

Vedlegg 3 er en utredning om EØS-relevante spørsmål, utarbeidet for utvalget av førsteamanuensis dr. juris. Olav Kolstad.

"2.8

Virkning kun for nye konsesjoner?

2.8.1

Gjelder det et forbud mot tilbakevirkning for konsesjoner gitt før 1.1.1994?

Dersom industrikonsesjonslovens og vassdragsreguleringslovens regler om hjemfall er i strid med EØS-avtalens etableringsregler og reglene om frie kapitalbevegelser, vil hjemfallsinstituttet ha representert et traktatbrudd fra Norge tiltrådte EØS-avtalen, d.v.s. fra 1. januar 1994. Fra dette tidspunkt vil Norge ha hatt en forpliktelse til å endre reglene slik at bruddet på EØS-avtalen opphørte. Videre vil Norge fra det samme tidspunkt ha vært forpliktet til å ikke gi konsesjoner med vilkår om hjemfall etter de lovbestemmelser som legger restriksjoner på den frie etableringsrett og på de frie kapitalbevegelser. EF-domstolen har i en rekke dommer slått fast at borgerne i medlemsstatene ikke kan oppnå rettigheter på bakgrunn av handlinger fra medlemsstatene som er i strid med EF-traktaten. 46 Konsesjoner som gis med hjemmel i lovgivning som er i strid med restriksjonsforbudet i artikkel 31 og 40 vil være ugyldige etter EØS-avtalen i den utstrekning de innebærer en manifestasjon av de restriksjoner hjemmelsbestemmelsene inneholder. Konsesjoner gitt på grunnlag av de aktuelle regler vil rammes av ugyldighetsvirkninger også etter intern rett. Dette følger av EØS-loven, som gir EØS-avtalen anvendelse i norsk rett med forrang fremfor andre norske rettsregler med lovs rang, se EØS-lovens § 1 og § 2.

Et annet spørsmål er om EØS-avtalen får tilbakevirkende kraft på konsesjoner gitt før EØS-avtalens ikrafttredelse. EØS-avtalen inneholder ikke

selv noen bestemmelser som regulerer spørsmålet om avtalen kan gis tilbakevirkende kraft. Spørsmålet er heller ikke uttrykkelig regulert i EF-traktaten, men det følger av EF-domstolens praksis at det er et alminnelig rettsprinsipp innenfor EF-retten at EF-traktaten ikke kan gis tilbakevirkende kraft. Det følger av EØS-avtalens artikkel 6 at EØS-avtalen skal fortolkes i samsvar med de tilsvarende bestemmelser i EF-traktaten. EFTA-domstolen har slått fast at også de grunnleggende rettsprinsipper utviklet av EF-domstolen ved tolkningen av EF-traktaten er en del av EØS-avtalen, se bl.a. EFTA-domstolens uttalelse i sak E-9/97, Erla Maria Sveinbjörnsdottir and the Government of Iceland. 47 Et tilsvarende forbud mot tilbakevirkning som EF-domstolen har innfortolket i forhold til EF-traktaten må på denne bakgrunn innfortolkes som et alminnelig rettsprinsipp i EØS-avtalen. 48 Prinsippet er gjennom EØS-loven en del av norsk rett, og supplerer det alminnelige forbud mot at lover gis tilbakevirkende kraft i grunnlovens § 97.

At EF-traktaten ikke kan gis tilbakevirkende kraft ble slått fast av EF-domstolen i Sml. 1979 s. 69, Racke mot Hauptzollamt Mainz. 49 Saken gjaldt anvendelsen av EF-rettslig sekundærlovgivning, en forordning, på tilfelle som i tid var skjedd forut for kunngjøringen av forordningen. Forordninger trer i kraft den tyvende dagen etter kunngjøring i EU-Tidende, med mindre annen ikrafttredelsesdato er fastsatt. EF-domstolen slo fast at forordningen ikke kom til anvendelse på tilfelle som i tid var forut for ikrafttredelsesdato. Dette begrunnet EF-domstolen med at det gjelder et forbud mot å gi rettsakter tilbakevirkende kraft i fellesskapsretten: "Det er nemlig et grundlæggende princip i Fællesskabets retsorden, at en retsakt fra en offentlig myndighed ikke kan gøres gældende overfor de retsundergivne, før end disse har fået lejlighed til at få kendskab til den". 50

[...]

Hensynet til forbudet mot tilbakevirkning er

begrunnet i hensynet til å beskytte berettigede forventninger og i hensynet til beskyttelse av private rettssubjekters rettssikkerhet, jf. EF-domstolens uttalelse i Sml. 1979 s. 69, Racke mot Hauptzollamt Mainz, sitert ovenfor."