

18. januar 2017
Småkraft AS

Att: Martin Vangdal

E-CO ENERGI AS - KONSESJONSSØKNAD FOR FROSEN KRAFTVERK

1 Innledning og sammendrag

1.1 Innledning

Det vises til konsesjonssøknad 15. november 2017 fra E-CO Energi AS (E-CO).

Jeg har blitt bedt om å kommentere søknaden hva gjelder punktene 1.3 Rettighetssituasjonen (s. 10) og 2.5 Arealbruk og eiendomsforhold (s. 20).¹

E-CO viser i søknaden til sitt brev av 15. august 2014. Etter at E-CO har frafalt søknaden om Hol 1 Stolsvatn kraftverk og fremmet søknad om utbygging av Frosen kraftverk, er brevet i hovedsak ikke relevant. Jeg kommenterer derfor ikke brevetts innhold nærmere, ut over bemerkninger til de henvisninger som er gjort i gjeldende søknad.

1.2 Sammendrag

Beskrivelsen av faktum i søknaden fra E-CO er misvisende og egnet til å villedde konsesjonsmyndigheten.

Synspunktene E-CO fremholder i søknaden om rettighetsforholdene i vassdraget som skal bygges ut, er i strid med vannressursloven § 13 og Høyesteretts dom av 23. mai 2012, inntatt i Rt-2012-808. E-CO's påstand om at utbyggingen ikke griper inn i grunneiernes fallrettigheter bygger på en åpenbart uriktig forståelse av vrl § 13, slik den er tolket og anvendt av Høyesterett. De rettslige anførslene i søknaden og brevet av 15. august 2014 ble vurdert og forkastet av Høyesterett.

Det er etter dommen ingen tvil om at grunneierne er eiere av fallrettighetene i vassdraget som planlegges utbygget i sin helhet, selv om fallene har fått økt verdi gjennom reguleringen. Grunneierne har videre enerett til å råde over alt vann som renner over deres grunn, også regulert vann.

¹ Det opplyses at jeg som partner i Advokatfirmaet Haavind AS bisto Småkraft AS og grunneierne i saken. Jeg fratradte Haavind 31.12.2016 som pensjonist.

Reguleringskonsesjonen av 1948 gir ikke E-CO rett til å utnytte vassdraget på den aktuelle strekning til kraftproduksjon. E-CO har ikke ervervet rett til annet enn å tilføre regulert vann, og har ingen hjemmel til å utnytte vassdraget til kraftproduksjon.

ECO har søkt om «samtykke til ekspropriasjon av manglende rettigheter som angitt i pkt 2.5» og vist til ervervsloven og oteigningsloven § 2 nr 51 som hjemmel. E-CO søker ikke om ekspropriasjon av grunneiernes fallrettigheter. Når søker verken er eier av, eller søker om ekspropriasjon av fall som er nødvendige for å gjennomføre prosjektet, kan søknaden alene av denne grunn ikke imøtekommes.

2 E-CO's beskrivelse av faktum

Beskrivelsen av faktum i søknaden er misvisende og egnet til å villedde konsesjonsmyndigheten.

I pkt 1.3 Rettighetssituasjonen heter det på side 11, annet avsnitt, siste setning, at «Frosen kraftverk skal utnytte vann overført fra Urunda». Det er ikke riktig. Urunda er navnet på vassdraget nedstrøms Stolsvatndammen. Vannet som skal utnyttes i kraftverket, er vannføring fra Stolsvatnet mfl med nedbørfelt, som overføres til Rødungen i henhold til reguleringskonsesjon stadfestet i 1948.

Bakgrunnen for utsagnet synes å være at man ønsker å gi konsesjonsmyndigheten inntrykk av at fallene som skal bygges ut er ervervet av E-CO, noe som er klart uriktig. Det heter således på samme side, nedenfor fig 1.2.:

*«Frosen kraftverk utnytter altså kun **mervannføringen** på en ca. 1800 meter lang strekning av Juvåne, en mervannføring som **stammer fra de ervervede fallrettigheter på Urundasiden**, og griper følgelig ikke inn i grunneiernes fallrettigheter på den 1800 meter lange strekning av Juvåne som berøres av Fosen kraftverk og griper mer generelt heller ikke inn i andre fallrettigheter i Juvåne eller på Votnasiden av Holsreguleringen.»*

En «mervannføring» stammer ikke fra fallrettigheter, men fra reguleringsanlegg. Fallene i Urunda ligger i et annet vassdrag enn fallstrekningen som skal bygges ut og utnyttes i Frosen kraftverk, nemlig fallene i Juvåne fra dam Mjåvatn til Rødungen.

I pkt 2.5 Arealbruk og eiendomsforhold, gjentar E-CO de feilaktige utsagnene. Det sies nederst på side 21:

«Frosen kraftverk vil således som nevnt benytte overført vann fra Urunda. Fallrettigheter i Urunda har tiltakshaver privatrettslig ervervet tidligere.»

Det gis her inntrykk av at ervervet av fall i Urunda er relevant for utbygging av fallene i Juvåne. Det er feil.

Tiltaket beskrives deretter slik øverst på side 22:

«Driftsvannet vil gå i en 1250 meter lang tunnel fra Stolsmagasinet utenom det naturlige fallet mellom Mjåvatn og Rødungen.»

Det som beskrives her, er den vanligste form for utbygging av elvekraftverk, som utnytter fallene i vassdraget som bygges ut ved at vannet fraføres vassdraget i en driftstunnel. En utbygging som denne forutsetter at tiltakshaver har ervervet rett til å utnytte fallene på strekningen, noe E-CO ikke har gjort, jf pkt 2.3 nedenfor.

Problemstillingen som reises ved at fallene har blitt tilført regulert vann, er løst i Rt-2012-808, jf pkt 2.1 og 2.2 nedenfor.

3 Rettslig utgangspunkt - vannressursloven § 13 og Rt-2012-808

De synspunkter E-CO fremholder i søknaden om rettighetsforholdene i vassdraget som skal bygges ut, er i strid med vannressursloven (vrl) § 13 og Høyesteretts dom av 23. mai 2012, inntatt i Rt-2012-808. Dommen er for øvrig i samsvar med det grunneierne og Småkraft AS konsekvent har anført overfor E-CO, fra lang tid forut for saken som endte i Høyesterett kom opp.

3.1 Rettslig problemstilling

E-CO hevder både i pkt 1.3. og pkt 2.5. at utbyggingen ikke griper inn i grunneiernes fallrettigheter. Utsagnet bygger på en åpenbart uriktig forståelse av vrl § 13, slik den er tolket og anvendt av Høyesterett i Rt-2012 s. 808. Spørsmålet er ikke om utbyggingen griper inn i grunneiernes fallrettigheter, men om E-CO ved utbyggingen utnytter grunneiernes rådighet over vassdraget etter vrl § 13.

Situasjonen i den foreliggende sak, er enda klarere enn den som forelå til avgjørelse i Rt-2012-808. Det var der spørsmål om eiendomsrett til fall i et vassdrag som dels var skapt og dels hadde fått økt vannføring som følge av regulering og overføring av vann. Frosen kraftverk utnytter fallene i Juvåne, som er et naturlig vassdrag eid av grunneierne.

3.2 Høyesteretts dom Rt-2012-808

Høyesterett slår i avsnitt 38 i dommen fast at eiendomsretten til vassdrag er retten til å utnytte, og hindre andre i å utnytte, vannet på dets ferd over grunnen. Grunnen tilhører i den foreliggende sak grunneierne og ikke E-CO.

For at det skal foreligge «særlige rettsforhold» etter vrl § 13, som fører til at retten til vassdrag helt eller delvis tilhører en annen enn grunneieren, må det kunne vises til de rettsgrunnlag som rettsordenen for øvrig anerkjenner, som avtale eller ekspropriasjon. Det gjelder ingen lavere terskel for erverv av rettigheter i vassdrag i forbindelse med utbygging og regulering (avsnitt 39 og 40).

Om betydningen av at regulant og utbygger har skapt et nytt vassdrag og økt vannføringen, uttaler Høyesterett:

(41) Ved den nærmere vurdering av om fallrettighetene i dette tilfellet tilkommer HelgelandsKraft som følge av reguleringen av 759-vatn, har HelgelandsKraft som nevnt vist til flere momenter som alle kan sies å være utslag av et grunnleggende "investeringsargument": Det er takket være HelgelandsKrafts investeringer at det er skapt et nytt vassdrag ovenfor Øvre Fagervollvatn, og at vassdraget mellom Øvre og Nedre Fagervollvatn har fått økt vannføring. Da må HelgelandsKraft også ha rett til å nyte fruktene av dette, fremfor å måtte "betale nok en gang" for den utnyttelsesmuligheten som er skapt, denne gang til Statskog.

(42) Slik jeg ser det, er det imidlertid lite treffende å si at HelgelandsKraft her risikerer å måtte betale to ganger for det samme. Det følger av vassdragsreguleringsloven § 9 nr. 6 at en falleier som nyter godt av økt vannføring på grunn av andre falleieres regulering, ikke har rett til å utnytte den økte vannføringen uten å bli medeier i reguleringsanlegget. Videre følger det av § 9 nr. 5 at for å bli medeier, må falleieren erlegge en forholdsmessig del av omkostningene ved reguleringsanlegget.

I sin nærmere drøftelse av de konkrete forhold i saken, viser Høyesterett i avsnitt 45 til forarbeidene til vassdragsreguleringsloven av 1911:

«I forarbeidene til denne loven - Indstilling fra den av Justisdepartementet under 14de oktober 1907 nedsatte komité til utarbeidelse av forslag til lovregler angaaende vassdragsreguleringer – står det følgende om rettighetsforholdene på side 14:

"Ved en vassdragsregulering tilføres de nedenfor i vassdraget beliggende vandfall forøket kraft. Der skapes nye værdier, som, naar reguleringen overhodet er berettiget, i regelen i betydelig grad overstiger de utgifter, som reguleringsforetagendet medfører. Det spørsmåal opstaar derfor: Hvem er berettiget til at nyde fordelene av disse nyskappede værdier? Efter nugældende vassdragslov har disse tilfaldt helt og udelt vandfaldsejerne, selv i de tilfælde, hvori der utkræves kongelig resolution (§ 25)."

(46) Det var nettopp denne urimeligheten som skulle avverges ved de refusjonsreglene vi nå finner i vassdragsreguleringsloven § 9 nr. 5 og 6.

(47) Uttalelsen som er sitert ovenfor, er nok først og fremst skrevet med henblikk på det som er den vanligste situasjonen, nemlig at deler av et allerede eksisterende vassdrag får økt vannføring på grunn av reguleringer lenger opp i vassdraget. Men jeg kan ikke finne holdepunkter for å ekskludere det som her er situasjonen fra utløpet av overføringstunnelen fra 759-vatn og ned til Øvre Fagervollvatn, nemlig at vassdraget er skapt

gjennom reguleringen. Daniel Rogstad i Falkanger/Haagensen (red.), Vassdrags- og energirett side 142 likestiller de to situasjonene. Dette stemmer etter mitt syn også best med det prinsipielle utgangspunkt om at eiendomsretten til vassdrag ikke gjelder vannet som sådant, men retten til de utnyttelsesmulighetene som skapes ved at det strømmer over grunnen.

(Understreket her.)

Det er «den vanligste situasjonen» man står overfor i denne saken. Kjernen i bestemmelsen i vrl § 13 er som fremhevet av Høyesterett, retten til de utnyttelsesmuligheter som skapes ved at vann strømmer over grunneiers grunn. Høyesterett følger opp dette i avsnitt 49 og 50, der det konkluderes slik:

«Det følger av disse forutsetningene at det dermed også må aksepteres at grunneieren blir rettighetshaver til utnyttelsesmuligheter han selv ikke har ytet noen innsats for å skape, og uten hensyn til om han selv har disponert over dem eller innrettet seg i tillit til å kunne gjøre det.»

E-CO har i sitt brev av 15. august 2014 lagt stor vekt på at grunneierne ikke har et rettsbeskyttet krav på at overføringen av vann opprettholdes. I denne sammenheng siteres første setning i avsnitt 53 i Høyesteretts dom. De relevante avsnitt må midlertid leses i sammenheng:

«(52) Særlig partshjelperen har imidlertid fremhevet at det ikke egentlig er tale om retten til å utnytte det nye fallet ned til Øvre Fagervollvatn og den økte vannføringen videre ned til det oppdemmede Holmvatn, men om hvem som har rett til å stanse overføringen av vann fra 759-vatn – og det er HelgelandsKraft, ikke Statskog.

(53) Det er nok så at Statskog ikke har noe privatrettslig krav overfor HelgelandsKraft på at overføringen av vann fra Helgåvassdraget skal opprettholdes – de offentligrettslige vilkår for nedlegging i vassdragsreguleringsloven § 21 nr. 2 går jeg ikke inn på. Det er også slik at dersom et reguleringsanlegg nedlegges, er tap av fordeler som reguleringsanlegget førte med seg, ifølge vassdragsreguleringsloven § 21 nr. 5 ikke erstatningsrettslig vernet med mindre det tidligere er betalt for dem. Denne bestemmelsen gjenspeiler prinsippet i oreigningslova § 27 om tap av fordeler ved nedleggelse av ekspropriasjonstiltak. Jeg kan imidlertid ikke se at dette har noen overføringsverdi til den situasjonen vi her står overfor. Som Statskog har pekt på, dreier det seg ikke om fjerning av reguleringstiltaket, men – snarere tvert imot – om å utnytte en mulighet til kraftproduksjon som forsvinner dersom reguleringstiltaket nedlegges. At det i den forbindelse blir bygget nye tunneler slik at det overførte vannet forsvinner fra overflaten, kan ikke bety at vassdraget "forsvinner" som

formuesgode for eieren. Dette er jo normalsituasjonen ved kraftutbygging i vassdrag.

(54) Jeg kan altså ikke se at de mer generelle og prinsipielle synspunktene som HelgelandsKraft har fremført for at de aktuelle fallrettighetene tilligger selskapet, kan føre frem. Jeg går så over til å behandle de konkrete forhold i tilknytning til utbyggingen av Sjona og Fagervollan I.»

Synspunktene E-CO fremfører i søknaden og brevet av 15. august 2014 ble altså vurdert og forkastet av Høyesterett.

Det er etter dommen ingen tvil om at grunneierne til vassdraget som planlegges utnyttet i Frosen kraftverk er eiere av fallrettighetene i vassdraget i sin helhet, selv om fallene har fått økt verdi gjennom reguleringen. Grunneierne har videre enerett til å råde over alt vann som renner over deres grunn, også regulert vann, så lenge de betaler refusjon mot å betale refusjon etter reglene i vassdragsreguleringsloven § 9 nr 5 og nr 6.

3.3 E-CO's rettigheter i vassdraget som søkes utbygget

Spørsmålet er om det foreligger «særlige rettsforhold» som fører til at fallrettighetene som søknaden omfatter helt eller delvis tilhører E-CO. Den første problemstillingen i den forbindelse er hvilke rettigheter E-CO har i vassdraget på den aktuelle strekningen. Den andre problemstillingen er om disse rettighetene gir E-CO rett til å utnytte fallene i vassdraget til kraftproduksjon.

E-CO bygger sin rettslige posisjon på reguleringskonsesjon stadfestet i 1948. Konsesjonen fastsetter positivt hvilke rettigheter E-CO er gitt til å disponere over de berørte vassdrag. Når det gjelder den aktuelle strekningen, omfatter tillatelsen rett til å tilføre vassdraget regulert vann. Ut over E-CO's eierandel i vassdraget som ikke er omtvistet, har ikke E-CO ervervet andre privatrettslige rettigheter fra grunneierne på strekningen enn de som har vært nødvendige for å gjennomføre reguleringen, herunder rett til oppdemming og regulering av Rødungen mfl vann. E-CO har etter dette ingen rett til å disponere vassdraget til andre formål enn det som følger av reguleringskonsesjonen, verken offentligrettslig eller privatrettslig. Det omfatter ikke erverv av fall eller rett til utbygging av fallet på den aktuelle strekning til kraftproduksjon.

E-CO hevder at selskapet ikke vil gripe inn i grunneiernes fallrettigheter dersom kraftverket bare utnytter regulert vann. Høyesterett har slått fast at dette er en feilslutning. Spørsmålet er som nevnt ikke om utbyggingen gjør inngrep i grunneiernes fallrettigheter, men om E-CO har rett til å utnytte grunneiernes vannfall til kraftproduksjon på den aktuelle fallstrekning.

Grunneierne har etter vrl § 13 enerett til å råde over vassdraget og kan nekte andre å utøve rådighet over vassdraget, med mindre annet følger av særskilt rettsgrunnlag. Eierrådigheten omfatter således enerett til å disponere over grunnen som vassdraget dekker og de muligheter for rådighet som vannet og vannføringen gir. Vannfallet, som det her er tale om, er summen av disse elementene og innbefatter den fysiske egenskap ved vassdraget som ligger i høydeforskjellene. Høyesterett har slått fast at eneretten omfatter alt vann, også regulert vann.

Reguleringskonsesjonen av 1948 gir ikke E-CO rett til å utnytte vassdraget på den aktuelle strekning til kraftproduksjon. E-CO har ikke ervervet rett til annet enn å tilføre regulert vann, og har ingen hjemmel til å utnytte fallene i vassdraget i et kraftverk. E-CO måtte i så fall ha ervervet rett til å råde over fallene, ved enten å kjøpe vassdraget, som selskapet har gjort for en del, eller ervervet fallrettighetene som bruksrett.

Det som er anført ovenfor kan illustreres med et eksempel: Dersom E-CO's synspunkt skulle legges til grunn, ville enhver regulant kunne lede regulert vann utenfor også **utbygde** fall, og utnytte fallene til kraftproduksjon uten avtale eller ekspropriasjon av fallrettighetene som kraftverket utnytter. I prinsippet vil det kunne omfatte alle kraftverk i Hallingsdalsvassdraget. Det er klart nok ikke holdbart.

4 ECO's søknad

ECO har søkt om «*samtykke til ekspropriasjon av manglende rettigheter som angitt i pkt 2.5*» og vist til ervervsloven og oreigningsloven § 2 nr 51 som hjemmel, søknaden pkt III.

I pkt 2.5 anfører E-CO at det ikke gripes inn i grunneiernes fallrettigheter, og det søkes ikke om erverv av disse. Når søker verken er eier av, eller søker om ekspropriasjon av fall som er nødvendige for å gjennomføre prosjektet, kan søknaden alene av denne grunn ikke imøtekommes.

E-CO gir for øvrig en feilaktig fremstilling av sin rettslige posisjon i brevet av 15. august 2014 på side 7, avsnittet nedenfor midten. Her hevdes det at E-CO har ervervet fallrettigheter i reguleringssonene, og at rettigheter til fall mv også ble ervervet med tanke på direkte utnyttelse på Votnasiden. Det er i den forbindelse vist til Oslo Lysverkers interne meldingsblad fra 1959. Hva som kunne erverves og ble ervervet av rettigheter følger av reguleringstillatelsen av 1948, inngåtte avtaler og skjønn med skjønnsforutsetninger avholdt med grunnlag i tillatelsen. Den ga regulanten hjemmel for å etablere reguleringsmagasin som grep inn i grunneiernes fallrettigheter, ikke til å utnytte fallene i reguleringssonene i kraftproduksjon i et annet prosjekt enn det tillatelsen omfattet. Fallene på den aktuelle strekningen ble ikke ervervet, verken gjennom avtale eller

ekspropriasjonsskjønn. E-CO har da heller ikke kunnet vise til relevant dokumentasjon for dette.

Det betyr at E-CO kun er innehaver av 16 % av de aktuelle fall, noe som må tillegges stor vekt ved avveiningen av om det skal gis ekspropriasjonstillatelse.

For å forsøke å unngå å måtte erverve fall ved ekspropriasjon, planlegger E-CO et kraftverk som bare skal utnytte «**mervannføringen på en ca. 1800 meter lang strekning av Juvåne, en mervannføring som *stammer fra de ervervede fallrettigheter på Urundasiden***». Det vil være en klart suboptimal utnyttelse av vassdraget, som det under ingen omstendighet bør gis konsesjon for, jf vrl § 1.

Med vennlig hilsen



Ola Brekken

Advokat (H)