

200802979-15
KV/EM48
312

ADVOKATFIRMA
TOFTE

ADVOKATER

Erik Borresen
Hans Erdvik
Ben Fegran
Kjell Fredvik
Jens Freuchen
Svein A. Hagen
Svein Kr. Haanes [LLM]
Karl Kristian Lofstad
Ove Chr. Lyngholt [H]
Alf Tore Nilsen
Leif Oscar Olsen [H]
Kjell Torkelsen
Solrun Vik
Arne Abusdal Aasgaard
I kontorfellesskap:
advokat Helge Tofte [H]

[H] = Møterett for Høyesterett
[LLM] = Master of Law

Norges Vassdrags- og Energidirektorat
Konsesjons- og tilsynsavdelingen
Postboks 5091 Majorstua
0301 OSLO

Kristiansand, 17.09.10
HT/ml

RISDAL ENERGI – SØKNAD OM OVERFØRING AV SKJEGGEDALSÅNA

Jeg skriver på vegne av Agder Energi Produksjon AS.

Risdal Energi har søkt om overføring av Skjeggedalsåna til Eptevatnmagasinet og slik at vannet kan nyttes i Vassfossen Kraftverk.

Agder Energi AS har ervervet fallrettigheter i Skjeggedalsåna og søkt om separat utbygging her. Det dreier seg med andre ord om to konkurrerende prosjekt.

Dersom søknad fra Risdal Energi skulle bli imøtekommet må Agder Energi AS' fallrettigheter i Skjeggedalsåna erverves.

Jeg er kjent med konsesjonsmyndighetenes "faste praksis" om at det ikke er nødvendig med ervervskonsesjon ved overføringer. Jeg viser til Kgl. res. av 7. april 2000 vedrørende Bjølvovassdraget.

Jeg har undret meg noe over denne "faste praksis".

Spørsmålet er blitt ytterligere aktualisert etter at vi har fått nye regler med krav til offentlig eierskap.

På denne bakgrunn tilskrev jeg OED den 03.05.2010 og ba opplyst om han kunne si noe mer om den "faste praksis" og en nærmere begrunnelse for det standpunktet departementet hadde inntatt.

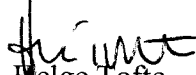
./.. Jeg vedlegger kopi av brevet. Brevet er ikke besvart.

Jeg har forelagt saken for professor dr. juris Thor Falkanger og spørsmålet var om den "faste praksis" kan opprettholdes etter at vi har fått skjerpet krav til offentlig eierskap.

./ . Jeg vedlegger kopi av professor Falkangers brev til meg av 26. august 2010.

Hans konklusjon er at departementets praksis ikke lenger kan opprettholdes. Konsekvensen av dette er at overføring av Skjeggedalsåna til Epte vatn vil være i strid med industrikonsesjonslovens § 2 1 ledd etter lovendringen av 26. september 2008.

Med hilsen
Advokatfirma Tofte DA


Helge Tofte
advokat (H)
ht@advtofte.no

KS : Olav Brunnvåne, Martin Lyshe

2007

Olje- og energidepartementet
Vassdragsavdelingen
Einar Gerhardsens plass 1
Postboks 8148 Dep
0033 Oslo

ADVOKATFIRMA
TOFTE

ADVOKATER

Erik Borresen
Hans Frøvik
Ben Fegran
Kjell Fredvik
Jens Frenchen
Svein A. Hagen
Svein Kr. Haanes [LLM]
Karl Kristian Lofstad
Ove Chr. Lyngholt [H]
Alf Tore Nilsen
Leif Oscar Olsen [H]
Kjell Torkelsen
Sohun Vik
Arne Aasgaard
I kontortilfelle: advokat Helge Tofte [H]

[H] = Medlem for Høyesterett
[LLM] = Master of Law

Kristiansand, 03.05.10

ht/te/l

Ervervskonsesjon - Overføringer

Jeg skriver på vegne av Agder Energi Produksjon AS (AEP). Bakgrunnen er en konkret sak som nå ligger i NVE.

Jeg har konstatert at det "... etter fast praksis..." ikke er nødvendig med ervervskonsesjon ved overføring av vassdrag.

Det er vist til Kgl. Res av 7.april 2000 Bjølvo Vassdraget.

Standpunktet virker noe underlig på meg. Dersom man erverver fallrettigheter i hovedvassdraget må det søkes ervervskonsesjon.

Dersom man vil overføre nabovassdraget må man også erverve fallrettighetene her. Et slikt erverv er imidlertid ikke "... etter fast praksis" konsesjonspliktig. Spørsmålet er blitt ytterligere aktualisert i forbindelse med kravene om offentlig eierskap.

På denne bakgrunn ber jeg opplyst om det kan sies noe mer om den "faste praksis". Når begynte denne praksis og foreligger det noen nærmere begrunnelse for hvorfor departementet har inntatt dette standpunkt.

Jeg hører gjerne fra Dem om dette.

Med hilsen
Advokatfirma Tofte DA


Helge Tofte
Advokat (H)
ht@advtofte.no

Professor dr. juris
THOR FALKANGER
Nordisk Institutt for Sjørett
Universitetet i Oslo

p.t. Justøya
Postadresse: Mæbø, 4780 Brekkestø
26. august 2010
Oslo,
Postadresse:
Postboks 6706 St. Olavs plass
0130 Oslo
Besøksadresse:
Karl Johans gt. 47

Telefon : 22 85 97 43
Sentralbord: 22 85 93 00
Telefax : 22 85 97 50
E-post: thor.falkanger@jus.uio.no

Hr.adv. Helge Tofte
Kristiansand

Overføring av vann fra et vassdrag til et annet

Jeg henviser til møte i Kristiansand i uke 27 vedrørende konsesjonsspørsmål ved overføring av vann fra et vassdrag til et annet.

1. Jeg oppfatter det prinsipielle spørsmål slik:

Vassdrag A og vassdrag B har begge fall som i prinsippet kan utbygges. Den som har interesser i vassdrag A, vil kunne se seg tjent med at vann fra vassdrag B – i større eller mindre utstrekning – blir overført til vassdrag A. Særlig gunstig kan dette være der rettighetshaveren i vassdrag A allerede har kraftanlegg der, anlegg som med enkle tilpasninger kan nyttiggjøre seg den økede vanntilførsel fra vassdrag B. Jeg forutsetter at utbyggeren i vassdrag A ikke allerede er rettighetshaver i vassdrag B.

Spørsmålet er hvorvidt og på hvilken måte slik overføring kan skje innen det gjeldende offentligrettslige rammeverk.

2. Bakgrunnen er her i korthet:

Erverv av fallrettigheter krever konsesjon i medhold av industrikonsesjonsloven. Etter lovendring 26. september 2008 nr. 78 er det i prinsippet bare det offentlige som kan få slik konsesjon. Den stikkordmessige betegnelse er at man herved lovfestet den såkalte konsolideringsmodellen. Det er tilstrekkelig å gjen- gi industrikonsesjonsl. § 2 første ledd:

"Foretak organisert etter lov om statsforetak, norske kommuner og fylkeskommuner kan få konsesjon til å erverve eiendomsrett til vannfall på de nærmere betingelser Kongen fastsetter. Konsesjon kan også gis til bestemt selskap, foretak, lag eller sammenslutning som direkte eller indirekte er eid av et statsforetak eller en eller flere kommuner eller fylkeskommuner på en slik måte at statsforetaket, kommunen eller fylkeskommunen alene eller sammen direkte eller indirekte innehar minst to tredeler av kapitalen og stemmene og organiseringen er slik at det åpenbart foreligger et reelt offentlig eierskap."

For selve utbyggingen kreves det konsesjon etter vassdragsreguleringsloven.

Jeg legger til grunn at i alle fall inntil lovendringen av 2008 var det "fast praksis" at ved overføring av vann fra et vassdrag til et annet var det

"ikke nødvendig med tillatelse etter industrikonsesjonsloven når det gis tillatelse til overføring etter vassdragsreguleringsloven" (Meddelte vassdragskonsesjoner 2000 s. 148).

3. Spørsmålet er om denne praksis kan opprettholdes etter lovendringen av 2008.

4. Lovendringen har i prinsippet ikke medført endringer for private aktørers adgang til å få konsesjon etter vassdragsreguleringsloven, jf. Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 50:

"Av forslagene til endringer i industrikonsesjonsloven følger det at private ikke kan erverve vannfall. En tilsvarende regel for vassdragsreguleringslovens område ville medføre et forbud mot nye private reguleringskonsesjoner. Nye private reguleringer og utvidelser kan være formålstjenlig for å utnytte de private vannfallene mer optimalt. Departementet foreslår at private aktører bør gis anledning til å gjennomføre slike tiltak. Forutsetningen er at utbyggingen for øvrig ikke forutsetter overdragelse eller utleie av vannfallene i strid med de foreslåtte bestemmelsene om dette i industrikonsesjonsloven."

Fra s. 51 gjengis:

"Derom private ikke skulle ha adgang til å få konsesjon etter vassdragsreguleringsloven, vil det trolig føre til tap av mulighetene for ny produksjon. Utbygging av sidevassdrag som forutsetter konsesjonspliktig erverv av eiendomsrett til vannfall den private utbygger ikke allerede er eier av, vil ikke kunne skje under konsolideringsmodellen. Vassdragsreguleringer er verdifulle i det norske kraftsystemet. Miljømessig akseptable prosjekter bør også i fremtiden kunne gjennomføres. Et forbud mot at private kan få reguleringskonsesjoner, ville trolig føre til at mulige samfunnsmessig sett viktige vassdragsreguleringer ikke blir gjennomført."

5. Jeg kan ikke se at lovtekst eller forarbeider – Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) og Innst. O. nr. 78 (2007-2008) – direkte omtaler vassdragsoverføring, slik at den

omtalte "faste praksis" må vurderes ut fra de prinsipper som ligger til grunn for reglene om ervervskonsesjon og i særdeleshet konsolideringsmodellen.

6. Industrikonsesjonslovens konsesjonsbegrep har tradisjonelt vært at erverv av "eiendomsrett eller bruksrett til vannfall (fall eller stryk)" – av nærmere angitt størrelse – er underlagt konsesjon, jf. § 1 første ledd slik det lød inntil lov 78/2008. Overføring av vann fra et vassdrag til et annet har som forutsetning et rettighetserverv, og i alle fall når det har som konsekvens at fallutbyggingsmuligheter i vassdrag B avskjæres, er det nærliggende å si at det er tale om et konsesjonspliktig erverv: Erverv av fallet i vassdrag B – altså retten til å utnytte vannet bevegelsesenergi i fallet – ville vært konsesjonspliktig; nå utnyttes vannets bevegelsesenergi i vassdrag A. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette tolkningsspørsmål, idet jeg legger til grunn at myndighetene har hatt en annen oppfatning, jf. den ovenfor omtalte "faste praksis". En bemerkning må imidlertid gjøres, nemlig at denne praksis strider mot prinsippet om at "regulering og fall hører sammen", jf. Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 25.

Tolkingsspørsmålet må imidlertid, slik jeg ser det, stilles på ny, i lys av de endringer som lov 78/2008 medførte. Det prinsipielle utgangspunkt, som nå er kommet til uttrykk gjennom nytt første ledd i industrikonsesjonsl. § 1, er at vannkraftressursene skal være underlagt offentlig eierskap.

Jeg anser det tilstrekkelig å gjengi litt fra Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 34, fra det avsnittet som har overskriften: "Ny formålsbestemmelse om offentlig eierskap til vannkraften":

"Offentlig eierskap til vannkraftressursene har vært selve grunnpilaren i norsk vassdragsforvaltning etter vedtagelsen av industrikonsesjonsloven ...

Regjeringen vil *forsterke* det offentlige eierskapet til vannkraftressursene for fremtiden. Denne målsettingen skal fremgå av loven som uttrykk for lovgivers syn. ...

Forslaget synliggjør og tilkjenner lovens hovedformål, og stadfester det som hele tiden har vært industrikonsesjonslovens hovedformål.'

Det overordnede mål er å sikre og ivareta *at vannkraften er under et reelt offentlig eierskap*. Dette formålet tillegges avgjørende vekt ved forvaltningen av industrikonsesjonsloven, jf. punkt 5.3.2. nedenfor" (mine kursiveringer).

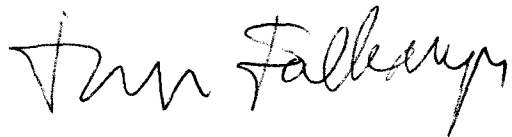
Det er en klart uttalt målsetting om at man gjennom industrikonsesjonsloven skal sikre og forsterke offentlig kontroll med/eierskap til vannkraftressursene. Og det tilsier etter min oppfatning at industrikonsesjonsloven må tolkes slik at erverv av rett til vassdragsoverføring (i alle fall av noe omfang) – til beste for en privat aktør – faller innenfor lovens virkeområde, med mindre loven selv gjør unntak. Noe unntak finnes ikke i loven. At loven gjelder for slik vassdragsoverføring, innebærer at den private aktør ikke kan få konsesjon.

Dette resultat kan etter omstendighetene være til hinder for de mål som bl.a. fremgår av sitatene ovenfor om en samfunnsmessig optimal utnyttelse av ressursene. En vassdragsoverføring *kan* gi et samfunnsmessig gunstig resultat, men den valgte modell – med de bakenforliggende hensyn – medfører. På lignende vis kunne erverv av rettigheter i et sidevassdrag gi gunstige resultater, men her har lovgiveren pekt på at det ikke lar seg gjøre. Jeg gjentar noe av det som er sitert fra Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) s. 51:

”Utbygging av sidevassdrag som forutsetter konsesjonspliktig erverv av eiendomsrett til vannfall den private utbygger ikke allerede er eier av, vil ikke kunne skje under konsolideringsmodellen.”

Jeg nevner også at med en vid fortolkning av ordet ”sidevassdrag” vil det her omtalte erverv av vannoverføringsrett falle direkte inn under det forbud som det siterte gir uttrykk for.

Med vennlig hilsen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Tor Falkum', written in a cursive style.