

Olje- og energidepartementet
Att.: Olav Boge
Postboks 8148 Dep
0033 Oslo

Høring – endringer i industrikonsesjonsloven

Vi viser til Olje- og energidepartementets (OED) høringsnotat av 9. november 2015 med foreslåtte endringer i industrikonsesjonsloven §§ 37 og 39 om privat minoritetseierskap i vannkraftselskaper. Høringsfrist er satt til 9. februar 2016.

1. Innholdet av endringsforslaget

Adgangen til å erverve konsesjonspliktige rettigheter til vannfall er etter gjeldende rett forbeholdt offentlige aktører, jf. lov 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall mv. (industrikonsesjonsloven) §§ 1 og 2. Det foreslås ingen endringer i dette. Innenfor rammene av hovedprinsippet om offentlig eierskap til landets vannkraftressurser, kan private aktører i dag erverve inntil en tredjedel av aksjer, parter eller rettigheter til aksjeselskaper som har konsesjonspliktige rettigheter til vannfall.

OED foreslår endringer i industrikonsesjonsloven §§ 37 og 39 i som gjør det mulig å etablere privat minoritetseierskap i offentlige ansvarlige vannkraftselskaper eller selskaper med delt ansvar, som et alternativ til aksjeselskaper. Det presiseres at muligheten for private erverv inntil 1/3 av kapitalen og stemmene i et offentlig vannkraftselskap forutsettes å gjelde likt for alle aktører innenfor EØS-avtalens virkeområde i samsvar med EØS-rettens krav.

2. Begrunnelsen for endringsforslaget

OED viser til at forslaget følger opp formuleringene i Sundvollen-erklæringen om at regjeringen vil «sikre at industrielle eiere av vannkraft, innenfor dagens konsolideringsmodell, kan ivareta sitt behov for forutsigbar krafttilgang også i fremtiden».

Det vises til at et sentralt hensyn bak dagens mulighet for private minoritetsaksjonærer har vært at disse skulle bidra til å fremme utviklingen av næringen. I Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) side 64 er dagens regler begrunnet på følgende måte: "Et innslag av private minoritetsaksjonærer kan være hensiktsmessig for utviklingen av næringen, uten at det offentlige eierskapet dermed forringes. Snarere kan dette bidra til å bedre modellen EØS-rettslig, ved at det gjør den mer forholdsmessig."

OED peker på at det i tiden etter lovendringen i 2008 har det bare funnet sted et fåtall private erverv i aksjeselskaper for vannkraftproduksjon. Etter departementets vurdering skyldes dette særlig de industrielle eiernes behov for langsiktig krafttilgang, og disses syn på de begrensningene som følger av aksjelovgivningens regulering av utbytte mv.

Sammenlignet med reguleringen i selskapsloven setter aksjelovens utdelingsregler og regler om transaksjoner med nærstående begrensninger på adgangen til å avtale uttak av kraft til aksjeeieres eget bruk. Innføringen av ny regel i aksjeloven § 8-2a i 2013 om utbytteutdeling på grunnlag av mellombalanse har utvidet adgangen til å dele ut utbytte fra aksjeselskaper i løpet av året, men rokker likevel ikke ved at selskapsloven på dette punkt gir et annet handlingsrom enn aksjeloven.

Den ansvarlige selskapsformen legger til rette for at deltakerne kan inngå avtale om å ta ut en andel av kraftproduksjonen tilsvarende sin eierandel, mot å dekke en tilsvarende andel av det ansvarlige selskapets kostnader.

I høringsnotatet pekes det på at «dersom private aktører kan erverve inntil 1/3 av andelene i et offentlig ansvarlig vannkraftselskap, vil det kunne gjøre det mer attraktivt å delta som minoritetseiere. Denne justeringen kan bidra til økt kapitaltilgang for de offentlige eierne. For kraftnæringen er dette positivt i perioder med store investeringer.»

3. Energi Norges prinsipielle synspunkter

Energi Norge slutter seg til departementets vurderinger og støtter forslagene.

Vi vil benytte anledningen til å minne om at næringen står overfor vanskelige rammebetingelser i en tid med behov for store investeringer.

I forbindelse med energimeldingsarbeidet har vi pekt på at rammevilkårene for grunnrentepliktig vannkraft er svekket direkte og indirekte ved flere anledninger de senere årene. Tekniske krav diskriminerer elektrisitet i forhold til andre utslippsfrie energiformer. Et økende kraftoverskudd i markedet med bakgrunn i støtteordninger fører til vedvarende lave priser og fallende tillit til markedspris som grunnlag for investeringer i en miljøvennlig næring. I tilknytning til endringer på skatte- og avgiftsområdet og i teknisk regelverk blir ofte vannkraften gjenstand for "negativ særbehandling". Elavgiften er to år på rad økt ut over den "normale" prisstigningen, og benyttet til å saldere budsjettet. Sist høst ble økt elavgift plassert under sekkeposten "grønt skatteskipt" samtidig som bensinavgiftene ikke ble øket i takt med prisstigningen. For vindkraft er det foreslått gunstigere avskrivningsregler slik at Norge skal ha tilnærmet likeverdige konkurransevilkår med Sverige på dette området for elsertifkatinvesteringer (fram til 2020). For vannkraft er det imidlertid svært streng beskatning med en høyere effektiv beskatning enn petroleum.

Konsekvensene av strenge økonomiske rammevilkår er at energiselskapene i liten grad foretar investeringer i grunnrentekattepliktig vannkraft. Det gjelder ikke bare nye anlegg og opprusting og utvidelser (O/U) av eksisterende anlegg, men også vedlikehold for å ivareta dagens produksjonsevne. En stor andel av de investeringene som faktisk gjennomføres, er myndighetspålagte. Det gjelder særlig investeringer knyttet til rehabilitering av dammer som en konsekvens av den nye damsikkerhetsforskriften. Alderssammensetningen av vannkraftanleggene tilsier at behovet for rehabilitering og O/U er sterkt økende.

Energi Norge peker på at disse utviklingstrekkene sammen med eierskapsbegrensningene gir lite dynamikk i næringen, noe som gjenspeiles i få transaksjoner.

Forslaget blir særlig viktig i dette perspektivet, og det er ønskelig at endringene gjennomføres raskt og praktiseres på en måte som gir vannkrafteierne mest mulig fleksibilitet til å velge organiserings- og finansieringsmåte innenfor konsolideringsmodellen slik at det blir reell dynamikk i markedet og ikke bare på papiret.

Vi har derfor enkelte særlig merknader til gjennomføringen av endringsforslagene som følger nedenfor.

4. Særlig om krav til det ansvarlige selskap og minoritetseiernes stilling

Energi Norge slutte seg til departementets vurdering av at kravene til «reelt offentlig eierskap» i tråd med konsolideringsmodellen og EFTA-domstolens vurderinger tilsier at regulering av plikter og rettigheter i selskapsavtalen og selve rådigheten over selskapsavtalen blir avgjørende. Vi slutter oss derfor til departementets vurdering av at det på sikt kan være hensiktsmessig å utvikle mer standardiserte selskapsavtaler eller klausuler for ansvarlige selskaper slik at forutberegneligheten og åpenheten styrkes, og det legges til rette for at også mindre aktører med mindre kunnskap og erfaring på området også kan vurdere å tre inn som minoritetseiere i tråd med begrunnelsen for forslaget.

Departementet synes å forutsette at eierkonstellasjonen i et slik selskap vil være en stor offentlig eier (2/3) og en privat minoritetseier (1/3), men det er ikke gitt at det vil være tilfellet. Det kan like gjerne være to offentlige eiere med 1/3 hver og en like stor privat eier, eller flere offentlige og private eiere med mindre eierandeler. Beslutninger i selskapet vil måtte treffes gjennom flertall, basert på selskapsavtalen uavhengig av hvordan flertallet er sammensatt. Dette bør gjenspeiles i lovproposisjonen. På samme måte må minoriteten ha behov for et minimumsvern enten minoriteten er privat og/eller offentlig. Ved vurderingen av minoritetsvern er det særlig to forhold som bør stå sentralt:

Rådigheten over selskapsavtalen: I et aksjeselskap vil endringer i selskapets vedtekter kreve kvalifisert flertall (to tredjedeler). Et kvalifisert flertall vil imidlertid kunne bestå av bare offentlige eiere, men også av en eller flere private og offentlige eiere samlet (slik at en eller flere offentlige eiere med mindre enn 1/3 av andelen kan utgjøre mindretallet). I et ansvarlig selskap bør derfor kravet være det samme, og det bør ikke gjøres forskjell på reguleringen avhengig av om det er offentlige og eventuelt også private eiere som utgjør flertallet for den enkelte beslutning.

Økonomisk ansvar: Vernebehovet kan være noe større i et ansvarlig selskap på grunn av det direkte økonomiske ansvaret deltakeren har for (hele eller deler av) selskapets forpliktelser. Dette i motsetning til i et aksjeselskap, der eiernes ansvar er begrenset til den aksjekapitalen de har investert. Det bør derfor være rom for bestemmelser i selskapsavtalen som hensyntar dette på en balansert måte, uten å begrense flertallets kontroll med de aspekter av virksomheten som er formålet med industrikonsesjonslovens regulering. En minoritetsdeltaker i et ansvarlig selskap vil for eksempel ha behov for vern mot at selskapets virksomhet/formål utvides til å omfatte annen virksomhet enn vannkraftproduksjon. Tilsvarende vil minoritetsdeltakere ha behov for vern mot beslutninger som i vesentlig grad endrer deltakernes økonomiske forpliktelser og rettigheter. Selskapsavtalen må derfor kunne inneholde «sikkerhetsventiler» med krav om enstemmighet i visse beslutninger av denne karakter. Samtidig vil det være mulig å etablere «reparasjonsmekanismer» som sikrer at beslutninger alltid kan fattes om forhold som er sentrale for å sikre videre drift av selskapets virksomhet innenfor rammene av industrikonsesjonsloven.

5. Særlig om konsesjonsmyndighetenes kontroll

Departementet uttaler i punkt 4.3 i høringsnotatet at «*ethvert* privat erverv av selskapsandeler bør konsesjonsbehandles», mens det ved erverv av aksjer gjelder et konsesjonskrav når erververen blir innehaver av mer enn en femtedel av samtlige aksjer eller stemmer i selskapet, jf. industrikonsesjonsloven § 36 første ledd første punktum.

Vi kan ikke se at dette er godt begrunnet i alle tilfeller, og ber departementet om at det i proposisjonen begrunnes nærmere hvorfor det bør settes en annen grense for konsesjonsplikt for ansvarlige selskaper og selskaper med delt ansvar enn for aksjeselskaper.

6. Særlig om beregningsmåten for når et selskap er å anse som offentlig i konsesjonsrettslig forstand – «blokkprinsippet» og «gjennomstrømningsprinsippet»

OED viser i punkt 4.4 i høringsnotatet til at det ved lovendringene i 2008 «ble lagt til grunn en viss omlegging av beregningsmåten for når et selskap er å anse som offentlig i konsesjonsrettslig sammenheng, ved eierskap i flere ledd (eierkjeder). I Ot. prp. nr. 61 (2007-2008) ble det lagt opp til at den matematiske eierinteressen som private eiere samlet sett har i de ulike ledd i kjeden (gjennomstrømningsprinsippet) i større grad skulle vektlegges. Dette fremgår ikke direkte av loven, men av de nevnte lovforarbeidene og konsesjonspraksis. Som en konsekvens av gjennomstrømningsprinsippet vil privat kapital i flere selskaper måtte bedømmes samlet, dersom selskapene direkte eller indirekte eier vannfall over lovens konsesjonsgrense. Dette vil for eksempel kunne begrense muligheten til å hente inn privat kapital i ulike deler av et konsern hvor man eier vannfall gjennom flere selskaper.»

OED vurderer i høringsnotatet om det skal gå tilbake til «blokkprinsippet», som innebærer at vurderingen knytter seg til hvert enkelt foretak i eierkjeden mht. dets status som offentlig, men avviser dette. Begrunnelsen er at det kan gi «betydelig grad av skjønn for å forhindre omgåelser, gjennom eksempelvis lange eierkjeder. En slik skjønnsmessig vurdering kan gi uklarheter for det offentlige som konsesjonsmyndighet, offentlige aktører som eier vannfall og private investorer.»

Energi Norge mener det er uklart hvordan «gjennomstrømningsprinsippet» skal praktiseres, og at det vil kunne være unødig innskrenkende, administrativt krevende og lite forutsigelig slik det er beskrevet hittil. Vi mener at det kan finnes sikkerhetsventiler for å sikre god styring med kravet til offentlig eierskap innenfor konsolideringsmodellen også med utgangspunkt i «blokkprinsippet», samtidig som fordelene med en mer dynamisk tilnærming opprettholdes. Skillet mellom kapital og styring synes sentralt. Nærmere presisering fra departementets side av de skjønnsmessige vurderingskriteriene og vektleggingen av disse, samt eventuelt mulighet til å innhente forhåndsuttalelser kan bidra til en bedre gjennomføring, men dette følges best opp etter at lovendringen er gjennomført. Målet må være forutberegnelighet for aktørene og tilrettelegging for nødvendig dynamikk i bransjen innenfor konsolideringsmodellen. Vi ser frem til en videre dialog om prinsippene for vurderingen av kravet om offentlig eierskap i konsesjonsrettslig forstand etter lovendringen, og viser til vårt møte 5. februar hvor vi utdypet dette. For nærmere redegjørelser omkring de industrielle utfordringene i næringen, viser vi til medlemmenes egne høringsuttalelser.

Vennlig hilsen
Energi Norge

Sigrid Hjørnegård
Direktør fornybar energi, klima og miljø

Knut F. Kroepelien
Juridisk rådgiver