

## NOTAT

Fra Advokatfirmaet Thommessen v/Gunnar Martinsen og Frode Støle  
Dato 11. april 2008  
Ansvarlig advokat Gunnar Martinsen

### **MEDEIERSKAPSKONTRAKTER – LANGSIKTIG DISPOSISJONSRETT – UTILSIKTET HINDRING FOR OMORGANISERING AV EN DEL OFFENTLIGE KRAFTSELSKAPER?**

#### **1 INNLEDNING**

I Olje- og energidepartementets høringsnotat av 14. mars 2008 er det foreslått å oppheve gjeldende § 5 i industrikonsesjonsloven om konsesjon for bruksrett og langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser. Samtidig utgår begrepene bruksrett og langsiktig disposisjonsrett i §§ 1 og 2. Dette er omtalt i høringsnotatet pkt 5.5.4 (side 53-54). Her heter det blant annet at det ikke lenger vil være adgang til å stifte og overdra langsiktige disposisjonsrettigheter.

Ser man dette punktet i lovforslaget i sammenheng med endringer i § 1 (og 90-prosentregelen i § 39), ser det etter vår oppfatning ut som om lovforslaget vil få enkelte uheldige virkninger som neppe kan være tilsiktet.

#### **2 NÆRMERE OM PROBLEMSTILLINGEN – HVILKE KONTRAKTER ER DET TALE OM?**

Problemstillingen knytter seg først og fremst til fylkeskommuners "medeiendomsrett" til en del større statlige utbygginger, jf St prp nr 157 (1981-82) og omtalen i høringsnotatet på side 53:

*"Fylkeskommuners medeierskap ved utbygging av statens vannkraft var ikke konsesjonspliktig etter industrikonsesjonsloven frem til lovendringene i 1998, jf. Ot.prp. nr. 19 (1998-99). Det samme gjaldt langsiktig utleie fra fylkeskommunene av denne disposisjonsretten. Lovendringen i 1998 ble fremmet for å hindre at slik langsiktig utleie skulle falle utenfor regelverket."*

Departementet legger i høringsnotatet til grunn at langsiktige disposisjonsretter har vært lite brukt, og at forbudet mot å stifte og overdra slike rettigheter "ikke [vil] få betydning for det fåtall av inngåtte avtaler om langsiktig disposisjonsrett".

Det er korrekt at langsiktige disposisjonsretter har vært lite brukt siden konsesjonsplikten for slike rettigheter ble innført i 1998 (ingen konsesjoner er gitt). Det finnes imidlertid et større antall kontrakter fra tiden før 1998 som – hvis de skulle overdras til andre i dag – ville rammes av forbudet. Det viktigste eksempelet er kontrakter mellom fylkeskommuner og offentlige kraftselskaper i fylket. Etter det vi er kjent med er det ingen fylkeskommuner som *selv* forvalter sin medeiendomsrett, dette har typisk blitt overlatt til "egnede engroskraftenheter innen fylkeskommunen". Som det heter i St prp nr 157 (1981-82) på side 31:

# THOMMESSEN

*“Departementet sier seg enig med Hovedstyret i at det ikke skulle være påkrevet å opprette egne selskaper for de kraftanlegg der medeiendomsrett blir tildelt. Statskraftverkene bør kunne nytte sine vanlige styringsorganer, mens fylkeskommunen bør kunne overlate til et fylkesomfattende verk eller noen av de største kraftselskapene i fylket å overføre og omsette kraften.” (vår understrekning)*

I tråd med dette har som kjent de fylkeskommuner som har medeiendomsrettskontrakter med staten (den gang NVE Statskraftverkene, nå Statkraft Energi AS) inngått avtaler med kraftselskaper hvor fylkeskommunens rettigheter og plikter etter medeierskapsforholdet er overlatt til kraftselskapene for lang tid eller uten tidsbegrensning. Fylkeskommunene har fremdeles ansvaret overfor Statkraft for at fylkeskommunens forpliktelser oppfylles, men har altså overlatt til kraftselskaper *“å stå for utøvelsen av kontraktsvilkårene”*. Slike avtaler har blant andre Lyse (Ulla-Førre), BKK og Sunnhordland Kraftlag (Eidfjord) og Sogn og Fjordane Energi (Leirdøla).

I tillegg har en del kraftselskaper inngått avtaler med NVE Statskraftverkene om medeiendomsrett direkte (altså ikke via fylkeskommunen) før behandlingen av St prp nr 157 (1981-82). Dette er omtalt på side 28 i stortingsproposisjonen:

*“Det mønster for medeierskap som har utviklet seg ved NVE’s deltagelse i Oslo Lysverkers Aurland, Tafjord Kraftselskap i Grytten, Kraftverkene i Otra og Lyse Kraftverk i Ulla-Førre medfører ingen komplikasjoner for anleggene og relativt små komplikasjoner for driften. Hovedstyret anbefaler at man søker å holde seg mest mulig til samme modell (...)”*

Forholdet er altså at en god del offentlig eide, regionale kraftselskaper har rettigheter av stor økonomisk betydning etter kontrakter med fylkeskommuner og/eller med Statkraft direkte. Disse rettighetene vil typisk omfattes av dagens konsesjonsplikt for langsiktige disposisjonsretter.

### **3 ANTATT UTILSIKTEDE KONSEKVENSER AV FORSLAGET I HØRINGSNOTATET – OG FORSLAG TIL LØSNING PÅ PROBLEMET**

Det foreslås nå innført forbud mot å “stifte og overdra” slike rettigheter. Forbudet innføres ved en tilføyelse i industrikonsesjonsloven § 1 annet ledd hvor det fastslås at “[e]rverv av andre rettigheter over vannfall enn eiendomsrett som nevnt i første punktum kan bare skje med hjemmel i kapittel I”, samtidig som begrepet langsiktig disposisjonsrett fjernes fra kapittel I (§§ 2 og 5).

I praksis vil dette kunne fungere som et forbud mot at de kraftselskapene som har slike rettigheter i det hele tatt kan inngå i strukturendringer. I denne forbindelse viser vi også til den såkalte “90-prosent-regelen”, som nå foreslås kodifisert i ny § 39:

*“Denne lovs bestemmelser om erverv av eiendomsrett til vannfall eller annen rådhighet over vannfall skal gjelde ved erverv av mer enn 90 prosent av aksjene, partene og/eller rettigheter til aksjene eller partene i selskaper med begrenset ansvar som direkte eller indirekte innehar eiendomsrett eller annen rettighet som erververen ikke kunne erverve uten konsesjon etter denne lov.” (våre understrekninger)*

Etter det vi kan se, innebærer det foreslåtte systemet i sum følgende:

- (i) Det er ikke adgang til å erverve rettigheter til vannfall uten hjemmel i kapittel I.

# THOMMESSEN

- (ii) Kapittel I inneholder ikke hjemmel for erverv av langsiktig disposisjonsrett, ergo kan slike ikke stiftes eller overdras. Dette er tilsiktet.
- (iii) Erverv av mer enn 90 % av aksjene i et selskap som har rettigheter som ikke kan erverves uten konsesjon eller "hjemmel i kapittel I" (herunder langsiktige disposisjonsretter), behandles konsesjonsrettslig som et erverv av selve den konsesjonspliktige rettigheten. Dette betyr at erverv av mer enn 90 % av aksjene i BKK, SKL, Lyse, Sogn og Fjordane Energi osv er forbudt. Dette kan naturligvis ikke være tilsiktet.
- (iv) For vertikalintegreerte selskaper som SKL utelukker en slik rettstilstand omorganisering til konsern. En slik omorganisering forutsetter *enten* at selve rettighetene overføres til et datterselskap *eller* at det vannfallseiene selskapet blir datterselskap ved at eierskapet til aksjene flyttes. Forholdet kan dermed i verste fall være at industrikonsesjonsloven forbyr en omorganisering som SKL har fått *pålegg* om i medhold av energiloven. Dette kan ikke være tilsiktet.
- (v) Også andre typer omorganiseringer som i seg selv kan være i samsvar med energipolitiske målsetninger vil bli rammet av forbudet mot erverv av langsiktige disposisjonsretter. Forbudet vil for eksempel innebære at de selskapene som har slike rettigheter ikke kan inngå som overdragende selskap i en fusjon. Det fremstår ikke som åpenbart at dette er noen tilsiktet virkning.

En slik rettstilstand vil i praksis medføre store innelåsnings effekter som ikke er i samsvar med målsetningene med lovendringen. Slik vi ser det kan dette problemet avhjelpes ved at det innføres hjemmel i industrikonsesjonsloven kapittel I for at offentlige aktører kan erverve rettigheter som beskrevet ovenfor. Eksempelvis kan det inntas en bestemmelse i ny § 5 som lyder slik:

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

Eller – mer restriktivt – slik:

*"Eksisterende avtaler om langsiktig disposisjonsrett til vannkraftressurser kan overføres til enheter som nevnt i § 2 første ledd."*

Man kunne eventuelt tenke seg at man innskrenket dette ytterligere ved å benytte begrepet "medeierskap", "rettigheter etter medeierskapskontrakter", "rettigheter avledet av medeierskapskontrakter" eller lignende. Det er imidlertid vanskelig å finne et presist og kurant uttrykk som både dekker de rettigheter fylkeskommunene har, de rettighetene som kraftselskaper har på grunnlag av avtaler med fylkeskommuner, og de rettighetene som kraftselskaper har etter medeierskapskontrakter med Statkraft direkte fra før St prp nr 157 (1981-82). Det synes derfor hensiktsmessig å benytte uttrykket langsiktig disposisjonsrett, som klart dekker de relevante kontraktene og som er et etablert begrep utdypet i forarbeider til lovendringen i 1998 (Ot prp nr 19 for 1998-99).

Det er grunn til å understreke at endringsforslaget her ikke vil undergrave departementets forslag om en ny leieordning med likebehandling av alle aktører. Det som foreslås her er ikke noe annet enn at offentlige aktører må få anledning til å videreføre eksisterende disposisjonsretter – hvilket for alle praktiske formål betyr medeierskapsrettigheter – også dersom de skulle inngå i omorganiseringer. Dette

# THOMMESSEN

er en naturlig parallell til den adgang til fornyelse av eksisterende bruksrettskontrakter som departementet har lagt opp til i forslaget til ny § 4.

\* \* \*