelt sett gjøres som en "ny konsesjon" eller ikke er neppe avgjørende EØS-rettslig. Det sentrale er at en slik endring vil innebære privat eierskap til de aktuelle kraftverkene i en mye lengre periode enn det som følger av gjeldende konsesjoner. En slik forlengelse vil reelt sett langt på vei innebære det samme som den gamle ordningen med "foregrepet hjemfall", som EFTA-domstolen kritiserte.

Sagt med andre ord vil forslaget ved å svekke realiteten i det offentlig eierskap også svekke konsistensen i begrunnelsen for konsolideringsmodellen, og dermed gjøre den EØS-rettslig vanskeligere å forsvare.

I uttalelsene fra Kolstad og Hjelmeng er forslaget fra Norsk Industri fremstilt som om det kun er tale om en "utfasing" eller "overgangsfase" for avvikling av eksisterende konsesjoner, som er grei så lenge det ikke åpnes for "nyetablering av privat eierskap". Dette er etter min mening misvisende. Realiteten er at det er tale om å gi forlengelser av det private eierskapet langt utover det som følger av eksisterende konsesjonsvilkår, som var de vilkår selskapene i sin tid fikk konsesjonene på, og siden har forholdt seg til. Det er altså ikke tale om avvikling, men om forlengelse. Og det var nettopp slike forlengelser av privat eierskap (gjennom foregrepet hjemfall) som var ett av de punktene EFTA-domstolen slo ned på.

Det fremgår videre av uttalelsene fra Kolstad og Hjelmeng at de legger til grunn at hjemfallsinstituttet som følge av EFTA-domstolens avgjørelse i juni 2007 rettslig sett må anses for å ha "bortfalt" allerede fra og med EØS-avtalens ikrafttredelse 1. januar 1994, og at konsolideringsmodellen innebærer "en reetablering av hjemfallsinstituttet". Dette er et standpunkt som også tidligere har vært hevdet, men som departementet grundig har drøftet og tilbakevist i Ot.prp. nr. 61 på s. 66. Det vises til redegjørelsen der. Hjemfallsinstituttet i norsk rett bortfalt ikke som følge av dommen, og de eksisterende konsesjonene gjelder fortsatt,

inkludert vilkårene om hjemfall og utløpsdatoene. Det er ikke tale om verken å innføre nye restriksjoner på selskapene eller å frata dem noen etablerte rettigheter – tvert imot får de beholde sine kraftverk ut konsesjonsperiodene, på samme vilkår som de alltid har hatt dem. Men noen ytterligere forlengelse utover dette kan vanskelig gis uten å komme i strid med de kriterier som EFTA-domstolen har oppstilt.

I argumentasjonen fra Norsk Industri er forslaget blant annet begrunnet i behovet for ”en rimelig omstillingsperiode”. Det er vanskelig å se hva som menes med dette. For det første er det fortsatt mange år til det første større hjemfallet vil inntre i 2022. For det andre er det vanskelig å se at regjeringens konsolideringsmodell skulle innebære noe nytt behov for ”omstilling”. Helt fra de enkelte konsesjonene opprinnelig ble gitt har varigheten ligget fast, og regjeringens forslag endrer ikke noe ved dette.

Dersom forslaget fra Norsk Industri skulle gjennomføres, er det min vurdering at dette EØS-rettslig vil svekke konsolideringsmodellen, og innebære risiko for ny uklarhet og nye stridigheter, enten med EFTAs overvåkningsorgan, eller med andre aktører på kraftsektoren som ikke vil få tilsvarende fordeler som Hydro og Elkem.

Sammenfatning:

- Forslaget fra Norsk Industri vil innebære en betydelig reell og formell forlengelse av konsesjonsperiodene, sammenlignet med gjeldende hjemfallsvilkår.
- Selskapene har ikke rettslig krav på noen slik forlengelse. Det er heller ikke anført – spørsmålet er kun om det EØS-rettslig i det hele tatt er adgang til å gi dem dette.
- EØS-rettslig er det neppe mulig for norsk lovgiver å gi en slik forlengelse, da dette vil være i strid med de anvisninger EFTA-domstolen ga i sin dom av 26.6.2007, og svekke både konsistensen og substansen i prinsippet om offentlig eierskap – som er det grunnlag hele konsolideringsmodellen EØS-rettslig hviler på.

Det tas forbehold om at EØS-retten på dette området er uklar og komplisert, og at ethvert rettslig standpunkt nødvendigvis vil måtte være beheftet med en viss usikkerhet.

Med vennlig hilsen

Fredrik Sejersted