

**Eiendomsrett til vannfall,
bruksrett til vannkraftverk
og EØS-avtalen**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 241
Leveringsfrist: 01.06.2010

Til sammen 39 843 ord

31.05.2010

Innholdsfortegnelse

<u>DEL I.....</u>	<u>1</u>
<u>1 INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1 Emnet for avhandlingen.....	1
1.2 Om fremstillingen.....	2
<u>2 EN OVERSIKT OVER REGULERINGEN AV FALLRETTIGHETER.....</u>	<u>5</u>
2.1 Industrikonsesjonslovens historiske bakgrunn.....	5
2.2 Hjemfallsaken.....	6
2.3 Konsolideringsmodellen.....	7
2.4 Annen relevant norsk lovgivning.....	10
<u>DEL II.....</u>	<u>13</u>
<u>3 DAGENS ERVERVSREGIME I INDUSTRIKONSESJONSLOVEN.....</u>	<u>13</u>
3.1 Hovedregel: Ervervskonsesjon gis kun til offentlige aktører.....	13
3.2 Nærmere om konsesjonsplikten.....	13
3.2.1 Erverv av eiendomsrett til vannfall.....	13
3.2.2 Erverv av eierposisjoner i vannfalleiende selskaper.....	15
3.2.3 Erverv av "medeierskap".....	19
3.3 Hvilke disposisjoner utløser konsesjonsplikt?.....	20
3.4 Hvilke disposisjoner utløser ikke konsesjonsplikt?.....	24
3.4.1 Vannfall under en viss størrelse.....	24

3.4.2	Privat deleierskap.....	25
3.4.3	Fusjoner.....	28
3.4.4	Øvrige unntak.....	29
3.5	Virkningen av avtaler om erverv i strid med loven	30
<u>4</u>	<u>UTLEIE OG DRIFTSOPERATØRSKAP.....</u>	<u>31</u>
4.1	Innledning.....	31
4.2	Utleieforskriftens virkeområde.....	33
4.3	Driftsansvar	35
4.4	Nærmere om utleieavtaler.....	38
4.5	Nærmere om operatøravtaler	39
4.6	Forholdet til andre leieavtaler	40
4.7	Virkningen av avtaler i strid med lov eller forskrift.....	41
<u>DEL III</u>	<u>.....</u>	<u>42</u>
<u>5</u>	<u>FORHOLDET MELLOM EU-RETEN OG EØS-RETEN.....</u>	<u>42</u>
<u>6</u>	<u>BETYDNINGEN AV ART. 125 EØS.....</u>	<u>45</u>
6.1	Problemet.....	45
6.2	Lesninger av art. 345 TEUF.....	45
6.2.1	Ordlyden	46
6.2.2	Plassering i traktaten	48
6.2.3	Bestemmelsens tilblivelseshistorie.....	49
6.2.4	Kjerneområdet.....	52
6.2.5	Art 345 TEUF som "stand still"-klausul?.....	55
6.2.6	Art 345 TEUF i praksis	56

6.2.7	Særlig om "golden shares"-sakene	59
6.3	Art 125 EØS i praksis	64
6.4	Oppsummering.....	67
7	<u>VALGET AV SYSTEMATISK TILNÆRMING</u>	<u>68</u>
8	<u>OM DAGENS NORSKE EIERSKAPSREGIME DEKKES AV KJERNEOMRÅDET FOR ART. 125 EØS.....</u>	<u>70</u>
8.1	Nærmere om vurderingstemaet.....	70
8.2	Sammenlignbare tilfeller	72
8.3	Offentlig eid "i prinsippet"	76
8.4	Oppsummering.....	83
9	<u>UTLEIEORDNINGENS BETYDNING FOR FORMÅLET OM OFFENTLIG EIERSKAP</u>	<u>84</u>
	<u>DEL IV.....</u>	<u>88</u>
10	<u>FORHOLDET TIL EØS-AVTALENS RESTRIKSJONSFORBUD</u>	<u>88</u>
10.1	Erverv av eiendomsrett	88
10.1.1	Hovedregelen om erverv	88
10.1.1.1	Restriksjonsvurderingen	88
10.1.1.2	Eventuell indirekte diskriminering	89
10.1.1.3	Begrunnelsen i formålet om offentlig eierskap.....	90
10.1.1.4	Oppsummering	92
10.1.2	Aksjeerverv som gir mer enn 20 % eierandel i et vannfalleiende selskap.....	92
10.1.2.1	Restriksjonsvurderingen	92
10.1.2.2	Eventuelle EØS-rettslig legitime begrunnelser.....	94
10.1.2.3	Konklusjon	98

10.2	Erverv av bruksrett	98
10.2.1	Krav til valget av medkontrahent	99
10.2.2	Krav til avtalens varighet	103
11	<u>FORHOLDET TIL EØS-AVTALENS STATSSTØTTEREGLER.....</u>	107
DEL VI	<u>.....</u>	110
12	<u>OPPSUMMERENDE BEMERKNINGER.....</u>	110

DEL I

1 Innledning

1.1 Emnet for avhandlingen

Det norske rettssystemets utgangspunkt er at vassdrag er underlagt eiendomsrett. Retten til å utnytte energien i fallende vann som renner over eiendommen til for eksempel elektrisitetsproduksjon ligger hos eieren av vannfallet.¹ Hvis man ikke allerede er eier, har det derfor vært nødvendig å erverve eller leie vannfallet for å kunne bygge vannkraftverk og slik produsere elektrisk energi.² Hovedtemaet for denne avhandlingen er hvordan dagens norske ervervs- og utleieregler for vannfall og vannkraftverk forholder seg til EØS-avtalens krav om fri bevegelighet.

De siste tiårene har i Europa vært preget av økonomisk liberalisering og politisk integrering. Dette har skjedd både innenfor og utenfor rammene av EU og EØS. For Norges del har inngåelsen av EØS-avtalen ført til den uten sidestykke største resepsjonen av internasjonal rett noensinne og en enda tettere økonomisk og politisk integrering med de andre europeiske statene.³ Avtalen forsterket tendensen til økonomisk liberalisering som hadde gjort seg gjeldende med styrke fra slutten av 1980-tallet. Alle næringer og industrier er blitt påvirket, til dels mer enn noen hadde forventet, og kraftsektoren er ikke noe unntak.

Reglene om erverv av vannfall og utleie av vannkraftverk er inntatt i industrikonsesjonsloven. Den hjemler omfattende statlige styringsmekanismer for sektoren blant annet gjennom konsesjonsplikt, der hjemfall som konsesjonsvilkår særlig kan trekkes fram.⁴ Hjemfallsregimet var tema i den såkalte *hjemfallsaken*, som Norge tapte for EFTA-

¹ Norsk elektrisitetsproduksjon er nær sagt utelukkende vannkraftbasert, til forskjell fra andre europeiske land, med over 99 % av produksjonen fra vannkraftverk. Bare Brasil, Canada, Kina, Russland og USA har større vannkraftproduksjon enn Norge.

² 88 % av norske vannkraftressurser var i 2008 eid av det offentlige. ECON-Analyse (2005) har beregnet verdien av den norske vannkraftproduksjonen per 1.1.2007 til ca 289 milliarder kroner etter skatt.

³ Per mars 2006 var antall innlemmte rettsaker ca 5300, jf St.meld. nr. 23 (2005-2006) kap. 2.5.

⁴ Hjemfall innebærer at ved konsesjonstidens utløp skal så vel selve vannfallet som kraftstasjonen, reguleringsanlegg m.v. uten vederlag tilfalle staten, se ikl § 2 (3) post 17. Tett styring med energisektoren er for øvrig ikke særegent for Norge.

domstolen.⁵ Resultatet har paradoksalt nok blitt en tilstramming i ervervsreglene. Situasjonen er nå at ingen private eller utenlandske aktører kan bli eiere av vannfall og kraftverk. Hjemfallsregimet består, slik at allerede konsederte privateide vannfall med alt av utstyr til kraftproduksjon før eller senere vil havne på det offentliges hender. Til gjengjeld står private aktører etter loven nå fritt til å leie de samme kraftverkene innenfor strenge rammer.

Vannkraftsektoren omfatter produksjon, omsetting og overføring av kraft, altså alle de leddene i verdikjeden som leder fra utnyttelse av vannfall til strømproduksjon og fram til sluttbrukers uttak av elektrisitet. Avhengig av hvilken virksomhet som drives betegnes selskapene som produksjonsselskaper, nettselskaper eller kraftleverandører, i noen tilfeller omtalt under samlebetegnelsen energiverk. Dessuten finnes selskaper som utelukkende driver megling og formidling av kontrakter. Mange av aktørene i bransjen har kontroll over flere av leddene, for eksempel produksjon og overføring, det som kalles vertikal integrasjon. Det har også skjedd en betydelig horisontal integrasjon i bransjen, for eksempel ved at kraftverkseiere har kjøpt seg opp i andre kraftverk. Oppgavetemaet adresserer første ledd i verdikjeden, produksjonsmarkedet.

1.2 Om fremstillingen

Rettigheter til og regulering av vannfall med tilhørende kraftverk er et felt der betydelige politiske og økonomiske interesser møtes, noe som i seg selv gjør en nærmere analyse interessant. Det vil måtte reflekteres i avhandlingen, uten at det fratrar den det overordnede EØS-rettslige perspektivet. Viktigst for meg har det vært å undersøke om de nye ervervsreglene som er innført i etterkant av EFTA-domstolens fellende dom i *hjemfallsaken*, er forenlige med EØS-avtalens restriksjonsforbud.

En EØS-rettslig analyse forutsetter at det er klart hva som skal analyseres. Da er det nødvendig ikke bare å sette industrikonsesjonsloven inn i kontekst, men også studere det nærmere innholdet av ervervsreglene og utleiereglene. Dette er gjort i del II. Flere av bestemmelsene reiser kompliserte spørsmål som alene kunne fylt en avhandling av denne

⁵ Sak E-2/06 *ESA mot Norge*, heretter omtalt som "*hjemfallsaken*".

størrelsen, og jeg har vært nødt til å begrense fremstillingen til hva som er nødvendig for å belyse de EØS-rettslige problemstillingene.

Spørsmålet om dagens ervervsregler er i tråd med EØS-avtalens restriksjonsforbud har en side mot hvorvidt Norge har etterlevd EFTA-domstolens dom i hjemfallsaken, og omfatter blant annet hvorvidt vilkår i eksisterende konsesjoner om hjemfall og tidsbegrensning kan ha bortfalt. En avgrensning må gjøres, og jeg skal ikke se på hvilke rettighetsforhold innføringen av dagens regelverk eventuelt grep inn i. Heller tar jeg utgangspunkt i reglene slik de foreligger per i dag og fokuserer på deres betydning framover i tid. Fokus er da rettet mot de nye ervervs- og utleiesituasjonene. Forholdet til restriksjonsforbudet er behandlet i del IV.

Formålet om offentlig eierskap er med henvisning til EØS-avtalens art. 125 anført som legitim begrunnelse for ellers EØS-stridige restriksjoner som dagens norske ervervsregler måtte medføre. Viktige spørsmål i den sammenheng er hvordan man skal forstå innholdet av art. 125, og om ervervsreglene eventuelt kan ses som en del av et eiendomsrettslig system – ”a system of property ownership” – i denne bestemmelsens forstand. I denne avhandlingen vil jeg forsøke å få fram argumentene for og mot de ulike svarene, se del III. Jeg nevner allerede nå at neppe alle restriksjoner i dagens regelverk kan begrunnes med henvisning til art. 125.

Spørsmålet om betydningen av art. 125 har både en materiell og en systematisk side. Materielt må det avklares hva skal til for at en ordning omfattes av art. 125, og hva regelinnholdet av bestemmelsen er, derunder betydningen av art. 125 i forhold til avtalens øvrige bestemmelser. Den systematiske utfordringen er hvordan det siste spørsmålet skal avgjøres. Dette er ikke avklart. En vurdering av om helheten eierskapsregimet faller inn under art. 125, bør gjøres før en vurdering mot restriksjonsforbudet i EØS-avtalen. Dersom art. 125 ikke aktualiseres, må forholdet til de fire friheter avgjøres på vanlig måte. Man spør da om det foreligger en restriksjon en eller flere av avtalens friheter. Besvares dette bekreftende, må restriksjonen eventuelt kunne begrunnes i et avtalefestet hensyn eller etter læren om allment tvingende hensyn. Hvis eierskapsregimet derimot omfattes av art. 125, er det så vidt jeg kan se ingen fast regel for å vurdere følgene av dette, herunder hvordan restriksjonsspørsmålet systematisk skal avgjøres. Skal den enkelte restriktive regelen i

eierskapsregimet ses bort fra, eller følger man en annen tilnærming? Svaret på dette spørsmålet er kanskje likevel ikke avgjørende for utfallet av vurderingen av om den aktuelle regelen står seg EØS-rettslig.

Jeg vil også måtte drøfte hvorvidt de nye reglene om utleie og drift av vannkraftverk kan påvirke vurderingen av om eierskapsregimet ligger under art. 125. I tillegg har jeg valgt å se nærmere på om reglene i seg selv står i et problematisk forhold til EØS-avtalens restriksjonsforbud, herunder blant annet reglene om offentlige anskaffelser. For å belyse dagens utleieregler så helhetlig som mulig har jeg valgt å gå noe inn i denne materien. Se kapittel 10.2.1. For å utfylle bildet i vil jeg også kort vise hvordan EØS-avtalens statsstøtteforbud kan aktualiseres av dagens regelverk. Se kapittel 11.

Spørsmålet om Norge overholder sine EØS-rettslige forpliktelser, besvares ideelt sett endelig av EFTA-domstolen. Men dette skjer bare i de færreste saker, og det er langt fra sikkert at det noen gang vil skje i dette tilfellet, særlig sett på bakgrunn av at problemkomplekset allerede har blitt forelagt retten tidligere. Men fra EU-retten er det ikke ukjent at samme eller tilsvarende regelsett forelegges EU-domstolen to ganger.⁶ Foreløpig ser det ikke ut til at noen ønsker å gå rettens vei for å utfordre departementets forståelse av EØS-rettens betydning for allerede meddelte private konsesjoner, eller for privates adgang til å erverve eiendomsrett til vannfall. Så vidt jeg kan se har EU-domstolen ennå ikke blitt forelagt en sak der spørsmålet om offentlig eierskap har blitt aktualisert på tilsvarende måte som i *hjemfallsaken*. Hvis EU-domstolen skulle vise seg å legge til grunn en annen forståelse av de relevante bestemmelsene enn EFTA-domstolen gjorde, vil det også bli omkamp om den hjemlige reguleringen.

⁶ For eksempel sakene C-47/90 *Delhaize* og C-388/95 *Belgia mot Spania*.

2 En oversikt over reguleringen av fallrettigheter

2.1 Industrikonsesjonslovens historiske bakgrunn

Muligheten som åpenbarte seg mot slutten av 1800-tallet til å produsere elektrisk energi ved vannkraft var av stor betydning for det norske samfunnet. Men utbygging krevde kunnskap og kapital, som stort sett befant seg utenlands. Dagens omfattende konsesjonslovgivning i vannkraftsektoren har sitt spede opphav i lov om statsborgerret m.v. av 21. april 1888 § 9, hvor utlendingers eiendoms- og bruksrett til fast eiendom i Norge ble gjort avhengig av konsesjon. Bestemmelsen var lett å omgå og gjorde lite for å nå det uttalte siktemålet, nemlig å hindre eiendomserverv av fremmede stater eller borgere som ”kunne befryktes at vilde fremkalde forviklinger med fremmed magt”.⁷

Dette ble ikke oppfattet som noe stort problem før Chr. Michelsen-regjeringen på vårparten 1906 ble oppmerksom på at utenlandske kapitalinteresser siktet seg inn mot erverv og utbygging av fossefall i stort omfang. Den midlertidige ”panikkloven” gikk gjennom i Stortinget allerede 7. april og innførte konsesjonsplikt for alle ikke-ansvarlige selskaper ved erverv av vannfall. Loven sa ingenting om fastsettelse av konsesjonsbetingelser, men departementet innfortolket en slik adgang. Det var på denne måten vilkår om tidsbegrensning og hjemfall opprinnelig ble innført.⁸ Kravet ble deretter lovfestet 18. september 1909 ved vedtakelsen av lov om erhvervelse av vandfald, bergverk og anden fast eiendom. Imens raste den politiske og ideologiske striden om hvor vidtgående konsesjonslovgivningen skulle utformes, og hvor strengt den skulle praktiseres. Et viktig bakteppe var den raske teknologiske utviklingen på feltet og den internasjonale høykonjunkturen man var inne i, og det foregikk en omfattende utbygging av kraftkrevende industri og kommunal elektrisitetsforsyning. Vedtakelsen av dagens industrikonsesjonslov i 1917 markerte seieren til de som ville hindre at utenlandske interesser fikk varig hånd om

⁷ Gjengitt i Bergland (1985) s. 6

⁸ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 13.

norske vannfall. For å få til det var man villig til redusert tempo i vannkraftutbyggingen.⁹ Utenlandske erververe kunne bare få konsesjon "under særlige omstendigheter", jf § 4. Konsesjonsplikt og hjemfallsvilkår ble innført også for norske private erververe, noe som tydeliggjør den gryende skepsisen også til privat eierskap over de naturgitte ressursene. Politiske og økonomiske skiftninger har siden den gang gjort at private tidvis har sluppet mer til, som da det var knapphet på kapital i 20- og 30-åra.¹⁰ Hovedtrekkene i loven er likevel de samme. Den kanskje viktigste og mest prinsipielle endringen er den som har gitt foranledning til denne avhandlingen. Ønsket om å begrense innflytelsen fra privat og utenlandsk kapital forfølges nå enda tettere enn før, og må ses på bakgrunn av dommen i *hjemfallsaken*.

2.2 Hjemfallsaken

Dommen i *hjemfallsaken* ble avsagt 26. juni 2007. EFTA-domstolen fant at den dagjeldende norske ordningen med tidsbegrensning og hjemfallsplikt for alle private og utenlandske selskaper, men ikke for norske offentlige selskaper, brøt med artiklene 31 og 40 i EØS-avtalen om henholdsvis fri etableringsrett og fri kapitalbevegelse. Den fellende dommen satte punktum for en debatt som hadde pågått siden EØS-avtalen ble signert¹¹, nemlig hvilken betydning avtalen hadde for konsesjonslovgivningen for vannfall.¹²

Regjeringen hadde før inngåelsen av EØS-avtalen lagt til grunn at hovedtrekkene i ville kunne opprettholdes.¹³ Grunnlaget for denne rettsoppfatningen var den nevnte artikkel 125 i avtalen. Også energi- og industrikomiteen, som fikk følge av flertallet i Odelstinget, ”merket seg at kraftforsynings hovedmål og forvaltning av vannkraftressursene ikke berøres av EØS-avtalen”.¹⁴ Resultatet var enkelte mindre lovendringer.¹⁵ Samtidig med at betydningen av EØS ble klarere på stadig flere samfunnsområder, ble problemstillingen på

⁹ Bergland (1985) s. 25, som har en utførlig gjennomgang.

¹⁰ Falkanger (2002) s. 311.

¹¹ Arnesen (2009)a.

¹² Illustrerende for den norske sidens fasthet i spørsmålet er det at departementet i 2008 ”forbeholder seg retten til fortsatt å være prinsipielt uenig med EFTA-domstolen på dette punkt”, jf Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 57-58. For en interessant tolkning av dette utspillet, se Terkelsen (2008) s. 91.

¹³ St.prp. nr. 100 (1991-92) s. 200.

¹⁴ Innst. O. nr. 17 (1992-93) s. 6.

¹⁵ Enkelte bestemmelser i industrikonsesjonsloven mente man riktignok at innebar forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, og disse ble endret. Allerede her lå en viss anerkjennelse av EØS-avtalens gjennomslagskraft.

ny aktuell rundt årtusenskiftet da blant annet hjemfallsinstituttet ble gjenstand for nærmere juridisk undersøkelse.¹⁶ Interessehavere i kraftindustrien, først og fremst Hydro og Elkem som begge eide kraftverk underlagt hjemfallsvilkår, tok opp tråden og fastholdt at hjemfallsinstituttet og tidsbegrensningene i tildelte konsesjoner var EØS-stridige. De måtte derfor opphøre. Samtidig ble EFTAs overvåkningsmyndighet ESA gjort oppmerksom på problemstillingen og prosessen ble innledet 8. mars 2001. Politisk uvisshet om hvorvidt norske myndigheter kom til å endre konsesjonsreglene, ga saken en utsettelse noen år. Da statsminister Stoltenberg erklærte at regjeringen ville beholde hjemfallsreglene som de var, tok ESA ut traktatbruddsøksmål 31. juli 2006.

Etter dommen befant Norge seg i en traktatbruddssituasjon. Norge har etter Avtale mellom EFTA-landene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) art. 33 forpliktet seg til å ”treffe de tiltak som er nødvendige for å oppfylle EFTA-domstolens avgjørelser”. Riktignok avsier EFTA-domstolen avgjørelser ikke i form av et direkte uttalt krav til etterlevelse av EØS-avtalen. Men slik avtalesystemet er lagt opp, plikter Norge å følge EØS-avtalen slik den tolkes av domstolen. Plikten til å rette opp i de EØS-stridige forhold domstolen påpeker, fremgår derfor klart av ODA art. 33. Dette skjedde, etter myndighetenes mening, i første omgang ved provisorisk anordning av 10. august 2007 og deretter ved lovendring 26. september 2008 som trådte i kraft samme dag.¹⁷

2.3 Konsolideringsmodellen

Konsolideringsmodellen er departementets navn på dagens modell for eierskapsregulering i den norske vannkraftsektoren.¹⁸ Den er summen av gamle bestemmelser og de som ble introdusert ved den provisoriske anordningen og siden vedtatt ved lov for å bringe industrikonsesjonsloven i overensstemmelse med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Som navnet antyder, er poenget med den nye modellen at det allerede sterke innslaget av

¹⁶ Bjørnebye (2000). Senere blant andre også Urquieta (2003) , Arnesen (2006) , Ørebech (2006) , Kolstad (2007) og Ørebech (2007). I denne perioden leverte også Hjemfallsutvalget sin rapport NOU 2004: 26 Hjemfall, hvor flertallet la til grunn Kolstads (2004) vurdering (vedlegg 3 til rapporten) av at det daværende regelverket var i strid med EØS-avtalens restriksjonsforbud og forbudet mot statsstøtte.

¹⁷ Problemstillingene som oppstår rundt spørsmålet om korrekt etterlevelse av dommen, får ikke plass innenfor avhandlingens rammer.

¹⁸ Siden begrepet sikter til så mange ulike rettsregler, og dermed lett blir upresist, vil jeg forsøke å bruke det minst mulig.

offentlig eierskap i vannkraftsektoren skulle konsolideres, altså samles eller styrkes. Etter norske myndigheters syn medførte dommen ikke at det måtte innføres identiske regler for private og offentlige aktører, for eksempel ved opphevelse av hjemfallsinstituttet.¹⁹ De tolket dommen slik at formålet om offentlig eierskap kunne begrunne restriksjoner i de fire friheter, på samme måte som allmenne tvingende hensyn, så lenge det forfølges på en konsistent måte og EØS-rettens krav ellers er oppfylt. Den konkrete utformingen synes å være tett knyttet til EFTA-domstolens premisser.²⁰ Løsningen var å *øke* (på sikt) omfanget av offentlig eierskap i sektoren, samtidig som man løste opp i eksisterende inkonsistens med hensyn til privates adgang til å etablere eierskap.²¹ Dermed kan det nasjonalproteksjonistiske veivalget som ble gjort tidlig forrige århundre, nå sies å ha blitt ytterligere forsterket. Dette gjenspeiles ikke minst i den nye formålsbestemmelsen som ble inntatt i ikl § 1 (1), mer om den nedenfor.

Konsolideringsmodellen har implikasjoner i flere retninger. For det første for allerede tildelte konsesjoner. De videreføres altså forutsetningsvis på samme vilkår, inkludert vilkår om hjemfall og tidsbegrensninger for private konsesjonærer. Løsningen er på ingen måte ukontroversiell.²² Spørsmålet om vilkårene i virkeligheten må anses bortfalt i og med EFTA-domstolens dom, og problemstillingene dette reiser, får ikke plass innenfor rammene av avhandlingen.²³ Jeg vil understreke at selv om hjemfallsinstituttet som sådan

¹⁹ En rekke nye modeller ble vurdert, se f eks NOU 2004: 26 kap. 1.3.

²⁰ Se kap. 8.1.

²¹ Ønsket om konsistens er fremhevet en rekke steder i forarbeidene. "Konsistensmodellen" kunne i så måte vært et mer treffende ord, men mangler den samme retoriske kraften som "konsolideringsmodellen". En tilsvarende markering av politisk grunnsyn lå i innføringen av begrepet "hjemfall" i sin tid. I motsetning til det eldre, tyske "Heimfall"-instituttet, der kraftverket faktisk falt (ble overført vederlagsfritt) hjem (til den opprinnelige eieren av grunnen), hadde vannfallene aldri tilhørt Staten. Rettslig falt de mer vekk enn hjem. Politisk var saken en annen, jf ovenfor om ønsket om å motvirke effekten av utenlandske oppkjøp. Også bruken av ordet "koncession" i forbindelse med erverv av privat eiendom brøt med vanlig bruk av ordet til da, se Amundsen (1918) s. 18.

²² Kjernen i problemet er at siden EFTA-domstolen avgjorde at de lovpålagte vilkårene om tidsbegrensning og hjemfall i alle tildelte private konsesjoner var i strid med EØS-avtalen, var det på grunn av motstriden mot EØS-loven § 2 ikke lenger hjemmel for dem. Om dette, se Arnesen (2006) og Kolstad (2007). Myndighetenes syn fremgår av Enoksen (2007) og Ot.prp. nr. 61 (2007-2008), og underforstått, av Fredrik Sejersteds brev til OED av 28. august 2008.

²³ Foruten spørsmålet om vilkårene må anses å ha bortfalt, reises også spørsmålet om fra hvilket tidspunkt og om bortfallet eventuelt må påberopes. Flere private konsesjonærer har hevdet at de etter dommen fra EFTA-domstolen må få beholde kraftverkene uten tidsbegrensning og hjemfall, eventuelle få erstatning fra Staten for sitt økonomiske tap. Foreløpig ser det ikke ut til at spørsmålet vil bli prøvd for domstolene. Dette har flere grunner. For det første gir loven en såkalt omgjøringsadgang som den provisoriske anordningen hadde tatt bort, jf neste note. For det andre hersker det betydelig juridisk usikkerhet om utfallet av et saksanlegg.

videreføres, er det grunn til å regne med at ordinært hjemfall neppe vil skje. Årsaken er at den private eieren (forutsetningsvis) vil kunne selge til markedspris før hjemfallstidspunktet inntreffer.²⁴ Hjemfallsvilkår vil heller ikke bli pålagt i nye konsesjoner, siden disse jo kun vil bli gitt til offentlige aktører der hjemfall ikke er aktuelt. Det kan være på sin plass å nevne at det i løpet av 100 år uansett ikke har funnet sted mer enn ca 10 ordinære hjemfall.²⁵

For det andre har lovendringene betydning *framover i tid*. Det er her de nye reglene kommer inn. Ervervskonsesjoner vil fra nå av utelukkende bli tildelt offentlige eiere. Dette gjelder også konsesjon til erverv av hjemfalte vannfall og kraftverk, selv om det altså neppe vil bli aktuelt. Heller ikke vil det være mulig å forlenge eksisterende private konsesjoner gjennom foregrepet hjemfall.²⁶ Denne ordningen er nå avskaffet, riktignok slik at det ikke røkkes ved allerede avtalte forlengelser. Sist men ikke minst innebærer de nye reglene at salg av mer enn 1/3 av offentlig eide vannfall og kraftverk til private forbys.²⁷

Til sammen har bestemmelsene den virkningen at eiendomsretten til norske vannfall med tiden vil overføres fra privat til offentlig sfære, men med viktige modifikasjoner. Overføringen vil ikke skje øyeblikkelig. Forutsetningen er frivillig salg eller salg under vissheten om at vannfallet ellers vil hjemfalle vederlagsfritt ved utløpet av konsesjonstiden. Her er tidsperspektivet flere tiår frem i tid.²⁸ En del kraftverk ervervet før 1909 har aldri vært underlagt konsesjonsplikt, og kan i teorien beholdes på privat hånd til evig tid.²⁹ Det er altså en betydelig forskjell mellom dagens ervervsregime og det man kanskje ellers

²⁴ Altså hvis prismekanismene fungerer som de er ment. Dette henger sammen med omgjøringsadgangen, som var blitt stengt av den provisoriske anordningen, men som nå er gjenåpnet i § 27. Ved salg til offentlige eiere vil vilkår om hjemfall og tidsbegrensninger omgjøres, altså fjernes, etter søknad. Derfor vil det lønne seg for eiere av private, konsederte kraftverk – først og fremst Hydro og Elkem – å selge til offentlige aktører før hjemfall skjer. Da får de realisert (forutsetningsvis) den fulle markedsverdien. Det kan nevnes at Elkem AS allerede høsten 2009 benyttet seg av denne muligheten og solgte sine kraftverk i Salten og Bremanger for 6 mrd. Dermed går 1,7 TWh vannkraftproduksjon over i offentlig eie, se Orkla (2009).

²⁵ NOU 2004: 26 kap. 5.3.1.1. At hjemfall praktisk sett ikke har vært viktigere, vitner om fleksibel regulering av produksjonsmarkedet.

²⁶ Ordningen gikk ut på at anleggene etter avtale hjemfalt umiddelbart, mot at konsesjonæren fikk anledning til å kjøpe anleggene tilbake for en nærmere bestemt periode. I praksis en forlenget konsesjonsperiode mot vederlag.

²⁷ Også utleieordningen gir private adgang til produksjonsmarkedet, begrenset til 15-årige avtaler, se kap. 4.

²⁸ For en oversikt, se NOU 2004: 26 kap. 5.3.2. Totalt produserer konsederte privateide kraftverk 6 TWh, eller snaut 5 % av total gjennomsnittlig årlig produksjonsevne, som de ti siste årene har vært 123,8 TWh i følge tall på NVE's hjemmesider.

²⁹ Totalt utgjør disse vannfallene 7 TWh, eller altså ca 5,5 % av norsk kraftproduksjon. Noen vannfall ervervet før 1909 har likevel vilkår om hjemfall fastsatt i konsesjonen, se Innst. O. nr. 78 (2007-2008) s. 4.

kunne kalt en nasjonalisering, nemlig en øyeblikkelig overføring av et foretak eller en sektor av den nasjonale økonomien fra privat til offentlig eierskap gjennom ekspropriasjon. En annen modifikasjon er nettopp nevnt, nemlig 1/3-regelen. Selv om de ikke kan erverve vannfall, gis private altså en begrenset adgang til deltakelse i produksjonsleddet gjennom deleierskap i vannfalleiende selskaper. Dessuten gjelder en nedre grense for størrelsen på vannfallene som omfattes. En fjerde modifikasjon ligger i at når utleiereglene trer i kraft, vil private kunne foreta ytterligere integrering gjennom leie og drift av kraftverk i inntil 15 år. Dette angår ikke direkte eiendomsretten, men siden utleie gjør at private kan styre kraftverket, må det likevel tas i betraktning. For øvrig gjelder enkelte unntaksregler.

2.4 Annen relevant norsk lovgivning

Produksjonsmarkedet består foruten rettigheter til vannfall, også av rettigheter til regulering av fallene. Regulering innebærer at man lagrer den potensielle energien som vann utgjør, i magasiner ovenfor vannfallet. Vannmagasiner etableres ved å demme opp naturlig vannstand av sjø eller vassdrag ved hjelp av dammer. Selv om tiden for de store vannkraftutbygginger er forbi, er reguleringer veldig aktuelle, først og fremst for å øke kraftproduksjonen i det enkelte kraftverk.³⁰ Ervervskonsesjon etter ikl kapittel I gir ikke rett til å foreta regulering etter vassdragsreguleringslova, jf dens § 1, selv om det altså er en nær sammenheng mellom reguleringsanlegget og selve fallet. De to lovene har gjennomgående hatt nesten likelydende regler om hjemfall henholdsvis for vannfall og reguleringer.³¹ Da industrikonsesjonslovens ervervsregler ble endret i 2008, ble det foretatt endringer i vassdragsreguleringsloven for å tilpasse sistnevnte konsolideringsmodellen. Hjemfallsreglene etter sistnevnte hadde ikke vært en del av søksmålet for EFTA-domstolen. Departementet anså seg ikke forpliktet til å endre vassdragsreguleringsloven av hensyn til EØS-messigheten av eierskapsreglene totalt sett. Derimot anførte man at ”to så nært sammenknyttede lover må[tte] fungere sammen på en hensiktsmessig måte under konsolideringsmodellen”.³² Oppmerksomheten i det følgende vil være begrenset til

³⁰ Jf statsminister Stoltenbergs nyttårstale 2005. Siste store utbygging ferdigstilles våren 2010, nemlig Sauda-prosjektet på ca 650 GW/h ny kraft.

³¹ Lovene er vedtatt samme dag. Imidlertid er det vanlig at ervervs- og reguleringskonsesjon behandles samlet.

³² Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 50 ff.

fallretter, slik at reguleringer og andre tiltak i vassdrag holdes utenfor.³³ Jeg nevner likevel at vassdragsreguleringsloven nå er eierskapsnøytral, jf § 10, slik at konsesjon gis både offentlige og private tiltakshavere. Begrunnelsen er at det "trolig [ville] føre til tap av mulighetene for ny produksjon" å forby private reguleringskonsesjoner, i strid med hva som er ønskelig "samfunnsmessig sett".³⁴ Forutsetningen er at reguleringen ikke krever ervervskonsesjon etter ikl § 1. Det er altså ikke snakk om et unntak fra hovedregelen om erverv.

Nært forbundet med produksjon av elektrisk energi fra vannkraft, er salget av elektrisiteten i engros- og sluttbrukermarkedene. En stor andel av krafthandelen skjer over handelsplassen Nord Pool Spot. Norge var med vedtakelsen av energiloven i 1990 det andre landet i Europa som la til rette for mer markedsbaserte prinsipper for kraftomsetning, etter England og Wales i 1989.³⁵ Omleggingen kom som en reaksjon på samfunnsøkonomisk ineffektiv utnyttelse av kraftressursene, store ulikheter i sluttpris og press for utbygging av naturskjønne vassdrag. For å oppnå økonomisk rasjonalisering innførte man konkurranse innen kraftproduksjon og kraftomsetning. Verdiane som lå i energiselskapene ble synliggjort og dermed ble spørsmålet om salg eller fortsatt eie av vannfall og kraftverk bråaktuelt for de kommunale rettighetshaverne.³⁶

Omveltningene i reglene for kraftomsetning medførte dermed omveltninger på eiersiden, og i og for seg på nesten plan i kraftsektoren. I et krevende marked med synkende marginer ble salg svaret for mange kommuner. Resultatet var en fusjonering inn i regionale kraftselskaper hvor også Statkraft skaffet seg betydelige eierposisjoner.³⁷ Siden norsk vannkraft for alle praktiske formål er en uuttømmelig kraftkilde, innebar nedsalget at disse kommunene valgte å avstå fra til dels betydelige løpende inntekter i framtiden. Vederlaget kan i ettertid fremstå som lavt, den økte kraftprisen tatt i betraktning, mens

³³ Eksempelvis vannressursloven, som likevel viker for vassdragsreguleringsloven ved vannkraftutbygginger, jf § 19.

³⁴ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 51.

³⁵ NOU 1998: 11 kap. 6.2.3.

³⁶ *Det norske energimiljøet* (2003) s. 64.

³⁷ Daværende ikl § 1(4) var en viktig katalysator for fusjonene, se kap. 3.4.3. Bare mellom 2000 og 2003 ble det omsatt eierandeler i norske kraftselskaper for ca 55 milliarder kroner, NOU 2004: 26 kap. 4.1.4.2. For en oversikt over eierskap og organisering i dag, se *Eiere og organisering i kraftsektoren* på OED's hjemmesider.

eiere nyter godt av sine investeringer.³⁸ Dette illustrerer samtidig hvor nært reglene om eierskap til vannkraft er knyttet til overordnede spørsmål om samfunnsøkonomi.

³⁸ Nedsalget ble sett som rasjonelt ut fra argumentet om at sammenlignbar alternativ avkastning etter sigende var høyere. Men de fremtidige inntektene fra vannkraften ble trolig verdsatt for lavt av både kjøpere og selgere, se kap. 9.

DEL II

3 Dagens ervervsregime i industrikonsesjonsloven

3.1 Hovedregel: Ervervskonsesjon gis kun til offentlige aktører

Kjernen i dagens regelverk under industrikonsesjonsloven er at det kreves konsesjon til ethvert erverv av vannfallsrettigheter.³⁹ Når det gjelder erverv av eiendomsrett, kan kun offentlige aktører få konsesjon. Men selv om private og utenlandske aktører ikke kan erverve vannfall eller kraftverk på egen hånd, tillates likevel en viss deltakelse på eiersiden i vannkraftproduksjonen gjennom 1/3 deleierskap.

3.2 Nærmere om konsesjonsplikten

3.2.1 Erverv av eiendomsrett til vannfall

I industrikonsesjonsloven opereres det med ulike hjemler for konsesjonsplikt. Den alminnelige bestemmelsen om konsesjonsplikt for erverv av eiendomsrett til vannfall over en viss størrelse er § 1 (2). Konsesjonsplikten inntreer ved erverv av eiendomsrett til vannfall som ved regulering antas å kunne utbringes til mer enn 4000 naturhestekrefter. Konsesjonsplikten gjelder for alle andre enn staten selv. Den står fritt til å erverve fallretter uten konsesjon.⁴⁰ Hvem som kan få konsesjon sier § 1 andre ledd ingen ting om, det fremgår av § 2 første ledd: statsforetak, norske kommuner og norske fylkeskommuner, men også selskaper som eies med mer enn 2/3 av disse. Dette vil i det følgende bli omtalt som offentlige aktører.⁴¹ Alle andre vil bli omtalt som private eller private aktører. Man ser at selv om staten som sådan er unntatt konsesjonsplikt, er statsforetak og statlige eide selskaper underlagt konsesjonsplikt på linje med andre offentlige aktører. I og med at

³⁹ Om dette begrepet, se kap. 4.2.

⁴⁰ Begrensninger kan følge av konkurranselovgivningen, se note 101.

⁴¹ Ordet "offentlig aktør" har ingen rettslige implikasjoner i seg selv, men brukes som en samlebetegnelse på aktørene som kan få ervervskonsesjon. Det gjelder selv om mange av dem faktisk er organisert som private rettssubjekter. Hvor det fremgår av sammenhengen, innbefatter "offentlig aktør" også staten. Se note 94. Utenlandske offentlige enheter er derimot ikke "offentlige aktører" i denne sammenhengen, jf § 2(1). De er dermed i samme vogn som private interessenter, og må nøye seg med deleierskap.

private aktører er utelukket fra erverv i eget navn, meddeles konsesjon nå alltid uten tidsbegrensning.⁴²

Et første skille går mellom erverv av eiendomsrett til fallrettigheter som allerede er underlagt konsesjonsvilkår, og de som ikke er det. Sistnevnte er enten ennå ikke bygd ut, eller de er ervervet før konsesjonsregimet ble etablert i 1909 og er dermed ikke underlagt konsesjonsplikt. Konsesjonsplikten for erverv av ukonsederte fall følger alene av § 1 (2). Hvis vannfallet allerede er konsedert, finnes en ytterligere konsesjonshjemmel i § 2 (3) post 22. Enheter som nevnt i første ledd kan etter denne bestemmelsen få konsesjon for videre overdragelse av tidligere konsedert vannfall.⁴³ Reglene om at kun offentlige aktører kan erverve gjelder på samme måte, siden kun enheter som nevnt i første ledd omfattes. Forskjellen mellom konsederte og ikke-konsederte vannfall ligger særlig i måten konsesjonsvilkårene fastsettes. Ved erverv av konsederte vannfall settes ikke et helt nytt sett av vilkår. Utgangspunktet, og praksis, er derimot at erververen ”arver” gjeldende konsesjonsvilkår der det ikke er særlige grunner til å endre disse.⁴⁴ Det gir oversiktighet for konsesjonæren og letter saksbehandlingen. Vilkårene kan endres etter søknad fra erververen, jf § 27, så lenge de ligger innenfor rammene av denne bestemmelsen.⁴⁵ Men etter post 22 andre punktum har myndighetene så pass vid adgang til å fastsette ytterligere konsesjonsvilkår, at forskjellen i fremgangsmåte neppe har stor praktisk betydning.

Når det gjelder selve konsesjonsplikten for henholdsvis konsederte og ukonsederte fall, er ordlyden i § 1 etter min mening vid nok til å hjemle begge situasjoner.

Klarhetshensyn tilsier at de kunne vært samlet i denne bestemmelsen, uten at det materielle

⁴² Jf § 2 andre ledd. Gitte konsesjoner kan dessuten gjøres tidsbegrensede etter § 5 andre ledd.

⁴³ Ordlyden kunne umiddelbart gi inntrykk av at konsesjonsplikten påligger den offentlige aktøren som selger (den som overdrar), men at erverver ikke trenger være offentlig aktør. Dette er naturligvis ikke tilfellet, jf Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 41.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 54 (2003-2004) kap. 6.1.

⁴⁵ Merk § 27 siste punktum, som kodifiserer den såkalte omgjøringsadgangen: vilkår om tidsbegrensning og hjemfall påheftet private konsesjoner kan omgjøres ved salg til offentlige aktører når dette er omsøkt på forhånd. I Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 6 heter det at søknader om omgjøring ”skal innvilges så fremt konsesjonæren eller erververen oppfyller vilkårene til offentlig eierskap”. Omgjøringsadgangen innebærer at private eiere av konsederte fall, hovedsakelig Elkem og Hydro, kan selge sine vannfall med anlegg til offentlige aktører til full markedsverdi før hjemfall inntre. Her er det rimelig å anta at selskapene før hjemfallstidspunktet vil selge seg ned til 1/3 deleierskap, eventuelt helt ut, slik at hjemfall ikke vil skje. Så lenge selskapet klarer å utnytte etterspørselen blant offentlige aktører, vil de kunne oppnå prisnivå ved salg som offentlige aktører. Fusjoner og oppkjøp innenfor offentlig sektor kan gjøre kretsen av interessenter mindre. Dette tilsier at salg fremskyndes, og i det minste gjennomføres før det bare er kort tid igjen til hjemfall. Se note 24 ovenfor.

innholdet behøvde bli endret.⁴⁶ Ordlyden i det nye andre punktum av § 1 andre ledd, kunne ved første øyekast begrunnet en oppstyking. Det slår fast at "[e]rverv av andre rettigheter enn eiendomsrett over vannfall som nevnt i første punktum kan bare skje med hjemmel i kapittel P". Men dette endrer jo ikke rekkevidden av første punktum, og for det andre er det ment å sikte til slike andre rettigheter som nevnt i § 4 (og ny § 5). At konsesjonsplikten for erverv av hele vannfall hjemles to ulike steder i loven fremstår som uhensiktsmessig og uryddig.

3.2.2 Erverv av eierposisjoner i vannfalleiende selskaper

Et andre skille går mellom erverv av rettigheter til vannfallet som sådant og eierposisjoner i vannfalleiende selskaper, altså selskaper med vannfallrettigheter som ikke kan erverves uten konsesjon eller vedtak etter loven. Både §§ 1 og 2 (3) post 22 gjelder de førstnevnte tilfellene. Når det erverves eierposisjoner, finnes egne konsesjonshjemler. Samtidig gjelder § 2(1) tilsvarende, jf § 3(1), slik at samlet privat deleierskap ikke kan overstige 1/3. Jeg presiserer at ikke alle erverv av eierposisjoner krever konsesjon, heller ikke for private. Videre går et systematisk skille her på ansvarsformen i selskapet – begrenset eller ubegrenset.

Erverv av eierandel i vannfalleiende selskap med *ubegrenset* ansvar, typisk ANS, sidestilles etter § 37 med erverv av selve vannfallrettigheten. Det avgjørende her heftelsesformen, så det samme gjelder også lag og sammenslutninger. Andelserverv vil altså være uaktuelt for andre enn offentlige aktører, som i så fall må omsøke konsesjon for videre overdragelse etter § 2(3) post 22. Tilsvarende kan ANS ikke erverve vannfall så sant ikke alle selskapsdeltakere er offentlige aktører. § 37 er en kodifikasjon av tidligere praksis, der denne typen andelserverv har blitt ansett å rette seg mot en ideell andel av det fysiske fallet.⁴⁷ Hensynet bak sidestillingen av erverv av vannfall og erverv av andel i vannfalleiende ansvarlig selskap ligger nettopp i ønsket om å utforme et konsistent system for offentlig eierskap. Etter selskapsloven § 2-12 må samtlige selskapsdeltakere ha stemt for dersom et forslag til beslutning skal anses vedtatt i selskapsmøtet, så lenge annet ikke er

⁴⁶ I samme retning Urquieta (2003) s. 30. Dette er for øvrig et av flere tegn på alderdomssvakheter ved loven, som er endret en rekke ganger mens grunnstrukturen er den samme, se note 58.

⁴⁷ Siste punktum er nytt.

bestemt i selskapsavtalen. Det alminnelige kravet til enstemmighet på selskapsmøtet kunne ha gitt private deltakere bestemmende innflytelse på selskapets disposisjoner, i strid med lovformålet.⁴⁸ Samme resultat kunne nok vært utledet av kravet til "reelt offentlig eierskap" i § 2(1), se kap. 3.4.2.

Når det gjelder erverv av andel i et vannfalleiende selskap med *begrenset* ansvar, som aksjeselskap og samvirkeforetak, kan konsesjonsplikt utløses etter spesialbestemmelsene i ikl §§ 36 og 39. Bestemmelsene står i kapittel V alminnelige bestemmelser.⁴⁹

Ikl § 39 er en lovfesting av gjeldende praksis om erverv av mer enn 90 % av aksjer, parter eller rettigheter til aksjer eller parter i selskaper med begrenset ansvar.⁵⁰ Slike erverv sidestilles med reell overføring av selskapets aktiva. På grunn av 2/3-regelen gjelder den ikke for private aktører. Dermed er den ikke en del av systemet for overføring av aktiva fra privat til offentlig sektor og påvirker heller ikke disposisjoner med et grenseoverskridende element. En nærmere redegjørelse for § 39 faller utenfor avhandlingens rammer.

Innslagspunktet for konsesjonsplikt etter § 36 er derimot lavere enn lovens tak for privat deleierskap på 1/3 og dermed relevant for private aktører. § 36 gjelder alle erverv av aksjer, parter eller rettigheter til aksjer eller parter som gir mer enn 20 % av samtlige aksjer, parter eller stemmer i det vannfalleiende selskapet. Når grensen først er passert, vil ethvert ytterligere erverv være konsesjonspliktig. Bestemmelsen kommer også til anvendelse når selskapet innehar rettigheter som omfattes av § 4, jf. ordlyden "eller vedtak" *in fine*. Til utregning av aksjepostens størrelse er det inntatte egne identifikasjonsregler i første til tredje ledd. Hovedformålet med identifikasjonsreglene er å unngå ulike former for omgåelse av konsesjonsplikten ved spredning av aksjeerverv på flere parter, erververens nærstående og andre som har nær tilknytning til erververen.⁵¹

⁴⁸ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 37, med henvisning til NOU 1996:2 s. 117.

⁴⁹ Reglene i kapittel V gjelder i utgangspunktet også for aksjeerverv i bergverk, jf kapittel II. Nye § 39 er likevel kun gitt virkning for vannfall, og kunne mer hensiktsmessig vært plassert i kapittel I. Også § 36 er først og fremst relevant for vannfall. Medregnet § 4 (3)(2) finnes hele *fem* bestemmelser om konsesjonsplikt, fordelt over to kapitler. Antallet kunne med hell vært redusert, jf i samme retning Urquieta (2003) s. 30.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 76.

⁵¹ Som departementet selv sier, må det antas at nærståendebegrepet i aksjeloven og almennaksjeloven §§ 1-5 er relevant for anvendelsen, mens avgjørelsen for øvrig må bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, jf Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 50.

I tillegg til selve konsesjonsplikten etter første ledd, kreves det også et styresamtykke, jf fjerde ledd.⁵² Ervervet er i intet tilfelle gyldig uten dette. Dette er også aksjelovens normalordning, jf asl § 4-15(2). Kravet om styresamtykke etter industrikonsesjonsloven er absolutt, og gjelder tross eventuelle selskapsrettslige unntak.⁵³ Dersom selskapsstyret nekter å godkjenne et aksjeervert, vil dette være bindende også overfor konsesjonsmyndighetene. Motsatt vil et samtykke medføre at det åpnes konsesjonssak på vanlig måte. Motivene viser at samtykkekravet ble innført for å innføre intern selskapskontroll med slike aksjeoverdragelser, under synsvinkelen at selskapet lettere enn myndighetene kunne oppdage og stoppe pro forma transaksjoner gjennom stråmann.⁵⁴

I sjette ledd er departementet gitt en diskresjonær rett til å "fastsette slike vilkår som finnes påkrevet av almene hensyn" ved meddelelse av konsesjon etter første ledd. Bestemmelsen innebærer etter sin ordlyd ingen begrensninger i hvilke vilkår som kan settes, og heller ingen retningslinjer for utøvelsen av departementets skjønn. Den åpner for potensielt svært inngripende regulering fra myndighetenes side. Hjemmelen stammer fra den gang da loven var ny, og § 36 rettet seg inn mot aksjeervert som gjorde erververen til innehaver av aksje- eller partsmyndigheten i selskapet. Hensynet med § 36 den gangen var å likestille slike aksjeervert med overdragelse av vannfallet til ny eier og motvirke omgåelser av regelverket.⁵⁵ På den bakgrunn ser det ut til at muligheten til å ilegge vilkår om hjemfall for de aktuelle aksjene ble ansett som særlig viktig.⁵⁶ Sistnevnte mulighet har visstnok ikke blitt benyttet.⁵⁷ Men adgangen til å ilegge hjemfallsvilkår på aksjeposten er likevel beholdt, se syvende ledd.⁵⁸ Inntrykket ved gjennomgang av meddelte konsesjoner er at vilkår settes i de færreste sakene. Det er likevel klart at et bredt spekter av konsesjonsvilkår står til departementets disposisjon, jf eksempelvis de ulike postene i § 2

⁵² Tilsvarende samtykkekrav finnes ikke andre steder i industrikonsesjonsloven. En overdragelse som fører til at selskapet ikke lenger anses som offentlig eiet etter § 3 (1), men ikke støter an mot § 36, er det derimot overlatt til selskapet selv å regulere. Nærmere om samtykket, se asl/asal §§ 4-16 og 4-17.

⁵³ For eksempel vedtektene, jf asl § 4-15 (2), eller fordi selskapet er stiftet før aksjelovens ikrafttredelse § 21-2 nr. 25.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 69 (1966-67) s. 76.

⁵⁵ Amundsen (1918) s. 206. Sml. nå § 39.

⁵⁶ *ibid.* s. 209-210, Ot.prp. nr. 61 (2007-2008)

⁵⁷ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 46.

⁵⁸ Selv om den ble opphevet med hensyn til bergverksselskaper i 1969. Henvisningen i syvende ledd til "§ 1 første ledd" skulle for øvrig vært endret etter at det kom en ny formålsbestemmelse i første ledd. Se note 46.

(3). Riktignok er det et poeng som fremholdt i forarbeidene fra 1915, at ikke alle vilkårene som er nevnt der, uten videre kan anvendes på erverv av aksjer eller parter i et selskap. Det ville kunne gå utover de andre aksjonærene eller partshaverne.⁵⁹ På den annen side innebærer ordlyden at det ikke er noen positiv avgrensning av mulige typer vilkår etter § 36 (6). Tvert i mot åpnes det for en dynamisk tilpasning til politiske ønsker, samfunnsbehov og utviklingen i bransjen, se også § 2(3) post 23.⁶⁰

Styresamtykket og adgangen til å sette tyngende vilkår for konsesjon, gjenspeiler med all tydelighet at konsesjonsplikts sentrale formål er "å regulere eier og innflytelsesforhold på de forskjellige felter."⁶¹ Samtidig ville myndighetene sikre seg oversikt over hvem som er betydelige eiere i slike selskap.⁶² Særlig har oppmerksomheten vært rettet mot utenlandske eiere. Det ser man av forarbeidene fra den gang innslagspunktet ble hevet fra 10 til 20 % fordi grensen ble ansett som "unødvendig streng".⁶³ Konsesjonsplikten ble likevel beholdt:

Blant annet på bakgrunn av de foreslåtte liberaliseringer av reglene for utlendingers samlede konsesjonsfrie eierandel, er det av betydning å opprettholde muligheten for kontroll med samling av aksjer og innflytelse over en viss størrelse på én hånd.

Intensjonen ser ikke ut til å være at utlendingers aksjeerverv skal behandles strengere enn norske. Kontroll med slike erverv er noe annet. Ved lovendringene i 2008 ble konsesjonsplikten etter § 36 gitt den tilleggsfunksjon å være med og forhindre en situasjon hvor private ville kunne erverve mer enn 1/3 i offentlige vannfalleiende kraftselskaper, jf nytt åttende ledd, i samspill med §§ 2(1), 3 og 37.⁶⁴ Kontrollhensynet er altså videreført og

⁵⁹ Ot.prp. nr. 15 1915 s. 13, gjengitt i Amundsen (1918) s. 209.

⁶⁰ Som påpekt av Amundsen (1918) s. 87-88 og Urquieta (2003) s. 105 kan det neppe settes vilkår som er strengere enn postene i § 2 konkret hjemler. Men også for nye typer tyngende vilkår finnes det grenser for departementets kompetanse, jf den alminnelige vilkårlæren og læren om myndighetsmisbruk. Om sistnevnte, og kritikken av den, se Aulstad (2008).

⁶¹ Ot.prp. nr. 69 (1966-67) s. 74.

⁶² Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 46.

⁶³ Ot.prp. nr. 5 (1988-89) kap. 5.4, som også har en talende overskrift: "Grensen for konsesjonsfri utenlandsk eierandel på en hånd (§ 36)" [min utheving].

⁶⁴ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 47.

utvidet. Av samme grunn er det også inntatt i § 36 siste ledd en hjemmel for en egen forskrift om meldeplikt. Forskriften er ennå ikke kommet.

Et spørsmål er i hvilken grad departementet kan nekte å meddele konsesjon når konsesjon først kreves etter første ledd. Konsesjonsplikten gjelder altså likt for offentlige og private aksjeervertene.⁶⁵ Utover at konsesjon ikke kan meddeles dersom grensen på 1/3 privat eierskap overskrides, jf åttende ledd, er loven taus med hensyn til om konsesjon kan nektes. Loven omhandler plikten til å omsøke konsesjon. I dette ligger ingen binding på departementet. Uttalelsen i Ot.prp. nr. 69 (1966-67) s. 74 om at departementet har ønsket å "regulere" eierforhold, tyder på at nektelse ikke har vært uaktuelt, men jeg har ikke tall som viser om konsesjon faktisk har blitt nektet. Det synes forutsatt i Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) at det ikke er aktuelt å nekte konsesjon bare fordi en (privat) aksjonær oppnår mer enn 20 % av aksjene i et selskap. Jeg kan heller ikke se at spørsmålet om nektelse har vært aktualisert i øvrige forarbeider, uten at det av den grunn synes utelukket.⁶⁶ En annen ting er det at forvaltningsrettens alminnelige krav til likebehandling kan være til hinder for nektelse.

Når det gjelder muligheten for samtykke fra styret, er dette et selskapsrettslig spørsmål der reglene i asl § 4-16 gjelder. Departementet la til grunn ved innføringen av regelen at det var "en selvsagt forutsetning at styret ved avgjørelsen skal legge til grunn hensynet til selskapets interesser", og videre at "[s]tyrets avgjørelse [dermed ville] kunne gjøres til gjenstand for domstolsprøvelse, noe som må antas å gi det fornødne vern mot misbruk".⁶⁷

3.2.3 Erverv av "medeierskap"

Til sist kan det nevnes at nyerverv av tidsbegrensede langsiktige disposisjonsretter – såkalt "medeierskap" – ved forrige lovendring ble tillatt igjen, og gjort betinget av departementets samtykke, jf § 4 (3)(2).⁶⁸ Her brukes ikke ordet konsesjon, som i de andre

⁶⁵ Det følger av sammenhengen med § 3(1) at bare én privat aksjonær i hvert vannfalleiende selskap kan rammes av konsesjonsplikten, siden 1/3-grensen er absolutt, jf også § 36(8).

⁶⁶ Dette må nok ses i sammenheng med adgangen til å sette konsesjonsvilkår for ervervet.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 69 (1966-67) s. 76.

⁶⁸ En langsiktig disposisjonsrett er grovt sett en rett til å ta ut kraft mot å dekke en tilsvarende del av kraftverkets omkostninger. Det finnes en mengde ulike varianter som subsummeres ulikt under loven. Mens den tidsbegrensede varianten ligner på eierskap (derav kallenavnet), har de tidsbegrensede variantene gjerne

bestemmelsene.⁶⁹ Heller ikke angir bestemmelsen en rett for departementet til å sette tyngende vilkår for samtykket, slik den gjorde tidligere.⁷⁰ På den annen side sikrer bestemmelsen at disse rettighetene, som har stor likhet med et deleierskap, også omfattes av lovens hovedregel om erverv av eiendomsrett til vannfall. Erverv av rettigheter i vannfall er ellers forbudt uten uttrykkelig hjemmel i lovens kapittel I, jf § 1 (2)(2). Også etter § 4 (3)(2) er det et krav at erverver er offentlig aktør. Jeg finner det derfor mest riktig å presentere bestemmelsen som en konsesjonsregel under konsesjonssystemet for erverv av vannfallrettigheter.⁷¹

3.3 Hvilke disposisjoner utløser konsesjonsplikt?

Det er ved erverv av rettigheter i vannfall, eller aksjer og lignende i vannfalleiende aksjeselskaper, at de mest sentrale styringsmekanismene i industrikonsesjonsloven utløses. Sentrale spørsmål er hva som utgjør et erverv i lovens forstand og hvordan eiendomsrett i denne sammenheng skal defineres, men også hva objektet for ervervsreglene er. Ikke minst nå som erverv både av konsederte og ukonsederte fall er forbeholdt offentlige aktører, vil det kunne være av vesentlig betydning om en disposisjon er å anse som erverv eller ikke. Trås det feil, kan resultatet etter loven bli at rettigheten må overdras videre til en offentlig aktør.⁷²

Det må avklares hva som rent faktisk er gjenstand for lovens regler. Et vannfall er kort og godt et sted med fallende vann. Det følger eksplisitt av loven at også stryk omfattes. Lovgivningshensynet ligger i dagen. Både fall og stryk kan etter forholdene utnyttes til kraftproduksjon, og loven bygger på et behov for kontroll med og eierskap til disse

blitt ansett som en form for leie. De kunne inngås med betydelig lengre tidshorisont enn det nye utleieregimet etter § 5 åpner for, for eksempel 60 år. Slike og lignende leieavtaler kan ikke lenger inngås, bare overdras videre til offentlige aktører etter § 4 (3)(1).

⁶⁹ Det ser ut til å være et trekk ved industrikonsesjonsloven at den bruker andre ord enn konsesjon for å markere at det vanligvis ikke settes betingelser, se også Amundsen (1918) s. 17. Distinksjonen kan være hensiktsmessig, men avgrenser ikke nødvendigvis hvilke regler som kan ses som konsesjonsregler. Mestad (1986) s. 1 ff. mener at et generelt forbud mot en handling i kombinasjon med at offentlige styresmakter gis kompetanse til å tillate handlingen, er det sentrale. Om det også stilles vilkår for tillatelsen, er ikke avgjørende for om det kan kalles en konsesjon.

⁷⁰ Hjemmelen følger uansett av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

⁷¹ Begrepet konsesjonssystem bruker jeg her som en motsetning til når naturressurser utnyttes gjennom et kontraktssystem, se Mestad (1985) s. 51 ff.

⁷² Se kap. 3.5 nedenfor. Erstatningsrettslige spørsmål som da måtte oppstå mellom avtalepartene, faller i sin helhet utenfor avhandlingens tema.

naturressursene. Da må også stryk omfattes, så sant de kommer over konsesjonsgrensen. Det samme må gjelde der vannfallet bare utgjør en del av en eller flere eiendommer som overdras.

En viktig utvidende fortolkning har skjedd gjennom departementets egen konsesjonspraksis: også *anlagte kraftverk* anses som ”vannfall”.⁷³ De er dermed underlagt samme konsesjonsregime som selve vannfallet. Tolkningen ser ikke ut til å ha fått særlig oppmerksomhet i juridisk teori.⁷⁴ Tatt i betraktning de formålene som konsesjonslovgivningen har forfulgt siden den først ble etablert, herunder særlig økonomiske og styringsmessige hensyn, ville noe annet være lite heldig.⁷⁵ Hele vannfallets verdi i industriell sammenheng forutsetter et kraftverk, og en oppsplitting av eierskapet til de to ville svekke de nevnte hensynene. Departementets begrunnelse ser i realiteten ut til å basere seg på dette synspunktet.

Dernest må ervervet gjelde en *eiendomsrett* til vannfall.⁷⁶ Loven forutsetter en konkret vurdering av hvorvidt det overføres slike beføyelser at det dreiser seg om henholdsvis en eiendomsrett eller enn annen og mindre vidtrekkende rettighetsstiftelse. I praksis vil dette neppe by på store problemer. I den norske kraftnæringen er det riktignok et mangfold av ulike eksisterende avtaler og rettighetsstiftelser i vannfall. Ikke alle har vært regulert, eller de har blitt regulert først etter de ble utviklet av aktører bransjen som ønsket å utnytte handlingsrommet innen de til enhver tid gjeldende reglene. Eksempler her er bruksretter og langsiktige disposisjonsretter.⁷⁷ Men av disse er det bare langsiktige disposisjonsretter uten tidsbegrensning ligner på eiendomsrett, og de er nå uttrykkelig regulert i lovens § 4 (3)(2).⁷⁸ På grunn av § 1 (2)(2), vil andre rettighetsstiftelser enn de

⁷³ Jf. Meddelte vassdragskonsesjoner (Mv) 1997 nr. 3 s. 7 og Mv 1997 nr. 16 s. 50, se også Urquieta (2003).

⁷⁴ Kun Urquieta (2003) går inn på dette. Drøftelsen hos Amundsen (1918) s. 106 relateres ikke til kraftverk direkte. Problemstillingen aktualiseres ved utøvelse av forkjøpsrett. I andre tilfelle ville et erverv kun av kraftverket forutsette bruksrett til vannfallet – som jo var konsesjonspliktig.

⁷⁵ Urquieta (2003).

⁷⁶ I praksis er fallrettigheter som oftest realservitutter som hefter ved den faste eiendommen vannfallet ligger på. ”Eiendomsrett” vil altså si evigvarende bruksrett, i motsetning til tidsbegrensede bruksretter. Se Falkanger (2002) s. 157-158.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 44-45.

⁷⁸ Om langsiktige disposisjonsretter, se kap. 3.2 ovenfor. Bruksrettskonsesjon skiller seg fra disse ved at de normalt innebar at konsesjonæren leide vannfallet og bygde og drev kraftstasjonen, som han dermed ble eier av selv. Totalt er det meddelt fem bruksrettskonsesjoner (etter tidligere lovgivning) til private for leie av offentlig eide vannfall. Offentlige bruksrettskonsesjonærer leier helt eller delvis vannfall fra andre offentlige aktører i et betydelig større omfang, Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 43.

loven foreskriver, ikke lenger kunne skje. Dette tatt i betraktning, vil det neppe forekomme mange avtaleformer i grenselandet mot eiendomsrett til vannfall. Eller som departementet uttrykker det, rettigheter som ellers kunne ”uthulet innholdet i det offentlige eierskapet”.⁷⁹

For å klargjøre hva som ligger i begrepet ”ervert”, kan det være hensiktsmessig å se noe nærmere på hensynene som gjør seg gjeldende. I et styringsperspektiv kunne det være ønskelig å gripe inn overfor både bestående og nye eiere med de konsesjonsvilkår man til enhver tid fant nødvendige. Det er ikke lovens system. Valget av ervert som viktigste faktor for myndighetenes kompetanse til å sette konsesjonsvilkår, fremstår som en avveining til fordel for aktørenes innrettelse og behov for forutberegnelighet. Fortløpende styring og kontroll kan likevel skje ved rådighetsbegrensninger og faste forpliktelser oppstilt i konsesjonsvilkårene, og til en viss grad underveis etter særlige lovhjemler.⁸⁰

Loven fikk med endringene i 2008 for første gang en formålsbestemmelse, som ble inntatt i § 1(1).⁸¹ Utgangspunktet slås fast i første setning, nemlig at landets vannkraftressurser tilhører og skal forvaltes til beste for allmennheten.⁸² Man kan merke seg at alle vannkraftressurser omfattes, uavhengig av om de er konsedert eller ikke eller er over lovens innslagspunkt i andre ledd. Siden det fortsatt finnes heleide private vannfall, og loven ikke legger seg oppi eksisterende eierskap, er utgangspunktet mer programmatisk enn reelt i innhold. Loven ser ut til å regne private falleieres eiendomsrett som noe foreløpig, for så vidt i samsvar med mekanismene som vil øke den offentlige eierandelen på sikt. Middelet som skal virkeliggjøre idealet og som vel også må forstås som et mål i seg selv, er offentlig eierskap på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt nivå. I dette ligger at eierskapet ikke bare skal være offentlig, men også fordelt mellom nivåene, noen ganger omtalt som ”spredt offentlig eierskap”.⁸³

⁷⁹ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 72.

⁸⁰ §§ 5a og 27. Se om endringer av konsesjonsvilkår Mestad (1986) s. 40-63.

⁸¹ Og som dermed medførte at henvisningen i § 36 (8) ble feil.

⁸² Til sammenligning har *staten alene* eiendomsretten til en annen verdifull naturressurs, nemlig petroleumsforekomster, se lov om utvinning av petroleum under land § 1(1) og petroleumsloven § 1-1. Systemet er at staten gir tillatelser til andre til å utvinne og videreselge disse forekomstene, riktignok med et i praksis stort statlig engasjement på produksjonssiden.

⁸³ Ot.prp. nr. 61 2007-2008 kap. 3.2.3.

I og for seg, og som det poengteres i forarbeidene, kan et formål om offentlig eierskap leses inn i loven helt fra den ble vedtatt.⁸⁴ Hjemfallsinstituttet hadde nettopp dette som en formell konsekvens, om enn ikke som uttrykt mål og om enn ikke som eneste mål. Fremhevingen av offentlig eierskap som formål i seg selv må ses på bakgrunn av Norges tolkning av EFTA-domstolens avgjørelse i *hjemfallsaken* og at dagens ervervsregler er basert på denne tolkningen.⁸⁵ Det er nettopp erverv for andre enn offentlige aktører som nå er avskåret.

Ervervsbegrepet er vidt og omfatter ervervsgrunnlag av ethvert slag, så som avtale, tvangssalg, bytte, ekspropriasjon, skifte, odelsløsning, arv, og trolig også bruk av fylkeskommunal og statlig forkjøpsrett. I relasjon til aksjeerverv vil for eksempel emisjoner som fører til at enkelte aksjonærer øker andelen av kapitalen eller stemmene, eller som fører til at det kommer inn nye aksjonærer i selskapet, anses som et erverv av aksjer eller andeler etter denne bestemmelsen.

Samtidig er det et krav at ervervet medfører en definitiv overføring av fallretten. Det er et minstekrav at overdragelsen er rettslig bindende etter de gjeldende reglene for det aktuelle ervervsgrunnlaget.⁸⁶ Dersom ervervet skjer ved avtale må spørsmålet om avtalen er bindende løses på grunnlag av alminnelige avtalerettslige prinsipper. En kan stille spørsmålet om formålet om offentlig eierskap kan begrunne en strengere tolkning av ervervsbegrepet, slik at flere disposisjoner ble omfattet, enten fordi dette vil kunne lede til en raskere overføring av ressursene til den offentlige sfæren eller for å ivareta overholdelsen av EØS-reglene slik de norske myndighetene forstår denne. Men jeg vil tro at dette er mindre aktuelt og at det oftere vil bli spørsmål for departementet om å anvende en av unntaksreglene for ervervskonsesjonsplikten. Da vil formålet kunne få betydning for departementets vurdering, se kap. 3.4.3 nedenfor.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008)

⁸⁵ Se kap. 2.3.

⁸⁶ Om de tilfeller der forvaltningen ikke gir konsesjon til ervervet, se kap. 3.5.

3.4 Hvilke disposisjoner utløser ikke konsesjonsplikt?

3.4.1 Vannfall under en viss størrelse

Ukonsederte vannfall under 4000 naturhestekrefter⁸⁷ omfattes ikke av loven og kan dermed fritt erverves av enhver. Konsekvensen er at det verken kan nektes eller stilles vilkår for erverv under denne grensen, men eventuelle tiltak i vannfallet må likevel omsøkes i tråd med bestemmelsene i vassdragsreguleringsloven og vannressursloven. Foruten alle mikro- og minikraftverk, går de fleste nye småkraftverk nå klar av konsesjonsgrensen.⁸⁸ I følge småkraftforeningen vil for eksempel uregulert elvekraft under 10 MW nesten alltid falle under denne grensen.⁸⁹ Men det er altså ikke et sammenfall mellom småkraftdefinisjonen og lovens innslagspunkt, siden konsesjonsplikten er uavhengig av installert effekt. Grensen ble hevet fra 1000 nat.hk. ved lovendring i 2004. Begrunnelsen var at en enklere konsesjonsprosess ville gi økonomisk insentiv til økt småkraftutbygging i en tid med inntektsbortfall i jord- og skogbruket.⁹⁰

Innslagspunktets faktiske betydning reduseres noe av at mange vannfall under 4000 nat.hk. allerede er bygget ut, og dermed konsedert.⁹¹ Siden de da omfattes av § 2 post 22, kan de bare erverves av offentlige aktører i tråd med hovedregelen ellers. Skillet mellom konsederte og ukonsederte fall på dette punktet er forutsatt i forarbeidene.⁹² Systemet i ikl tilsier også en slik tolkning.

Vurderingskriteriet er om vannfallet ved regulering antas å kunne utbringes til mer enn 4000 nat.hk. enten alene eller i forbindelse med andre vannfall som erververen eier

⁸⁷ Begrepet naturhestekraft (nat.hk.) brukes ikke bare til avgrensning av konsesjonsplikten (se også vregl. §§ 2 og 3), men også ved beregning av konsesjonsavgift og konsesjonskraft, se ikl § 2 post 12 og 13. Nat.hk. er et uttrykk for potensiell bruttoeffekt (arbeid per tidsenhet) i et utbyggingsprosjekt, og beregnes etter formelen $Nat.hk. = k \cdot Q \cdot h$, der k er konstanten 13,33, Q representerer gjennomsnittlig regulert vannførsel og h er brutto fallhøyde. Metoden er grov, men forholdsvis enkel å bruke, i den forstand at det ikke skal gjøres fradrag for tap i tunneler, luker, maskineri med videre. 1 nat.hk. tilsvarer 0,736 KWh. Dermed tilsvarer innslagspunktet på 4000 nat.hk. en årsproduksjon på $[0,736 \text{ kW} \times 4000 \times 24 \text{ h} \times 365 \text{ dager} \approx] 25,6 \text{ GWh}$ når det forutsettes full produksjon året rundt. Hvor mye elektrisk energi fallet faktisk vil utbringe kommer helt an på de lokale forholdene.

⁸⁸ I henhold til NVE's definisjoner er mikrokraftverk et kraftverk med en samlet installert effekt mindre enn 100 kW, minikraftverk mellom 100 kW og 1000 kW, og småkraftverk mellom 1 MW og 10 MW. For enkelhets skyld vil jeg bruket ordet småkraftverk om alle tre kraftverkstyper.

⁸⁹ Statsrådets brev til Stortinget v/energi- og miljøkomiteen av 11. juni 2008 s. 16.

⁹⁰ Se Ot.prp. nr. 54 (2003-2004) kap. 2.1.

⁹¹ Den gamle grensen på 1000 nat.hk. hadde ligget fast siden 1909.

⁹² Ot.prp. nr. 54 (2003-2004) kap. 6.1

eller bruker når fallene hensiktsmessig kan utbygges under ett. Ordlyden ”antas å kunne utbringes til” innebærer at det hører under forvaltningens skjønn å ta stilling til potensiell kraftmengde. Ved uenighet om kraftmengden som kan utbringes, kan erververen etter fjerde ledd velge å la OED avgjøre spørsmålet med bindende virkning. Hvis ikke avgjøres tvisten etter skjønnsloven, noe som visstnok knapt har forekommet.⁹³ Dermed er det i realiteten forvaltningen som avgjør om et utbyggingsprosjekt omfattes av ikl § 1 (2).

3.4.2 Privat deleierskap

Dagens ervervsregler under konsolideringsmodellen holder muligheten åpen for en viss deltakelse fra private.⁹⁴ De kan ikke erverve deleierskap i selve fallet, så deleierskapet må være i et selskap, foretak eller lag som igjen eier fallet, jf § 2 (1)(2). Forutsetningen er at den eller de offentlige eierne alene eller til sammen direkte eller indirekte innehar minst 2/3 av kapitalen og stemmene i selskapet. Resten – inntil 1/3 – kan eies av andre, det vil si private eller for den del utenlandske offentlige aktører. Selskaper der slike aktører besitter en større eierandel enn 1/3, vil på grunn av § 2 (1) ikke kunne erverve norske vannfall. Tilsvarende gjelder det at når et selskap først innehar konsesjonspliktige eller allerede konsederte rettigheter, kan ikke grensen for privat deleierskap senere overstiges. Regelen følger uttrykkelig av § 3 (1), som gir § 2 (1) tilsvarende anvendelse ved direkte eller indirekte endringer av organiseringen av selskapet.

Det stilles ikke uttrykkelig noe krav til ansvarsformen i selskapet etter § 2 (1). Jeg minner om det som er sagt ovenfor om selskaper med ubegrenset ansvar, som medfører at regelen i § 37 likevel gjelder. Dette innebærer at ansvarlige selskaper kun kan få ervervskonsesjon etter § 2 (1) hvis det ikke er private deltakere i selskapet overhodet. Private kan heller ikke bli andelseiere *etter* at selskapet har skaffet seg konsesjonspliktige rettigheter, jf § 3 (1).

For å unngå omgåelser av 2/3-regelen er det innført et tilleggskrav etter § 2 (1) *in fine* at organiseringen skal være slik at det ”åpenbart foreligger reelt offentlig eierskap”. Et viktig spørsmål er hva som ligger i uttrykket. Bestemmelsen har preg av en

⁹³ Falkanger (2002) s. 274

⁹⁴ Med ”private” menes når ikke annet framgår av sammenhengen, alle som ikke er ”offentlige aktører”, se note 41.

sikkerhetsventil. Ordlyden legger opp til en konkret, bred vurdering. Offentlig eierskap til vannkraftressursene er lovens bærende formål, jf § 1 første ledd. Det følger allerede av alminnelig lovtolkning at formålet er av betydning for vurderingen av hvem som kan få eller fortsatt inneha konsesjon som offentlig eier. At loven samtidig tillater etablering av privat deleierskap, innebærer at formålsbestemmelsen ikke skal forstås ordrett, men at den likevel har et kjerneinnhold som skal beholdes. ”Reelt offentlig eierskap” i § 2 må antas å sikte til nettopp et slikt kjerneinnhold.⁹⁵ Ser man hen til 2/3-regelen i loven, er beskyttelse mot negativ selskapsrettslig kontroll hos private aktører det mest fremtredende elementet.⁹⁶ Denne kontrollkomponenten er også det sentrale i forarbeidenes diskusjon av hva som bør inngå i et eierskap.⁹⁷ Med referanse til andre lovforarbeider spørres det først og fremst etter hvem som har kontroll over og faktisk styrer virksomheten. Fra dette utleder departementet at det må stilles krav ikke bare til eierandel og stemmeandel, men også til organiseringen. ”Faktisk” kontroll, altså hva som fremgår av vedtekter, aksjonæravtaler og lignende, kan være relevant å vurdere. Avvik fra selskapslovgivningens normalordninger i favør private deleiere, for eksempel om utbytte, mener departementet ville være i strid med lovens formål og ikke kan godtas. Her nevnes for første gang utbyttekomponenten, som for øvrig også inngår i lovens formålsparagraf, se § 1 første ledd første punktum. Det er ikke åpenbart at utbytterett omfattes av begrepet ”organiseringen”. Formålsbestemmelsen i § 1 indikerer at det er forsvarlig å gi utbyttekomponenten noe vekt. Lovens krav er dessuten at det ”åpenbart” må foreligge reelt offentlig eierskap. Tvil om hvorvidt kravet er oppfylt i det konkrete tilfellet, for eksempel på grunn av utbytteregler, betyr at konsesjon skal nektes.

Et interessant spørsmål er om sikkerhetsventilen vil fungere etter hensikten. Problemer kan tenkes å oppstå i minst to situasjoner. For det første omgørelser av 2/3-kravet gjennom bruk av eierkjeder. Da kan det være svært mange bakenforliggende selskaper med ulike innslag av privat eierskap. Etter blokkprinsippet, som departementet tidligere brukte på eierkjeder, ble hvert enkelt av de bakenforliggende selskapene vurdert etter 2/3-kravet.⁹⁸

⁹⁵ Et annet poeng er forholdet til art. 125 EØS.

⁹⁶ Se Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 72-73. Etter aksjeloven og allmennaksjeloven gjelder krav om kvalifisert flertall på minst 2/3 ved viktige selskapsavgjørelser, så som forhøyelse av aksjekapitalen etter §§ 10-1, opptak av lån på særlige vilkår etter §§ 11-1, beslutning om fusjon etter §§ 13-3 (2) og så videre.

⁹⁷ *ibid.* s. 36

⁹⁸ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 36-37.

Hvis selskapet oppfylte kravet til offentlig eierandel, ble dets eierandel i det underliggende selskapet i sin helhet ansett offentlig. Med en slik tilnærming kunne man etablere inntil 1/3 privat eierskap i en lang kjede av eierselskaper over det direkte falleiende selskapet.

Matematisk ville det private innslaget da være langt høyere enn 1/3. Selv om grensen var overholdt i hver enkelt bedrift, kan det likevel tenkes at konstruksjonen ville gi de private deleierne mer kontroll over styringen (særlig hvis samme aktør gikk igjen i flere bakenforliggende selskaper) og større andel av utbyttet enn lovens formål skulle tilsi.

Departementet har derfor forutsatt, og dette legges som nevnt opp til i loven, at blokkprinsippet erstattes av en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Vurderingen skal bygge på de matematiske eierinteressene og hvorvidt organiseringen av de bakenforliggende selskapene tjener noe annet formål enn omgåelse. Antall ledd i kjeden og graden av spredning i hvert ledd er relevant, og om det er samme eller ulike eiere i hvert ledd.⁹⁹ En slik ny forvaltningspraksis gir etter mitt syn gode muligheter til å håndheve 2/3-regelen når det gjelder eierkjeder.

Men det kan også tenkes andre eierkonstellasjoner som er problematiske i denne sammenhengen. Loven stiller ingen uttrykkelige krav til størrelsen eller antallet av de enkelte private og offentlige eiernes eierandeler i det vannfalleiende selskapet, så lenge 2/3-regelen holdes. Innenfor dagens regime kan man tenke seg et vannfalleiende aksjeselskap der hver eneste norske kommune og fylkeskommune har en liten eierandel, enten direkte eller gjennom hvert sitt heleide selskap. Til sammen eier disse offentlige aktørene 2/3 av aksjeselskapet, mens ett privat selskap alene sitter på resten. Den private deleieren er dermed mange ganger større enn hver enkelt av de offentlige deleierne. I praksis vil han trolig få stor påvirkningskraft og innflytelse, også hvis aksjeposten ble tenkt mindre eller antallet kommuner færre.¹⁰⁰ Hvordan skal slike forhold bedømmes etter gjeldende rett? Forutsetningen er at det ikke foreligger spesielle selskapsavtaler, vedtekter eller lignende som nevnt ovenfor, som ville gitt den private deleieren slik kontroll eller utbytte at det ikke forelå reelt offentlig eierskap.

⁹⁹ *ibid.* s. 37.

¹⁰⁰ Mange av de såkalte golden shares-sakene gjaldt nettopp nasjonale tiltak for å hindre enkeltaktører i å oppnå slik innflytelse. Ett av tiltakene var rettet inn mot erverv som ga 5 % av aksjene i visse selskap, eller eventuelt også mindre, se sak C-326/07 *Kommisjonen mot Italia*.

Et slikt tilfelle ser ikke ut til å ha vært vurdert i arbeidet med loven. Departementet har vist til ulike disposisjoner til uttrykk for hva det kaller ”faktisk kontroll”, men alle er av juridisk art. I den tenkte situasjonen er grunnlaget for ”kontrollen” et annet. Lovens ordlyd fanger etter min mening ikke opp dette tilfellet, for det bunner ikke i ”organiseringen” av selskapet. Tvil om eierskapet åpenbart er reelt offentlig, kan da ikke lede til konsesjonsnekt. Spørsmålet er om bestemmelsen skal tolkes utvidende av hensyn til formålet, slik at påvirkning eller kontroll også langs andre dimensjoner rammes. Svaret på dette er jeg usikker på. Man kan aldri gardere seg mot at en dyktig privat aktør får større innflytelse enn eierposten skulle tilsi. Det kan til og med være ønskelig av samfunnsøkonomiske og bedriftsøkonomiske hensyn, så lenge det ikke påvirker utbytteandeler. Aktørenes behov for forutberegnelighet tilsier tilbakeholdenhet fra forvaltningens side. Det viktige er kanskje at de nevnte juridiske skrankene overholdes, samtidig som aktørene gis spillerom.

3.4.3 Fusjoner

Når "særlige hensyn" foreligger, kan OED etter ikl § 1 (5) i det enkelte tilfelle gjøre unntak fra konsesjonsplikten og forkjøpsrett.¹⁰¹ Unntaket ble innført i 1990 for å gi et insentiv til fusjoner mellom vannfalleiende selskaper, noe som var samfunnsøkonomisk svært ønskelig den gang.¹⁰² Man ville også lette omorganiseringen av kommunale elverk til aksjeselskaper og, av "industrimessige hensyn," åpne for strukturendringer i industrikonserner med vannfallsrettigheter. Som tilleggsargument trakk departementet fram at det uansett ble brukt store ressurser på omgåelse av 90 %-regelen, noe man ikke greide å stoppe.¹⁰³ Ikl § 1 (5) har hatt en enorm praktisk betydning de siste 20 årene, særlig ved fusjoner. Nesten alle strukturendringer etter innføringen av energiloven har blitt meddelt

¹⁰¹ Ikl §§ 6 og 9. Jeg nevner at en utøvelse av statens forkjøpsrett nok ville kreve en omstrukturering av statens nåværende eierskap gjennom Statkraft, som ifølge Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 27 allerede eier 36 % av produksjonskapasiteten i landet. Konkurransetilsynet (2008) mener selskapet allerede har en dominerende posisjon og har antydning at ytterligere ekspansjon fra selskapets side lett vil kunne stride mot konkurranselovens formål.

¹⁰² Ot.prp. nr. 31 (1989-1990) s. 2. Se også kap. 2.4.

¹⁰³ Dette er uaktuelt i dag, jf kap. 3.2.2.

unntak etter denne bestemmelsen, og dette omfatter det meste av dagens norske kraftforsyning.¹⁰⁴

Holdningen i departementet er at slike omorganiseringer fremdeles kan være ønskelige, og altså vil bli betraktet som "særlige hensyn". Bestemmelsen er derfor beholdt med følgende kommentar:¹⁰⁵

Unntaksbestemmelsen må praktiseres i tråd med konsolideringsmodellen. Det er derfor nødvendig å legge til grunn en strengere fortolkning av forarbeidene til bestemmelsen (Ot.prp. nr. 31 (1989-90), enn det som har vært etablert praksis i senere år. Prinsippene i konsolideringsmodellen som nå foreslås nedfelt i industrikonsesjonsloven og formålsbestemmelsen i § 1 nytt første ledd om offentlig eierskap skal tillegges stor vekt.
[min utheving]

Hvorvidt unntaksbestemmelsen *kan* praktiseres "i tråd med konsolideringsmodellen", det vil si i tråd med EØS-avtalens krav til eierskapsregimet, vil jeg komme tilbake til.

3.4.4 Øvrige unntak

Ikke § 1 gjør ytterligere noen unntak, som går tilbake til 1917. Etter sjettede ledd kan Regjeringen gi tillatelse¹⁰⁶ til erverv uten hensyn til lovens hovedregel i § 2 der det ervervede fallet ikke skal utnyttes til kraftproduksjon. Søkes det senere om utbygging, "skal Kongen fastsette vilkår i tråd med de til enhver tid gjeldende grunnregler i loven her" (min utheving). Selv om kraftutbygging av ulike grunner ikke er aktuelt, kan vannet som det påpekes i forarbeidene likevel være av betydning for andre formål.¹⁰⁷ Tatt i betraktning at det er vannkraftressursene loven skal sikre, og ikke andre vannressurser, fremstår unntaket som lite problematisk. Men selv om det settes betingelser i etterkant, åpner loven for at eiendomsretten i prinsippet kan være ervervet av en privat aktør allerede. Det vil være helt opp til departementets utøvelse av dets diskresjonære skjønn å unngå et slikt

¹⁰⁴ NOU 2004: 26

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 69.

¹⁰⁶ Endret fra "koncession" da bestemmelsen ble flyttet inn i § 1 ved en lovendring i 1992, trolig for å skille det fra de vanlige konsesjonstilfellene. I neste ledd snakkes det igjen om "konsesjonær". Om konsesjonsbegrepet, se note 69.

¹⁰⁷ Jf kommentarene til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 82 (1991-1992). Skillet peker henimot distinksjonen mellom *eierskap* til vannfall og *utnyttelsen* av disse til kraftproduksjon, se kap. 10.2.

hendelsesforløp. I lys av formålsbestemmelsen og det nye regimet for erverv av rettigheter i vannfall, vil departementet ha hjemmel til konsekvent å nekte private ”tillatelse”, eller stille betryggende vilkår for ”tillatelsen”, for nettopp å unngå at resultatet blir privat erverv av konsesjonspliktig vannfall. Selv om spørsmålet kanskje ikke vil bli aktualisert særlig ofte, innebærer ordningen en risiko for at private likevel kan erverve vannkraftressurser.

Etter tredje ledd er enkelte familiære overganger så som skifte, arv og odel unntatt fra konsesjonsplikten. Det vil si at slike erverv helt ut kan unntas fra hovedregelen. Vannfall som dette, som ikke drives gjennom et selskap, er det neppe så mange av og de vil mest sannsynlig være små av omfang. Dermed er de av mindre betydning for den totale eierskapsreguleringen. På den annen side foretar departementet ingen vurdering av unntaket opp mot lovens hovedregel, eller av behovet for unntaket, og det kunne derfor vært sløffet.

3.5 Virkningen av avtaler om erverv i strid med loven

De nye ervervsreglene gir grunn til å spørre hvordan virkningene av eventuelle lovstridige ervervsavtaler skal reguleres. Det følger av ikl §§ 1 og 36 at det ikke kan erverves eiendomsrett til konsesjonspliktige vannfallsrettigheter eller aksjer eller parter i selskaper som eier slike rettigheter ”med full rettsvirkning” uten konsesjon.¹⁰⁸ I dette ligger den begrensning at en kjøpsavtale ikke kan forlanges fullbyrdet så lenge konsesjon ikke er gitt, se § 29 (1).¹⁰⁹ Etter § 31(1) kan departementet velge mellom å pålegge erververen at overdragelsen omgjøres eller skjer til en offentlig aktør. Erververen kan i verste fall risikere tvangssalg etter § 32(1) dersom han ikke etterkommer pålegget.

¹⁰⁸ En tilsvarende bestemmelse mangler ved ervervsavtaler vedrørende allerede konsederte vannfall etter § 2 andre ledd post 22.

¹⁰⁹ Men loven bestemmer ikke at partenes avtale av den grunn skal anses ugyldig. Det er et annet spørsmål. De fleste ervervsavtaler har for øvrig klausuler som regulerer det tilfelle at ervervskonsesjon ikke gis.

4 Utleie og driftsoperatørskap

4.1 Innledning

Private tillates også en viss deltakelse i kraftproduksjonen via utleieordningen for vannkraftverk. Ordningen er hjemlet i den ennå ikke ikrafttrådte ikl § 5. Her har Stortinget samtidig lovfestet den eksisterende ordningen med driftsoperatør, jf første ledd.¹¹⁰ Avtaler om utleie av kraftverk og anlegg kan nå inngås etter andre ledd, en mulighet som altså har vært avskåret siden den provisoriske anordningen av 10. august 2007 som innvarslet det nye eierskapsregimet.¹¹¹ For begge avtaleformer gjelder det at de maksimalt kan inngås for en periode på inntil 15 år, og at partene står fritt til å avtale kortere perioder. Som jeg vil komme nærmere inn på nedenfor, forutsetter loven at det skal være mulig å kombinere utleie og driftsoperatørskap med samme eller to ulike avtaleparter. Dermed åpnes det for flere ulike avtalekonstellasjoner.

Etter § 5 tredje ledd må avtaler etter første og andre ledd forhåndsgodkjennes av departementet, og eier holdes ansvarlig for all bortsetting i henhold til meddelte konsesjoner.¹¹²

I fjerde ledd finnes en vidtgående hjemmel for departementet til å gi forskrift for de to typene avtaler. Et utkast var ute på høring senvinters 2010. Siden loven er romslig med hensyn til den nærmere utformingen av ordningene, vil redegjørelsen nedenfor for en stor del knyttes til den foreslåtte forskriften. Det er umulig å si i hvilken grad den endelige utformingen av leieordningen vil avvike fra forslaget. I det følgende vil jeg for enkelthets skyld referere til dette som forskriften. Interessante spørsmål knytter seg til graden av

¹¹⁰ Kort fortalt står en driftsoperatør for praktisk drift og vedlikehold av kraftverk og anlegg etter avtale med eieren, *uten ansvar for driftens økonomiske resultat*. Driftsoperatørskap har blant annet vært brukt noen steder i Glomma- og Lågenvassdragene, Ot.prp. nr. 66 (2008-2009) kap. 3.5.

¹¹¹ § 1(2)(2) krever særskilt hjemmel for "[e]rverv av andre rettigheter enn eiendomsrett over vannfall som nevnt i første punktum." Med lovendringene i 2008 ble reguleringen av alle andre rettighetsstiftelser enn eiendomsrett plassert i § 4. Samtidig bebudet departementet nye regler blant annet for stiftelse av leierett, nå altså hjemlet i egen bestemmelse.

¹¹² Industrikonsesjonsloven, vassdragsreguleringsloven, vannressursloven og "tidligere vassdragslovgivning".

styring og kontroll på eiers hånd under de ulike avtaletypene. Jeg vil komme tilbake til dette nedenfor, etter en nærmere redegjørelse for reglens virkeområde og forskriftens grunnleggende grep med innføringen av et ”driftsansvar”.

Utleieordningen gjør i motsetning til ervervsregelen ikke forskjell mellom private og offentlige aktører. I praksis er det likevel grunn til å regne med at utleieren oftest vil være en offentlig aktør, og leietakeren som oftest privat. Delvis fordi det er få privateide vannfall, men utleie er først og fremst relevant for små kommuner som har få ressurser til effektiv drift, og som ellers ville sett salg som en mer nærliggende kilde til forutsigbar inntekt.¹¹³ Flere aktører vil få mulighet til å drive vannkraftverk for egen regning og risiko, riktignok i en avgrenset periode.¹¹⁴ Dette kan synes å stå i en viss motsetning til de nasjonal-proteksjonistiske formålet bak konsolideringsmodellen. Det har derfor vært en uro i departementet for at innføringen av en utleieadgang kunne påvirke systemet i lovens eierskapsregler og "undergrave det bærende prinsippet om offentlig eierskap til vannkraftressursene".¹¹⁵ Stikkord her er graden av ansvar og styring på eiers hånd. Dette er også bakgrunnen for at fremleie ikke er tillatt, se andre ledds andre punktum.¹¹⁶

Formålene bak regelsettene er imidlertid ikke nødvendigvis motsetningsfylte. Det kan nevnes at ønsket om begrenset deltakelse fra private er kommet til uttrykk allerede i 2/3-regelen. Deltakelsen er for det første ment å komme det offentlige til gode gjennom driftsoptimalisering i bransjen. For det andre vil utleie kunne gi den enkelte offentlige eier en mer forutsigbar inntekt med senket risiko, og spare kostnader i egen organisasjon.¹¹⁷ En gitt offentlig eier kan på den bakgrunnen faktisk vurdere det slik at utleie er mest i tråd med kommunens interesser. Jeg kan ikke se at formålsparagrafen ikl § 1(1) står i veien for en slik synsmåte. Forutsetningsvis vil utleie skje når dette er det økonomisk mest gunstige valget for eieren. I lys av at alternativet for små vannfalleiende kommuner gjerne er salg til en annen og større offentlig aktør, kan formålet om eierskap særlig på kommunalt nivå sies å styrkes med utleieordningen.

¹¹³ Ot.prp. nr. 66 (2008-2009) s. 11.

¹¹⁴ *ibid.* s. 6.

¹¹⁵ *ibid.* s. 5. Den endelige ordningen har imidlertid blitt mindre rigid enn proposisjonen la opp til, se kap. 4.3.

¹¹⁶ *ibid.* s. 8.

¹¹⁷ *ibid.* s. 6.

4.2 Utleieforskriftens virkeområde

Objektet for avtaler som inngås etter § 5, er i begge tilfeller kraftverk og tilhørende anlegg. Vannfallsrettigheten de hører til må være *utbygd* og *konsesjonspliktig*. Utleieforskriften har tatt i bruk et nytt samlebegrep – vannkraftanlegg – om de kraftverkene og tilhørende anlegg som § 5 gjelder, og jeg vil gjøre det samme.

Det fremgår ikke av loven hvilke ”tilhørende anlegg” det siktes til. Forskriftens § 2 henviser til ikl § 2 (3) post 17 og vsdrl § 10 nr. 4. Dette innebærer at alle innretninger som er eller kan være gjenstand for hjemfall, omfattes av ikl § 5.

Før jeg går nærmere inn på de to neste kravene er det hensiktsmessig å si noen ord om begrepet ”vannfallsrettigheter”. Etter ordlyden omfatter det så mangt. I tillegg til eiendomsrett til vannfallet, har det etter norsk konsesjonsrett særlig vært vanlig å anse blant annet bruksretter og langsiktige disposisjonsretter som vannfallsrettigheter det går an å eie.¹¹⁸ Dette til tross for at de i realiteten kan anses som omfattende leieretter.¹¹⁹ Men fordi ikl § 5 forutsetter at eieren av vannfallsrettigheten også eier kraftverket, må det helt ses bort fra den typen vannfallsrettigheter som ikke gir en slik korresponderende eiendomsrett. Eieren av en bruksrett, som selv leier vannfallet men som eier vannkraftanlegget, står derfor fritt til å leie ut sistnevnte etter § 5.¹²⁰ Eieren av en *tidsbegrenset* langsiktig disposisjonsrett kan derimot ikke stå som utleier etter § 5. Men hvis disposisjonsretten ikke er tidsbegrenset, kan den som nevnt langt på vei likestilles med faktisk eierskap. Det er derfor lagt opp til at innehaveren kan leie ut sin andel, såkalt økonomisk utleie.¹²¹

At vannfallsrettigheten må være utbygd, innebærer at kraftverket allerede må være bygget for at avtale kan inngås. Avtaler for eksempel om utleie av råfall med sikte på at leietaker selv skal bygge og eie kraftverket, ikke er mulig slik det før var etter reglene om bruksrettskonsesjon. Siden det ikke finnes særlig mange uutbygde vannfallsrettigheter over 4000 nat.hk. som ikke er vernet, er begrensningen lite praktisk viktig. Men formålet bak er

¹¹⁸ Jf ordlyden i § 1 før lovendringen. Se note 68.

¹¹⁹ For eksempel Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 72 og s. 44. På s. 43 nevnes det at bare 5 bruksrettskonsesjoner er blitt tildelt private, mens antallet offentlige bruksrettshavere er mye større.

¹²⁰ Interessant nok opptrer han da som leietaker etter § 4 overfor eieren av vannfallet og samtidig som utleier etter § 5 hva gjelder selve vannkraftanlegget. Dette representerer et brudd med den tradisjonelle linjen i ervervsreglene, der vannfallet og anleggene har blitt sett på som ett. Fremleieforbudet kommer ikke til anvendelse, for det er ikke snakk om samme leierett.

¹²¹ Ot.prp. nr. 66 (2008-2009) s. 9.

sentralt og må ses i lys av ønsket om konsistens i eierskapsregimet. Det skal ikke kunne etableres nytt privat eierskap til vannkraftressurser, herunder vannkraftverk.

Den utbygde vannfallsrettigheten som kraftverket utnytter må dessuten være konsesjonspliktig. Det er konsesjonsplikten for erverv som menes.¹²² Utleieforskriften § 2 snakker om "kraftverk som utnytter vannfallsrettigheter over grensen for konsesjonsplikt som definert i industrikonsesjonsloven § 1, uten hensyn til om konsesjon er gitt." Både konsederte og ikke-konsederte vannfall (fra før 1909) over 4000 nat.hk. er omfattet. Det avgjørende her er vannfallsrettighetens størrelse, ikke hjemmelen for konsesjonsplikt. Om konsesjonsplikten følger av ikl § 4 (3)(2) eller § 2 (3) post 22, og ikke § 1 (2), medfører ingen forskjell. Både "medeierskap" og allerede konsederte vannfall kan som sagt leies ut. Men etter ordlyden avgrenses forskriftens virkeområde mot vannfall på mindre enn 4000 nat.hk, selv om ervervskonsesjon er meddelt etter den gamle grensen på 1000 nat.hk. Dette vil gi dårlig sammenheng mellom konsesjonsplikten for erverv og virkeområdet for utleieforskriften. Heller ikke ordlyden i ikl § 5, "konsesjonspliktige vannfallsrettigheter", nødvendiggjør en slik avgrensning i forskriften. Går man derimot til merknadene til utleieforskriften, som fulgte med høringsforslaget, presiseres det der at også kraftverk som utnytter slike vannfallsrettigheter skal omfattes.¹²³ Merkelig nok sies ikke dette uttrykkelig i selve forskriften, selv om forholdet til ukonsederte fall tatt med. På grunnlag av merknadene legger jeg til grunn den samme avgrensningen av utleieforskriftens virkeområde som for ervervskonsesjoner.

Ordlyden kunne umiddelbart tilsi at § 5 utelukkende har nye kontraktsinngåelser om utleie for øyet. Men det kan ikke være tvilsomt at forlengelse av en allerede inngått avtale er omfattet, jf forskriftens § 11. Dette følger av lovformålet og av effektivitetshensyn, loven ville ellers vært lett å omgå. Det er stiftelse av vannfallsrettigheter som reguleres, som departementet påpeker.¹²⁴ Avtalerevisjoner stifter også nye rettigheter og plikter og må i prinsippet også være omfattet. En grense kunne tenkes ned mot veldig små endringer.

¹²² Godkjennelsen av leieavtalen kan ses som en form for konsesjon, se ovenfor kap. 3.2. Ordvalget virker mest praktisk motivert.

¹²³ Merknadene til § 2.

¹²⁴ Merknadene til § 11.

Disse ville det i så fall være riktigere å anse som ingen endring i det hele tatt og la avtalen løpe videre innenfor sin 15-årsgrense.¹²⁵

4.3 Driftsansvar

Som nevnt er et overordnet grep i utleieforskriften at det skal utpekes en *driftsansvarlig* når avtaler inngås etter ikl § 5 (1) eller (2). Den driftsansvarlige på et vannkraftanlegg er den som har oppgaven med å koordinere all planlagt vannkraftproduksjon, og kontrollere at kjøring av vann foregår i tråd med kravene i så vel vassdragslovgivningen som energilovgivningen¹²⁶, og ut fra det beslutte alle praktiske tiltak, jf forskriftens § 3.

Rollen som driftsansvarlig kan utøves av eier selv, av leietaker eller av en driftsoperatør. Eieren kan altså stå for driften på egen hånd selv hvis han leier ut (§ 5), eller leietaker kan gjøre det (§ 4). En operatøravtale er derimot begrenset til bare driftsansvaret (§ 6).¹²⁷ Eieren kan velge å inngå leieavtale med ett selskap og operatøravtale med et annet. Driftsansvaret vil da ligge hos operatøren. Partene er med andre ord gitt stor frihet til å bestemme hvem som rent faktisk skal drive kraftverket, så lenge det er klart hvem som har det formelle driftsansvaret. Vedkommende utpekes av eieren, jf § 3 (1). Som det fremgår av § 3 (2), kan det bare være én driftsansvarlig i hvert vannkraftanlegg, men flere vannkraftanlegg kan ha samme driftsansvarlige.

De formelle kravene til det driftsansvarlige selskapet fremgår av forskriftens § 7.¹²⁸ Selskapet skal følge opp alle forpliktelser tilknyttet anlegget overfor myndighetene. Herunder vil det få ansvaret etter dampsikkerhetsforskriften, og plikt til å inneha anleggskonsesjon og områdekonsesjon etter energilovens §§ 3-1 og 3-2, og til å oppfylle øvrige konsesjonsrettslige krav, se forskriftens § 7 (4) og (5). Overføring av driftsansvaret medfører derfor at det direkte ansvaret her også overføres. Sett i lys av at driften av elektriske installasjoner og selve kraftverket henger nært sammen, kan dette synes

¹²⁵ Merknadene inntar tilsynelatende en steil holdning her. Alle avtaleendringer må etter departementets syn utformes i tråd med kravene i forskriften og godkjennes.

¹²⁶ Dampsikkerhet, manøvering av vassdraget, overholdelse av naturforvaltningsvilkår og ellers holde anlegget i forskriftsmessig teknisk stand

¹²⁷ *Driftsansvar* og *driftsoperatør* må ikke forveksles. En operatøravtale er i forskriftens § 2 (4) definert som en avtale om overlatelse av driftsansvar. Forskriften benytter også relaterte begreper, så som "operatøravtaler" og "driftsansvarlig". Det går til en viss grad utover oversiktligheten.

¹²⁸ Forutsetningsvis vil altså aldri en privatperson stå som driftsansvarlig.

hensiktsmessig. En uklarhet knytter seg likevel til at konsesjonsplikten etter § 3-1 nylig ble utvidet til også å omfatte eierskap til elektriske anlegg. Utleieforskriften forutsetter unntak fra energilovens krav om at enhver eier av et elektrisk (vannkraft)anlegg må ha anleggskonsesjon. Samtidig pålegges eieren i forskriftens § 8 (3) å være part i alle søknader om konsesjoner og enhver annen sak som gjelder konsesjonene. Hvordan disse bestemmelsene kan forlikes, vil kanskje bli avklart i den bebudete bemanningsforskriften.

Et vesentlig aspekt er de reduserte kravene til eiers organisasjon og kompetanse når driftsansvaret er overført til leietaker eller driftsoperatør. Reglene om dette er inntatt i § 8 under overskriften "Krav til eiere". Men når første ledd sammenholdes med annet ledd, fremkommer det at kompetanse- og ressurskravene i realiteten påligger den driftsansvarlige, altså ikke nødvendigvis eieren. Eiers restansvar består først og fremst i å sikre at den eventuelle avtaleparten ivaretar sine oppgaver, jf § 8 (2).¹²⁹ I merknadene er det poengtert at eieren beholder det formelle ansvaret for at kravene i første ledd overholdes.¹³⁰ Utover dette stilles det nå ikke andre krav til eieren enn at han har "en representant i egen organisasjon som er tilgjengelig for henvendelser i alle spørsmål relatert til eierens ansvar", jf § 8 (3). Det er ikke satt noen formelle krav til vedkommendes kompetanse. Selv om en viss kjennskap må forutsettes, er kravet så lavt at neppe alle vannfalleiende kommuner vil holde seg med en fagkyndig representant. Selv om reglene må forstås slik at eieren må trå til dersom den driftsansvarlige svikter, er dette ikke nok til at eierne vil beholde et fullgodt apparat.

Løsningen innebærer en betydelig oppmykning i forhold til det som var varslet i forarbeidene, som la stor vekt på at utleieadgangen ikke formelt eller reelt måtte undergrave realiteten i det offentlige eierskapet.¹³¹ Blant annet hadde departementet uttalt at "[f]or at en utleieordning skal være konsistent med konsolideringsmodellen må eieren derfor ha alt konsesjonsrettslig ansvar. Det medfører at eier må opprettholde en viss kvalifisert bemanning og kompetanse."¹³² Kravene skulle gjelde også dersom han valgte å leie ut

¹²⁹ Første ledd fremstår mest som en påminnelse om den strengere linjen som var varslet i forarbeidene.

¹³⁰ Han skal også påse at den driftsansvarlige oppfyller kravene i § 7, og har rett til uhindret adgang til anlegget, se § 8 (4).

¹³¹ Se i Ot.prp. nr. 66 (2008-2009) s. 5-8, Innst. O. nr. 105 (2008-2009) s. 5 og s. 52 i høringsnotatet av 14. mars 2008 som munnet ut i Ot.prp. nr. 61 (2007-2008).

¹³² Se Ot.prp. nr. 66 (2008-2009) s. 6.

kraftverket eller sette ut driften. Det ble særlig lagt vekt på at eier måtte ha "inngående kjennskap tilvassdragsanleggets tekniske stand og kompetanse til å gjennomføre nødvendige tiltak i forbindelse med ulykker, skader og andre ekstraordinære situasjoner", og departementet ville stille nærmere krav til eiers organisasjon og kompetanse.¹³³ Mange kraftprodusenter hadde under høringen kritisert dette som et uheldig krav til dobbelkompetanse.¹³⁴ Begrunnelsen var at det som den store hovedregel ikke hadde vært hensiktsmessig å ha egne ansatte i hvert enkelt kraftverk. Ofte hadde eierselskapene samarbeidet om oppgavene eller latt den praktiske daglige driften av det enkelte kraftverk forestås av andre. Det kunne være én av de bakenforliggende eierne (deleide verk), et annet selskap i eierselskapets konsern, eller eventuelt eksterne aktører.¹³⁵ Slik hadde driftsoperatørordningen vokst fram. Bekymringene i bransjen knyttet seg derfor ikke bare til nye utleiemuligheter, men også til bevaringen av eksisterende driftsorganisering. Forslagets krav til overlappende kompetanse hos partene ville være økonomisk ugunstig, og dermed medføre lavere effektivitet i bransjen,¹³⁶ noe OED i og for seg erkjente. De økonomiske ulempene ble imidlertid vurdert som akseptable, og det viktigste var at ordningen ikke satte konsistensen i eierskapsregimet på spill.¹³⁷

Likevel ble innsigelsene imøtekommet. OED's endrede standpunkt er illustrerende for utleieordningens fremvekst. Den er preget av skiftende oppfatninger, som nok delvis reflekterer uenigheter i departementet. Ikke minst gjelder dette maksimal lengden på utleieperioden, som opprinnelig var foreslått satt til 30 år. Og selv om krav om driftsorganisasjon i landet ble varslet i siste proposisjon, blir dette ikke innført.¹³⁸ Det er uklart i hvor stor grad skiftene er tuftet på oppfatninger om henholdsvis politikk eller jus. Det kan synes som det er to konfliktlinjer – hvor stort spillerom myndighetene bør gi

¹³³ Se s. 7. Merk også at forskriftshjemmelen i ikl § 5(4) ikke legger opp til et skille mellom de tilfeller der eier står for driften selv, og der det er inngått operatøravtaler.

¹³⁴ Tilgjengelige på OED's hjemmesider. Kritikken må ses i sammenheng med utvidelsen av konsesjonsplikt etter lovens § 3-1 til også å gjelde eieren av elektriske anlegg, samt NVE's forslag til ny bemanningsforskrift, med dens krav til bemanning og egenkompetanse hos konsesjonæren. Hvis eier pliktet å opprettholde samme bemanning og kompetanse uansett, ville det bli mindre interessant å leie ut. I høringsuttaalelsene til utleieforskriften er tonen nå gjennomgående langt mer positiv på dette punktet.

¹³⁵ EnergiNorge (2010) s. 2.

¹³⁶ EnergiNorge (2009) s. 4.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 66 (2008-2009) kap. 3.3 og 3.6.

¹³⁸ *ibid.* kap. 3.6.

aktørene i kraftbransjen, herunder både offentlige eiere og private interessenter, og hvor stort spillerom EØS-retten gir myndighetene.

4.4 Nærmere om utleieavtaler

Med avtaler om utleie menes etter forskriften alle avtaler der en annen får "innflytelse" over produksjonsplanlegging og kjøring av vannkraftanlegget, jf § 2 (3). Dette skal i følge merknadene forstås strengt slik at enhver innflytelse omfattes. Samtidig må innflytelsen være reell.¹³⁹ Ordet "innflytelse" er noe uklart. Det klareste eksempelet på en leieavtale er at leietakeren overtar det fulle ansvaret for planleggingen og den økonomiske risikoen for resultatet av kjøringen. Mer begrenset innflytelse foreligger ifølge merknadene når det avtales en rett til å nominere en ønsket produksjon i en gitt periode innenfor visse rammer, hvor den påfølgende kjøringen forstås av eieren selv eller en driftsoperatør. Forskriften gir altså partene anledning til å avtale utleie av ulike grader av kommersiell råderett. Ved utleie av kommersiell råderett kan eier overføre hele eller deler av produksjonskapasiteten til en eller flere leietakere. Helt utenfor utleiereglene faller likevel etter andre punktum avtaler om kraftsalg eller andre kommersielle avtaler som ikke gir innflytelse over produksjonen *i et bestemt vannkraftanlegg*. Begrunnelsen er som det fremgår av merknadene at selgeren da står fritt med hensyn til hvor den aktuelle kraften er produsert slik at innflytelsen ikke knytter seg til det enkelte anleggets kjøring.

Imidlertid kan det tenkes at selger bare har to vannkraftanlegg og inngår en avtale som legger beslag på henimot maksimal samlet produksjon fra disse. Formålet med utleiereglene tilsier at slike avtaler omfattes av forskriften.¹⁴⁰ At innflytelse er det sentrale kriteriet for leieavtaler, avspeiler hensynene bak de nye ervervsreglene. Det er gjennomgående lagt opp til at andre enn offentlige aktører ikke skal kunne øve positiv eller negativ kontroll over norske vannkraftressurser.¹⁴¹ Når innflytelse først tillates, må det skje innen rammene som ikl § 5 foreskriver, herunder tidsbegrensningen på 15 år.

¹³⁹ Merknadene til § 2(3).

¹⁴⁰ Tvilstilfeller avgjøres av departementet, jf forskriftens § 2(4). Svaret ville nok komme an på de nærmere enkelthetene i avtalen.

¹⁴¹ Ordet "kontroll" kan bety ettersyn eller tilsyn, eller makt eller innflytelse over noe, jf Mestad (1985) s. 42 ff. Siste betydning er den aktuelle her.

Skal leietidsbegrensningen være effektiv, eller i det hele tatt reell, må det i så fall ikke være mulig å avtale fortrinnsrett til eller opsjoner på forlengelse.¹⁴² Samme hensyn tilsier at eieren, når en gammel kontrakt nærmer seg utløpstidspunktet og det er på tide å inngå en ny, ideelt sett skulle startet på nytt med blanke ark. Det er neppe mulig, allerede ut fra relasjonen som er bygget opp mellom eiers og leietakers organisasjon. Et forbud mot forhåndsavtaler kan synes som en grei og håndhevbar løsning. Likevel kan reglene slik de er utformet medføre at førstegangs leietaker får et betydelig konkurransefortrinn ved senere avtaler om utleie, slik at forbudet blir uvesentlig. Han vil ha opparbeidet en betydelig organisasjon og kompetanse om anleggene som nye potensielle leietakere mangler.¹⁴³ Mekanismen kan kanskje forsterkes av at maksimal leietid er satt så lavt som 15 år.¹⁴⁴ Enhver nyetablering innebærer kostnader, blant annet til å opparbeide seg kunnskaper om kraftverket. Jo kortere utleieperiode, desto kortere tid har den nye til å fordele transaksjonskostnadene på. På generelt grunnlag kan det antas at dette vil gi færre nye interessenter, og dermed færre konkurrenter til den etablerte leietakeren.

4.5 Nærmere om operatøravtaler

En operatøravtale er i forskriftens § 2(4) definert som bortsetting av driftsansvaret etter § 3. Kjernen her er at koordinering av drift og vedlikehold av vannkraftanlegget skjer *uten ansvar for det økonomiske resultatet*. Operatøren oppfyller sine forpliktelser på eiers/leietakers regning og risiko, jf ordlyden "uten kommersiell råderett over vannkraftanlegget". Dermed er grensene mellom eier, leietaker og driftsoperatør klare. Et gjenstående spørsmål er den nedre grensen for operatøravtaler. Annet punktum i forskriften avgrenser mot enkeltstående oppgaver knyttet til ordinær drift eller vedlikehold, uten at dette er ment å gjøre omfanget av ordningen snevrere. Straks oppgavene innebærer koordinering som nevnt, er man innenfor operatøravtalene. Formålet med annet punktum er nok likevel å markere at driftsansvarlig eier eller leietaker normalt kan leie inn tredjepersoner for utføring av bestemte oppgaver med drift og vedlikehold, der innkjøp av

¹⁴² Dette er forutsatt i forarbeidene. Ot.prp. Nr. 66 s. 6.

¹⁴³ Se LVK (2009) pkt. 2.3.

¹⁴⁴ Opprinnelig var en 30-årsgrense blitt luftet i Ot.prp. Nr. 61, samme lengde som etter § 4 (1). I Ot.prp. Nr. 66 var denne redusert til 15 som senere ble vedtatt. Endringen ble møtt med frustrasjon i kraftbransjen, som mente dette var for kort til å være økonomisk fristende. Se for øvrig OED's egen tabell for realrente etter skatt for ulike tidshorisonter i Ot.prp. Nr. 66 s. 6 med forklaringer.

slike tjenester ellers er naturlig. Omfanget av innkjøpet må bare ikke bli så stort at driftsansvaret anses overført.

4.6 Forholdet til andre leieavtaler

Dette er regulert i forskriftens § 11. Forholdet til de leieavtalene som reguleres av ikl § 4 kan være forvirrende. Blant de avtaletypene som omfattes av § 4(1), finner man *tidsbegrensede* langsiktige disposisjonsavtaler (konsederte og ukonsederte), avtaler om bruksrett samt andre konsesjonsfrie leieavtaler som måtte eksistere. Jeg minner om at disse ikke lenger kan inngås "fra bunnen". Derimot kan eksisterende avtaler overdras til offentlige aktører eller forlenges med inntil 30 år av gangen, jf ikl § 4 (1). Etter forholdene kunne en eksisterende konsesjonsfri leieavtale tenkes å subsumeres under både § 4 og § 5. Man kan da si at så lenge en slik avtale kan forlenges med 30 år etter § 4, er § 5 uinteressant med sine 15 år. Lovtekniske og administrative hensyn tilsier imidlertid at overlapping unngås, og forskriftens § 11 avgrenser utleieforskriftens virkeområde mot avtaler som faller inn under ikl § 4. Men dette er ikke dekkende for reguleringen. Som påpekt i merknadene, følger det nemlig av proposisjonen at forlengelse av avtaler etter ikl § 4 (1) kun gjelder bruksretter og eventuelle konsesjonsfrie leieretter til statens vannfall.¹⁴⁵ Det samme gjelder ikke langsiktige disposisjonsretter. Når det holdes i mente at forlengelse av en avtale er en ny rettighetsstiftelse, jf § 1 (2)(2), må en eventuell forlengelse av en langsiktig disposisjonsrett skje etter § 5 og tilpasses kravene i utleieforskriften.¹⁴⁶ I praksis vil det si at denne avtaletypen fases ut.¹⁴⁷

Departementet har imidlertid inntatt en bestemmelse i forskriftens § 11(2) om at alle løpende avtaler som ikke omfattes av ikl § 4, men som likevel må betegnes som utleie etter utleieforskriften, må bringes i samsvar med forskriften innen 3 år fra forskriftens ikrafttredelse.¹⁴⁸ Et spørsmål er om bestemmelsen har tilstrekkelig hjemmel i industrikonsesjonsloven § 5 (4), som gir Kongen (Regjeringen) kompetanse til å gi "nærmere forskrifter om vilkårene for å *inngå avtaler etter første og annet ledd*". Det er ikke uten videre klart ut fra ordlyden at forskriftsbestemmelsen har hjemmel i loven. Hvis

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 74.

¹⁴⁶ Eventuelt må den gjøres tidsubestemt, slik at det stiftes "medeierskap", jf § 4 (3)(2).

¹⁴⁷ Departementet praktiserte tidligere en "minstetid" på 20 år, Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 45.

¹⁴⁸ Herunder *kortsiktige* disposisjonsretter, og alle andre slags avtaler.

det likevel legges til grunn at § 11(2) har nødvendig hjemmel i lov, kunne man spørre om regelen er i strid mot tilbakevirkningsforbudet i Grunnlovens § 97. Forholdet mellom partene vil kunne påvirkes, blant annet gjennom 15-årsgrensen og kravene til kompetanse og ansvar overfor myndighetene. Det fremgår likevel av rettspraksis at Høyesterett ikke anser det som grunnlovsstridig at Stortinget på denne måten regulerer økonomiske rettigheter partene imellom.¹⁴⁹ Videre er det klart at aktørene på dette rettsområdet, som er underlagt tett og skiftende regulering, ikke kan bli hørt med at innføringen av nye offentligrettslige krav er en urimelig inngripen i deres bestående rettigheter.¹⁵⁰

For det andre kan det spørres hvorvidt det å bringe eksisterende avtaler i overensstemmelse med forskriftens krav vil være ”endringer” eller ”revideringer” i § 11(1)'s forstand, noe som i så fall forutsetter at enhver slik tilpasning må oversendes OED for godkjenning etter ikl § 5(3). Trolig må reglene forstås slik.

4.7 Virkningen av avtaler i strid med lov eller forskrift

Rettsvirkningen av at en utleie- eller operatøraftale ikke godkjennes av departementet, er ikke regulert i loven. I forskriftens § 10 (1) (3) er det bestemt at avtaler i strid med forskriften er ugyldige. Det kan også nevnes at alle utleie- eller operatøraftaler etter forskriftens § 9(3) må inneholde en bestemmelse om ugyldighet for det tilfelle at leieordningen skulle bli kjent EØS-stridig. Av hensyn til avhandlingens omfang har jeg ikke anledning til å gå nærmere inn på de spørsmål som oppstår i den forbindelse.

¹⁴⁹ Selv om det skulle få vesentlige økonomiske konsekvenser, se Rt. 1962 s. 369 (Gullklausuldommen).

¹⁵⁰ Nærmere om tilbakevirkningsforbudet, Andenæs (2004) s. 375-404. Jeg går ikke inn på spørsmålet om bestemmelsen står seg mot forbudet mot tilbakevirkning i EØS-retten.

DEL III

5 Forholdet mellom EU-retten og EØS-retten

Det grunnleggende rettskildeprinsippet i EØS-retten følger av EØS-avtalens hovedmålsetting slik den er fastlagt i art. 1 nr. 1 og fortalens 4. og 15. betraktning, nemlig hensynet til å oppnå ensartete regler i hele EØS-området.¹⁵¹ Dette kan kalles harmoniseringsmålsettingen.¹⁵² Samtidig er det en målsetting at EØS-retten skal være mest mulig lik EU-retten, homogenitetsmålsettingen, noe som kan ses i sammenheng med at EØS-avtalen bygger på den tidligere EF-traktatens første pilar. Etter EØS-avtalens art. 6 og ODA art. 3(1) skal bestemmelsene i EØS-avtalen så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende reglene i EU-retten, tolkes i samsvar med relevante rettsavgjørelser avsagt av EU-domstolen før EØS-avtalen ble undertegnet. Videre går det fram av ODA art. 3(2) at EFTA-domstolen og EFTA's overvåkingsorgan (ESA) plikter å ta tilbørlig hensyn også til senere avgjørelser fra EU-domstolen.¹⁵³ EFTA-domstolen har for sin del ikke problematisert betydningen av skjæringstidspunktet, men fortsetter å legge stor vekt på EU-domstolens avgjørelser av hensyn til homogenitetsmålsettingen og art. 3 ODA.¹⁵⁴ Og selv om nasjonale rettsanvendere av suverenitetshensyn ikke har noen tilsvarende plikt etter avtalen, legger norsk Høyesterett betydelig vekt også på senere praksis fra EU-domstolen.¹⁵⁵

Enkelte hensyn kan likevel tale for at homogenitetsprinsippet bør ha begrensninger. Jeg nevner kort at forskjellen mellom EØS som frihandelsområde og EU som både politisk og økonomisk union kan relevans for tolkningen av EØS-avtalen.¹⁵⁶ Utover ESA's direkte kompetanse til å treffe vedtak blant annet i konkurransesaker, innebærer EØS-avtalen

¹⁵¹ *EØS-rett* (2004) s. 202 og Arnesen (2009)b s. 21-22, se *Ospelt* premiss 29 for et praktisk eksempel. EØS-området omfatter både EU-landene og EFTA-landene.

¹⁵² De to fremstillingene beskriver det samme på ulik måte. Jeg holder meg til sistnevnte begrepsbruk.

¹⁵³ Med Lisboa-traktaten er De europeiske fellesskaps domstol etterfulgt av Den europeiske unions domstol. Av hensyn til klarheten i fremstillingen refererer jeg gjennomgående til begge som "EU-domstolen".

¹⁵⁴ *Hjemfallsaken* premiss 62 er et av mange eksempler.

¹⁵⁵ *EØS-rett* (2004) s. 203, og f eks Rt 2005 s 1365 Finanger II

¹⁵⁶ Dette ble utslagsgivende i sak E-2/97 *Maglite*. Men EFTA-domstolen snudde i *L'Oréal*-saken mye på grunn av EU-domstolens uttalelser i sak C-355/96 *Silhouette*, som ble opprettholdt i sak C-173/98 *Sebago*. Norge fikk heller ikke domstolen med seg på dette i *hjemfallsaken*.

heller ingen suverenitetsavståelse slik TEUF gjør. For det andre kan nye rettsaker ha kommet til som påvirker tolkningen av reglene om de fire friheter i EU-retten, uten at rettsaktene er EØS-relevante, slik at de ikke omfattes av EØS-avtalen.

Tendensen er at EFTA-domstolen tillegger homogenitetsmålsettingen svært stor vekt. I *L'Oréal*-saken uttalte den at det foreligger en presumsjon for at bestemmelser som er utformet på samme måte i EØS-retten og EU-retten, skal tolkes på samme måte, men at forskjeller i virkeområde og formål "under særlige omstendigheter" kan lede til tolkningsforskjeller.¹⁵⁷ I det følgende vil jeg se på i hvilken grad de EØS-rettslige spørsmålene i avhandlingen må vurderes på bakgrunn av EU-retten.

Som de fleste sentrale bestemmelser i EØS-avtalen, er art. 125 utformet etter mønster fra Roma-traktaten (EF-traktaten, EFT) art. 222.¹⁵⁸ I 1999 ble den nye Maastrichtavtalen (Unionstraktaten, TEU) og EF-traktaten revidert og omnummerert, slik at art. 222 ble art. 295. I og med ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten 1. desember 2009 ble art. 295 EFT videreført som art. 345 i Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte (TEUF).¹⁵⁹ Spørsmålet er om art. 125 bør tolkes på samme måte som dens motsatser i EU-retten i relasjon til de norske bestemmelsene om erverv av eiendomsrett til vannfall.¹⁶⁰

EFTA-domstolen besvarte spørsmålet bekreftende i E-2/06. Norge hadde med henvisning til EU-domstolens uttalelse nr 1/91, gjort gjeldende at de grunnleggende politiske og juridiske forskjellene mellom EF-traktaten og EØS-avtalen medførte at de aktuelle reglene falt utenfor EØS-avtalen i lys av art. 125.¹⁶¹ Anførselen ble avvist, slik en tilsvarende anførsel var blitt avvist tidligere.¹⁶² Ingen bestemmelser i avtalen ble funnet å unnta slike regler fra avtalens virkeområde. Tvert i mot trakk domstolen fram art. 73 (1)(c), som nettopp omhandler utnyttelse av naturressurser, se premiss 60, som er parallell med art. 191 TEUF. I utgangspunktet er all utnyttelse av naturressurser til kraftproduksjon å

¹⁵⁷ Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal*, premiss 27. Men selv her valgte EFTA-domstolen å legge seg på samme linje som EU-domstolen.

¹⁵⁸ Siden de fleste EØS-land allerede var EF-land, tilsa harmoniseringsmålsettingen en slik løsning. For mer om likhetene, se *EØS-rett* (2004) s. 87.

¹⁵⁹ Dermed har bestemmelsen nå fått flertallsform – "The treaties". Dermed unntas regler om eiendomsretten nå også fra TEU, men det berører ikke avhandlingens tema. Jeg legger til grunn at det ikke er skjedd noen realitetsendring av innholdet i art. 345.

¹⁶⁰ All rettspraksis, juridisk litteratur og andre rettskilder er fra tiden før Lisboa-traktaten og knytter seg til art. 222/295 EFT. Der sammenhengen krever det, vil jeg referere til disse artiklene, ellers til art. 345 TEUF.

¹⁶¹ *Hjemfallsaken* premiss 58 og 61, se også rettsmøterapporten (*Report for the Hearing*), avsnitt 49.

¹⁶² Sak E-3/98 *Herbert Rainford-Towning*, premiss 15.

anse som en økonomisk aktivitet som omfattes av avtalen.¹⁶³ EØS-avtalen tilsier ikke i større grad enn TEUF et skille mellom utnyttelse av naturressurser og andre økonomiske aktiviteter. Norge gjorde gjeldende som eget grunnlag og prosederte med stor kraft på uttalelser om virkeområdet fremsatt under avtaleforhandlingene og i lovforarbeidene. I samsvar med EFTA-domstolens praksis for øvrig knyttet til forutsetninger ved avtaleinngåelsen som ikke pretenderes å ha vært felles for alle parter, ble Norge ikke hørt med dette.¹⁶⁴

På bakgrunn av dette mener jeg det ikke er grunnlag for å tolke art. 125 EØS annerledes enn art. 345 TEUF. Spørsmålet da er hvordan art. 345 TEUF skal forstås. Dette er det gjort relativt få grundige undersøkelser av, tross bestemmelsens potensielt vidtrekkende betydning.¹⁶⁵ Selv om det her er et langt større tilfang av rettskilder, gjør de samme uklarhetene seg gjeldende.

Mens EØS-avtalens artikkel 31 om etableringsretten tilsvarer art. 49 TEUF, har ikke EØS-avtalens artikkel 40 om kapital lenger sin direkte parallell i traktaten.¹⁶⁶ Men EU-domstolen har likevel uttalt at EØS-avtalens kapitalregel hva gjelder kapitalbevegelser mellom medlemsstatene er identisk med fellesskapsrettens.¹⁶⁷ Jeg slår på den bakgrunn fast at så langt EØS-avtalens regler om etableringsfrihet og fri bevegelse for kapital aktualiseres i denne avhandlingen, tolkes de på samme måte som i EU-retten.¹⁶⁸ Det samme gjelder tjenestereglene og statsstøttereglene.¹⁶⁹

¹⁶³ Art. 1 nr. 1.

¹⁶⁴ Premiss 59. Se Fredriksen (2009) s. 530 ff.

¹⁶⁵ Riegel skrev i 1979: "Det er forbausende at det knapt finnes litteratur om disse spørsmål, som er av sentral betydning for den tidligere og fremtidige retts- og integrasjonsutvikling i EØF." [min oversettelse] Riegel (1979) s. 744.

¹⁶⁶ Parallellen fantes i Romatraktaten (EØF) art. 67 flg., som ble erstattet med EFT art. 56 flg. da EF ble EU gjennom Maastricht-avtalen. Man traktatfestet gjeldende rettsstilstand hvor direktiver sto sentralt, blant dem særlig Rdir 88/361 om kapitalliberalisering.

¹⁶⁷ Sak C-452/01 *Ospelt*, premiss 28.

¹⁶⁸ At kapitalbevegelser mellom tredjeland og medlemsstater ikke omfattes av art. 40 EØS, mens de omfattes av art. 63 TEUF, har ingen betydning.

¹⁶⁹ Eksempelvis sak E-6/98 *Norge mot ESA*, premiss 11 ff.

6 Betydningen av art. 125 EØS

6.1 Problemet

Kommersiell utnyttelse av vannkraftressurser er en økonomisk aktivitet og er dermed i utgangspunktet omfattet av EØS-avtalens saklige virkeområde. En drøftelse av de norske eierskapsreglenes EØS-messighet nødvendiggjør likevel en vurdering i forhold til art. 125 EØS. Den er tatt inn i EØS-avtalens Del IX Alminnelige bestemmelser og sluttbestemmelser og lyder:¹⁷⁰

Denne avtale skal ikke på noen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten.

Plasseringen og ordlyden tilsier at en stor mengde nasjonale regler, derunder industrikonsesjonslovens eierskapsregler, er unntatt fra EØS-avtalens saklige virkeområde. Bestemmelsen står i et åpenbart spenningsforhold til EØS-avtalens helt sentrale siktemål om å fremme handel og økonomisk samarbeid, særlig gjennom de fire friheter, jf art. 1(2).¹⁷¹ Her spiller særlig restriksjonsforbudene og konkurransereglene en viktig rolle. Disse instrumentene er ment å ha et bredt nedslagsfelt i de nasjonale økonomiene, men blir mindre effektive hvis deler av økonomien ikke omfattes av avtalen.^{172 173} Foruten det store bakteppet av EU-rettslige litteratur og praksis knyttet til art. 345 TEUF, er EFTA-domstolens dom i *hjemfallsaken* sentral.

6.2 Lesninger av art. 345 TEUF

I henholdsvis engelsk og fransk språkdrakt lyder art. 345 TEUF:

The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership.

Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres.

¹⁷⁰ Avtalen er inngått på språkene til alle de opprinnelige medlemsstatene, med samme gyldighet for hver av tekstene, jf art. 129. Senere er listen over gyldige tekster utvidet i takt med utvidelsen av EU.

¹⁷¹ Fri bevegelse er ikke et mål i seg selv, slik EU-domstolen tilsynelatende hevdet i *Ospelt*, premiss 29.

¹⁷² Burghardt (1969) s. 107 kaller artikkelens motsats i EF-traktaten ”integrasjonsfientlig”, noe som ikke er til hinder for en svært grundig utlegning om bestemmelsens innhold. Se nedenfor.

¹⁷³ For ordens skyld kan det nevnes at det er avtalt særregler blant annet for handel med fisk og landbruksprodukter, jf art. 17 til 20 under kap. 2 av reglene om det frie varebytte.

For å bestemme innholdet av unntaksregelen i art. 345 må vi finne ut hvilke av medlemsstatenes regler om eiendomsretten den omfatter, og dernest virkningen av at disse reglene er omfattet.¹⁷⁴ Det er altså spørsmål om hvor bredt den favner ("the system of property ownership") og dens gjennomslagskraft i forhold til traktatens øvrige regler ("shall in no way prejudice"). Herunder må ikke minst forholdet til avtalens øvrige prinsipper fastlegges. Da er det et spørsmål hvordan man skal gå fram. Svaret på det er heller ikke helt opplagt. De to problemene griper over i hverandre. Valget av systematisk tilnærming skal jeg komme tilbake til.

Først vil jeg undersøke nærmere hva som kan utledes om innholdet i bestemmelsen.

6.2.1 Ordlyden

Som under EØS-avtalen har alle de ulike språklige variantene av TEUF samme gyldighet.¹⁷⁵ I utgangspunktet må alle de språklige variantene sammenlignes for å finne fram til hva bestemmelsens ordlyd tilsier.¹⁷⁶ Nå som EU har 27 likeverdige medlemmer, og 23 offisielle språk, er det ikke praktisk mulig å foreta en sammenligning av alle disse. Ordlyden er likevel den samme som da EF-traktatens art. 222 ble vedtatt i 1957, hvis man ser bort fra den grammatiske tilpasningen som følge av Lisboa-traktaten. EF-traktaten ble vedtatt i en fransk, en tysk, en nederlandsk og en italiensk versjon, alle med samme autensitet. Ses den engelske versjonen, som altså er en senere oversettelse, i sammenheng med disse, får man et tilstrekkelig godt utgangspunkt for en ordlydsfortolkning.¹⁷⁷

"The system of property ownership" er ikke definert i traktaten. Det er da naturlig å se hen til medlemsstatenes egen rett for veiledning, uten at man nødvendigvis kan trekke sikre slutninger tilbake til EU-retten fra dette.¹⁷⁸ Det er likevel uklart hva det siktes til, siden begrepet vanligvis ikke brukes i juridisk sammenheng. "*The system of property*

¹⁷⁴ Motsatt følger det av art. 345 TEUF, lest i sammenheng med legalitetsprinsippet i EU-retten, jf art. 5 nr. 1 og 2, at unionen ikke har kompetanse til å vedta lovgivning om eiendomsrettslige forhold. I dette perspektivet er art. 345 like viktig som begrensning for EUs kompetanseutøvelse. For en konkretisering, og referanser for videre lesning, se f eks *Thorsten Kingrens kommentar* til art 295 EFT i Ruffert (2002) s. 2456.

¹⁷⁵ Jf den tidligere art. 314 EF. Bestemmelsen er ikke videreført i TEUF, men er erstattet for så vidt angår substansen av artikkel 55 i EU-traktaten.

¹⁷⁶ For eksempel sak 283/81 *CILFIT*, premiss 18.

¹⁷⁷ Akkermans (2009) s. 4.

¹⁷⁸ Traktatens begreper er autonome og skal forstås på samme måte i alle land, selv om ordene har ulik betydning i ulike rettsordener. Se blant annet sak 283/81 *CILFIT*, premiss 18-20.

ownership” må være noe annet enn ”property ownership”, og ”*die Eigentumsordnung*” noe annet enn ”*Eigentumsrecht*”.¹⁷⁹ Dette skulle i seg selv indikere at det siktes til et overgripende system av slike regler, hvor medlemsstaten forutsetningsvis har valgt *en* av flere mulige utforminger. I hvert fall gir det grunn til å tro at det ikke dreier seg om eiendomsrett slik vi vanligvis forstår begrepet, og at det allerede her ligger en begrensning i bestemmelsens nedslagsfelt. Dette understøttes av at den tilsvarende bestemmelsen i traktaten om opprettelsen av Det europeiske atomenergifellesskap (EURATOM), art. 91, eksplisitt skiller mellom ”*régime de propriété*” og ”*droit de propriété*”.¹⁸⁰

Men blant tyske rettsteoretikere er det den videst tenkelige definisjonen som synes å ha fått størst gjennomslagskraft.¹⁸¹ Som Burghardt redegjør for, kan ordlyden i snever forstand på de fire stiftelsesspråkene sies å innbefatte alle slags normer som regulerer eiendom i videste betydning av ordet.¹⁸²

Hva gjelder ”shall in no way prejudice”, kan det først slås fast at den engelskspråklige versjonen skiller seg fra de fire opprinnelige ved at ”prejudice” har en mer uklar betydning. Trolig er den mindre vidtrekkende. ”To prejudice” betyr å virke til skade for.¹⁸³ I de fire opprinnelige tekstene heter det ”lässt unberührt”, ”ne préjuge”, ”laat onverlet” og ”lascia impregiudicato”, som er treffende oversatt til dansk med ”berører ikke”, altså påvirker ikke. Det må legges avgjørende vekt på dette.¹⁸⁴ Her gis ikke noe rom for andre aspekter ved traktaten, som de grunnleggende prinsipper den knesetter. Når et nasjonalt regelverk først omfattes av art. 345, forblir det uberørt av traktaten, herunder alle dens grunnleggende prinsipper.

Gitt den brede utlegningen av begrepet ”regler om eiendomsretten” som skissert ovenfor, skulle tolkningen så langt tilsi at svært store mengder nasjonale regler unntas fra traktatens saklige virkeområde. Det er vanskelig forenlig med de integrasjonsfremmende bestemmelsene i traktaten. Etter Burghardts mening mister bestemmelsen dermed sin

¹⁷⁹ Alle uthevninger i traktattekstene her og i det følgende er mine.

¹⁸⁰ Akkermans (2009) s. 11.

¹⁸¹ Se Ruffert (2002) avsnitt 9, som siterer *Ingfried Hochbaums kommentar* til art. 295 i Groeben (1997) avsnitt 3. I samme retning Riegel (1979).

¹⁸² Burghardt (1969) s. 19-20

¹⁸³ Lind (2007).

¹⁸⁴ Prejudge kunne vært en mer dekkende engelsk oversettelse, men brukes i art. 346, som har en annen utforming også på fransk. De ulike språklige versjonene av art. 55, 345 og 346 (tidl. 294, 295 og 296) viser at det ikke har vært lett å finne konsekvente oversettelser. Mer om dette, Akkermans (2009) s. 5-7.

”forklaringskraft”, og en ordlydsfortolkning i snever forstand er derfor ikke mulig. Riegels poeng er derimot at ordlyden er klar nok, men at den nettopp står i sterk kontrast til resten av traktaten, og ikke minst til senere praksis.¹⁸⁵ Hvorvidt ordlyden er klar eller ikke, blir mest en smakssak. Man må uansett videre for å fastlegge innholdet.

Det er likevel verdt å merke seg at ingen andre bestemmelser i traktaten har en tilsvarende ubetinget uttrykksmåte. Faktisk er ordlyden absolutt og ubetinget, jf den franske tekstens ”ne préjuge *en rien*”, den italienskes ”*del tutto* impregiudicato” og den engelskes ”*in no way*”. Selv om den beslektede og på engelsk kanskje mer vidtrekkende uttrykksmåten ”shall not preclude” forekommer andre steder,¹⁸⁶ kombineres dette ikke med ”*in no way*”. Til sammenligning står svært få av traktatens bestemmelser helt uten innskrenkende modifikasjoner av noe slag.¹⁸⁷

6.2.2 Plassering i traktaten

Bestemmelsen har gjennom alle traktatsendringer vært plassert blant traktatens ”[a]lmindelige og avslutende bestemmelser”, nå dens syvende del. Fra plasseringen har det blitt trukket helt motstridende slutninger. Akkermans og Ramaekers mener plasseringen i dette kapittelet tyder på at konsipistene ikke anså art. 345 som en sentral (”fundamental”) bestemmelse, mens den for generaladvokat Colomer indikerer ”fundamental importance”. Hochbaum mener plasseringen ”tydeliggjør dens særskilte, allmenne betydning”.¹⁸⁸ Etter mitt syn bekrefter og forsterker plasseringen ordlydsfortolkningen, at det ikke er noen begrensninger i bestemmelsens nedslagsfelt.¹⁸⁹ Men en sett i sammenheng med ordlyden alene bidrar ikke plasseringen til forståelsen av bestemmelsen. Det kan den derimot gjøre når andre argumenter trekkes inn.

¹⁸⁵ Riegel (1979) s. 745.

¹⁸⁶ Art. 36, 346 og 350 TEUF, som i den danske versjonen lyder ”er ikke til hinder for”.

¹⁸⁷ Colomer avsnitt 44.

¹⁸⁸ Akkermans (2009) s. 7, Colomer avsnitt 43, Groeben (1997) avsnitt 1.

¹⁸⁹ I samme retning, Riegel (1979) s. 745.

6.2.3 Bestemmelsens tilblivelseshistorie

Etter krigen var Vest-Europa preget av store ulikheter i statlig styring, deltakelse og planlegging i de nasjonale økonomiene.¹⁹⁰ Det er viktig å merke seg at landene selv anså offentlig eierskap til foretak som svært viktige samfunnsøkonomiske virkemidler.

Blant de seks opprinnelige medlemsstatene fremsto Benelux-landene som de økonomisk mest liberale, med liten grad av statlig eierskap i produksjonslivet. De hadde heller ingen grunnlovsfestet hjemmel for nasjonaliseringstiltak – altså overføring av private foretak til offentlig sektor. Tyskland sto i en slags mellomposisjon med utstrakt blandingsøkonomi og grunnlovsfestet hjemmel for nasjonalisering blant annet av foretak, mens Frankrike og særlig Italia representerte den andre siden av skalaen. De hadde i stor grad nasjonale mål for økonomisk utvikling og planer for å nå disse. Blant virkemidlene var statlig eierskap og det fantes vidtgående grunnlovshjemler for nasjonalisering. Frankrike hadde nasjonalisert kullsektoren like etter krigen, mens en rekke italienske foretak i kullsektoren var under statlig kontroll. Mellom alle seks land var det betydelige ulikheter i vilkårene og prosedyrene for nasjonalisering, reglene for erstatning, samt selve utformingen av det nye offentlige eierskapet.

Fordi valget mellom offentlig og privat eierskap kunne ha store ringvirkninger også utover selve økonomien, var det av stor betydning for statene å beholde rådigheten over virkemiddelet.¹⁹¹ I et slikt perspektiv er det naturlig å anta at vedtakelsen av art. 87 EKSF, og senere 222 EFT, i hvert fall var ment å sikre statene myndigheten til å bestemme om foretak eller hele industrier skulle ligge på offentlig eller privat hånd.¹⁹² Bestemmelsens formål trer altså fram.

Burghardt fremholder i sin bok om art. 222 EFT at traktatsforarbeidene, ordlydslikheten og slektskapet med EKSF og Schuman-erklæringen, må ses på bakgrunn av ønsket om å bevare dette sentrale samfunnsøkonomiske virkemiddelet. EF-traktatens

¹⁹⁰ Situasjonen er grundig beskrevet særlig av Burghardt (1969) s. 29-43 og s. 47-64, samt i kommentarene til art. 222 EFT hos Smit (1996) s. 216.58 og 216.63.

¹⁹¹ Burghardts resonnement vises til av de fleste forfattere. I Groeben (1974) s. 655 vises dessuten til Spaak-rapporten av 21. april 1956 s. 26 som et uttrykk for samme bekymring hos statene. Groeben var selv medforfatter av rapporten, som var et viktig utgangspunkt for forhandlingene om opprettelsen av EØF.

¹⁹² Smit (1996) s. 216.58 fremholder at traktaten neppe ville blitt signert hvis ikke denne og andre unntaksbestemmelser var blitt tatt inn, særlig art. 36 EFT.

forløper var traktaten om opprettelsen av Det europeiske kull- og stålfellesskap, EKSF.¹⁹³ Ordlyden i art. 222 er svært lik art. 83 EKSF.¹⁹⁴ Men bestemmelsens opphav går enda lengre tilbake. I følge generaladvokat Colomer er art. 345 ”den eneste bestemmelse, hvis gyldighet er direkte afledt af Schumanplanen af 9. maj 1950, hvorfra den er gengivet, hvilket bidrager til at betone dens særstilling og symbolske betydning.”¹⁹⁵ De sentrale begrepene i dagens art. 345 kan altså spores tilbake til Schuman-erklæringen, via EKSF. Om bestemmelsens nedslagsfelt bruker både erklæringen og art. 83 begrepet ”régime de propriété *des entreprises*” – regler om eiendomsretten *til foretak*.

Lignende presiseringer ble inntatt i de ulike utkastene til EF-traktaten. Den første snakket om ”le régime de propriété *des moyens de production existant*” – ”gjeldende regler om eiendomsretten *til produksjonsmidler*”.¹⁹⁶ Det siste utkastet inneholdt derimot formuleringen ”des entreprises” – ”foretak”, slik som art. 83 EKSF og Schuman-erklæringen. Men ordene ble strøket under et uoffisielt forhandlingsmøte 6. mars 1957.¹⁹⁷ Den endelige utformingen som bestemmelsen da fikk, er beholdt helt til i dag. Forarbeidene gir ikke eksplisitt svar på hvorfor forhandlerne strøk de to ordene. Visshet om dette kan vi ikke få.

Den særskilte betydningen av eierskap i industrien og andre sektorer er etter Burghardts syn kommet til uttrykk også i arbeids- og ansvarsfordelingen mellom fellesskapet og medlemslandene som traktaten la opp til.¹⁹⁸ I det han kaller en system-teleologisk tolkning av daværende art. 222 EFT er det nærliggende å forstå begrepet ”regler om eiendomsretten” slik at det er dets økonomiske aspekt det siktes til. De fleste nasjonale

¹⁹³ Traktaten utløp 2002. Sammen med EURATOM-traktaten utgjorde traktatene De europeiske fellesskaper (EF) fram til EU ble stiftet i 1992.

¹⁹⁴ Fransk var eneste autentiske språk, jf art. 100. Om nedslagsfeltet til art. 83 het det: ”(...) ne préjuge en rien le régime de propriété des entreprises soumises aux dispositions du présent Traité.” I uoffisiell engelsk oversettelse: ”(...) does not in any way prejudice the regime of ownership of the enterprises subject to the provisions of the present Treaty.” Dansk: ”Den ejendomsretlige ordning vedrørende de virksomheder, for hvilke denne traktats bestemmelser gælder, berøres ikke (...)”

¹⁹⁵ Se Colomer premiss 45. Schumann var daværende fransk utenriksminister og fremheves gjerne som primus motor for opprettelsen av EF. I erklæringens siste avsnitt het det: ”L'institution de la Haute Autorité ne préjuge en rien du régime de propriété des entreprises”, eller i uoffisiell engelsk oversettelse: ”The institution of the High Authority will in no way prejudice the methods of ownership of enterprises.”

¹⁹⁶ Uttrykket er mer gammeldags, og må antas å favne noe bredere. Siden industriproduksjon og annen verdiskapning av noen størrelse typisk utøves gjennom foretak, er det ikke grunn til å legge for stor vekt på forskjellen. I det følgende vil jeg stort sett holde meg til ”foretak”.

¹⁹⁷ Inngående redegjørelser hos Akkermans (2009) s. 8-10 og Burghardt (1969) s. 26-29.

¹⁹⁸ Burghardt (1969) s. 29-36.

regler om eiendomsretten var etter hans syn irrelevante for art. 222, ettersom de som heller ikke var relevante for traktaten.¹⁹⁹ Deretter peker han på at offentlig og privat eierskap er grunnleggende rettslige institutter i et hvert økonomisk system, og at regler om eierskap til produksjonsmidler, herunder foretak, er av tilsvarende betydning for all økonomisk politikk. For medlemsstatene er myndigheten til å avgjøre om et foretak skal tilhøre den ene eller andre sfæren, et sentralt økonomisk virkemiddel som må utgjøre selve kjernen i art. 222. Riktignok var statene forpliktet til å innrette seg etter fellesskapets økonomiske mål og krav til koordinering. Videre la konkurranseregler, statsstøtteregler med mer bånd på handlefriheten. Men de beholdt selv ansvaret for fastleggelsen og gjennomføringen av den økonomiske politikken innenfor de gitte rammene.²⁰⁰ Fellesskapets beføyelser traff ikke denne ”nerven” i landenes økonomiske politikk. Sett i sammenheng med bestemmelsens tilblivelseshistorie og den generelle historiske bakgrunn, måtte regelinnholdet i art. 222 *utelukkende* være at myndigheten til å øve innflytelse på det økonomiske liv gjennom å overføre eierskap til foretak eller hele industrier til enten privat eller offentlig sektor, tillå medlemsstatene.²⁰¹

Isolert sett er det klart at slektskapet med EKSF og Schuman-erklæringen taler for å innfortolke en tilsvarende begrensning, altså beslutninger om hvorvidt industrier og industriforetak skal ligge under offentlig eller privat eierskap. At art. 222 EF i hvert fall ikke bør tas helt ordet, er søsterbestemmelsen i EURATOM-traktatens art. 91 en indikasjon på.²⁰² Den opprinnelige ordlydslikheten i forarbeidene trekker i samme retning. De fleste forfattere, også Burghardt, ser ut til å konstatere selve hendelsesforløpet under forhandlingene om art. 222 uten å diskutere betydningen nærmere.²⁰³ Men man må spørre seg om betydningen, hvis noen, av at begrensningen faktisk ble tatt ut av bestemmelsen. Akkermans og Ramaekers legger stor vekt på at endringen ikke ble gjort av utenriksministrene slik prosedyren vanligvis var under forhandlingene. Dette indikerer etter

¹⁹⁹ Art. 1 og den nærmere konkretisering i art. 2 og 3, se Burghardt (1969) s. 36-42. Han understreker riktignok at fastleggelsen av avtalens saklige virkeområde til en hver tid er opp til Domstolen. Denne negative avgrensningen av art. 222 EFT har støtte også hos Smit (1996) s. 216.58-216.59.

²⁰⁰ Eksempelvis art. 102 A EFT (120 TEUF): “Medlemsstatene skal føre *sin* økonomiske politikk (...)”.

²⁰¹ Denne positive avgrensningen deles ikke av Smit, som mener at dette primærformålet ikke utelukker at bestemmelsen anvendes også på andre regler om eiendomsretten, Smit (1996) s. 216.59. Som det vil fremgå, støtter jeg hans syn.

²⁰² Bestemmelsen skilte, i uoffisiell engelsk oversettelse, mellom ”ownership rules” og ”property right”.

²⁰³ Burghardt (1969) s. 26-29, Riegel (1979) s. 746-747.

deres syn at strykingen ikke var ment å ha materiell betydning, særlig sett i lys av argumentene over.²⁰⁴ Etter deres syn er dette en av mange grunner til at bestemmelsen er begrenset til spørsmål om eierskap til foretak.

Likevel er det ikke sikkert at det var kun denne retten statene ønsket å forbeholde seg. Resonnementet overser at EØF innebar et mer omfattende samarbeid mellom landene enn hva de hadde hatt til da. Kull- og stålfellesskapet var begrenset til visse sektorer, og medførte dermed bare begrenset integrering.²⁰⁵ EF-traktaten ville favne større deler av industrien og av det økonomiske liv forøvrig. I et politisk perspektiv er det da naturlig at unntaket i art. 222 ble gjort mer omfattende enn før. Selv om vi legger til grunn at statene ønsket å unnta eierskap til foretak fra EF-traktaten, var det ikke nødvendigvis det *eneste* man ville unnta, når det først ble vedtatt en annen ordlyd. Det at det ikke finnes noen åpenbar grunn til at de to ordene ble fjernet, bør ikke tolkes som om de fortsatt sto der.²⁰⁶ Jeg nevner i den forbindelse at memorandumet fra de seks opprinnelige medlemslandenes regjeringer, som Akkermans og Ramaekers siterer til støtte for sitt syn, faktisk ser nasjonalstatenes myndighet til å beslutte offentlig eller privat eierskap til foretak som en viktig *delfrihet* etter bestemmelsen.²⁰⁷

6.2.4 Kjerneområdet

Så langt har jeg pekt på en rekke argumenter for at unntaksbestemmelsen art. 345 TEUF riktignok har et bredt nedslagsfelt, men den har også et kjerneområde der gjennomslagskraften overfor resten av traktatbestemmelsene er sterkere enn ellers. Dette kjerneområdet er medlemsstatenes beslutninger om privatisering og nasjonalisering eller lignende ordninger for overføring av eierskap mellom offentlig og privat sektor.²⁰⁸ Argumentene står sterkest når det gjelder eierskap innenfor samfunnsøkonomisk viktige sektorer, men har gyldighet også utover dette. Objektene for overføringen bør nok heller ikke forstås for snevert. Selv om både Schuman-erklæringen og EKSF art. 87 angikk eiendomsretten til foretak, er man ikke dermed begrenset til enkeltforetak. Og

²⁰⁴ Akkermans (2009) s. 7 ff. Jeg er enig med dem i at generaladvokat Jacobs' teori neppe holder vann, se hans forslag til avgjørelse i sak C-350/92 *Spania mot Rådet*, avsnitt 29.

²⁰⁵ Erklæringens punkt 8, se også Colomer avsnitt 53.

²⁰⁶ Tilsynelatende motsatt Craig (2008) s. 1071.

²⁰⁷ Akkermans (2009) s. 10, særlig note 45.

²⁰⁸ *Hvordan* dette kjerneområdet eventuelt får betydning, er tema i de neste kapitlene.

nasjonaliseres et foretak eller en hel sektor, er det vanskelig å skille strengt mellom foretak og andre aktiva, for eksempel naturressurser som kull og stål, eller eiendomsretten til landområdene der disse befinner seg og så videre.²⁰⁹ Alle aktiva må her kunne følge med.

Det er stort sett enighet i den juridiske teorien om at art. 345 TEUF særlig er ment å understreke nettopp at beslutninger om privatisering og nasjonalisering tilligger medlemsstatene.²¹⁰ Noen ganger refereres dette til som traktatens "nøytralitet" overfor statenes valg på dette punktet. Heller ikke i teorien kan jeg se at det er nærmere avgrenset *hva* som kan nasjonaliseres eller privatiseres. Det virker som alle slags ordninger for overføring av eierskap til aktiva til og fra offentlig eller privat sektor godtas. Et slags referansepunkt er likevel den klassiske nasjonaliseringen av et industriforetak eller en sektor.

Det har også blitt hevdet at riktignok er privatiseringer både ønskelig og forenlig med traktaten i medhold av art. 345 TEUF, men nasjonaliseringer og lignende kommer derimot i et for sterkt motsetningsforhold til traktaten for øvrig. Det har de siste tiårene vært en påtagelig bevegelse bort fra offentlig (hel- eller nesten hel-)eierskap i Europa, og ifølge Jones og Sufirin også en revolusjon i hvordan det som tidligere ble ansett som offentlige tjenester, blir levert.²¹¹ Det har en dreining i retning bruk av markedsmekanismer ved offentlig tjenesteyting. Dette mener de skyldes ikke bare et ideologisk skifte, men også en teknologisk utvikling som har gjort at flere av argumentene som tidligere gjorde seg gjeldende innenfor telekommunikasjon og kraftproduksjon, ikke lenger er til stede. De mener at art. 4 (2) EFT ledet til at den private sfære har forrang fremfor den offentlige etter traktaten: "Article 4, in contrast to article 295, is among the 'Principles' set forth in Part One of the EC Treaty. It is elaborated in article 157 (...)". Så vises det til Flynn, som mener fri konkurranse med vedtakelsen av bestemmelsene ble løftet opp til "a level of constitutional imperative".²¹² Siden den gang er art. 4 blitt art. 119 TEUF, og står ikke lenger under kapittelet for prinsipper, men i "Afsnit VIII Den økonomiske og monetære

²⁰⁹ Jeg har ikke sett det problematisert at foretakene igjen kunne rå over betydelige naturressurser. EFTA-domstolen gjorde i *hjemfallsaken* intet skille mellom eierskap til vannfallene, kraftverkene som utnytter dem og organisering av eierskapet i foretak.

²¹⁰ Heinemann (1996) s. 191, med henvisninger.

²¹¹ Jones (2007) s. 614 ff, som ser saken fra perspektivet offentlig tjenesteyting og konkurranse.

²¹² *ibid.* s. 615.

politik".²¹³ Det kan derfor vanskelig hevdes at disse bestemmelsene må medføre at art. 345 TEUF skal tolkes slik at bare privatisering er mulig.

Selv om art. 345 kan sies å ha et kjerneområde, utelukker ikke det at også andre regler om eiendomsretten omfattes av bestemmelsen. Men det kan være større grunn til å ta art. 345 på ordet som en unntaksbestemmelse i disse tilfellene. Dermed er ingen ting sagt om gjennomslagskraften overfor traktatens grunnleggende prinsipper, eller om den har noen gjennomslagskraft overhodet. En avveining må gjøres, men den juridiske teorien er svært knapp med forslag til hvordan.²¹⁴

Burghardt, som altså mente at den daværende art. 222 kun omfattet det jeg har kalt kjernetilfellene, gjorde en konkret avveining på fritt grunnlag.²¹⁵ Siden diskrimineringsforbudet er et "ledemotiv" for traktaten, fant han at nasjonaliseringer og andre tiltak i medhold av art. 345 må gjennomføres på en ikke-diskriminerende måte. Diskrimineringsforbudet er altså en absolutt skranke.²¹⁶ Selv om Burghardt nevner at ulike diskrimineringsforbud finnes en rekke steder i traktaten, og at disse omhandler mer enn nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, nevner han ikke spørsmålet om indirekte diskriminering.²¹⁷

Men forholdet til nasjonale regler som gjelder uten forskjell på egne og andre medlemsstaters borgere, er ikke nevnt. Drøftelsen av forholdet til etableringsfriheten og den frie kapitalbevegelse bærer preg av å være skrevet mens disse var mindre utbygget enn i dag. Om forholdet til etableringsfriheten skriver Burghardt at en nasjonalisering vil stå seg så lenge inngrepet i etableringsfriheten er like stort for statens egne borgere som for utlendinger. Heineman påpeker i sin artikkel fra 1996 at der forholdet til etableringsfriheten er vurdert i juridisk teori, har dette vært ansett som uproblematisk så lenge ordningen er ikke-diskriminerende.²¹⁸ I dag synes dette åpenbart utilstrekkelig, siden restriksjonsforbudet ikke lenger er begrenset til å være et diskrimineringsforbud. I

²¹³ Art. 157 står som art. 173 TEUF i "Avsnit XVII Industri".

²¹⁴ Den nyeste, grundige drøftelsen av art. 345 TEUF som jeg har funnet, Akkermans (2009) går overhodet ikke inn på dette.

²¹⁵ Burghardt (1969) særlig s.76-80.

²¹⁶ Her er han på linje med EU-domstolen i sak 6/64 *Costa mot ENEL*, se kap. 8.2.

²¹⁷ Jeg tar dette til inntekt for fremstillingens alder.

²¹⁸ Heinemann (1996) s.192, som riktignok gjelder nasjonaliseringer med sikte på opprettelse av monopol, men like fullt også nasjonaliseringer.

kommisjonsmeddelelser heter det gjerne om art. 345 TEUF at den fastslår traktatens nøytralitet overfor medlemsstatenes beslutninger om henholdsvis nasjonalt eller privat eierskap til foretak.²¹⁹ Deretter uttales det at fellesskapet ser på virksomhetenes atferd på samme måte uansett om det er tale om offentlige eller private virksomheter.²²⁰ Forutsetningen er da at alle øvrige regler i traktaten gjelder uavkortet. Som det fremgår nedenfor, har dette støtte i EU-domstolens praksis.²²¹

6.2.5 Art 345 TEUF som "stand still"-klausul?

Et spørsmål som det kan være greit å få avklart, er om "nøytraliteten" overfor eierskapsregler bare gjelder ordningene slik de var på tidspunktet for traktatens ikrafttredelse, og altså ikke senere endringer. En slik overgangsordning ville ha likheter med skillet mellom ny og eksisterende statsstøtte, eller såkalte "stand still"-klausuler, som gjerne avtales ved utvidelser av EU og EØS.²²² Den italienske teksten har blitt utlagt til å tyde på dette, "[I]l regime [...] *esistente*".²²³ Dette er imidlertid å trekke ordlyden noe langt, i og med at det ikke står "pre-esistente".²²⁴ Tolkningen mangler støtte i de andre språklige versjonene. Når de opprinnelige medlemsstatens bekymring for å miste et viktig verktøy i sin økonomiske først tillegges vekt ved tolkningen, fremstår tolkningen som inkonsekvent. Behovet for å beholde verktøyet kan være vel så stort senere. Nå kan det sies at selve vedtakelsen av Romatraktaten, med dens hovedformål om økonomisk integrasjon, på sett og vis var en reaksjon på landenes ulike økonomiske veivalg til da.²²⁵ Men dette kan ikke forenes med at bestemmelsen er blitt beholdt uendret. Konklusjonen må bli at bestemmelsen ikke er begrenset i tid.

²¹⁹ Tidligere mente Kommisjonen visstnok at bestemmelsens rekkevidde ikke gikk utover dette spørsmålet, se Smit (1996) s. 6-216.65.

²²⁰ Kommisjonsmeddelelse 2001/C 17/04, punkt 21. Se også kommisjonsmeddelelse 2000/C 121/02.

²²¹ Foruten diskrimineringsforbudet og restriksjonsforbudet gjelder for eksempel også konkurransereglene og statsstøttereglene.

²²² For eksempel art. 2.2.c) i EØS-utvidelsesavtalen 2004.

²²³ Groeben (1997) avsnitt 5, med henvisninger.

²²⁴ Se om dette Burghardt (1969) s. 69.

²²⁵ Ruffert (2002) avsnitt 1.

6.2.6 Art 345 TEUF i praksis

Siden art. 345 TEUF ikke angir et positivt rettslig grunnlag, er det ikke så ofte EU-domstolen hatt foranledning til å uttale seg om hvordan bestemmelsen skal forstås. De gangene EU-domstolen har anvendt art. 345 direkte, ser det ut til at domstolen har vurdert bestemmelsens nedslagsfelt som svært bredt og dens gjennomslagskraft overfor andre traktatbestemmelser som svært liten - tilsynelatende uten noen nærmere begrunnelse for tolkningsresultatet. Et lite utvalg dommer er egnet til å illustrere dette.

Sentralt står *Fearon* fra 1984, og senere rettspraksis viser gjerne til denne. Saken gjaldt irske myndigheters adgang til å ekspropriere jordbrukseiendommer dersom ikke eieren, eller alle aksjonærer i eierselskapet, siste år hadde bodd høyst 3 engelske mil fra eiendommen. Det hadde de fem britiske aksjonærene i *Fearon Ltd.* ikke. Spørsmålet var om bostedskravet og det offentlige innløsningsrett var i tråd med etableringsfriheten. Kommisjonen gjorde gjeldende at reguleringen av offentlige myndigheters ekspropriasjonsrett er en del av medlemsstatenes eiendomsrettslige ordninger som etter daværende art. 222 ikke ble berørt av traktatens regler.²²⁶ Dette var domstolen ikke enig i:

Selv om traktatens artikkel 222 ikke griper ind i medlemsstaternes ret til at indføre en ordning, hvorefter offentlige myndigheder kan ekspropriere, er en sådan ordning imidlertid omfattet af det grundlæggende princip om forbud mot forskelsbehandling, der ligger til grund for traktatens kapitel om etableringsretten. [premiss 7]

I praksis ville nok bostedskravet sjelden være oppfylt for andre enn irske statsborgere, men dette mente domstolen var i orden så lenge lovregelen gjaldt uavhengig av nasjonalitet og heller ikke ble håndhevet på en diskriminerende måte.²²⁷ Forholdet til etableringsfriheten ble altså utelukkende vurdert under innfallsvinkelen nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. En uklarhet der relaterer seg til betydningen av de landbrukspolitiske hensynene den irske ordningen skulle ivareta, blant annet jf premiss 3. De nevnes ikke i domsslutningen. Jeg forstår det slik at domstolen påpekte disse hensynene for å vise at det ikke var underliggende diskriminerende målsettinger med den aktuelle ordningen. På denne

²²⁶ Sak 182/83 *Fearon*, premiss 5. Sml ”nøytralitetsprinsippet”.

²²⁷ Premiss 10.

forutsetning godtok domstolen en overføring av eierskap til jordbrukseiendom fra privat til offentlig sektor.

Domstolen forutsatte senere i *Konle* at restriksjonsforbudet, også der dette går lengre enn forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, er blant de grunnleggende prinsipper som en art. 345-ordning må vurderes opp mot. Saken gjaldt en lovbestemmelse i den østerrikske delstaten Tyrol som gjorde det påkrevet å innhente tillatelse i forkant ved erverv av fast eiendom. Overføringen av eiendomsrett var altså ikke fra privat til offentlig sfære, men mellom private. Østerrike anførte at daværende art. 222 hjemlet en slik ordning når formålet var at offentlige myndigheter skulle kunne ivareta reguleringsmessige hensyn. Igjen uttalte domstolen, i tilsvarende men mer generelle ordelag enn i *Fearon*:

[S]elv om de eiendomsrettlige ordninger vedbliver at henhøre under den enkelte medlemsstat i henhold til traktatens artikkel 222, fører bestemmelsen ikke til, at en sådan ordning ikke er omfattet af traktatens grundlæggende prinsipper (...). [premiss 38]

Uttalelsen gjelder *enhver* regel som kan henføres under art. 345 TEUF. Domstolen konstaterte deretter at ordningen etter selve sitt formål innebar en restriksjon i den frie kapitalbevegelse, selv om ordningen ikke gjorde forskjell på egne og utenlandske statsborgere. Det bare godtas dersom ordningen var begrunnet i et legitimt formål, ikke ble anvendt på diskriminerende måte og samme formål heller ikke kunne oppnås på med mindre inngripende tiltak. Her var det av stor betydning for domstolen at det krevdes forhåndsgodkjenning, noe som ga mangel på forutberegnelighet og forhøyet risiko for diskriminering.²²⁸

Flere EU-dommer har presisert at også restriksjonsforbudet må overholdes, deriblant *Ospelt*, som gjaldt en annen østerriksk regel som stilte krav om forhåndsgodkjenning ved erverv av land- og skogbruksarealer. Med henvisning til og etter mønster av *Fearon* og *Konle*, uttalte EU-domstolen at både etableringsfriheten og den fri kapitalbevegelse var blant de grunnleggende prinsipper som regelen måtte vurderes opp

²²⁸ Sak C-302/97 *Konle*, premiss 39-49.

mot, selv om den lå under virkeområdet for daværende art. 295.²²⁹ For øvrig fant den at de formålene som ble forfulgt, var legitime, men at de østerrikske reglene var mer restriktive enn nødvendig for å ivareta formålet. På området for fri flyt av varer var restriksjonsforbudets grunnleggende posisjon blitt klar tidligere, se *Kommisjonen mot Italia* fra 1992.²³⁰ Saken gjaldt en italiensk regel som hjemlet ileggelse av tvangslisens når innehaveren av et italiensk patent ikke utnyttet patentet til produksjon på italiensk territorium.

Som det har fremgått, skiller domstolen mellom selve *retten* til å vedta regler om eiendomsretten, og måten denne retten *utøves* på. Faktisk har domstolen i flere saker vedrørende immaterialrettigheter hvor art. 345 TEUF har blitt påberopt, brukt akkurat disse ordene om sin forståelse av bestemmelsen.²³¹ Gjennomslagskraften synes å være minimal i alle de nevnte saksområdene. EU-domstolens uttalelse i *Konle* er faktisk uten forbehold.²³² Tas dommen på ordet, vil art. 345 ikke i noe tilfelle ha gjennomslagskraft overfor traktatens forbudsbestemmelser, heller ikke når den nasjonale ordningen ligger i selve kjerneområdet for bestemmelsen. Man kan spørre seg hvilken selvstendig betydning som da gjenstår i art. 345 som unntaksbestemmelse, særlig sett i lys av at restriksjonsforbudet nå går mye lengre enn før. At en restriksjon eventuelt kan begrunnes etter læren om tvingende allmenne hensyn, er en annen sak. Hensynet til effektiviteten av art. 345 TEUF tilsier at selv om en nasjonal regel om overføring av eierskap til privat eller offentlig sektor, også innebærer en restriksjon, bør det i prinsippet ikke være utelukket at tiltaket anses å være i tråd med fellesskapsretten, også utover hva læren om tvingende allmenne hensyn ellers skulle tilsi.²³³ Ikke minst gjelder dette i lys av bestemmelsens

²²⁹ Sak C-452/01 *Ospelt*, premiss 24.

²³⁰ Sak C-235/89 *Kommisjonen mot Italia*, premiss 14.

²³¹ Sak 24-67 *Parke Davis*, premiss 9. Tidligere, men mindre tydelig: Forente saker 56 og 58-64 *Consten-Grundig*. I rettspraksis om bestemmelsen står forholdet til immaterialrettigheter i en særstilling. Det hadde vært stor uenighet om art. 222 EFT i det hele tatt gjaldt slike rettigheter, fordi "regler om industrielt og kommersielt rettsvern" var nevnt i unntaksbestemmelsen i art. 36 EFT/(TEUF), se Smit (1996) s. 216.65-216.67. Selv om eksistensen av en immaterialrett etter nasjonal lov ikke berøres av traktaten, kan utøvelsen innskrenkes i den grad det er nødvendig for å håndheve traktatens forbudsregler. I den forbindelse må det legges til at nasjonalstatenes rett til å vedta patentregler etter art. 345 og 36 TEUF ikke begrenser EU's lovgivningskompetanse på området, se for eksempel sak C-350/92 *Spania mot Rådet*, premiss 22.

²³² Se også forente saker T-116/01 og T-118/01 *P & O European Ferries*, premiss 151.

²³³ Kommisjonens skriftlige innlegg i *hjemfallsaken* kan sies å gjenspeile dette synspunktet, se avsnitt 33. EFTA-domstolen ser ut til å ha fulgt Kommisjonen her, se kap. 6.3.

tilblivelseshistorie og politiske bakgrunn, jf Burghardt, som så sterkt indikerer at noen tilfeller bør behandles særskilt. Jeg vil også peke på at uttalelsene om art. 345 TEUF i *Fearon, Konle* og *Ospelt* er kortfattede, og tolkningsresultatet er ikke nærmere begrunnet. Dette er for så vidt ikke noe uvanlig, men tatt i betraktning bestemmelsens ordlyd, tilblivelsesmåte, historiske bakgrunn og antatte formål, kunne man ventet en mer nyansert løsning av motsetningsforholdet mellom art. 345 TEUF og de grunnleggende prinsippene i traktaten. Det kan stilles spørsmålsteget ved om de siterte sakene lå slik an at de er egnet til å belyse kjerneområdet.

6.2.7 Særlig om "golden shares"-sakene

Den daværende art. 295 EFT fikk fornyet aktualitet gjennom rekken av "golden shares"-dommer i forbindelse med privatisering av offentlige selskaper.²³⁴ Mye av den nyere europeiske juridiske teorien om bestemmelsen knytter seg til disse sakene, og det har vært tilsvarende mindre fokus på bestemmelsens betydning ved overføring av selskaper til offentlig sfære. Dette henger muligens sammen med at den generelle tendensen i de europeiske landene inntil nylig har vært økonomisk liberalisering, som jo også er et siktemål for fellesskapet. Videre ligger "golden shares" litt på siden av skillet mellom nasjonalisering og privatisering. Poenget med ordningene er at statene bevarer kontroll over foretak etter privatisering, slik at det blir et misforhold mellom kontroll og økonomisk eksponering.²³⁵ Likevel angikk sakene ordninger hvor EU-rettens krav utfordret det statene mente var sentrale nasjonale interesser på økonomiens område, og her kom spørsmålet om kjerneområdet inn.

Generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomers forente forslag til avgjørelse i de tre sakene mot henholdsvis Portugal, Frankrike og Belgia, bygger direkte på Burghardts

²³⁴ Sentralt står sakene C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*, C-483/99 *Kommisjonen mot Frankrike ("Elf")* og C-503/99 *Kommisjonen mot Belgia* som alle ble avsagt 4. juni 2002, og sakene C-463/00 *Kommisjonen mot Spania* og C-98/01 *Kommisjonen mot UK ("BAA")* av 13. mai 2003, og for så vidt også sak C-112/05 *Kommisjonen mot Tyskland ("Volkswagen")*.

²³⁵ Tysk "goldene Aktien", fransk "action spécifique". Disse populære betegnelsene er ikke helt dekkende for mangfoldet av nasjonale ordninger EU-domstolen er blitt forelagt eller som Kommisjonen har grepet fatt i uten at det er kommet til traktatbruddssak. Fellestrekket er at de gir spesielle statlige rettigheter i privatiserte selskaper, særlig rettet inn mot å hindre utenlandsk innflytelse over selskapets beslutninger. Rettigheten kan følge av forvaltningsregler eller aksjer, og kan utøves på svært forskjellige måter, se Terkelsen (2008) s. 11 ff.

system-teleologiske tilnærming.²³⁶ Det innebærer samtidig at han mer eller mindre velger å se bort fra tidligere rettspraksis, som han mener har feiltolket bestemmelsen helt.²³⁷ Senere avga Colomer forslag til avgjørelse i flere "golden shares"-saker. Domsrekken åpner for en interessant dialog mellom generaladvokaten og domstolen, som kan belyse både omfanget av art. 345 og avveiningen mot traktatens øvrige bestemmelser.

Colomer deler Burghardts oppfatning av eiendomsrettsbegrepet i bestemmelsen som et økonomisk konsept, og gjør som han en negativ avgrensning mot alle andre eiendomsrettslige regler.²³⁸ Om bestemmelsens anvendelsesområde skriver Colomer i avsnitt 54:

Heraf følger for det første - endnu en gang - at udtrykket »ejendomsretlig ordning« i artikel 295 EF ikke henviser til civilretlige bestemmelser om formueretlige forhold - et aspekt, som desuden er traktaternes formål helt uvedkommende - men til en ideal helhed af regler af enhver art, såvel privatretlige som offentligretlige, som kan tildele økonomiske ejendomsrettigheder til en virksomhed, det vil sige som giver indehaveren heraf mulighed for at udøve en afgørende indflydelse på fastlæggelsen og gennemførelsen af alle eller nogle af virksomhedens økonomiske mål.

Colomer *utvider* etter det jeg kan skjønne bestemmelsens kjerneområde i forhold til Burghardt ved at han mener den også omfatter "golden shares"-ordninger.²³⁹ Dette kan etter hans syn også ses som et uttrykk for "den sunde fornuft" eller et "common sense maxim" – kan statene velge å nasjonalisere, bør de også kunne gjøre det mindre, nemlig privatisere samtidig som de holder igjen kontrollen.²⁴⁰ Han understreker sterkere enn Burghardt at en snevrere tolkning av art. 295 enn dette ikke ville være forenlig med hensynet til bestemmelsens effektivitet: dersom den ikke sto seg mot andre traktatbestemmelser i noe tilfelle, ville den ikke ha noe innhold igjen. Det er "absurd", som han sier i avsnitt 63, å

²³⁶ Eller som Colomer selv kaller det, "historisk og teleologisk", se forslaget (heretter "Colomer") avsnitt 49.

²³⁷ De viktigste punktene i hans kritikk er de samme som fremmet i kap.6.2.5, se særlig avsnitt 78-82.

²³⁸ *ibid.* avsnitt 47 og 52. En liten forskjell ser ut til å være at Colomer legger større vekt på den sektorielle – og dermed begrensede – integrasjon som Schuman-erklæringen la opp til for å begrunne avgrensningen, se dens punkt 8.

²³⁹ *ibid.* særlig avsnitt 55-56.

²⁴⁰ *ibid.* avsnitt 66. Argumentet overbeviste ikke EU-domstolen, som tvert i mot ser ut til å ha slått ned særlig på misforholdet mellom finansiell eksponering og kontroll som oppsto.

reduere den til et uttrykk for det som ellers er ”indlysende”, nemlig at traktaten ikke berører utformingen av medlemsstatenes formuerettslige lovgivning. Det er ikke ”behov for en bestemmelse til at erindre om dette, idet det er ikke EF-traktatens oppgave at integrere medlemsstaternes privatret.”²⁴¹

Siden han var kommet til at de aktuelle reglene i saken utgjorde restriksjoner²⁴² i etableringsfriheten og den frie kapitalbevegelse, var spørsmålet hvordan art. 295 da skulle avpasses med restriksjonsforbudet. Her ga rettspraksis etter hans syn ingen veiledning.²⁴³ For sin egen del mente han at

(...) Artikel 295 EF indebærer på ingen måde en undtagelse fra EF-traktatens bindende regler. Disse har alle virkning i overensstemmelse med deres ordlyd, i særdeleshed forbuddet mod forskelsbehandling på grund af nationalitet. Artikel 295 EF indfører ingen undtagelse fra anvendelsen af traktatens grundlæggende regler. Hvad den faktisk indebærer, er, at de anfægtede foranstaltninger ikke i sig selv kan anses for uforenelige med traktaten. De er, om man så må sige, omfattet af den formodning for gyldighed, som legitimiteten af artikel 295 EF medfører. I denne henseende finder jeg det særligt relevant, at forbeholdet i artikel 295 EF formuleres som et forbud mod at »préjuger«. Når det hedder, at traktaten »ne préjuge en rien«, indebærer dette i hvert fald, at en national foranstaltning, som vedrører den måde, hvorpå beslutninger træffes i den offentlige sektor, skal anses for forenelig med traktaten, hvis det modsatte ikke er bevist. Og »préjuger« er netop at antage, at en foranstaltning, som i sig selv ikke er diskriminerende, anvendes på en diskriminerende måde, som ikke er berettiget.[avsnitt 67]

Foruten Burghardts system-teleologiske fundament, ser vi også at ordlyden benyttes for det den er verdt. Colomer konkluderer altså med at nasjonale ordninger som omfattes av art. 345 TEUF, ikke bryter med restriksjonsforbudet så lenge de gjelder uten forskjell, altså ikke diskriminerer åpent. Egnethetsspørsmålet og proporsjonalitetstesten i en

²⁴¹ I forlengelsen av dette vil jeg for min egen del legge til at eksistensen av både en offentlig og en privat sektor er forutsatt andre steder i traktaten.

²⁴² Hvorav bare den ene av de to portugisiske reglene var direkte diskriminerende.

²⁴³ Avsnitt 88.

restriksjonskontekst berøres ikke. Mitt inntrykk er at Colomer mener en eventuell²⁴⁴ restriksjon (som ikke er direkte diskriminerende) *skal ses bort fra* hvis den inngår i en ordning som omfattes av art. 295. En vurdering av egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet trenger da ikke skje.

Forslaget fikk ikke gehør hos EU-domstolen i plenum.²⁴⁵ Innledningsvis, i premiss 47, anerkjente domstolen at medlemsstatene kunne ha berettiget interesse i å bevare innflytelse over foretak som utførte tjenester på områder av allmenn eller strategisk interesse. Men ordningen kunne likevel ikke hjemles i artikkel 222:

47 Som det ligeledes fremgår af meddelelsen fra 1997, kan man ikke afvise, at medlemsstaterne ud fra visse betænkeligheder kan være berettiget til at bevare en vis indflydelse i virksomheder, der oprindeligt var offentlige og derefter er blevet privatiseret, når disse virksomheder præsterer tjenesteydelser på områder, der er af almen eller strategisk interesse (...).

48 Disse betænkeligheder kan imidlertid ikke give medlemsstaterne adgang til at påberåbe sig deres ejendomsretlige ordning, der er omhandlet i traktatens artikel 222, som begrundelse for hindringer af traktatens friheder, når disse hindringer er et resultat af en administrativ godkendelsesordning vedrørende privatiserede virksomheder. Som det således fremgår af Domstolens praksis (Konle-dommen, præmis 38), fører denne artikel ikke til, at eksisterende ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke er omfattet af traktatens grundlæggende principper”.

49 De frie kapitalbevægelser kan som et grundlæggende princip i traktaten kun begrænses ved en national ordning, der er begrundet i de i traktatens artikel 73 D, stk. 1, nævnte hensyn, eller begrundet i tvingende almene hensyn (...).

Som i så mange andre saker, er det et misforhold mellom generaladvokatens utførlige drøftelse av art. 222 EFT og domstolens knappe premisser.²⁴⁶ Dommen viser likevel at

²⁴⁴ Drøftelsen hans forutsetter at ordningene vil medføre en restriksjon, se også forslaget avgitt 6. februar 2003, premiss 37.

²⁴⁵ Siden voteringene er hemmelige, vet vi ikke om et mindretall støttet Colomer.

²⁴⁶ Gjentatt ordrett i to andre dommene avsagt samme dag.

Colomers lesning av art. 345 som et unntak for regler av *økonomisk* karakter, basert på Burghardts system-teleologi, ikke godtas. Henvisningen til *Konle* tydeliggjør at EU-domstolen behandler "golden shares"-ordninger på lik linje med andre eiendomsrettslige ordninger som medfører restriksjoner. Den fastholder skillet mellom retten til å vedta regler om dette og måten retten utøves på. Katalogen av legitime hensyn utvides heller ikke, unntatt når det gjelder privatiserte virksomheter innen områder av allmenn eller strategisk betydning. I sitt forente forslag til avgjørelse i sakene mot Spania og UK to år senere står Colomer fast ved standpunktet sitt, som han mener ikke er tilstrekkelig tilbakevist.²⁴⁷ Domstolen på sin side tok ikke hensyn til kritikken, og sto fast ved de knappe uttalelsene fra tidligere.²⁴⁸ Det har den fortsatt med i senere saker hvor art. 222/295 EFT er nevnt. Generaladvokatens argumenter har klart ikke vunnet frem.²⁴⁹

Imidlertid er det verdt å merke seg at EU-domstolens uttalelser om de grunnleggende traktatprinsippenes forrang, er begrenset "golden shares"-tilfellene. Dermed er det i hvert fall ikke utelukket at statene kan påberope seg art. 345 i andre tilfelle. Men i så fall må man forutsetningsvis enda nærmere kjernen av bestemmelsen enn i tidligere saker, og der ligger nettopp medlemsstatenes beslutninger om privatisering eller nasjonalisering. Med tanke på bestemmelsens forarbeider, dens likhet med EKSF art. 87 og dens politiske bakgrunn, kan det tenkes at en nærhet til industriproduksjon vil være sentral i vurderingen. Denne åpningen er for så vidt i motstrid med den mer bastante uttalelsen i *Konle*, hvor enhver regel om eiendomsretten tilsynelatende sto tilbake for restriksjonsforbudet. Men faktum i den saken ligger mye fjernere fra det norske eierskapsregimet. Tatt i betraktning at EU-domstolen har gjentatt standpunktet i en rekke "golden shares"-saker, må det nå kunne legges til grunn at regler i kjerneområdet av art.

²⁴⁷ Se Colomers forslag fra 2003, avsnitt 37. Han retter for øvrig et dårlig skjult spark til domstolen for at den er for bundet til tidligere praksis, særlig *Konle*, avsnitt 36.

²⁴⁸ Sak C-463/00 *Kommisjonen mot Spania*, premiss 67.

²⁴⁹ Senere har for eksempel Tyskland ("*Volkswagen*") og Italia (sak C-326/07 *Kommisjonen mot Italia*) latt være å påberope seg art. 345. I begge disse sakene var Colomer generaladvokat, og han tok av eget tiltak opp forholdet til bestemmelsen. Domspremissene nevner den ikke. I saken mot Italia endret Colomer interessant nok tilnærming til hvordan restriksjonsspørsmålet skulle løses. Han åpnet tilsynelatende for en klassisk allment tvingende hensyn-vurdering, med utvidet hensynkatalog pga art. 345. Jeg vil komme tilbake til de ulike tilnæringsmåtene. Verdt å merke seg er det også at Colomer overhodet ikke nevnte *hjemfallsaken*, noe som bekrefter den grunnleggende ulikheten mellom sakskompleksene.

345 TEUF kan gå klar av restriksjonsforbudet utover den alminnelige læren om allmenne tvingende hensyn.

6.3 Art 125 EØS i praksis

I *hjemfallsaken* tok EFTA-domstolen skrittet fullt ut. Jeg leser dommen slik at det å forfølge et formål om offentlig eierskap innenfor kjerneområdet av 125 EØS, vil kunne være legitimt selv om regelverket skulle medføre en restriksjon som ikke kan begrunnes i den alminnelige læren om allmenne tvingende hensyn.²⁵⁰ Likevel er det ikke sikkert EFTA-domstolens tilnærming til spørsmålet den gang er den riktige å legge til grunn når dagens regelverk skal vurderes.²⁵¹ Det er bare én av flere mulige tilnærminger.

"Golden shares"-dommene nevnes ikke i dommen, selv om de utgjorde et viktig bakteppe.²⁵² Det betyr at EFTA-domstolen, etter mitt syn med rette, har ment at dommene ikke påvirket saken. De gjaldt nettopp ikke det politiske valget av offentlig eierskap til en sektor av økonomien, men opprettholdelse av offentlig kontroll utover hva det offentlige eierskapet tilsa.

Innledningsvis tok EFTA-domstolen samme utgangspunkt ved tolkningen av art. 125 EØS som EU-domstolen hadde gjort i *Fearon*:

*(...) although the system of property ownership is a matter for each EEA State to decide, the said provision does not have the effect of exempting measures establishing such a system from the fundamental rules of the EEA Agreement, including the rules on free movement of capital and freedom of establishment (...). [premiss 62]*²⁵³

Foreløpig skulle tolkningen tilsi at art. 125 ikke kan begrunne innføring eller opprettholdelse av restriksjoner i traktatens friheter, eller unnta en ordning fra avtalen fullstendig. Restriksjonsforbudet gjelder uansett. På vanlig måte gikk domstolen videre til å spørre om det forelå en restriksjon i etableringsfriheten, jf art. 31, og den frie kapitalbevegelse, jf art. 40. Her fant domstolen at de norske reglene med tidsbegrenset

²⁵⁰ Det er denne adgangen dagens norske regelverk er innrettet etter.

²⁵¹ Man kan risikere at EU-domstolen senere løser en tilsvarende sak annerledes. Da vil nok EFTA-domstolen korrigere sin kurs neste gang en slik sak kommer opp, jf *L'Oréal*.

²⁵² Jeg har telt hele 10 referanser til "Golden-shares"-sakene i *Report for the Hearing*.

²⁵³ Uttalelsen er nesten identisk med *P & O European Ferries*, premiss 151.

konsesjon og hjemfall hemmet de to frihetene og gjorde utøvelsen av dem vanskeligere, og dermed en restriksjon.²⁵⁴

Siden dette kunne besvares bekreftende, var spørsmålet om restriksjonen likevel var berettiget. Det er her, i vurderingen av om ordningen tar sikte på å ivareta et legitimt hensyn, at domstolen gir sin tilslutning til at "(...) Norway may legitimately pursue the objective of establishing a system of public ownership, provided that the objective is pursued in a non-discriminatory and proportionate manner."²⁵⁵ Åpningen var etter domstolens syn *en konsekvens av* ("corollary of") den tolkningen av art. 125 EØS som er gjengitt over, nemlig at medlemsstatens myndighet til å bestemme at vannkraftressursene skulle ligge under offentlig eierskap, *i seg selv* ikke påvirkes av EØS-avtalen.²⁵⁶

EFTA-domstolens grep sikrer effektivitet til art. 125 EØS når en nasjonal ordning faller inn under bestemmelsens kjerneområde. Men det er ikke helt klart om det er læren om allmenne tvingende hensyn eller art. 125 selv som er hjemmelen. Dommen er disponert slik at formålet om offentlig eierskap behandles på samme måte som "vanlige" allmenne hensyn, nemlig som et av flere mulige legitime unntak fra restriksjonsforbudet. Plasseringen i domsgrunnene taler for at hensynet til offentlig eierskap er å forstå som et tvingende allment hensyn. I samme peker de rammer domstolen trekker opp i premiss 72 andre setning, som speiler EU-domstolens vurderingskriterier for å godta restriksjoner i de fire friheter. De går tilbake til Gebhard-dommens firepunktliste i premiss 31, her i engelsk språkdrakt slik at likheten blir tydelig:

(...) they must be applied in a non-discriminatory manner; they must be justified by imperative requirements in the general interest; they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it.

²⁵⁴ Med henvisning til *Gebhard*, premiss 37. Det kan innvendes at den negative effekten av tidsbegrensninger og hjemfallsvilkår vil bli reflektert i vederlaget den private kjøper er villig til å gi, i tråd med på grunn av normale markeds mekanismer. Man får altså det man betaler for, og tapet ligger da hos den første selgeren, jf poenget hos Ørebech (2006) og den tilsvarende kritikken hos Terkelsen (2008) s. 44-45 i relasjon til restriksjonsvurderingen i Golden Shares-sakene. Heller ikke jeg kan se at domstolene har problematisert dette poenget.

²⁵⁵ Premiss 72.

²⁵⁶ Domstolen drøfter deretter om ordningen egentlig tar sikte på å ivareta dette formålet, og konkluderer med at det gjør den ikke, premiss 77.

De to siste punktene ses i dag som bestanddeler i proporsjonalitetsprinsippet. Det som da gjenstår på listen er ikke-diskriminering²⁵⁷, proporsjonalitet og at restriksjonen kan begrunnes i et legitimt hensyn – nemlig offentlig eierskap i dette tilfellet.

Mot denne synsmåten kan det innvendes at det egentlige vurderingstemaet var hvorvidt formålet med det norske konsesjonsregelverket var å skape et ”system of property ownership” i art. 125's forstand.²⁵⁸ Når det å oppnå offentlig eierskap til vannkraftressursene ble akseptert som legitimt hensyn i premiss 72, var det nettopp som en konsekvens av art. 125. Som vi husker, hadde EU-domstolen ikke villet godta dette i "golden shares"-sakene.²⁵⁹ Jeg kan ikke se noen annen begrunnelse for EFTA-domstolens vurdering enn at det etter dens mening er et relevant skille mellom såkalte "golden shares" og overføring av eierskap til produksjonsfaktorer til offentlig sfære. Sistnevnte ligger i selve kjernen av art. 125 EØS, der bestemmelsen faktisk har en viss gjennomslagskraft overfor resten av avtalen. Kun når et formål om offentlig eierskap relateres direkte til art. 125, kan man trekke på hele settet av argumenter jeg har gjennomgått ovenfor i forbindelse med art. 345 TEUF. Da gir det også mening at domstolen i premiss 77 har ønsket å understreke skillet mellom offentlig eierskap og offentlig kontroll, som er noe annet og mindre. Som det står i neste setning [mine uthevinger]: ”*Rather, the contested rules are aimed at establishing a certain level of public control of the relevant sector of the economy.*” Dette er noe annet og mindre enn offentlig eierskap, noe domstolen umiddelbart etter slår fast.²⁶⁰ ”*Acquiring public control, as such, does not constitute a mandatory requirement*” – det å oppnå offentlig kontroll utgjør ikke i seg selv et tvingende allment hensyn, som EU-domstolen for øvrig hadde fastslått i "golden shares"-sakene.²⁶¹

²⁵⁷ Som OED påpeker i Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 60, fremgår det av konteksten og alminnelige EØS-rettslige prinsipper, at uttrykket ”non-discriminatory” kun omfatter *direkte* diskriminerende tiltak. Slike tiltak, som forskjellsbehandler på grunnlag av nasjonalitet, må eventuelt begrunnes i bestemte avtalefestede hensyn, se om dette Aall (1994). Hensynet til offentlig eierskap ville i slike tilfeller ikke være tilstrekkelig tungtveiende begrunnelse.

²⁵⁸ Premiss 77. Her er domstolen ikke helt presis, siden ikke alle ordninger som faller innunder art. 125, kvalifiserer til å gjøre unntak fra traktatens grunnleggende prinsipper. Ordningen må falle under dens kjerneområde, se kravet i premiss 73.

²⁵⁹ Katalogen over legitime hensyn forble den samme, jf kap.6.2.7.

²⁶⁰ Premiss 78.

²⁶¹ Hvis målet kun er å oppnå offentlig kontroll, må myndighetene i så fall begrunne hva man ønsker å bruke kontrollen til, og dette formålet må være EØS-rettslig legitimt (og bestå proporsjonalitetstesten, noe de daværende reglene ikke gjorde). Et mål om etablere offentlig eierskap er derimot tilstrekkelig i seg selv og trenger ikke ytterligere begrunnelse.

På denne bakgrunn har blant annet departementet ment at det er ”mest naturlig å se artikkel 125 som selve hjemmelsgrunnlaget for unntaket, snarere enn den ulovfestede læren om allmenne hensyn”.²⁶² Jeg er enig i det. Forståelsen harmonerer best med utlegningen av art. 345 TEUF ovenfor. På en måte blir dette blir mest en begrepsdiskusjon, eller mer presist en hjemmelsdiskusjon.²⁶³ Det er uansett klart at drøftelsen må knyttes til hvorvidt den nasjonale ordningen faller inn under art. 125 EØS. Vurderingstemaet her er om ordningen tar sikte på å oppnå en situasjon hvor vannkraftressursene i prinsippet er eiet av offentlige enheter. Men det er ikke dermed klart hvordan man skal forholde seg til spørsmålet om hvordan man skal gå fram når en nasjonal regel som ligger innenfor art. 125's kjerneområde, skal vurderes opp mot avtalens øvrige prinsipper.

6.4 Oppsummering

Fremstillingen har vist at utøvelsen av retten etter art. 125 EØS til å vedta regler om eiendomsretten i utgangspunktet fullt ut er underlagt avtalens grunnleggende prinsipper, herunder restriksjonsforbudet. Men en rekke forhold, herunder formålet med bestemmelsen slik dette kan utledes av de politiske rammene som art. 222 EFT ble til innenfor, dens konkrete tilblivelseshistorie og dens nære slektskap til Schuman-erklæringen og art. 83 EKSF, tilsier at nasjonale ordninger som regulerer hvorvidt aktiva skal være under offentlig eller privat eierskap ligger innenfor kjerneområdet av bestemmelsen, der den har en sterkere gjennomslagskraft. Skal art. 125 ha noen reell betydning for den EØS-rettslige vurderingen av slike ordninger, må den medføre at man ser mer lempelig på restriksjonsvurderingen i disse tilfellene. Hvordan man skal gå fram i den konkrete avveiningen mot de øvrige avtalebestemmelsene er et spørsmål for seg. I alle tilfelle dreier det seg om et snevert unntak.

²⁶² Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 60.

²⁶³ Diskusjonen minner om en rettsfilosofisk vurdering av hvorvidt restriksjoner som kan begrunnes i et legitimt hensyn, derigjennom unntas fra avtalens virkeområde, eller om de er innenfor avtalens virkeområde uten å være forbudte.

7 Valget av systematisk tilnærming

Uansett må det tas stilling til om den norske eierskapsordningen ligger innenfor selve kjerneområdet i art. 125 – det som EFTA-domstolen kalte "a situation where, as a matter of principle, the assets at issue are owned by public entities". Hvis den gjør det, kan minst tre systematisk ulike tilnæringsmåter tenkes til hvordan den kan avveies mot traktatens øvrige prinsipper. Første alternativ, at ordningen skulle være helt unntatt fra avtalens virkeområde, mangler støtte i rettskildene. Mer rimelig er det som Colomer opprinnelig foreslo, å vurdere ordningen på friere basis i lys av EØS-avtalens grunnleggende prinsipper. Skal art. 125 ha noe reelt innhold, må dette gjenspeiles i avveiningen, slik at eventuelle restriksjoner i EØS-avtalens friheter som ikke er direkte diskriminerende, ses bort fra. Tredje alternativ er å spørre om det foreligger en restriksjon, og hvis så er tilfelle, anlegge en legitimt hensyn-vurdering men med utvidet katalog som følge av at man er "innenfor" art. 125's kjerneområde. Alle de vanlige spørsmålene må stilles: Tar den nasjonale ordningen sikte på å oppnå 125-eierskap, er den *egnet, nødvendig* og *proporsjonal* for å nå dette. Siktemålsvurderingen vil da tilsvare spørsmålet om man er innenfor kjerneområdet av art. 125.

EFTA-domstolen ville etter det jeg kan skjønne lagt til grunn sistnevnte i *hjemfallsaken*, selv om de daværende norske reglene ikke kom lengre enn til første hinder. Fordelen med denne tilnæringsmåten at eierskapsregler som er en del av et "system of property ownership", kan vurderes på vilkår som er forholdsvis klart definerte og innenfor et paradigme man er vant, og der man lettere kan trekke på tidligere praksis omkring de grunnleggende EU- og EØS-rettslige prinsippene. Etter mitt syn gir dette den ryddigste vurderingen av det nasjonale tiltaket.²⁶⁴ *Laval*-dommen fra 2007, som blant annet gjaldt adgangen i svensk rett til å bruke kollektive kampmidler, kan indikere at EU-domstolen foretrekker denne tilnæringsmåten fremfor å si at en ordning, samme hvor viktig, faller

²⁶⁴ Se også Kolstad (2007) s. 15-16.

utenfor restriksjonsforbudets virkeområde.²⁶⁵ En friere tilnærming ville ikke på samme måte tatt høyde for at restriksjonsforbudet rekker lengre enn diskrimineringsforbudet, samtidig som det er anerkjent som et av de grunnleggende hensyn som nasjonale tiltak må overholde uavhengig av art. 345 TEUF/125 EØS. Siden *Fearon* og andre EU-dommer som har godtatt eiendomsrettslige ordninger, kun har vurdert diskriminerende virkninger, ville man i så fall måtte se bort fra en eventuell restriksjon i det nasjonale tiltaket. Det er i og for seg greit, og gir kanskje ikke forskjellig resultat,²⁶⁶ men man får da ikke prøvet restriksjonen etter det mønsteret som ellers er vanlig.

I det følgende vil jeg ta utgangspunkt i at norske myndigheter i medhold av art. 125 EØS har rett til å beslutte at vannkraftressursene skal være offentlig eid. Konsekvensen av dette er at eventuelle EØS-rettslige restriksjoner som måtte ligge i regelverket, likevel kan være legitimt begrunnet ut fra et formål om å oppnå offentlig eierskap. Jeg vil først vurdere om dagens norske eierskapsregime ligger innenfor kjerneområdet av art. 125.

²⁶⁵ Sak C-341/05 *Laval*, premiss 86-95.

²⁶⁶ Kap. 10.1.1.4.

8 Om dagens norske eierskapsregime dekkes av kjerneområdet for art. 125 EØS

Spørsmålet er hvorvidt regelen om at private aktører ikke kan erverve vannfall, og heller ikke mer enn 1/3 deleierskap i vannfalleiende selskaper, er legitimt begrunnet i formålet om offentlig eierskap. Dette nødvendiggjør både en nærmere avklaring av hva art. 125 tillater og en totalvurdering av det norske eierskapsregimet opp mot dette.

8.1 Nærmere om vurderingstemaet

Da EFTA-domstolen i *hjemfallsaken* oppsummerte sin drøftelse, var det med henvisning til at de aktuelle reglene ikke kunne sies å utgjøre et "system of property ownership" i artikkel 125's forstand.²⁶⁷ Nærmere bestemt forsto domstolen art. 125 EØS slik:

(...) for the Norwegian concession regime, with reversion to the State as an essential part of it, to qualify as aiming at establishing a "system of property ownership" within the meaning of Article 125 EEA, that regime must aim at attaining a situation where, as a matter of principle, the assets at issue are owned by public entities. A regime which merely brings or keeps this class of assets predominantly under public ownership, while at the same time leaving it to the discretion of the relevant authorities whether private ownership of the assets should be re-established, cannot be said to aim at establishing a system of property ownership under Article 125 EEA. Rather, such a regime aims at achieving a certain level of public control of the relevant sector of the economy – by means of securing public ownership of most of the relevant assets. [Premiss 73, mine uthevninger.]

Slik jeg leser sitatet ovenfor, angir første setning selve rettsregelen, altså hvilket krav som stilles til eierskapsordningen for at denne skal dekkes av art. 125 EØS. Regelverket måtte altså etter EFTA-domstolens syn ta sikte på å oppnå en situasjon hvor aktivaene i prinsippet er eid av offentlige enheter. Uttrykket "i prinsippet" er uklart, men må vel bety at

²⁶⁷ Premiss 77.

eierskapet ikke trenger være absolutt. Det indikerer at medlemsstatene har en viss frihet i utformingen av ordningen, og åpner for en gradvis overføring av aktivaene.²⁶⁸ Domstolen presiserte likevel straks etter, og dette leser jeg som en subsumsjon i den konkrete saken, at det ikke var nok at ressursene ble brakt under *overveiende* offentlig eierskap så lenge privat eierskap kunne reetableres, eller at reglene bare tok sikte på å oppnå offentlig *kontroll* over vannkraftressursene. Det er naturlig å forstå domstolen slik at det stilles krav både til omfanget og innholdet av eierskapsregimet for vannkraftressurser. Subsumsjonen er med andre ord egnet til å presisere rettsregelen. Samtidig ligger det en moderering i dette. Privat innslag fratrar ikke nødvendigvis eierskapet dets karakter av å være offentlig, og ikke alle vannkraftressurser er nødt til å være omfattet av regelverket.

Neste spørsmål er så hvilke trekk ved et eierskapsregime som kan være av betydning ved "i prinsippet"-vurderingen. Konkret trakk EFTA-domstolen at under det tidligere norske regelverket (A) kunne både private og offentlige aktører etter loven få konsesjon til erverv etter så å si like regler, og ervervskonsesjon ble faktisk også gitt til private. Videre (B) kunne fallretter selges til private²⁶⁹ og (C) private ervervskonsesjoner forlenges ved foregrepet hjemfall. Endelig (D) kunne private i prinsippet erverve mer enn 1/3 deleierskap i selskaper som produserte vannkraft, avhengig av om forvaltningen grep inn eller ikke.²⁷⁰ Et spørsmål er om listen A-D er uttømmende, slik OED har lagt til grunn.²⁷¹ Domstolen henviser i sin konklusjon til "the reasons set out above" som kan bety både listen A-D og domstolens mer generelle betraktninger.²⁷² Etter mitt syn må det være klart at det avgjørende er selve vurderingstemaet – om den norske ordningen etablerer offentlig eierskap til vannkraftressursene i art. 125's forstand. Likevel er det av interesse at domstolen vektla visse forhold ved hjemfallsregimet men ikke andre, for det tyder på at andre forhold ikke ble ansett som relevante, eller som ikke tungtveiende nok. Domstolen fremholdt som problematisk i sine generelle betraktninger om kravet til en art. 125-ordning, at forvaltningen hadde diskresjonær kompetanse til å *retablere* privat eierskap. Sett i sammenheng med at listen A-D knytter seg nettopp til forhold som gir private fortsatt

²⁶⁸ Til forskjell fra "as a matter of fact".

²⁶⁹ Selv om dette i praksis ikke skjedde.

²⁷⁰ Premiss 74-76.

²⁷¹ Enoksen (2007) s. 4 og Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 62.

²⁷² Premiss 77.

mulighet til å etablere eller reetablere eierskap, kan det synes som EFTA-domstolen mener dette er det avgjørende momentet i en vurdering opp mot art. 125 EØS. Men alle aspektene av dagens ervervsregime må etter mitt syn likevel vurderes, og forhold som ikke ble nevnt av EFTA-domstolen, kan ikke automatisk ses bort fra.

8.2 Sammenlignbare tilfeller

Den sentrale EU-dommen om nasjonalisering er *Costa mot ENEL* fra 1964.²⁷³ Bakgrunnen var at den italienske elektrisitetssektoren – både private og offentlige eiere – i 1962 var blitt samlet i det statlig eide Ente Nazionale per l'Energia Ellectrica, ENEL. Foruten produksjon skulle selskapet også stå for import og eksport, transport, transformasjon, distribusjon og salg av elektrisitet.²⁷⁴ Det ble altså samtidig opprettet et monopol på salg av elektrisk kraft. Advokaten Flaminio Costa hadde vært aksjonær i et av de nasjonaliserte private selskapene, Edisonvolta. På grunn av sin bortfalte rett til utbytte, nektet han å betale strømregningen til ENEL tilsvarende ca 25 NOK. Det kom til rettssak. Domstolen i Milan henviste saken til EU-domstolen for uttalelse, som dermed måtte vurdere ENEL's nye monopol i lys av daværende art. 37²⁷⁵, 53, 93 og 102 EFT. art. 222 ble ikke direkte berørt i saken. Domstolen uttalte i tredje siste premiss:

Thus, by the reference in Article 37 (2), any new monopolies or bodies specified in Article 37 (1) are prohibited in so far as they tend to introduce new cases of discrimination regarding the conditions under which goods are procured or marketed. (...)

Domstolens håndtering av saken gir to viktige punkter å feste seg ved. For det første: Romatraktaten var ikke til hinder for nasjonaliseringen, altså ble den forutsetningsvis dekket av art. 222.²⁷⁶ At domstolen ikke engang trakk i tvil Italias rett til å nasjonalisere energisektoren, indikerer på at man befant seg klart innenfor rammen av bestemmelsen. For

²⁷³ Dommen er vel mest kjent for at domstolen her knesatte prinsippet om fellesskapsrettens forrang framfor nasjonal rett, jf også sak 106/77 *Simmenthal* og sak 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*.

²⁷⁴ Se redegjørelsen i den senere saken C-158/94 *Energimonopoldom II*, som knyttet seg til import- og eksportmonopolet, premiss 2. Jeg minner om at den norske ordningen er begrenset til etablering av offentlig eierskap til vannkraftressursene, kap. 2.4.

²⁷⁵ Tilsvarende art. 37 TEUF og art. 16 EØS om statlige handelsmonopoler.

²⁷⁶ Burghardt (1969) s. 11-12. Han opplyser for øvrig at domstolen i Milan på bakgrunn av den rådgivende uttalelsen fant at loven diskriminerte på grunnlag av nasjonalitet, og var i strid med art. 37 og art. 102 EFT.

det andre: det var en forutsetning at ordningen som ble etablert gjennom nasjonaliseringen, ikke innebar diskriminering av andre medlemsstaters borgere. Domstolen foretok altså allerede i sin første sak om spørsmålet en avveining mellom på den ene side medlemsstatens frihet til selv å beslutte nasjonalisering (inn i et monopol), og på den andre side det sentrale EU-rettslige prinsippet om ikke-diskriminering i utformingen av regelverket. Så lenge sistnevnte ble overholdt, var nasjonaliseringen akseptabel.

Det kan også nevnes at Kommisjonen i sitt svar av 11. november 1962 på spørsmål fra parlamentsmedlem M. Philipp om hvordan den italienske loven forholdt seg til art. 222, ga uttrykk for en tilsvarende forståelse av traktaten. Kommisjonen mente opprettelsen av ENEL i og for seg var i tråd med traktaten, jf art. 222, men at den aktet å vurdere loven opp mot andre relevante bestemmelser i traktaten, særlig art. 37 og 90.²⁷⁷ Allerede her ser man konturene av en linje der landenes kompetanse til å utforme eierskapsregler avhenger av at avtalens grunnleggende prinsipper overholdes, jf det som ovenfor er sagt om Kommisjonens forståelse av "nøytralitetsprinsippet".

Neste store nasjonalisering begynte etter at det franske sosialistpartiet sikret seg både presidentembetet og flertall i nasjonalforsamlingen i 1981. Landet var i økonomisk krise, og det ble gjennomført store reformer. Fem industrikonserner, to store forsikringsselskaper og fremfor alt 39 banker (nesten hele banksektoren) ble underlagt offentlig eierskap ved lovvedtak i 1982. Nasjonaliseringstendensen ble bremsset fra 1983 og reversert etter 1986 da de konservative fikk flertall i nasjonalforsamlingen.

EU-domstolen ble av uvisse grunner aldri forelagt spørsmålet om de vedtatte eiendomsrettslige ordningene var i tråd med traktaten, men Kommisjonen var aktiv. Selv om den franske politikken neppe var ukontroversiell blant de andre medlemslandene, inntok Kommisjonen samme stilling som sist, både muntlig og i tallrike skriftlige anmodninger.²⁷⁸ Den brede franske nasjonaliseringen var i og for seg tillatt, mente Kommisjonen. Men medlemsstatenes *tiltak* med hensyn til de nasjonaliserte foretakene, og foretakenes egen opptreden, var likevel i sin helhet omfattet av traktatens øvrige regler.²⁷⁹

²⁷⁷ Inntatt i EF-tidende nr. 121, 1962, s. 2716. Se også omtalen i Groeben (2003) avsnitt 12, note 36.

²⁷⁸ Hochbaum i Groeben (1991) avsnitt 8, se også Schweitzer i Grabitz (2008) avsnitt 4.

²⁷⁹ Ved privatiseringene av Rolls Royce og Saint Gobain mente Kommisjonen visstnok likevel at det forelå traktatbrudd på grunn av forskjellsbehandling mellom egne og andre medlemsstaters borgere, se Groeben (1991) avsnitt 8.

Mens det i de to foregående tilfellene ble gjennomført nasjonaliseringstiltak før opprettelsen av et monopol, finnes det også saker der spørsmålet for domstolen har vært begrenset til traktatmessigheten av selve monopolet. Det kan være interessant å se nærmere også på noen av sakene, siden de i likhet med art. 345 TEUF gjelder spørsmålet om traktatens nøytralitet overfor økonomisk intervensjon fra medlemsstatenes side på avgrensede områder.²⁸⁰ Først kan nevnes *Sacchi* fra 1974. Den hadde sin bakgrunn i at det statseide italienske tv-selskapet RAI hadde fått enerett til kringkasting av alle typer fjernsynssignaler, også med reklameinnhold. Det ble reist straffesak mot innehaveren av en piratsender for kabel-tv, Giuseppe Sacchi. Lovens forhold til Romatraktaten ble et tema, og spørsmålet ble forelagt EU-domstolen for uttalelse. Som i *Costa mot ENEL* ble det ikke bedt om en uttalelse i forhold til art. 222. Domstolen kom til at eneretten ikke var i strid med EF-traktaten.²⁸¹ Den uttalte i relasjon til daværende art. 90 at

*”nothing in the treaty prevents member states, for considerations of public interest, of a non-economic nature, from removing (...) transmissions, from the field of competition by conferring on one or more establishments an exclusive right to conduct them.”*²⁸²

Sitatet kalles gjerne Sacchi-formelen, og har blitt sett i sammenheng med en presumsjon om at opprettelsen av statlige monopoler er forenlig med felleskapsretten. Visstnok ble det lenge heller ikke stilt særlig strenge krav til medlemsstatenes begrunnelse for å unnta visse områder fra konkurranse eller opprette offentlige monopoler.²⁸³ Dette i og for seg i likhet med EU-domstolens vurdering i *Costa mot ENEL*. Bakgrunnen for presumsjonen var i følge Heinemann delvis den historiske bakgrunnen for vedtakelsen av traktaten, der muligheten for blant annet å opprette statlige monopoler ble ansett som viktig, og som jeg har redegjort for ovenfor i forhold til art. 222. I tillegg ble det trukket motsatsslutninger fra art. 37 EFT, slik at hvis et statsmonopol ikke var forbudt etter denne bestemmelsen, så var

²⁸⁰ Tesouro så i sitt forslag til avgjørelse i *Teleterminalutstyr* de daværende art. 222, 37 og 90 EFT som formelle uttrykk for "den materielle modsætning i fællesskabstanken, saaledes som den er nedfældet i Traktaten, mellem, paa den ene side, et fælles marked og frie konkurrencevilkår og, paa den anden side, opretholdelsen af muligheden for, at medlemsstaterne selv - under forbehold af samordning - kan vælge den økonomiske politik, de ønsker at føre", avsnitt 11.

²⁸¹ Sak 155/73 *Giuseppe Sacchi*.

²⁸² Avsnitt 14.

²⁸³ Heinemann (1996) s. 195-196.

det heller ingen andre fellesskapsrettslige skranker for dets eksistens. Videre talte bestemmelsen kun om en *tilpasning* av handelsmonopoler, og ikke *avskaffelsen* av dem. Dessuten ble den etter hans mening "kryptiske" art. 90 EFT lenge tatt til inntekt for at traktaten grunnleggende sett aksepterte statlige monopoler, siden eksistensen av disse var forutsatt i bestemmelsens første ledd.²⁸⁴

Men fra rundt 1990 mener han EU-domstolen har vurdert opprettelsen av statlige monopoler betydelig strengere. Et eksempel er dommen vedrørende det greske radio- og fjernsynsmonopolet fra 1991. Bakgrunnen var at den greske stat i 1987 ved lov hadde tildelt selskapet ERT AE enerett til å sende radio og fjernsyn. Thessalonikis borgermester opprettet likevel lokal-tv i Thessaloniki sammen med kommunens informasjonsorgan, i strid med ERT's enerett. Domstolen gjentok Sacchi-formelen, men la til at

*[d]et følger dog af Traktatens artikel 90, stk. 1 og 2, at den maade, hvorpaa dette monopol er opbygget eller udoeves, kan vaere i strid med Traktatens regler, bl.a. reglerne om de frie varebevaegelser, om den frie udveksling af tjenesteydelser og konkurrencereglerne.*²⁸⁵

Her kjenner man igjen domstolens skille mellom eksistensen og utøvelsen av retten til selv å fastlegge sine regler om eiendomsretten etter art. 345 TEUF. Heinemann mener skillet kan kritiseres allerede i relasjon til den bestemmelsen²⁸⁶, men at det blir uholdbart i relasjon til statlige monopoler. Etter hans mening innebærer dette nye skillet ikke annet en "retorisk tribut" til Sacchi-formelen, fordi realiteten er at også eksistensen av monopoler blir overprøvd. Han viser til at domstolen tidligere samme år hadde kjent et monopol på import og videresalg av teleterminaler traktatstridig i sin helhet, og ikke bare visse aspekter ved monopolet.²⁸⁷ Han ser det som betegnende at generaladvokat Tesauro i sitt forslag til avgjørelse hadde argumentert sterkt for "at der i det mindste bestaar en staerk formodning

²⁸⁴ Heinemann (1996) s. 196 med henvisninger.

²⁸⁵ Sak C-202/88 *ERT*, premiss 11.

²⁸⁶ Trolig er det den lille selvstendige betydningen av art. 345 han sikter til, Heinemann (1996) s. 201.

²⁸⁷ *Teleterminalutstyr*, premiss 39 og 43 ff. Se Heinemann (1996) s. 201-202, særlig henvisningene i note 969.

for lovligheten af den offentlige virksomhed eller virksomheden med eksklusive rettigheder som saadan", avsnitt 24, mens domstolen ikke engang nevnte dette.²⁸⁸

Selv om domstolen i den konkrete subsumsjonen kan ha gått noe langt ved å kjenne monopolet traktatstridig i sin helhet, betyr det neppe at monopoler ikke vil bli godtatt i fremtiden. Domstolens uttalelser er klare i så måte. Det er fremdeles rom for statlig intervensjon i økonomien på dette feltet. Uansett er det en sentral forskjell på opprettelse av monopol og ordninger som er begrenset til overføring av eiendomsrett til det offentlige. Monopoler og særskilte eller eksklusive rettigheter kan lettere bringe virksomheten i en situasjon der den favoriserer egen virksomhet i konkurranse mot utenlandske aktører. Dette er forhold som ikke påvirkes av eierskapsreglene i seg selv.²⁸⁹

Selv om EU-domstolen ikke har hatt anledning til å pådømme et tilfelle der art. 345 TEUF's kjerneområde kom til direkte anvendelse, står *Costa mot ENEL* igjen som et eksempel på at domstolen godtar at elektrisitetproduksjonen føres inn under offentlig eierskap.

Som ytterligere sammenligningsgrunnlag kan det vises til at oljekonsesjonsdirektivet,²⁹⁰ som er EØS-relevant og derfor gjennomført i norsk rett,²⁹¹ gir regler om ulike former for statlig deltakelse i virksomheten samt regler om den statlige stemmegivningen i rettighetshavergruppene. Se særlig art. 6 nr. 3 (3). Direktivet fastslår i fortalen medlemslandenes overhøyhet og suverene rettigheter over petroleumsressursene.

8.3 Offentlig eid "i prinsippet"

Sammenhengen mellom det gamle regelverket og de nye ervervsreglene vil med tiden medføre at en stadig større andel av norske vannfall kommer på offentlige aktørers hender, i tråd med lovens formål som angitt i ikl § 1(1). Som jeg har pekt på tidligere, er overføringen til offentlig eierskap ikke absolutt og ikke øyeblikkelig, slik jeg har forstått at tilfellet var i *Costa mot ENEL*. Spørsmålet er om disse elementene innebærer at

²⁸⁸ Domstolen fant derimot at ordningen hadde samme virkning som en kvantitativ importrestriksjon etter den daværende art. 30 EFT, premiss 33 ff.

²⁸⁹ Omsetningen av elektrisitet produsert av norsk vannkraft skjer på kraftbørs på forutsetningsvis like vilkår som annen kraft.

²⁹⁰ EP/Rdir 94/22/EF.

²⁹¹ Blant annet i petroleumsloven §§ 3-3, 3-5 og 3-6, jf Ot.prp. nr. 63 (1994–95), og petroleumsforskriften §§ 10, 12 og 13.

eierskapsordningen likevel ikke faller inn under kjerneområdet i art. 125, altså om det tar sikte på å oppnå en situasjon hvor aktivaene i prinsippet er eid av offentlige enheter.

Første begrensning i det offentlige eierskapet knytter seg til at 12 % av dagens vannkraftproduksjon eies av private aktører og vil forbli på deres hender i lang tid. Andelen er forutsatt å synke og gå over i offentlig eie "etter hvert som hjemfall skjer."²⁹² Mer presist vil overgangen skje ved at vannfallrettigheter selges til offentlige aktører enten for å unngå vederlagsfritt hjemfall – vannfall med hjemfallsvilkår, eller helt frivillig – vannfall uten hjemfallsvilkår. I mellomtiden vil disse eierne kunne disponere over vannkraftressursene med utgangspunkt i sin privatautonomi.

Spørsmålet er for det første om art. 125 EØS stiller krav til hvor fort privat eierskap innenfor vannkraftproduksjonen må bringes over i offentlig sfære.

Herunder er spørsmålet om det er i tråd med formålet om offentlig eierskap "i prinsippet" at noen vannfall fra før 1909 potensielt aldri vil komme over i offentlig eie. Disse vil, i prinsippet, kunne disponeres av den private eieren til evig tid. Umiddelbart står dette i sterk motstrid til formålet om offentlig eierskap. Det var vel kjent for EFTA-domstolen i *hjemfallsaken* at disse vannfallene ikke var omfattet av regelverket, uten at den kommenterte forholdet. På den annen side kan det ikke utelukkes at domstolen hoppet over gjerdet der det var lavest. Da må det imidlertid innvendes at privates eierskap til ukonsederte vannfall bunner i rettsforhold som er mer enn 100 år gamle, fra før industrikonsesjonsloven og før hjemfallsvilkår ble obligatoriske for private. Historiske og konstitusjonelle årsaker har gjort at vannfall ervervet før 1909 ikke er omfattet hjemfallsinstituttet, og det kan ikke være et EØS-rettslig krav at så skjer. Dette taler for at det er tilstrekkelig at de bringes inn i offentlig sfære ved eventuell videre overdragelse.

Om blikket rettes mot privateide vannfall underlagt hjemfallsvilkår, vil eierne kunne disponere også slike vannfall i flere tiår fremover. Isolert sett kan hjemfallsvilkår ses som en form for ekspropriasjon over tid. Men ekspropriasjon kan i prinsippet vedtas med snarlig virkning (og mot erstatning) uten å vente på at hjemfall eller salg skal skje. En etablering av offentlig eierskap til en sektor vil være mest effektiv om den skjer umiddelbart. Selv om en hurtig og koordinert overføring av alle vannkraftressursene til offentlige aktører ville

²⁹² Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 59, samt note 24 ovenfor.

være utfordrende, er det som historien har vist ikke umulig å gjennomføre. OED begrunner løsningen med at den "utgjør det minst mulig restriktive tiltak for å få disse kraftressursene inn under offentlig eierskap."²⁹³ Jeg er enig i at løsningen tilgodeser de private eierne ved at de nå både kan motta inntekter fra virksomheten frem til de velger å selge, og kan selge til markedspris. Mot dette kan det innvendes at en ekspropriasjonserstatning forutsetningsvis ville dekket hele det økonomiske tapet hos de private eierne, hvor også fremtidige inntekter ville blitt omregnet til nåverdi. På den annen side er det nåværende private eierskapet under et hjemfallsregime både betinget og midlertidig. Som påpekt av OED, er det rettslige grunnlaget for fremtidig offentlig eierskap allerede lagt gjennom myndighetenes tildeling av konsesjonen og konsesjonærens aksept av hjemfallsvilkåret.²⁹⁴ Jeg bemerker at EFTA-domstolen ikke mente hjemfallsinstituttet *i seg selv* var i strid med EØS. Det gjelder forøvrig en klart avgrenset tidshorisont. Omgjøringsadgangen vil føre til at rettighetene selges til offentlige aktører før hjemfallstidspunktet, noe som reduserer det private eierskapets utstrekning i tid.²⁹⁵

Selv om utsatt overgang fra privat til offentlig eierskap isolert sett kan godtas, er omfanget av privat eierskap ikke ubetydelig sett i forhold til andelen av vannkraftressurser som nå eies av det offentlige. Men som jeg har pekt på, var daværende art. 222 EFT forutsatt å gi adgang til nasjonaliseringer og privatiseringer av både enkeltsselskaper og hele sektorer, eller begge deler. Dette taler for at medlemsstatenes økonomiske og politiske vurdering av hvilke klasser av aktiva som hører inn under eierskapsregimet, altså medlemsstatens "*system of property ownership*" etter art. 125 EØS, må godtas. Ervervstidspunktet er her en saklig grunn til avgrensning av lovens virkeområde. En forutsetning må vel være at avgrensningen ikke i realiteten er diskriminerende.²⁹⁶ Det fremgår ikke av rettspraksis fra EU at øyeblikkelig og total ekspropriasjon innenfor en sektor, som jo ville være alternativet, er et tvungent virkemiddel under art. 345 TEUF.

²⁹³ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 62.

²⁹⁴ *ibid.* s. 64.

²⁹⁵ Se note 24 ovenfor.

²⁹⁶ Se kap. 10.1.1.2, hvor svaret er nei. Spørsmålet er så om det foreligger andre former for diskriminering som kunne vært i strid med EØS-avtalen. Under synsvinkelen at gjeldende hjemfallsvilkår i realiteten ble gjeninnført med konsolideringsmodellen, fordi de hadde bortfalt da dommen i hjemfallsaken ble rettskraftig, mens eldre vannfall altså forble uten hjemfallsvilkår, kunne slik diskriminering kanskje sies å foreligge. Men omgjøringsadgangen vil uansett redusere den praktiske betydningen av dette. Se Kolstad (2007) s. 16.

Videre er dagens totale fordeling mellom henholdsvis 88 % offentlig og 12 % privat eierskap den samme som da EFTA-domstolen avsa sin dom. Hvis dette hadde vært problematisk, prinsipielt sett, med hensyn til art. 125 EØS, ville domstolen hatt en meget klar oppfordring til å trekke det fram. Omfanget av privat eierskap under dagens eierskapsordning bør derfor anses som akseptabelt, så lenge overføring av eierskap til privat sfære ikke er mulig.

Neste spørsmål er om det ligger innenfor kravet om offentlig eierskap til vannkraftressursene "i prinsippet" at loven har et innslagspunkt på 4000.nat.hk. I praksis innebærer det som nevnt at erverv med sikte på bygging av småkraftverk utelates. Disse vannkraftressursene kan derfor fritt erverves og utnyttes av private, og utgjør et tredje element av privat eierskap i vannkraftsektoren. Nåværende elektrisitetsproduksjon fra småkraftverk ligger på snaut 7 TWh/år. Totalt uutbygd potensial utgjør cirka 17,9 TWh/år inklusive opprustning og utvidelse av kraftverk, mer enn alle nåværende private anlegg over konsesjonsgrensen til sammen.²⁹⁷ Dette er også en del av "[l]andets vannkraftressurser" som omtalt i lovens formålsparagraf. Regnes de med, utgjør dagens offentlig eide vannkraftproduksjon bare 73 % av potensiell vannkraftproduksjon.²⁹⁸ Tallet vil ikke nødvendigvis bli en realitet, men kan bidra til å synliggjøre begrensningene i dagens eierskapsmodell.

Olje- og energiministeren uttalte i et brev til Stortinget at dersom innslagspunktet heves, kan formålet om offentlig eierskap svekkes siden det da åpnes for mer privat eierskap, mens en senkning på den annen side ville styrke konsistensen i det offentlige eierskapet.²⁹⁹ Det kan være noe i dette, selv om man da kunne forventet en begrunnelse for hvorfor innslagspunktet ble beholdt på samme nivå. Innslagspunktet innebærer derimot en avgrensning av hvilke aktiva som hører inn under eierskapsregimet. Klassen av vannkraftressurser som kan utbringes til mindre enn 4000 nat.hk., står medlemsstatene etter mitt syn fritt til å holde utenfor det offentlige eierskapet. Dette til tross for at det åpner for

²⁹⁷ Se *Vannkraft og Vannkraftpotensial (2009)* på NVE's hjemmesider. (Sitert 28.april 2010).

²⁹⁸ $[(0,88*123,8)/(123,8+17,9+7)]$ Jeg ser for enkelhets skyld bort fra kraft under planlegging eller utbygging, samt vernede vassdrag.

²⁹⁹ Brev til Stortinget av 22. august 2008, s. 3. Samme sted hevdes det at innslagspunktet ble trukket fram av ESA som en inkonsistens ved de norske konsesjonsreglene, men jeg kan ikke se dette ut fra de saksdokumenter jeg har fått tilgang til. Uansett problematiserte EFTA-domstolen ikke forholdet.

privat erverv av vannfall med sikte på kraftproduksjon. Man kunne spørre seg om avgrensningen er konsistent i den forstand at *allerede konsederte* vannfall under 4000 nat.hk. omfattes av ervervsregelen. Men forskjellen er en følge av en tidligere innsnevring i lovens saklige virkeområde, og må derfor være akseptabel.

For det fjerde kan private aktører, direkte eller indirekte, erverve 1/3 deleierskap i vannfalleiende offentlige selskaper. Det kan spørres om offentlig eierskap "i prinsippet" forutsetter en høyere offentlig eierandel eller også absolutt offentlig eierskap. EFTA-domstolen nøyde seg i *hjemfallsaken* med å fastslå at den tidligere ordningen faktisk tillott privat deleierskap utover den nominelle 2/3-grensen.³⁰⁰ Jeg kan heller ikke se at EU-domstolen eksplisitt har vurdert hvilket krav som stilles under art. 345 TEUF. Reglene om foretak som EU- eller EFTA-statene gir særlige eller eksklusive rettigheter, se henholdsvis art. 59 (1) EØS og art. 106 TEUF, kan gi en viss veiledning. Der er også offentlige foretak innbefattet. Kommisjonen har i den forbindelse definert begrepet "offentlige foretak" for eksempel i transparensdirektivet, som er gjort til del av EØS-avtalen gjennom avtalens vedlegg XV nr. 1.³⁰¹ Etter direktivet omfattes ethvert foretak som offentlig myndighet "direkte eller indirekte kan have dominerende indflydelse" på, det være seg gjennom eierandel, kapitalinnskudd eller på annen måte. Industrikonsesjonslovens 2/3-regel ligger klart innenfor definisjonen i direktivet.

Videre kan de private deleierne ikke oppnå selskapsrettslig negativ kontroll. Viktige selskapsavgjørelser som krever kvalifisert flertall tilligger de offentlige eierne i kraft av 2/3-regelen.

Jeg bemerker at det offentliges innflytelse over norske vannfalleiende selskaper utelukkende vil ha grunnlag i eierskap. I motsetning til i "golden shares"-sakene vil det offentliges kontroll ikke gå utover hva som følger av det kvantitative eierskapet.³⁰² Reglene om stemmerettigheter og minoritetsrettigheter vil følge de alminnelige reglene for

³⁰⁰ Premiss 76.

³⁰¹ Kdir. 2006/111/EF, art. 2 bokstav b. Transparensdirektivet er en kodifikasjon av innsynsdirektivet, Kdir. 80/723/EØF. Arnesen (1996) s. 454 ff. viser til de forente sakene 188, 189 og 190/80 *Frankrike, Italia og UK mot Kommisjonen*, der EU-domstolen fant at formodningsreglene i direktivbestemmelsen lå innenfor rammene av daværende art. 90 EFT, se premiss 24-26.

³⁰² I samme retning, Kolstad (2007) s. 21-22.

aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. De private deleiernes eierrettigheter vil ikke bli begrenset utover hva eierandelen skulle tilsi.

Men som jeg har vist i kapittel 3.4.2 kan det ikke utelukkes at en eller flere private minoritetsiere i praksis kan få stor innflytelse over produksjonsselskapets beslutninger, selv der samlet privat deleierskap er til dels langt mindre enn 1/3.³⁰³ Dette vil kunne skje i mange selskaper, eller enkelte svært store, og i praksis kunne favne store deler av kraftproduksjonen som ikke er på Statkrafts hender. I den sammenheng vil jeg understreke at jeg ikke ser det som problematisk i seg selv at "offentlig eierskap" i industrikonsesjonslovens forstand innbefatter mange ulike typer eiere. Jeg minner om at både kommuner, fylkeskommuner og selskaper eid av disse, samt staten selv må anses som offentlige aktører på lik linje. I tråd med art. 125 EØS må det i utgangspunktet være opp til medlemsstaten selv å bestemme hvilke rettssubjekter som omfattes av lovens formål. Poenget er at når det er svært mange av disse, kan situasjonen bli at deres reelle evne til å "effectively and unambiguously exercise ownership and control" reduseres betraktelig.³⁰⁴ Jeg kan ikke se at sentrale myndigheter har hjemmel til for eksempel å kreve at de bakenforliggende kommunale eierne opptrer koordinert og tar den faktiske styringen. Uansett ville det neppe vært ønskelig i dagens situasjon, hvor det for øvrig er lagt opp til markedsøkonomiske prinsipper for eierskap i vannkraftproduksjon.

Tvert i mot har det private innslaget på aksjonærsiden blitt ansett som "hensiktsmessig for utviklingen av næringen".³⁰⁵ Man har villet at det offentlige skulle ha kontrollen og samtidig nyte godt av kostnadseffektivisering gjennom de private deleiernes kompetanse og innsikt. Virkningen av faktisk privat innflytelse utover hva 1/3 deleierskap eierandelen skulle tilsi, vil for selskapet bli at det samlede driftsoverskuddet økes. Fordelingsnøkkelen på maks 2/3 er som nevnt ufravikelig. Likevel kan det være en fare for at den private mindretallsaksjonæren, ut fra sin egeninteresse, kan komme til å påvirke selskapets disposisjoner på en for selskapet uheldig måte, men som gir ham selv fordeler. På den annen side er dette en generell problematikk når det offentlige deltar på eiersiden

³⁰³ For eksempel anså franske og portugisiske myndigheter at 10% kunne være tilstrekkelig i *Elf* og C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*.

³⁰⁴ Kommisjonens innlegg i hjemfallsaken, avsnitt 27.

³⁰⁵ Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 64.

sammen med private. Det har også formodningen for seg at de offentlige aktørene i vannfalleiende selskaper vil gripe samlet inn mot avgjørelser som gikk selskapet alvorlig imot. Offentligrettslige krav og konsesjonsbetingelser vil også begrense den private deleierens handlingsrom.

For det femte kan det trekkes fram at unntaksreglene i ikl § 1 i prinsippet kan utsette overgangen for enkelte vannfall fra privat til offentlig eierskap. Ingen av dem ble trukket fram av ESA i *hjemfallsaken*. Bare femte ledd har praktisk betydning. Jeg nevner at bestemmelsen ikke åpner for at vannkraftressurser kan overføres tilbake fra offentlig til privat eierskap, men overføring fra et privat rettssubjekt til et annet kan bli aktuelt. Situasjonen er likevel særegen, og kan ikke helt sidestilles med reetableringen av privat eierskap som EFTA-domstolen slo ned på.³⁰⁶ Fusjon etter aksjelovens kapittel 13 bygger på et kontinuitetsprinsipp, der det overdragende selskapets rettsposisjoner overføres til overtakende selskap. Innmaten i det overdragende selskapet, herunder alle eiendeler, rettigheter og forpliktelser, overføres da samlet.³⁰⁷

Fusjon av selskaper er videre et viktig redskap for å få til strukturelle endringer i næringslivet, og har betydning for kraftindustriens mulighet til å tilpasse seg vekslende strukturelle forhold. Selv om departementet varsler en mer restriktiv bruk av unntaket enn på 1990-tallet, fremstår det som sannsynlig at den faktisk *vil* bli brukt i tilfeller der fusjoner anses som industripolitisk ønskelige.³⁰⁸

De sterke industripolitiske hensynene som gjør seg gjeldende i disse tilfellene, utgjør nok en saklig avgrensning av hvilke aktiva som skal overføres til offentlig eierskap. Slike hensyn er som sagt sentrale som begrunnelse for tolkningen av art. 125 EØS. Men det kan være problematisk at bestemmelsen har beholdt sin tidligere utforming, og således ikke er presis nok. Den åpner for at svært mange vannfall kan unntas fra ervervsregelen "når særlige hensyn foreligger". Jeg kan ikke se at det er tilstrekkelig i seg selv at unntakshjemmelen vil bli tolket mer restriktivt i fremtiden. Interne instruksjoner om anvendelsen (eller ikke-anvendelsen) av lovhjemler ikke blitt ansett som EØS-rettslig

³⁰⁶ Nemlig foregrepet hjemfall.

³⁰⁷ Se Matre (2008) note 2033, med henvisning til Ot.prp. nr. 19 (1974-75) kap. 4.14.3. Fusjon etter aksjeloven § 13-2 kan derfor gi rett til å overdra også andre rettigheter som ellers ikke kan overdras.

³⁰⁸ Et eksempel kan være Hydros nylig inngåtte avtale med brasilianske Vale S.A.

relevante i rettspraksis.³⁰⁹ Slike instruksjoner kan i prinsippet endres etter "*forvaltningens forgodtbefindende*".³¹⁰

8.4 Oppsummering

Usikkerheten rundt premissene for drøftelsen ovenfor medfører at det også vil være betydelig usikkerhet knyttet til konklusjonen. I det foregående har jeg forsøkt å peke på hvilke trekk ved dagens eierskapsregime som er uproblematisk og hvilke som kan tenkes å være problematiske, gitt at EØS-avtalens art. 125 i visse tilfelle åpner for en overføring av eierskap til offentlig sfære selv om tiltaket innebærer en restriksjon som ikke kan begrunnes "på vanlig måte". Jeg har ikke kunnet identifisere forhold som klart unndrar det fra art. 125's kjerneområde.

³⁰⁹ Sak C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*, premiss 41, med henvisninger. Portugal hadde også anført at traktatens direkte virkning uansett medførte at de aktuelle bestemmelsene skulle tolkes innskrenkende, slik at traktatstridigheten opphørte, premiss 40. Dette ble avvist av domstolen.

³¹⁰ Sak C-189/03 *Kommisjonen mot Nederland*, premiss 19.

9 Utleieordningens betydning for formålet om offentlig eierskap

Private deltakere tillates også å delta i den offentlig eide vannkraftproduksjonen gjennom leie- og operatøravtaler på opp til 15 år.³¹¹ Når leieavtalen også innbefatter driftsansvaret, får leietaker ikke bare det fulle ansvaret for produksjonsplanlegging og den økonomiske risikoen for kjøringen av offentlig eide vannkraftanlegg, altså den kommersielle styringen. I tillegg skal alle sentrale driftsfunksjoner utføres av ham, og på de fleste områder er han den ansvarlige for oppfølgingen overfor myndighetene. Leietakerens rett til faktiske beføyelser i vannkraftanlegget er omfattende, men likevel positivt avgrenset. De resterende beføyelsene blir liggende hos den offentlige aktøren, herunder ansvar for konsesjonskraft, skatt og avgifter.³¹² I tråd med det funksjonelle eiendomsbegrepet i norsk rett er det utvilsomt slik at eiendomsretten ikke overdras til leietakeren, men blir værende på den offentlige aktørens hånd.³¹³

Spørsmålet er om ordningen likevel er for vidtgående når det norske eierskapsregimet som helhet skal vurderes opp mot art. 125 EØS. Utleie er også noe som ESA tok opp under *hjemfallsaken*, men som ikke ble nevnt i dommen.³¹⁴ Men det betyr ikke at dagens leieordning ikke har relevans.

Det grunnleggende lovformålet er offentlig eierskap til vannkraftressursene. Eiendomsretten har flere komponenter, herunder særlig retten til å beføye over eiendommen og retten den økonomiske avkastningen og disponering av denne. Utgangspunktet også i relasjon til kravet om offentlig eierskap "i prinsippet" må være at det å leie ut egen eiendom for en tidsbegrenset periode inngår som en del av eierens beføyelser. Det hører da med at driftsmessige og kommersielle beslutninger kan utøves av leietaker. Eier overlater altså styringen over disse økonomisk sett sentrale beføyelsene, men beholder forøvrig restretten. Dette kan ikke i seg selv unndra eierskapsregimet fra art. 125. Videre

³¹¹ Tilfellene der private leier ut til private har ingen betydning for avhandlingens tema. Jeg ser også bort fra leieavtaler som faller utenfor art § 5.

³¹² Ot.prp. nr. 66 (2008-2009) s. 8.

³¹³ Se nærmere Falkanger (2007) s. 40-42.

³¹⁴ *Report for the Hearing*, avsnitt 37.

kan jeg ikke se at risikoen for en bedriftsøkonomisk ugunstig avtale med den private motparten er avgjørende i seg selv. Slik risiko er en naturlig del av eierskap til en økonomisk virksomhet. Om eieren ikke er fornøyd med forhandlingsresultatet, kan han i prinsippet la være å inngå ny avtale.

En adgang til å inngå leieavtaler uten tidsbegrensning ville åpne for at den private aktøren utøvde den faktiske rådigheten og hadde den økonomiske risiko i prinsippet til evig tid. Sett i sammenheng med leietakers omfattende faktiske beføyelser og ansvar, måtte dette etter mitt syn sidestilles med etablering av privat eierskap.³¹⁵ Tilsvarende synspunkter gjør seg gjeldende ved svært lange leieperioder. Jeg vil ikke forsøke å si noe om hvor grensen bør gå. Departementet anførte ved det endelige valget av 15-årsgrensen at den i mindre grad enn 30-årsgrensen ville frata eieren styringen med anlegget.³¹⁶ Jeg er enig i det, selv om ikke det trenger tilsi at 30 år var for mye. Valget ble dessuten begrunnet med hensynet til ikke å binde opp fremtidige kommunestyre. Dette argumentet har bare begrenset styrke, siden det på ethvert tidspunkt står kommunestyrene fritt å vedta salg. Det avgjørende må være at *en eller annen offentlig aktør* kan ta styringen tilbake. Når det gjelder vederlaget for leieavtalen må det trekkes frem at det har vist seg svært vanskelig å vurdere verdien av vannkraftproduksjon. Foruten tradisjonell, fundamental verdsettelse,³¹⁷ må også forventede fremtidige prisbaner for vannkraft vurderes. Kjærland har vist at tendensen i de mange transaksjonene av eierskap etter at energiloven kom, har vært at verdiene har blitt undervurdert av både kjøper- og selgersiden.³¹⁸ De fleste aktører brukte historisk inntjening i sine verdianslag, men manglet etter hans syn strategisk forståelse av den langsiktige utviklingen. I tillegg kommer det at været i stor grad bestemmer kraftprisen, noe som vises i at både spot- og forwardprisene på Nord-Spot svinger betydelig. Maksimal tillatt horisont på forwardkontraktene er 6 år.³¹⁹ Det illustrerer hvor vanskelig det er å beregne nåverdien av et leieforhold. Valget av 15-årsgrensen minsker

³¹⁵ Jf synspunktet om tidsbegrenset disposisjonsrett som "medeierskap". Se også Rt 2005 s. 1729, særlig premiss 50. Saken gjaldt krav om avløsning av årlige avgifter etter avhendingslova. Det prinsipale spørsmålet var om eiendommene var festet eller kjøpt.

³¹⁶ Ot.prp. nr. 66 (2008-2009) s. 6.

³¹⁷ Dette er som regel en standard kontantstrømmodell hvor forskjellige typer salgsinntekter, driftskostnader, investeringer og skatter framskrives over en viss periode.

³¹⁸ Kjærland (2009).

³¹⁹ www.nordpool.com (Besøkt 15. april 2010.)

betydningen av disse utfordringene sammenlignet med en 30-årsgrense, det eliminerer dem ikke. Jo lavere maksimaltiden settes, desto mindre attraktiv blir riktignok utleialternativet for aktørene. Men dette er et økonomisk hensyn som ikke nødvendigvis er EØS-rettslig relevant. I den grad økonomisk usikkerhet om kontraktens fremtidige verdi er problematisk, kan jeg likevel ikke se at 15-årsgrensen gir for stor usikkerhet i så måte.

Derimot må det tas med i betraktningen at selv om eier formelt beholder er ansvar overfor offentlige myndigheter, stiller forskriften så lave krav til eiers bemanning og kompetanse at eier vil kunne få problemer med å overta driften etter endt leieperiode fordi det må bygges opp ny kompetanse. Dette kan binde eieren sterkt opp til videre utleie til en og samme leietaker. Eiers formelle adgang til å ta over styringen selv ved utløpet av 15-årsperioden kan bli lite praktisk relevant.

I samme retning trekker det at en aktør som har leid et kraftverk etter forholdene vil få god kjennskap til anlegget. Enkelte høringsinstanser har pekt på at dette kan gi et betydelig konkurransefortrinn i forhold til andre aktører ved forhandlingene før neste kontraktsperiode. Det er heller ikke gitt at utleier vil se seg tjent med å ta kostnadene forbundet med å utlyse anbudskonkurranse om ny leieperiode.³²⁰ Eventuell redusert konkurranse om leieavtalen i forhold til hva en anbudskonkurranse ville gitt, kan øke sannsynligheten for at nye avtale inngås med samme leietaker. Effekten er potensielt selvforsterkende for hver påfølgende leieperiode. I realiteten kan videreføring av leieforholdet vise seg å bli regelen, ikke unntaket. Jeg kan ikke se at det er lagt inn mekanismer for å motvirke dette.

Spørsmålet er om dette har betydning i relasjon til art. 125. Vurderingskriteriet "offentlig eierskap i prinsippet" tyder nok på at de underliggende rettslige forholdene må være det avgjørende, snarere enn mulige faktiske scenarioer. Disse utgjør likevel et visst usikkerhetsmoment for eierskapsmodellens kompatibilitet med art. 125 EØS. Dermed er det mest problematiske etter mitt syn ikke den maksimale utleieperioden i seg selv, men utleieadgangen i seg selv slik den nå er utformet. Strengere, eller mer konkretiserte, krav til fremgangsmåten ved inngåelse av leieavtaler, kan avhjelpe problemet. Kanskje må det stilles krav om at eier bevarer sin egenkompetanse på et nivå som gjør eier i stand til å

³²⁰ Kap. 10.2.1.

overta driften etter endt kontraksperiode eller dersom driftsoperatør faller fra i kontraksperioden. I så fall kan det bli en utfordring å gjøre ordningen økonomisk interessant for aktørene.

DEL IV

10 Forholdet til EØS-avtalens restriksjonsforbud

I Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) kapittel 6.3.2 uttaler departementet at

EØS-rettslig vil konsolideringsmodellen være å anse som en restriksjon etter artiklene 31 og 40. For det første viderefører den de restriksjoner på eierskap som følger av gjeldende rett. For det andre innføres det nye restriksjoner på eierskapet for fremtiden.

Flere trekk ved dagens ervervsregler kan altså utgjøre EØS-rettslige restriksjoner. Departementet presiserer ikke nærmere hvilke rettsregler det sikter til, men ser ut til å anse konsolideringsmodellen i seg selv som en restriksjon. Det er imidlertid de enkelte rettsreglene som må vurderes mot EØS-rettens restriksjonsforbud, selv om helheten rettsreglene inngår i skulle utgjøre et "system of property ownership".³²¹ I det følgende vil jeg først ta for meg de nye reglene for hvem som kan meddeles ervervskonsesjon, deretter konsesjonsplikten for aksjeervert som gir mer enn 20 % eierandel i vannfalleiende selskaper, før jeg ser nærmere om det stilles nærmere krav til drifts- og utleieavtalers varighet og til valget av medkontrahent.

10.1 Ervert av eiendomsrett

10.1.1 Hovedregelen om ervert

10.1.1.1 Restriksjonsvurderingen

Det følger av EØS-avtalens art. 31 nr. 1 og art. 40 at det ikke skal være noen restriksjoner på etableringsfriheten og den frie kapitalbevegelse.³²² Restriksjonsforbudet er svært strengt. Både EU- og EFTA-domstolen har fremholdt at nasjonale tiltak som forbyr eller er egnet til

³²¹ Kanskje har departementet av denne grunn ikke vurdert alle sider ved dagens ervervsregler like nøye.

³²² Både ervert av fast eiendom og direkte, grenseoverskridende investeringer faller inn under begrepet "kapitalbevegelse", i tråd med nomenklaturet til Rdir 88/361, se hhv. kategori III A (1) og (3) og kategori II. Når EFTA-domstolen i *hjemfallsaken* utelukkende holdt seg til III A (1) og (2) er det trolig fordi dette var tilstrekkelig i seg selv. Direkte investeringer er karakterisert ved muligheten for faktisk deltakelse i selskapets drift og i kontrollen av det. Domstolen slapp dermed å godtgjøre at kjøp av hele fallretter var aktuelt.

å hemme eller vanskeliggjøre utøvelsen de fire friheter, eller ganske enkelt gjøre investering faktisk eller rettslig mindre attraktivt, omfattes av restriksjonsforbudet.³²³

Etter industrikonsesjonsloven har private aktører fra inn- og utland ikke har adgang til å erverve vannfall overhodet. Dette er åpenbart en restriksjon, både i etableringsretten og i retten til fri kapitalbevegelse.³²⁴ Regelen må ses i sammenheng med at private aktører kan erverve opp til 1/3 deleierskap, men ikke mer, i selskaper som eier konsesjonspliktige vannfall. Også dette legger klart en restriksjon på kapitalbevegelser. Siden formålet med og virkningen av 1/3-grensen er å hindre private aktører i å oppnå kontroll over vannfalleiende selskaper, forligger også en restriksjon på etableringsfriheten.³²⁵ Det må derfor legges til grunn at regelen om at ervervskonsesjon kun gis offentlige aktører, er i strid med både art. 31 og 40 i EØS-avtalen.

10.1.1.2 Eventuell indirekte diskriminering

Etter sikker rettspraksis går restriksjonsforbudet lengre enn diskrimineringsforbudet i artikkel 4. Med andre ord kreves det ikke at de nasjonale reglene forskjellsbehandler på grunnlag av nasjonalitet, heller ikke indirekte, for at de kan sies å utgjøre en restriksjon i etableringsfriheten og/eller den frie kapitalbevegelse. Siden diskrimineringsspørsmålet sto sentralt da EFTA-domstolen vurderte det tidligere regelverket i *hjemfallsaken*, vil jeg likevel se nærmere på om hovedregelen for erverv kan være indirekte diskriminerende.³²⁶

Det følger av rettspraksis at et nasjonalt tiltak eller ordning er diskriminerende hvis den i praksis påvirker en betydelig høyere andel utenlandske aktører enn innenlandske. På det grunnlaget har EU-domstolen fastslått at regler som anvendes uten forskjell for alle selskaper, altså uavhengig av hvor disse er hjemmehørende, er uforenlige med etableringsretten hvis de i realiteten stiller offentlige selskaper i den aktuelle staten

³²³ Se *Gebhard*, premiss 37, C-442/02 *CaixaBank*, premiss 11, *BAA*, premiss 47, C-255/97 *Pfeiffer Großhandel*, premiss 19, og forente saker C-282 og C-283/04 *Kommisjonen mot Nederland*, premiss 27.

³²⁴ I *Konle*, premiss 22, uttalte EU-domstolen: "Det fremgår (...) af fast retspraksis, at nationale foranstaltninger, der regulerer erhvervelsen af fast ejendom, skal respektere traktatens bestemmelser om etableringsfriheten for medlemsstaternes statsborgere og om frie kapitalbevægelser." Det samme la EFTA-domstolen til grunn i *hjemfallsaken*, premiss 67.

³²⁵ C-326/07 *Kommisjonen mot Italia*, premiss 34-36 med henvisninger og C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, premiss 27.

³²⁶ Reglene virker til ulempe for alle private aktører uten hensyn til om de er norske eller utenlandske. EFTA-domstolen så dette under synsvinkelen indirekte diskriminering i *hjemfallsaken*, premiss 66.

bedre.³²⁷ Norske offentlige aktører er ikke underlagt de samme begrensningene som andre aktører. Derfor er de i en mer fordelaktig posisjon enn alle andre aktører med hensyn til deltakelse i produksjonsleddet i vannkraftproduksjonen.

Men for at et regelsett som behandler to grupper ulikt, kan sies å være diskriminerende, må de to gruppene være i sammenlignbare situasjoner.³²⁸ Det er de etter mitt syn ikke hvis konklusjonen er at det norske eierskapsregimet som helhet faller innenfor kjerneområdet av art. 125, altså at de tar sikte på å oppnå en situasjon der norsk vannkraftproduksjon i prinsippet er offentlig eid. Formålet om offentlig eierskap må da medføre at aktørgruppene er i to grunnleggende sett ulike situasjoner, og den ulike behandlingen en nødvendig og logisk bestanddel i ervervsregelen.³²⁹

Hvis ordningen likevel må anses å være indirekte diskriminerende, selv om den faller innunder art. 125's kjerneområde, kan den uansett være legitimt begrunnet i formålet om offentlig eierskap til vannkraftressursene. Riktignok er det slik at diskrimineringsforbudet har blitt trukket fram som en sentral skranke for nasjonaliseringstiltak.³³⁰ På den annen side ser det ikke ut til at indirekte diskriminerende tiltak har vært medregnet i denne sammenheng. Under den alminnelige læren om tvingende allmenne hensyn behandles restriksjoner og indirekte diskriminerende tiltak likt i så måte.³³¹ Selv om formålet om offentlig eierskap er utledet av art. 125, ser jeg ingen grunn til å gi det mindre gjennomslagskraft i denne sammenheng. EFTA-domstolens premisser i *hjemfallsaken* viser at også den legger dette til grunn.

10.1.1.3 Begrunnelsen i formålet om offentlig eierskap

Når det så gjelder spørsmålet om restriksjonen og en eventuell indirekte diskriminerende virkning er begrunnet i et legitimt formål, er det bare formålet om offentlig eierskap etter art. 125 EØS som er aktuelt. Ingen andre formål enn offentlig eierskap gjøres lenger

³²⁷ C-3/88 *Kommisjonen mot Italia*, premiss 6-9.

³²⁸ Craig (2008) s. 758 med henvisninger til rettspraksis.

³²⁹ Se kap. 8.3 og 9. Dette poenget ble også fremhevet av Kommisjonen (2007) avsnitt 43.

³³⁰ Burghardt (1969) s. 77 og *Costa mot ENEL*.

³³¹ I lys av dette forstår jeg kravet til ikke-diskriminering ved nasjonalisering i *Costa mot ENEL* slik at kun direkte diskriminering omfattes.

gjeldende av norske myndigheter.³³² Hvorvidt ervervsregelen virkelig tar sikte på å nå dette formålet, beror på hvilken konklusjon som legges til grunn under problemstillingen ovenfor, nemlig om dagens norske eierskapsregime ligger innenfor art. 125. Hvis så er tilfelle, vil ervervsregelen som en sentral komponent i eierskapsregimet, nødvendigvis *ta sikte på* å oppnå nettopp et slikt regime. I motsatt fall fins ingen andre legitime hensyn som kan begrunne restriksjonen, og ervervsregelen er EØS-stridig.³³³

Når det gjelder proporsjonalitetsvurderingen, er det klart at dagens ordning også er *egnet* til å oppnå offentlig eierskap i 125's forstand hvis den først tar sikte på det. Dette er langt på vei to sider av samme sak i dette tilfellet. Siden fremtidige salg som utløser ervervskonsesjonsplikt vil måtte skje til offentlige aktører, er regelen tjenlig som middel til å nå målsettingen om offentlig eierskap.

Dernest er spørsmålet om regelen er *nødvendig* for å oppnå offentlig eierskap til vannkraftressursene. Svaret her må utvilsomt være ja, for det kan kun tenkes to regler: enten forbys privat erverv eller det forbys ikke. I lys av drøftelsen av om dagens eierskapsregime tilfredsstillt kravet i art. 125 EØS, er vel forbud mot privat erverv en forutsetning for å oppfylle bestemmelsens krav, og kan ikke nås med mindre inngripende midler.

Hvorvidt hovedregelen er *forholdsmessig i snever forstand*, er et spørsmål om inngrepet i etableringsretten og retten til fri kapitalbevegelse står i et misforhold til betydningen av offentlig eierskap til vannkraftressursene.³³⁴ Den juridiske avveiningen her har en åpenbar politisk side. Dette gjenspeiles i at et politisk svært tungtveiende hensyn kan begrunne et nokså stort inngrep i grunnfrihetene.³³⁵ Som vist under gjennomgangen av tilblivelseshistorien og den politiske bakgrunnen for daværende art. 222 EFT, er beslutninger om overføring av eierskap til offentlig eller privat sfære av svært stor politisk

³³²Forsyningsikkerhet, miljøbeskyttelse og sikring av grunnrente ble anført i *hjemfallsaken*. Sistnevnte var ikke et legitimt hensyn, mens de to andre ikke besto proporsjonalitetstesten. Systematisk sett la domstolen til grunn en todeling av kravet til proporsjonalitet: reglene måtte være egnet til å nå de anførte målene og ikke gå lengre enn nødvendig for å nå dem. Forholdsmessighet i snever forstand (noen ganger kalt proporsjonalitet *stricto sensu*) ble ikke berørt. Dette er ikke uvanlig, siden det aktuelle regelverket oftest felles på et av de foregående kravene, se Mathisen (2009) s. 90-91. I teorien regnes vanligvis alle tre vilkår med under proporsjonalitetsprinsippet, og det er ikke tvil om at alle tre vilkår kan prøves. Jeg tar derfor utgangspunkt i den systematikken i det følgende, se dessuten Mathisen (2009) s. 92, særlig note 45.

³³³ Det samme la EFTA-domstolen til grunn i *hjemfallsaken*.

³³⁴ Jans (2000) s. 241 og Mathisen (2009) s. 87.

³³⁵ Mathisen (2009) s. 88.

betydning. art. 125 EØS er uttrykk nettopp for at valget mellom privat og offentlig eierskap er overlatt nasjonalstatene.³³⁶ Når et formål om offentlig eierskap først aksepteres som et legitimt hensyn, bør ikke en ordning begrunnet i dette formålet kunne avvises fordi den griper for sterkt inn i grunnfrihetene. Ikke minst gjelder dette når EFTA-domstolen selv forsto art. 125 slik at den åpnet for å forfølge formålet. Etter det jeg kan se har EU heller ikke fremmet harmoniserende lovgivning vedrørende eierskap til vannkraftressurser. Derfor mangler man en referanse som kan si noe om beskyttelsesnivået her. Kanskje kan oljekonsesjonsdirektivet tjene til sammenligning. Der fremholdes det i fortalen at selv om visse foranstaltninger bør vedtas for å sikre det indre markedets funksjon (1. betraktning), og fellesskapet er avhengig av petroleum slik at leting og utvinning bør fremmes på best mulig måte (2. betraktning), er petroleumsressursene på medlemsstatenes territorier likevel underlagt medlemsstatenes suverenitet og suverenitetsrettigheter (3. betraktning). Når statene i EU har kommet til enighet om en slik ordning for petroleumsressurser, som er av enda større økonomisk verdi, taler også dette for at vannkraftressurser bør tillates eiet av det offentlige.³³⁷

10.1.1.4 Oppsummering

Som det har fremgått, knytter de reelle tvilsspørsmålene seg til om art. 125 EØS i det hele tatt åpner for å godta nasjonale tiltak som ellers ville blitt rammet av restriksjonsforbudet, og om dagens ordning i så fall kan subsumeres under bestemmelsen. Hvis svaret på begge deler er ja, har kravene under restriksjonsvurderingen til egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet i snever forstand trolig mindre praktisk betydning.

10.1.2 Aksjeerverv som gir mer enn 20 % eierandel i et vannfalleiende selskap

10.1.2.1 Restriksjonsvurderingen

Ikl § 36 oppstiller en konsesjonsplikt for både private og offentlige aktører når aksjeerverv medfører at deleierskapet overstiger 20 %. I disse tilfellene stilles i tillegg krav om

³³⁶ Jf blant annet *Fearon og Konle*.

³³⁷ Oljekonsesjonsdirektivet godtar i utgangspunktet aktiv statsdeltakelse, se Arnesen (1996) s. 223, 229, 270 og 283-286. Statsdeltakelsen på norsk sokkel gjennom SDØE og Statoil omfatter for øvrig over halvparten av reservene, se *Petroleumsloven* (2009) s. 165-166.

styresamtykke for at ervervet skal anses gyldig, og det kan tas inn tyngende vilkår i konsesjonen. Reglene gjelder både offentlige og private aktører, og uavhengig av nasjonalitet.

Lignende ordninger ble behandlet av EU-domstolen i "golden shares"-sakene mot henholdsvis mot Portugal og Frankrike fra 2002. Den første gjaldt blant annet et dekret gitt med hjemmel i lov som fastslo at aksjeervert som ville utgjøre mer enn 10 % av kapitalen med stemmerett i privatiserte selskaper, krevde forhåndsgodkjennelse fra finansministeren.³³⁸ På samme måte krevde også et fransk dekret at enhver overskridelse av henholdsvis 1/10, 1/5 eller 1/3 av aksjene eller stemmeandelene i oljeselskapet Société Nationale Elf-Aquitaine eller underselskapene, skulle forhåndsgodkjennes av landets finansminister.³³⁹ EU-domstolen mente at reglene utgjorde restriksjoner for kapitalbevegelser i traktatens forstand, og den uttalte at

[s]elv om de anfægtede regler ikke indebar en ulige behandling, kan de udgøre en hindring for erhvervelse af aktier i de berørte virksomheder og afholde investorer fra andre medlemsstater fra at investere i disse virksomheder. Reglerne gør således retten til frie kapitalbevægelser illusorisk. [Premiss 45/41]

Spørsmålet for domstolen var da om reglene var begrunnet i et av de traktatfestede hensynene eller i tvingende allmenne hensyn. Dette var ikke tilfellet for den portugisiske regelen, mens den franske ble felt av den etterfølgende nødvendighetstesten.

Som i de ovennevnte sakene må konsesjonsplikten etter ikl § 36 klart sies å medføre en hindring for ervert av aksjer i vannfalleiende selskaper, og den utgjør dermed EØS-rettslig restriksjon for kapitalbevegelser.³⁴⁰ Siden konsesjonsplikten slår inn når på et nivå der erververen vil kunne utøve en viss selskapskontroll, foreligger også en restriksjon i etableringsadgangen. Det samme gjelder kravet om styresamtykke. Selv om et tilsvarende og fravikelig selskapsrettslig krav følger av aksjeloven, vil industrikonsesjonslovens *ufravikelige* regel medføre en ytterligere begrensning i adgangen til å ervert aksjeposter

³³⁸ C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*, premiss 11, 14 og 40.

³³⁹ *Elf*, premiss 9. Dette var for øvrig kommisjonens "væsentligste indvending" mot de franske reglene som saken gjaldt.

³⁴⁰ Jf sak C-205/99 *Analir*, premiss 22 (tjenester) og sak C-54/99 *Église de Scientologie*, premiss 14 (kapital).

som nevnt.³⁴¹ I tillegg kan det trekkes fram at styrene i de offentlig eide selskapene nettopp vil være valgt av offentlige aktører. Det kan øke muligheten for at styrene legger flere hensyn til grunn for sin samtykkevurdering enn selskapets beste, først og fremst ulike samfunnsmessige hensyn. For eksempel er det mulig at enkelte kommuner ønsker seg særlige samarbeidspartnere til ulike typer offentlig-privat samarbeid, og derfor vil ønske de samme inn på eiersiden.³⁴²

Forvaltningens adgang til å sette tyngende vilkår for konsesjonen innebærer også klart en restriksjon. Spørsmålet er om restriksjonene likevel er legitime.

10.1.2.2 Eventuelle EØS-rettslig legitime begrunnelser

Formålet med konsesjonsplikten og samtykkekravet er dels å c dels kontroll med hvem som er store eiere i produksjonssektoren. Spørsmålet er om dette er EØS-rettslig legitime hensyn, og i så fall, om proporsjonalitetsprinsippets krav er oppfylt.

Ikl § 36 inngår nå altså for det første i et system av regler i industrikonsesjonsloven som skal sikre at andelen privat eierskap ikke kommer over grensen på 1/3. Tetting av alle "hull" i ervervsreglene anføres som nødvendig for å sikre konsistensen i eierskapsregimet, slik at lovens grunnleggende formål om offentlig eierskap ivaretas.³⁴³ Så lenge EØS-retten aksepterer at en medlemsstat forfølger et formål om offentlig eierskap, og dessuten stiller krav til konsistensen i dette eierskapet, må det også godtas at medlemsstaten iverksetter tiltak for å hindre utglidninger.³⁴⁴ Den norske lovgivningen har valgt å trekke grensen ved 1/3 privat deleierskap. Det å sikre at grensen ikke overstiges, må derfor godtas som et tvingende allment hensyn bak konsesjonsplikten etter ikl § 36.³⁴⁵

³⁴¹ Jeg tar ikke stilling til om aksjelovens generelle samtykkekrav i seg selv kan være EØS-rettslig problematisk.

³⁴² Men dette er ikke et legitimt hensyn, se kommisjonsmeddelelse 2008/C 91/02, s. 4, med henvisning.

³⁴³ Offentlig eierskap er altså ikke en begrunnelse i seg selv for disse reglene.

³⁴⁴ C-294/00 *Gräbner*, særlig premiss 61 og 68. En parallell kan trekkes til doktrinen om såkalte "aksessoriske begrensninger" i EU's konkurranserett, se særlig kommisjonsmeddelelse 2005/C 56/02, s. 24-31.

³⁴⁵ For en diskusjon om hvorvidt en ordning kan være motivert i andre hensyn enn de som opprinnelig lå til grunn for utformingen av den, se Bjørnebye (2000) s. 112-113. Jeg er enig i at det generelt har formodningen mot seg at bestemmelser med opprinnelig proteksjonistiske formål, som ikl § 36, i dag kan ivareta et tvingende allment hensyn. Men argumentet slår ikke til når poenget er å gjøre det norske offentlige eierskapet konsekvent og troverdig.

Kravet om styresamtykke vil på samme måte være begrunnet i et legitimt hensyn, siden formålet er å effektivisere konsesjonsplikten. I det følgende legges dette til grunn uten ytterligere kommentar.

Spørsmålet er så om konsesjonsplikten og samtykkekravet er egnet til å ivareta at 1/3-grensen ikke brytes. Her vil jeg påpeke at det at ett enkelt aksjeervert bringer én aksjepost opp i 20 %, er noe helt annet enn at det samlede private eierskapet i selskapet kommer opp i over 1/3. Det er bare når det kun er én privat deleier, at § 36 verner mot overskridelse av 1/3-grensen. I alle andre tilfelle kan 1/3-grensen utmerket godt overskrides uten at bestemmelsen aktualiseres. Selv om departementet legger vekt på at det her er flere regler som virker i samspill, fremstår betydningen av § 36 som rent hypotetisk. Konsesjonsplikten og samtykkekravet er så lite treffsikre at de neppe kan anses egnet til å ivareta formålet.

Legger man likevel til grunn at reglene er egnet, går de uansett lengre enn nødvendig. Ervert som bringer én aksjepost opp i 20 % eller mer, vil langt fra alltid medføre at 1/3-grensen overstiges. Et alternativt system med meldeplikt, som ikl § 36 (6) legger opp til men som ikke er innført, og der ikke alle ervert må forhåndsgodkjennes, ville nok være mindre inngripende i EØS-avtalens friheter uten at det gikk på bekostning av formålet.

Jeg går så over til neste hensyn som er anført, nemlig ønsket om kontroll med samling av aksjer og innflytelse over en viss størrelse på én hånd i vannfalleiende selskaper. Jeg presiserer at det ikke er snakk om samme form for offentlig kontroll som EFTA-domstolen i *hjemfallsaken* avviste at kunne utgjøre et EØS-rettslig legitimt hensyn i seg selv.³⁴⁶ Der gjaldt det statens kontroll med bransjen, her gjelder det forvaltningens informasjon om visse betydningsfulle aksjeeieres identitet i vannfalleiende enkeltselskaper.

Likevel er det tvilsomt om dette formålet i seg selv er EØS-rettslig legitimt. Selv om et bredt spekter av formål i domstolens praksis har blitt akseptert som EU- og EØS-rettslig relevante, er ønsket om slik informasjon så vidt jeg kan se ikke blant disse. Tvert i mot la EU-domstolen forutsetningsvis til grunn i *Elf*-dommen at formålet om kontroll bare

³⁴⁶ Kap. 6.3 og 8.1.

kunne tjene som redskap for å ivareta andre, eventuelt legitime, hensyn.³⁴⁷ Det aktuelle franske dekretet fastsatte en rett til innsigelser mot enhver beslutning om avståelse eller overdragelse til sikkerhet av aktiva i fire av oljeselskapet Elfs utenlandske datterselskaper. Vedkommende minister hadde vid diskresjonær myndighet til å føre kontroll med identiteten av aksjonærer i datterselskapene. Formålet de franske myndighetene hadde anført, var "præventivt at imødegå en hindring for en minimumsforsyning med olieprodukter i tilfælde af en virkelig trussel". Ordningen gikk etter domstolens syn vesentlig utover det som var nødvendig for å nå dette målet, og ble felt på det. Det fremgår imidlertid av sammenhengen at ønsket om kontroll med aksjonærenes identitet ikke utgjorde et legitimt hensyn i seg selv.³⁴⁸

Jeg kan ikke se at det er oppgitt noe legitimt bakenforliggende formål for ikl § 36. Tvert i mot er det proteksjonistiske formålet med bestemmelsen neppe forlatt. Jeg kan heller ikke se hvilke hensyn som kunne vært anført. Det er opp til medlemsstaten selv å anføre en legitim begrunnelse i det konkrete tilfellet.³⁴⁹

Når det så til slutt gjelder adgangen til å sette tyngende vilkår for konsesjonen til aksjeerverv, som også innebærer en restriksjon i seg selv, har det så vidt jeg kan se ikke vært gitt noen begrunnelse for opprettholdelse av regelen. Dette selv om ikl § 36 har blitt endret en rekke ganger siden vedtagelsen, sist altså i 2008. Regelen må derfor antas delvis å ha en proteksjonistisk begrunnelse, delvis å være den samme som for vilkårshjemler ellers.³⁵⁰ Av mulige legitime hensyn er det vel formålet om en sikker og effektiv kraftforsyning som er mest nærliggende.³⁵¹ Den underliggende hjemmelen er art. 13 EØS, og rekkevidden av unntaket skal tolkes strengt. Det må foreligge en reell og tilstrekkelig alvorlig trussel mot et grunnleggende samfunnshensyn.³⁵² EU-domstolen har slått fast at

³⁴⁷ Premiss 52.

³⁴⁸ Se også C-326/07 *Kommisjonen mot Italia*, premiss 64-74. Ser man hen til forskrift om eierkontroll i matfiskoppdrett av 22. desember 2004, følges formålet om kontroll med Eiermessige endringer for å oppnå "de nasjonale målsetningene for havbruksnæringen", jf § 1. På samme måte er eierskapsbegrensningene i Børsloven § 35 nå begrunnet i "behovet for å ivareta legitime allmenne interesser, det vil si å sikre infrastrukturforetakenes uavhengighet, nøytralitet og integritet", se Ot.prp. nr. 80 (2008-2009) kap. 3.8.1.4.

³⁴⁹ I denne retning sak C-260/04 *Kommisjonen mot Italia*, premiss 33, og sak C-14/02 *ATRAL*, premiss 47.

³⁵⁰ Nasjonal lovgivning ofte ivaretar flere forskjellige hensyn. Forekomsten av en ikke-saklig begrunnelse for restriksjoner på fri bevegelse kan ikke i seg selv avskjære andre hensyn, jf sak C-67/98 *Zenatti*, premiss 4, 30 og 36-37.

³⁵¹ Bjørnebye (2000) kap. 7.4.

³⁵² C-367/98 *Kommisjonen mot Belgia*, premiss 46 og 47.

ervert som gir en avgjørende innflytelse på et kraftselskap, prinsipielt ikke i seg selv kan anses for å innebære en reell og vesentlig trussel mot forsyningssikkerheten. Dermed er det som domstolen uttrykker det heller ikke noen sammenheng mellom kriteriet (eierandelens størrelse) og forvaltningens adgang til å sette tyngende vilkår for ervervet.³⁵³ Adgangen til å sette tyngende vilkår ved passeringen av 20 % eierandel må derfor anses *uegnet* til å ivareta et formål om forsyningssikkerhet. Jeg har ikke sett noen argumenter i forarbeidene eller andre steder som skulle tilsi noe annet.

I hvert fall går regelen lengre enn nødvendig. Forvaltningen har hjemmel til å sette vilkår ut fra eierandelen alene, uten at dette er påkrevet ut fra det aktuelle hensynet. Dette gjelder uansett hvilket legitimt hensyn som anføres.³⁵⁴ Jeg nevner også at selve det vannfalleiende selskapet uansett vil være underlagt konsesjonsvilkår, og i den grad disse ikke er tilstrekkelige, har myndighetene hjemmel til å endre dem.³⁵⁵

Det må også tas i betraktning at ikl § 36 er uklar med hensyn til hvorvidt konsesjon kan nektes. Trolig må det kunne konkluderes med at den ikke utelukker nektelse av konsesjon.³⁵⁶ Uklare skjønshjemler er noe EU-domstolen slår ned på. Både ved krav om forutgående og etterfølgende samtykke basert på diskresjonært skjønn, har EU-domstolen stilt strenge krav til forutsigbarhet og gjennomsiktelighet i det nasjonale regelverket. Dette må ses i lys av det EU-rettslige kravet til rettsvisshet (*principle of legal certainty*), som representerer et sentralt verdigrunnlag og tolkningsprinsipp i EU- og EØS-retten.³⁵⁷ EU-domstolen har flere ganger behandlet kravet til rettsvisshet som en integrert del av proporsjonalitetsvurderingen.³⁵⁸ Forvaltningens eventuelle ikke-bruk av nektelsesadgangen ikke kan reparere EØS-strid. Nasjonal lovgivnings uoverensstemmelse med traktatretten kan kun fjernes helt ved å vedta bindende interne regler med samme rettslige karakter som

³⁵³ C-326/07 *Kommisjonen mot Italia*, premiss 47 og 48.

³⁵⁴ Alle de restriktive elementene i ikl § 36 felles på dette.

³⁵⁵ Kan være inntatt i konsesjonen, eller følge av forvaltningsloven § 35 eller ulovfestet forvaltningsrett.

³⁵⁶ Unntatt etter åttende ledd, men det er altså en avgrensning mot hovedregelen om ervert.

³⁵⁷ Tridimas (2006) s. 242 ff, Høgberg (2010) s. 127-128.

³⁵⁸ Eksempelvis C-503/99 *Kommisjonen mot Belgia*, premiss 49-52. Ved å undersøke om de aktuelle reglene ga aktørene tilstrekkelig rettsvisshet, kontrollerte domstolen samtidig at reglene ikke var mer restriktive enn nødvendig. Siden usikkerheten gjør utøvelsen av friheten mindre attraktiv kan uklare skjønshjemler også ses som en restriksjon i seg selv, i denne retning Urquieta (2003) s. 80.

de regler som endres.³⁵⁹ En streng administrativ praksis om ikke-bruk er som tidligere sagt ikke nok, for denne kan i prinsippet endres etter av forvaltningen.

10.1.2.3 Konklusjon

Etter dette blir konklusjonen at konsesjonsplikten, kravet om styresamtykke og adgangen til å sette tyngende konsesjonsvilkår bryter med artiklene 31 og 40 i EØS-avtalen om henholdsvis fri etableringsrett og fri kapitalbevegelse.

10.2 Erverv av bruksrett

Gitt dagens ervervsregime som utelukker private erververe oppstår spørsmålet om innføring en utleieordning er påkrevet som følge av EØS-avtalen.³⁶⁰ Begrunnelsen måtte være at en manglende adgang til å ta del i den økonomiske utnyttelsen av vannkraftressursene ved leie for egen regning og risiko, utgjør en restriksjon. I så fall er det først og fremst etableringsretten som er den aktuelle, siden det dreier seg om adgangen til å utøve næringsvirksomhet, ikke investering i selskaper som utøver slik virksomhet. Kapitalreglene aktualiseres bare indirekte.³⁶¹

Svaret beror på om medlemsstatens rett til i medhold av art. 125 til å overføre vannkraftressursene til offentlig eierskapssfære, samtidig gjør at medlemsstatene kan forbeholde de offentlige eierne retten til å utnytte ressursene økonomisk. Som nevnt faller eiendomsretten til både foretakene selv og foretakenes aktiva innenfor bestemmelsens kjerneområde. Hvis alle foretak og naturressurser i en sektor først tillates overført til offentlig sfære på grunnlag av art. 125 EØS, kan det heller ikke være krav om privat deltakelse i den samme sektoren. Retten til utnyttelse av vannfall og kraftverk tilligger den

³⁵⁹ Sak C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*, premiss 41, sml note 309 ovenfor.

³⁶⁰ Problemstillingen gjelder altså ikke driftsavtaler.

³⁶¹ Sak C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, premiss 33 og 34. Etter forholdene kunne også tjenestereglene aktualiseres, siden de dekker ytelser med samme innhold som etableringsreglene. Men det er bare hvis etableringsreglene ikke kommer til anvendelse. Hvis foretaket som skal prestere ytelsen vil ha tilstrekkelig fast, varig og regelmessig tilstedeværelse i Norge, gjelder sistnevnte, jf *Gebhard* premiss 22-26. Det å leie eller ha driftsansvaret for et vannkraftverk vil nok forutsette at virksomheten har adgang til å opprette filialer, datterselskaper eller lignende i Norge. Dermed gjelder bare etableringsreglene, jf i samme retning C-384/08 *Attanasio Group*, premiss 39.

som har eiendomsretten.³⁶² På den bakgrunn må det aksepteres at utnyttelse av vannkraft eventuelt forbeholdes de offentlige eierne.

Men når utleie først tillates, og et marked et nytt marked opprettes, må reglene utformes i tråd med EØS-avtalens etableringsregler.³⁶³ Nedenfor vil jeg kort skissere om i og så fall hvilke krav restriksjonsforbudet stiller til avtalenes varighet og til den offentlige eierens valg av medkontrahent.

10.2.1 Krav til valget av medkontrahent

Det kan diskuteres om det er riktig som OED har slått fast uten nærmere begrunnelse, at mens inngåelse av operatøravtaler omfattes av regelverket om offentlige anskaffelser, gjelder regelverket ikke for utleie av kraftverk og tilhørende anlegg.³⁶⁴ Som det fremgår eksplisitt av art. 65 og vedlegg XVI, stiller EØS-retten krav til det offentliges innkjøp av varer og tjenester.³⁶⁵ Nærmere regler om hvem og hvilke anskaffelser som er omfattet, og prosedyrer for anskaffelsene, er bestemt i henholdsvis anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet.³⁶⁶ Siden vannkraftproduksjon faller inn under alternativet "tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af elektricitet" i forsyningsdirektivs art. 3 nr. 3 bokstav a, er det dette direktivet som er aktuelt, jf art. 2 nr. 2 bokstav b.

Operatøravtaler er tradisjonelle tjenestekontrakter, så disse er klart omfattet. For ordens skyld nevner jeg når det gjelder reglens personelle anvendelsesområde, altså på orde-giversiden, omfattes alle statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter, samt "offentlige virksomheder", jf art. 2 nr. 1. Dette er definert som foretak der offentlige myndigheter "direkte eller indirekte kan have bestemmende indflydelse på som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for virksomheden gældende regler." Vannfalleiende

³⁶² Oljekonsesjonsdirektivet legger opp til at private skal ha adgang til å utnytte petroleumsressurser, som i utgangspunktet eies av medlemsstatene. Dette har for øvrig ikke stått i veien for omfattende statlig deltakelse i produksjonen.

³⁶³ På samme måte som "golden shares"-ordningene når privatisering først var besluttet, kap. 6.2.7.

³⁶⁴ Ot.prp. nr. 66 (2008-2009) s. 6.

³⁶⁵ Reglene er gjennomført i norsk rett gjennom anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter.

³⁶⁶ EP/Rdir 2004/18/EF (anskaffelsesdirektivet) gjelder offentlige anskaffelser i sin alminnelighet, mens EP/Rdir 2004/17/EF (forsyningsdirektivet) gir særregler innenfor forsyningssektoren.

selskaper som etter industrikonsesjonsloven regnes som offentlig eide i kraft av 2/3-regelen, er klart omfattet av forsyningsdirektivet.³⁶⁷

Utleieavtaler er derimot tjenestekonsesjoner.³⁶⁸ Etter art. 18 finner forsyningsdirektivet ikke anvendelse på tjenestekonsesjoner, sml anskaffelsesdirektivets art. 17. Den norske forsyningsforskriften, som er ment å gjennomføre forsyningsdirektivet i norsk rett, må nok forstås tilsvarende.³⁶⁹ I så måte er det riktig at offentlige eieres inngåelse av utleiekontrakter ikke omfattes av "regelverket". Men krav til tildelingsprosedyren kan likevel følge direkte av EØS-avtalen, fordi utleiereglene jo regulerer utøvelsen av økonomisk aktivitet.

I *Telaustria*, som gjaldt tildelingen av en rett til å utarbeide en telefonkatalog, uttalte EU-domstolen at ordregiveren selv om det gjelder en tjenestekonsesjon er "forpligtet til at overholde traktatens grunnleggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed." Fra dette igjen avledet domstolen et krav om transparens, for å

(...) sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.[mine uthevinger]³⁷⁰

Saken gjaldt riktignok ikke direkte spørsmålet om det må brukes en anbudsprosedyre ved tildeling av en tjenestekonsesjon, siden Telekom Austria som var ordregiver i saken, hadde kunngjort offentlig en oppfordring om å komme med tilbud. Dommen presiserer altså bare kravene til offentlighet og konkurranse når det først har utgått en slik oppfordring. Men da

³⁶⁷ Etter forholdene vil også også vannfalleieende selskaper som faller utenfor industrikonsesjonslovens 2/3-regel, likevel kunne være omfattet av anskaffelsesreglene. Plasshensyn tillater ikke å gå inn på den nærmere grensdragningen.

³⁶⁸ Direktivets art. 1 nr. 2 bokstav a. I og med at leietakeren driver sin virksomhet for egen regning og risiko, ligger fortjenestepotensialet ikke i vederlag fra ordregiveren, men i inntektene fra salg av elektrisk strøm til tredjemann.

³⁶⁹ Forsyningsforskriften mangler en avgrensning som i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav j. Siden forsyningsforskriften er ment å gjennomføre EØS-retten på området, og jeg ikke kan se at tjenestekonsesjoner er behandlet i forarbeidene til anskaffelsesloven, antar jeg at forskriften bør forstås i samsvar med direktivet. I samme retning Dragsten (2005) s. 137 og 467. Mot dette taler det at unntak fra reglene skal tolkes restriktivt, se sak C-20/01 *Kommisjonen mot Tyskland*, premiss 58.

³⁷⁰ Sak C-324/98 *Telaustria*, premiss 60 og 62. Sml niende betraktning til fortalen i forsyningsdirektivet.

spørsmålet kom mer på spissen i *ANAV*, som gjaldt tildeling av enerett til lokalbusdrift innen Bari kommune helt uten forutgående anbudsrunder, slo domstolen fast at dette var i strid med traktatens bestemmelser, nærmere bestemt *etableringsretten* og *tjenestereglene*.³⁷¹ Etter EU-domstolens mening inneholdt disse foruten et diskrimineringsforbud også et krav til likebehandling selv om ingen nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling forelå. Kravet til transparens, som utlagt i *Telaustria*, ble også gjentatt.³⁷²

Det fremgår av premissene at dommen i *ANAV* er konkret begrunnet. Det kan stilles spørsmål ved rekkevidden av transparenskravet, altså om det alltid må være en anbudsprosedyre med utlysning av konkurranse.³⁷³ Spørsmålet ser ut til å ha fått sin løsning med *Coname*.³⁷⁴ I den saken var selskapet Coname tildelt tjenestekonsesjon til drift, levering og vedlikehold av metangassforsyningsanlegget i kommunen. Kommunen tildelte deretter konsesjonen direkte til et annet selskap eid i felleskap av kommunene i området. Domstolen la til grunn at det *ikke* gjelder en formell plikt til utlysning av anbudskonkurranse – det avgjørende er hva kravet om transparens tilsier i den enkelte sak. Hvis tjenestekonsesjonen kan ha interesse for en virksomhet hjemmehørende i en annen medlemsstat, noe som gjerne vil være tilfellet ved utleie av vannkraftanlegg, må de nasjonale reglene for tildeling blant annet

(...) gøre det muligt for en virksomhed i en anden medlemsstat (...) at få adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende den omhandlede koncessionskontrakt, for denne tildeles, således at denne virksomhed, hvis den måtte have ønsket det, ville have været i stand til at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af koncessionskontrakten. [premiss 21, mine uthevninger]

At leie av vannkraftanlegg kan være av interesse for selskaper utenfor Norge må uten videre kunne legges til grunn. Potensielle tilbydere har dermed krav på å meddeles opplysninger som nevnt i *Coname*. Innenfor rammene av denne avhandlingen er det ikke mulig å drøfte grundig hvilke konkrete forpliktelser gjennomsiktighetskravet pålegger

³⁷¹ Sak C-410/04 *ANAV*, premiss 22, som bygger på sak C-458/03 *Parking Brixen*, premiss 52.

³⁷² Premiss 21.

³⁷³ Graver (2004) s. 243.

³⁷⁴ Sak C-231/03 *Coname*.

medlemsstatene. Jeg vil likevel understreke at formålet er å sikre at det ikke er risiko for favorisering og vilkårlighet fra ordregivers side, samtidig som graden av offentlighet må gjøre det mulig å åpne utleiemarkedet for reell konkurranse og å kontrollere at prosedyrene er upartiske.³⁷⁵ Konkret vil graden av offentlighet i noen grad kunne bero på utleiemodellen som ønskes, slik at en formell anbudsprosedyre ikke alltid er nødvendig. Jeg vil spesielt vise til retningslinjene fastsatt av Kommisjonen i en fortolkningsmeddelelse fra 2006 for hvordan den mener de grunnleggende prinsippene bør anvendes.³⁷⁶ Meddelelsen gjelder riktignok kun for to andre typer kontrakter som ikke eller bare delvis er omfattet av forsyningsdirektivet, nemlig kontrakter under terskelverdiene og kontrakter om tjenesteytelser inntatt i bilag XVII B. Fordi prinsippene kan sies å gjøre seg minst like sterkt gjeldende ved tjenestekonsesjoner – de sentrale dommene på området gjaldt nettopp slike – har meddelelsen en viss overføringsverdi.³⁷⁷ Den gir blant annet eksempler på hvilke medier som kan brukes til bekjentgjørelse, jf punkt 2.1.2, hva bekjentgjørelsen bør inneholde, punkt 2.1.3, og i punkt 2.1.1 dessuten eksempler på bekjentgjøring som ikke tilfredsstillende traktatens prinsipper.

Utilstrekkelige prosedyrer for bekjentgjøring og tildeling vil innebære en restriksjon etter art. 31 og 36 EØS, og jeg kan ikke se at noen legitime hensyn kan anføres her. Tildeling av utleieavtaler har dessuten en viktig side mot statsstøttereglene. Redusert konkurranse ved inngåelse av utleieavtale medfører en fare for at det offentlige ikke oppnår markedspris. Det kan innebære brudd på statsstøtteforbudet.³⁷⁸ Manglende bekjentgjøring og konkurranse når kontrakt for ny 15-årsperiode skal inngås kan dessuten forsterke de effektene jeg har påpekt som problematiske med hensyn til formålet om offentlig eierskap,

³⁷⁵ Se også generaladvokat Bots forslag til avgjørelse av 27. okt 2009, premiss 40.

³⁷⁶ Kommisjonens fortolkningsmeddelelse 2006/ C 179/02.

³⁷⁷ Det bør nevnes at Tyskland støttet av Europaparlamentet og 7 andre EU-land mindre enn tre måneder etter meddelelsen kom, anla sak med krav om at skulle meddelelsen annulleres fordi den skapte ny rett, se sak T-258/06 *Tyskland mot Kommisjonen*. Retten avviste nylig saken. Etter dens syn lå Kommisjonens retningslinjer innenfor fellesskapsrettens prinsipper slik disse er fastlagt blant annet i ovennevnte rettspraksis. Dommen må antas å bli anket.

³⁷⁸ Kap. 11. Jeg går ikke inn på spørsmålet om restriksjonsforbudet og statsstøtteforbudet stiller like strenge krav med hensyn til offentlige anskaffelser.

nemlig at offentlige utleiery i realiteten kan komme til å binde seg til en og samme leietaker.³⁷⁹

Jeg presiserer at det er ordregivers tildeling i det aktuelle tilfellet som må tilfredsstillere prinsippene om likebehandling og transparens. Det er ikke et krav om et nasjonalt rammeverk utover det som følger av direktivene. På den annen side vil konkrete retningslinjer til utleiery av vannkraftanlegg bidra til at prinsippene overholdes i det praktiske liv. Den foreslåtte utleieforskriften nevner overhodet ikke forholdet til EØS-rettens anskaffelsesregler. Riktignok henvises det i merknadene til utleieforskriftens § 9 til at den "vil reguleres av det til enhver tid gjeldende regelverk og de grunnleggende prinsippene etter EØS-avtalen". Det er uklart hvilket "gjeldende regelverk" det siktes til. Om det var forsyningsforskriften som mentes, måtte dette vært sagt eksplisitt. Med henvisningen til EØS-avtalens grunnleggende prinsipper, siktes det nok til de samme prinsippene som jeg har trukket fram her, men disse blir ikke konkretisert. Etter min mening burde det fremgå av utleieforskriften at offentlige oppdragsgivere primært skal basere tilbudervalget på anbudskonkurranse, eventuelt en annen åpen og ikke-diskriminerende prosedyre basert på gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet som sikrer etterlevelse av statsstøttereglene.

10.2.2 Krav til avtalens varighet

Legger man til grunn som påpekt i høringsuttalelsene, at 15-årsregelen gjør det økonomisk mindre attraktivt å inngå utleieavtaler for vannkraftverk og tilhørende anlegg, kunne det spørres om også den utgjør en restriksjon i etableringsretten. EU-domstolen har som sagt anvendt dette kriteriet til dels svært strengt.³⁸⁰

Jeg bemerker at utleieordningens 15-årsgrense er gjelder uten forskjell for alle norske og utenlandske aktører, private som offentlige. Da utgjør det ikke en restriksjon i seg selv at andre medlemsstater eventuelt måtte ha mindre strenge tidsbegrensninger på utleie og drift av vannkraftanlegg.³⁸¹ Enhver regulering innebærer i prinsippet en økt

³⁷⁹ Kap. 8.3. Jeg presiserer at de nevnte prinsippene gjelder reglene for ordregivers opptreden ved tildeling av kontrakt. Det er ikke konkurransevridende i seg selv at en aktør har opparbeidet seg fordelaktig erfaring ved gjennomføringen av tidligere kontrakter.

³⁸⁰ Se note 323 ovenfor.

³⁸¹ Sak C-518/06 *Kommisjonen mot Italia*, premiss 63.

kostnad som gjør utøvelsen av etableringsretten økonomisk mindre attraktiv, og som dermed kan innebære en restriksjon. I tråd med EU-domstolens praksis er spørsmålet derfor om 15-årsgrensen påvirker markedsadgangen for selskaper fra andre EØS-medlemsstater og således hindrer samhandelen innenfor EØS-området.³⁸² I den forbindelse er det ikke avgjørende i seg selv om 15-årsregelen kan sies å regulere utøvelsen av en økonomisk aktivitet. Også slike regler kan påvirke markedsadgangen.³⁸³

Det kan spørres om de restriktive virkningene av 15-årsregelen er "alt for usikre og indirekte" til å tas i betraktning.³⁸⁴ Usikker i betydningen hypotetisk er effekten 15-årsgrensen ikke, så spørsmålet er om den påvirker markedsadgangen for indirekte. EU-domstolen har ikke gitt noen klar definisjon av hva som er å anse direkte eller indirekte i denne sammenheng.³⁸⁵ Kriteriene er vanskelige å konkretisere.³⁸⁶ Snell mener domstolen nok heller ikke har praktisert avgrensningen særlig konsekvent, og at den nå snarere ser ut til å fokusere på hvor stor effekt de nasjonale tiltakene har.³⁸⁷ En illustrerende dom ble avgitt av domstolen i storkammer i en traktatbruddssak mot Italia i fjor, og gjaldt regler om kontraheringsplikt for tilbydere av bilansvarsforsikring.³⁸⁸ Hvis en kunde ønsket slik forsikring, måtte selskapet inngå avtale, på vilkår og til priser som måtte oppgis på forhånd. Det var også visse begrensninger i selskapenes frihet til å bestemme forsikringspremien. Storkammeret fant at reglene påvirket utenlandske forsikringsselskapers adgang til det italienske bilansvarsforsikringsmarkedet. Selv om reglene gjaldt for alle, utgjorde den "ikke desto mindre *et væsentligt indgreb* i den aftalefrihed, som erhvervsdrivende i princippet er i besiddelse af." [min utheving]³⁸⁹ Dette påvirket etter domstolens syn markedsadgangen, særlig sett i sammenheng med kravene til premiens størrelse.³⁹⁰ Kontraheringsplikten

³⁸² Jf blant annet sak C-384/93 *Alpine Investments*, premiss 38, som svar på en anførsel om å bruke Keck-doktrinen analogt på restriksjoner i etableringsretten. Doktrinen skiller mellom *produktkrav* og regler som begrenser eller forbyr *bestemte former for salg*, der sistnevnte anses ikke å påvirke markedsadgangen.

³⁸³ Dette påpekte domstolen eksplisitt i sak C-464/02 *Kommisjonen mot Danmark*, premiss 37.

³⁸⁴ Eksempelvis sak C-190/98 *Graf*, premiss 23-25.

³⁸⁵ Innholdet i kriteriet drøftes grundig av Snell (2010) s. 452 ff.

³⁸⁶ I samme retning generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i *vannscooterdommen*, premiss 46.

³⁸⁷ Snell (2010) særlig i konklusjonen på s. 467, som forøvrig kritiserer begrepet markedsadgang som rettesnor for restriksjonsvurderingen.

³⁸⁸ Sak C-518/06 *Kommisjonen mot Italia*.

³⁸⁹ Premiss 66.

³⁹⁰ Premiss 67. Selv om domstolen ikke forklarer dette nærmere, fremgår det av Mazáks forslag til avgjørelse, avsnit 49, at det var særlig små forsikringsselskaper dette ville gå utover.

medførte økte omkostninger for selskapene, som igjen ville bli tvunget til å revurdere sin kommersielle strategi. Dette påførte

*(...) tilpasninger og omkostninger af en sådan størrelsesordning for de nævnte selskaber,[der] gør kontraheringsplikten adgangen til det italienske marked mindre interessant, og ved adgang til dette marked reducerer den de omhandlede selskabers mulighed for effektivt at konkurrere med selskaber, som traditionelt er beliggende i Italien. [premiss 70, mine uthevinger]*³⁹¹

Rettspraksis tyder på at både effekten av det nasjonale tiltaket og eventuelle ulike virkninger for aktører fra andre medlemsstater, blir tillagt vekt. Effekten av 15-årsregelen er etter mitt syn betydelig mindre enn den nevnte kontraheringsplikten. Dessuten er det mulighet for å inngå ny kontrakt ved utløpet av hver 15-årsperiode. Jeg nevner at konsesjonsloven § 3 behandler leieavtaler over fast eiendom for mer enn 10 år som et erverv. Dette kan leses som at leieavtaler her kan inngås for høyst 10 år. Dette taler mot at restriksjon foreligger. På den annen side har EU-domstolen konsekvent nektet å godta tiltak med den begrunnelse at tiltaket bare har begrenset eller ingen betydning.³⁹² Men dersom det først konstateres at effekten av tidsbegrensningen påvirker markedsadgangen, er det som jeg kommer inn på nedenfor, vanskelig å finne holdepunkter for hvilken tidsbegrensning som kan godtas. Dette taler mot at effekten av 15-årsgrensen blir utslagsgivende.

Etter forholdene kan det tenkes at selskaper med god kunnskap om kraftverket i større grad vil vurdere å inngå leiekontrakter enn selskaper som mangler slik kunnskap. Dette kan tenkes å gi norske selskaper et fortrinn fremfor aktører fra ulike medlemsstater, men jeg kjenner ikke bransjen godt nok til å si om denne eller andre tilsvarende effekter vil gjøre seg gjeldende.

Hvis 15-årsgrensen mot formodning utgjør en restriksjon, er tidsbegrensningen uansett begrunnet i et legitimt hensyn, nemlig å forfølge formålet om offentlig eierskap til

³⁹¹ En kvalifisert effekt ble også påpekt i to andre dommer fra 2009, sak C-110/05 *sidevogn*, premiss 56-58, og sak C-142/05 *vannscooterdommen*, premiss 26-28.

³⁹² C-212/06 *Flamsk sykeforsikringsordning*, premiss 52.

vannkraftressursene på en konsistent måte.³⁹³ Fordi en tidsubegrenset utleieadgang ville medført at formålet ikke lenger forfølges konsistent, er 15-årsgrensen også egnet til å ivareta formålet.³⁹⁴ En lengre tidsbegrensning kunne like fullt sies å gripe mindre inn i etableringsfriheten, slik at tiltaket er mer restriktivt enn nødvendig. Men det er vanskelig å finne holdepunkter for hvilken maksimalgrense som i så fall skulle settes for utleieavtaler. Det finnes ikke harmoniserende fellesskapslovgivning på feltet. Oljekonsesjonsdirektivet art 4 bokstav b har for så vidt regler om varighet knyttet an til hva som er nødvendig for å avslutte virksomheten, etter forholdene betydelig lengre enn 15 år. Reglene gjelder imidlertid utnyttelsen av en ikke-fornybar ressurs. De manglende holdepunktene gir kanskje grunn til tilbakeholdenhet ved overprøvingen, særlig tatt i betraktning at det i prinsippet alltid kan tenkes en mindre restriktiv tidsbegrensning.³⁹⁵

I forlengelsen av det ovennevnte kan det spørres om også restriksjonsforbudet, i tillegg til formålet om offentlig eierskap, medfører begrensninger for hvor lange utleieperioder som kan avtales. I hvert fall vil tildelingen av en tidsubegrenset leiekontrakt, foruten å bryte med formålet om offentlig eierskap, utgjøre en restriksjon i etableringsretten fordi det stenger markedet for alle andre som kunne være interessert i en slik avtale.³⁹⁶ Dermed reduseres konkurransen. At tidsubegrensede tjenestekonsesjoner derfor vil være i strid med fellesskapsretten, har EU-domstolen nylig bekreftet.³⁹⁷ 15-årsgrensen ligger likevel godt innenfor denne rammen.

³⁹³ Se kap. 10.1.2.2.

³⁹⁴ I denne retning, sak C-243/01 *Gambelli*, premiss 67. Se kap. 8.3 og 10.1.1.3.

³⁹⁵ Dette kan også gjøre en domstol mindre villig til å konstatere en restriksjon over hodet.

³⁹⁶ I denne retning generaladvokat Bots forslag til avgjørelse i sak C-258/08 *Ladbroke's*, avsnitt 182.

³⁹⁷ Se dom av 25. mars 2010 i sak C-451/08 *Helmut Müller*, premiss 79, som følger generaladvokat Mengozzis forslag på dette punktet.

11 Forholdet til EØS-avtalens statsstøtteregler

EØS-avtalen forbyr tildeling eller opprettholdelse av statsstøtte, jf art. 61. Bestemmelsen speiler det tilsvarende forbudet etter art. 107 TEUF. Det følger av ordlyden at fem kumulative vilkår må være oppfylt for at avtalestridig statsstøtte skal foreligge. For det første må det dreie seg om "støtte". For det andre må den være gitt av "statsmidler av enhver form", herunder både staten og andre offentlige myndigheter.³⁹⁸ For det tredje og kanskje noe mindre klart av ordlyden, må støtten være en del av et spesifikt tiltak, og ikke del av en generell ordning som kommer alle til gode – selektivitetskravet. For det fjerde må støtten vri eller true med å vri konkurransen, og for det femte må støtten påvirke samhandelen mellom medlemslandene.

Rettspraksis har lagt til grunn en vid forståelse av statsstøttebegrepet. Etter sikker rett omfattes ikke bare direkte pengeoverføringer men alle måter myndighetene kan støtte foretak økonomisk.³⁹⁹ Men det må likevel skapes en fordel for mottakeren som koster staten penger, for eksempel ved at staten ikke mottar en innbetaling den ellers ville fått.⁴⁰⁰

I relasjon regelverket som er denne avhandlingens tema, vil jeg trekke fram at offentlige aktørers inngåelse av utleie- og driftsavtaler til underpris kan utgjøre EØS-stridig statsstøtte. At utleie kan aktualisere statsstøtteforbudet er lagt til grunn av Kommisjonen i en meddelelse om salg av offentlig eid, fast eiendom.⁴⁰¹ Meddelelsen legger opp til at salg av offentlig eiendom kan skje med eller uten budgivning, men i sistnevnte tilfelle skal en uavhengig ekspert taksere eiendommen med sikte på å finne markedsverdien – den pris eiendommen ville oppnådd i et salg mellom en villig selger og en uavhengig kjøper på verdsettelsesdagen. Målestokken er altså hva en privat aktør ville gjort i en tilsvarende

³⁹⁸ Sak C-305/89 *Alfa Romeo*, premiss 13 ff.

³⁹⁹ Sak C-482/99 *Stardust Marine*, premiss 37.

⁴⁰⁰ Sak C-169/08 *Sardegna*, premiss 56.

⁴⁰¹ Kommisjonsmeddelelse 1997/C 209/03, innledningens fjerde avsnitt.

situasjon.⁴⁰² Meddelelsen gjelder etter ordlyden ikke utleietilfellene, men hensynet til å sikre at det offentliges transaksjoner skjer på markedsvilkår, gjør seg like sterkt gjeldende.

Hvis det først foreligger et støtteelement i transaksjonen, altså en underpris, synes det klart at kravene til selektivitet, konkurransevridning og påvirkning av samhandelen er oppfylt. Det springende punktet er om støtten kan tilregnes offentlige myndigheter. Dette er uproblematisk når eksempelvis en kommune er direkte eier, men mer uklart når eierskapet er skilt ut til en eget selskap med minst 2/3 offentlig eierskap. Grensene for det offentlige har blitt trukket svært vidt⁴⁰³ i rettspraksis, men i *Stardust Marine* uttalte EU-domstolen likevel at

Selv om staten nemlig er i stand til at kontrollere en offentlig virksomhet og udøve en dominerende indflydelse på dennes transaksjoner, er der ikke uden videre formodning for, at den faktisk udøver denne kontrol i et konkret tilfælde. (...) [premiss 52]

Problemstillingen var om kapitaltilførsler fra Altus til Stardust Marine kom fra statsmidler, når Altus var heleid datterselskap av Crédit Lyonnais, som igjen var 100 % statseid. Organiseringen i aksjeselskap kunne ikke utelukke at støtten ble tilregnet staten, men at staten kontrollerte selskapet var på den annen side heller ikke nok til at støtten kunne tilregnes den. Det måtte konkret undersøkes "om de offentlige myndigheter på den ene eller den anden måte må anses for at være impliceret i vedtagelsen af disse foranstaltninger." Ifølge Kolstad må dommen forstås såpass strengt at en gitt disposisjon må tilregnes staten der selskapet ikke kan foreta disposisjonen uten å ta hensyn til direktiver fra offentlig myndighet, eksempelvis krav om godkjenning av disposisjonen.⁴⁰⁴ Legges dette til grunn, vil alle utleie- eller driftskontrakter inngått til underpris av offentlige aktører måtte tilregnes staten, jf ikl § 5 (3).

Det kunne spørres om hjemfallsvilkårene som er pålagt en del privateide vannfallsrettigheter, utgjør statsstøtte til eiere som ikke er underlagt slike. Spørsmålet har vært gjenstand for diskusjon tidligere, men ikke i lys av den gjeninnførte

⁴⁰² EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven (2007) s. 22, med henvisning til EØS-rett (2004) kap. 28.3.4.

⁴⁰³ Sak T-358/94 *Air France*, premiss 57 ff.

⁴⁰⁴ Kolstad i EØS-rett (2004) s. 598.

omgjøringsadgangen ved salg av vannfall til offentlige aktører, som reduserer den økonomiske belastningen for konsesjonæren.⁴⁰⁵ Særlig tatt i betraktning problemet med å avgjøre når en eventuell støtte skal anses gitt, faller en undersøkelse av statsstøtteproblematikken her utenfor denne avhandlingens rammer.

⁴⁰⁵ Kolstad (2004), Arnesen (2005) og Kolstad (2007).

DEL VI

12 Oppsummerende bemerkninger

Denne avhandlingens overordnede tema har vært hvordan dagens norske ervervs- og utleieregler for vannfall og vannkraftverk forholder seg til EØS-avtalens restriksjonsforbud. Det er utvilsomt slik at den mest sentrale av disse, nemlig hovedregelen om at kun offentlige aktører kan erverve eiendomsrett til vannfall, isolert sett utgjør en restriksjon. Langt vanskeligere har det vært å si om regelen likevel er i tråd med EØS-avtalen. Betydningen av art. 125 EØS og dens eventuelle gjennomslagskraft overfor restriksjonsforbudet har stått sentralt i avhandlingen. Min gjennomgang av rettskildene tyder på at bestemmelsen i visse tilfelle kan legitimere nasjonale tiltak der ingen legitim begrunnelse ellers kunne anføres. Samtidig knytter det seg en betydelig usikkerhet til hvordan et nasjonalt tiltak i så fall må utformes, og til hvilken systematikk som skal følges ved vurderingen. Heller enn å konkludere entydig når det gjelder det norske eierskapsregimets forhold til art. 125, har jeg forsøkt å trekke fram hvilke sider ved det jeg anser som henholdsvis mindre eller mer problematiske. Avgjørende argumenter for at det foreligger EØS-strid, har jeg ikke funnet.

Når det derimot gjelder kravet i ikl § 36 om konsesjonsplikt, styresamtykke og adgangen til å sette tyngende konsesjonsvilkår for aksjeerwerb som gir mer enn 20 % eierandel i vannfalleiende selskap, står den seg etter min mening klart ikke mot EØS-avtalens restriksjonsforbud.

De nye drifts- eller utleiereglene i ikl § 5 er behandlet både i relasjon til ervervsregelen og art. 125 EØS, og direkte mot restriksjonsforbudet. 15-årsgrensen utgjør trolig ikke en restriksjon i den forstand at markedsadgangen påvirkes, selv om EU-domstolens vidtrekkende uttalelser om restriksjonsforbudet gjør at konklusjonen har budt på tvil. Sikkert er det at maksimal tillatt utleieperiode ikke er for lang. Jeg har altså ikke kunnet konkludere med at utleieordningen er EØS-stridig, men jeg mener det bør angis konkrete krav i utleieforskriften til valget av medkontrahent ved inngåelse av utleieavtaler. Riktignok har de EØS-rettslige prinsippene bak adresse til ordregiveren i det aktuelle

tilfellet. Av hensyn til at prinsippene overholdes i praksis bør tilbydervalget likevel så langt som mulig baseres på anbudskonkurranse, eventuelt en annen åpen, ikke-diskriminerende, gjennomiktig og etterprøvbar prosedyre. Det vil også bidra til etterlevelse av statsstøttereglene.

REGISTERDEL

Litteraturliste

- Akkermans (2009) Akkermans, Bram og Eveline Ramaekers. *Article 295 EC, its Meanings and Interpretations*. I: European Law Journal. Årg. 16, nr. 3 (2009). <http://ssrn.com/abstract=1436478> [Sitert 11. mai 2010].
- Amundsen (1918) Olaf Amundsen. *Lov om erhvervelse av vandfald, bergverk og anden fast eiendom*. Kristiania, 1918.
- Andenæs (2004) Andenæs, Johs. og Arne Fliflet. *Statsforfatningen i Norge*. 9. utg. Oslo, 2004.
- Arnesen (1996) Finn Arnesen. *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*. Oslo, 1996.
- Arnesen (2005) Finn Arnesen. *EØS og hjemfall - Utredning ved professor dr. juris Finn Arnesen*. Vedlegg til KS' høringsuttalelse til NOU 2004:26 av 3. mars 2005. <http://www.regjeringen.no/nb/dep/oed/dok/hoeringer/hoeringsdok/2005>
- Arnesen (2006) Finn Arnesen. *EØS-retten og hjemfallsretten*. I: Lov og Rett 45, 4, 2006, s. 238-251.
- Arnesen (2009)a Finn Arnesen. *The EFTA Court Decision on Norwegian Hydropower and Norway's Response to that Decision*. I: European Energy Law Report VI (2009) s. 287.
- Arnesen (2009)b Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode- Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. 1. utg. Oslo, 2009.
- Aulstad (2008) Johan Greger Aulstad. *Ny Høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet (Rt-2008-560)* I: Jussens Venner (2008) s. 262.
- Bergland (1985) Trygve Bergland. *Hjemfall av eiendom og rettigheter etter norsk vassdragsrett. Historisk, rettskildemessig gjennomgang av hjemfallsinstituttet*. I: Hjemfall av vannkraft, kraftverk og vannreguleringsanlegg: seminar på Gaustadblick 25.-27. mars 1985. Oslo, 1985.
- Bjørnebye (2000) Henrik Bjørnebye. *Overdragelse av fallrettigheter*. Oslo, 2000.
- Burghardt (1969) Günter Burghardt. *Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag*. Universität Hamburg, Abhandlungen aus dem Seminar für

- öffentliches Recht, Heft 57, Hamburg 1969.
- Craig (2008) Craig, Paul og Gráinne De Búrca. *EU law*. 4. utg. Oxford, 2008.
- Dragsten (2005) Dragsten, Marianne og Esther Lindalen. *Offentlige anskaffelser*. I: Norsk lovkommentar, bind 1, 2005.
- ECON-Analyse (2005) ECON-Analyse. *Økonomiske virkninger av hjemfall, utarbeidet for Olje- og energidepartementet*. Oslo, 2005.
- Energi-Norges fremtid (2003) *Energi-Norges fremtid*. Redigert av Torger Reve og Kjell Roland. Oslo, 2003.
- EØS-rett (2004) Frederik Sejersted ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004.
- EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven (2007) *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven*. Finn Arnesen... [et al.]. Oslo, 2007.
- Falkanger (2002) Falkanger, Thor og Kjell Haagensen. *Vassdrags- og energirett*. 2. utg. Oslo, 2002.
- Falkanger (2007) Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger. *Tingsrett*. 6. utg. Oslo, 2007.
- Grabitz (2008) Grabitz, Eberhard og Meinhard Hilf. *Das Recht der Europäischen Union*. 2008. [Sitert fra beck-online.beck.de 11. mai 2010]
- Graver (2004) Hans Petter Graver. *Konsesjoner og konkurranse - om krav fra felleskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser I: Lov og Rett* (2004) s. 224-244. [Sitert fra Lovdata]
- Groeben (1974) von der Groeben, Hans, Hans von Boeckh og Jochen Thiesing. *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 2. utg. Baden-Baden 1974.
- Groeben (1991) von der Groeben, Hans, Jochen Thiesing og Claus-Dieter Ehlermann. *Kommentar zum EWG-Vertrag*. 4. utg. Baden-Baden, 1991.
- Groeben (1997) von der Groeben, Hans, Jochen Thiesing og Claus-Dieter Ehlermann. *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*. 5. utg. Baden-Baden, 1997.
- Groeben (2003) von der Groeben, Hans og Jürgen Schwarze. *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*. 6. utg. Baden-Baden, 2003. [Sitert fra beck-online.beck.de 11. mai 2010]
- Heinemann (1996) Andreas Heinemann. *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*.

- München, 1996.
- Høgberg (2010) Benedikte Moltumyr Høgberg. *Forbud mot tilbakevirkende lover*. Oslo, 2010.
- Jans (2000) Jan H. Jans. *Proportionality Revisited*. I: Legal Issues of Economic Integration. Årg. 27, nr. 3, (2000). <http://ssrn.com/abstract=1410644> [sitert 14. mai 2010]
- Jones (2007) Jones, Alison og Brenda Sufrin. *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*. New York, 2008. [Sitert fra google.books.no 14. mai 2010]
- Kjærland (2009) Frode Kjærland. *Norsk vannkraft – «arvesølv solgt på billigsalg»?* I: Magma 07/2009 s. 22-29. <http://www.sivil.no/magma.asp?FILE=2009/07/0106.html> [Sitert 11. mai 2010].
- Kolstad (2004) Olav Kolstad, *EØS-rettslig vurdering av hjemfallsinstituttet*, vedlegg 3 til NOU 2004:26.
- Kolstad (2007) Olav Kolstad. *EØS-rettslig vurdering av provisorisk anordning om hjemfall*. Oslo, 2007.
- Lind (2007) Åge Lind. *Engelsk-norsk juridisk ordbok*. Oslo, 2007.
- Mathisen (2009) Gjermund Mathisen. *Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter*. I: Jussens Venner 42 (2009) s. 80-92.
- Matre (2007) Hugo P. Matre. *Kommentar til aksjeloven*. I: Norsk lovkommentar (online). [Sitert 11. mai 2010]
- Mestad (1985) Ola Mestad. *Statoil og statleg styring og kontroll*. Oslo, 1985.
- Mestad (1986) Ola Mestad. *Bruk og endring av konsesjonsvilkår*. Oslo, 1986.
- Orkla (2009) Pressemelding fra Orkla ASA. *Orkla selger deler av kraftvirksomheten*. Oslo, 2009. <http://elkem.com> [Sitert 21. mai 2010].
- Petroleumsloven (2009) *Petroleumsloven*. Ulf Hammer... [et al.]. Oslo, 2009.
- Riegel (1979) Reinhardt Riegel. *Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten - Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von Art. 222 EWGV*. I: Recht der internationalen Wirtschaft 11, (1979) s. 744.
- Ruffert (2002) Ruffert, Matthias, Christian Calliess og Hermann-Josef Blanke. *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung*

der Europäischen Gemeinschaft - EUV/EGV. 2., vollständig überarb. und aktualisierte Aufl. utg. Neuwied, 2002.

- Smit (1996) Smit, Hans og Peter Herzog. *The Law of the European Community*. New York, 1996.
- Snell (2010) Jukka Snell. *The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan?* I: *Common Market Law Review* nr. 47 (2010) s. 437-472. [Sitert fra e-post]
- Terkelsen (2008) Christopher Andreas Terkelsen. *Spesielle statlige rettigheter i privatiserte selskaper*. Masterhavhandling levert ved Universitetet i Oslo, 2008.
- Tridimas (2006) Takis Tridimas. *The general principles of EU law*. 2. utg. Oxford, 2006.
- Urquieta (2003) Carlos Alfredo Urquieta. *Industrikonsesjonsloven*. Oslo, 2003.
- Ørebech (2006) Peter Ørebech. *EØS-avtalens artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004: 26 Hjemfall*. I: *Lov og Rett* nr. 2 (2006) s. 26-45. [Sitert fra Lovdata]
- Ørebech (2007) Peter Ørebech. *Er hjemfallsfritak statsstøtte etter EØS-avtalen? - En rettsøkonomisk analyse av NOU 2004:26 - Hjemfall*. I: *Norsk Økonomisk Tidsskrift* 121 nr. 2 (2007) s. 55-73. <http://spindel.oslonett.no> [sitert 11. mai 2010].
- Aall (1994) Jørgen Aall. *Diskrimineringsforbudet etter EØS-avtalens artikkel 4*. I: *Tidsskrift for rettsvitenskap* (1994) s. 1011. [Sitert fra Lovdata]

Domsregister

EU-domstolen

- | | | |
|---|------------------------|--|
| Sak 6/64 <i>Flaminio Costa</i> mot <i>E.N.E.L.</i> | <i>Costa mot ENEL</i> | Slg. 1964 S. 1253
ECR engelsk
spesialutgave s. 585 |
| Forente saker 56 og 58/64 <i>Consten S.à.R.L. og Grundig-Verkaufs-GmbH</i> mot <i>Kommisjonen</i> | <i>Consten-Grundig</i> | Slg. 1966 S. 322 |
| Sak 24-67 <i>Parke, Davis and Co.</i> mot <i>Probel, Reese, Beintema-Interpharm</i> og | <i>Parke Davis</i> | Slg. 1968 S. 86 |

Centrafarm

Sak 11/70 <i>Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel</i>	<i>Internationale Handelsgesellschaft</i>	Slg. 1970 S. 1125
Sak 155/73 <i>Giuseppe Sacchi</i>	<i>Sacchi</i>	Sml. 1974 s. 409
Sak 8/74 <i>Procureur du Roi mot Benoît og Gustave Dassonville</i>	<i>Dassonville</i>	Sml. 1974 s. 837
Sak 106/77 <i>Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal SpA</i>	<i>Simmenthal</i>	Sml. 1978 s. 629
Forente saker 188, 189 og 190/80 <i>Frankrike, Italia og UK mot Kommisjonen</i>		Sml. 1982 s. 2545
Sak 283/81 <i>Srl CILFIT und Lanificio di Gavardo SpA mot Ministero della Sanità</i>	<i>CILFIT</i>	Sml. 1982 s. 3415
Sak 182/83 <i>Robert Fearon & Company Limited mot Irish Land Commission</i>	<i>Fearon</i>	Sml. 1984 s. 3677
Sak C-18/84 <i>Kommisjonen mot Frankrike</i>		Sml. 1985 s. 1339
Sak C-3/88 <i>Kommisjonen mot Italia</i>		Sml. 1989 s. 4035
Sak C-202/88 <i>Frankrike mot Kommisjonen</i>	<i>Teletterminalutstyr</i>	Sml. 1991 s. I-1223
Sak C-221/89 <i>The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd med flere</i>	<i>Factortame</i>	Sml. 1991 s. I-3905
Sak C-235/89 <i>Kommisjonen mot Italia</i>		Sml. 1992 s. I-777
Sak C-260/89 <i>Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE mot Dimotiki Etairia Pliroforissis og Sotirios Kouvelas</i>	<i>ERT</i>	Sml. 1991 s. I-2925
Sak C-305/89 <i>Italia mot Kommisjonen</i>	<i>Alfa Romeo</i>	Sml. 1991 s. I-1603
Sak C-47/90 <i>Établissements Delhaize frères og Compagnie Le Lion SA mot Promalvin SA og AGE Bodegas Unidas SA</i>	<i>Delhaize</i>	Sml. 1992 s. I-3669

Forente saker C-72/91 og C-73/91 <i>Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG mot Seetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG</i>	<i>Sloman Neptun</i>	Sml. 1993 s. I-887
Forente saker C-267/91 og C-268/91 Straffesaker mot <i>Bernard Keck og Daniel Mithouard</i>	<i>Keck og Mithouard</i>	Sml. 1993 s. I-6097
Sak C-350/92 <i>Spania mot Rådet</i>		Sml. 1995 s. I-1985
Sak C-393/92 <i>Gemeente Almelo m.fl. mot Energiebedrijf Ijsselmij NV</i>	<i>Almelo</i>	Sml. 1994. s. I-1477
Sak C-384/93 <i>Alpine Investments BV mot Minister van Financiën</i>	<i>Alpine Investments</i>	Sml. 1995 s. I-1141
Sak C-55/94 <i>Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano</i>	<i>Gebhard</i>	ECR/ Sml. 1995 s. I-4165
Sak C-388/95 <i>Belgia mot Spania</i>		Sml. 2000 s. I-3123
Sak C-355/96 <i>Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG mot Hartlauer Handelsgesellschaft mbH</i>	<i>Silhouette</i>	Sml. 1998 s. I-4799
Sak C-255/97 <i>Pfeiffer Großhandel GmbH mot Löwa Warenhandel GmbH</i>		Sml. 1999 s. I-2835
Sak C-302/97 <i>Klaus Konle mot Østerrike</i>	<i>Konle</i>	Sml. 1999 s. I-3099
Sak C-67/98 <i>Questore di Verona mot Diego Zenatti</i>	<i>Zenatti</i>	Sml. 1999 s. I-7289
Sak C-154/98 <i>Kommisjonen mot Italia</i>	<i>Energimonopoldom II</i>	Sml. 1997 s. I-5789
Sak C-173/98 <i>Sebago Inc. og Ancienne Maison Dubois & Fils SA mot G-B Unic SA</i>	<i>Sebago</i>	Sml. 1999 s. I-4103
Sak C-190/98 <i>Volker Graf mot Filzmoser Maschinenbau GmbH</i>	<i>Graf</i>	Sml. 2000 s. I-493
	<i>Telaustria</i>	Sml. 2000 s. I-10745

Sak C-324/98 <i>Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG</i>		
Sak C-367/98 <i>Kommisjonen mot Portugal</i>		Sml. 2002 s. I-4731
C-54/99 <i>Association Église de Scientologie de Paris og Scientology International Reserves Trust mot Frankrike</i>	<i>Église de Scientologie</i>	Sml. 2000 s. I-1335
C-205/99 <i>Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) med flere mot Administración General del Estado</i>	<i>Analir</i>	Sml. 2001 s. I-1271
Sak C-237/99 <i>Kommisjonen mot Frankrike</i>		Sml. 2001 s. I-939
Sak C-482/99 <i>Frankrike mot Kommisjonen</i>	<i>Stardust Marine</i>	Sml. 2002 s. I-4397
Sak C-483/99 <i>Kommisjonen mot Frankrike</i>	<i>Elf</i>	Sml. 2002 s. I-4781
Sak C-503/99 <i>Kommisjonen mot Belgia</i>		Sml. 2002 s. I-4809
Sak C-294/00 <i>Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren GmbH mot Kurt Gräbner</i>	<i>Gräbner</i>	Sml. 2002 s. I-6515
Sak C-463/00 <i>Kommisjonen mot Spania</i>		Sml. 2003 s. I-4581
Sak C-98/01 <i>Kommisjonen mot UK</i>	<i>BAA</i>	Sml. 2003 s. I-4641
Sak C-231/01 <i>Straffesak mot Piergiorgio Gambelli m.fl.</i>	<i>Gambelli</i>	Sml. 2003 s. I-13031
Sak C-452/01 <i>Margarethe Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung</i>	<i>Ospelt</i>	Sml. 2003 s. I-9743
Sak C-464/02, <i>Kommisjonen mot Danmark</i>		Sml. 2005 s. I-7929
Sak C-189/03 <i>Kommisjonen mot Nederland</i>		Sml. 2004 s. I-9289
Sak C-231/03 <i>Conorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti.</i>	<i>Coname</i>	Sml. 2005 s. I-7287

Sak C-458/03 <i>Parking Brixen GmbH. mot Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG</i>	<i>Parking Brixen</i>	Sml. 2005 s. I-8585
Forente saker C-282 og 283/04 <i>Kommisjonen mot Nederland</i>		Sml. 2006 s. I-9141
Sak C-410/04 <i>Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) mot Comune di Bari og AMTAB Servizio SpA</i>	<i>ANAV</i>	Sml. 2006 s. I-3303
Sak C-524/04 <i>Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue</i>		Sml. 2007 s. I-2107
Sak C-110/05 <i>Kommisjonen mot Italia</i>		Sml. 2009 s. I-519.
Sak C-112/05 <i>Kommisjonen mot Tyskland</i>	<i>Volkswagen</i>	Sml. 2007 s. I-8995
Sak C-142/05 <i>Åklagaren mot Percy Mickelsson og Joakim Roos</i>	<i>Vannscooterdommen</i>	Ikke inntatt i Sml.
Sak C-341/05 <i>Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan og Svenska Elektrikerförbundet</i>	<i>Laval</i>	Sml. 2007 s. I-11767
Sak C-212/06 <i>Gouvernement de la Communauté française og Gouvernement wallon mot Gouvernement flamand</i>	<i>Flamsk sykeforsikringsordning</i>	Sml. 2008 s. I-1683
Sak C-518/06 <i>Kommisjonen mot Italia</i>		Ikke inntatt i Sml.
Sak C-326/07 <i>Kommisjonen mot Italia</i>	<i>Sidevogn</i>	Sml. 2009 s. I-2291
Sak C-91/08 <i>Wall AG mot Stadt Frankfurt am Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH</i>	<i>Wall</i>	Ikke inntatt i Sml.
Sak C-169/08 <i>Presidente del Consiglio dei Ministri mot Regione Sardegna</i>	<i>Sardegna</i>	Ikke inntatt i Sml.
Sak C-384/08 <i>Attanasio Group Srl mot Comune di Carbognano</i>	<i>Attanasio Group</i>	Ikke inntatt i Sml.

Sak C-451/08 <i>Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben</i>	<i>Helmut Müller</i>	Ikke inntatt i Sml.
Sak T-358/94 Air Fance mot Kommissjonen	<i>Air France</i>	Sml. 1996 s. II-2109
Forente saker T-116/01 og T-118/01 <i>P & O European Ferries (Vizcaya), SA og Diputación Foral de Vizcaya mot Kommisjonen</i>	<i>P & O European Ferries</i>	Sml. 2003 s. II-2957
Sak T-258/06 <i>Tyskland mot Kommisjonen</i>		Ikke inntatt i Sml.

Forslag til avgjørelser fra EU-domstolens generaladvokater

Generaladvokat Tesauros forslag til avgjørelse fremsatt den 13. februar 1990		Sml. 1991 s. I-1223
Generaladvokat Darmons forslag til avgjørelse fremsatt den 17. mars 1992		Sml. 1993 s. I-887
Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse fremsatt den 9. mars 1995		Sml. 1995 s. I-1985
Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forente forslag til avgjørelse fremsatt den 3. juli 2001		Sml. 2002 s. I-4731
Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forente forslag til avgjørelse fremsatt den 6. februar 2003		Sml. 2003 s. I-4581
Generaladvokat Mazáks forslag til avgjørelse fremsatt den 9. september 2008		Ikke inntatt i Sml.
Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse fremsatt den 14. desember 2006		Ikke inntatt i Sml.
Generaladvokat Mengozzis forslag til avgjørelse fremsatt den 17. november 2009		Ikke inntatt i Sml.
Generaladvokat Bots forslag til avgjørelse fremsatt den 17. desember 2009		Ikke inntatt i Sml.

EFTA-domstolen

Sak E-2/97 <i>Mag Instrument Inc. mot California Trading Company Norway</i>	<i>Maglite</i>	[1997] EFTA Ct. Rep. 129
Sak E-3/98 <i>Herbert Rainford-Towning</i>	<i>Herbert Rainford-Towning</i>	[1998] EFTA Ct. Rep. 205
Sak E-6/98 <i>Norge mot ESA</i>		[1999] EFTA Ct. Rep. 74
Sak E-3/06 <i>Ladbrokes mot Norge</i>	<i>Ladbrokes</i>	[2007] EFTA Ct. Rep. 85
Sak E-2/06 <i>ESA mot Norge</i>	<i>Hjemfallsaken</i>	[2007] EFTA Ct. Rep. 164
Forente sager E-9/07 og E-10/07 <i>L'Oréal Norge AS og L'Oréal SA mot Per Aarskog AS, Nille AS og Smart Club AS</i>	<i>L'Oréal</i>	[2008] EFTA Ct. Rep. 259

Høyesterett

Rt 1962 s. 369 <i>Gullklausuldommen</i>	Association National des Porteurs Francais de Valeurs Mobilières mot 1. Den norske stat, 2. Kongeriket Norges Hypotekbank, 3. Den Norske Arbeiderbruk- og Boligbank.
--	--

Rettsakter

Direktiver

Kdir. 80/723/EØF Innsynsdirektivet	Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25. juni 1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder.
Rdir 88/361/EØF	Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af Traktatens artikel 67.
EP/Rdir 94/22/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/22/EF af 30. maj

Oljekonsesjonsdirektivet	1994 om betingelser for tideling og udnyttelse af tilladelser til prospektering, efterforskning og produktion af kulbrinter.
EP/Rdir 2004/17/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.
EP/Rdir 2004/18/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
Kdir. 2006/111/EF Transparensdirektivet	Kommissionens direktiv 2006/111/EF af 16. november 2006 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemskuelighed i bestemte virksomheder (EØS-relevant tekst) (kodificeret udgave).

Kommisjonsmeddelelser

1997/C 209/03	Meddelelse fra Kommissionen om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger. Av 10. juli 1997.
2000/C 121/02	Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen. Av 29. april 2000.
2001/C 17/04	Meddelelse fra Kommissionen. Forsyningspligtigheder i Europa. Av 19. januar 2001.

2005/C 56/02	Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af fusioner EØS-relevant tekst [sic]. Av 5. mars 2005.
2006/ C 179/02	Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne. Av 1. august 2006.
2008/C 91/02	Kommissionens fortolkningsmeddelelse om anvendelsen af fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner på institutionelle offentlig-private partnerskaber (IOPP'er) (EØS-relevant tekst). Av 12. april 2008.

Lover

Grunnloven	Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.
Aksjeloven	Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44.
Allmennaksjeloven	Lov om allmennaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 45.
Anskaffelsesloven	Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69.
Avhendingslova	Lov om avhending av fast eiendom av 3. juli 1992 nr. 93.
Børsloven	Lov om regulerte markeder av 29. juni 2007 nr. 74.
Energiloven	Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. av 29. juni 1990 nr. 50.
EØS-loven	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr. 109.
Forvaltningsloven	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967.
Industriksnesesjonsloven	Lov om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. av 14. desember 1917 nr. 16.
Konkurranseloven	Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5. mars 2004 nr. 12.

Konsesjonsloven	Lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv. av 28. november 2003 nr. 98.
Lov om utvinning av petroleum under land	Lov om undersøkelser etter og utvinning av petroleum i grunnen under norsk landområde av 4. mai 1973 nr. 21.
Petroleumsloven	Lov om petroleumsvirksomhet av 29. november 1996 nr. 72.
Skjønnsloven	Lov om skjønn og ekspropriasjonssaker av 1. juni 1917 nr. 1
Vannressursloven	Lov om vassdrag og grunnvann av 24. november 2000 nr. 82.
Vassdragsreguleringsloven	Lov om erverv av vassdragsreguleringer av 14. desember 1917 nr. 17.

Forskrifter (ordnet alfabetisk)

Anskaffelsesforskriften	Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.
Forskrift om eierkontroll i matfiskoppdrett	Forskrift 22. desember 2004 nr. 1800 om kontroll med eiermessige endringer i selskap mv. som innehar tillatelse til oppdrett av matfisk av laks og ørret i sjø.
Forsyningsforskriften	Forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester).
Petroleumsforskriften	Forskrift 27. juni 1997 nr. 653 til lov om petroleumsvirksomhet.

Forarbeider

Innstillinger, utredninger og proposisjoner

Innst. O. nr. 105 (2008-2009)	Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om endringer i industrikonsesjonsloven, vassdragsreguleringsloven og vannressursloven (utleie av vannkraftproduksjon mv.).
NOU 1996: 2	Verdipapirhandel.

NOU 1997: 21	Offentlige anskaffelser.
NOU 1998: 11	Energi- og kraftbalansen mot 2020.
NOU 2004: 26	Hjemfall.
Ot.prp. nr. 5 (1988-89)	Om lov om endringer i lov nr. 16 av 14. desember 1917 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v.
Ot.prp. nr. 31 (1989-1990)	Om lov om endringer i lov nr. 16 av 14. desember 1917 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v.
Ot.prp. nr. 54 (2003-2004)	Om lov om endringer i lov 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. og lov 14. desember 1917 nr. 17 om vasdragsreguleringer.
Ot.prp. nr. 61 (2007-2008)	Om lov om endringer i lov 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall, bergverk, og annen fast eiendom m.v. (industrikonsesjonsloven) og i lov 14. desember 1917 nr. 17 om vasdragsreguleringer (vassdragsreguleringsloven).
Ot.prp. nr. 62 (2005-2006)	Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
Ot.prp. nr. 66 (2008-2009)	Om lov om endringer i industrikonsesjonsloven, vassdragsreguleringsloven og vannressursloven (utleie av vannkraftproduksjon mv.).
Ot.prp. nr. 69 (1966-67)	Revisjon av den alminnelige konsesjonslov av 14. desember 1917 m. v.
Ot.prp. nr. 71 (1997-1998)	Om lov om offentlige anskaffelser.
Ot.prp. nr. 80 (2008-2009)	Om lov om endringer i finansieringsvirksomhetsloven, børsloven, verdipapirregisterloven, verdipapirhandelloven mv. (eierskap i finansinstitusjoner og i infrastrukturforetak på verdipapiriområdet).
Ot.prp. nr. 82 (1991-1992)	Endringer i energilovgivningen som følge av en EØS-avtale.
St.meld. nr. 23 (2005-2006)	Om gjennomføring av europapolitikken.
St.prp. nr. 100 (1991-92)	Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)

Høringsnotater

- Foredraget Statsråd Odd Roger Enoksen. *Provisorisk anordning om offentlig eierskap til vannkraften*. Foredrag til provisorisk anordning gitt ved Kgl. res. av 10. august 2007.
- Utleieforskriften Olje- og energidepartementet. *Forskrift om utleie av vannkraftanlegg og om bruk av driftsoperatører (utleieforskriften)*. Høringsnotat av 16. desember 2009 med utkast til ny utleieforskrift.
- Bemanningsforskriften Norges vassdrags- og energidirektorat. *Forslag til: ny forskrift om kompetanse mv. hos anleggs- og områdekonsesjonærer*. Forslag av 18. september 2008 til ny bemanningsforskrift for konsesjonærer etter energiloven.
- Høringsnotat Olje- og energidepartementet. *Høringsnotat (...)*. Høringsnotat av 14. mars 2008 om forslag til endringer i industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven.
- Merknadene Olje- og energidepartementet. *Merknader til forskrift om utleie av vannkraftanlegg og om bruk av driftsoperatører (utleieforskriften)*. Høringsnotat av 16. desember 2009 med merknader til utkastet til ny utleieforskrift.

Høringsuttalelser

- EnergiNorge (2009) Høringsuttalelse fra EnergiNorge. *Hørings svar - forslag til lov om endringer i industrikonsesjonsloven, vassdragsreguleringsloven og vannressursloven*. Oslo, 2009.
- EnergiNorge (2010) Høringsuttalelse fra EnergiNorge. *Forskrift om utleie av vannkraftanlegg og om bruk av driftsoperatører - høringsuttalelse*. Oslo, 2010.
- Konkurransetilsynet (2008) Høringsuttalelse fra konkurransetilsynet. *Svar på høring om forslag til lov om endringer i industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven*. Oslo, 2008.
- LVK (2009) Høringsuttalelse fra Landssammenslutningen av vassdragskommuner (LVK). *Utleie av vannkraftproduksjon – høringsuttalelse fra LVK*. Oslo, 2009.

Andre kilder

"Vedrørende Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) Hjemfall"

Brev fra olje- og energiminister Terje Riis-Johansen til Stortinget v/energi- og miljøkomiteen av 11. juni 2008.

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

Brev fra Fredrik Sejersted til Olje- og energidepartementet av 28. august 2008.

EU-domstolens uttalelse nr 1/91

Domstolens uttalelse av 14. desember 1991, inntatt i Sml. 1991 s. I-6079.